

институцијама, категоријама и појмовима из области радног права Југославије — траже посебну обраду која је у нашој науци радног права већ отпочела.

III. — Закључак који се може извести на основу овог сумарног приказа новог у југословенском радном праву (законодавству) био би следећи. У Југославији су отпочели стварни преображаји у карактеру и суштини радних односа који се у одговарајућој мери одражавају и у самим новим позитивноправним нормама које регулишу такве односе. Ти преображаји, истовремено, откривају шта је ново у радном праву и показују правац даљег развика ових односа, у којима се постепено рађају и развијају нови друштвени елементи слободне асоцијације непосредних произвођача који раде у друштвеној производњи и из друштвеног производа одређују свој лични доходак. На тај начин постепено ишчезава радни однос у класичном значењу. Стварна друштвена садржина тог дугог и противречног процеса јесте развика самоуправљања произвођача у привреди и социјалистичке демократије у Југославији.

Др. Алек. Балтић

ОДНОС КОДИФИКОВАНИХ И ОБИЧАЈНИХ ПРАВИЛА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

I. — Приликом и после сваке завршене кодификације поставља се питање односа правне снаге између писаних правила кодификованог права и правила обичајног права, било да она нису обухваћена резултатом кодификације, било да су потпуно или делимично по својој садржини у супротности или противречности са правилима кодификованог права.

У току великих кодификација легислативног карактера до којих је дошло у XIX и XX веку у Европи, и то углавном на пољу грађанског и трговинског права, била су постављена правила о различитим решењима односа између писаних кодификованих правила и обичајних правних правила неукључених у кодификацију. У том погледу морамо разликовати неколико главних концепција које су везивале судију приликом решавања тога односа, односно које су постављале руководна начела за могућност примене или услове примене правног обичаја као конкретног правног правила за решење односа о коме суд има да пресуди.

Најекстремнија концепција заснива се на идеји забране примене правних обичаја који датирају пре кодификације, односно који су били познати у време кодификације. Та идеја излази из схватања да је кодификација предузета да се прекине са признавањем правних обичаја као извора права и да се убудуће пређе на искључиву примену писаних правних правила. Другим речима, сваки онај правни обичај који није укључен у правни систем кодификованог правног правила самим тим је одбачен јер законодавац није желео да постоји паралелизам између законодавних и обичајних правила и зато је и предузео кодификацију. Према томе, ова концепција се оснива на сувереној вољи државе не само о мо-

нополу писаног права него и њеном искључивом праву да поставља правна правила. То је одраз апстракције о апсолутној сувереној вољи, монополу законодавне власти за постављање правних правила, принципу поделе власти у којој не учествују широке масе и друштвено кретање непосредно, оснивајући се исто тако и на тадањој концепцији демократије по којој грађани треба да се повињавају само оним општим нормама права које су прихватили и прогласили њихови законити представници. Практично ова концепција налази своју основицу по суштини у социјалним и политичким стремљењима, нарочито у условима Француске револуције. Старо право добрим делом одражавало се у правном обичају и носило је у себи трагове феудалног права и представљало је опасност за нову владајућу класу — буржоазију да неће са довољно чистоте да одражава правне принципе на којима се оснива њено право и њена владавина. С друге стране, обичаји су били локални, везивали су се за одређене провинције, њихови сукоби као сукоби статута, отежавали су, правни промет између грађана целе државе, целог подручја за које се врши кодификација и самим тим представљали су антитезу идеје државног јединства, њене привредне хомогености и носили су у себи печат сепаратизма.

Као другу концепцију навели бисмо схватање о примату писаног кодификованог права над обичајним правом. По томе схватању кодификовано право у начелу је уклонило као правни извор неке затекле правне обичаје, оно их је заменило писаним кодификованим правилима. Међутим, законодавац не претендује да је та кодификација потпуна, нити себи присваја апсолутни карактер своје надлежности у стварању друштвених правних правила. Он себи не приписује искључиву надлежност тога стварања и допушта могућност да се нека правна правила развијају у облику обичаја, праксом и свешћу друштвене средине, али тако да то неформално стварање правних правила не може бити на штету његове законодавне власти, било тиме што ће ти правни обичаји бити супротни писаним правилима, било што ће се она стварати о оним предметима о којима већ постоје законодавна писана правила. У суштини ова концепција полази од схватања да је изгубило сваку важност оно досадање обичајно правно правило које не одговара схватањима постављеним у кодификованом систему и проглашеним за основицу новог правног поретка (обичајна правна правила не могу противречити новоустановљеном правном поретку али могу постојати ако нису у сукобу са тим поретком). Даље, судија не сме примењивати правна правила обичајнога права ако постоје законска правила о истом предмету. Овај систем дугогодишњим својим постојањем у неким државама створио је од обичајног правног правила допунски правни извор и допустио судовима да примењују обичајна правна правила под условима тога система и уз поштовање основне идеје примата писаног закона. Ово важи и за обичајна правила затечена у време кодификације и за правна правила створена путем обичаја после кодификације.

Ми овде апстрахујемо остале концепције о односу писаног кодификованог права и правних правила обичајног права у историском развоју

интернога права, а нарочито концепцију двојног важења, паралелизма између писаног права и обичајног права, јер нам те концепције нису од користи за наше главно излагање, нити су нам потребна поређења са резултатима тих концепција. Ипак, из овог система сматрамо за нужно да укажемо на један специјални институт ауторитативне али не легислативне кодификације унутрашњег права која је оличена у појму *restatement*-а. У англосаксонском праву извесне установе од правнога угледа с времена на време врше кодификацију постојећих правних норми расутих у правним правилима обичајнога права или у судској пракси. Таква кодификација врло често добија велики кредит и код публике и у правничким круговима, на њу се позивају странке пред судовима и судови је цитирају као доказ о постојању правних правила. Али, таква кодификација нити искључује могућност да постоје и другојачи правни обичаји у истој материји, нити представља последњу реч кодификатора и науке уопште, могућност да се и даље стварају нова правна обичајна правила. Према томе, пред судовима се увек може отворати питање сагласности ових облика ауторитативне кодификације са појединим правним правилима обичајног права необухваћеним или противречним правилима садржаним у *restatement*-у.

Без обзира на коју концепцију у унутрашњем приватном праву будемо се обратили, нужно је напоменути да буржоаско приватно право, а делимично и социјалистичко, познаје поделу правних норми на оне које су принудног карактера (*ius cogens*) и оне које су диспозитивног карактера (*ius dispositivum*). Док странке не могу одступати од *ius cogens*, дотле су оне овлашћене да саме својом вољом, уговорним путем код двостраних послова, или једностраним актом, одступе од писаног права и саме поставе правила којих ће се држати, правилније, оно што оне уговоре или наредe представља правно правило за посао у питању и суд ће применити то правило, без обзира да ли се оно слаже са кодификованим или другим писаним правом, уколико се то не противи прописима *ius cogens*-а. Ова установа омогућила је нову појаву за постављање односа између кодификованог односно писаног права и правних правила која имају карактер обичајног права. Наиме, странке се у овим случајевима могу изјаснити да своју вољу потчињавају или је оснивају и на неком обичајном правилу (а не на писаном законском пропису). У данашње време та обичајна правила најчешће се не стварају више спонтаном праксом у друштвеним односима него се заснивају на смишљеним, па чак и писаним правилима појединих корпорација, узансама, статутима, којима се странке потчињавају, било изричним изјашњењем, било прећутним поступцима доведеним у везу са претпостављеним изјашњењем везивања за таква правила. Временом, такве збирке квазиобичајног права, све док нису у сукобу са *ius cogens*-ом долазе у позицију да потискују писано право које има диспозитивни карактер.

II. — Прелажењем на колективну и ауторитативну кодификацију међународног права поставило се исто тако питање односа одредаба кодификованог права према оним одредбама обичајног права које изрично

нису обухваћене нити је искључена њихова примена у прописима кодификованог права.

За разлику од посматрања овог проблема на пољу интерног права компликација је још већа на плану међународног права. Кодификација коју врши законодавац на пољу интерног права у оквиру једне државе има неспорни ауторитет у свима односима подређеним томе интерном правном систему. Напротив, у недостатку међународног законодавног органа, општепризнатог и овлашћеног да врши законодавну власт и прописује правила обавезна за државе, свака међународна кодификација засада има само конвенционални карактер. Њена правила обавезују, строго правнички узев, само оне државе које су прихватиле ту кодификацију, док су, у начелу, остале државе овлашћене да не признају ту кодификацију, да је проглашују за *res inter alios acta*, тј. за ствар закључену између трећих која се њих не тиче. Из тога даље излази да су оне овлашћене да се позивају на међународноправна правила обичајног карактера која су постојала и била обавезна између држава до те кодификације.

Међутим, опасност која извире из могућности појединих држава да саботирају опште дело кодификације на међународном праву довело је до једне фикције о правној важности кодификације оних начела и правних правила која одражавају општу правну свест цивилизованих нација чак и у случајевима кад поједине државе нису ратификовале или на други начин прихватиле поједине конвенције о кодификовању међународних правила, јер су правила која прихватају и примењују цивилизоване нације уопште проглашена као извор међународног права обавезан за све државе.

Даље, ублажење класичног правила да државе које нису учествовале у кодификацији не само да нису обавезне њом него да се на њу не могу позивати према државама обавезним на њихову примену долази из схватања данас опште прихваћеног у међународном јавном праву, а проглашеном у пресуди међународног војног суда у Нирнбергу, да се кодификована правила међународног права, која се сматрају као свест цивилизованог човечанства, сматрају за обавезна правна правила која се морају поштовати не само између држава чланица конвенције у којој је изражена кодификација тога правила него и према свима другим државама, као што су и оне, иако нису чланице те конвенције, дужне да се придржавају таквих правила.

Према томе, појава колективне и ауторитативне кодификације правила међународног права, која су најчешће до кодификације постојала као правила обичајног карактера, иако има конвенционални карактер, чије се дејство редовно ограничава на односе између држава учесница у конвенцији о кодификацији, добија развојем установа међународног права и порастом његовог ауторитета карактер општеобавезних правила за све субјекте међународног права без обзира да ли су они учествовали или нису у самој кодификацији и прихватили конвенцију.

Ипак, дужни смо да напоменемо да се закључак у претходном ставу не прихвата као апсолутно правило и да државе истичући начело апсо-

лутног суверенитета држава и добровољност самообавезивања врло често оспоравају да међународна кодификација веже и оне који јој нису приступили. Исто тако, постоји и друга страна ове медаље. Дешава се, додуше ређе, да се и данас, после нирнбершке пресуде, оспорава од стране држава чланица конвенције о кодификацији државама које нису приступиле кодификацији да се могу позивати на кодификована правила и из тога извлачити користи, њако оне саме не поштују та правила, а нарочито ако другим државама, чланицама конвенције о кодификацији, не пружају оне користи које призилазе из кодификованих правила. Такво држање не сматра се као 'ограничење дејства кодификације на државе чланице конвенције о кодификацији већ као посредна санкција и према државама нечланицама која постоји и у односима између држава учесница у конвенцији ако оне недовољно или неправилно примењују кодификована правила. То је правило о ефективном реципроцитету садржано нарочито у Бечкој конвенцији о дипломатским односима.

III. — Ако једна међународна конвенција има за циљ да кодификује постојеће обичаје о извесној материји, онда се поставља питање да ли је актом кодификације обухваћена цела материја и да ли су из даље примене међународног права одбачени они правни обичаји који нису нашли места у кодификованом тексту. Као еклатантан пример отварања овог питања навешћемо кодификацију правила о сувоземном ратовању на Првој хашкој конференцији за мир. На конференцији није дошло до сагласности о тексту правних правила која се тичу партизанског рата. Правилно речено, неке од држава учесница нису се показале расположене чак и да признају да таква правна правила постоје. Делегација руске царевине инсистирала је да се у кодификовани текст унесу одговарајућа правила. До потпуног споразума није дошло. Али је ипак дато једно правно задовољење скрупулама руске делегације. У финални акт и у преамбулу ове конвенције ушла је тзв. *de Martins*-ова клаузула. Она се састоји у констатацији да су државе обавезне после ове кодификације да примењују кодификована правила, као и остала правила обичајног права која су примењивана између цивилизованих држава до ове кодификације. Тиме је признато да правна правила нису ишчезла из правног система ако нису обухваћена кодификацијом уколико су у време кодификовања постојала и није уписано у систем кодификације неко правно правило које га искључује. Значи, такво правило остаје на снази независно од кодификације. Међутим, питање није решило проблем који је поставио *de Martins*. Оно није решило који су то обичаји који се имају сматрати као правна правила обичајног права која су дотле постојала између цивилизованих нација. Руска резерва оснивала се на тврђењу о постојању правних правила обичајног права којима се регулише правни статус партизана као законитих ратника. Други су оспоравали да ли такво својство по обичајном праву припада учесницима у партизанском рату. Признањем правне обавезе поштовања и других правних извора обичајног карактера ван кодификованог текста остало је отворено питање постојања таквих правила и није решено која су то правила које странке морају поштовати ако нису унета у текст. Значи,

овим је признато да кодификација на међународном праву није свеукупна (остају важећа обичајна правила чија је кодификација пропуштена), нити елиминирајућа (за правила која су остала ван кодификације а изрично нису одбачена не може се априорно тврдити да су изгубила правну снагу нити постављати претпоставка да су одбачена). Таква обичајна правна правила остају на снази али приликом њихове примене странке и суд морају верификовати да ли су она постојала у време кодификације, за кога су била обавезна (јер остају обавезна само за оне који су их дотле прихватили а не за све учеснике у кодификацији), да ли нису у супротности са кодификованим правилима, као и да ли нису елиминисане (укинута или одбачена) као правна правила противна прописима конвенције о кодификацији. Има писаца који сматрају да су то правна правила о кодификацији. Има писаца који сматрају да су то правна правила међународног обичајног права чија се важност не искључује у начелу али оспорава или бар доводи у сумњу, тако да се пред судом мора доказивати њихово даље постојање и правоваљаност.

IV. — Иако је наше схватање да је одвајкада свака кодификација правних правила, било на унутрашњем, било на међународном плану, у себи носила извесна одступања од обичајних правила која углављава у себе и нужно представља уношење нових елемената, можда само нову редакцију и формулацију кодификованих правних правила, па самим тим мења њихову садржину, проблем се много отвореније и јасније поставља при кодификацији правила међународног права у систему ОУН. И по Статуту Комисије ОУН за међународно право и по самој пракси рада комисије, нужно се прожимају при изради свакога предлога кодификације који излази из поступка пред Комисијом с једне стране метод кодификације а с друге стране метод прогресивног развоја. То у суштини значи да се предлози Комисије не ограничавају на систематизацију постојећих обичајних правила међународног права него да они садрже и коректуру, тј. измену па и свесно елиминисање таквих обичајних правила у корист уношења нових идеја које више одговарају потребама модерног међународног друштва него што је то случај са досадањим правним правилима на снази до усвајања пројекта израђеног у Комисији.

Пројекти Комисије, кад постану конвенције, нису прости документи о кодификацији већ систем правних правила међународног права у коме се на комплексни начин регулишу извесни правни односи за одређену материју независно од тога да ли његова правила одговарају досадањим обичајним правним правилима или не. То више није проста кодификација (мада она по нашем схватању никад није ни могла бити проста) него је то један међународни закон чији прописи не морају одговарати ни по својим концепцијама, чак ни кад наглашавају да то хоће да чине, дотадањим обичајним правним правилима међународног права која се односе на ту правну материју.

Према томе, у суштини је промењен однос кодификованог конвенционалног права према међународним обичајним правним правилима које је требало обухватити том кодификацијом. До тога је дошло услед су-

штаственог дејства самог метода. Ако се држимо чисто кодификационог метода, који се своди на систематизацију, формулацију и редакцију постојећих обичајних правних правила и њихово трансферирање у писано кодификовано право, иако ће приликом тога доћи и до промена по суштини, морамо остати при фикцији, чак више — при основној концепцији да кодификовани текст представља у суштини садржину обичајнога права и да се може поређењем те садржине са сваким посебним обичајним правилом утврдити да ли је оно искоришћено за кодификацију, па према томе да ли је оно ушло у кодификовани текст. За случај да није ушло у текст конвенције о кодификацији може се јасно поставити питање какав је однос између таквог обичајног правног правила неукљученог у кодификовани текст према правним правилима која су ушла у кодификовани систем. За такав случај општа је претпоставка да је неукључено правило задржало своју досадању правну снагу ако се не докаже да је оно престало да важи на основу неког од одређених узрока, у које се не може начелно убројати сама чињеница да је та материја кодификована и да је обичајна одредба у питању изостала из текста кодификације.

Напротив, ако се служимо једновремено методом кодификације и методом прогресивног развоја, основна поставка за решење овог питања мора бити другојача. Пре свега докуменат није збир, селекција, формулација или редакција затечених правила обичајнога међународног права. Отворено се признаје да су редактори текста и они који су били власни да га усвоје (тј. представници држава уговорница) имали пред очима целокупан материјал из кога су изабрали само нека обичајна правила и неке друге идеје, па њиховим комбиновањем дошли до правила која су усвајањем постала позитивно међународно јавно право (иод резервама у погледу њиховог апсолутног дејства означеног напред под II). Та правна правила представљају прописе за регулисање извесних питања једне одређене материје и потпуно је правно ирелевантно да ли у погледу регулисаних питања постоје још каква друга правна правила уопште, па и правила обичајног карактера. Та друга правила нису морала бити намерно одбачена али она постају непотребна за међународни правни живот после правила да је материја регулисана. У пракси је врло тешко одредити у којој мери тзв. кодификовани текст прима или не прима, укључује или одбацује елементе обичајног права или неке друге елементе, а нарочито да ли је и са којих мотива изостављена каква одредба обичајног карактера. Отуда се у овом случају не може ни поставити питање да ли прописи међународног обичајног права имају правни карактер важеће норме ако нису укључени у тзв. кодификацију која је плод комбиновања простог метода кодификације са методом прогресивног развоја. Данас је опште схватање да између држава које усвоје такву кодификацију њени прописи замењују све прописе међународног права који се односе на регулисану материју.

V. — Схватање је да при примени комбинације простог кодификационог метода и прогресивног развоја треба делити материју која је регулисана од оне која није регулисана и сматрати да је престала правна

важност за државе учеснице у конвенцији обичајних правних правила која се тичу регулисане материје, док напротив остају на снази она правна правила обичајног права која се односе на нерегулисану материју. Конкретно решење овог питања дошло је до изражаја на Бечкој конференцији о дипломатским односима (1961) у тзв. швајцарском амандману. Конференција је усвојила и унела у преамбулу конвенције да остаје на снази досадање обичајно међународно право у погледу оних питања (а не материје) из области коју релугише та конвенција, за које није дато решење у самој конвенцији. Великом већином је усвојен овај амандман и признат овај принцип којим се потврђује да доношењем једне међународне конвенције као колективног уговора-закона не престају да важе сви прописи међународног уговорног права већ остају на снази они који регулишу извесна питања која нису добила своје решење у уговору-закону. На тај начин кодификацијом се не гасе сва обичајна правна правила из кодификоване материје него само она чији је предмет изврстан правни однос или институт добио своје решење у уговору-закону. На конференцији је схваћено да остају на снази обичајна правна правила којима се решавају у уговору-закону нерешени односи односно којима се уклањају празнине у правном решавању.

При изради завршног пројекта Конвенције о конзуларним односима, Комисија ОУН за међународно право усвојила је текст швајцарског амандмана са Бечке конференције о дипломатским односима и унела у преамбулу свога пројекта одговарајући текст, па тиме потврдила своју сагласност са овим принципом. Несумњиво је да је бар у оквиру Комисије тај принцип добио право грађанства и да је тиме указано на једно руководно начело међународног јавног права о односу текста конвенције којом се врши кодификација и кодификацијом необухваћених правног правила обичајног права. Према томе кодификација у систему ХУН (кодификација и прогресивни развој — комбиновани) гаси она обичајна правила која имају за предмет у конвенцији за кодификацију решена питања а не дерогира обичајна правила чија садржина регулише кодификацијом нерешена питања. То је принципијелно решење.

Међутим, сматрамо за потребно да поставимо два питања у вези са применом система који произлази из швајцарског амандмана, и то:

а) да ли допуњавање празнина у погледу нерешених питања допушта примену затеченог обичајног правног правила уопште, или само ако оно представља решење у духу са општим правилима конвенције-закона. — За нас би било несхватљиво да се нерешена питања расправљају по ранијим правним правилима ако би то могло довести до опште противречности са духом целе конвенције. Значи, ми схватамо да је задржавање на снази ових обичајних правних правила само допуштено у оном случају кад се она могу довести у склад са конвенцијом као целином, значи да у односу на њу имају допуњујући карактер.

б) да ли укидањем правила обичајног права чија је садржина регулисана одредбама конвенције-типа значи да се та правила више не

могу узимати у обзир чак ни за случај ако она треба да служе као објашњење усвојених правних правила или да попуне извесне празнине које су настале услед редакције конвенције-уговора позивајући се на то да швајцарски амандман упућује на правила обичајног права само за нерешена питања, док је овде у суштини реч о решеним питањима. — Наше је уверење да се на ово питање уопште не односи швајцарски амандман и да за овај случај вреде општа правила о позивању на право које је било у важности пре доношења нових правила, а то значи да од новоусвојеног правила зависи да ли се у суштини мења ранији однос и да се не искључује примена обичајног права тамо где се помоћу ње могу уклонити празнине и поставити основице за решења која одговарају духу новог права, другим речима да старо обичајно правило може представљати ослонац као допуњујућа одредба уз правила новог писаног кодификованог права.

VI. — Проблем односа кодификованих и обичајних правила међународног јавног права је свакако данас на дневном реду више него икада. Обичајна правна правила чине претежан део правила система међународног јавног права. Самим тимчубрзани процес кодификације тих правила захтена да се одреди однос између кодификованих правила и оних обичајних правних правила која нису углавном у инструментима кодификације. Проблем постаје сложен увођењем метода прогресивне кодификације и отуда и у међународном праву као некада у процесу кодификације, кодификована правила постављају се у привилегован положај према обичајном праву које се повлачи пред снажним таласом процеса кодификације.

Др. Милан Бартош

О ИЗМЕНАМА И ДОПУНАМА ПОРОДИЧНОГ ЗАКОНОДАВСТВА

Породично право уређено је низом савезних и републичких закона. Ти су закони донети у првим годинама по ослобођењу. Може се са правом рећи да је нова Југославија од свих грана права најпре и најпотпуније уредила породично право. Врло важни разлози изискивали су да се хитно реше и уреде породични односи. Потребно је било укинути застарела начела и установе и уклонити неуједначеност, замршеност и шаренило које је постајало у праву старе Југославије у овој значајној области.

У томе се успело. Сачињено је породично законодавство које представља складну и логички повезану целину, чији прописи одговарају тековинама народне револуције и основним начелима нашег правног система. Међутим, током времена показали су се извесни недостаци и празнине које је требало отклонити и попунити. Тако на пример, Законом о допуни основног закона о браку од 25. IV. 1955 тачно је утврђено ко је надлежан да обави склапање брака; Законом о измени и допуни основног закона о односима родитеља и деце од 8. XII. 1956 предвиђено