

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

АПФ, Година XLIII, Београд, бр. 6, новембар-децембар 1995, стр. 625-758

UDK 34/35

YU-ISSN 0003-2565

ЧЛАНЦИ

UDK-341:340.141

Изворни научни рад

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

ОБИЧАЈ КАО ИЗВОР МЕЃУНАРОДНОГ ПРАВА

Писац излаже општа обележја међународних обичаја и констатује да они губе ранији значај у савременом међународном праву, мада се у доктрини и пракси и даље примењују као основни, главни извори међународног права. По њему, расправе о њиховој правној природи, тј. о основу важења међународних обичаја и даље трају. По писцу, међународни обичаји су најстарији а међународни уговори најважнији извори међународног права. Обележја међународних обичаја су: заједничка пракса; пракса је усаглашавајућа; еволутивна пракса; обавезна пракса; губљење ранијег значаја. У раду се излаже гледиште о томе да постоје озбиљне сумње у теорију о тзв. прећутној сагласности (tacit assent) као основу обавезности међународних обичаја.

Кључне речи: *Међународни обичај. - Обичајна правна правила. - Извори међународног права. - Обележја обичаја. - Елементи обичаја.*

Прва правна правила у историји међународног права, тј. у међународном поретку створена су путем обичаја. Међународни обичаји су најстарији извори међународног права и позитивне чињенице права. Могуће је набројати велики број вишестраних и двостраних уговора у којима се упућују стране уговорнице да своје спорове, поред других извора међународног права, уређују и међународним обичајима (позивање на обичаје у често навођеној Хашкој конвенцији од 1930. године која се односи на извесна питања о сукобу закона о држављанству).

Улога обичаја на образовање права и његов развитак потиче од најранијих периода разних људских заједница а пре свега у области рата и оружаних сукоба, дипломатских односа и поморске пловидбе.

Код интернационалиста не постоји јединствено гледиште нити је оно увек јасно у вези са многим питањима о природи и дејству међународних обичаја као и њиховом месту у систему извора међународног права. Међународни суд правде примењује "међународни обичај, као доказ опште праксе која је прихваћена као право" (члан 38. Статута Суда).

I. ОПШТА ОБЕЛЕЖЈА ОБИЧАЈА КАО ИЗВОРА МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Међународни обичај је став и понашање субјекта међународног права према другим субјектима међународног права у њиховим међусобним односима а одређен је правним убеђењем. То понашање је потврђено у међународној пракси а праћено свешћу да се врши као право односно да се извршује као обавеза. Циљ установљења међународних обичајних правних правила је уређење односа између субјеката међународног права у правцу разрешења и премошћавања насталих спорова и постизања евентуалне заједничке користи. Правило обичајног права није обликовано у формалном смислу, тј. нема одређену форму; оно је, како каже J. Andrassy "мисао без тјелесног руха устаљене речи". Обичајно право одликује се као израз заједничке свести заинтересованих држава и других субјеката међународног права а настаје спонтано укључујући у себи већ догођену праксу. Овај психички чинилац додаје се територијалном чиниоцу, тј. низу позитивних аката или поновљеним пропуштањима, а све ово добија вид дуге и сталне праксе подложне правној санкцији (1). Слична полазна становишта имамо и у досадашњој совјетској доктрини (2).

Међународни обичај је стално подложен еволуцији, постепеном мењању и преображавању. Раније прихваћени обичаји се данас сударају са нестабилношћу међународних односа и запрекама које доносе различити правни системи са својим моралним и правним полазиштима, са брзим променама којима је подложна наша цивилизација и

(1) М. Бартош, *Међународно јавно право*, I, Београд, 1954, стр. 94; J. Andrassy, *Међународно право*, Загреб, 1984, стр. 15. - И код ранијих писаца међународни обичаји су манифестација правне свести држава које их примењују а врше се поновљеним радњама које су праћене свешћу о њиховој обавезности (А. Ривије, *Основи међународног права* - превод - Београд, 1898, стр. 35); За британског писца L. Oppenheim-a једно правило има карактер општег обичајног правила када му све државе, које су до тог дана биле у ситуацији да га примене, признају ауторитет једног обичаја и кад су број и значај ових држава такви да се може приметити да је правило у питању у строго заједничком интересу међународног друштва (наведено по Dictionnaire de la terminologie de Droit internationale, Paris, 1960, p. 181); P. Guggenheim, *Traité de Droit international*, I, Genève, 1967, pp. 93, 94; исти писац *Contribution à l'histoire des sources du droit des gens, Recueil des cours de l'Académie de La Haye* (у даљем тексту: Recueil des cours), 1958, 94, p. 81. - Писац подробно говори о настанку међународних обичаја а прве јединствене инструменте (la carta, la politica) у које су претакани међународни обичаји везује за 12. век; У доктрини се могу наћи и други слични описи и дефиниције међународних обичаја *Dictionnaire, op. cit.*, pp. 179-181; А. Гођевац, *Принципи и правила међународног права која се излучују из јуриспруденције Сталног суда међународне правде у Хагу*, Београд, 1932, стр. 166, 177.

(2) Дипломатски словар, том II, Москва, 1950, стр. 123 ("руководна начела, будући да су попримила обавезну снагу у току непрекидне и дуге примене у пракси држава").

уходаним ходом историје односа између држава и других субјеката међународног права али и народа и других целина, група и појединаца у оквиру данашње међународне заједнице. По мишљењу Ch. de Vischer-а, нагли приступ међународним односима земаља дубоко различитих цивилизација прекинуо је јединственост моралних, друштвених и правних концепција које су припадале чисто европској цивилизацији и ставио у питање обавезну друштвену вредност извесних обичаја на међународном плану (3). Потребно је, у многим случајевима, прилагођавање појединих обичајних правних правила новим конкретним околностима.

Као снажна манифестација "заједничког деловања силе и права" обичаји су пре свега дело власти држава и других субјеката међународног права и настају поступком и праксом њихових надлежних органа. Интереси појединаца су овде по страни у односу на понашање представника који наступају у име држава односно других субјеката. Особеност образовања међународних обичајних правних правила је у томе што њихова појава и практична примена хронолошки претходи квалификацији тих обичаја као таквих. Настајање обичајних правних правила, за разлику од стварања норми уговорним путем је дужи процес у коме учествују субјекти међународног права, пре свега државе којима је обичај намењен у различитим периодима његовог настанка.

У доктрини се указује на више обележја међународних обичаја (4):

а) *Међународни обичај је израз праксе и то у првом реду, заједничке опште праксе.* Произлази из преседана, тј. честог понављања. Пракса је оквир у коме се јавља; са нестанком одређене праксе губи се и одређен обичај. Он се избочијава (*desuetudo*). Међународно обичајно право настаје ефективним путем, вршењем. Највећи број писаца сматра да ефективност у међународном праву има стваралачку снагу, тј. да чињењем норма настаје и не нестаје. Има писаца који сматрају да се може створити обичајно правно правило и уздржавањем од чињења. Овде се мора бити обазрив када је реч о противправним чињењима и последицама које могу из тога произаћи.

б) *Међународни обичај захтева јединствену праксу или бар усаглашавајућу праксу.* Потребно је да постоји сличност или истоветност ставова различитих држава и других субјеката међународног права о одређеном проблему из чега би се могло закључити постојање обичаја праћено непротивречном праксом. У одлуци Међународног суда прав-

(3) Ch. de Vischer, *Cours général de principes de droit international public*, Recueil des cours, 1954, 86, p. 476.

(4) Ch. Rousseau, *Droit international public*, I, Paris, 1970, pp. 309 и даље; N.Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, Paris, 1994, pp. 314, 315. - Писци указују да се обичајни поступак у односу на уговорни разликује у томе што није израз воље већ се подупире убеђењем да правило постоји; да не резултира из једног правног акта већ из понашања изведених од субјеката права; и да је овај поступак посебно "децентрализован" и да је његов редослед мање јасан у односу на уговорни поступак који је све више институционализиран. При томе, писци разликују међународне правне норме од формалних извора међународног права; обичај као начин или поступак стварања права а не као правну норму (ближе: p. 114).

де, у случају права азила (спор Колумбија - Перу од 1950. године) тражи се "константна (стална, постојана) и униформна (јединствена) пракса" (5).

в) *Међународни обичај је еволутивна пракса*. Ова гипкост представља предност с обзиром да се међународни обичај може лако да прилагоди новим околностима, али истовремено и незгоду из разлога што се може преобработити на неосетљив и скривен начин. Поступак образовања је, по правилу, лаган. Практика је често варљива и носи са собом опасност да придонесе неодређености и нејасности једног обичајног правила у одређеном моменту.

г) *Међународни обичај је истовремено обавезна пракса*. Обичај треба да буде прихваћен као право, тј. да је обавезан и нужан. Има критике у доктрини на необично примењен ред чинилаца у члану 38. Статута Суда. Тако, обичај није "доказ" опште праксе; то је, напротив, испитивање праксе која ће показати или неће постојање обичаја. И даље, по овим писцима, општост праксе није постављена на право место где управо она треба да буде назначена. Она не треба да буде атрибут праксе за стварање обичајног правног правила, већ признања да норма постоји, да се прихвата као обичајно правно правило.

Што се тиче прве примедбе о формулацији члана 38. Статута Суда, заиста, садржински, с једне и временски, с друге стране, тачно је да пракса доприноси доказивању да ли постоји или не неки обичај. Али, може се тврдити и то, да међународни обичај једном образован, претпоставља и доказује праксу која му служи као основа. Ако је реч о другој примедби, не може се довести у питање да ли је потребна општа пракса, мада из примера настајања неких међународних обичаја и само признање и прихватање праксе која није општа већ само одређених држава, може битно да утиче на образовање међународног обичаја. Дискрециона одлука неког субјекта да прихвати или не одређено понашање као обичајно правно правило, није арбитрарна, с обзиром да се мора водити рачуна о свим околностима случаја. Претходна Југославија се позивала у свом законодавству покатак изричито на међународне обичаје (6).

д) *Међународни обичај губи свој ранији значај у савременом међународном праву*. Обичаји се лишавају првенства у систему извора међународног права а њихово ишчезавање и заостајање иза времена објашњава се новим односима у међународном животу. Уговори се претпостављају обичајима као извори права, с обзиром да они јасно одређују норме важеће између страна уговорница, мада се у многим случајевима уговорне одредбе ослањају на ранија обичајна правна правила (7). Насупрот овом претежном ставу, за неке англосаксонске писце а и друге, истина не многобројне, обичаји више одговарају савременим захтевима него што то место припада међународним уговорима; за неке, обичаји су главни и први по реду извор међународног права, с

(5) Понашање се поступком консолидације претвара у једно обичајно правило и такво правило потврђује међународна пракса. - Ch. de Visscher, *op. cit.*, p. 475; *Курс међународнога права*, I, Москва 1967, стр. 180, 181.

(6) С. Ђорђевић, М. Крећа, Р. Етински, И. Чукаловић, М. Ристић, *Грађа међународног јавног права*, прва књига, Нови Сад, 1988, стр. 117, 118, 123-128.

(7) G. Morel, *Cours général de droit international public*, Recueil des cours, 1956, 89, pp. 459, 470; P. Reuter, *Droit international public*, Paris, 1968, p. 30.

обзиром да су уговори најчешће само регистровање обичајних правних правила; најзад по трећима, обичајно правно правило *facta sunt servanda* је основна норма из чега се извлачи закључак да су уговори на нижој лествици у односу на обичајно право. Средње решење би било оно које није ни за потцењивање ни за сувише хвалење међународних обичаја, коме се ја приклањам (8). Досадашња сојетска доктрина је била једногласна у томе да се не може дати првенство обичајним правним правилима и да такво становиште не одговара стварном животу. По сојетским писцима, обичаји заузимају место иза међународних уговора с обзиром на њихову мању савршеност (9). Обичаји у садашњем стадијуму развитка међународног права, по нашем мишљењу, имају подређену улогу у односу на уговоре. Међутим, с обзиром да је међународно право у сталном развоју, оно је још како упућено на обичајна правна правила, деценијама или вековима ствараним и примењиваним.

II. НУЖНИ УСЛОВИ ЗА ПОСТОЈАЊЕ МЕЂУНАРОДНОГ ОБИЧАЈА

За постојање међународног обичајног правног правила потребно је испуњење: а) материјалних или објективних услова, који се изражавају као материјални чинилац у општој и непрекидној (континуираној) пракси и б) психичких или субјективних услова, који се изражавају као психички чинилац у свести о обавезности одређеног обичајног правила. Помиње се и *реципроцитет* као чинилац обичаја. Реч је о томе да онај ко не поштује одређено обичајно правно правило, не може да тражи да се оно поштује према њему. По нама, овај трећи чинилац је већ укључен и садржан у првом, тј. у испуњењу материјалних услова. Такође поједини писци, изузетно, постављају питање односа једног елемента у односу на други, са становишта њихове вредности у доказивању постојања обичајног правног правила (10). По нама, преваходно је важно испуњавање, и то кумулативно, оба услова.

а) *Постојање материјалног чиниоца*. Да би једно понашање као пракса, позитивна или негативна, била стваралац обичајног правног правила, она мора имати особину континуитета у времену (временски чинилац) и општост у простору (територијални чинилац). Међународни обичај је усаглашавајуће понављање извесних чињеница, понављање истоветног понашања. Тражи се трајно вршење одређене праксе кроз дуже време, изузетно и краће. Тешко је одредити временски период да би утврдили да ли је материјални чинилац испуњен; то је дужи период времена. Обично се везује за краћи период, више деценија или столеће. Појединачно кршење појединих обичаја не значи још њихово непостојање (случај са дипломатским имунитетима). Извесна обичајна правна правила имају старије порекло од других; друга се примењују

(8) Ch. Rousseau, *op. cit.*, pp. 342-344; P. Guggenheim, *Traité de Droit international*, I, Genève, 1967, pp. 110-113.

(9) *Курс међународног права*, I, Москва, 1967, стр. 181; В.И. Шуршалов, *Међународније правоотношенија*, Москва, 1971, стр. 20-22.

(10) N.Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, pp. 326, 327. - Писци уочавају и признају велике потешкоће у признавању *opinio juris*, али истовремено наводе напоре јуриспруденције да се раздвоје ова два елемента.

релативно скорије али то не значи и да су мање важећа. Један француски писац је сликовито приказао како се долази до међународног обичаја, упоређујући његово стварање са травом и путањом по њој, која настаје услед дужег и понављањог гажења.

По мишљењу писца "један правни акт изолован немоћан је да установи обичајно правило". Има и појединачних супротних гледишта. Наводи се да је и изузетно краће време потребно ако је сразмерно мали број преседана утицао да се створи правно уверење да је одређено понашање правно обавезно (11). Ово гледиште о краћем временском периоду за стварање обичајног правног правила заступао је совјетски писац G. Tunkin. По њему, време не мора да игра одлучујућу улогу у стварању обичаја, мада је реч о понављању понашања. Даје се пример спутника и других летелица чијим се избацавањем у орбиту срушило правило о протезању суверенитета држава у бесконачне висине (12). Свакако да је наведени пример *sui generis*, с обзиром на дејство које је произвео.

По правилу, једна чињеница, један *presedent* не може да створи међународни обичај. Поступак образовања обичајних правних правила не пролази увек без супротстављања. Неопходно је, како се то сликовито описује, да обичај има "мирну младост". Обичај треба да преболи сметњу и супротстављање ако је тога евентуално било. Одричање и супротстављање да се одређеном понашању призна карактер обичајног правног правила доводи до различитих резултата: или се обичај уопште не установљава и образује или је то "појединачни" случај и још је недовољан за његово образовање (13).

Поставља се питање да ли понављање пропуштањем да се нешто учини (апстиненција) може да доведе до стварања међународног обичаја? Свакако да обичајно правно правило може настати пропуштањем, али и за то је потребно време и понављање. Државе такво пропуштање треба да признају за обавезно, иначе без тога нема правног правила. У случају "Лотус" из 1927. године, пред Сталним судом међународне правде, Француска се позивала на пропуштање, али Суд тај став није подржао. По мишљењу Суда, "у присуству смо чистог чињеничког пропуштања, а не једног пропуштања које би било одраз признате праксе као обавезне" (14). Доктрина је подељена. У унутрашњем праву има случајева стварања обичаја из пропуштања. Нема разлога да се то не призна и у међународном праву, мада треба имати у виду конкретан случај са свим последицама (15).

(11) K. Strupp, *Les règles générales du droit de la paix*, Recueil des cours, 1934, 47, pp. 304-305; J. Andrassy, *op. cit.*, стр. 17.

(12) G. Tunkin, *Droit international public, problèmes théoriques*, Paris, 1965, p. 76; види и: Ch. Rousseau, *op. cit.*, p. 317; J. Andrassy, *op. cit.*, стр. 17.

(13) *Kurs međunarodnogo prava*, I, Москва, 1967, стр. 181.

(14) *Permanent Court of International Justice* (P.C.I.J.), Ser. A, No 10, p. 28; С. Ђорђевић и др., *Грађа међународног јавног права, op. cit.*, стр. 9.

(15) Доктрина и судска пракса, било унутрашња било међународна, а и других међународних тела, указују; описујући материјални чинилац, на дуготрајно једнообразно понављање, тј. на "константну праксу" на "константну традицију", на праксу "готово универзалну", на "константну, једнообразну међународну праксу", на праксу "од вај-

Друго својство материјалног чиниоца тиче се његове општости, тј. просторне примене међународних обичаја. С тим у вези је и подела обичаја на универзалне (опште) и регионалне (посебне), тј. локалне обичаје. За Н. Kelsen-а, "обичај који ствара норму општег међународног права обавезну за све државе међународне заједнице, не мора нужно да буде пракса свих држава. Довољно је да га се држи велики број тих држава..." (16). Обичајна норма општег међународног права може бити створена праксом само неког броја субјеката, а не свих. Такав прилаз питању преноси центар тежине из прошлог у будуће време. Када се укаже на неки међународни обичај, онда остаје да се докаже његово извршавање, поштовање, признање од држава, итд. Та свеопшност не значи и аритметичку савршеност (17). Наводе се примери у судској пракси у вези са општошћу примене међународних обичајних правних правила: тражи се "општа" пракса; подразумева се пракса држава "посебно заинтересованих"; изузетно се захтева "consensus omnium"; обичаји се примењују и на оне непоморске државе које нису учествовале у стварању обичајних правила у праву мора (18).

Поставља се питање каква већина држава и других субјеката међународног права треба да буде да би се неко њихово понашање прихватило за међународни обичај. Наводимо два гледишта: прво, по коме једно обичајно правило стиче општу вредност уколико је прихваћено од стране већине држава које чине део међународне заједнице, и друго, по коме се захтева знатна већина држава, тј. огромна већина, по некима "репрезентативна" већина држава. Али такође треба рећи и то да је извесно да обичајна правила не могу везивати ону државу која је на сталан и недвосмислен начин манифестовала своје одбијање (19). Обичајна правна правила су ипак у крајњој линији израз широког права сарадње и сагласности између субјеката међународног права. На овак-

када", "од памтивека", на "прастару праксу", која се састоји у ... "непрекинутом понављању извесних чинилаца у области међународних односа" - ближе: Ch. Rousseau, *op. cit.*, p. 318; У поменутом спору Колумбија - Перу пред Међународним судом правде о праву азила, влада Перуа у свом контра-мемоару тврдила је да су за настанак обичајних правних правила потребне "аналогне (сличне) околности и истоветност мотива". У истом документу тврди се да не могу да постоје "хетерогени" (различити) обичаји. - *International Court of Justice, Pleading, 1950, vol. I, p. 120.*

(16) Н. Kelsen, *Théorie du droit international public*, Recueil des cours, 1953, 84, p. 127. - Писац даље додаје "... укључив оне, која су од посебне важности по својој моћи или култури", што се не може примити без коментара с обзиром на природу карактера међународних обичајних правних правила која се таквим поступком стварају.

(17) Г. Тункин, *Сорок лет сосуществования и международного право*, Советскиј ежегодник међународног права, 1958, стр. 18, 19.

(18) Статут Међународног суда правде у члану 38. тражи "општу" праксу а не јединствену односно свеобухватну. У пракси судова за поморски плен имамо примену и међународног обичаја, у случају кад се држава иначе учесник у том спору, за кога се, дотада није изјашњавала о његовом признавању односно прихватању. - Ch. Rousseau, *op. cit.*, pp. 319-323; С. Ђорђевић и др., *op. cit.*, стр. 9-13.

(19) М. Бартош, *op. cit.*, стр. 96; *Курс међународног права*, I, Москва 1967, стр. 182; A. Verdross, *Völkerrecht*, Wien, 1959, стр. 155. - Писац сматра да се за обичајна правна правила не претпоставља примена од свих држава; такође, да нема и нисмо у присуству обичајног правила ако се њему супростављају правна убеђења било ког цивилизованог народа.

вом ставу посебно су својевремено инсистирале социјалистичке и новоослобођене и створене државе Азије и Африке које нису ни постојале у време настанка неких међународних обичајних правних правила (20).

Разлика између општих (универзалних) и посебних (регионалних) обичаја везана је за посебности појединих држава и територија. То није одлика само правила међународног права; у већој мери важи и за унутрашње право. Ова подела може се схватити не само у погледу броја држава и других субјеката који га признају, већ и са становишта материје: општи обичаји се односе на више и шире области; посебни у једној и ужој области. Посебних (регионалних) обичаја имамо доста у пракси држава и њих треба разликовати од општих обичајних правних правила на које се циља у члану 38. Статута Међународног суда правде (21). Посебан је случај ако је спор држава пред Судом из истог региона (области). Уводе се и нови називи "локални" или "појединачни" обичај. Они нису у доктрини опште прихваћени. Први, из разлога, што је покаткад реч о већим просторствима на којима се примењује. У другом случају, реч је о обичају који везује само две државе које су га прихватиле и санкционисале непрекидном праксом (22).

б) *Постојање психичког чиниоца*. - Друга група услова, нужна за оразовање обичајног правног правила је постојање свести о њиховој обавезности (*opinio iuris sive necessitatis*; *opinio iuris*; *iuris necessitatis opinio*; *opinio iuris gentium*). То је присуство психичког, интелектуалног чиниоца који одређено понашање чини обавезним, правно наметнутим. Тај чинилац се изражава у правној свести као убеђењу за државе и друге субјекте да се понашају на начин као да је то последица испуњења међународних обавеза, тј. примене међународноправних правила. Нема испуњења услова ако је држава принудним мерама натерана на одређено понашање, тј. да убеђење није слободно већ принудно. Овај чинилац нам помаже да обичајна правна правила разликујемо од сличних понашања, али која нису праћена правном свешћу о обавезности, тј. не прати их санкција за њихово непоштовање. Ови други међународни обичаји нису обичајна правна правила; то су тзв. правила *кур-*

(20) L. Serb, *Неки основни проблеми међународног права*, Југословенска ревија за међународно право, 3/1957, стр. 349. - За писца, "неједнакост држава је уграђена у темеље позитивистичког метода; очевидно је немогуће доћи и до минимума правних правила ако се тражи пристанак свих држава". Даље се износи да "управљачи сваке велике државе могу спречити поступак сваког новог правног правила, без обзира колико је оно у перспективи широј од њихове неопходно за светску заједницу, укључив и њихове сопствене државе".

(21) Навешћемо неке од њих: дипломатски азил; режим капитулација као остатак прошлости; правила поморског права која су везивала САД, Енглеску и Јапан; нека правила за америчке државе: одређивање држављанства (*ius soli*); правило *uti possidetis*; Тобарова и Стимсонова доктрина у признању држава и влада; начела сектора и суседства приликом стицања поморске територије за државе које поседују обалу на Арктику и др.

(22) М. Бартош, *op. cit.*, стр. 96; P. Guggenheim, *op. cit.*, pp. 108-109. - Обичај има карактер опште праксе и тешко је примити да двострани обичај који је потврђен само у пракси двеју држава може да одговори овом захтеву. Треће државе не би могле бити везане таквим појединачним, локалним обичајем. Могуће је да он везује, уколико има сагласност двеју страна у сукобу, државе у питању; види: Право прелаза преко индијске територије пред Међународним судом правде (*Cour internationale de Justice, Recueil des arrêts de la C.I.J.*, 1960, p. 39). Постојање регионалних и локалних обичаја потврђено је у пракси држава а и у међународној јуриспруденцији.

тоазије (или како из зову "прости" обичаји) и следе се од држава из разлога опортунитета, учтивости, друштвене конвенције и сл. Један ранији писац каже да је обичај "манифестација међународне правне свести" (23). Спој материјалних (објективних) услова, с једне и психичких (субјективних), с друге стране, тј. правна свест односно правно убеђење и уверење о нужности и обавезности таквог чињења, такве праксе, чини предуслов за стварање међународног обичајног правног правила. Изузетни су писци који одбацују овај психички чинилац за образовање међународних обичаја или умањују његов значај или поричу његову потребу (24).

У ранијој арбитражној пракси овај психички чинилац се не тражи нити спомиње. Супротно, у садашњој пракси Међународног суда правде има више примера као доказ за то. У пресудама се захтева "свест да се испуни једна обавеза или да се врши право", односно обавеза да се "уздржи", тј. да су државе имале "уверење" да своје понашање усагласе оном што одговара једној правној обавези. Схватања и разлози моралног, друштвеног и хуманитарног карактера као и опортунитет, куртоазија, конвенције или традиција су немоћни да сами створе права обавезе, по садржини ових пресуда, уколико нема ове свести која одговара правној обавези (25).

Поставља се питање да ли је за постојање обичајног правног правила увек потребна претходна сагласност и изричито прихватање од стране одређене државе? Такође, да ли поједине државе могу отказати примену или се одрећи међународног обичаја? С тим у вези је и поменути проблем, да ли нове државе, по настанку неког општег обичајног правног правила, морају да га поштују, мада нису имале прилике да се изјасне о његовом прихватању нити су учествовале у његовом стварању (на пример: област дипломатских и конзуларних односа; право мора и др.). Додајмо овде и обичајна правна правила која се стварају у оквиру рада владиних међународних организација и питање њихове важности за државе-нечланице тих организација (26). О свим овим контраверзним проблемима, зависно од конкретног случаја, у доктрини а и у пракси судова и других органа не дају се јединствени

(23) A. Rivije, *op. cit.*, str. 35.

(24) Тако су присталице "чистог права", поводом расправе о епиконтиненталном појасу одбацивале овај психички елемент. Други писци умањују у одређеним областима међународног права његов значај констатујући да је овај посебан елемент "обилно невидљив" као чинилац за образовање међународног обичаја (Ch. Rousseau, *op. cit.*, p. 325). - Види и: Случај епиконтиненталног појаса Северног мора, C.I.J, *Recueil*, 1969, p. 41-45.

(25) Ближе: Ch. Rousseau, *op. cit.*, p. 324; С. Ђорђевић и др., *Грађа међународног јавног права, op. cit.*, стр. 11-13.

(26) N.Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, pp. 318, 319. - Писци указују на унутрашњу праксу самих институција и организација која везује саму институцију односно организацију а такође и на њихову праксу односно понашања у међународним односима чиме се учествује у образовању општег међународног права (резолуције и друге одлуке које се усвајају; међународне конвенције у чијем доношењу оне учествују и целина њихових односа са другим субјектима међународног права). - Писци указују на праксу Уједињених нација (деколонијација, мировне операције) и да председани у оквиру међународних организација, прихваћених од великог броја држава, могу да убрзају поступак стварања међународног обичаја. Писци се дотичу и доприноса невладиних организација (Међународни комитет Црвеног крста и др., покрети за национално ослобођење и отцепљење, транснационална друштва).

одговори; они су потврдни или одречни, али и са доста ограничења и нијанси. Тако, за новостворене државе поједини писци излажу мишљење да у начелу не могу да избегну поштовање постојећих обичајних правних правила али могу да покрену стварање нових обичајних или уговорних правила која би довела у питање постојећа (27). За неке писце признавање обавезности у међународном праву треба узимати објективно, а не субјективно. По њима, није потребно да се сваки субјект осећа обавезним, већ је довољно да велика већина држава сматра обичај као обавезно правило. Ако би усвојили у међународном праву субјективно мерило, по овом мишљењу, онда би сваки прекршитељ међународног поретка био извињен као да се он не сматра обавезним према правилима садржаним у међународном обичају, а што је по њима неприхватљиво (28). Проблем је у томе, по нама, што се оваквим категоричким ставом пренебрегава чињеница природе обичаја као извора међународног права. Постоје и озбиљне сумње у теорију о тзв. прећутној сагласности (*actum tacitum*) као основу обавезности међународног обичајног правног правила, о чему ће даље бити речи.

Друго питање тиче се стварања обичајних правних правила пропуштањем да се нешто учини. У начелу, правила међународног права настају активним деловањем субјеката међународног права односно њихових органа. Међутим, ако је пропуштање и устезање да се нешто учини мотивисано свешћу о дужности да се баш тако поступа, онда се може говорити о међународном правном обичају (29).

Из досадашње анализе може се закључити да је правна свест о обавезности једног обичајног правног правила основни критеријум њиховог разликовања од других међународних обичаја који се не могу сматрати правним извором (правила куртоазије односно прости, пуки обичаји). Реч је о томе да је, непоштовањем међународног обичајног правног правила, субјект међународног права свестан да чини незаконит акт. Међутим, није увек лако доказати овај психички чинилац, с обзиром на његов метафизички (субјективни) карактер. У пресуди Међународног суда правде о разграничењу епиконтиненталног појаса каже се: "Има много међународних аката... који се врше готово без одступања, али који су мотивисани пуким оквирима учтивости, сврсисходности или традиције, али не осећањем о правној обавези..." (30). Када се доказује да постоји или не постоји међународни обичај, што је иначе дужност оног који то тврди у односу на другу страну која то захтева, узимају се у обзир акти државних органа, било унутрашњих (владина и дипломатска преписка; збирке докумената; судска пракса; унутрашња упутства; унутрашње законодавство; па чак, акти и понашања правних, а изузетно, и физичких лица и др.) било међународних органа (међународна и судска и арбитражна пракса; општи и посебни уговори; типске одредбе у појединим врстама уговора; конзуларне конвенције и, посебно, оне о држављанству, поморском, ваздушном и

(27) N.Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, p. 325.

(28) М. Бартош, *op. cit.*, стр. 97

(29) J. Andrassy, *op. cit.*; стр. 15.

(30) С.И.Ј., Recueil 1969, p. 44; С. Ђорђевић и др., *Грађа међународног јавног права op. cit.*, стр. 11.

другом саобраћају и др.; резолуције и друге одлуке и акти као и делатност међународних организација и др.) (31).

Непоштовање правила куртоазије (простог, пуког обичаја) није правне природе. Њихово неуважавање не рађа деликт, тј. нема одговорности и санкције (32). Али, овим се не може умањити њихов значај. Свако њихово нарушавање може да има за последицу реципрочан и истовестан поступак заинтересоване стране. Некад се врло поштују и супротно понашање чини да друга страна узима да је доведен у питање њен углед и престиж. Наведимо нека од тих понашања и необавезних правила: ослабађење дипломатских представника од неких царина и других дажбина за личне ствари и друге потребе; слободно кретање дипломатских представника по целој земљи у којој су акредитовани; церемонијал у дипломатском праву; позиви за дипломатски лов; одговарајући дочек шефа државе на граници и у главном граду; поздрави бродова на отвореном мору и др.

III. ОСНОВ ВАЖНОСТИ МЕЂУНАРОДНИХ ОБИЧАЈА

Истраживање основа међународног обичајног правног правила (тј. разлога за обавезност и постојање санкција које стоје иза тог правила) може бити вршено у два правца: а) било да се међународни обичај посматра као производ сагласности и пристанка држава и других субјеката међународног права и б) било да се узима као објективно правило, ван и изнад воље субјеката међународног права.

Прва група гледишта (тзв. позитивистички односно волунтаристички правац) полази од тога да основ важења међународних обичаја лежи у прећутној сагласности субјеката међународног права. Такво гледиште имало је присталица и раније а и сада, а и потврду у међународној јуриспруденцији. Међународно право, по овој групи гледишта, засновано је на вољи субјеката међународног права, било изричитој (уговорно право), било прећутној (обичајно право). У потоњем случају, уколико су државе у својим узајамним односима усвојиле извештан став, онда оне овом ставу дају смисао обећања и ангажују се прећутно једне према другима; дакле, међународни обичај је израз заједничке воље држава и других субјеката међународног права а не друштвених убеђења и околности у том моменту (33). Међународни обичај је производ,

(31) На пример: упутства за примену међународног права у рату; судске одлуке у вези са залпеном у поморском рату; публикације "протокол" из дипломатског и конзуларног права и др.

(32) У доктрини је јасно повучена разлика између обичајних правних правила (међународних обичаја у смислу извора међународног права - *la coutume, Custom, Gewohnheit*) и простих обичаја (*пуки обичај, l'usage, Gebrauch, обликновение*). Ово друго је понављано вршење у пракси али без обавезе да се то чини. - М. Бартош, *op. cit.*, стр. 97.

(33) А. Гођевац, *op. cit.*, стр. 164. У доктрини се наводе писци овог схватања D. Anzilotti, H. Triepel, совјетски писци, Ch. Chaumont и др. - Присталице овог схватања налазе потврду у једној одлуци Сталног суда међународне правде у случају "Лотус", у којој је истакнуто да је за постојање обичаја потребна манифестована воља држава. Поједини писци критикују ову одлуку сматрајући је изолованом и са slabим ауторитетом прихваћеном захваљујући препондерисаном гласу председника Суда. За њих, теорија "прећутног споразума" је тешко спојива са међународном праксом и логиком стварања међународних обичаја. - Види: N.Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, pp. 315, 316.

по овом гледишту, прећутног споразума супротстављајући се уговору као производу изричите воље. Својим фактичким радњама субјекти међународног права теже да се одређено понашање сведе на одређено правило. Реципроцитет налази извор и произлази из "прећутне сагласности" и по томе међународни обичај разликује од других споразума у ширем смислу (на пример, уговора).

Поставља се питање шта би био основ обавезности за новостворене државе, када не постоји очито њихова претходна прећутна сагласност? За неке писце, који такође усвајају у крајњој линији основ "прећутне сагласности", уколико обичаји даље, у току живота, ако одговарају, постају тековина цивилизације, онда није ни потребно тражити сагласност држава као основ њиховог постојања (34). По нама, теорија о "прећутној сагласности" као конструкција не може увек да пружи задовољавајући одговор, конкретно у случају новостворених држава или, како је искуство показало, са постојањем неких социјалистичких држава у блиској прошлости. Совјетски писци су се залагали само за оне међународне обичаје за које постоји сагласност субјеката међународног права између којих се они примењују (35).

У оквиру другог, тзв. објективистичког правца, такође има више приступа и објашњења. По једном од њих, обичај се јавља као израз колективне правне свести о томе да се једно понашање узима као опште обавезно, да постоји убеђење да се оно посматра као одређена норма. То произлази непосредно из захтева међународног друштвеног живота а постојак којим се ово понашање уводи као правило позитивног права испољава се вршењем преседана. Основ обичаја, по овом гледишту, лежи у друштвеној свести и одговара више заједничком убеђењу него ли јединственом пристанку: вредност обичаја произлази не из чињенице да су државе и други субјекти имали намеру да установе такав и такав обичај, већ из убеђења да они држе до тога да га испуњавају. По овој групи мишљења, која нису у појединостима истоветна већ су нијансирана, обичај се јавља као раније постојеће правно убеђење ван сваког акта воље, стварно или претпостављено (разум; објективно право; појам правде; природно право; друштвено-економска солидарност; правно осећање људи; колективна правна свест; друштвена односно логичка нужност и др.). Иста она објашњења која се дају као и за природу извора међународног права односно међународног права као целине. Ch. de Visscher у курсу на Хашкој академији за међународно право подсећа "да свако обичајно правило почива у последњој анализи на заједници културе и цивилизације..." Поменути писац се супротставља волунтаристичким схватањима, сматрајући да у стварности воља држава у образовању обичаја учествује само у стварању преседана. Нема овде као код уговора унапред створене и управљене воље за стварање права. Установљени обичај почива у последњој анализи, како овај познати интернационалиста примећује, на заједници гледишта; уколико она остану дуговечна природно ће се изразити у тачној реципрочности. Могу се навести и други познати писци који су

(34) С. Аврамов, *Међународно јавно право*, Београд, 1980, стр. 41.

(35) G. Tunkin, *Droit international public, problèmes théoriques*, Paris, 1965, pp. 76, 77, 87.

сличног гледишта, као на пример, италијански писац R. Ago за кога су обичајна правна правила у свести чланица исте међународне заједнице "спонтано" право (36).

Има и критика у вези са изложеним гледиштима а и других теорија. Ch. Rousseau за наведене и назначене ставове и теорије сматра да нису довољни да објасне основ међународног обичаја односно да су све претпоставке недовољно потврђене. По њему, изједначаје се проблем истраживања основа међународног обичаја са питањем основа самог међународног права. И даље, да ли је могуће све објаснити правним системом. Упутније је, по њему, основ обавезности истраживати у заједничким нужностима друштвеног живота држава; међународно обичајно право приказује се као производ међународног живота а његово признање долази од оних који су у стању да му обезбеде ефективну примену (што је, по нама, такође, само једна од варијанти досад помнутих гледишта) (37). Навешћемо и познато мишљење Н. Kelsen-а, о *основној норми* као последњем разлогу ваљаности целокупног правног поретка. "Ова претпоставка није норма позитивног права; она није створена актом људске воље; она је само претпоставка правника у циљу објашњења односа између држава" (38).

Пажљиво проучавање историјата истраживања основа међународног обичајног права показује еволуцију и код писаца и у пракси, и то од давнина. Додаје се садржина једних појмова другима и врши њихова измена. Од давнина је познат појам "vetustas" (старина, давнина, искуство); затим се додаје појам "ratio" (разум - канонска школа). Користи се теорија *gusta ratio* и долази до теорије о "прећутној сагласности" у класичној доктрини, узимајући у обзир рационалност, пристанак и понављање (39). Савремена доктрина међународног права указује преважно на чиниоце понављања и "opinio juris sive necessitatis" (правна свест о обавезности). У оквиру садашње доктрине и оријентације један правац захтева прећутну сагласност а у другом та прећутна сагласност није обавезна. Засада се не може рећи да је ова еволуција у истраживању основа међународних обичаја окончана, као што је то случај и са фамозним питањем основа међународног права. Јуриспруденција Сталног суда међународне правде односно Међународног суда правде није увек доследна и јединствена. Дискусије о правној природи међународних обичаја, тј. о основу њихове обавезности се и даље настављају. Најгоре

(36) Од ранијих писаца навешћемо познате следбенике ових гледишта: A. Rivier, L. Duguit, G. Scelle, N. Politis, L. Le Fur и др. Такође: Ch. de Visscher, *op. cit.*, pp. 475, 476; H. Lautepacht, *International Law*, vol. I, Cambridge, 1970, p. 157; R. Ago, *Science juridique et Droit international*, Recueil des cours, 1956, 90, pp. 851 и даље.

(37) Ch. Rousseau, *op. cit.*, p. 314.

(38) Н. Kelsen, *Principles of International Law*, New York, 1952, p. 314. - "Обавезна снага међународног обичајног права почива у крајњој анализи на основној претпоставци, на хипотези да је међународни обичај правно стварајућа чињеница. Ова хипотеза може бити названа основном нормом ("Ursprungsnorm"); такође исти писац: *Општа теорија права и државе*, превод, Београд, 1951, стр. 116, 117, 333; L. Serb, *op. cit.*, стр. 344. - По писцу, "хипотетична норма да је држава правно обавезна да се понаша како су се обично понашале остале државе једва је више од метајуридичке канонизације нашег "плети конач као отац".

(39) P. Guggenheim, *op. cit.*, Recueil des cours, 1958, 94, p. 80.

је бити заробљеник унапред одређене шеме и правца. Сагласност воља субјеката међународног права, као основ и полазно становиште, има добре стране али се њоме не може све објаснити, на њу свести и покрити све случајеве у међународном животу. Разне социолошке и друге примесе као и покаткад, идеалистичка објашњења, лепо звуче али државе, у стварности, нерадо примају решења без свог престанка. То пракса потврђује, мада се у доктрини апсолутно прихватају међународни обичаји као основни, главни извори међународног права.

IV. НЕКА ДОДАТНА ПИТАЊА

Задржаћемо се на још три додатна питања у вези са међународним обичајима: а) *начини и облици помоћу којих субјекти међународног права доказују или оспоравају становиште о прихватању односно неприхватању међународних обичаја*; б) *добре и лоше стране међународних обичаја*; в) *однос међународних обичаја и других извора међународног права*.

а) Међународни обичај производи обавезну праксу само у мери када нема никаква супротстављања од стране осталих субјеката међународног права или је оно занемарујуће. Практика државних органа односно судска пракса треба да је доследна и "консеквентна", а доктрина, у начелу, усклађујућа с њом. На основу права суверенитета, свака држава има право и могућност да се разликује од мишљења и понашања која други субјекти међународног права усвајају, изузев ако је реч о тзв. императивним, принудним нормама (*jus cogens*). Постоји неповерење и опрезност која се показује у тумачењу садржине неких међународних обичаја. По нашем мишљењу, оправдање за овакав став може да се објасни чињеницом да су неки од ових обичаја израз правне и фактичке неједнакости установљене у ранијем периоду, тј. неки од њих су наметнути од јачих сила. Неприхватљиво је наметање било каквих правила с обзиром да се мора водити рачуна о интересима свих држава, великих и малих, старих и нових, богатих и сиромашних. Новостворене државе се не могу осуђивати из разлога што "безрезервно" не подржавају неке међународне обичаје створене под пресудним утицајем колонијалних сила. Противстављање постојећем међународном обичају није појединачан и необичајан случај. И "старе" државе су с времена на време одбацивале извесне међународне обичаје односно обичајна правна правила. Од обичајних и других правила, на чије се непоштовање посебно указује, навешћемо: непоштовање правила о положају странаца и о заштити њихове имовине, посебно ако је реч о одговорности за имовину странаца и стране државе у грађанским ратовима, револуцијама, побунама или другим поремећајима јавног поретка; непризнавање правила о накнади штете и о осталим врстама обештећења и компензације услед разних ограничавајућих мера и др. Из пресуда Међународног суда правде о дипломатском азилу од 1950. године, могло би се закључити да државе могу да се супротставе међународном обичају у настајању, тј. оном обичају који још нема општу примену. Постављамо

питање зашто се то право не би дало новонасталим државама или државама са неистоветним облицима цивилизације или другојачијим друштвено-политичким и економским системом, у изузетним случајевима, да не прихвате оне међународне обичаје створене у време када те државе нису ни постојале или нису учествовале у њиховом обликовању?

Државама и другим субјектима међународног права стоје различита политичка (дипломатска) и правна средства да одбију признавање постојања неког обичаја. Од политичких средстава поменућемо: дипломатски протест, посебно у области одговорности и сл.; декларација; ед мемоар и било која друга врста једностране изјаве којом се ставља до знања став државе о спорном обичају. Правна средства, поред осталих, могу бити следећа: најпре, држава као члан неког вишестраног уговора, поступком интервенције може да учествује у арбитражним или судским телима у споровима ако је реч о тумачењу тог уговора (право на основу одговарајућих одредби Конвенције о мирном решавању спорова од 1907. године или Статута Међународног суда од 1920. односно 1945. године); држава може да се огради од одређене судске и арбитражне одлуке и тиме утиче да се спречи образовање неког општег обичајног правног правила. Додаћемо и начело релативитета пресуђене ствари. По њему, одлука суда има обавезну снагу само према странкама у спору и у односу на тај посебан случај (члан 59. Статута Суда од 1945.). Најзад, и самим судијама Међународног суда правде, путем праксе издвојеног мишљења омогућено је, ако остану у мањини, да издвоје мишљење и образложе несагласност са већинском одлуком Суда. Све ове правне протесте, оградe и ограничења не треба прецењивати али им се у одређеним околностима мора дати и одговарајући значај (40).

б) Међународни обичаји имају и добре и лоше стране, о чему је било речи напред излажући њихова основна обележја. Тако, нису статични и нееластични као уговори. Дуговечни су али се могу мењати са развојем међународних односа. Везани су за праксу и на тај начин обезбеђени од вештачког настанка, као што је случај са уговорима. Добро је не мењати уговорним одредбама нешто што чињенично постоји већ дуго; управо је пожељно да остане и даље важеће оно што је временски издржало пробу вредности (мада, свакако не увек, зависно од садржине међународног обичаја и нових односа који настају између субјеката међународног права). Покаткад међународни обичаји однесу превагу над међународним уговорима, закљученим на пречац без довољно уважавања стварности (случај са тзв. мртворођеним уговорима).

Насупрот овоме, обичаји нису писмена правила. Отуд се тешко и мукотрпно доказује њихова општост с обзиром на велики број држава у данашњој међународној заједници, много већи него ли што је то било раније. То је одређено понашање а не формулисана одредба. Додатно је тешко доказивати *opinio juris* (правну свест о обавезности), па се поставља питање да ли је то могуће и каквим методом то чинити. У

(40) Ch. Rousseau, *op. cit.*, pp. 326, 327. - Случај протеста од стране САД на једну одлуку Сталног арбитражног суда од 1922. године у спору са Норвешком око рекеvizације норвешких бродова.

пракси постоје сумње у одређене међународне обичаје, те се указује потреба за јасним уговорним одредбама. Недостаје им публицитет, као што је то случај са објављивањем међународних уговора. Мале и слабије економске државе покаткад виде предност у чврстим уговорним одредбама у односу на непрецизне међународне обичаје, али, зависно од случаја има и обрнутих ситуација. Поједини међународни обичаји служе да се очувају извесне опште вредности и предности стечене општим развитаком цивилизације и човечанства у односу на могуће наметање обавеза уговорним путем од стране великих и јачих држава. Истовремено, заостајање за временом често је узрок престанка њиховог важења и то најчешће бива новом праксом, те стварањем нових обичаја, дотрајалошћу или доношењем кодификованих уговорних правила у тој области.

в) Овај писац недавно се изјаснио о хијерархијском односу извора међународног права у истом часопису (41). Најкраће речено, однос обичајног и уговорног права има најзначајније место у вези са коришћењем извора права. Између ова два формална извора међународног права постоји узајамни утицај. Нема развоја једног извора без развоја другог. Постоји узајамно укрштање и преплитање, прерастање обичаја у уговорна правила, али и обрнуто. У доктрини се излаже мишљење да су међународни обичаји "резервоар" за међународна уговорна правила, али истовремено и катализатор у систему извора међународног права (42). Најчешће међународни обичаји добију потврду за њихово постојање у кодификационом акту уколико дође до кодификације те материје. Тиме се добије у сигурности и општем њиховом признању. Уговорна правила, у крајњој линији, по нама, по међународној судској и другој пракси, имају предност над свим осталим изворима међународног права, укључив и међународне обичаје. За општа правна начела просвећених народа, као трећем по реду наведеном извору по члану 38. Статута Међународног суда правде, преовлађује мишљење у доктрини да стоје иза ова два напред наведена, тј. уговора и обичаја. Супротно гледиште, које такође има присталица, је да су сва три извора међу собом једнака, па између њих нема хијерархије у примени (43). Само по себи се разуме да не постоји иста вредност између главних и помоћних извора (судска пракса и доктрина). Норме *jus cogens*, без обзира на њихово порекло, имају предност над свим другим изворима и сви они нормама *jus cogens* не могу противречити.

(Примљено 4. децембра 1995)

(41) С. Ђорђевић, *Класификација и хијерархијски однос извора међународног права*, "Анали Правног факултета у Београду", 4/1995, стр. 330-335.

(42) N.Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, p. 334. - Писци узимају да међународна обичајна правила одговарају равнотежи међународних снага додајући да "ћутљива мањина" треба често да се приклони анализи социјалних нужности предложеној од главних сила.

(43) N.Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, pp. 114-116. - По писцима, члан 38. Статута Међународног суда правде се уздржао од сваке алузије на хијерархију између побројаних извора. По њима, није могуће уговоре претпоставити међународним обичајима и обрнуто.

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

CUSTOM AS A SOURCE OF INTERNATIONAL LAW

Summary

Following are the sections of the article: general characteristics of custom as a source of international law; the ground of validity of international customs; other issues concerning ways and forms of providing evidence or denying by international law subjects of the standpoint accepting and/or refusing to accept international customs; relationship between customs and sources of international law.

An international custom is the attitude and conduct of subjects of international law toward other subjects in their mutual relations. These are manifest in international practice and conceived as a right, namely as a duty. Customs have a subordinate role as compared to treaties. However, since international law is constantly developing, it has to reach for the customs which have been formed for decades or centuries.

Customs may not be either underestimated or given too much emphasis. Agreement by both parties in the relationship may be a ground for validity, but not an all-encompassing solution in terms of theory or international practice. Various sociological and other explanations, as well as the political ones, may sound nicely, but states in reality do not accept readily those customs which have not their express approval. In fact, the discussion concerning the ground of validity of international customs is still going on.

As far as newly created states or the ones with different forms of civilisation or different social and economic systems are concerned, they should be given the right of refusing to accept these international customs which were formed prior to their existence, so that could not have taken part in their becoming customary rules, or in their formulation.

Key words: International custom. - Customary rules of law. - International law sources. - Characteristics of customs.

Stevan Đorđević
professeur émérite de la Faculté de droit de Belgrade

LA COUTUME EN TANT QUE SOURCE DU DROIT INTERNATIONAL

Résumé

Le texte comporte les parties suivantes: les traits généraux de la coutume en tant que source du droit international; les conditions nécessaires pour l'existence de la coutume internationale; la base de validité des coutumes internationales; quelques questions supplémentaires (façons et formes par lesquelles les sujets du droit international prouvent ou contestent l'opinion en faveur de l'acceptation ou du rejet des coutumes internationales; les bons et les mauvais cotés des coutumes internationales ainsi que le rapport existant entre les coutumes internationales et les autres sources du droit international).

D'après l'auteur, la coutume internationale représente l'attitude et le comportement du sujet du droit international envers d'autres sujets dans leurs relations mutuelles. Ce comportement est confirmé dans la pratique internationale et s'accompagne, dans les consciences, de l'idée qu'il s'exerce en tant qu'un droit et, réciproquement, qu'il est exécuté en tant qu'un devoir. D'après l'auteur les coutumes ont un rôle inférieur à celui des traités; cependant, compte tenu de son développement permanent, le droit international est bien

obligé de recourir à des règles du droit coutumier, qui ont été créées et appliquées durant des décennies et des siècles.

L'auteur n'opte ni pour la sous-estimation exagérée des coutumes internationales ni pour leur éloge. L'accord des volontés des sujets du droit international, en tant que base et point de départ, a de bons côtés mais il ne saurait tout expliquer, en l'occurrence tous les cas rencontrés dans la vie internationale ne saurait se réduire à lui ni être couverts par lui, lorsqu'il s'agit de la validité des coutumes internationales. Malgré l'élégance des divers éléments sociologiques et autres, et même, parfois, des explications politiques, les Etats, dans les faits, acceptent à contre coeur des solutions n'ayant pas reçu leur consentement exprès. D'après l'auteur, les débats sur la base de validité des coutumes internationales sont toujours ouverts.

D'après lui, dans certains cas exceptionnels, on devrait accorder aux Etats nouveaux ou aux Etats ayant une forme de civilisation ou un système socio-économique particuliers le droit de ne pas accepter celles des coutumes internationales créées du temps où ces Etats n'existaient pas encore ou à la création et à la formation desquelles ils n'ont pas participé.

Mots clés: *Coutume internationale. - Règles du droit coutumier. - Sources du droit international. - Caractéristiques de la coutume. - Éléments de la coutume.*