

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

АПФ, Година XLIII, Београд, бр. 4, јул-август 1995, стр. 327-487

UDK 34/35

YU-ISSN 0003-2565

ЧЛАНЦИ

UDK-341.01

Изворни научни рад

*др Стеван Ђорђевић,
редовни професор Правног факултета у Београду, у пензији*

КЛАСИФИКАЦИЈА И ХИЈЕРАРХИЈСКИ ОДНОС ИЗВОРА МЕЃУНАРОДНОГ ПРАВА

Писац се критички односи према изостављању једностранних правних аката и одлука међународних организација као формалних извора међународног права у односу на судску праксу и доктрину ако је реч о стилизацији и садржини члана 38. Статута Међународног суда правде од 1945. Сматра да је у пракси потврђена предност уговорних и обичајних правних правила у односу на остале изворе права. Члан 38. Статута Суда је и даље најбољи показатељ формалних извора међународног права, који везује пре свега Суд, али његов домашај је и шири, без обзира на критику која му је у доктрини упућена.

Кључне речи: *Извори међународног права. - Класификација извора. - Хијерархија извора. - Међународни суд правде. - Члан 38. Статута Суда.*

I. КЛАСИФИКАЦИЈА ФОРМАЛНИХ ИЗВОРА МЕЃУНАРОДНОГ ПРАВА

Постоје различити облици формалних извора, а покушаја за њихову класификацију било је и у дипломатској пракси а и у доктрини.

а) Члан 7. XII Хашке конвенције од 1907. године о образовању Међународног суда за заплону (конвенција није ступила на снагу нити је Суд образован) набраја изворе хијерархијски овим редом: 1. конвенције односно уговори; 2. општа призната правила међународног права; а затим, у недостатку ова прва два и 3. општа начела и правичност. Конвенција има само "документарни" карактер.

Члан 1. Хашке Конвенције од 1930. године која се односи на извесна питања сукоба закона о држављанству, захтева да унутрашња законодавства у овој области буду у складу са међународним конвенцијама, међународним обичајем и опште признатим правним начелима у области држављанства.

Ова два поменута вишестрана акта немају општи значај, а наводи-мо их примера ради.

б) Садашњи члан 38. Статута Међународног суда правде наводи-мо у целини, с обзиром на његову особиту важност:

"1. Суд, чија је дужност да своје одлуке по споровима који су изнети пред њега доноси сагласно међународном праву, примењује:

а) међународне конвенције, било опште било посебне, које постављају правила изричито призната од државе у спору;

б) међународни обичај, као доказ опште праксе која је прихваћена као право;

ц) општа правна начела која признају просвећени народи;

д) у границама одредбе члана 59. судске одлуке и учења најпозванијих стручњака међународног јавног права различитих народа, као помоћно средство за утврђивање правних правила.

2. Ова одредба не ограничава право Суда да један спор решава *ex aequo et bono*, ако парничне странке на то пристану."

Члан 59. Статута, који се помиње у ставу 1. под д. гласи:

"Одлука Суда има обавезни карактер само према парничним странкама и у односу на тај посебни спорни случај".

Већ скоро 80 година постоји овај текст (преузет из члана 38. ранијег Статута Сталног суда међународне правде од 1920. године). Извршио је неоспоран утицај на доктрину и праксу у смислу образовања и заузимања става о облицима формалних извора међународног права. У уговорима о арбитражним споровима државе често овлашћују арбитра да се држе извора побројаних у члану 38. Статута Међународног суда правде, раније Сталног суда међународне правде. То се чини и у Генералном акту о мирном решавању спорова од 1928. односно и у Измењеном истом акту од 1949. године (1).

Позивање на члан 38. Статута Суда може се квалификовати као општа оријентација, и оно се чини било изричито било прећутно. Занимљиво је приметити да члан 38. Статута Суда не помиње израз "извори", мада је јасно да је овде реч о формалним изворима права. То потврђује реченица у првом ставу овог члана: "... чија је дужност да своје одлуке по споровима који су изнети пред њега доноси сагласно међународном праву...". Хтело се да потврди оквир и основ на којима почива рад Суда, те везаност међународноправним правилима у његовом судо-

(1) Из измењеног Генералног акта о мирном решавању међународних спорова од 1949. године:

"Члан 28. - ... Ако компромис не садржи материјалноправна правила која би арбитра применили, Суд ће применити материјалноправна правила побројана у члану 38. Статута Међународног суда правде...

Члан 28. - Ако компромис не садржи правила, или ако нема компромиса, Суд ће применити материјалноправна правила побројана у члану 38 Статута Међународног суда правде. Уколико не постоје таква правила која би се могла применити на спор, Суд ће пресудити *ex aequo et bono*." - М. Бартош, *Међународно јавно право*, I књига, Београд, 1954, стр. 458.

вању. Ове уметнуте реченице није било у тексту члана 38. Статута Суда од 1920. године. Овим се не мења њихов значај и карактер, већ се више потцртава дужност Суда да суди на основу међународног права.

в) У доктрини се наводе и други двострани и вишестрани акти, поред досад побројаних, у којима се врши позивање на поједине формалне изворе међународног права (уговори, обичаји али и начела права). Њихов значај је много мањи, будући да везују мањи број страна уговорница (2).

г) У доктрини постоје озбиљне замерке и резерве на овако формулисане формалне изворе међународног права. Опште су прихваћени, као извори, уговори и обичаји. Сматра се да као изворе права треба одбацили: 1. доктрину, јер она не чини стваралачки извор, већ само један чинилац који открива и приказује право; 2. судске одлуке, јер оне нису самосталан извор, већ само конститутивни чинилац, истина основног, међународног обичаја; 3. правичност, на коју се судија или арбитар може да позове само уз сагласност странака у спору. Истовремено, не даје се никакво место извесним изворима чији је значај неоспоран (нпр. једностранни правни акти) или им се улога и значај стално повећава (нпр. одлуке и други акти међународних организација). Међу изворима рангирају се судске одлуке и доктрина, који то не заслужују (3).

Почетком овог века, вођене су опсежне расправе о изворима права. Посебно је било неслагања око домашаја извора "општа правна начела просвећених народа". Врхунац тих расправа био је поводом редиговања члана 38. Статута Сталног суда међународне правде од 1920. године. Нађено је практично решење и задовољење свима на тај начин што су извори подељени на главне (основне) и помоћне. У доктрини има и других класификација, ван овде изложене (4).

Формулација члана 38. Статута Суда о формалним изворима права, по неким писцима, не задовољава, непотпуно су набројани. И ми смо мишљења да је традиционална класификација недовољна и да не одговара међународној стварности. Потребно је употпунити набрајање извора бар са једностраним правним актима и одлукама међународних владиних организација. То је онај минимум који данашњи развитак међународног права нужно захтева. Нисмо сагласни са оним мишљењима у странијој литератури да треба елиминисати судску праксу и доктрину у својству помоћних извора односно као и средство *ex aequo et bono*, будући да ти извори, онако како су формулисани, имају оправдање и место у класификацији система извора међународног права.

(2) Нпр. поједини двострани уговори о решавању спорова и арбитражни споразуми о: спор "Алабама" између В. Британије и САД у другој половини 19. века; у члану 19. Уговора између Југославије и Пољске од 1926. године наводе се "општа начела" на основу којих ће се спорови решавати; у Хашкој конвенцији о мирном решавању међународних спорова од 1899. године помињу се "међународни уговори" и "начела права" итд.

(3) Види: Ch. Rousseau, *Droit international public*, tome I, Paris, 1970, p. 59.

(4) R. Quadri разликује три врсте извора, које се хијерархијски нижу: а) први и највиши ступањ су начела која непосредно произлазе из воље међународне заједнице; б) та начела одређују постанак прописа уговорног и обичајног права; в) на трећем месту налазе се норме чији постанак одређују уговори, нпр. норме које стварају међународне организације. - Наведено по: J. Andrassy, *Међународно право*, Загреб, 1984, стр. 15.

II. ХИЈЕРАРХИЈСКИ ОДНОС ИЗМЕЂУ ГЛАВНИХ ИЗВОРА МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

а) Однос уговорног и обичајног права има важно место у вези са коришћењем извора права од стране судских органа а и уопште. До писаних текстова уговорног права, посебно вишестраних уговора почетком и средином 19. века, обичаји су најчешће били основа за уређење правних односа међу државама. Највише су се задржали у дипломатском, поморском и ратном праву, тј. у најразвијенијим ранијим гранама међународног права.

У уводу Повеље УН говори се о поштовању уговора и других извора међународног права.

Члан 38. Статута Сталног суда међународне правде од 1920. односно Међународног суда правде од 1945. године није преузео поступак који је садржан у члану 7. Хашке конвенције о образовању Међународног суда за заплону од 1907. године у коме се набрајају извори по свом хијерархијском реду, од уговора до начела и правичности у недостатку уговора и обичаја (у тексту: општа призната правила међународног права). Још приликом израде Статута Сталног суда међународне правде, чињени су предлози у Комисији правника да се заузме одређени став о хијерархији извора, али до тога није дошло. У Уједињеним нацијама, са незнатном допуном, преузет је ранији текст члана 38. Статута Суда до 1920. године.

Бечка конвенција о дипломатским односима од 1961. године није одрекла важност оним обичајним правилима међународног права која су до тада постојала, унесећи у уводни део констатацију да у области у којој нису донета правила и нису уређени одређени односи одредбама ове конвенције, остају на снази досадашња правила обичајног права. Сличан случај је и са Бечком конвенцијом о конзуларним односима од 1963. године. У уводу Конвенције о праву уговора од 1969. године потврђује се да ће "правила међународног обичајног права и даље регулисати питања која нису регулисана одредбама ове Конвенције", а у члану 38. поменуте Конвенције се каже да "ниједна одредба чланова 34. до 37. (односе се на област важења уговора за треће државе - примедба С. Ђ.) се не противе да неко правило изражено у уговору постане обавезно за треће државе као обичајно правило међународног права признато као такво". Сличне одредбе има и најновија Конвенција о праву уговора између држава и међународних организација и између међународних организација од 1986. године.

Теоријски ова задржана двојност правила (уговорних и обичајних) одговара извршеној кодификацији унутрашњег права у појединим земљама, посебно у 19. веку, са сталним подвлачењем предности важења писаног закона у односу на неписано обичајно правило. Поставља се питање да ли дотадањи обичаји и даље важе за оне државе које нису приступиле конвенцијама у њиховим међународним односима? Наш одговор је потврдан. У доктрини се различито приступа објашњењу уговорног и обичајног права. Могуће је заступати идеју да обичај чини најчешће опште правно правило док уговор означаје, добрим делом, појединачно правно правило. Из тога би произлазила, логично, предност уговорних одредби над обичајним правилима, с обзиром на

примену начела по коме посебне одредбе дерогирају опште одредбе. Има гледишта у доктрини, и томе су неки писци доста привржени, да, наиме, уговор и обичај као формални извори имају исту правну снагу те и нема хијерархије међу њима. И уговори и обичаји чине само два начина стварања норми. У случају неспојивих правила, сукоб се решава правилом *lex posterior derogat legi priori*, правилу, које првенствено служи за решавање сукоба који произлази из два уговорна конкурентна правила, али које, треба рећи, налази своју тачну примену у претпоставци сукобљавања између једног уговорног и једног обичајног правила. Кад је у питању посебан уговор и посебан обичај, предност се даје уговору, на основу кога је са већом сигурношћу могуће одредити смисао и домашај права и обавеза (5). У стварности, по нама, овде се пре поставља питање првенства и хијерархије у њиховој примени, него ли питање вредности извора права, ако је уопште могуће то издвајати једно до другог.

Статут Међународног суда правде, по неким писцима, хијерархијски је већ дао предност уговорима у односу на обичајна правна правила, самим тим што их је ставио испред њих у набрајању. По овом мишљењу, Суд је обавезан да у првом реду разматра и цени одредбе међународног уговора који обавезује спорне стране, а затим, у случају сумње о значењу уговора, или у недостатку уговорне одредбе, он испитује и евентуално се позива на међународне обичаје. Али, има и другачијих мишљења. Тако, по њима, предност уговора над обичајима, као приступ није правилан, с обзиром на то да је супротан општем начелу тумачења права, по коме каснија норма увек укида ранију норму, без обзира да ли је реч о обичајима или уговорима. И сама прецизност норми, за поједине писце, као техничка предност уговора над обичајима, још им, сама по себи, не даје хијерархијски виши ранг (6).

У досадашњој совјетској доктрини критикују се они теоретичари који заступају гледишта или су блиски таквим схватањима о истој вредности уговорног и обичајног права, односно који дозвољавају мењања и искључивања уколико једно правило следи другом и појављују се као *lex specialis*. Критикују се такође она гледишта која прецењују обичаје у односу на уговорна правила или потцењују улоге државе у стварању обичајних правних правила. У хијерархијском погледу, даје се предност уговорима у односу на обичаје и заступа се гледиште да ова два формална извора немају исту правну снагу. Излаже се оштрој критици гледиште да су обичаји на вишој лествици од уговора. Основно обичајно правно правило "*paeta sunt servanda*" узима се и као уговорна норма, те се то правило не може посматрати искључиво као захтев обичајног права (7).

Између ова два формална извора међународног права постоји узајамни утицај. Нема развоја једног извора без развоја другог, постоји

(5) М. Бартош, *op. cit.*, стр. 114, 115; Ch. Rousseau, *op. cit.*, p. 343.

(6) Н. Келсен, *Principles of International Law*, New York 1952, p. 303; такође: G. Morelli, *Cours général de droit international public*, Recueil des cours de l'Académie de La Haye, 1956, 89, p. 459; М. Бартош, *op. cit.*, стр. 114; Б. Јанковић, *Међународно јавно право*, Београд, 1981, стр. 15.

(7) Курс међународног права, I, Москва, 1967, стр. 179, 185; G. Tunkin, *Droit international public, problèmes théoriques*, Paris 1965, pp. 76, 77, 87; Ф. Кожевников, Учебное пособие по международному публичному праву, Москва, 1947, стр. 32, 33.

узајамно укрштање и преплитање. Један главни и основни извор може заменити други. Најчешће уговор мења обичај или га укида. Тешко је наћи обрнут случај, али их је било, истина ређе. Обичајна правна правила претварају се у уговорна; уговорна у обичајна - изузетно. Нормама двостраног међународног уговора тешко је супротставити нови образовани међународни обичај. Проблем се поставља увек када обе норме (и уговорна и обичајна) делују из различитих извора на исту област дејства. У том случају "норме општег међународног права не могу да укину норме партикуларног међународног права" (8).

Поменути кодификациони текстови садрже одговор на питање односа уговорних и обичајних правила. Уговори се јављају као незаменљиви извор тамо где међународни односи захтевају одређене циљеве, јасноћу и прецизност у преузимању права и обавеза. У том случају, обичаји се образују у другостепеним питањима, која нису одлучујућа за односе између држава. Зато смо ми за онај редослед хијерархије, како је то у члану 38. Статута Суда одређено. По нама, то није било случајно и без разлога. Међународна пракса, судска и друга, да потврђују. Напоменимо и то да члан 38. Статута Међународног суда правде, набрајајући изворе права "међународне конвенције, било опште било посебне" не чини разлику између њих и ставља их у исти положај. У пракси, општи уговори, махом легислативни, имају далеко већи значај у односу на ове друге, посебне, контрактуелне и служе као њихов институционални оквир.

б) Да ли је Међународни суд правде обавезан да се придржава редоследа датог у члану 38. Статута Суда? Само по себи се разуме да не постоји иста вредност између главних и помоћних извора (судска пракса и доктрина) међународног права. Док први садрже међународно-правна правила, дотле ови други служе само као посредно средство за одређивање и разумевање правила садржаних у уговорима, обичајима и општим правним начелима.

Проблем је пре свега односа између уговорних и обичајних правних правила, о чему је напред било речи. За општа правна начела указујемо да је преовлађујуће мишљење у доктрини да стоје иза ова два напред поменута извора, тј. уговора и обичаја, тј. да "начела призната *in foro domestico* имају само субсидијерно дејство и долазе до примене тек у одсуству првих двају извора". Супротно је пак гледиште да су сва три извора права, по члану 38. Статута Суда, међу собом једнака, па између њих нема хијерархије у примени, па "у случају сукоба одлучују општа правила о сукобу једнако вриједних правних прописа" (9).

Дискусија из 1920. године, приликом редиговања текста члана 38. Статута Суда, упућује на закључак да, по мишљењу Комитета правника, међународни судија треба само да се обрати општим правним начелима уколико су уговорни и обичајни извори неми или недовољни, односно да примени наизменични поредак наведен у члану 38. Статута Суда.

(8) A. Verdross, *Völkerrecht*, Wien 1959, S. 129, 130; Ch. Rousseau, *op. cit.*, pp. 343, 344. - У литератури се наводе ови примери: обичајно право о безусловном и дискреционом праву на вођење рата замењено је Бријан-Келоговим пактом од 1928. и Повелем УН; ширина територијалног мора која се одређивала дометом топа измењена је новом обичајном односно уговорном одредбом. Али има и обрнутих случајева: регистравање уговора које је по члану 19. Пакта Друштва народа било обавезно, касније је напуштено. Таква пракса је потврђена у новим одредбама Повеље УН о регистравању уговора; многе одредбе из ратног права су напуштене (забрана употребе експлозивних зрна и др.).

(9) J. Andrassy, *op. cit.*, стр. 20.

Поновимо да су ова три извора еnumerативно набројана у члану 38. Статута Суда али се нигде не помиње њихово хијерархијско разликовање. Отуд наведена мишљења писаца да се они могу примењивати онако како су, редом, наведени или и истовремено, или чак, овај трећи извор пре прва два, тј. обрнут редослед у односу како је наведено у члану 38. Статута Суда. Отуд и мишљења у доктрини да има много тешкоћа у хијерархијском класификовању формалних извора међународног права, али се одмах додаје да ту нема хијерархијске премоћи која би се могла поставити на општи начин. Међутим, писци који уважавају еnumerативно набрајање, како је то учињено у члану 38. Статута Суда, чије мишљење и ми делимо, истичу да овај ред није произвољан, тј. да су уговори најочитије средство помоћу којег државе изражавају свој став, а обичаје и општа правна начела стављају иза уговора (10).

Примери из досадашње судске праксе су малобројни и не дају довољно гаранције за неке чврсте закључке. У поменутој пресуди "Chorzow" из 1927. године, међународни судија D. Anzilotti истакао је да се прибегава општим правним начелима, у недостатку конвенција и обичаја. Још раније, одмах до стилизацији члана 38. Статута суда, познати интернационалиста K. Strupp је у Хашкој академији указивао да су општа правна начела "задња врата" у примени међународноправних правила, због њиховог еластичног појма (11).

Највећи број случајева Међународни суд правде, а и раније Стални суд међународне правде решавао је на основу уговорних правила, имајући у виду природу и садржину, јасноћу и прецизност уговорних важећих норми. То је њихова материјална предност у односу на остале изворе права. Иначе, Суд није пришао разматрању односа између формалних извора међународног права, дајући на тај начин предност искључиво једном или другом извору. Још мање би се могао извући закључак на основу праксе о њиховој еквивалентности. У сваком случају, основ за судску одлуку, будући да он примењује међународноправна правила, је њихово првенство у односу на унутрашње право.

По нашем мишљењу, треба узети праксу као јединог судију. Она несумњиво указује оријентацију судских и арбитражних органа, пре свега на примену уговорних правила, затим на обичајна правна правила а потом на општа правна начела. Свакако да норме *jus cogens* (императивне, принудне норме), као појам, уговорним путем уведен тек Конвенцијом о праву уговора од 1969. године, без обзира на њихово порекло, имају предност над свим другим изворима и сви они нормама *jus cogens* не могу противречити (12).

(10) М. Бартош, *op. cit.*, стр. 116; G. Morelli, *op. cit.*, pp. 459, 470; P. Reuter, *Principes de droit international public*, Recueil des cours, 1961, 103, pp. 484 и даље; L. Green, *Природа међународног права*, Југословенска ревија за међународно право, 2/1956, стр. 270; P. Guggenheim, *Traité de Droit international public*, I, Genève 1970, 112, 113.

(11) K. Strupp, *Les règles générales du droit de la paix*, Recueil des cours, 1934, 47, pp. 258 и даље; А. Гођевац, *Принципи и правила међународног права која се излучују из јуриспруденције Сталног суда међународне правде у Хагу*, Београд, 1932, стр. 177. - Шире о општим правним начелима као извору међународног права, види наш чланак: "Анали Правног факултета у Београду", 3/1995, стр. 169.

(12) М. Марковић, *Међународноправна правила принудне природе*, Зборник Правног факултета у Загребу, 3-4/1966, стр. 333; М. Крећа, *Прилог разматрању основних обележја апсолутно обавезних норми у међународном јавном праву*, "Анали Правног факултета у Београду", 4/1977, стр. 519.

У судској пракси се потврђује став писаца да општа правна начела треба узимати као субсидијерне, допунске изворе у односу на уговоре и обичаје, мада морамо признати да такво становиште не налази ослонац у формулацији, како је дата у члану 38. Статута Суда. Треба разликовати допунске од помоћних извора. Допунски извори су, у суштини, главни, основни и непосредни извори међународног права, али се примењују тек онда када није могуће утврдити правна правила на основу других извора. Нпр. обичајна правна правила примењују се наместо уговорних, ако ових потоњих нема, или општа правна начела, ако постоје празнине у прва два главна извора, тј. у уговорним и обичајним правним правилима. По нама, оваквом класификацијом постиже се олакшица да се избегну тешкоће, које се стварају при наизменичној примени разних категорија извора у истом, конкретном, случају.

в) Члан 38. Статута Међународног суда правде наводи, као помоћно средство за утврђивање правних правила, судске одлуке и учење најпознатијих стручњака јавног права разних народа (доктрину). Помоћни извори разликују се од главних тј. основних по томе што не садрже непосредно обавезну правну норму, већ служе као посредно средство за сазнавање и одређивање правних правила, тј. судска пракса и доктрина су средства доказа. Док уговори, обичаји и општа правна начела имају самосталан карактер као главни извори међународног права, то својство немају судска пракса и доктрина. Иако нису ни самосталан ни непосредан извор права, судске одлуке се могу употребити као доказ о постојању међународних обичаја или општих правних начела. У англосаксонским земљама, судским одлукама као преседентима даје се већи значај. Без обзира на висок научни ниво доктрине појединих писаца и њихов углед, они немају овлашћења да стварају норме, њихов утицај се ограничава на помоћ у објашњавању и бољем разумевању већ постојећих правних правила. Судска пракса и доктрина, иако по члану 38. Статута Суда имају исти ниво као помоћна средства за утврђивање правних правила, по мишљењу општеприхваћеном од свих писаца, немају исту вредност. Предност се даје судској пракси, имајући у виду да је њихова улога фактички многострука, неупоредиво већа у односу на други наведени помоћни извор и средство - доктрину (13).

(13) Види ближе: Ch. Rousseau, *op. cit.*, pp. 368, 369; А. Гођевац, *op. cit.*, стр. 162, 166, 173, 179; С. Аврамов, *Међународно јавно право*, Београд, 1980, стр. 34; - У пракси Међународног суда правде има позивања на доктрину у издвојеним мишљењима судија. У случају "Nottebohm" из 1955. (спор Лихтенштајна и Гватемале око држављанства једног лица), Суд се позива и на "мишљење писаца" да би поткрепио своје становиште, а не да би доктрину признао као извор права (С. Ђорђевић, М. Крећа, Р. Етински, И. Ђукаловић, М. Ристић, *Грађа међународног јавног права*, прва књига, Нови Сад, 1988, стр. 13, 81-83). У доктрини се наводе и други извори међународног права, поред побројаних. Говори се о унутрашњем законодавству, унутрашњој јудикатури и сл. По J. Andrassy-у, то су само средства за спознају о томе шта се сматра као међународно право, тек каткад као чинилац у стварању међународног обичајног права. Унутрашње законодавство служи као доказ како једна држава признаје и примењује правила међународног права, али националне норме нису обавезне за друге државе. Изузетно, у појединим мишљењима наводи се да је фикција извор међународног права као и да наведемо и друга схватања која упућују на природно или објективно право, разум и сл., што се не може прихватити као формални извори међународних права у смислу облика у којима се правила изражавају (види: J. Andrassy, *op. cit.*, стр. 21; Курс међународног права, I, Москва 1967, стр. 195; Б. Јанковић, *op. cit.*, стр. 18).

Одредбом става 2. члана 38. Статута Суда "не ограничава се право Суда да један спор решава *ex aequo et bono*, ако парничне странке на то пристану." Правичност, овако замишљена у члану 38. Статута Суда, сама по себи, није извор права; она може, евентуално, на изричити захтев обеју страна у спору да буде замена или допуна права, кад то странке желе (14).

III. МЕСТО ЧЛАНА 38. СТАТУТА МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ У ОПШТЕМ СИСТЕМУ ИЗВОРА МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Члан 38. Статута Суда има посебан и изузетан значај, али је ипак реч о томе да он уређује судовање конкретног суда, истина Међународног суда правде, а да не говори о општим изворима међународног права. Поставља се питање да ли по својој садржини он садржи оно што, по традиционалном схватању, називамо изворима међународног права. Постоји општа сагласност за уговоре и обичаје, али не и за општа правна начела просвећених народа, тј. тач. ц. члана 38. Статута Суда. Стални суд међународне правде после Првог и Међународни суд правде после Другог светског рата нису се изјашњавали о месту члана 38. Статута суда у општем систему извора међународног права. У спору Француске и Краљевине СХС из 1929. године око ранијих српских зајмова речено је само да је функција Суда да "реши спор на основи међународног права, а члан 38. је јасно индикација у том правцу" (15).

Утицај ове одредбе је очигледан на судовање. У Генералном акту о мирном решавању међународних спорова од 1928. године, одмах после ступања на снагу Статута Суда од 1920. године, члан 18. упућује да ако компромис не садржи материјална правна правила која би арбитри применили, Суд ће применити материјалноправна правила побројана у члану 38. Статута Сталног суда међународне правде. Истоветна одредба постоји и у Измењеном Генералном акту о мирном решавању међународних спорова од 1949. године (није ступио на снагу), с тим што се позивање врши на члан 38. Статута Међународног суда правде од 1945. године. Сличног позивања има и у другим арбитражним компромисима појединих држава о мирном решавању међудржавних спорова, било простим позивањем на њега. Низ пресуда арбитра засновано је на одредбама члана 38. Статута Суда.

Извори набројани у члану 38. Статута Суда од 1920. односно 1945. године су истоветни са онима из општег међународног права. Напред је било речи о томе да одредбама члана 38. Статута Суда није покривено у потпуности подручје извора међународног права. Реч је о мноштву међународних владиних организација и њиховој значајној нормативној делатности. Постоје разноврсни међународни акти и одлуке међун-

(14) Занимљиво је да се у члану 18. Генералног акта о решавању међународних спорова од 1928. односно измењеном акту од 1949. године врши позивање на *ex aequo et bono*, али се та могућност не везује за изричиту сагласност страна у спору. - Види шире о овом питању наш чланак: *Правичност у међународном праву*, Правни живот, 11-12/1994, стр. 1991-1998.

(15) J. Andrassy, *Међународно правосуђе*, Загреб, 1948, стр. 122, 190; С. Аврамов, *op. cit.*, стр. 35.

ародних организација, истина различитих са становишта њихове обавезности, о чему се мора водити рачуна ако је реч о примени права међународних организација као субјеката међународног права. Исти је случај и са једностраним правним актима држава и других субјеката међународног права. Ако се може рећи да је број међународних владиних организација у време доношења Статута Суда од 1920. године био незнатан, то се не може рећи за постојање једностраних правних аката држава. Без обзира на ове празнине, по нама, члан 38. Статута Суда је најбољи показатељ извора међународног права, те то нису извори који везују само конкретни Суд, чији их статут садржи, већ су то извори међународног права уопште, иако то не произлази из Статута Суда, као саставног дела Повеље УН, као једног конкретног вишестраног уговора који везује своје стране уговорнице.

(Примљено 5. априла 1995)

Dr. Stevan Đorđević,
Retired Professor of the Faculty of Law in Belgrade

CLASSIFICATION AND HIERARCHY OF SOURCES OF INTERNATIONAL LAW

Summary

Subject matters treated are the classification of formal sources of international law and their hierarchy, including the position of article 38 of the International Court of Justice in the general system of these sources. Also treated are article 7 of the XII Hague 1907 Convention on Instituting the International Court of Seizure, and article 1 of the Hague 1930 Convention concerning some conflict of law rules in the sphere of citizenship. Article 38 of the Statute (1920) of the International Court of Justice, as well as the relevant article of the 1945 Statute, are analyzed in terms of their significant influence in the sphere of doctrine and practice of formation of attitudes concerning formal sources of international law. Referring to article 38, as a source is at present a general orientation, both expressly and tacitly.

After a thorough analysis of diplomatic and judicial practices, the priority is given to rules within the treaties, as compared to other sources, although there are rare exceptions. General conventions have higher value than special ones. Customary law rules are transformed into written, while the contrary process is not so frequent. General legal principles find their position behind treaties and customs. On the other hand, the Court may simultaneously apply several basic sources of international law, but the enumeration found in article 38 of the Statute should be preferred, although that conclusion does not follow from the wording of that article.

Basic sources, i.e. treaty, customs, and general legal principles, are of an independent character; this is not the case with auxiliary sources, i.e. court practice and doctrine. The former source has much higher authority than the latter one. Equity, i.e. *ex aequo et bono* do not amount to a formal source.

The list of mentioned formal sources should be supplemented at least by unilateral legal acts and decisions of international organisations.

Key words: *Sources of international law. - Classification of sources. - Hierarchy of sources. - International Court of Justice, article 38 of the Statute of the Court*

Stevan Đorđević
professeur émérite de la Faculté de droit de Belgrade

LA CLASSIFICATION ET LE RAPPORT HIERARCHIQUE DES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL

Résumé

Dans ce texte l'auteur traite de la classification des sources formelles du droit international, de leur rapport hiérarchique ainsi que de la place de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice dans le système général des sources du droit international. L'auteur cite l'article 7 de la Convention de la Haye de 1907 sur la formation de la Cour internationale des prises et l'article 1 de la Convention de la Haye de 1930 relative à certaines questions liées au conflit des lois sur la nationalité. Il analyse et souligne particulièrement l'influence incontestable de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de la justice internationale de 1920, c'est-à-dire de la Cour internationale de justice de 1945 sur la doctrine et la pratique en vue d'établir et de prendre position sur les sources formelles du droit international. D'après l'auteur, la référence expresse et tacite à l'article 38 du Statut de la Cour, en tant que source du droit international commun, est aujourd'hui une tendance générale.

En ce qui concerne la hiérarchie des sources, l'auteur, après avoir procédé à une analyse exhaustive de la pratique diplomatique et judiciaire, donne la priorité aux règles contractuelles par rapport aux autres sources de base. D'après lui, le contrat change ou abroge le plus souvent l'usage. Il est difficile de trouver des cas contraires, cependant leur existence, il est vrai beaucoup plus rare, est attestée. Les conventions générales ont une valeur plus grande que les conventions particulières. Les règles juridiques coutumières se transforment en règles contractuelles et beaucoup plus rarement les règles contractuelles en règles coutumières. Les principes juridiques généraux viennent après les contrats et les coutumes. L'auteur n'exclut pas la possibilité que la Cour puisse appliquer plusieurs sources de base du droit international. Il opte pour la hiérarchie telle qu'on la trouve dans l'énumération offerte dans l'article 38 du Statut de la Cour, bien que cela ne ressorte pas forcément du texte de l'article mentionné. Un tel ordre d'énumération, d'après l'auteur, n'est pas arbitraire.

Les sources de base (contrats, coutumes et principes juridiques généraux) ont un caractère autonome; les sources accessoires (pratique judiciaire et doctrine) n'ont pas ce caractère. La pratique judiciaire, pour l'auteur, a une valeur beaucoup plus grande que la doctrine. L'équité (*ex aequo et bono*); d'après l'auteur, n'a pas un caractère de source formelle du droit international.

Pour l'auteur, l'énumération des sources formelles devrait être complétée, ne serait-ce qu'en lui adjoignant les actes juridiques unilatéraux et les décisions des organisations internationales.

Mots clés: *Sources du droit international. - Classification des sources. - Hiérarchie des sources. - Cour internationale de justice. - Article 38 du Statut de la Cour.*