

Сл. бр. 277

БИБЛИОТЕКА ЈУГОСЛОВЕНСКОГ УДРУЖЕЊА ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРАВО
(Bibliothèque de l'Association Yougoslave de Droit International)

XX

Д-р ИЛИЈА А. ПРЖИЋ
(Dr. ILIJA A. PRŽIĆ)

ИЗВОРИ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА
(Les sources du droit des gens)

Оштампано из „Архива за правне и друштвене науке“, за јули-август 1935

БЕОГРАД, 1935, БЕОГРАД



инв. бр.
775



ИЗВОРИ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Све до недавно, питање о изворима међународног права није претстављало никакав спорни проблем у науци. Последњих година пак, ово питање изазвало је веома велико интересовање; њему се посвећује низ доктринарних студија, а и у новијој међународној пракси покреће се често расправљање проблема о природи и улози извора међународног права. Тако је овај проблем, до скоро искључиво од академског интереса, ушао у први ред најактуелнијих проблема науке. Јасно се видело да је теорија о изворима међународног права основ за решење једног од најважнијих проблема савременог међународног правног поретка: проблема проширења правне области у међудржавним односима. Тако, на пример, и занимљиви проблем искључиве надлежности држава у међународном праву може се решавати тек пошто се утврде извори овог права. Проблем извора права појављује се у пуном значају нарочито код судског расправљања међународних спорова, а познато је колико је значајан рад међународних судова у новије време за развој међународног права. Питање правних извора појављује се пред међународним судовима веома често: кад год се постави питање празнина у праву које се примењује и т. д. И приликом недавног покушаја кодификације међународног права, на Хашкој конференцији 1930 год., показао се јасно значај питања о изворима међународног права поводом предлога да се поред уговорног и обичајног права уведу општа правна начела као извор обавеза које повлаче међународну одговорност држава. Ово неколико набројаних примера довољни су да покажу колико је оправдано интересовање модерне науке, посвећено у новије време проблему о изворима међународног права¹⁾, у толико више што је у савременој правној науци

БЕОГРАД
ШТАМПARIЈА И КЊИГОВЕЗНИЦА „ПРИВРЕДНИК“
ЖИВ. Д. БЛАГОЈЕВИЋА - КН. МИХАИЛОВА УЛ. 3
1935

¹⁾ Из велике новије литературе о изворима међународног права ваља поменути: P. Heilborn, *Grundbegriffe des Völkerrechts*, 1912, (Die Völkerrechtsquellen, S. 31-87); Heilborn, *Les sources du droit international*, Recueil des cours de l'Académie de Droit International, Vol. 11, 1926, p. 1-62; Ch. de Visscher, *Contribution à l'étude des sources du Droit International*, Revue de Droit International et de législation comparée, 1933, p. 395 et suiv.; Léa Meriggi, *Considération sur le problème des sources du droit*, *ibid*, 1934, p. 492 et suiv.; R. A. Métall, *Skizzen zu einer Syst*

питање о изворима права у опште постало веома актуелно и претреса се од многобројних писаца.

У једној својој скорашњој расправи,²⁾ париски професор Жорж Сел (Scelle), приметио је да израз *извор* тачно означава појам који се поставља у правној науци. Извор није порекло воде; он је само спољашњи израз, видљива чињеница, елемент који се може искористити. Али извор претпоставља извесне подземне воде, често непознате или мало познате, но које постоје, јер без њих не би ни било извора. То се исто види и код правних извора. Правни извор није тоталитет правне чињенице; он није порекло права већ само видљиви доказ, људски израз који се може непосредно искористити. Отуда Сел сматра да се може повући разлика између материјалног и формалног извора права. У ствари, материјални извор права није уопште извор; то су у ствари дубоке правне подземне воде из којих постају више извора: према Селу ти су извори обичаји, закони и јуриспруденција, којима се изражава природа и интензитет првобитне чињенице, социјалног факта, јединог стварног узрока постојања објективног права и његових формалних извора. *Ubi societas ibi jus*. Отуда, правник мора да се ограничи на проучавање ове спољашње манифестације права, на формалне изворе права, искључиво.

У ствари, питање које је Сел покренуо своди се на методолошки проблем односа међународног права према природном праву. Две велике групе правника интернационалиста, позитивисти и идеалисти, подељени су баш у схватању да ли међународно право има карактер природног права. Док позитивисти поричу удео природног права у међународном праву, у модерној науци је неколико писаца (Ле Фир, Џејмс Браун Скот и др.) успело да обнови интерес за природно право у обради савременог међународног права. У погледу извора међународног права однос према при-

der völkerrechtlichen Quellenlehre, Zeitschrift für öffentliches Recht, 1931, Bd. XI, S. 416 ff.; Benjamin Akzin, *Les problèmes fondamentaux du Droit International Public*, Paris 1929 (La Source, p. 59-121); A. Hold-Ferneck, *Lehrbuch des Völkerrechts*, 1 Teil, 1930 (§ 8. Die Quellen des Völkerrechts, S. 198-218); R. Böhndorn, *Einführung in das Angewandte Völkerrecht*, 1935 (Der Ursprung der Regeln des Völkerrechts, S. 112-186); K. Petraschek, *Rechtsquellenfrage und Völkerrecht*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 1934, XXVIII Band, S. 61; нарочито низ чланава објављен у *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome III: A. Baumgarten, *Methodologische Bemerkungen zur Lehre von der Quellen des Völkerrechts*; E. M. Borchard, *The Theory and Sources of International Law*; L. Le Fur, *La coutume et les principes généraux du droit comme sources du droit international public*; N. Politis, *Méthodes d'interprétation du droit international conventionnel*; A. Verdross, *Les principes généraux du droit comme source du droit des gens*; Ch. de Visser, — препаћен гопе наведени чланак —; G. Scelle, *Essai sur les sources nouvelles du droit international*.

²⁾ Scelle, *op. cit.*, p. 400.

родном праву од битног је значаја, јер од тога зависи да ли ће се сем уговора и обичаја признати још који извор међународног права. У проучавању овог питања морамо поћи од упоређења извора међународног права и извора унутрашњег права држава. Немачки правни филозоф Артур Баумгартен, који се овим питањем нарочито бавио³⁾ истиче да обавезна снага државног права не извире из неке магичне моћи тог права, већ се објашњава тако да се човек, услед саме своје природе и разума, мора подвргавати опште признатом ауторитету у своме друштвеном животном кругу. Ко одбацује тај очевидни постулат здравог разума, упада у анархију, која можда још не значи *bellum omnium contra omnes*, али која у сваком случају онемогућује ма какав културни напредак. У ствари, свесно или не, ми верујемо да је човек предодређен за нешто више, и да то остварује својим културним радом. У првом реду потребно је да се створи поредак који ће обезбедити миран културни развој. Тај друштвени поредак мора бити опште признат и позитиван, т. ј. озакоњен са неког вишег места. Тај друштвени поредак је државно право. Битно код државног права је да почива у главном на закону. Споредни правни извори, као општински правилници, правила разних друштава и т. д. у ствари су само начини примене закона, који им даје правну снагу и ставља их под своју заштиту. Друштвени поредак утврђен законом сачињава тако једну затворену и потпуну целину. Но онда се мора поставити питање да ли ту има места и природном праву? Прибегивање природном праву не може се избећи стога што је немогуће да се закони напишу тако да се у сваком конкретном случају могу применити само егзегетичким тумачењем. Идеал позитивиста је био да се право изрази у формулама које би омогућиле такав метод, али тај идеал је недостижан, пошто сваки закон неизбежно има празнина. У току прошлог века многи писци су сматрали да је законом све предвиђено и све уређено унапред. Но под крај деветнаестог и почетком овог века то је схватање напуштено, јер је утврђено да ни најсавршенија законодавна техника, ни најразвијенији методи позитивног тумачења не могу да спрече многобројне празнине у законима. Теорија о потпуности законског права подвргнута је ревизији, и схваћена тако да се закон стара да створи један потпун друштвени поредак, који би сам себи био довољан, али да навек остају извесне празнине, дело је несавршено, и стога се неопходно претпостављају извесне ванзаконске допуне. Те ванзаконске допуне, према многим писцима, пореклом су из природног права. Додуше ово гледиште није опште усвојено. Многи сматрају да ће се допуна ових законских празнина тражити у општем правном осећању народа, али све се у ствари своди

³⁾ Baumgarten, *op. cit.*, p. 317.

да судија тражи решење у правичности и прикладности, другим речима у природном праву.

Прва ствар која пада у очи кад се ишти проблем посматра у области међународног права, то је да у овом праву недостаје закон, прави основ позитивног карактера државног права. Баумгартен правилно примећује да ова битна разлика између два поретка повлачи значајну последицу: из ње се може закључити а priori да је у међународном праву улога природног права значајнија но у државном праву. Додуше већина стручњака за међународно право налази у том праву извесан позитиван елемент и тиме своди улогу природног права на најмању меру. Као што се у државном праву закон узимао као искључиви основ, тако неки писци желе да претставе правило *pacta sunt servanda* као искључиви основ међународног (јавног права⁴). Они покушавају да чак и међународни обичај објасне помоћу овог начела: обичајно правило везује државе које га примењују стога што оне сматрају да су га прећутно усвојиле. Тако се основ обавезне снаге обичаја своди на прећутни споразум. Баумгартен примећује да правило *pacta sunt servanda* није довољан основ за међународно право. Оно не води једном међународном праву, већ низу међународних права, која важе између држава што су закључиле поједине уговоре. Такав низ уговора ни у ком случају нема карактер правога права. У ствари, међународно јавно право је скуп правила која се примењују на цео друштвени поредак; одредбе које се садрже у појединим уговорима су само делови тог поретка, — оне претстављају фрагменте међународног права, али не и међународно право. Присталице овде критикованог гледишта кажу да су уистину једина правила међународног права која се стварно примењују правила која потичу из међународних уговора и да ако та правила нису довољна да остваре право у традиционалном смислу, треба или проширити класичан појам права или порећи карактер истинског права међународном праву. Но Баумгартен напомиње да се ипак може изаћи из овог хорсокака, пошто има извесних дужности које сам живот налаже у оквиру сваког културног друштва. Отуда је могућно да се изведе низ норма међународног јавног права вануговорног карактера. Који било међународни арбитар поћи ће од гледишта да државе имају минимум обавеза у погледу узајамног поштовања њихових личности, без обзира да ли су те обавезе унете у неки формални или прећутни акт воље. Стога се поставља питање зашто да се не комбинују уговорне норме и вануговорне норме у скуп који би претстављао потпуно уређење друштвеног поретка, који би био истинско право. На примедбу да једино онај део међуна-

родног права који почива на норми *pacta sunt servanda* претставља позитивно право, а да остале норме спадају у област морала, односно природног права, може се одговорити да у унутрашњем праву држава одредбе позитивног и природног права се лако слажу у једну хармоничну целину. Ако се ово примени и у међународном праву, онда би могли да закључимо да позитивно међународно право прелази оквир уговорног међународног права.

Но једно правно правило може се сматрати делом позитивног права само ако проистиче од неке власти чија се наређења врше. Отуда се развио спор око тога да ли је међународно право позитивно право, нарочито онај део међународног права, који не почива на уговорима између држава. (Ови уговори, улазећи у исто време и у унутрашње право држава саговорница, не дају могућност сумњи у њихов карактер позитивног права). Али, у прилог гледишта да су правила међународног права позитивна правна правила, наводи се ауторитет пресуда међународних судова, чију обавезну снагу признају владе појединих држава. Исто тако, често пута клица међународног позитивног поретка може се наћи и у извесним идеологијама које продру у масу и буду прихваћене од јавног мишљења.

Из свега изложеног излази да се међународно право може посматрати са два гледишта: да би се међународном праву прибавио елемент обавезне снаге, може се сматрати да је једини извор овог права уговор, формални или прећутни. У том случају изучавање међународног права своди се на коментар уговора. Но чак и овако ограничено схваћено, међународно право не може се потпуно изједначити са државним правом: оно се од овог последњег разликује с једне стране слабијом обавезном снагом, а с друге стране извесним фрагментарним карактером, — док државно право претставља целину, међународно право се јавља као низ делимичних уређења појединих питања, без целине и без система. А да ли би овако схваћено међународно право могло да претставља предмет савремене научне обраде? Према другом гледишту, међународно право се јавља као позитивно уређење међудруштвеног живота, које се сада изграђује. Правна теорија ту нема само задатак да изложи садашње стање науке, већ и да прокрчи пут њеном усавршавању. Код оваквог схватања извори међународног права нису искључиво изјаве воље држава; овде се изворима морају схватити све многобројне манифестације, из којих се развија међународно право, па макар још недовољно прецизно изражене. Ако се прихвати ово гледиште, које заступа Баумгартен, избегава се опасност сувише строгог позитивизма, али се с друге стране не прихватају ни све крајности присталица природноправне теорије. И ако овај метод проучавања међународног права има много тешкоћа, и налази на многе

⁴) Ближе видети Илија А. Пржић, *Државно и међународно право*, Архив за правне и друштвене науке, 1934, књ. XXVIII (XLV), стр. 22 и след.

препреке, изгледа да модерна наука све више прихвата баш тај метод.

После овог начелног методолошког расправљања проблема извора међународног права, из кога смо извели закључак да се модерна наука не задовољава гледиштем да су једино уговори и обичаји извори међународног права, имали би да пређемо на класификацију разних извора. Како је ово питање правне конструкције, избор критериума зависи од лица које проучава проблем. Видели смо да, на пр. Сел наводи као формалне изворе уговоре, обичаје и јуриспруденцију. Исто тако могла би се као критериум поделе извора узети подела на писане и неписане изворе, на уговоре с једне стране и обичаје, природно право ит.д. с друге стране. Међутим, како је класификација извора произвољна, ми претпостављамо поделу како је усвојена у чл. 38 статута Сталног суда међународне правде, где су набројани извори, које ће Суд примењивати код спорова који му буду поднети. Тај члан гласи:

„Суд примењује:

1) Међународне конвенције, било опште, било специјалне, којима се установљују правила изречно призната од стране Држава које су у спору;

2) Међународни обичај као доказ за општу практику прихваћену као пуноправну;

3) Општа правна начела призната од стране цивилизованих народа;

4) Под резервом одредбе члана 59, судске одлуке и доктрину најквалификованијих публициста, као помоћно сретство за одређивање правних правила.⁸⁾

Овом одредбом не дира се у право Суда да може, ако странке пристају, доносити одлуке *ex aequo et bono*“.

Као први извор међународног права овде су споменути *међународни уговори*.⁹⁾ Уговори претпостављају изречну изјаву воље саговорача. У пракси срећу се разни називи за међународне уговоре, они се називају „уговорима“, „конвенцијама“, „споразумима“, „декларацијама“, „пактовима“ и т. д. Та разлика у називима произвољна је и нема везе са садр-

жином међународних уговора. Међутим, писци обично повлаче разликовање између општих (или колективних) и специјалних међународних уговора. Специјалним уговорима називају се споразуми закључени између два или више саговорача (али је увек број саговорача утврђен), поводом извесних посебних питања. Ако се по неком питању закључи низ специјалних уговора са истоветним одредбама (на пр. уговори о правном положају и привилегијама консула), ствара се претпоставка да постоји обичајно правно правило, универзално или партикуларно, које је нашло израза у низу ових уговора. Насупрот томе, предмет општих или колективних уговора је обично утврђивање објективних правила, чија је садржина често констатовање обичајног правног правила (у ком случају уговор има само декларативно дејство и претставља кодификацију већ постојећег обичајног правног правила), или која се стварају самим тим уговором. У овом последњем случају уговор као *res inter alios acta* формално обавезује само саговораче а не и треће државе. Но то ипак не спречава да те треће државе примењују правила утврђена уговорима, додуше у овом случају као обичајна правна правила, а не као правила уговорног права, јер се сматра да су их те државе прећутно примиле. Исто тако, чињеница да један уговор није ратификован не спречава да се може примењивати правило, њиме утврђено, ако је тиме констатовано обичајно правно начело које је и пре тога постојало.⁷⁾

Међународне уговоре закључују међу собом субјекти међународног права. Многи писци сматрају да сем држава међународне уговоре могу закључивати и остали међународноправни субјекти: Света столица, устаници признати као зараћена странка, Друштво народа и т. д.⁸⁾ Ни питање саговорача, као ни питање назива уговора нема утицаја на правну садржину истих, као ни на прописе о закључењу, тумачењу, проширењу и т. д. међународних уговора. Међутим, у науци је спорно питање који су органи надлежни за закључење међународних уговора. Једни писци⁹⁾ сматрају да закључење међународних уговора спада у општу надлежност поглавара државе, без озбира на евентуалне уставне одредбе које би ограничавале ту надлежност. Други писци пак сматрају да се надлежност за закључење међународних уговора изводи искључиво из уставног права државе саговорнице.¹⁰⁾

⁷⁾ У овом смислу Politis, *Les nouvelles tendances du droit international*, 1927. — О једном случају примене ратификованог али још не озакоњеног међународног уговора в. Илија Пржић, *Основи ваздухопловног права*, 1926.

⁸⁾ Spiropoulos *op. cit.*, p. 85.

⁹⁾ Anzilotti, *op. cit.* p. 361; Cavaglieri, *Corso di Diritto Internazionale*, 1932, p. 384; Heilborn, *System des Völkerrechts*, S. 143; Bittner, *Die Lehre von dem völkerrechtlichen Vertragsurkunden*, S. 81.

¹⁰⁾ Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, S. 47; у истом смислу и W. Schücking.

⁸⁾ Члан 59 статута Суда гласи: „Одлука Суда обавезна је само за парничне странке и за случај који је био пресуђен“.

⁹⁾ Bergbohm, *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts*, 1877; Heilborn, *op. cit.*; Rapisardi-Mirabelli, *I limiti di obbligatorietà delle norme giuridiche internazionali*, 1922; Knubben, *Die Subjekte des Völkerrechts*, 1923; Hoijer, *Les traités internationaux*, I-II 1929; Spiropoulos, *Théorie générale du droit international*, 1931; Anzilotti, *Cours de droit international*, 1929; Politis, *op. cit.*; L. Ehrlich, *L'interprétation des traités*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye, t. 24, 1928; Nippold, *Der völkerrechtlicher Vertrag*; Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*.

Тако, на пример, Фердрос каже да у начелу међународно право пренушта назначење органа надлежних за закључивање међународних уговора, вољи саговорача. Отуда, одговор на питање који су органи за то надлежни, треба тражити у начелу у уставном праву саговорача. Ово гледиште углавном прихвата и Спинопулос, који је дао доста труда да га оправда са историског и догматичког становишта.

У вези са међународним уговорима, као изворима међународног права покренуто је у новије време занимљиво питање тумачења међународног уговорног права. Политис, који се овим питањем нарочито бавио, каже да досадашња правила утврђена за тумачење међународних уговора не задовољавају више захтеве модерне науке, стога што су она утврђена у време кад још није чињена разлика између уговора-споразума и уговора-закона, која се данас мора узети у обзир. Уговори-споразуми (*traités-contrats*), закључивани између држава, стварали су ситуације као и сви приватно-правни уговори и отуда се и њихово тумачење могло вршити по начелима приватног права о тумачењу уговора. Та се метода и данас може употребити за одређивање смисла уговорних одредаба. Али поред ових уговора-споразума, данас постоји све већи број такозваних уговора-закона (*traités-lois, law-making-treaties, rechtssetzenden Vereinbarungen*), који установљавају, за државе што их закључују, објективне правне норме. Ова друга врста уговора из дана у дан је све многобројнија и све већег значаја. Има их колективних или двостраних, што само компликује проблем њиховог тумачења. У ствари, мора се имати на уму да се проблем тумачења међународних уговора јавља у два вида, према томе да ли се има тумачити уговор-споразум или уговор-закон. У науци се често занемарује ово разликовање, што доводи до погрешних и неприменивих закључака, јер писци кад расправљају о тумачењу уговора обично мисле на уговор-споразуме.

У колико расте број међународних уговора, све значајније постаје питање њиховог тумачења. Раније су се заинтересоване државе, у случају спора око тумачења уговора, обраћале изабраном (арбитражном) суду, који је састављан за сваки поједини случај. То обраћање суду бивало је или тек по насталој спору, или је у самом уговору унапред предвиђена компромисна клаузула, за случај да наступи спор око тумачења уговора. Но за сваки случај прибегавања суду био је потребан споразум странака. Данас је међународно правосуђе знатно напредовало: скоро све државе закључиле су многобројне уговоре о арбитражи и судском решавању спорова, а многе државе су усвојиле факултативну клаузулу из чл. 36 статута Сталног суда међународне правде, којом се обавезују да ће све своје међусобне спорове обавезно подносити Суду на решавање. И ми већ видимо да је значајним радом Сталног суда међународне правде почела да се

ствара судска пракса и да се утврђују извесна начела у погледу тумачења међународних уговора. Додуше, Суд ради са много обазривости, често и са колебањем, али како је његов задатак крајње деликатан, а и сама установа сталног међународног суда још доста нова, боље је да се јуриспруденција израђује опрезно, но да се услед неке претераности доведе у питање цела установа.

Код тумачења уговора постоје знатне разлике између тумачења које врше редовни судови у појединим државама, и тумачења међународних уговора од стране међународних судова. Судији који има да примењује интерно право, сам закон је утврдио прописе за тумачење уговора, који се обично садрже у грађанском законнику. Он није дужан да тумачи и законе, али је у сваком случају обавезан да ми открива смисао и утврђује домашај. Да би одредио тачан смисао законске норме, судија може да се користи и помоћним изворима, као што су мотиви приликом израде закона, раније судске одлуке и т.д. Насупрот судији у интерном праву, међународни судија нема никаквог позитивног правног прописа ни за тумачење уговора-закона, а чак ни за тумачење уговора-споразума. Он се стога обично помаже правилима утврђеним још у римском праву, и тумачење уговора своди се на логичко извођење из текста. У вези са тумачењем уговора поставило се питање да ли приликом тумачења међународних уговорних норма међународни суд има исту слободу оцењивања као и судија редовног суда, кад примењује законе своје земље. Л. Ерлих на ово питање одговара негативно: он узима као основ тумачења уговора вољу странака, и то узима много строжије но што се у приватном праву узима воља законодавца.¹¹⁾ На тај начин се цео проблем своди на строгу примену начела *pacta sunt servanda*. Но у пракси сталног суда међународне правде приликом тумачења уговора јавила се методолошка разлика гледишта англо-саксонских и континенталних правника. Док су ови последњи давали већи значај припремним радовима у вези са закључењем уговора, англо-саксонски правници су се задовољавали да само истражују прави смисао израза употребљених у уговорима. Политис наводи да, и ако се Суд није изјаснио за једну или другу методу, изгледа да нагиње англо-саксонском схватању.¹²⁾ Суд је приликом свог тумачења међународних уговора избегавао да се упушта у проучавање циља и мотива уговора

¹¹⁾ L. Ehrlich, *op. cit.*, No 89.

¹²⁾ Politis, *Méthodes d'interprétation du droit international conventionnel*, loc. cit., p. 379. Суд је у неколико махова нагласио да се не може водити рачуна о припремним радовима, ако је сам текст довољно јасан. Тако, у пресуди No 10 о концесијама Мавроматиса, и у неколико саветодајних мишљења.

већ се обично задовољавао да утврди природу и обим извесне одредбе.

Политис је покренуо још једно занимљиво питање: каква је власт међународног судије у случајевима које странке нису предвиделе ранијим споразумима. Може ли судија извести из једног већ познатог текста норму за коју претпоставља да би је странке утврдиле да су могле предвидети спорни случај који је настао и може ли на томе засновати своју пресуду? Класична доктрина не даје судији то право, пошто се фикција законодавца који жели да предвиди све случајеве законима, може замислити само у унутрашњем праву; у међународном праву нема таквог законодавца, утврђене норме не могу да стварају друге нове норме, јер сваку међународну норму могу да стварају само државе. Између закона и међународних уговора битна је разлика у томе што закони утврђују правни положај појединаца који нису законодавци, док међународни уговори стварају права и обавезе само за државе које их закључују; државе имају само оне обавезе које су формално примиле: њихови се узајамни односи уређују једино њиховом вољом. Политис замера овом гледишту да не води рачуна о разлици између уговора-споразума и уговора-закона, и да брка форму и суштину уговора-закона. По њему, уговором-законом државе постају међународни законодавац и утврђују правна правила било за себе било за своје држављане. Отуда ови уговори производе иста дејства као и домаћи закони. Он додаје да је фикција законодавне воље која ће уредити случајеве што нису формално предвиђени, потребнија у међународном поретку но у унутрашњем поретку, јер недовољност правних прописа има теже последице у међународном поретку. Погрешно је рећи да за разлику од унутрашњих прописа међународне норме обавезују самог законодавца, јер се на тај начин бркају два својства државе, својство законодавца и субјекта права: државе су везане уговорним нормама не као законодавци већ као субјекти права. Политис каже да између међународног закона и домаћег закона нема специфичне разлике. Закон је подложен еволуцији у колико еволуирају друштвени односи. Било је случаја и пред Сталним судом међународне правде да се приликом тумачења уговора постави питање хоће ли се узети у обзир искључиво текст уговора или односи између држава који су се касније развили, у току примене тог уговора и који су створили многе нове одредбе узајамним уступцима држава. Суд се додуше није изречно изјаснио у прилог једног од два метода тумачења, али с обзиром на то како је протумачио спорни текст изгледа да Суд већма нагиње схватању да се уговор, који се већ дуже времена примењује, не може сматрати као суви и мртав текст, већ се мора посматрати као

живо биће и узети у обзир сав даљи развој односа између држава, од времена закључења тог уговора.

Другим извором међународног права сматрају се правила *обичајног права*.¹³⁾ За обичаје се обично каже да је то скуп правила које државе или друге међународне правне личности примењују у својим узајамним односима, убеђене да тиме испуњају једну правну обавезу. Да се једно обичајно правило сматра обичајним *правним* правилом, потребно је да се докаже да постоји једна утврђена пракса и да поред те праксе постоји убеђење да њу намеће одговарајућа правна обавеза (*opinio juris sive necessitatis*). Овај последњи елемент потребан је да би се обичајно право разликовало од *comitas gentium*, чија повреда не повлачи одговорност државе.

Из ове дефиниције се види да је много теже утврдити постојање једног обичајног правног правила но постојање неке одредбе међународног уговорног права. Спиропулос наводи као пример неколико начина утврђивања постојања међународног обичајног правног правила: (1) из дипломатских односа (декларација неутралности, признање нових држава и т. д.); (2) у арбитражним пресудама и пресудама међународних судова, као на пр. Сталног суда међународне правде и т.д. (3) обичајно међународно правно правило може се констатовати и из домаћег законодавства, у тако званом „паралелним“ законима. Спиропулос сматра да се чињеница да више држава о истом предмету имају исте законске прописе, може сматрати само као индиција а не и као доказ да постоји међународно обичајно правно правило. Као пример наводи законске одредбе о неповредности дипломатских претставника. (4) Најзад обичајно правило међународног права може се констатовати и из пресуда националних судова, који често имају да примењују и међународно право.

О природи правног обичаја постоји велико неслагање у науци. Једни писци, позитивисти, сматрају да је обичајно право један прећутан споразум држава, производ прећутне сагласности воља.¹⁴⁾ Према тој теорији да би се утврдило постојање једног обичајног правног правила није довољно да једна држава више пута врши исти акт, већ је потребно да такав акт врше и друге државе. Из тога проистиче да

¹³⁾ Cavaglieri, *La consuetudine giuridica internazionale*, 1907; M. Huber, *Die soziologischen Grundlagen des Völkerrechts*, 1928; B. Pailieri, *La forza obbligatoria della consuetudine internazionale*. *Rivista di diritto internazionale*, 1928; Gianni, *La coutume internationale*, 1931; Gouet, *La coutume en droit constitutionnel interne et en droit constitutionnel international*, 1932; Mokre, *Zur Theorie der Gewohnheitsrechtes*, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1932; Blühdorn, *op. cit.*, S. 122; Le Fur, *op. cit.*, p. 362.

¹⁴⁾ Ово се мишљење налази још код Гроциуса и Ватела а од нових писаца заступају га Анцилоти, Кавалери, Трипел, Штруп и други.

обичајно правно правило не везује све државе, већ само оне које га врше, другим речима да обичајно право није универзалног карактера: као и уговори и међународни обичај почива на вољи држава, само је та воља овде прећутна. Сем тога, док код уговора сагласност воља постоји пре но што се посматра дотично правило, код обичаја насупрот томе, сагласност воља наступа баш услед тог посматрања. — По другом гледишту, које заступају Диги, Крабе, Политис, и унеколико Сел, обичајно право је манифестација једног правног убеђења које постоји још израније или које се одједном манифестује а не произилази из неког акта воље. Има и других покушаја да се објасни природа правног обичаја. Таква је на пример Фердросова теорија коју он назива теоријом потчињавања или субординације (*Unterwerfungstheorie*). По њој обичајно право се не ствара сталном и општом употребом, јер употреба претпоставља постојање једног обавезног правног правила; примена просто констатује обичајно право, тиме што му се потчини.¹⁵⁾ Ле Фир сматра да је истина из средине између ових разних гледишта. Он наглашава да се не може порећи потреба сагласности држава при стварању међународног обичајног правила. Но, по њему, та сагласност не мора да буде једнодушна, јер би се онда обичај претворио у уговор. Позитивисти греше што сматрају да се обичајно правило признаје само од држава које га примењују. Обичаји не почивају искључиво на пристанку држава, већ и на идеји правичности и на потреби извесног друштвеног правила. Државе се осећају везане обичајним правом, и баш та обавеза (*opinio juris sive necessitatis*) чини разлику између правног обичаја и обичне употребе. Стога се једно обичајно правно правило може применити и на државу која пориче његово важење, ако међународни суд утврди да се такво правило примењује од других држава. Код међународних обичаја треба разликовати два елемента: материални и психолошки. Материални елемент је стална и општа примена, — претпоставља се да за то постоји прећутна сагласност држава. Психолошки елемент је убеђење држава у потребу да ово питање сматрају основаним на идеји правичности. Та су два елемента нераздвојна; ако се узме свако за себе, не би могла да заступују објективно важење једног обичајног правила према држави која тврди да их није никад примењивала.¹⁶⁾

Проблем односа између међународних уговора и обичаја поставио се углавном у вези са питањем да ли обичај може да укине једно раније уговорно правило. Присталице схватања обичаја као „прећутног споразума“ сматрају да оби-

¹⁵⁾ Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926, S. 55.

¹⁶⁾ Le Fur, *La coutume et les principes généraux du droit comme sources du droit international public*, loc. cit., p. 263.

чај може укинути један ранији уговор. „С обзиром на јединство извора, сагласну вољу држава, чије су конкретне манифестације подједнако уговори и обичаји, и једни и други могу да се узајамно укидају или субституишу.“¹⁷⁾ За писце који поричу обичајима својство прећутних споразума, обичај такође може да укида ранији уговор, стога што и један и други извор потиче из правног убеђења.¹⁸⁾ И у једном и у другом случају излази на исто: да ова два извора међународног права имају исту снагу. Значи да ред по коме су ови извори набројани у чл. 38 статута Сталног суда међународне правде не означава ранг ових правних извора, пошто они имају исту правну снагу.¹⁹⁾

Највећи спор у модерној науци по питању извора међународног права изазвао је трећи став чл. 38 статута Сталног суда међународне правде, који као извор међународног права наводи *Општа правна начела призната од цивилизованих држава*.²⁰⁾ Видели смо да има писаца који сматрају да су само уговори и обичаји извори међународног права (Анцилоти, Кавалери, Салвиоли, Хелер, Штруп). Међутим, данас већи број писаца признаје општа правна начела призната од цивилизованих држава такође као извор међународног права (Политис, Ле Фир, Џ. Б. Скот, Фердрос, Лаутерпахт, Спиropулос и др.). У потврду свога гледишта

¹⁷⁾ Savaglieri, *Corso di Diritto Internazionale*, 1932, p. 64.

¹⁸⁾ У томе смислу Politis, *Les nouvelles tendances du droit international*, 1926, p. 50.

¹⁹⁾ У првој редакцији пројект овог члана Статута гласио је: „Правила која ће Суд применити за решавање међународних спорова су следећа, по реду (dans l'ordre successif) како ће се примењивати: 1) уговорно међународно право, опште или специјално, као оличене изречно усвојених правила од држава; 2) међународни обичај, као потврда заједничке праксе народа примљених у пракси као закони; 3) правила међународног права како их признаје правна свест цивилизованих народа; 4) међународно правосудје као орган примене и развоја права“. У одбору који је претресао пројект Статута на предлог италијана Ричи-Буцати избрисана је одредба да ће се ова извори примењивати по реду како су изложени. Најзад је усвојена стилзација, коју смо горе навели.

²⁰⁾ Из обилне литературе по овом питању поминемо: Lauterpacht, *Private Law source and analogies of international law*, 1927; Spiropoulos, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht*, 1928; Pallieri, *I principi generali del diritto riconosciuti delle nazioni civili*, 1931; Scerni, *I principi generali di diritto riconosciuti delle nazioni civili*, 1932; Denker, *Der Rang der „allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts“ gegenüber dem staatlichen Gesetzesrecht*, 1933; Härtle, *Die Allgemeinen Entscheidungsgrundlagen des Ständigen Internationalen Gerichtshofes*, 1933; Pasching, *Allgemeine Rechtsgrundsätze über die Elemente des völkerrechtlichen Vertrages*, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1934, S. 26; Verdross, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Völkerrechtsquellen*, *Gesellschaft, Staat und Recht*, 1931, S. 354; — Verdross, *Les principes généraux de droit comme source du droit des gens*, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1932, Vol. 37, p. 283; чланци Ле Фира, Борчарда и Фердроса у цитирајој збирци расправа о изворима права, књ. III.

ови писци наводе низ арбитражних пресуда, које су засноване на „општим правним начелима.“ Да арбитражи не доносе такве пресуде произвољно, прекорачавајући дату им власт, најбољи доказ је у томе што заинтересоване државе примају ове пресуде без противљења и извршују их. Сем тога многи уговори о арбитражи изречно наводе поред уговора и обичаја и општа правна начела, која арбитражи треба да примењују. Из свега тога би се могло извести, каже Фердрос у свом реферату по овом питању *Институције за међународно право*, да став 3 члана 38 статута Сталног суда међународне правде није створио неки нов извор међународног права, већ само кодификовао једно начело већ давно признато у међународној пракси. Важно је у целој ствари то да ово начело не обавезује искључиво суд, већ важи и за све државе и према томе и за све арбитражне судове, уколико није компромисом другачије предвиђено. То се најбоље види из чињенице да су до сада све државе, као што смо поменили, без протеста примењивале пресуде међународних судова, засноване на овим начелима.

Наука се не слаже у томе шта су у ствари ова „правна начела призната од цивилизованих држава.“ Лорд Филмор, приликом израде статута Сталног суда међународне правде означио је ова начела начелима „која су примљена од свих народа in foro domestico“. У сличном смислу даје дефиницију и Спинопулос, који их сматра као правне појмове општег карактера садржане у позитивном државном праву. Фердрос полази од констатације да су ова правна начела постала у унутрашњем праву цивилизованих држава, а не у међународном праву. Отуда треба разликовати ова општа правна начела призната од цивилизованих држава од општих начела међународног права (таква права се могу наћи на пр. у уводу конвенције о правима и дужностима неутралних држава у случају рата).

Што се тиче правне природе општих правних начела, једни писци сматрају да су то начела природног права (Ле Фир, Шикинг, Џ. Б. Скот, Спинопулос), док други тврде да ова начела спадају у позитивно право. Ово друго гледиште заступа и Фердрос, који своје гледиште заснива на тексту чл. 38 Статута да ће Суд примењивати само начела *призната* од држава, дакле, таква начела која већ спадају у позитивно право. То још не мора значити да то не могу бити правила која су постала из природног права, већ само да у тренутку кад међународни судија треба да их примени, она већ морају бити у склопу позитивног права цивилизованих држава. Приликом израде пројекта Статута, како се види из записника правничког одбора који га је припремао, одбор је сматрао да овај појам обухвата само начела заснована на правној свести и *призната* од цивилизованих држава, т.ј. таква начела која примењују судије у разним државама in foro do-

mestico, као што су на пример начело *bonae fidei*, начело пресуђене ствари, и т. сл. У сваком случају, да би једно правно начело било признато у међународним односима као „опште правно начело“ потребно је да садржи једну правну идеју већ материјалисану у неком конкретном правилу националних правних система и сем тога да је то начело тако општег карактера да његова примена у међународним односима није у супротности са природом тих односа.

Сем тога, постављено је питање о односу општих правних начела као извора међународног права према другим изворима, наиме према уговорима и обичајима. Фердрос сматра да су ова начела само супсидиарне вредности, т.ј. да се примењују тек кад нема ни уговорног ни обичајног правног правила. Према томе, она се не могу примењивати на супрот једне постојеће уговорне или обичајне одредбе. Општа правна начела призната од цивилизованих држава могла би се сматрати као *lex generalis*, према коме би уговор или обичајно право било *lex specialis*. Али и ако се прими ово гледиште по коме уговори и обичаји имају јачу правну снагу од општих правних начела, то још не искључује могућност да се у једном истом спору поред уговора и обичајних правила примене и ова начела, ако у спору треба да се реше више правних питања, а нека од њих не могу да се расправе на основу уговорног и обичајног права. Примена ових начела у осталом зависи од судије, који додуше најпре има да примењује уговорно и обичајно право, али који може општим правним начелима да тумачи и уговорно и обичајно међународно право. Установљењем овог извора међународног права тежило се да се избегну случајеви кад би суд одбио да расправља неки међународни спор под изговором да нема уговорног ни обичајног правног правила на основу кога би могао да донесе одлуку. Судија тад има да тражи решење у општим правним начелима, или да прибегне аналогiji²¹⁾.

Члан 38 статута Сталног суда међународне правде спомиње као извор међународног права (додуше са ограничењем да пресуде Суда имају обавезну снагу само за странке у спору и за дотични случај), и судске одлуке и доктрину најквалификованијих публициста, као помоћно средство за одређивање правних правила. Отуда би се могло поставити питање да ли овом одредбом није установљена нека четврта врста извора међународног права. Модерна наука одбацује ову претпоставку, јер је овом одредбом само дато суду једно помоћно средство за одређивање правних правила. Претпоставља се да правно правило већ постоји, али да му значење није потпуно јасно. У том случају судија мора да води рачуна о јуриспруденцији и правној теорији, да би утврдио право значење тог правног правила. Но, по пристанку странака,

²¹⁾ Borchard, *op. cit.*, p. 354.

Суд може независно од ове одредбе да изрече одлуку *ex aequo et bono*. Као што смо навели, тежња је била да се пружи могућност Суду да расправи спор, ма и аналогијом према општем праву цивилизованих држава, у случају ако нема позитивног права, на основу кога би се донела одлука. Тек и ако тај извор, па макар и тумачен у светлости јуриспруденције и доктрине, не пружа могућност решења спора, захтев странке се мора одбацити.

Најзад, дужни смо да поменемо да извесни писци (Ле Фир, Џ. Б. Скот, Шикинг и др.) сматрају да постоји још један извор међународног права, који називају различитим именима: природно право, објективна правда, правила, људски разум, решења *ex aequo et bono*, и т. сл.²²) Иако је у доба Гроцијево природно право играло велику улогу у међународним односима, данас оно нема скоро никаквог значаја, и тешко би се могло узети и као супсидијарни извор међународног права. Нама се чини да решење које проблему извора међународног права даје чл. 38 статута Сталног суда међународне правде најбоље одговара међународној правној свести данашњице.

²²) Ближе о овоме видети Spiropoulos, *op. cit.*, p. 109.