

UNIVERZITA KARLOVA

Právnická fakulta

Barbara Šinková

**Role obyčejje v mezinárodním právu
veřejném**

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc.

Katedra: Katedra mezinárodního práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 24.11.2019

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracovala samostatně, že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny a že práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Dále prohlašuji, že vlastní text této práce včetně poznámek pod čarou má 143.891 znaků včetně mezer.

V Praze dne

Barbara Šinková

PODĚKOVÁNÍ

Tímto bych ráda poděkovala vedoucímu mé diplomové práce prof. JUDr. Pavlu Šturmovi, DrSc. za jeho vedení, cenné rady a připomínky. Neposledně bych mu ráda poděkovala za čas, který mi věnoval při konzultacích o obsahu této diplomové práce.

Obsah

Úvod	1
Cíl a předmět práce.....	2
Metodologie a struktura práce.....	3
1. Teoretická východiska vzniku mezinárodního obyčeje	4
1.1 Anglosaská doktrína vzniku mezinárodního obyčeje.....	4
1.2 Kontinentální teoretické koncepce vzniku mezinárodního obyčeje.....	6
1.2.1 Konsenzuální teorie vzniku mezinárodního obyčeje.....	6
1.2.2 Teorie uznání.....	7
2. Mezinárodní obyčej ve Statutu MSD	9
3. Konstitutivní prvky mezinárodního obyčeje	12
3.1 Obecná praxe.....	14
3.1.1 Stejnorodá a nepřetržitá praxe.....	16
3.1.2 Opakovaná praxe.....	19
3.1.3 Rozšířená a reprezentativní praxe.....	20
3.1.4 Dlouhodobá praxe.....	22
3.1.5 Formy obecné praxe.....	23
3.1.6 Praxe z pohledu subjektů.....	25
3.2 Opinio iuris.....	28
3.2.1 Opinio iuris z pohledu MSD.....	28
3.2.2 Vztah opinia iuris a obecné praxe.....	31
3.2.3 Formy opinia iuris.....	34
4. Institut trvalého odpůrce	37
4.1 Požadavky pro uplatnění institutu trvalého odpůrce.....	39
4.2 Institut trvalého odpůrce v praxi.....	40
5. Partikulární obyčej	43
5.1 Partikulární obyčej z hlediska počtu subjektů.....	44
6. Vztah mezinárodní smlouvy a mezinárodního obyčeje	48
6.1 Kodifikace obyčejového práva mezinárodními smlouvami.....	49
6.2 Mezinárodní smlouva v procesu krystalizace obyčejové normy.....	53
6.3 Vznik mezinárodního obyčeje po přijetí mezinárodní smlouvy.....	54
6.3.1 Kritický pohled.....	55
7. Další diskuze na téma mezinárodního obyčeje	58
7.1 Doktrína dotčených států.....	58

7.1.1	Pojem dotčený stát	58
7.1.2	Důsledky doktríny dotčených států.....	60
Závěr	63
Seznam používaných zkratek	67
Seznam použité literatury	68
ABSTRAKT	75
KLÍČOVÁ SLOVA	75
ABSTRACT	76
KEYWORDS	77

Úvod

Mezinárodní obyčej řadíme vedle mezinárodní smlouvy mezi jeden ze základních pramenů mezinárodního práva veřejného. I přesto, že téma mezinárodního obyčeje tvoří východisko tohoto oboru a je systematicky vyučováno již v základních kurzech mezinárodního práva veřejného, je obyčej stále v některých oblastech předmětem diskuzí.

O výklad sporných oblastí se pokouší jak MSD ve své judikatorní praxi, tak i mnozí autoři, kteří působí v mezinárodním právu veřejném. Projevuje se to neustálým rozvojem a vydáváním nových publikací, které se snaží reagovat na nové trendy v mezinárodním právu veřejném, jako jsou například rostoucí role mezinárodních organizací nebo rozvoj nových technologií. Tím, že MSD ve svých rozhodnutích judikuje, jak obyčejové normy vznikají, zanikají a vyjadřuje se k tomu, jestli je považuje za aplikovatelné na příslušnou situaci předloženou stranami, formuje tím existující praxi států. Podstatná je také práce Komise pro MP, která jakožto hlavní kodifikační orgán OSN předkládá VS OSN zprávy ze svých zasedání zaměřených mimo jiné i na téma mezinárodního obyčeje. Reflektuje tím nejenom aktuální vývoj, ale i snahu vnést do sporných oblastí jednotící stanovisko. Významná je zejména aktuální Zpráva Komise pro MP vydaná v roce 2018,¹ která obsahuje navrhované závěry Komise pro MP v oblasti obyčejového práva, čímž přináší do této oblasti nový komplexnější pohled. Právě tento neustálý vývoj teoretických názorů na mezinárodní obyčej je důvodem, proč je toto téma stále aktuální.

Zároveň je častým jevem, že MSD musí ve svých rozhodnutích rozhodnout o existenci normy obyčejového práva, aniž by měl úplné informace o obecné praxi a *opinio iuris*. Není totiž reálně možné, aby mohl disponovat veškerými informacemi o obecné praxi všech států a taky o jejich *opinio iuris*.² Právě tyto drobné nejasnosti, na které jsem narazila při primárním zkoumání tohoto tématu, byly důvodem, proč jsem si

¹ ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law. Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

² CRAWFORD, J. *Chance, order, change: the course of international law: general course on public international law*. Hague: Brill, 2014. The Pocket Books of the Hague Academy of International Law. p. 58. ISBN 978-90-04-26808-1.

vybrala toto téma diplomové práce. Objasnění tohoto základního pramene práva považuji za zásadní pro důkladné pochopení dalších navazujících podoborů mezinárodního práva veřejného.

Cíl a předmět práce

Cílem mé práce je poskytnout čtenáři jasný a ucelený pohled na vybrané kapitoly, které se vztahují k tématu mezinárodního obyčeje. Mezi tyto vybrané kapitoly zařadím základní prvky obyčeje, tj. obecnou praxi a *opinio iuris*, u kterých se pokusím zjistit, jak se k nim staví judikatura MSD a Zpráva Komise pro MP.³ Vyjádřím se k teoretickým názorům autorů na tyto základní prvky, které nám mnohokrát nenabízejí jednoznačné vodítko pro jejich důkladné pochopení. Neopomenu zkoumání pramenů, ze kterých můžeme identifikovat obecnou praxi a *opinio iuris*, s ohledem na praxi jednotlivých subjektů, mezi kterými bych se chtěla zabývat také vlivem mezinárodních organizací na krystalizaci obyčejové normy. V neposlední řadě se zaměřím i na další související aspekty mezinárodního obyčeje, které považuji za nezbytné pro jeho lepší pochopení v širším kontextu.

Předmětem zkoumání této diplomové práce tak budou závěry obsažené v judikatuře MSD, ve zprávách Komise pro MP a názory autorů, které se pokoušejí vnést do problematiky mezinárodního obyčeje více světla. Ve své diplomové práci se budu zabývat pouze vztahem smluvního a obyčejového práva. Vynechám vztah obyčeje a dalších pramenů práva z důvodu omezeného rozsahu diplomové práce. Předmětem zkoumání nebudou primárně ani obyčejové normy kogentního charakteru, které by si rozsahově vyžadovaly větší pozornost.

³ ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law. Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

Metodologie a struktura práce

Ve své diplomové práci budu využívat převážně metodu syntézy literatury, judikatury a jiných publikací, ke kterým se následně pokusím zaujmout jednotící stanovisko. Judikaturu MSD budu zkoumat prostřednictvím metody abstrakce.

V prvních kapitolách se nejdřív stručně zaměřím na historický vývoj teoretických koncepcí, které se snažily popsat mezinárodní obyčej. Domnívám se, že jen s objasněním těchto historických východisek můžeme dostatečně pochopit aktuální pojmání obyčeje.

Ve druhé a třetí kapitole diplomové práce navážu na historický vývoj podrobnou analýzou dvou základních prvků obyčeje – obecné praxe a *opinia iuris*. Mým cílem je popsat jejich teoretické pojmání s tím, že se pokusím demonstrovat jejich aplikaci na judikátech MSD. Vyjádřím se i ke sporným diskuzím, které pramení z praxe mezinárodních organizací.

Ve třetí kapitole se budu zabývat institutem trvalého odporce, tzv. *persistent objector rule*, který spočívá v možnosti státu vyhradit si výjimku nebýt normou obyčejového práva vázán. Dále ve čtvrté kapitole popíši institut partikulárního obyčeje, který zavazuje pouze určitou skupinu států.

V neposlední řadě se v páté kapitole diplomové práce zaměřím na vztah mezinárodního obyčeje a mezinárodní smlouvy. V této kapitole vysvětlím také problematiku kodifikace mezinárodního obyčeje v mezinárodních smlouvách, která je neopominutelnou oblastí jejich vzájemné korelace.

V poslední kapitole nastíním diskuzi na téma mezinárodního obyčeje se zaměřením na doktrínu dotčených států.

1. Teoretická východiska vzniku mezinárodního obyčeje

Pojetí vzniku mezinárodního obyčejového pravidla jako nepsaného pravidla práva bylo předmětem mnohých diskuzí v různých právních kulturách. Nepsaný charakter obyčejových norem způsobuje potíže s jejich nesnadnou identifikací, se zjištěním obsahu a určením subjektů, které obyčejová norma zavazuje.⁴

Z důvodu velkého rozsahu teoretických koncepcí, které se kulturně a historicky vyvíjely, se pokusím v této kapitole shrnout zejména ta nejvýznamnější východiska, jež byla základem pro současné pojmání mezinárodního obyčeje. Jejich poznání je důležité pro lepší pochopení jeho současného výkladu.

1.1 Anglosaská doktrína vzniku mezinárodního obyčeje

Samotný rozdíl mezi anglosaskou a kontinentální právní kulturou má významný vliv na pochopení mezinárodního obyčeje.

Anglosaská právní doktrína se k mezinárodnímu obyčeji staví jiným způsobem než doktrína kontinentální. Rozdíly můžeme spatřit v tom, že věnuje podstatně menší pozornost otázce teoretického zdůvodnění vzniku a závaznosti obyčejového práva, jelikož právě obyčej je tím instrumentem, s nímž se v oblasti „*common law*“ právního myšlení převážně pracuje.⁵ Proces vzniku obyčeje lze demonstrativně v anglosaské právní kultuře pojmenovat pomocí jednoduchého příkladu, který byl poprvé podán anglickým internacionalistou Pittem Cobbettem, který vznik obyčeje popisuje příměrem vytváření pěšiny na veřejném pozemku.⁶ Tento proces počíná tím, že si zpočátku každý

⁴ MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné: jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*. 5., podstatně upr. a dopl. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2008. Edice učebnic PrF MU. s. 187. ISBN 978-80-210-4474-6.

⁵ ČEPELKA, Č. *Smlouva a obyčej v mezinárodním právu*. Praha: Univerzita Karlova, 1984. Acta Universitatis Carolinae. Iuridica. Monographia. s. 34.

⁶ Srov. COBBETT, P. *Leading Cases on International Law*. 4th edition, Vol. I., London: H.H.L. Bellot, 1922. p.5; Cobbetovu charakteristiku nalezneme i v: BISHOP, W. W. *International law: cases and materials*. 3rd ed. Boston: Little, Brown and Company, 1971. p.26; srov. ČEPELKA, Č. a P. ŠTURMA. *Mezinárodní právo veřejné*. V Praze: C.H. Beck, 2008. Beckovy právnické učebnice. s. 100. ISBN 978-80-7179-728-9.

volí svou vlastní cestu, až později se chodci začnou pohybovat po společné cestě. Činí tak z toho důvodu, že je to pro ně účelnější a rychlejší, než si vytvářet cestu vlastní.⁷ Nejpatrnější jsou stopy, které zanechají chodci s větší vahou, zatímco ty, co zanechá dítě, jsou hůř zpozorovatelné. Když se následně objeví strážník, udělí pokutu tomu chodci, který se nepohybuje po vyšlapané pěšině, protože ničí veřejný pozemek.

Tímto příkladem P. Cobbett jasně povyšuje obecnou ustálenost praxe na důležitý faktor vzniku mezinárodního obyčeje. Chodci s větší vahou rozumí praxi mocensky významných států, která je pro něj z hlediska tvorby obyčeje významnější než praxe států menších.⁸ Tímto příměrem ilustruje, že v anglosaské právní kultuře je obecná ustálenost praxe důležitější než povědomí států o její nezbytnosti.⁹ Opačná praxe by musela prokázat, že toto pravidlo už vyšlo z užívání.

Z tohoto důvodu lze proces vzniku obyčeje v anglosaské právní kultuře pojímat jako živelný jev,¹⁰ který lze jen těžko popsat. Vystačí si s pomocí pojmů mimoprávních, tj. jen s materiálními prameny. Formální prameny představují pouze přímý důsledek těchto materiálních pramenů, které jsou podkladem pro jejich vznik. Prokazatelnost této praxe tak závisí zejména na nalezení důkazů, že jde o praxi právně závaznou, a nejenom o praxi faktickou.

⁷ Tamtéž.

⁸ ČEPELKA, Č. *Smlouva a obyčej v mezinárodním právu*. Praha: Univerzita Karlova, 1984. Acta Universitatis Carolinae. Iuridica. Monographia. s. 36.

⁹ ČEPELKA, Č. a P. ŠTURMA. *Mezinárodní právo veřejné*. V Praze: C.H. Beck, 2008. Beckovy právnické učebnice. s. 100-101. ISBN 978-80-7179-728-9.

¹⁰ MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné: jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*. 5., podstatně upr. a dopl. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2008. Edice učebnic PrF MU. s. 187. ISBN 978-80-210-4474-6.

1.2 Kontinentální teoretické koncepce vzniku mezinárodního obyčeje

Kontinentální právní kultura spíše dává přednost právním formám a anglosaské užívání převážně materiálních pramenů nerada přijímá.¹¹ Vycházejí z právního pozitivismu, pozdní pozitivismus se postupně přiklonil ke konsenzuální teorii vzniku mezinárodního obyčeje.

1.2.1 Konsenzuální teorie vzniku mezinárodního obyčeje

Konsenzuální teorie nachází svůj ideový původ již u autorů jako H. Grotius, S. Rachel a Martens. Je silně spjata s právním pozitivismem, který se ve svém pozdním stadiu opíral jenom o formu, v níž se právo jeví.¹² Za předpokladu, že tato forma bude dostatečně způsobilá, aby zabezpečila pořádek mezi velmocemi. Tento pozitivismus ustoupil od své původně preferované empirické metody, která spočívala v poznávání toho, co právem je, a zaměřil se spíše na to, co by právem být mělo.¹³

Za formu obyčeje byla označena tzv. tacitní smlouva, která předpokládala konsenzus států založený na jejich skutečném chování. Tacitní smlouva se zformovala tak, že se státy chovaly vůči sobě za určitých podmínek jistým identickým způsobem, který byl pro ně akceptovatelný a tacitně s ním souhlasily.¹⁴ Nejdřív bylo toto chování pouhým návodem pro jejich budoucí jednání a až postupem času se stalo pro ně závazné. Lze tedy říci, že mezinárodní obyčej byl naukou považován za konkludentní dohodu (*pactum tacitum*) mezi těmi státy, které se dle dané obyčejové normy skutečně chovaly.¹⁵

¹¹ ČEPELKA, Č. a P. ŠTURMA. *Mezinárodní právo veřejné*. V Praze: C.H. Beck, 2008. Beckovy právnické učebnice. s. 102. ISBN 978-80-7179-728-9.

¹² ČEPELKA, Č. a V. DAVID. *Úvod do teorie mezinárodního práva*. V Brně: Univerzita J.E. Purkyně, c1983. Spisy právnické fakulty University J.E. Purkyně v Brně. s. 94.

¹³ ČEPELKA, Č. *Smlouva a obyčej v mezinárodním právu*. Praha: Univerzita Karlova, 1984. Acta Universitatis Carolinae. Iuridica. Monographia. s. 23.

¹⁴ THIRLWAY, H. W. A. *The sources of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Foundations of public international law. s. 54. ISBN 978-0-19-968540-0.

¹⁵ SCHEU, H. CH. *Úvod do mezinárodního práva veřejného*. 2. doplněné vydání. Praha: Auditorium, 2019. InSTITUTE. s. 25. ISBN 978-80-87284-73-5.

Jedním z hlavních odpůrců tohoto názoru byl zejména H. Triepel, který tuto teorii nepovažoval za dostatečnou z důvodu náročné prokazatelnosti skutečného chování států. Teorii tacitní smlouvy rozšířil na základě koncepce „společné vůle států“,¹⁶ neboli společného konsenzu. Triepel pojmem společná vůle států označuje vůli většiny, kterou nelze zaměňovat s projevem vůle jednoho státu. Projev vůle jednoho státu považuje za dostatečný pouze pro vnitrostátní normotvorbu. Na rozdíl od tacitní smlouvy, dle Triepela společný konsenzus nevyžaduje skutečné chování států. Spokojí se s pouhou fikcí tohoto chování, tj. shodnou vůlí všech států (přesněji mezinárodního společenstva jako celku), která se naukou předpokládá.¹⁷

Počátek 20. století tak už v návaznosti na H. Triepela s teorií tacitní smlouvy nepočítá. A. Cavaglieri ji výslovně jako formální pramen mezinárodního práva odmítá, jelikož, jak již bylo zmíněno výše, pro dosažení konsenzu států vyžadovala jejich skutečné chování. Společnou vůli států spojuje se společným právním přesvědčením (tzv. společným tacitním souhlasem, který je chápán také jako společně mlčky daný souhlas, kdy suverénové souhlasí, jestliže neprotestují), být danou právní normou vázán.¹⁸ Na základě tohoto společného tacitního souhlasu tak bylo možné dovodit závaznost normy i pro státy, které s ní nesouhlasily.¹⁹

1.2.2 *Teorie uznání*

Fikci společného konsenzu odmítá teorie uznání, která popírá možnost vyslovení souhlasu za státy, které s obyčejovým pravidlem nesouhlasí. Vznik mezinárodního

¹⁶ TRIEPEL, H. *Völkerrecht und landesrecht*. Leipzig: C.L. Hirschfeld, 1899. p. 32.

¹⁷ ČEPELKA, Č. *Smlouva a obyčej v mezinárodním právu*. Praha: Univerzita Karlova, 1984. Acta Universitatis Carolinae. Iuridica. Monographia. s. 23-24.

¹⁸ ČEPELKA, Č. a P. ŠTURMA. *Mezinárodní právo veřejné*. V Praze: C.H. Beck, 2008. Beckovy právnícké učebnice. s. 103. ISBN 978-80-7179-728-9.

¹⁹ OPPENHEIM, L. a H. LAUTERPACHT. *International law: a treatise*. 7th ed., Vol. I, Peace. London: Longmans, Green and Co., 1948. p. 17: „*Common consent*“ can therefore only mean the express or tacit consent of such an overwhelming majority of the members that those who dissent are of no importance whatever, and disappear totally from the view of one who looks for the will of the community as an entity in contradiction to the wills of its single members...“

obyčeje podmiňuje uznáním ze strany každého státu, který tímto obyčejovým pravidlem má být vázán.

Mezi jednoho z nejvýznamnějších představitelů této teorie řadíme Paula Heilborna, který pro vznik obyčeje požaduje dva základní faktory. Prvním z nich je *usus*,²⁰ který dle jeho názoru představuje konkludentní jednání stran, nikoliv pouze jednání slovy.²¹ Druhým faktorem je právní povědomí, kterým Heilborn rozumí přesvědčení státu, že dané chování je závazné.²² Až sloučením těchto dvou faktorů vzniká norma obyčejového práva.

Dle Heilborna tak samotný *usus* sám nestačí k tomu, aby obyčejová norma byla pro státy závazná. Ustálené chování *usus* všech států jen dopomáhá k tomu, aby státy byly přesvědčeny o její závaznosti a pak ji na jeho základě jako normu práva uznaly. Z pojmu uznání tak pramení název této teorie.²³

Tato teorie byla v minulosti podobně jako teorie konsenzuální taktéž kritizována. Stejně jako konsenzuální teorie je možným výkladem vzniku práva partikulárního, protože předpokládané uznání států není dostatečné pro vysvětlení norem kogentních, které naopak nejsou závislé na jednotlivém uznání států.²⁴ I přesto můžeme její význam najít v tom, že dodává obyčejovému právu smluvní povahu.

²⁰ Heilbornem označován německy jako „*Übung*“.

²¹ HEILBORN, P. *Grundbegriffe des Völkerrechts*. Berlin: W. Kohlhammer, 1912. p. 32: „*Die Erklärung, welche ihm diesen Charakter verleiht, erfolgt nicht durch Worte, sondern durch konkludente Handlungen, d.h. durch die Übung, durch ein gleichmässiges Tun oder Lassen...*“

²² Srov. tamtéž; ČEPELKA, Č. *Smlouva a obyčej v mezinárodním právu*. Praha: Univerzita Karlova, 1984. Acta Universitatis Carolinae. Iuridica. Monographia. s. 27.

²³ Německy známo jako „*Anerkennungstheorie*“.

²⁴ ČEPELKA, Č. *Smlouva a obyčej v mezinárodním právu*. Praha: Univerzita Karlova, 1984. Acta Universitatis Carolinae. Iuridica. Monographia. s. 28.

2. Mezinárodní obyčej ve Statutu MSD

Zařazení této kapitoly před podrobnější výklad základních prvků obyčeje lze považovat za opodstatněné, jelikož čl. 38 Statutu MSD představuje východisko pro aplikaci pramenů mezinárodního práva. Tento článek obsahuje výčet pramenů, mezi kterými je zařazen i mezinárodní obyčej. Ačkoliv by Statut MSD měl představovat základní vodítko pro aplikaci mezinárodního obyčeje, jeho definice obsažená v tomto Statutu MSD má mnohá výkladová úskalí, která se pokusím v této kapitole přiblížit.

Mezinárodní obyčej je v Statutu MSD popsán v překladu následovně: „*mezinárodní obyčej, jakožto důkaz obecné praxe uznávané za právo*“.²⁵

Obecně přijímaný názor²⁶ na tento čl. 38 Statutu MSD spočívá v časté kritice jeho samotné formulace, které jsou vytýkány zejména dva body, jež budí vnitřní rozpor ve výše zmíněné definici obyčeje. Prvním často kritizovaným bodem je nejasnost spočívající v hierarchii uvedených pramenů. Je nutno aplikovat prameny v pořadí, v jakém jsou v tomto čl. uvedeny?

Na rozdíl od čl. 21 Římského Statutu Mezinárodního trestního soudu²⁷ nám bohužel jazykový výklad čl. 38 Statutu MSD nenabízí jednoznačnou odpověď. Proto ji musíme hledat v názorech autorů,²⁸ které prokazují, že zařazení obyčeje v pořadí až za mezinárodní smlouvou nemá na hierarchii těchto pramenů z hlediska jejich

²⁵ *Statute of the International Court of Justice*. Article 38. Dostupné z: EVANS, M. D. *International law documents*. 8th ed. Oxford [England]: Oxford University Press, c2007. Blackstone's statutes. ISBN 978-0-19-921184-5: „*international custom, as evidence of a general practice accepted as law*“; překlad srov. ČEPELKA, Č. a P. ŠTURMA. *Mezinárodní právo veřejné*. V Praze: C.H. Beck, 2008. Beckovy právnické učebnice. s. 98. ISBN 978-80-7179-728-9.

²⁶ Srov. KUNZ, J. *The Nature of Customary International Law*. *The American Journal of International Law*, Vol. 47, No. 4, 1953. p. 662-669; ČEPELKA, Č. a P. ŠTURMA. *Mezinárodní právo veřejné*. V Praze: C.H. Beck, 2008. Beckovy právnické učebnice. s. 98. ISBN 978-80-7179-728-9.

²⁷ Srov. *Rome Statute of the International Criminal Court*, text UNTS, Vol. 2178, p. 3, Article 21.

²⁸ CRAWFORD, J. a I. BROWNLIE. *Brownlie's principles of public international law*. Eighth edition. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 32. ISBN 978-0-19-965417-8; ČEPELKA, Č. a P. ŠTURMA. *Mezinárodní právo veřejné*. V Praze: C.H. Beck, 2008. Beckovy právnické učebnice. s. 98. ISBN 978-80-7179-728-9.

aplikovatelnosti MSD vliv. Přesto nelze odhlédnout od vzájemné provázanosti těchto dvou pramenů, která je zdrojem početných výkladových problémů. Jelikož si tato oblast vzájemného vztahu mezinárodní smlouvy a obyčej vyžaduje podrobnější analýzu, bude o ní pojednáno v samostatné kapitole této diplomové práce.²⁹

Druhým kritizovaným bodem je problém užití pojmu „důkaz“,³⁰ který vzbuzuje dojem, že je obyčej v čl. 38 Statutu MSD pojímán jenom jako pouhý důkaz skutečně existující obecné praxe uznávané za právo. Akceptace tohoto znění není z pohledu kritiků³¹ (a taky prací Komise pro MP³²) preferována. Bylo by spíš logické předpokládat přesný opak, tj. že právě obecná praxe uznávaná za právo je důkazem pro existenci mezinárodního obyčej a ne naopak. Proto se domnívám, že by možná bylo z hlediska přehlednosti lepší zvolit kupříkladu následující formulaci: „*mezinárodní obyčej, prokázán obecnou praxí, uznávanou za právo*“.³³ Soudce MSD Crawford vidí v užití pojmu „důkaz“ také další následky, které mohou ztížit určování obsahu obyčejového práva. Ptá se, zda se tím, že Statut MSD užívá pojmu „důkaz“, myslí také to, že je potřeba obyčej vždy prokazovat?³⁴

Už jen tyto nedostatky v úpravě mezinárodního obyčej poukazují na to, že na problematiku aplikace obyčejového práva by se mělo upřít více pozornosti. Ve skutečnosti tato „špatná“ formulace sahá až do Statutu SDMS, předchůdce MSD, který obsahoval čl. 38 v identickém znění.³⁵ Tento čl. byl připravován Radou Společnosti

²⁹ Viz kapitola 6. této diplomové práce nazvaná „*Vztah mezinárodní smlouvy a mezinárodního obyčej*“.

³⁰ Přeloženo z anglického znění: „*as evidence*“ nebo-li „*proof*“.

³¹ KUNZ, J. *The Nature of Customary International Law*. The American Journal of International Law, Vol. 47, No. 4, 1953. p. 664.

³² WOOD, M. Special Rapporteur. *First report on formation and evidence of customary international law*. UN Doc. A/CN.4/717. p. 13. Dostupné z: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/CN.4/717>

³³ V anglickém znění: „*international custom evidenced as the general practice accepted by law*“.

³⁴ CRAWFORD, J. *Chance, order, change: the course of international law: general course on public international law*. Hague: Brill, 2014. The Pocket Books of the Hague Academy of International Law. p. 58. ISBN 978-90-04-26808-1.

³⁵ *Statute of the Permanent Court of Justice*. 16. December 1920. Article 38. Dostupné z: <https://www.refworld.org/docid/40421d5e4.html>, v následujícím znění: „*The Court shall apply: ... 2. international custom, as evidence of a general practice accepted as law.*“

národů („*Council of the League of Nations*“) konkrétně Poradním výborem právníků („*Advisory Committee of Jurists*“) již v roce 1920. Prezident Poradního výboru právníků Baron Descamps původně navrhl následující znění: „*mezinárodní obyčej, jakožto praxe mezi národy uznávaná jimi za právo,*“³⁶ které, jak si můžeme všimnout, slovo „*důkaz*“ neobsahovalo. I přes různé názorové odchylky zejména ze strany Roota a některých dalších členů tohoto výboru, dosáhl Poradní výbor právníků shody relativně rychle a návrh předložil v aktuálním znění.³⁷ Redakční výbor („*Drafting Committee*“) provedl v jeho znění už jenom drobné změny a následně jej předložil Společnosti národů, která ho přijala v plném znění, zase jen s drobnými technickými změnami.

Zajímavostí je, že tento čl. a výše zmíněná kontroverzní definice obyčeje nevyvolala hodně diskuzí ani v průběhu procesu přijetí současného Statutu MSD. Ani Washingtonský Výbor Právníků („*Washington Committee of Jurists*“) a Konference v San Francisku („*San Francisco Conference*“) v čl. 38 neprovedly žádné výrazné změny a přijaly ho v původním znění ze Statutu SDMS.³⁸

Lze tedy říci, že tato historicky starší formulace funguje téměř sto let jako východisko pro aplikaci mezinárodního obyčeje. Tím, že neposkytuje jednoduchý návod pro jeho uplatnění, nabízí MSD větší prostor pro utváření práva.³⁹ Přikláním se však k názoru,⁴⁰ že i přes veškeré tyto nedostatky, lze z této formulace rozeznat dva základní prvky mezinárodního obyčeje, a to obecnou praxi a její uznání za právo.

³⁶ Přeloženo z anglického znění: „*international custom being practice between nations accepted by them as law*“; ZIMMERMANN, A., CH. TOMUSCHAT a K. OELLERS-FRAHM. *The Statute of the International court of justice: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2006. Oxford commentaries on international law. p. 739. ISBN 0-19-926177-6; srov. WOOD, M. Special Rapporteur. *First report on formation and evidence of customary international law*. United Nations General Assembly, A/CN.4/717. p. 13. Dostupné z: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/CN.4/717>

³⁷ ZIMMERMANN, A., CH. TOMUSCHAT a K. OELLERS-FRAHM. *The Statute of the International court of justice: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2006. Oxford commentaries on international law. p. 741. ISBN 0-19-926177-6.

³⁸ Tamtéž, p. 743.

³⁹ WOOD, M. Special Rapporteur. *First report on formation and evidence of customary international law*. UN Doc. A/CN.4/717. p. 14. Dostupné z: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/CN.4/717>

⁴⁰ Srov. BEDERMAN, D. J. *The Spirit of International Law*. Athens, Ga.: University of Georgia Press, 2002. p. 33. ISBN: 0-8203-2404-3: „*There are two key elements in the formation of a customary*

3. Konstitutivní prvky mezinárodního obyčeje

Obyčej potřebuje ke svému vzniku subjektivní a objektivní element⁴¹ i přesto, že znění Statutu MSD nebylo zpočátku úplně jednoznačné a bylo předmětem různých teoretických výkladů.

MSD se vyjádřil ke kumulativní přítomnosti obou konstitutivních prvků mezinárodního obyčeje jasně a komplexně⁴² v případě rozsudku Pevninské mělčiny Severního moře (viz podrobněji v následujících kapitolách diplomové práce).

Ačkoliv lze spatřovat určitou nejistotu v tom, že tento názor byl vysloven pouze v rozsudku a mohl by tak být označen jenom za další *obiter dictum*, tato část rozsudku byla MSD již tak často použita jako podklad pro jiná obdobná rozhodnutí, že nelze mít pochyb o její závaznosti.⁴³ Malenovský mluví dokonce o rovnici vzniku obyčeje, která sestává z těchto dvou výše zmíněných proměnných (obecné praxe a *opinia iuris*), jejímž výsledkem je vznik obyčejové normy mezinárodního práva.⁴⁴ Tento přístup potvrzuje i Zpráva vydaná Komisí pro MP.⁴⁵

international law rule. They are elegantly and succinctly expressed in Article 38 of the ICJ Statute...that the rule has been followed by the „general practice“ and has been „accepted as law“.

⁴¹ SCHEU, H. CH. *Úvod do mezinárodního práva veřejného*. 2. doplněné vydání. Praha: Auditorium, 2019. InSTITUTE. s. 22. ISBN 978-80-87284-73-5.

⁴² MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné: jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*. 5., podstatně upr. a dopl. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2008. Edice učebnic PrF MU. s. 187. ISBN 978-80-210-4474-6.

⁴³ Srov. judikáty: *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgement of 3 June 1985, ICJ Reports 1985; *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgement of 27 June 1986, ICJ Reports 1986; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, Judgement of 3 February 2012, ICJ Reports 2012.

⁴⁴ MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné: jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*. 5., podstatně upr. a dopl. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2008. Edice učebnic PrF MU. s. 187. ISBN 978-80-210-4474-6: „mezinárodní obyčej = *usus longaveus* + *opinio iuris*“.

⁴⁵ ILC. *Report*. A/73/10, 2018, Chapter V: Identification of customary international law, Part 2, Conclusion 2, Commentary. para (5), (6). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

Objektivní element je reprezentován obecnou praxí, která je zároveň kvalifikovaná.⁴⁶ Slovní spojení kvalifikovaná praxe znamená, že musí splňovat určité znaky, aby mohla být za prvek obyčeje uznána. Těmto znakům se budu věnovat níže v podkapitole 3.1. Obecná praxe.

Subjektivní element je reprezentován přesvědčením o závaznosti obyčejové normy, jinak zvaným i *opinio iuris*. V literatuře bývá označen mimo jiné i jako psychologický prvek obyčeje, jelikož se opírá o motivaci jednajícího subjektu, tj. o jeho psychologii.⁴⁷

V této kapitole se pokusím tyto dva znaky (obecnou praxí a *opinio iuris*) vylíčit z hlediska jejich výkladu v judikatuře MSD. Popsány budou jednotlivě, ačkoliv je potřeba vždy brát dostatečný zřetel na to, že tyto dva prvky se vzájemně doplňují a obyčej nemůže vzniknout bez přítomnosti jednoho z nich.⁴⁸

Je žádoucí přihlédnout i k současnému pohledu Komise pro MP. Obecně hraje Komise pro MP významnou roli při kodifikaci mezinárodního práva veřejného. Jak je vyjádřeno v čl. 15 Statutu Komise pro MP, jejím úkolem je podpora progresivního rozvoje mezinárodního práva veřejného a jeho kodifikace.⁴⁹ Komise pro MP předkládá zprávy ze svých zasedání VS OSN a připravuje návrhy úmluv zejména v těch oblastech, které doteď nejsou regulovány mezinárodním právem (a to převážně mezinárodním právem veřejným, ačkoliv nevylučuje i progresivní rozvoj a kodifikaci v mezinárodním právu soukromém) nebo v oblastech, ve kterých praxe států ještě není dostatečně

⁴⁶ ČEPELKA, Č. a P. ŠTURMA. *Mezinárodní právo veřejné*. V Praze: C.H. Beck, 2008. Beckovy právnické učebnice. s. 101. ISBN 978-80-7179-728-9.

⁴⁷ MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné: jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*. 5., podstatně upr. a dopl. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2008. Edice učebnic PrF MU. s. 191. ISBN 978-80-210-4474-6.

⁴⁸ THIRLWAY, H. W. A. *The sources of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Foundations of public international law. p. 62. ISBN 978-0-19-968540-0.

⁴⁹ *Statute of the International Law Commission*. Article 1. Dostupné z: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf>: „*The International Law Commission shall have for its object the promotion of the progressive development of international law and its codification.*“

zformovaná.⁵⁰ Pojem kodifikace uvádí odděleně mimo pojem progresivní rozvoj, i přesto, že se podporuje užívání těchto pojmů ve vzájemné souvislosti. Za kodifikaci označuje v čl. 15 Statutu Komise pro MP přesnější formulaci a systematizaci norem mezinárodního práva tam, kde už existuje extenzivní praxe států, precedent, nebo doktrína.⁵¹ Právě touto prací Komise pro MP objasnila i otázky spojené s mezinárodním obyčejem ve Zprávě Komise pro MP,⁵² a proto považuji za nezbytné odkázat v následujících kapitolách také na její navrhované závěry (přijaté ve druhém čtení) v oblasti obyčejového práva.

3.1 Obecná praxe

V praxi MSD se často můžeme setkat s prokazováním praxe na základě jejich jednotlivých znaků a příkladů konkrétního chování subjektů.

I přesto v některých případech, zejména v situacích, kdy tak judikoval MSD v předchozím judikátu nebo to považoval za zřejmé, tento soud rozhodl o existenci praxe bez toho, aby ji podrobněji prokazoval.⁵³ Příkladem je případ Některých vojenských a polovojenských činností v Nicaragui a proti ní, ve kterém se vyjádřil, že princip neintervence je součástí mezinárodního obyčejového práva. Existenci tohoto principu

⁵⁰ Tamtéž, Article 15: „*In the following articles the expression “progressive development of international law” is used for convenience as meaning the preparation of draft conventions on subjects which have not yet been regulated by international law or in regard to which the law has not yet been sufficiently developed in the practice of States.*“

⁵¹ Tamtéž: „*...the expression “codification of international law” is used for convenience as meaning the more precise formulation and systematization of rules of international law in fields where there already has been extensive State practice, precedent and doctrine.*“

⁵² ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law. Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

⁵³ ZIMMERMANN, A., CH. TOMUSCHAT a K. OELLERS-FRAHM. *The Statute of the International court of justice: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2006. Oxford commentaries on international law. p. 815. ISBN 0-19-926177-6; srov. WOOD, M. Special Rapporteur. *First report on formation and evidence of customary international law*. UN Doc. A/CN.4/717. p. 24. Dostupné z: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/CN.4/717>

prokázal jen odkazem na velký počet důkazů.⁵⁴ Soud dále princip neintervence označil za právo každého suverénního státu.⁵⁵

Taktéž v případě Územního a námořního sporu mezi Nicaraguí a Kolumbií MSD praxi nedemonstroval. Vycházel z toho, že některá ustanovení v Úmluvě OSN o mořském právu deklarují normy mezinárodního obyčeje, a lze tak dovodit, že právní režim ostrovů, který byl předmětem tohoto sporu, představuje neoddělitelnou část této úmluvy a je součástí mezinárodního obyčejového práva.⁵⁶ V řadě případů, zejména v novějších judikátech,⁵⁷ se ale spíše už setkáváme s přístupem soudu, který obecnou praxi podrobně demonstruje.

Praxe států by dle znění obsaženého ve Statutu MSD měla být obecná. To znamená, že by měla být dostatečně kvalifikovaná, měla by tedy vykazovat určité znaky. Mezi tyto znaky můžeme zařadit opakovanost, rozšířenost, reprezentativnost, stejnorodost a nepřetržitost (a dlouhodobost).⁵⁸ Dlouhodobost je uvedena v závorce, protože v aktuálním vývoji mezinárodního obyčeje můžeme zpozorovat, že význam tohoto znaku obecné praxe značně klesá. V některých pracích se dokonce vůbec neuvádí.

⁵⁴ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgement of 27 June 1986, ICJ Reports 1986, para. 202: „Expressions of an *opinio iuris* regarding the existence of principle of non-intervention in customary international law are numerous and not difficult to find.“

⁵⁵ Tamtéž: „The principle of non-intervention involves the right of every sovereign State to conduct its affairs without outside interference; through examples of trespass against this principle are not infrequent the Court considers that it is part and parcel of customary international law.“

⁵⁶ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*; Judgement of 19 November 2012, ICJ Reports 2012, para. 139: „The Court therefore considers that the legal régime of islands set out in UNCLOS Article 121, on the legal régime of islands, are to be considered declaratory of customary international law.“

⁵⁷ Např. v případě: *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, Judgement of 3 February 2012, ICJ Reports 2012.

⁵⁸ ČEPELKA, Č. a P. ŠTURMA. *Mezinárodní právo veřejné*. V Praze: C.H. Beck, 2008. Beckovy právnické učebnice. s. 99. ISBN 978-80-7179-728-9.

Je nutno zároveň poznamenat, že toto výše uvedené rozlišování znaků obecné praxe je jenom vodítkem pro její posuzování,⁵⁹ se kterým se setkáváme také v české literatuře. Obecná praxe by totiž měla být vždy posuzována s ohledem na obecný kontext, podstatu předmětného nově vznikajícího pravidla a na konkrétní okolnosti.⁶⁰ Při analýze názorů různých autorů jsem tak často narazila na rozdílnou typizaci znaků obecné praxe nebo jejich slučování v jeden. Například Brownlie a Crawford rozlišují pouze tři základní znaky (dlouhodobost, stejnorodost a obecnost praxe),⁶¹ které kumulují znaky výše popsané v předchozím dělení.

3.1.1 Stejnorodá a nepřetržitá praxe

Stejnorodostí se chápe požadavek, aby prvky praxe směřovaly ke vzniku téže obyčejové normy. Nepřetržitou praxí lze rozumět takovou, která ve stejné situaci a za podobných podmínek neobsahuje přerušení v podobě jiného chování.⁶² Ve Zprávě Komise pro MP⁶³ a judikátech MSD se také můžeme setkat s pojmem jednotná praxe. Všechny tyto výše uvedené pojmy (stejnorodost, nepřetržitost, jednotnost praxe) jsou často používány ve vzájemné souvislosti, proto je také slučují do jedné podkapitoly. S jejich užíváním však vznikají některé výkladové problémy. Například do jaké míry musí být praxe stejnorodá a nepřetržitá, resp. jednotná?

V případě Diplomatického azylu mezi Kolumbií a Peru se Kolumbie snažila prokázat praxi udělování diplomatického azylu na mnoha příkladech hlavně

⁵⁹ SCHEU, H. CH. *Úvod do mezinárodního práva veřejného*. 2. doplněné vydání. Praha: Auditorium, 2019. Inštituce. s. 22. ISBN 978-80-87284-73-5.

⁶⁰ ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law, Part 2, Conclusion 3, para. (1). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

⁶¹ CRAWFORD, J. a I. BROWNLIE. *Brownlie's principles of public international law*. Eighth edition. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 24-25. ISBN 978-0-19-965417-8.

⁶² MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné: obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*. 5., podstatně upr. a dopl. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2008. Edice učebnic PrF MU. s. 189-190. ISBN 978-80-210-4474-6.

⁶³ ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law. Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

partikulárního charakteru. MSD se však jasně vyjádřil, že tato praxe vykazuje tolik neurčitostí, nesrovnalostí, kolísání a odchylek v používání institutu diplomatického azylu, že není možno tuto praxi označit za stálou a jednotnou.⁶⁴ Jinými slovy, vycházejí z výše uvedených důvodů MSD judikoval, že je potřeba pamatovat na požadavek stálé a jednotné praxe, který musí být pro vznik mezinárodního obyčeje dodržen.

Na druhé straně, z rozhodovací praxe MSD lze dospět k závěru, že praxe již nemusí být absolutně stálá a jednotná pro to, aby byla soudem za normu mezinárodního obyčejového práva uznána. Postačí, pokud je „skutečně jednotná“.⁶⁵ Takto byl tento požadavek pro obecnou praxi judikován v případě Pevninské mělčiny Severního moře: „Praxe států, včetně států, jejichž specifické zájmy jsou dotčeny, by v průběhu předemtného třeba i krátkého období musela být jednak rozsáhlá a jednak skutečně jednotná (uniformní) ve smyslu pravidla, kterého by se dovolávaly...“.⁶⁶

Slovní spojení „skutečně jednotná“ však nemusí být ve všech případech jednoznačné. Může totiž nastat situace, ve které stát sice mnohokrát jedná stejně a shodně, avšak jindy ve stejné situaci zvolí chování rozdílné. Lze se domnívat, že řešení této situace bude vždy podléhat podrobnějšímu zkoumání. Přihlížet se bude ke konkrétním okolnostem případu, na jejichž základě MSD posoudí, do jaké míry jsou případná nestejnorodá jednání ojedinělá a jaký vliv mají na celkové jednání státu. Současné pojmání požadavku jednotnosti praxe států se přiklání k tomu, že by praxe měla být brána jako celek. Z toho plyne, že i v případě, kdy v jednání států najdeme

⁶⁴ *Asylum Case (Colombia v. Peru)*, Judgement of 20 November 1950, ICJ Reports 1950, s. 276-277: „The facts brought to the knowledge of Court disclose so much uncertainty and contradictions, so much fluctuation and discrepancy in the exercise of diplomatic asylum... that it is not possible to ascertain in all this any constant and uniform usage.“; srov. překlad: ŠTURMA, P., V. BALAŠ, V. BÍLKOVÁ, et al. *Casebook: výběr případů z mezinárodního práva veřejného*. 3. vydání. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2015. Scripta iuridica. s. 39. ISBN 978-80-87975-33-6.

⁶⁵ Brownlie a Crawford používají pojem „*substantially*“, v judikatuře MSD se setkáme i s pojmem „*virtually*“.

⁶⁶ *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports 1969, para. 74: „...State practice including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provisions invoked...“; srov. přeloženo v ŠTURMA, P., V. BALAŠ, V. BÍLKOVÁ, et al. *Casebook: výběr případů z mezinárodního práva veřejného*. 3. vydání. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2015. Scripta iuridica. s. 62. ISBN 978-80-87975-33-6.

ojedinělá nestejnorodá jednání menšího významu, zejména jednání pouze jednoho z orgánů státu, která nebudou absolutně jednotná s jeho ostatním chováním, současný vývoj v oblasti mezinárodního obyčeje nám již umožňuje obecnou praxi zredukovat o tato nestejnorodá jednání.⁶⁷

Příkladem takového judikátu, ve kterém MSD musel podrobněji posuzovat stálost a jednotnost praxe, může být rozsudek Některých vojenských a polovojenských činností v Nicaragui a proti ní. MSD se musel vypořádat s mezinárodním obyčejem zakazujícím použití síly a hrozby silou a principem nevměšování se do vnitřních záležitostí. Bohužel zákaz použití síly nebo zákaz intervence byl často porušován s tím, že státy obvykle hledaly výmluvu, kterou se snažily své použití síly nebo intervence nějak omluvit. Vycházíme-li z tohoto případu, lze si položit otázku: Byla tak i tato praxe skutečně jednotná?⁶⁸

MSD považoval za dostačující, když bylo chování států ve všeobecné shodě s daným pravidlem.⁶⁹ S jednáním státu, které je v rozporu s prokazovanou praxí, se vypořádal tak, že toto jednání označil za porušení vznikající obyčejové normy, tj. ne jako přerušování obecné praxe. Zároveň konstatoval, že tato porušení nemohou být indikacemi pro vznik nové obyčejové normy.⁷⁰

Z této výše zmíněné judikatury tak vyplývá,⁷¹ že je důležité rozlišit přerušování v chování subjektů, které vede k nenaplnění požadavku obecné praxe, od pouhého

⁶⁷ ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law Part 3, Conclusion 7. para. (2). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

⁶⁸ THIRLWAY, H. W. A. *The sources of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Foundations of public international law. p. 68. ISBN 978-0-19-968540-0.

⁶⁹ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgement of 27 June 1986, ICJ Reports 1986, para 186: „*The Court does not consider that... the corresponding practice must be absolutely in rigorous conformity with the rule....the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general be consistent with such rules...*“

⁷⁰ Tamtéž: „*...and that instances of State conduct inconsistent of given rule should generally be treated as breaches of that rule, not as indications of the recognitions of the new rule.*“

⁷¹ Totéž bylo potvrzeno v ILC. *Report. A/73/10*, 2018. Chapter V: Identification of customary international law, Part 3, Conclusion 8, Commentary. para. (5), (6). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

porušení shodného chování. Pokud jsou porušení ojedinělá, lze dospět k závěru, že obecná praxe je dostatečně stálá a jednotná, protože je ve všeobecné shodě se vznikajícím pravidlem. Přerušování praxe subjektu nebo četnější porušení nemohou vést ke vzniku obyčejové normy. Na druhé straně je dle MSD možné, aby rozsáhlá porušení (případně přerušování chování subjektu) vytvořila praxi novou, která je protipólem praxe předchozí, za předpokladu, že bude dostatečně stálá a jednotná (tj. bude ve všeobecné shodě se vznikajícím pravidlem).

3.1.2 Opakovaná praxe

Obyčejová norma se nemůže zformovat jenom na základě jednoho konkrétního jednání subjektu, tj. jednoho precedentu, nýbrž v důsledku většího počtu takových precedentů.⁷²

Možnou úvahou je výjimka z tohoto pravidla, kterou popisuje Thirlway. Považuje za ni situaci, kdy je takovýto jeden akt státu podpořen početným souhlasem států daným aktem dotčenými. Jako příklad uvádí vyslání prvního satelitu, které nebylo doprovázeno žádnými výhradami ze stran států, kterým byla narušena jejich suverenity.⁷³ Určitě by se dalo polemizovat, jestli obyčejová norma vznikla již tímto okamžikem. Předpokládám, že by se tak nestalo. Normy mezinárodního obyčejového práva jsou založeny na postupném utváření obecně uznávané praxe, která vyžaduje určitou opakovanost. Lze ale předpokládat, že následující praxe států, které proti vysílání satelitů nenamítaly, by mohla vést ke vzniku normy obyčejového práva.

⁷² Srov. MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné: obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*. 5., podstatně upr. a dopl. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2008. Edice učebnic PrF MU. s. 188. ISBN 978-80-210-4474-6.

⁷³ THIRLWAY, H. W. A. *The sources of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Foundations of public international law. p. 64. ISBN 978-0-19-968540-0.

Dle aktuálních názorů platí, že praxe států musí být opakovaná. MSD tento požadavek obsahuje ve svých rozhodnutích v podobě požadování praxe „skutečně jednotné“.⁷⁴

3.1.3 Rozšířená a reprezentativní praxe

Požadavek rozšířené a reprezentativní praxe nevede zrovna k jasným závěrům.⁷⁵ Nemyslí se jím, že by jej musely dodržovat všechny státy.⁷⁶ Nevyžaduje se dokonce ani to, aby mezinárodní obyčej byl přijat státy univerzálně. MSD tento požadavek posuzuje často na základě konkrétních okolností případu.

Nicméně pokud vycházíme ze Zprávy Komise pro MP, lze usoudit, že by participace států měla být rozšířená alespoň „dostatečně“.⁷⁷ Očekává se zapojení těch států, které se příslušné aktivity účastní pravidelně, nebo států, které mají možnost se ke vznikající normě obyčejového práva vyjádřit. Rovněž by danou mezinárodní obyčejovou normu měly respektovat a dodržovat tzv. dotčené státy.⁷⁸ V teorii se můžeme setkat i s pojmem tzv. doktríny dotčených států.

Podstata této doktríny vychází z případu Pevninské mělčiny Severního moře, ve kterém bylo judikováno, že se musí jednat o „*praxi států včetně těch států, jejichž*

⁷⁴ Přeloženo z anglického znění: „*constant and uniform usage*“ and „*virtually uniform*“; srov. *Asylum Case (Colombia v. Peru)*, Judgement of 20 November 1950, ICJ Reports 1950, p. 277; *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports 1969, para. 73.

⁷⁵ ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law, Part 3, Conclusion 8, Commentary. para. (3). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

⁷⁶ MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné: jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*. 5., podstatně upr. a dopl. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2008. Edice učebnic PrF MU. s. 190. ISBN 978-80-210-4474-6.

⁷⁷ ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law, Part 3, Conclusion 8, Commentary. para. (3). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

⁷⁸ THIRLWAY, H. W. A. *The sources of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Foundations of public international law. p. 65. ISBN 978-0-19-968540-0.

*specifické zájmy jsou dotčeny...“.*⁷⁹ Za dotčené státy považoval MSD státy pobřežní, jejichž neaktivita mohla zabránit zformování normy obyčejového práva. Vycházel z presumpce, že zájem států pobřežních bude mít větší váhu než států nepobřežních, které svůj vliv pravděpodobně v takovém rozsahu realizovat nebudou. Těžko si totiž lze představit, že by norma obyčejového práva mohla vzniknout bez aktivní participace těchto států.

Ačkoliv bychom mohli očekávat, že MSD tyto své závěry ohledně doktríny dotčených států potvrdí i v další judikatorní praxi, nestalo se tak. Doktrínu dotčených států zmínil v případě Marshallových ostrovů⁸⁰ a neexplicitně v případě týkajícího se delimitace rybářské zóny mezi Anglií a Islandem.⁸¹ Přestože doktrína dotčených států nebyla v judikatuře MSD tak čteně aplikována, vzbudila rozsáhlé diskuze. Neexistence univerzální definice pojmu dotčený stát přiměla společenství mezinárodní práva veřejného k nutnosti vyřešit dvě základní otázky: (i) co pojem dotčený stát znamená a; (ii) jaké důsledky může mít jednání, resp. neaktivita dotčených států pro krystalizaci obyčejové normy. O obou těchto otázkách se bude podrobněji pojednávat v poslední kapitole diplomové práce.

I přesto, že požadavek rozšířené a reprezentativní praxe nelze jednoznačně definovat, MSD na něj odkazuje v některých svých judikátech. Rozšířená a reprezentativní praxe byla zmíněna například v případě vymezení hranice Mainského zálivu mezi Kanadou a USA. I když toto demonstrování praxe bývá některými autory kritizováno, MSD požadavek rozšířené a reprezentativní praxe využil pro vyvrácení vzniku normy mezinárodního obyčejového práva následovně: „... *mezinárodní obyčejové*

⁷⁹ *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports 1969, para. 74: „...*State practice including that of States whose interests are specially affected...*“; srov. přeloženo v ŠTURMA, P., V. BALAŠ, V. BÍLKOVÁ, et al. *Casebook: výběr případů z mezinárodního práva veřejného*. 3. vydání. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2015. Scripta iuridica. s. 62. ISBN 978-80-87975-33-6.

⁸⁰ *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment of 5 October 2016, ICJ Reports 2016, para. 44.

⁸¹ *Fisheries Jurisdiction case (United Kingdom v. Iceland)*, Judgment of 25 July 1974, ICJ Reports 1974, para 42; MSD uznal, že musí být také zohledněn fakt, že Island může být jako pobřežní stát „speciálně závislý“ („*specially dependent*“) na pobřežním rybolovu.

*právo, které se skládá z omezeného počtu norem, které zajišťují koexistenci a kooperaci členů mezinárodního společenství, společně se skupinou obyčejových norem přítomných v opinio iuris států, může být testováno pomocí indukce založené na analýze dostatečně rozšířené a reprezentativní praxe, a ne na dedukci předjímaných názorů...*⁸²

Lze tedy shrnout, že požadavek rozšířené a reprezentativní praxe nabývá postupně v judikatuře MSD na svém významu a může být jedním z faktorů, ke kterým se bude přihlížet při jejím posuzování. Je zároveň potřeba jej vykládat vždy s ohledem na konkrétní okolnosti případu a s ohledem na reálný vliv států a na jejich faktickou aktivitu.⁸³

3.1.4 Dlouhodobá praxe

Na vznik normy mezinárodního obyčejového práva má spíš vliv jednotnost a opakovanost praxe než její dlouhodobost.⁸⁴

Dnes je již obecně známo, že pro splnění požadavku kvalifikované praxe není vyžadována vždy dlouhá doba. Judikováno to bylo také v případě Pevninské mělčiny Severního moře: „...uplynutí jen krátké doby není nevyhnutelně a samo o sobě překážkou utváření nového pravidla obyčejového mezinárodního práva...“⁸⁵

⁸² *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, Judgment of 12 October 1984, I.C.J. Reports 1984, para. 111: „... customary international law which in fact comprises a limited set of norms ensuring the co-existence and vital co-operation of the members of the international community, together with a set of customary rules whose presence in the opinio iuris of States can be tested by induction based on the analysis of a sufficiently extensive and convincing practice, and not from deduction from preconceived ideas.“

⁸³ MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné: obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*. 5., podstatně upr. a dopl. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2008. Edice učebnic PrF MU. s. 190. ISBN 978-80-210-4474-6.

⁸⁴ THIRLWAY, H. W. A. *The sources of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Foundations of public international law. p. 68. ISBN 978-0-19-968540-0.

⁸⁵ *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports 1969, para. 74: „...the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law...“; srov. přeloženo v ŠTURMA, P., V. BALAŠ, V. BÍLKOVÁ, et al. *Casebook: výběr případů z mezinárodního práva veřejného*. 3. vydání. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2015. Scripta iuridica. s. 62. ISBN 978-80-87975-33-6.

Tento jev postupného upouštění od dlouhodobosti praxe je způsoben rozvojem nových technologií, zejména v kosmickém prostoru, a nutností rychlé reakce v případech vrtů do pevninských mělčin. Vliv na zrychlení požadované praxe mají i multilaterální smlouvy často kodifikující pravidla mezinárodního obyčejového práva nebo taktéž „nově“ vzniklé tribunály.⁸⁶

Lze obecně říci, že je těžké rozlišit ten okamžik, kdy obyčejové pravidlo vznikne. I přesto, že se o to vícere teorie pokoušely, faktem stále zůstává, že stanovit přesný okamžik vzniku mezinárodního obyčeje je obtížné. Nepsaný charakter obyčejových norem způsobuje, že nelze přesně určit, kolik let praxe je potřeba, aby byl naplněn požadavek dlouhodobosti. Proto se pro proces vzniku obyčeje používá spíš pojem krystalizace,⁸⁷ který lépe vystihuje neurčitost tohoto procesu.

3.1.5 Formy obecné praxe

Formy, ze kterých můžeme identifikovat obecnou praxi, představují hodně spornou otázku, diskutovanou nejenom v rozsudcích MSD, ale i novějších zprávách Komise pro MP. Dle Brownlieho a Crawforda lze při posuzování praxe přihlížet k: mezinárodním smlouvám, včetně jejich preambulí, diplomatické korespondenci, tiskovým zprávám příslušného státu, rezolucím VS OSN, praxi mezinárodních orgánů, vyjádřením vlády, názorům právních poradců vlády, příkazům armádě a mezinárodním i vnitrostátním rozhodnutím soudů.⁸⁸

Pořadí těchto výše zmíněných pramenů obecné praxe nemá vliv na jejich hierarchii v posuzování MSD, který je hodnotí volně dle jejich konkrétní přesvědčivosti

⁸⁶ Například Mezinárodní trestní tribunál pro Rwandu, Mezinárodní trestní tribunál pro bývalou Jugoslávii.

⁸⁷ Tento pojem je používán ve zprávách Komise pro MP pro označení procesu vzniku normy obyčejového práva a také v jiných publikacích.

⁸⁸ CRAWFORD, J. a I. BROWNLIE. *Brownlie's principles of public international law*. Eighth edition. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 24. ISBN 978-0-19-965417-8.

v daném případě. Lze obecně dovodit, že rozhodnutí nižších instancí vnitrostátních soudů⁸⁹ bude mít nižší váhu než rozhodnutí instancí vyšších.

V současné době, jak je uvedeno výše, jsou rozhodující formou, ze které můžeme poznat obecnou praxi, judikáty MSD. Nejenom proto, že obsahují vyjádření k tomu, že se v dané oblasti mezinárodní obyčej zformoval, ale zároveň zejména více recentní judikáty podrobněji demonstrují, která praxe přispěla k jeho krystalizaci.⁹⁰

Také lze říci, že preambule mezinárodních smluv mohou mít poměrně významnou roli při určení mezinárodního obyčeje. Zejména z toho důvodu, že mohou obsahovat prohlášení, na jejichž základech označují určitou oblast práva za mezinárodní obyčej.

Obecným nahlížením můžeme dále dospět k závěru, že zdrojem obecné praxe mohou být verbální i omisivní jednání států. Tento postoj následně potvrdila ve Zprávě i Komise pro MP.⁹¹ Zároveň je nasnadě, že z povahy věci je mnohem náročnější prokázat praxi států, která spočívá v omisivním jednání. K této otázce omisivní praxe států se SDMS vyjádřil například v případě Lotus. Norma obyčejového práva měla vzniknout na základě „nevedení“ trestních řízení, jejichž zahájení se státy omisivně zdržely. Judikatorně bylo v tomto případě shledáno, že ke vzniku normy obyčejového práva nedošlo. Na základě tohoto omisivního jednání totiž nebylo možno prokázat, že zdržení států iniciovat trestní řízení vyplývalo z jejich přesvědčení, že mají povinnost tak jednat.⁹² Závěrem lze tak říci, že na to, abychom omisivní jednání mohli považovat za dostatečné

⁸⁹ To, že při určení praxe může být přihlíženo i k vnitrostátním rozhodnutím soudů dokládá zejména případ: *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, Judgement of 3 February 2012, ICJ Reports 2012, para. 72: „The Court next turns to State practice in the form of judgements of national courts regarding State immunity in relation to the acts of armed forces.“

⁹⁰ THIRLWAY, H. W. A. *The sources of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Foundations of public international law. p. 69. ISBN 978-0-19-968540-0.

⁹¹ ILC. *Report. A/73/10*, 2018. Chapter V: Identification of customary international law, Part 3, Conclusion 6. para. (1). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

⁹² *Case Lotus, France v Turkey*, Judgement of 7 September 1927, PCIJ Series A no. 10., p. 28: „...it would merely show that States had often, in practice, abstained from instituting criminal proceedings and not that they recognized themselves as being obliged to do so ...“

pro vznik normy obyčejového práva, musí být doprovázeno dostatečným *opiniem iuris*, které vyváží případné nejasnosti, které mohou plynout z omisivního jednání států.

3.1.6 Praxe z pohledu subjektů

Poměrně nesporným faktem je, že rozhodující roli při vytváření praxe hrají převážně státy. Jelikož pojem stát není v tomto případě dostatečně určitý, otázkou nadále zůstává, které konkrétní orgány státu se mohou na praxi podílet.

Z hlediska posuzování praxe platí, že má být vykládána obecně. Do obecné praxe by se tak měla počítat jak jednání moci výkonné, tak jednání moci zákonodárné a soudní. To, která praxe bude nakonec relevantní, závisí na dalším individuálním posouzení. Lze pouze předpokládat, že jednání moci výkonné, prezidenta nebo ministerstva zahraničních věcí, bude mít při posouzení pravděpodobně větší váhu než jednání jiných ministerstev.

Zároveň je nutno brát zřetel na to, že obecnou praxi nelze omezovat jenom na praxi států. Mezinárodní organizace sehrávají v mezinárodním právu veřejném významnou roli, ačkoliv nelze popřít, že některé aspekty jejich postavení jsou doteď sporné. To, že tvorbu mezinárodního obyčeje ovlivňují nepřímě, je obecně známé. Mezinárodní organizace mohou působit jako fórum, kde státy mohou vyjadřovat své názory a formovat tak obyčejovou praxi.⁹³ Praktickým příkladem mohou být rezoluce, které byly judikovány jako jeden z možných zdrojů obecné praxe.⁹⁴

Otázkou však nadále zůstává, zda mohou mezinárodní organizace do obyčejotvorného procesu vstupovat i přímo, vytvářením vlastní obecné praxe. Zpráva Komise pro MP upozorňuje na některé rozdíly a vymezuje okolnosti, za kterých je praxe

⁹³ DAUGIRDAS, K. *International Organizations and the Creation of Customary International Law*. University of Michigan Public Law Research Paper No. 597, 2018. In: ssrn.com [online]. [cit. 2019-11-19]. p. 1-2. Dostupné z: <https://ssrn.com/abstract=3160229>

⁹⁴ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgement of 27 June 1986, ICJ Reports 1986, para. 188-189.

mezinárodních organizací relevantní.⁹⁵ Přímé působení mezinárodních organizací na vznik mezinárodního obyčeje odůvodňuje následujícím způsobem: Jelikož se jedná o subjekty odlišné od státu, kterým státy jejich právní subjektivitu pouze přiznaly, zmocnily je tím jen k určitému okruhu pravomocí, které jsou příslušné vykonávat. Proto musí být praxe mezinárodních organizací učiněna v oblastech, které jim byly státy svěřeny. Může se jednat o pravomoce, které byly svěřeny výlučně jim, nebo se musí jednat alespoň o pravomoce sdílené, které jsou stejné jako pravomoce států svěřujících.⁹⁶

Zpráva Komise pro MP dokonce uvádí i praktický příklad, za který považuje Evropskou unii. Evropská unie má jak výlučné, tak i sdílené kompetence v některých jí svěřených oblastech.⁹⁷

Právě tyto názory, reflektované v této Zprávě Komise pro MP, se staly výtkami, které státy ve svých komentářích namítaly. USA doslova odmítají tak významnou roli mezinárodních organizací, jaká byla prezentována ve Zprávě Komise pro MP, a neztotožňují se se zněním, které je v ní obsaženo.⁹⁸ Argumentují nedostatečnou oporou v praxi států a nedostatkem judikátů ze strany MSD. Závěry Komise pro MP považují spíše za progresivní rozvoj nebo za doporučení než za závaznou praxi.

Z mezinárodních organizací adresovala toto téma Evropská unie, která se na zasedání VS OSN vyjádřila, že praxe vzniklá na půdě mezinárodní organizace může být vskutku užitečná pro identifikaci obyčejového práva.⁹⁹ Zbylá většina mezinárodních organizací v této oblasti mlčí.

⁹⁵ ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law, Part 3, Commentary. para. (6). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

⁹⁶ Tamtéž, para. (7).

⁹⁷ Tamtéž.

⁹⁸ ILC. *Comments by Governments. USA*, 70th session of the International Law Commission, 2018. Dostupné z: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/70/pdfs/english/ici_l_usa.pdf&lang=E: „*The United States believes that Draft Conclusion 4 (Requirement of practice) is an inaccurate statement of the current state of the law to the extent that it suggests that the practice of entities other than States contributes to the formation of customary international law.*“

⁹⁹ *Summary Record of the 24th Meeting*. UN General Assembly, Sixth Committee, UN Doc. A/C.6/71/SROV.24. para. 20. Dostupné z: <https://undocs.org/A/C.6/71/SR.24>: „...said that practice

Jak lze tedy vidět na současném vývoji v této oblasti, názory na přímou účast mezinárodních organizací na krystalizaci norem obyčejového práva se mezi státy dost liší. Tyto názorové odchylky může způsobovat rozdílný charakter jednotlivých mezinárodních organizací. Pohledy, které popírají možnost tvorby norem obyčejového práva mezinárodními organizacemi, se opírají o následující konstrukci: Státy mezinárodní organizace sice výlučně zmocnily k provádění některých záležitostí, nebo jim udělily sdílené pravomoce, nezmocnily je ale k tomu, aby vytvářely svou praxí obyčejové právo.

Závěrem lze shrnout, že přestože existují názorové odchylky ohledně přímé participace ostatních mezinárodních organizací, myslím, že je nasnadě přiznat možnost participovat v obyčejotvorném procesu Evropské unii,¹⁰⁰ ale pouze v těch oblastech, ve kterých jí státy svěřily rozsáhlé pravomoce výlučného nebo i sdíleného charakteru. Mimo výše uvedené lze argumentovat také tím, že je mezinárodní organizací, která se sama k participaci na procesu vytváření mezinárodního obyčejové přihlásila.

developed within the framework of an international organization could indeed be useful in the identification of customary international law.“

¹⁰⁰ Srov. argument Michaela Wooda: WOOD, M., Special Rapporteur. *Third report on Identification of Customary International Law*. UN Doc. A/CN.4/682. para. 44. Dostupné z: <https://undocs.org/A/CN.4/682>: „If one were not to equate the practice of such international organizations (like EU) with that of States, it would in fact mean that, not only would the organization’s practice not count for the State practice, but its Member States have conferred some of their public powers to the organization.“

3.2 *Opinio iuris*

3.2.1 *Opinio iuris z pohledu MSD*

Opinio iuris, nebo i jinak *opinio iuris sive necessitatis*, tj. právní přesvědčení o závaznosti právní normy, je nezbytným elementem vyžadovaným pro vznik mezinárodního obyčeje. Jeho definice vychází z čl. 38 Statutu: „*praxe uznávaná za právo*“, ¹⁰¹ kde je *opinio iuris* předmětem zkoumání spolu s obecnou praxí. Jak je uvedeno v úvodu této kapitoly, nezbytná přítomnost obou elementů byla judikována v případě Pevninské mělčiny Severního moře. Tento judikát definoval *opinio iuris* následujícím způsobem:

„...*chování (států) musí nejen vytvářet jednotnou praxi, ale musí být takového charakteru, nebo být provedeno takovým způsobem, aby mohlo být důkazem přesvědčení, že taková praxe je považována za závaznou z důvodu existence právního pravidla, které to vyžaduje. Potřeba takového přesvědčení, tj. existence subjektivního prvku, vyplývá již z chápání pojmu opinio iuris sive necessitatis.*“¹⁰²

Na tento případ následně navazovaly další judikáty MSD, které buď *opinio iuris* pouze deklarovaly, nebo jej naopak podrobněji demonstrovaly. Případy, ve kterých MSD *opinio iuris* podrobněji prokazuje, jsou více ojedinělé, avšak nelze popřít, že v současném vývoji *opinio iuris* nabývá v rozsudcích na důležitosti. S podrobnějším prokazováním *opinio iuris* se kromě judikátu Pevninské mělčiny Severního moře setkáme mimo jiné i v případě Některých vojenských a polovojenských činností v Nicaragui a proti ní, nebo také v některých jiných soudobých judikátech.

¹⁰¹ *Statute of the International Court of Justice*. Article 38. Dostupné z: EVANS, M. D. *International law documents*. 8th ed. Oxford [England]: Oxford University Press, c2007. Blackstone's statutes. ISBN 978-0-19-921184-5: „...*a general practice accepted as law*...“; překlad srov. ČEPELKA, Č. a P. ŠTURMA. *Mezinárodní právo veřejné*. V Praze: C.H. Beck, 2008. Beckovy právnické učebnice. s. 92. ISBN 978-80-7179-728-9.

¹⁰² *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports 1969, para. 77; srov. přeloženo v ŠTURMA, P., V. BALAŠ, V. BÍLKOVÁ, et al. *Casebook: výběr případů z mezinárodního práva veřejného*. 3. vydání. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2015. Scripta iuridica. s. 63. ISBN 978-80-87975-33-6.

Obecně na základě výše uvedeného platí, že pokud subjekt splňuje požadavek kvalifikované praxe, je následně také potřeba zvážit, zda byla učiněna s dostatečným *opiniem iuris*.¹⁰³ Jinými slovy to, že obecná praxe je dostatečně kvalifikovaná ještě samo o sobě nestačí, aby byla uznána za normu obyčejového práva. Na to, aby byla takováto praxe relevantní, musí být učiněna s dostatečným právním přesvědčením, že se jedná o vznikající právo nebo povinnost obyčejotvorného charakteru.¹⁰⁴ Státy musí být přesvědčeny, že jednají z důvodu existence obyčejové normy, kterou se cítí být vázány.¹⁰⁵

Současný vývoj reflektovaný ve Zprávě Komise pro MP pojetí právního přesvědčení být vázán rozšiřuje nejenom na vznik *povinnosti* subjektu, která může být založena obyčejem, ale poukazuje také na možnost vzniku *práva* subjektu na základě příslušné obyčejové normy podložené dostatečnou praxí a *opiniem iuris*.¹⁰⁶

Prokázat existenci právního přesvědčení je nicméně náročné, zejména z důvodu, že se jedná o subjektivní posouzení, zda se strana cítí být danou normou vázána. Náročnost tohoto prokazování ilustruje, proč se *opiniu iuris* také říká subjektivní element.¹⁰⁷ Z rozhodovací praxe MSD zároveň vyplývá, že posouzení *opinia iuris* je závislé na posouzení obecné praxe. Stručně řečeno, pokud není praxe, nelze naplnit ani

¹⁰³ THIRLWAY, H. W. A. *The sources of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Foundations of public international law. p. 63. ISBN 978-0-19-968540-0.

¹⁰⁴ ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law, Part 4, Conclusion 9, Commentary. para (2). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

¹⁰⁵ SCHACHTER, O. *New Custom: Power, Opinio Juris and Contrary Practice*. 1996. Dostupné z: MCCORQUODALE, R. a M. DIXON. *Cases and materials on international law*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 32. ISBN 0-19-925999-2; srov. *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports 1969, para. 77: „The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to legal obligation.“

¹⁰⁶ ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law, Part 4, Conclusion 9, Commentary. para (2). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

¹⁰⁷ ILA. *Final Report of the Committee on Formation of Customary (general) International Law*. Part III, p. 32. para 16. Dostupné z: <https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/ILA%20Report%20on%20Formation%20of%20Customary%20International%20Law.pdf>: ILA („International Law Association“) vysvětluje pojem subjektivního posouzení jako souhlas, nebo vůli státu, aby se právo nebo povinnost stalo obyčejovým, a pro ostatní subjekty mezinárodního práva víru v to, že dané právo nebo povinnost obyčejovým skutečně je.

požadavek *opinia iuris*. Je-li praxe málo, záleží na posouzení, jestli reakce států na ni může být označena jako dostatečný důkaz *opinia iuris*.¹⁰⁸ Kromě známých případů jako Lotus¹⁰⁹ nebo Pevninská mělčina Severního moře,¹¹⁰ ve kterých MSD (nebo jeho předchůdce SDMS) shledal, že požadavek *opinia iuris* není naplněn, můžeme nalézt i případy, ve kterých státy sice vykazují dostatečnou praxi, ale přesvědčení o závaznosti absentuje. Samotná praxe, bez právního přesvědčení a zároveň bez možnosti vytvořit závaznou normu, je stranami považována za pouhou zvyklost, a jak již bylo demonstrováno v několika publikacích,¹¹¹ obyčej s ní nelze zaměňovat. Zvyklost představuje zobecnění praxe, která může být prováděna pouze jako akt zdvořilosti.¹¹² Častým příkladem jsou například parkovací privilegia pro diplomatická vozidla, nebo pozdravy na moři, které sice prokazují prvek předpokládané praxe, nelze však dokázat přesvědčení o jejich závaznosti.

Jak píše Komise pro MP, pro splnění požadavku *opinia iuris* není vyžadováno absolutní právní přesvědčení všech států. Postačí, pokud je akceptace dané obyčejové normy dostatečně rozšířená a reprezentativní.¹¹³ Otázkou konkrétního výkladu je rozlišit, kdy se jedná o výjimky v přesvědčení států od situace, kdy jsou rozdíly v právních přesvědčeních tak značné, že se obyčej nezformuje. Například v poradním rozsudku Legality hrozby nebo použití jaderných zbraní byly rozdíly mezi státy tak značné, že MSD nemohl judikovat vznik normy obyčejového práva. Ačkoliv MSD nemohl popřít,

¹⁰⁸ THIRLWAY, H. W. A. *The sources of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Foundations of public international law. p. 74. ISBN 978-0-19-968540-0.

¹⁰⁹ Viz kapitola 3.1.5 této diplomové práce nazvaná „*Formy obecné praxe*“; SDMS neuznal omisivní jednání států v podobě nezahájení trestních řízení jako jejich právní přesvědčení, tj. že jsou povinny tak konat (*Case Lotus, France v Turkey*, Judgement of 7 September 1927, PCIJ Series A no. 10., p. 28).

¹¹⁰ V případě Pevninské mělčiny Severního moře MSD praxi států posoudil jako nedostatečnou, protože nemohla založit dostatečné právní přesvědčení o její závaznosti.

¹¹¹ CRAWFORD, J. a I. BROWNLIE. *Brownlie's principles of public international law*. Eighth edition. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 23. ISBN 978-0-19-965417-8; THIRLWAY, H. W. A. *The sources of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Foundations of public international law. p. 57. ISBN 978-0-19-968540-0.

¹¹² CRAWFORD, J. a I. BROWNLIE. *Brownlie's principles of public international law*. Eighth edition. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 23. ISBN 978-0-19-965417-8.

¹¹³ ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law, Part 4, Conclusion 9, Commentary. para (2). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

že se některé státy zdržely držení jaderných zbraní, tj. vykazovaly tzv. negativní praxi, nemohl opomenout rozdílný přístup druhé skupiny států, které se k tomuto jednání nepřidaly.¹¹⁴ V závěru se z tohoto důvodu MSD sám shledal nezpůsobilým určit, jestli tato praxe mohla založit dostatečné *opinio iuris* států.¹¹⁵

3.2.2 *Vztah opinia iuris a obecné praxe*

Při zkoumání *opinia iuris* nemůžeme opomenout rozsáhlé diskuze, které pramení ze vztahu obecné praxe a *opinia iuris*. Nejvýznamnějším problémem přístupu, který rozlišuje dva konstitutivní prvky obyčeje (*opinio iuris* a obecnou praxi), je vymezení hranice mezi výše zmíněnými prvky.

Jinými slovy, pokud platí, že je praxe spojena s *opiniem iuris* a při jejím posouzení je potřeba zvážit, zda byla učiněna s dostatečným *opiniem iuris*, dostáváme se do logického problému. Jak může být obecná praxe konstitutivním prvkem obyčeje a zároveň důkazem, ze kterého vychází druhý konstitutivní element – *opinio iuris*?¹¹⁶

V pramenech můžeme bohužel nalézt rozdílné odpovědi. První skupina autorů vylučuje verbální akty (například prohlášení) z obecné praxe, čímž jasně odlišuje formy, ze kterých lze poznávat *opinio iuris* od forem, které jsou důkazem obecné praxe.¹¹⁷ Tato skupina autorů, někdy označovaná jako exkluzivní dualisté¹¹⁸ vychází z toho, že pokud

¹¹⁴ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Reports 1996, para 67.

¹¹⁵ Tamtéž: „Under these circumstances the Court does not consider itself able to find that there is such an *opinio iuris*.“

¹¹⁶ BLUTMAN, L. *Conceptual Confusion and Methodological Deficiencies: Some Ways that Theories on Customary International Law Fail*. The European Journal of International Law, Vol. 25, No. 2, 2014. p. 531.

¹¹⁷ Tamtéž.

¹¹⁸ Přeloženo z anglického znění: „the exclusionist dualists“.

rolišujeme dva prvky obyčejce, které jsou od sebe navzájem oddělené, musíme rozlišovat i dvě skupiny důkazů, ze kterých je můžeme poznávat.¹¹⁹

Druhá, větší skupina autorů, označovaná jako inkluzivní dualisté¹²⁰ neakceptuje toto striktní rozdělení mezi dvěma konstitutivními prvky a nepovažuje je za oddělené entity, které mohou existovat nezávisle na sobě.¹²¹ Verbální akty států tak mohou být považovány jak za důkazy obecné praxe, tak i za důkazy *opinia iuris*. K tomuto inkluzivnímu přístupu se přiklání také MSD ve své judikatorní praxi, jak jsem již nastínila v úvodu k *opiniu iuris*. V jeho soudní praxi můžeme bohužel zpozorovat určité odchylky, zejména v rozdílném přístupu k prokazování *opinia iuris*, který byl podnětem pro vznik dalších smíšených teorií.

Moderní teorie mají často za cíl sloučit principy a koncepční konstrukce, za účelem vyrovnaní dichotomie mezinárodního obyčejce. V návaznosti na rozsudek Některých vojenských a polovojenských činností v Nicaragui a proti ní¹²² rozvinul Frederic L. Kirgis teorii *Sliding scale*, která umožňovala vzájemnou zaměnitelnost obou konstitutivních prvků. Ve zkratce je princip této teorie následující: Pokud je praxe velmi konzistentní a frekventovaná, obyčejková norma může vzniknout i bez rozsáhlého dokazování *opinia iuris*. Naopak jasně demonstrované *opinio iuris* klade snížené požadavky pro důkazní břemeno obecné praxe států.¹²³ Tato teorie, obdobně jako i jiné

¹¹⁹ D'AMATO, A. A. *The concept of custom in international law*. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1971. p. 88-90. ISBN 0801406196; KAMMERHOFER, J. *Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems*. The European Journal of International Law, Vol. 15, No. 3, 2004. p. 525-530.

¹²⁰ Přeloženo z anglického znění: „*the inclusionist dualists*“.

¹²¹ BLUTMAN, L. *Conceptual Confusion and Methodological Deficiencies: Some Ways that Theories on Customary International Law Fail*. The European Journal of International Law, Vol. 25, No. 2, 2014. p. 531.

¹²² MSD se spíše soustředil na podrobnější analýzu a determinaci *opinia iuris* států než na samotnou obecnou praxi; srov. *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgement of 27 June 1986, ICJ Reports 1986, para 202.

¹²³ KIRGIS, F.L. *Custom on a Sliding Scale*. The American Journal of International Law, Vol. 81, No. 1, 1987. p. 149.

další teorie z ní vycházející, byly předmětem kritiky z důvodu přílišného směšování obou prvků obyčeje.¹²⁴

Různé další teorie, založené na dichotomii obecné praxe a *opinia iuris*, navrhovaly rozlišovat mezi tradiční formulací mezinárodního obyčeje (vyjádřenou ve čl. 38 Statutu MSD) a moderním obyčejem, který se rozvinul v návaznosti na rozvoj lidských práv po druhé světové válce.¹²⁵ Například článek A. Roberts nám definuje moderní obyčej jako obyčej, který vzniká deduktivním procesem počínajícím veřejnými prohlášeními obyčejových norem.¹²⁶ Na rozdíl od tradičního obyčeje se již nezaměřuje na konkrétní určení jednotlivých jednání obecné praxe, ale na veřejná prohlášení, která jsou spíše důkazem *opinia iuris*. Tento přístup tak upřednostňuje *opinio iuris* před určením obecné praxe. Obdobně i další teorie, mezi které řadíme i teorii „okamžitého“ obyčeje („*instant custom*“), jejímž autorem je Bin Cheng, se snažily určit vznik obyčeje tím, že ho spojovaly spíše s *opiniem iuris* států projeveným prostřednictvím rezolucí VS OSN. Podstatou této úvahy bylo, že státy přijaly rezoluci na VS OSN, a tím vyslovily souhlas být vázány určitými pravidly. Ke vzniku obyčeje tak již nebyly potřebné oba konstitutivní prvky, ale jenom *opinio iuris* vyjádřené v rezolucích.¹²⁷ Tato teorie „okamžitého“ obyčeje se však také neprosadila.

Ačkoliv nemůžeme opomenout výše uvedené rozdílné koncepce a časté spory týkající se charakteru *opinia iuris*, v současném aktuálním vývoji již lze pozorovat shodu

¹²⁴ PETERSEN, N. *Customary Law Without Custom?* The American Journal of International Law, Vol. 23, No. 2, 2008. p. 283-284: „*These approaches are, however, subject to the same critique as those we have dealt with previously. Customary law without custom is difficult to imagine.*“

¹²⁵ BEDERMAN, D. J. *Custom as a Source of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. In: cambridge.org [online]. [cit. 2019-11-18]. p. 144. Dostupné z <https://www.cambridge.org/core/books/custom-as-a-source-of-law/public-international-law/FAF5EE5449F4951CBDD6F10BA84D5D87>

¹²⁶ ROBERTS, A. *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*. American Journal of International Law, Vol. 95, p.757, 2001. p. 758.

¹²⁷ Srov. CHENG, B. *United Nations Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law?* Indian Journal of International Law, Vol. 5, p. 23, 1965; ČEPELKA, Č. a P. ŠTURMA. *Mezinárodní právo veřejné*. V Praze: C.H. Beck, 2008. Beckovy právnické učebnice. s. 104. ISBN 978-80-7179-728-9.

v tom, že v praxi tyto dva konstitutivní prvky nemohou být chápány odděleně.¹²⁸ Určitý návod, jak je vzájemně rozlišovat, nalezneme v práci Komise pro MP, jejíž extenzivní výčet forem *opinia iuris* bude popsán v následující kapitole.

3.2.3 *Formy opinia iuris*

Obdobně jako tato diplomová práce identifikuje formy obecné praxe, považují za nezbytné zmínit formy, ve kterých můžeme spatřit druhý prvek (*opinio iuris*) nezbytný pro vznik obyčeje. I přes nesouhlas teorie exkluzivního dualismu (viz předchozí podkapitola) se lze přiklonit k názorům Komise pro MP a MSD, že některé formy mohou být důkazem obou prvků. Zároveň je k výše uvedenému nutno uvést, že můžeme rozlišit formy, které jsou typičtější pro *opinio iuris* než pro obecnou praxi a které mohou být jeho přesvědčivějším důkazem.

Zpráva Komise pro MP připouští, že těmito formami je obojí – prohlášení subjektů a fyzické jednání států (stejně jako opomenutí států reagovat).¹²⁹ Mezi formy, které jsou přesvědčivějším důkazem *opinia iuris* řadí zejména přímá veřejná prohlášení států, která mohou být učiněna v průběhu veřejných projednání u soudu nebo i v průběhu přijímání mezinárodních dokumentů.¹³⁰ Jedná se o prohlášení států o tom, že jejich vykonaná praxe byla povolena, provedena subjekty k tomu zmocněnými nebo naopak zakázána. Zejména tato jednání a vyjádření státu prokazují vnitřní vztah k přijímané obyčejové normě a poukazují na to, jestli si strana přeje být danou normou vázána.

Mimo výše zmíněná veřejná prohlášení nelze opomenout ani rezoluce VS OSN. MSD rezoluce v poradním rozsudku Legality hrozby a použití jaderných zbraní označil za vhodný příklad, ze kterého je možné *opinio iuris* států určit. Státy jejich

¹²⁸ SENDER, O., WOOD, M. *A Mystery No Longer? Opinio Juris and Other Theoretical Controversities Associated with Customary International Law*. Israel Law Review, Vol. 50, No. 3, 2017. p. 301.

¹²⁹ ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law, Part 4, Conclusion 10, Commentary. para (2). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>: „Such conduct indicative of acceptance as law supporting an alleged rule encompasses... both statements and physical actions (as well as inaction) concerning the practice in question.“

¹³⁰ Tamtéž, para (4).

prostřednictvím explicitně vyjadřují své přesvědčení, o tom, jestli chtějí být normou vázány.¹³¹

Nově, dle Zprávy Komise pro MP může být opomenutí států reagovat také důkazem *opinia iuris* za přesně stanovených podmínek.¹³² Určit *opinio iuris* na základě opomenutí státu reagovat v určitých situacích není jednoduché, zejména z toho důvodu, že *opinio iuris* definujeme jako subjektivní posouzení, zda se strana cítí být danou normou vázána, přesto to není úplně vyloučené. To, že je to možné, potvrzují některé judikáty MSD.¹³³ Tolerance nebo neprotestování vůči vzniku obyčejové normy mohou být dle Zprávy Komise pro MP považovány za formy poznávání *opinia iuris* za předpokladu, že jsou splněny dvě podmínky. Za první podmínku označuje Komise pro MP situaci, kdy je reakce státu vyžadována. Například se může jednat o případy, kdy mohou být zájmy státu ovlivněny negativním způsobem. Jako druhou podmínku stanoví, že stát musí být v tzv. pozici reagovat – musí si být vědom nutnosti reagovat (tj. musí si být vědom existence této zaužívané praxe, musí být způsobilý konat a zároveň tak musí učinit v určitý časový okamžik).¹³⁴ Zdůrazňuji, že Komise pro MP používá pojem opomenutí států reagovat,¹³⁵ což musíme odlišovat od nečinnosti, čímž je předcházeno situaci, kdy by státy do *opinia iuris* mohly zahrnout jakoukoliv negativní praxi.¹³⁶ Je potřeba si uvědomit, že

¹³¹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Reports 1996, para 70: „The Court notes that General Assembly resolutions, even if they are not binding, may sometimes have normative value. They can in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of rule or the emergence of an *opinio iuris*.“

¹³² ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law, Part 4, Conclusion 10, Commentary. para (8). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

¹³³ CHARLESWORTH, H.C.M. *Customary International Law and the Nicaragua Case*. Australian Year Book of International Law, No. 11, 1984-1987. p. 23: „The Nicaragua Court also extends traditionally accepted sources of *opinio iuris* in taking a single example of abstention as constituting the subjective element of custom.“; srov. *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgement of 27 June 1986, ICJ Reports 1986, para 202; *Fisheries case (United Kingdom v. Norway)*, Judgement of 18 December 1951, I.C.J. Reports 1951, p. 131.

¹³⁴ ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law, Part 4, Conclusion 10, Commentary. para (8). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

¹³⁵ Srov. tamtéž; přeloženo z anglického znění: „*the failure to react*“.

¹³⁶ MURPHY, S. D. *The Identification of Customary International Law and Other Topics: The Sixty-Seventh Session of the International Law Commission* (2015). Forthcoming in the American Journal of International Law; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2015-38; GWU Legal Studies

kumulativní splnění dvou výše uvedených podmínek je zásadní, jinak lze očekávat, že MSD nebude schopen shledat dostatečné *opinio iuris* pro vznik normy obyčejového práva.

Dále mohou být vyjádřeními *opinia iuris* i partikulární mezinárodní smlouvy a rozhodnutí národních soudů, které mohou být přesvědčivými důkazy obou konstitutivních prvků.

Všechny výše uvedené formy mohou být tak dobrým důkazem, na jejichž základě můžeme přesněji určit přesvědčení států o tom, že se cítí být daným vznikajícím pravidlem vázány. Domnívám se, že právě tyto zdroje *opinia iuris* nám pomáhají do jeho pochopení vnést více světla. Přikláním se k názoru Michaela Wooda, že obyčej již nemusí nutně být tak neuchopitelný element,¹³⁷ jak by se nám na základě předchozích kritik mohlo jevit.

Research Paper No. 2015-38, 2015. In: *ssrn.com* [online]. [cit. 2019-11-18]. p. 6. Dostupné z: <https://ssrn.com/abstract=2663710>

¹³⁷ SENDER, O., WOOD, M. *A Mystery No Longer? Opinio Juris and Other Theoretical Controversities Associated with Customary International Law*. *Israel Law Review*, Vol. 50, No. 3, 2017. p. 302.

4. Inštitút trvalého odpúrcu

Vycházíme-li z předpokladu, že norma obyčejového práva by měla být závazná obecně pro všechny státy mezinárodního společenství, inštitút trvalého odpúrcu, neboli *persistent objector*, představuje výjimku z tohoto tvrzení.¹³⁸ Stát, který se v průběhu procesu vzniku obyčejové normy vyhradil proti jejímu vzniku a nadále proti ní vystupuje i po její krystalizaci, jí není vázán.¹³⁹

Tato výše uvedená „definice“ inštitutu trvalého odpúrcu je významným průlomem do procesu vzniku mezinárodního obyčeju, který umožňuje některým státům sjednat si výjimku. Podrobnější analýza tohoto inštitutu začíná aktuálně nabírat na větší důležitosti zejména s ohledem na současný pohled Komise pro MP, Mezinárodní právní asociace („ILA“) a judikatury domácích soudů, přičemž jejím výsledkem je závěr, že tento inštitút je podporován obecně,¹⁴⁰ s výjimkou pouze nepatrné opozice.

„Inštitút trvalého odpúrcu není používán ani uznáván nepravdělně, jeho využití najdeme v mezinárodním i v domácím právu.“¹⁴¹

Odpúrci jeho zavedení se ale nemohou ubránit kritice, spočívající v tom, že samotný MSD uznal tento inštitút v oblasti obecného mezinárodního práva pouze v Rybolovném případě.

¹³⁸ *Srov. North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports 1969, para. 63: „...by their very nature, must have equal force for all members of the international community, and cannot therefore be subject of any right of unilateral exclusion exercisable at will by any one of them in its own favour...“

¹³⁹ DUMBERRY, P. *Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector*, 59 Int'l & Comp. L.Q., Vol. 779, 2010. p. 779; CRAWFORD, J. a I. BROWNLIE. *Brownlie's principles of public international law*. Eighth edition. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 28. ISBN 978-0-19-965417-8.

¹⁴⁰ SENDER, O., WOOD, M. *A Mystery No Longer? Opinio Juris and Other Theoretical Controversies Associated with Customary International Law*. Israel Law Review, Vol. 50, No. 3, 2017. p. 308.

¹⁴¹ ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law, Part 6, Conclusion 15, Commentary. para (4). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>: „...the persistent objector rule is widely accepted by States and writers as well as by scientific bodies engaged in international law...“

V tomto případě si Norsko dekretem z roku 1935 aplikovalo vlastní detailnější způsob delimitace rybářské zóny. Platnost nového vymezení byla napadena Velkou Británií, která argumentovala „tzv. pravidlem desetimílové linie,“ jež považovala za součást obyčejového práva aplikovatelného i pro Norsko. MSD pravidlu desetimílové linie nepřiznal autoritu obecného obyčejového práva, nebránil se ale existenci institutu trvalého odpůrce. Soud zkonstatoval, že „v každém případě by pravidlo 10 mil nebylo aplikovatelné ve vztahu k Norsku, které vždy bojovalo proti jeho aplikaci na norském pobřeží.“¹⁴²

Na tento rozsudek následně navázalo další rozhodnutí, také v otázce týkající se delimitace rybářské zóny mezi Anglií a Islandem, přičemž institut trvalého odpůrce byl výslovně zmíněn pouze v disentních stanoviscích dvou soudců.¹⁴³

Další rozsudek MSD, který se k institutu trvalého odpůrce vyjadřuje, byl vydán už jen v oblasti partikulárního mezinárodního obyčejového práva. Jedná se o rozsudek Diplomatického azylu, ve kterém se MSD vyjádřil, že regionální obyčej by mimo jiné stejně nebylo možné vztáhnout na Peru, které nepřijetím Montevidejských úmluv odmítalo jeho aplikaci.¹⁴⁴

Nelze tedy popřít, že praxe MSD není v této oblasti tak rozšířená, jak by bylo ideální, což je zdrojem nejistoty a výkladových problémů vztahujících se k tomuto institutu. I přesto můžeme najít podporu existence tohoto institutu v dalších disentních stanoviscích a judikatuře domácích soudů. Jak se vyjadřuje Michael Wood „ve

¹⁴² *Fisheries case (United Kingdom v. Norway)*, Judgement of 18 December 1951, I.C.J. Reports 1951, p.138; srov. přeloženo v ŠTURMA, P., V. BALAŠ, V. BÍLKOVÁ, et al. *Casebook: výběr případů z mezinárodního práva veřejného*. 3. vydání. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2015. Scripta iuridica. s. 39. ISBN 978-80-87975-33-6.

¹⁴³ Srov. *Fisheries Jurisdiction case (United Kingdom v. Iceland)*, Judgment of 25 July 1974, ICJ Reports 1974, disentní stanoviska soudců: Waldock a De Castro.

¹⁴⁴ *Asylum Case (Colombia v. Peru)*, Judgement of 20 November 1950, ICJ Reports 1950, p. 276: „*The Montevideo Convention has not been ratified by Peru, and cannot be invoked against that State.*“

skutečnosti soudní řízení zahrnují velký počet případů, ve kterých státy spoléhaly na existenci tohoto institutu (soudy a tribunály uznaly jeho existenci).“¹⁴⁵

Někteří autoři ještě nachází podporu mimo soudní rozhodnutí, například ve Studii Mezinárodního výboru Červeného kříže z roku 2005, která označila Velkou Británii, Francii a USA za trvalé odpůrce normy obyčejového práva, která zakazovala použití takových metod a způsobů vedení války (konkrétněji použití jaderných zbraní), jež by mohly způsobit rozsáhlou, dlouhotrvající a značnou škodu na životním prostředí.¹⁴⁶ Důvodem, proč na tuto studii odkazují, je, že vůbec neřeší otázku existence institutu trvalého odpůrce obyčejové normy, ale bere ji za samozřejmost.

4.1 Požadavky pro uplatnění institutu trvalého odpůrce

Institut trvalého odpůrce vůči vznikající normě obyčejového práva je potřeba chápat jako výhradu,¹⁴⁷ kterou stát musí učinit ještě předtím, než dané obyčejové právo vznikne.¹⁴⁸

Tento okamžik reakce státu je zásadní, protože stát tak musí učinit hned, jakmile je to možné, a to ještě před vznikem normy obyčejového práva. Načasování vyžaduje aktivní jednání státu. I přesto, že tak stát učiní bez zbytečného odkladu před vznikem normy obyčejového práva, nadále jej to absolutně nevylučuje z vázanosti danou obyčejovou normou. Stát musí svůj postoj vůči vzniklé normě obyčejového práva prezentovat i poté, co mezinárodní obyčej vznikne.

¹⁴⁵ WOOD, M., Special Rapporteur. *Third report on Identification of Customary International Law*. UN Doc. A/CN.4/682. para. 87. Dostupné z: <https://undocs.org/A/CN.4/682>: „...judicial proceedings, in particular, furnish a number of instances where States have sought to rely on the rule (and courts and tribunals acknowledged its existence).“

¹⁴⁶ DUMBERRY, P. *Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector*, 59 Int'l & Comp. L.Q., Vol. 779, 2010. p. 793.

¹⁴⁷ ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law, Part 6, Conclusion 15, Commentary. para (1). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

¹⁴⁸ THIRLWAY, H. W. A. *The sources of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Foundations of public international law. p. 88. ISBN 978-0-19-968540-0.

Ideálně by tak bylo možné po státu očekávat, že se vyhradí vůči normě mezinárodního obyčeje jak v okamžiku jejího vzniku, tak i vždy za každé situace, kdy by později mohlo dojít k její aplikovatelnosti. Samozřejmě nelze po státu očekávat jednání při každé jednotlivé příležitosti. Tato podmínka by byla pro státy nesplnitelná. Lze však vyžadovat univerzalitu, tj. jednání bez jakýchkoli odchylek.¹⁴⁹ V tomto případě se přikláním k názoru, že univerzalita bude muset vždy být podrobena individuálnímu posouzení.

Kromě výše zmíněných podmínek načasování musí být výhrada státu jasná, nerozporuplná a vyslovena v mezinárodních intencích, aby mohla být jednoznačně prezentována před ostatními státy mezinárodního společenství, které se naopak danou normou cítí být vázány.¹⁵⁰

4.2 Institut trvalého odpůrce v praxi

Ačkoliv teorie vymezuje určité podmínky, na jejichž základě by měl být institut trvalého odpůrce užíván, jedním z jeho sporných problémů, který stojí za zmínku, je jeho aplikace na nově vznikající státy. Jelikož výhrada vůči normě obyčejového práva může být učiněna pouze před jejím vznikem, jak se vůči ní mohou bránit státy, které vznikly až po její krystalizaci?¹⁵¹

Odpověď na tuto otázku nemůžeme nalézt v žádném z případů, které by MSD přímo ve vztahu k této otázce řešil. Lze ale očekávat, že podobně jako v případě Hraničního sporu,¹⁵² soud podpoří automatickou aplikaci obyčeje na nově vzniklé státy. Kdybychom totiž připustili možnost vyhradit se proti vznikající normě obyčejového

¹⁴⁹ ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law, Part 6, Conclusion 15, Commentary. para (5). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

¹⁵⁰ Tamtéž.

¹⁵¹ DUMBERRY, P. *Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector*, 59 Int'l & Comp. L.Q., Vol. 779, 2010. p. 797.

¹⁵² *Case Concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso v. Mali)*, Judgment of 22 December 1986, ICJ Reports 1986. V tomto případě MSD rozhodl, že princip *uti possidendis*, který byl označen za obyčejové právo, se uplatní i na nově vznikající státy.

práva institutem trvalého odpůrce nově vzniklým státům poté co již norma mezinárodního obyčeje vznikla, nedodržel bychom podmínky, které jsou vyžadovány pro uplatnění této výhrady. Zpravidla by se státy měly správně vůči normě vyhradit již před jejím vznikem.

Nicméně ve starších publikacích¹⁵³ se můžeme setkat s pojmem následný odpůrce,¹⁵⁴ který tuto možnost vyhradit se proti obyčejové normě po jejím vzniku připouští. Současný pohled Komise pro MP to ale výslovně odmítá.¹⁵⁵ Povolení institutu následného odpůrce by mohlo, mimo výše zmíněné, vést k nerovnováze v mezinárodním právu veřejném. Nerovnováha by mohla být způsobena tím, že by se větší skupina států po vzniku normy vyhradila, čímž by mohlo dojít k úplné změně obyčejové normy. Z tohoto důvodu se lze přiklonit k závěru, že aplikovat institut trvalého odpůrce po vzniku normy mezinárodního obyčeje není aktuálně preferovaným řešením. Předpokládá se, že v případě vzniklého sporu přímo se týkajícího této otázky, MSD zvolí řešení, které bude směřovat v neprospěch pozdního uplatnění institutu trvalého odpůrce.

Každopádně existenci institutu trvalého odpůrce v praxi států nelze popřít. Pravděpodobně bude čím dále tím více využíván.¹⁵⁶ Dokonce v některých případech může být institut trvalého odpůrce využíván v takovém rozsahu, že může zablokovat i přijetí normy obyčejového práva. Například v poradním rozsudku Legality hrozby nebo použití jaderných zbraní byla opozice států tak značná, že blokovala vznik normy obyčejového práva. Státům, které se proti normě obyčejového práva vyhradily, nemohl být přiznán status trvalého odpůrce z důvodu rozsáhlé opozice, která zabránila vzniku mezinárodního obyčeje. Institut trvalého odpůrce tak může přinejmenším v moderní praxi

¹⁵³ CRAWFORD, J. a I. BROWNLIE. *Brownlie's principles of public international law*. Eighth edition. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 29. ISBN 978-0-19-965417-8.

¹⁵⁴ V anglickém znění: „*the subsequent objector*“.

¹⁵⁵ ILC. *Report. A/73/10*, 2018. Chapter V: Identification of customary international law, Part 6, Conclusion 15, Commentary. para (5). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>: „*there is no such thing as subsequent rule: once the rule has come into being an objection will not avail a State wishing to exempt itself.*“

¹⁵⁶ Srov. SENDER, O., WOOD, M. *A Mystery No Longer? Opinio Juris and Other Theoretical Controversies Associated with Customary International Law*. *Israel Law Review*, Vol. 50, No. 3, 2017. p. 307-308.

států posloužit jako vhodný prostředek pro vyjednávání při krystalizaci obyčejové normy.¹⁵⁷

¹⁵⁷ CHARNEY, J. *The Persistent Objector Rule and Development of Customary International Law*. Dostupné z: MCCORQUODALE, R. a M. DIXON. *Cases and materials on international law*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 36. ISBN 0-19-925999-2.

5. Partikulární obyčej

Tato diplomová práce dosud pojednávala o obecném obyčejovém právu, obyčejové právo však může existovat i v partikulární podobě. Tento partikulární obyčej může být literaturou označen i jako obyčej „regionální“ nebo „speciální“.¹⁵⁸

Jedná se o situaci, kdy obyčej vzniká i přesto, že praxe a *opinio iuris* jsou omezené na určitou identifikovatelnou skupinu států, nebo jinou skupinu propojenou nějakým jiným společným zájmem. Předpoklady jsou jeho aplikovatelnost pouze mezi příslušnou skupinou států a současná nevymahatelnost vůči státům jiným.¹⁵⁹

Pojem speciální se užívá zejména v souvislosti s jeho charakterem normy *lex specialis* oproti normě obyčejné obecné. Nejdříve by se měla uplatnit speciální úprava v podobě obyčejné partikulárního a až následně by se měly státy odvolávat na úpravu obsaženou v obecném mezinárodním právu. Tento postup byl potvrzen MSD v případě Právo průchodu přes indické území mezi Portugalskem a Indií.¹⁶⁰

Existence tohoto institutu na rozdíl od institutu trvalého odporce není předmětem sporu. MSD jej judikoval ve své praxi již mnohokrát. Detailním popisem se zabýval zejména v případech partikulárního obyčejné v Latinské Americe, konkrétně v případě Diplomatického azylu a případů Haya de la Torre, kde MSD vymezil základní podmínky, na základě kterých může být stát vázán mezinárodním obyčejem. Kromě toho, že v případě Diplomatického azylu můžeme, jak bylo uvedeno v předchozí kapitole, označit

¹⁵⁸ ILC. *Report. A/73/10*, 2018. Chapter V: Identification of customary international law, Part 7. Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>; MURPHY, S. D. *The Identification of Customary International Law and Other Topics: The Sixty-Seventh Session of the International Law Commission* (2015). Forthcoming in the American Journal of International Law; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2015-38; GWU Legal Studies Research Paper No. 2015-38, 2015. In: ssrn.com [online]. [cit. 2019-11-18]. p. 11. Dostupné z: <https://ssrn.com/abstract=2663710>

¹⁵⁹ Srov. ILC. *Report. A/73/10*, 2018. Chapter V: Identification of customary international law, Part 7. Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

¹⁶⁰ *Case Concerning Right of Passage over Indian Territory*, Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960, p. 43: „...the Court does not consider it necessary to examine whether general international custom or the general principles of law recognized by civilized nations may lead to the same result...“

Peru za trvalého odpůrce, lze na tuto situaci nahlížet i z toho pohledu, že mezi státy Latinské Ameriky (s výjimkou Peru) se zformoval regionální obyčej.¹⁶¹

V tomto rozsudku, MSD prohlásil následující: „*Strana sporu, která se opírá o takovýto obyčej, musí prokázat, že se daný obyčej stal v průběhu vytváření závazným i pro druhou stranu. Kolumbijská vláda musí prokázat, že pravidlo, na které se odvolává, je v souladu se stálou a jednotnou praxí (constant and uniform usage), která je dotčenými státy uplatňována, a že tato praxe je jak vyjádřením práva příslušejícího/náležícího státu, který azyl udělil, tak i povinností spočívající na teritoriálním státu.*“¹⁶²

Ve výše uvedené citaci MSD jasně vymezil, že norma partikulárního práva vyžaduje stejný přístup jako norma obecného práva, tedy splnění dvou konstitutivních prvků – obecné praxe a *opinia iuris*. Zpráva Komise pro MP tento přístup podporuje a v otázkách podrobnější specifikace obecné praxe a *opinia iuris* odkazuje na identifikaci a vznik obecné obyčejové normy.¹⁶³ Samozřejmě s výhradou aplikovatelnosti jenom mezi stranami, mezi kterými daná otázka vzniku obyčeje vyvstala.

5.1 Partikulární obyčej z hlediska počtu subjektů

Zajímavým aspektem partikulárního obyčeje, který řeší současný vývoj mezinárodního práva veřejného, je širší okruh subjektů vázaných danou normou.¹⁶⁴ Je již obecně známo, že vzniku partikulárního obyčeje nebrání malý počet států, který je

¹⁶¹ THIRLWAY, H. W. A. *The sources of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Foundations of public international law. p. 88. ISBN 978-0-19-968540-0.

¹⁶² *Asylum Case (Colombia v. Peru)*, Judgement of 20 November 1950, ICJ Reports 1950, p. 276; srov. překlad: ŠTURMA, P., V. BALAŠ, V. BÍLKOVÁ, et al. *Casebook: výběr případů z mezinárodního práva veřejného*. 3. vydání. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2015. Scripta iuridica. s. 38. ISBN 978-80-87975-33-6.

¹⁶³ ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law, Part 7, Commentary. para (6), (7). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

¹⁶⁴ MURPHY, S. D. *The Identification of Customary International Law and Other Topics: The Sixty-Seventh Session of the International Law Commission* (2015). Forthcoming in the American Journal of International Law; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2015-38; GWU Legal Studies Research Paper No. 2015-38, 2015. In: ssrn.com [online]. [cit. 2019-11-18]. p. 11. Dostupné z: <https://ssrn.com/abstract=2663710>

judikatorně omezen pouze na státy dva. V rozsudku Právo průchodu přes indické území najdeme jasné potvrzení tohoto výše uvedeného přístupu. „*Soud neshledává žádný důvod, proč by dlouhodobá praxe mezi dvěma státy, jimi uznávaná jako upravující jejich vztahy, nemohla tvořit základ vzájemných práv a povinností mezi těmito dvěma státy.*“¹⁶⁵

MSD se nicméně ve své předchozí judikatuře prozatím vypořádal jenom s partikulárním obyčejem, který vznikl v určité geograficky ohraničené oblasti. Příkladem byly státy Latinské Ameriky, nebo jiné sousedící státy, které řešily spor vzniklý mezi nimi. Současný vývoj v oblasti partikulárního obyčeje, reagující zejména na postupnou globalizaci, si ale pokládá otázku, zda může partikulární obyčej vzniknout i mezi státy, které nejsou spojeny geograficky, a to například mezi státy nacházejícími se na různých kontinentech.¹⁶⁶

Tato otázka vznikla v souvislosti s případem, který byl předložen MSD ve věci Sporu zahrnujícího právo navigace a jiných s ním souvisejících práv. V tomto sporu mezi Kostarikou a Nikaraguou měl MSD rozhodnout o právu navigace na řece San Juan, přičemž Kostarika navrhla, aby se toto právo navigace řídilo dle pravidel obyčejového práva vztahujícího se na režim mezinárodních řek. Kostarika ve své argumentaci vycházela ze smluvních ustanovení, které dle jejího názoru nebyly dostatečné, a tak nemohly být aplikovány na otázky navigace. Navrhovala, aby byl režim řeky upraven dle pravidel partikulárního obyčejového práva s aplikovatelností pouze mezi poříčními státy. Tento režim by nebyl ohraničen geograficky, tedy přesto, že by se vždy vztahoval na určitou lokalitu kolem dané řeky, platil by zároveň pro různé mezinárodní řeky na světě.¹⁶⁷

¹⁶⁵ *Case Concerning Right of Passage over Indian Territory*, Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960, p. 39; srov. překlad: ŠTURMA, P., V. BALAŠ, V. BÍLKOVÁ, et al. *Casebook: výběr případů z mezinárodního práva veřejného*. 3. vydání. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2015. Scripta iuridica. s. 53. ISBN 978-80-87975-33-6.

¹⁶⁶ MURPHY, S. D. *The Identification of Customary International Law and Other Topics: The Sixty-Seventh Session of the International Law Commission* (2015). Forthcoming in the American Journal of International Law; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2015-38; GWU Legal Studies Research Paper No. 2015-38, 2015. In: ssrn.com [online]. [cit. 2019-11-18]. p. 11. Dostupné z: <https://ssrn.com/abstract=2663710>

¹⁶⁷ *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgement of 13 July 2009, ICJ Reports 2009, para. 32.

Bohužel MSD na tuto argumentaci neposkytl odpověď, poněvadž se sám vyjádřil, že příslušné ustanovení smlouvy jsou na tento případ plně aplikovatelné a není třeba se zabývat potenciální otázkou vzniku obyčejového práva.¹⁶⁸

Právě nejasnost tohoto rozhodnutí vzbudila diskuze v nauce mezinárodního práva veřejného. Někteří autoři upozorňovali na možnost uplatnění extenzivního výkladu v případě akceptace možnosti vytvoření geograficky neohrazeného partikulárního obyčeje. Například Murphy popisuje praktický příklad tohoto extenzivního výkladu na sto státech následovně: devadesát tři ze sta států, tj. první skupina, vykazuje určitou praxi s dostatečným *opiniem iuris*, zatímco druhá skupina zbylých sedmi států činí přesně obrácenou praxi, avšak také s dostatečným *opiniem iuris*.¹⁶⁹ Je pravděpodobné, že by z důvodu nejednotnosti praxe obecná obyčejová norma nevznikla. Otázkou ale dle Murphyho zůstává, jestli by uvedená situace bránila vzniku dvou protichůdných partikulárních obyčejových norem, aplikovatelných vždy v rámci jedné ze dvou skupin států.

V současnosti Komise pro MP tento výklad popírá. I přesto, že by obě skupiny států prošly testem stanoveným v Diplomatickém azylu, tj. splnily by požadavek dostatečné praxe a *opinia iuris*, partikulární obyčej by nadále vzniknout nemohl. Jak se vyjadřuje Komise pro MP, *opinio iuris* musí být při vzniku partikulární normy obyčejového práva pokaždé projeveno tak, že zavazuje jenom státy touto normou dotčené.¹⁷⁰ Jinými slovy, *opinio iuris* by mělo směřovat pouze ke vzniku partikulární obyčejové normy, a ne obecné normy obyčejového práva. Subsidiární argumentace partikulárním obyčejem tak není možná.

¹⁶⁸ Tamtéž.

¹⁶⁹ MURPHY, S. D. *The Identification of Customary International Law and Other Topics: The Sixty-Seventh Session of the International Law Commission* (2015). Forthcoming in the American Journal of International Law; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2015-38; GWU Legal Studies Research Paper No. 2015-38, 2015. In: ssrn.com [online]. [cit. 2019-11-18]. p. 12. Dostupné z: <https://ssrn.com/abstract=2663710>

¹⁷⁰ ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law, Part 7, Commentary. para (7). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

Literatura¹⁷¹ a Komise pro MP se obecně nebrání vzniku mezinárodního obyčeje neohraňovaného geograficky. Podmínkou jeho existence musí být nějaký společný zájem nebo činnost spočívající na jiném základě než geografická pozice. Může se jednat o společný zájem nebo činnost, které vznikly na podkladě mezinárodní smlouvy.¹⁷² Domnívám se, že i proto je vhodnější používat spíše slovní spojení partikulární obyčej než pojem regionální obyčej, který může být z výše uvedených důvodů překonán.

Současný vývoj nám tak umožňuje vytvořit partikulární obyčej i na jiném než lokálním, resp. geografickém základě. Je nutno pamatovat na výše uvedené podmínky, zmíněné v předchozích odstavcích této kapitoly, aby se zabránilo případným rozporům nebo nejasnostem.

¹⁷¹ Srov. THIRLWAY, H. W. A. *The sources of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Foundations of public international law. p. 90. ISBN 978-0-19-968540-0.

¹⁷² ILC. *Report. A/73/10*, 2018. Chapter V: Identification of customary international law, Part 7, Commentary. para (5). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>: „*although particular customary law is mostly regional, subregional or local, there is no reason in principle why a rule of customary law could not also develop among States linked by common cause, interest or activity other than their geographical position, or constituting a community of interest, whether established by treaty or otherwise.*“

6. Vztah mezinárodní smlouvy a mezinárodního obyčeje

Prameny mezinárodního práva veřejného mohou mezi sebou vzájemně působit. Není překvapivé, upravují-li shodný předmět kodifikace. Tato kapitola se bude zabývat poměrem mezinárodní smlouvy a obyčeje, jelikož se z hlediska typologie a nauky považují za základní prameny práva.¹⁷³ Zároveň pojedná o kodifikaci norem obyčejového práva v mezinárodních smlouvách, která je častým důsledkem jejich vzájemného působení. Jak naznačuje i nadpis, vztah ostatních pramenů a mezinárodního obyčeje není předmětem této kapitoly, a to z důvodu omezeného rozsahu.

Obecněji řečeno základní rozdíl mezi multilaterálními smlouvami a mezinárodním obyčejem můžeme shledat v tom, že mezinárodní smlouva, na rozdíl od obyčeje, zavazuje pouze ty strany, které ji kontrasygnovaly.¹⁷⁴ Tato výše uvedená presumpce je ale zjednodušeným návodem a nelze opomenout, že vztah těchto dvou pramenů může mít různou podobu, ve kterém hierarchie mezi prameny nesehrává žádnou významnou roli.¹⁷⁵

Častým jevem je vznik souběžné úpravy. Mezinárodní obyčejové právo a smluvní pravidlo mohou existovat souběžně vedle sebe nebo se i vzájemně doplňovat. V rámci vzájemného působení mezinárodní smlouvy a obyčeje můžeme z hlediska praxe zpozorovat tři hlavní možnosti jejich koexistence.¹⁷⁶

¹⁷³ ČEPELKA, Č. a P. ŠTURMA. *Mezinárodní právo veřejné*. V Praze: C.H. Beck, 2008. Beckovy právnické učebnice. s. 98. ISBN 978-80-7179-728-9.

¹⁷⁴ MCCORQUODALE, R. a M. DIXON. *Cases and materials on international law*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 37. ISBN 0-19-925999-2.

¹⁷⁵ Viz kapitola 2. této diplomové práce nazvaná „*Mezinárodní obyčej v Statutu MSD*“.

¹⁷⁶ Ačkoliv můžeme v přístupu různých autorů zpozorovat i jiné formy současného vzájemného působení těchto dvou pramenů, tento přístup reflektuje vývoj publikovaný již v několika předchozích zprávách Komise pro MP. Byl zároveň použit i v některých navazujících moderních publikacích, které ho převzaly. Z výše uvedených důvodů jej také aplikuji ve své diplomové práci, přestože zároveň nevyklučuji rozlišování i jiných způsobů možné koexistence mezinárodní smlouvy a obyčeje.

Prvním případem je situace, kdy mezinárodní smlouva může kodifikovat mezinárodní obyčejové právo, kterým se strany cítí být vázány.¹⁷⁷ Jedná se o normu obyčejového práva, která se již zformovala. Mezinárodní smlouva plní kodifikační účel, a dává tím tomuto vzniklému pravidlu obyčejového práva písemnou formu. Zároveň je častým jevem, že taková mezinárodní smlouva částečně obyčejovou normu „inovuje“, čímž také upraví oblasti, které nebyly doteď součástí zformované normy obyčejového práva nebo jejichž status nebyl zřejmý.¹⁷⁸

Ve druhém případě může mezinárodní smlouva participovat na krystalizačním procesu vzniku normy mezinárodního obyčeje, která se ještě nezformovala nebo nelze jednoznačně dovodit, že by již byla jako obyčejové pravidlo obecně přijímána. Mezinárodní smlouva se tak stává jedním z důkazů praxe, která může reflektovat zformování mezinárodního obyčeje.¹⁷⁹

Posledním třetím případem je jev, kdy krystalizační proces normy obyčejového práva začne probíhat až poté, co byla mezinárodní smlouva přijata. Přijetí mezinárodní smlouvy může být dostatečným podnětem pro vznik rozšířenější praxe států a může tak přispět ke zformování normy obyčejového práva.¹⁸⁰

6.1 Kodifikace obyčejového práva mezinárodními smlouvami

Jak již bylo zmíněno v úvodu této kapitoly, mezinárodní smlouvy, které deklarují normu mezinárodního obyčejového práva, která se zformovala před tím, než mezinárodní

¹⁷⁷ ČEPELKA, Č. a P. ŠTURMA. *Mezinárodní právo veřejné*. V Praze: C.H. Beck, 2008. Beckovy právnické učebnice. s. 109. ISBN 978-80-7179-728-9.

¹⁷⁸ Srov. THIRLWAY, H. W. A. *The sources of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Foundations of public international law. p. 129. ISBN 978-0-19-968540-0: „... or, more frequently, such a convention may be intended partially to innovate, to declare rules that are not yet part of customary law (or whose status in that respect is uncertain...)“

¹⁷⁹ BAXTER, R. R. *Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law*. British Yearbook of International Law, Vol. 41, p.275-300, p. 298.

¹⁸⁰ THIRLWAY, H. W. A. *The sources of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Foundations of public international law. p. 130. ISBN 978-0-19-968540-0.

smlouva byla přijata, mají kodifikační účinek. V literatuře se často setkáváme s pojmem deklaratorní smlouvy.¹⁸¹ Deklaratorní v tomto smyslu znamená, že strany, které uzavírají mezinárodní smlouvu, potvrzují, že alespoň mezi nimi norma, která je předmětem úpravy, reflektuje již existující obyčejové právo.¹⁸²

Mezinárodní smlouva obvykle sama deklaruje svůj kodifikační účinek, přičemž tak může činit různými způsoby. Jedním ze způsobů je deklarování jejího kodifikačního účinku přímo v preambuli smlouvy.¹⁸³ Ačkoliv bychom mohli předpokládat, že se jedná o častý jev, bohužel tomu tak není.¹⁸⁴ Takovouto úpravu můžeme nalézt například v preambuli Úmluvy o volném moři.¹⁸⁵

Nestanoví-li mezinárodní smlouva kodifikační účinek přímo ve své preambuli, lze jej také dovodit z finálního aktu konference, na které byla přijata nebo z přípravných prací komisi, které dostatečně reflektují záměr kodifikovat mezinárodní obyčejové právo. Například ve Vídeňské úmluvě o diplomatických stycích a Vídeňské úmluvě o konzulárních stycích již podobnou úpravu, která v preambuli obsahuje slovo „kodifikace“, nenajdeme.¹⁸⁶ Smlouvy obsahují pouze vyjádření, že se zbylé vztahy

¹⁸¹ CRAWFORD, J. *Chance, order, change: the course of international law : general course on public international law*. Hague: Brill, 2014. The Pocket Books of the Hague Academy of International Law. p. 121. ISBN 978-90-04-26808-1; BAXTER, R. R. *Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law*. British Yearbook of International Law, Vol. 41, p.275-300, p. 289.

¹⁸² CRAWFORD, J. *Chance, order, change: the course of international law : general course on public international law*. Hague: Brill, 2014. The Pocket Books of the Hague Academy of International Law. p. 121. ISBN 978-90-04-26808-1.

¹⁸³ BAXTER, R. R. *Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law*. British Yearbook of International Law, Vol. 41, p.275-300, p. 287.

¹⁸⁴ CRAWFORD, J. *Chance, order, change: the course of international law : general course on public international law*. Hague: Brill, 2014. The Pocket Books of the Hague Academy of International Law. p. 121. ISBN 978-90-04-26808-1.

¹⁸⁵ *Convention on the High Seas (Úmluva o volném moři)*. Geneva, 29 April 1958, text UNTS, Vol. 400, p. 11; úřední překlad pod č. 92/1964 Sb, Preamble: „Desiring to codify the rules of international law relating to the high seas, Recognizing that the United Nations Conference on the Law of the Sea, held at Geneva from 24 February to 27 April 1958, adopted the following provisions as generally declaratory of established principles of international law.“

¹⁸⁶ Srov. *Vienna Convention on Diplomatic Relations (Viedeňská úmluva o diplomatických stycích)*. Vienna, 18 April 1961, text UNTS, Vol. 500, p. 95; úřední překlad pod č. 157/1964 Sb; *Vienna Convention on Consular Relations (Viedeňská úmluva o konzulárních stycích)*. Vienna, 24 April 1963, text UNTS, Vol. 596, p. 261; úřední překlad pod. č. 32/1969 Sb.

neupravené touto úmluvou budou řídit obyčejovým právem. Jak ale můžeme dovodit ze Zprávy Komise pro MP z roku 1960,¹⁸⁷ návrh Vídeňské úmluvy o konzulárních stycích, který měl být předložen VS OSN, měl reflektovat jak kodifikaci, tak i progresivní rozvoj v této oblasti.¹⁸⁸

Samozřejmě pokud nemůžeme dovodit kodifikační účinek ani jedním z výše uvedených způsobů, stále nelze vyloučit srovnání norem obsažených ve smlouvě s normami obyčejového práva.

Účelem kodifikace je tak vyjádření normy obyčejového práva prostřednictvím psané formy. Dochází k tomu z důvodů nejasného obsahu norem obyčejového práva, které se vyvíjely postupně za přítomnosti dostatečné praxe a *opinia iuris* států.¹⁸⁹ Dochází tak k utřídění nebo logickému uspořádání pravidel v jeden normativní celek.¹⁹⁰

Z výše uvedených důvodů se často může stát, že mezinárodní smlouva sice reflektuje některé oblasti, které jsou mezinárodním obyčejem, avšak nad jejich rámec se vyjádří i k otázkám, které ještě zformovaným obyčejem nejsou. Jedná se o tzv. bílá místa, jež pak tvůrci kodifikační smluvní předlohy odůvodněně vyplňují návrhy nových pravidel, která jdou nad dosavadní obsahový rámec obyčejové normy. Tím obyčejovou normu obohacují a rozvíjejí, proto jsou též v literatuře označovány termínem „*rozvojová pravidla*“.¹⁹¹ Takováto ustanovení mohou být chápána a aplikována pouze jako pravidla

¹⁸⁷ ILC. *Report of the International Law Commission covering the work of its twelfth session*. A/CN.4/132, 1960, p. 143-146. Dostupné z: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_cn4_132.pdf&lang=EF

¹⁸⁸ BAXTER, R. R. *Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law*. British Yearbook of International Law, Vol. 41, p.275-300, p. 288.

¹⁸⁹ VILLIGER, M. E. *Customary international law and treaties, A Study of their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985. p. 128. ISBN 90-247-2980-7.

¹⁹⁰ ČEPELKA, Č., P. ŠTURMA a V. BÍLKOVÁ. *Kodifikace a rozvoj mezinárodního práva: kodifikace mezinárodního práva, právo mezinárodních smluv, právo mezinárodní odpovědnosti*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2008. Scripta iuridica. s. 8. ISBN 978-80-87146-03-3.

¹⁹¹ Tamtéž.

smluvní, pokud se nestanou podnětem pro vznik shodné normy obyčejového práva.¹⁹² Tento jev (kdy se smluvní normy stanou podnětem pro vznik shodných obyčejových norem) může nastat relativně často. Děje se tak v situacích, kdy jsou signatáři konvenčního pravidla jenom některé státy. Zbylé státy, které stojí mimo danou kodifikační úmluvu mohou získat přesvědčení, že obsah kodifikační úmluvy je pro ně výhodný, a začnou se řídit touto právní úpravou. Dbají tak pouze „jejího obsahu (nikoliv smluvní formy), řídí se totiž jen obyčejoprávním ekvivalentem dané kodifikační úmluvy“.¹⁹³ Příkladem tohoto jednání států může být Vídeňská úmluva, která byla v některých oblastech podnětem pro vznik mezinárodního obyčeje.¹⁹⁴ Počet účastníků této úmluvy se sice fakticky nerozšířil, ale obecně platným se stal její obsah, a to právě prostřednictvím norem obyčejového práva.

Kodifikací mezinárodního obyčeje mezinárodní smlouvou se také můžeme dostat k otázce, jak řešit problematiku simultánní úpravy, která vychází jak z normy obyčejového práva, která tu existovala již před přijetím mezinárodní smlouvy, tak i z nově přijaté mezinárodní smlouvy. Dle Kunze jsou mezinárodní smlouva a obyčej dvě rozdílné, nezávislé procesy, které vytváří normy mezinárodního práva.¹⁹⁵ MSD tento vztah judikoval v případě Některých vojenských a polovojenských aktivit v Nikaragui a proti ní. V tomto případě stanovil, že norma mezinárodního obyčejového práva zůstává v platnosti a existuje odděleně od normy obsažené v mezinárodní smlouvě i přesto, že tyto dva prameny práva obsahují úpravu, která je shodná.¹⁹⁶ Pro strany mezinárodní

¹⁹² ČEPELKA, Č. a P. ŠTURMA. *Mezinárodní právo veřejné*. V Praze: C.H. Beck, 2008. Beckovy právní učebnice. s. 111. ISBN 978-80-7179-728-9.

¹⁹³ ČEPELKA, Č., P. ŠTURMA a V. BÍLKOVÁ. *Kodifikace a rozvoj mezinárodního práva: kodifikace mezinárodního práva, právo mezinárodních smluv, právo mezinárodní odpovědnosti*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2008. Scripta iuridica. s. 11. ISBN 978-80-87146-03-3.

¹⁹⁴ *Vienna Convention on the Law of Treaties (Viedeňská úmluva o smluvním právu)*. Vienna, 22 May 1969, text UNTS, Vol. 1155, p. 331; úřední překlad pod č. 15/1988 Sb, Article 38: „a rule set forth in treaty ... becoming binding upon a third State as a customary rule of international law, recognized as such.“

¹⁹⁵ KUNZ, J. *The Nature of Customary International Law*. The American Journal of International Law, Vol. 47, No. 4, 1953. p. 665: „Treaty and custom are two different, independent procedures for creating international legal norms.“

¹⁹⁶ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgement of 27 June 1986, ICJ Reports 1986, para. 179: „It will therefore be clear that customary international law continues to exist and to apply separately from international treaty law, even where two categories of law have an identical content.“

smlouvy je zřejmé, že se budou primárně řídit obsahem mezinárodní smlouvy, kterou mezi sebou přijaly. To neznamená, že by obyčejové normy pozbývaly aplikovatelnosti. Pro státy, které nejsou smluvními stranami úmluvy jsou naopak normy obyčejového práva zásadním pramenem, jelikož na ně smluvní pravidla aplikovat nemůžeme.

Samotné mezinárodní smlouvy tuto problematiku možné dvojí úpravy často řeší a odkazují na obyčejové právo. V tomto případě může mít souběh těchto dvou pramenů komplementární povahu.¹⁹⁷ Normy obyčejového práva slouží jako východisko pro otázky, které mezinárodní smlouva neupravuje. S tímto přístupem se setkáváme ve většině multilaterálních smluv, jejichž příkladem je Vídeňská úmluva. Také MSD ve své praxi již aplikoval normy obyčejového práva v případě, kdy nemohl dovodit platnost mezinárodního pravidla z mezinárodní smlouvy, a to jak bilaterální nebo multilaterální, která by zavazovala strany sporu. Tato výše uvedená situace byla ilustrována v případě Zatýkáčeho rozkazu,¹⁹⁸ ve kterém MSD rozhodl na základě mezinárodního obyčejového práva z důvodu neexistence příslušného ustanovení v mezinárodní smlouvě.

6.2 Mezinárodní smlouva v procesu krystalizace obyčejové normy

Druhý případ popsaný v úvodu této kapitoly, na základě kterého může být mezinárodní smlouva dostatečným důkazem *opinia iuris* a podpořit zformování normy obyčejového práva, může být poměrně náročně odlišitelný od případu prvního. Jak je uvedeno v předchozích kapitolách, okamžik zformování mezinárodního obyčejového práva nelze určit přesně. Pro pozorovatele sledujícího tento proces krystalizace obyčejové normy nemusí být vždy zřejmé, zda mezinárodní smlouva reflektuje již vzniklé obyčejové právo

¹⁹⁷ MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné: obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*. 5., podstatně upr. a dopl. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2008. Edice učebnic PrF MU. s. 196. ISBN 978-80-210-4474-6.

¹⁹⁸ *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment of 14 February 2002, ICJ Reports 2002, para. 52: „the Court considered that the relevant international conventions „provide useful guidance“ on certain aspects of the question of immunities. They do not, however, contain any provision specifically defining the immunities enjoyed by Ministers for Foreign Affairs. It is consequently on the basis of customary international law that the Court must decide the questions relating to the immunities of such Ministers raised on the present case.“

nebo jen napomáhá jeho zformování.¹⁹⁹ V praxi tak mohou oba tyto případy splývat. Jinými slovy, mezinárodní smlouva tímto způsobem poskytuje primárně další definici normy obyčejového práva v době, kdy se ještě krystalizuje. Později se stane pramenem, který obyčej reflektuje.

Komise pro MP dokonce přiznává tento účinek mezinárodním smlouvám i v okamžiku, kdy mezinárodní smlouva nakonec přijata není.²⁰⁰ Při formulování tohoto závěru vycházela zejména z případu projednávaného před MSD mezi Německem a Islandem ve věci rybolovu. V tomto případě došlo ke vzniku mezinárodního obyčeje poté, co mezinárodní smlouva nebyla přijata. Stalo se tak na základě dostatečné praxe států, jejímž důkazem byly rozsáhlé diskuze ohledně přijetí příslušné smlouvy.²⁰¹

6.3 Vznik mezinárodního obyčeje po přijetí mezinárodní smlouvy

Jak již bylo naznačeno v předchozích podkapitolách, mezinárodní smlouva může mít i iniciační charakter a být tak podnětem pro vznik normy obyčejového práva. Smlouva je v tomto smyslu pojímána jako normotvorná skutečnost, která postupným krystalizováním obsahově totožného pravidla obyčej vytváří.²⁰²

Východiskem pro tento třetí způsob možného souběžného vztahu mezinárodní smlouvy a obyčeje je případ Pevninské mělčiny Severního moře, který je také klíčovým pro vymezení vztahu mezi smlouvou a obyčejem.

¹⁹⁹ THIRLWAY, H. W. A. *The sources of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Foundations of public international law. p. 130. ISBN 978-0-19-968540-0.

²⁰⁰ ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law, Part Five, Conclusion 11, Commentary. para. (6). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

²⁰¹ *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Judgment of 25 July 1974, ICJ Reports 1974, para. 44.

²⁰² ČEPELKA, Č. a P. ŠTURMA. *Mezinárodní právo veřejné*. V Praze: C.H. Beck, 2008. Beckovy právnické učebnice. s. 111. ISBN 978-80-7179-728-9.

MSD se zabýval otázkou, zda lze dovést aplikovatelnost pravidla stejných vzdáleností („*equidistance*“) obsaženého v čl. 6 Ženevské úmluvy (z roku 1958)²⁰³ i pro Německo, které není smluvní stranou této úmluvy na základě argumentace obyčejovým právem. MSD rozhodl, že nelze, a stanovil podmínky, na jejichž základě se konvenční pravidlo může vyvinout v nové pravidlo obecného mezinárodního práva. Bez ohledu na dostatečný čas a ostatní potřebné elementy pro vznik normy obecného mezinárodního práva postačí rozšířené a reprezentativní zapojení do úmluvy, včetně těch států, jejichž specifické zájmy jsou dotčeny.²⁰⁴ Ve stručnosti lze říct, že požadavky v podobě *opinia iuris* a praxe musí být pro vznik obyčejové normy identicky ve vztahu k příslušné formulované normě.²⁰⁵ Výše zmíněná Ženevská úmluva však měla jenom malý počet signatářů, proto nebylo možno dovést ani potřebné dostatečné přesvědčení stran o závaznosti zmíněného pravidla.

V literatuře je současně obecně přijímáno, že počet ratifikujících států může být pro určení obyčejového práva rozhodujícím faktorem. Multilaterální mezinárodní smlouvy mohou být dobrým příkladem, jelikož je jimi vázán větší počet států.

6.3.1 Kritický pohled

Bohužel, je nutno konstatovat, že tato oblast vzniku obyčejové normy až poté, co je mezinárodní smlouva přijata, může být mimořádně sporná.

Při podrobnější analýze pramenů zabývajících se tímto tématem můžeme narazit kromě rozdílných názorů i na problematiku zvanou Baxterův paradox, kterou pojmenoval Richard Baxter, soudce MSD. Baxterův paradox reaguje na situaci, kdy se zvyšuje počet států, které se stávají stranami mezinárodní smlouvy. Na základě výše uvedeného vodítka,

²⁰³ *Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone*. Geneva, 29 April 1958, text UNTS, Vol. 516, p. 205, Article 6.

²⁰⁴ *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports 1969, para. 73.

²⁰⁵ ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law, Part Five, Conclusion 11, Commentary. para. (7). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

popsaného v této podkapitole, bychom považovali tento jev za žádoucí pro vznik normy obyčejového práva. Baxter však tuto domněnku vyvrací, a právě naopak tvrdí, že čím více států je stranami takové smlouvy, tím je méně pravděpodobné, že mezinárodní obyčej vznikne.²⁰⁶

Pro formulování tohoto závěru vychází z předpokladu, že když se státy stanou stranami mezinárodní smlouvy, ve všech otázkách, které řeší tato mezinárodní smlouva, se řídí normami této smlouvy, a ne normami obyčejovými.²⁰⁷ Pravidla, kterými se státy řídí, mají tak povahu smluvní, a nikoliv obyčejovou. Tím eliminují praxi potřebnou pro vznik obyčeje, který nemá dostatečný prostor pro svou krystalizaci, ačkoliv by bylo vysoce pravděpodobné, že by se z důvodu rozsáhlé praxe zvyšujícího se počtu států zformoval. Zároveň nemůžeme praxi identifikovat ani u států, které nejsou stranami příslušné mezinárodní smlouvy, protože jejich počet naopak oproti signatářům smlouvy klesá. Touto úvahou následně Baxter dospěl k popření multilaterálních mezinárodních smluv jako smluv, které mohou vytvořit obyčej. Jelikož se jedná o smlouvy, jejichž stranami je větší počet států, řídí se jejich vztah příslušnými smluvními pravidly, a ne obyčejem.

Mezi autory, kteří Baxterův paradox adresovali, můžeme řadit i Crawforda, který nabízí určité řešení této situace. Připouští možnost vyhnout se mu prostřednictvím výhrad k mezinárodním smlouvám, které mohou dát podnět pro vznik normy obyčejového práva.²⁰⁸ V závěru říká, že se nejedná o paradox, kterému bychom se měli vyhýbat. Přesvědčení států v podobě *opinia iuris* může směřovat také k tomu, že státy jednají ve prospěch vznikající normy obyčejového práva, která je shodná s normou obsaženou v mezinárodní smlouvě.²⁰⁹ Toto přesvědčení může být prokázáno například prohlášením států nebo diplomatickou korespondencí. Také argumentuje tím, že krystalizace normy

²⁰⁶ CRAWFORD, J. *Chance, order, change: the course of international law : general course on public international law*. Hague: Brill, 2014. The Pocket Books of the Hague Academy of International Law. p. 118. ISBN 978-90-04-26808-1.

²⁰⁷ Tamtéž.

²⁰⁸ Tamtéž, p. 138.

²⁰⁹ Tamtéž, p. 142-143.

obyčejového práva je proces, který reaguje na změny společnosti. Mezinárodní obyčej může pravidlo uvedené v mezinárodní smlouvě modifikovat, čímž vzniká prostor pro jeho krystalizaci.

Jak tedy lze vidět na výše uvedeném paradoxu, tato oblast mezinárodního práva může být podnětem pro různé diskuze, jejichž řešení nemusí být vždy úplně zřejmé. Dá se očekávat, že tato oblast bude pravděpodobně v budoucnu předmětem dalšího podrobnějšího zkoumání.

7. Další diskuze na téma mezinárodního obyčeje

7.1 Doktrína dotčených států

V současných aktuálních diskuzích na téma mezinárodního obyčeje můžeme nalézt rozpravy ohledně aplikace a existence doktríny dotčených států. Reaguje na ni zejména článek prof. Hellera, publikovaný v Americkém sborníku mezinárodního práva veřejného,²¹⁰ který ji adresuje a hledá její odůvodnění. Projev těchto diskuzí našel své místo i ve zprávách Komise pro MP.

Podstatu této doktríny, která vychází z případu Pevninské mělčiny Severního moře jsem již nastínila v kapitole obecná praxe (viz kapitola 3.1 diplomové práce). Nicméně, v této kapitole se na tuto oblast podrobněji zaměřím, protože se stala předmětem současných diskuzí. Kritizována bývá už i její existence, jelikož její opora v judikatorní praxi není tak rozsáhlá, jak by se dalo očekávat. Právě tento nedostatek univerzální definice dotčeného státu přiměl společenství mezinárodního práva k zamyšlení se nad tím, co tento pojem znamená a jaké důsledky může jeho definice s sebou přinést, včetně otázky, zda by tato doktrína měla být v budoucnu vůbec aplikována.

7.1.1 Pojem dotčený stát

Odpověď na otázku, co pojem dotčený stát znamená, bohužel není úplně zřejmá. Prof. Heller ve svém článku důrazně poukazuje na rozdílné možnosti výkladu, které demonstruje na procesu vývoje názorů, které se zpočátku přikláněly ve prospěch států ekonomicky silnějších.

Autoři jako například MacLaren a Schwendimann připisovali velkou roli USA v procesu formování mezinárodního obyčeje. Odůvodňují to jejich významnou aktivitou v oblasti vývoje nových zbraní a účastí ve válečných konfliktech, která z USA dělá stát,

²¹⁰ HELLER, Kevin John. *Specially-Affected States and the Formation of Custom*. *The American Journal of International Law*. Washington: Vol. 112, Iss. 2, 2018. p. 191-243.

který je speciálně dotčen.²¹¹ Právě tyto úvahy směřovaly k tomu, že doktrína dotčených států byla značně kritizována státy menšími. Menší státy argumentovaly principem rovnosti, který dle jejich názoru doktrína dotčených států popírá tím, že upřednostňuje tzv. velké hráče, velmoci.

Faktem však nadále i přes nesouhlas menších států zůstává, že velmoci jsou přirozeně v procesu vzniku obyčejně aktivnější, a to z toho důvodu, že jim to jejich ekonomický potenciál často umožňuje. Projevilo se to v různých případech týkajících se jaderných zbraní, kdy USA byly mocností, jež byla jejich významným držitelem. Právě z tohoto titulu bylo možné jejich praxi považovat za rozhodující.

Na druhé straně i přesto, že jsou to obvykle velmoci, které jsou v procesu vzniku obyčejně aktivnější, se lze přiklonit k názoru, že omezovat výklad pojmu dotčených států pouze na státy s významným ekonomickým potenciálem není správná úvaha. Prof. Heller a Komise pro MP označují tento závěr za již překonaný. Jednoznačně popírají fakt, že by termín „dotčený stát“ mohl poukazovat na ekonomicko-mocenskou sílu státu.²¹² Doktrína dotčených států by proto neměla být chápána jako „zlo“, které upřednostňuje státy s větším ekonomickým potenciálem. Jak praví Simpson, bez ohledu na to, jaké nerovnosti mezi státy existují z důvodů jejich velikosti, bohatství a životní úrovně, státy jsou si vždy rovny v mezinárodním právu veřejném.²¹³

Co však pojem dotčený stát skutečně znamená, pokud se nemůže automaticky vždy jednat o tzv. velmoci? Prof. Heller v úvodu svého článku odkazuje na Komisi pro MP a její zprávy, které měly sjednotit názory na pojem dotčený stát. V nich můžeme pozorovat vývoj v této oblasti, stejně jako sporné diskuze, které vedly až

²¹¹ MACLAREN, Malcolm a Felix SCHWENDIMANN. *An Exercise in the Development of International Law: the New ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*. German Law Journal, Vol. 6, No. 9, 2005. p. 1235.

²¹² ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law, Part Three, Conclusion 8, Commentary. para. (4). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

²¹³ SIMPSON, Gerry. *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*. (Cambridge Studies in International and Comparative Law). Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 26-27. ISBN: 9780511494185.

k zjednodušeným formulacím. Současná Zpráva Komise pro MP však tuto oblast upravuje podrobněji. Dotčenými státy se považují jak ty státy, které se účastní příslušné aktivity, která je předmětem praxe, tak i státy, které mohou být příslušnou obyčejovou normou ovlivněny.²¹⁴ Tato definice nám tak nabízí široký záběr států, které mohou být příslušnou obyčejovou normou dotčené. Míří tak i na skupinu menších států, které nemusí být nutně iniciátory požadované praxe, ale mohou být praxí velmocí pouze ovlivněny.

7.1.2 Důsledky doktríny dotčených států

Definování pojmu dotčeného státu výše uvedeným způsobem má své praktické následky. Definice dotčeného státu nemůže vést k závěru, že bychom z praxe potřebné pro vznik obyčeje vyloučili skupinu států, které za dotčené nepovažujeme. Tato doktrína nepopírá, že by na procesu krystalizace obyčeje nemohly participovat všechny státy, které mají zájem na vzniku obyčejové normy.

Na druhé straně nám ale doktrína dotčených států umožňuje rozeznávat státy dotčené, které mohou mít významnější vliv na vznik obyčeje, státy nedotčené a případně státy ještě dotčenější. Lze pouze předpokládat, že k podobné úvaze směřoval i MSD v případě Pevninské mělčiny Severního moře, když označil praxi pobřežních států za nejvíce relevantní, jelikož ji z důvodu svého geografického umístění budou pravděpodobně realizovat nejčastěji.

Prof. Heller dokonce ve svém článku rozlišuje dělení na tři kategorie: (i) praxe se dotýká všech států, ale některé z nich výslovně ovlivňuje, (ii) praxe zasahuje a ovlivňuje všechny státy stejně, (iii) praxe zasahuje jenom některé státy, které tím pádem ovlivňuje.²¹⁵

²¹⁴ ILC. *Report. A/73/10*, 2018, Chapter V: Identification of customary international law, Part Three, Conclusion 8, Commentary. para. (4). Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>; srov. HELLER, Kevin John. *Specially-Affected States and the Formation of Custom. The American Journal of International Law*. Washington: Vol. 112, Iss. 2, 2018. p. 191-243.

²¹⁵ HELLER, Kevin John. *Specially-Affected States and the Formation of Custom. The American Journal of International Law*. Washington: Vol. 112, Iss. 2, 2018. p. 191-243.

Často se tak kupodivu jedná o státy menší, které jsou více ovlivněny než samotné velmoci. Jinými slovy lze také říct, že doktrína států dotčených může stejně efektivně zvýhodňovat státy menší. Stačí se podívat na příklad Marshallových ostrovů, které žalovaly Spojené království, Indii a Pákistán z důvodu porušení mezinárodních závazků, kterými se zavázaly dodržovat zákaz držení jaderných zbraní. I přesto, že MSD neshledal svou jurisdikci z důvodu neexistence právního sporu mezi státy, v „*Preliminary Objections*“ označil Marshallovy ostrovy za speciálně dotčené.²¹⁶ Právě participaci speciálně dotčených států, které jsou danou problematikou nejvíce ovlivněny, lze považovat za hlavní pozitivum této doktríny. Je pouze správné, pokud budou státy, které pocítují největší škody a újmu v důsledku aktivity jiných států, rozhodovat o přijetí normy obyčejového práva.

Státy, které by mohly být normou mezinárodního obyčejů dotčeny, mohou blokovat proces krystalizace tohoto obyčejů. Jedná se o nejvýznamnější důsledek, který doktrína dotčených států může způsobit. To, do jaké míry mohou dotčené státy blokovat proces přijetí obyčejové normy, je další spornou úvahou, kterou adresuje prof. Heller ve svém článku.

MSD nám v případě Pevninské mělčiny Severního moře vymezil požadavek, že by praxe měla být dostatečně rozšířená a reprezentativní a měla by zahrnovat státy, jejichž speciální zájmy jsou dotčené. Dle výkladu, který vyplývá z tohoto případu, by se praxe měly v dostatečném počtu účastnit jak státy nedotčené, tak i státy dotčené. Samozřejmě to nemůžeme chápat absolutně. Jelikož jsou podle definice prezentované v předchozí podkapitole dotčenými státy všechny státy, které by mohly být aktivitou jiných států ovlivněny, mohly bychom sklouznout do situace, že by obyčejová norma nemusela být přijata vůbec, pokud by některý z dotčených států nechtěl participovat na praxi potřebné pro její zformování. Takovým způsobem by extenzivním výkladem mohl být za dotčený stát označen každý stát, který by prokázal, že ho určité jednání ovlivňuje, byť i méně významným způsobem. Nelze se tak ubránit úvahám, jestli (i) se vyžaduje aktivní

²¹⁶ *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment of 5 October 2016, ICJ Reports 2016, para. 44: „*The Court notes that the Marshall Islands, by virtue of the suffering which its people endured as a result of it being used as a site for extensive nuclear testing programs, has special reasons for concern about nuclear disarmament.*“

participace všech dotčených států, (ii) může vzniknout obyčej i v případě rozporu mezi dotčenými státy.²¹⁷ Toto jsou dvě zjednodušené úvahy, kterými se Heller ve svém článku zabývá a adresují je i jiní autoři ve svých pracích. Lze předpokládat, že bude vždy vyplývat z konkrétního případu, jak bude kauza posouzena. Nejčastější situací, se kterou se totiž v mezinárodním právu veřejném setkáváme, je právě rozpor názorů mezi státy, které vznikající norma obyčejového práva ovlivňuje. Přikláním se ke stejnému závěru jako prof. Heller, že nesouhlas některých dotčených států nemusí nutně vést k nepřijetí normy, pokud je majorita dotčených států pro její přijetí.²¹⁸ Nicméně toto jsou všechno úvahy, které budou muset být v budoucnu podrobeny dalšímu zkoumání a judikatornímu vývoji.

Závěrem lze shrnout, že doktrína dotčených států může pozitivním způsobem podpořit státy menší v tom, že jejich vliv na krystalizaci normy obyčejového práva může sehrát významnější roli. Každopádně nadále zůstává otázkou, do jaké míry mohou státy proces přijetí obyčejové normy skutečně blokovat.

²¹⁷ HELLER, Kevin John. *Specially-Affected States and the Formation of Custom*. *The American Journal of International Law*. Washington: Vol. 112, Iss. 2, 2018. p. 191-243.

²¹⁸ Tamtéž.

Závěr

V této práci jsem se zaměřila na objasnění problematiky mezinárodního obyčeje, přičemž jsem se snažila poukázat na některé sporné aspekty a zaujmout k nim jednotící stanovisko. V souladu s vytyčenými cíly této práce jsem v první části stručně shrnula teoretické koncepce, které se kulturně i historicky vyvíjely. Poukázala jsem na rozdíly mezi kontinentální a anglosaskou právní kulturou s tím, že jsem se podrobněji zaměřila na konsenzuální teorii a teorii uznání. Obě tyto teorie nemohou v současném mezinárodním právu veřejném obstát, jsou už považovány za překonané. Mohou ale sloužit pro objasnění práva partikulárního.

V průběhu zkoumání této problematiky mezinárodního obyčeje jsem narazila na řadu nejasností, z nichž zásadní je identifikace dvou prvků mezinárodního obyčeje – obecné praxe a *opinia iuris* v praxi. Proto jsem se v další části diplomové práce zaměřila na podrobnější vylíčení těchto základních prvků obyčeje ve světle judikatury MSD a Zprávy Komise pro MP. Přijetí Zprávy Komise pro MP lze hodnotit pozitivně, protože přináší nový komplexnější pohled, který nám pomáhá se v této oblasti lépe orientovat.

Jak bylo judikováno již v případě Pevninské mělčiny Severního moře a následně potvrzeno i v dalších navazujících judikátech MSD, už není sporu o tom, že krystalizace obyčejové normy vyžaduje přítomnost obou výše uvedených prvků. Obecná praxe by zároveň měla splňovat jisté požadavky, tj. měla by být dostatečně kvalifikovaná. Ve své diplomové práci uvádím její charakteristiky, ačkoliv se v judikatuře MSD nebo v pracích jiných autorů můžeme setkat s jinými děleními, které mohou některé mnou uvedené prvky inkorporovat v jeden. V této části diplomové práce uvádím, že by obecná praxe měla být stejnorodá a nepřetržitá, opakovaná, dostatečně rozšířená a reprezentativní. Požadavek dlouhodobosti už není podstatným kritériem, které by bylo potřeba splnit. V současné době, kdy dochází k rozvoji moderních technologií a přijetí multilaterálních smluv je zřejmé, že nelze přesně určit, jaký časový okamžik je potřeba, aby se norma obyčejového práva zkrystalizovala.

Za zajímavé považuji formy, ze kterých můžeme obecnou praxi poznávat. Dle současného výkladu lze dospět k širokému okruhu různých pramenů, které mohou být i omisivní povahy. Z hlediska subjektů nelze opomenout praxi mezinárodních organizací, jejichž nepřímá participace na procesu vzniku obyčeje je častým a nesporným jevem. Ohledně přímé participace mezinárodních organizací na procesu vzniku obyčeje panují názorové odchylky, z nichž některé tuto přímou participaci mezinárodních organizací popírají. Zejména z hlediska Evropské unie se domnívám, že by uznání její přímé aktivity na krystalizaci normy obyčejového práva v některých zvláštních případech (viz kapitola 3.1.6 diplomové práce) mohlo být v budoucnu žádoucí.

Subjektivní prvek, *opinio iuris*, je nezbytným prvkem pro vznik normy mezinárodního obyčeje. Na to, aby mohla norma obyčejového práva vzniknout, musí být obecná praxe učiněna s dostatečným právním přesvědčením, že státy jednájí z důvodu existence obyčejové normy, kterou se cítí být vázány. Historicky se jednalo o element, který byl náročně prokazatelný. Autoři adresovali problematiku vztahu obecné praxe a *opinia iuris*, již se doktríny snažily odstranit různými teoretickými konstrukcemi, přičemž mnohé z nich se později v nauce mezinárodního práva veřejného neprosadily. Judikatura MSD *opinio iuris* také často pouze deklarovala. V současné době se ale můžeme setkat i s jeho podrobnějším prokazováním v některých soudobých judikátech, což svědčí o tom, že tento subjektivní element mezinárodního obyčeje nabývá na důležitosti. Zpráva Komise pro MP nám vyjmenovává formy, které mohou být přesvědčivějším důkazem *opinia iuris* než obecné praxe. Domnívám se, že právě podrobnějším poznáním těchto forem lze dospět k závěru, že identifikace *opinia iuris* již nemusí nutně být tak neuchopitelná, jak by se nám dle předchozího vývoje mohlo jevit.

I přesto, že obecné obyčejové mezinárodní právo předpokládá, že by obyčej měl zavazovat všechny státy, můžeme nalézt výjimky z tohoto tvrzení. Mezi tyto odchylky zařazuji institut trvalého odpůrce a partikulární obyčej.

Institut trvalého odpůrce nebyl v judikatuře MSD zatím často aplikován, v diplomové práci však demonstruji, že není institutem, který by v mezinárodní obyčejové praxi neexistoval. Trvalým odpůrcem je ten stát, který se před vznikem

obyčejové normy vyhradil proti jejímu vzniku a nadále proti ní vystupuje i po její krystalizaci. Tento stát normou obyčejového práva vázán nebude. Jak prezentuji ve své diplomové práci, časový okamžik, kdy se stát vůči vznikající normě obyčejového práva vyhradí, je zásadní. Malý počet judikátů MSD vzbuzuje rozdílné pohledy na aplikaci institutu trvalého odpůrce v praxi. Lze však dospět k závěru, že současné práce nasvědčují tomu, že bude v praxi častěji využíván. Minimálně může státům posloužit jako vhodný prostředek pro vyjednávání při krystalizaci obyčejové normy.

O existenci partikulárního obyčeje nejsou na rozdíl od institutu trvalého odpůrce spory. Jeho existenci judikoval ve své praxi MSD již mnohokrát. Pro vznik normy partikulárního obyčejového práva jsou požadována stejná kritéria jako pro vznik obyčeje – tj. obecná praxe a *opinio iuris*. Z hlediska praxe subjektů není relevantní počet států, které na praxi participují, judikaturně jsou požadovány alespoň dva účastníci se státy. Diplomová práce rovněž prokazuje, že se nemusí nutně jednat o státy, které se nacházejí v určité geograficky ohraničené oblasti. Partikulární obyčej by mohl vzniknout i na jiném než geografickém základě, například spojením států, které mají určitý společný zájem nebo vykonávají společnou činnost.

Další nejasnou oblastí, na kterou jsem při svém zkoumání narazila, je vztah mezi smluvním a obyčejovým právem. Zabývala jsem se třemi možnými situacemi, které mohou nastat mezi mezinárodní smlouvou a obyčejem. První možností je situace, kdy mezinárodní smlouva kodifikuje již existující normy obyčejového práva a plní tak kodifikační účel. Druhou variantou je jev, kdy se mezinárodní smlouva může stát součástí obecné praxe, která reflektuje zformování normy obyčejového práva. Třetí a zároveň nejvíce diskutovanou možností je situace, kdy sama mezinárodní smlouva dá podnět pro vznik normy obyčejového práva. Všem těmto situacím věnuji pozornost v samostatných podkapitolách s tím, že se převážně zaměřuji na oblast kodifikace obyčejových norem v mezinárodních smlouvách.

Závěrem se vyjadřuji k aktuálně diskutované doktríně dotčených států, která vzbudila pozornost zejména z důvodu neexistence univerzální definice pojmu dotčený stát. Současná právní teorie se přiklání k tomu, že tento pojem můžeme definovat tak, že

se jím myslí jak státy, které se účastní příslušné aktivity, která je předmětem praxe, tak i další státy, které mohou být příslušnou obyčejovou normou ovlivněny. To nám nabízí množinu států, kterou nelze limitovat pouze na velmoci nebo státy s velkým ekonomickým potenciálem. Doktrína dotčených států tak může pozitivním způsobem podpořit státy menší, jejichž vliv na krystalizaci normy obyčejového práva by nebyl tak významný. Na druhé straně nadále zůstává otázkou, do jaké míry mohou dotčené státy proces přijetí obyčejové normy reálně ovlivnit a případně blokovat. Zbývá tedy na budoucím judikatorním vývoji, jak se k této otázce postaví a jak významnou roli přizná doktríně dotčených států ve svých dalších rozsudcích.

Seznam používaných zkratk

Čl./čl.	článek
Komise pro MP	Komise OSN pro mezinárodní právo
MSD	Mezinárodní soudní dvůr
OSN	Organizace spojených národů
SDMS	Stálý dvůr mezinárodní spravedlnosti
USA	Spojené státy americké
Vídeňská úmluva	Vídeňská úmluva o smluvním právu
VS OSN	Valné shromáždění Organizace spojených národů

Seznam použité literatury

1. MONOGRAFIE

BEDERMAN, D. J. *The Spirit of International Law*. Athens, Ga.: University of Georgia Press, 2002. ISBN: 0-8203-2404-3.

BISHOP, W. W. *International law: cases and materials*. 3rd ed. Boston: Little, Brown and Company, 1971.

COBBETT, P. *Leading Cases on International Law*. 4th edition, Vol. I., London: H.H.L. Bellot, 1922.

CRAWFORD, J. *Chance, order, change: the course of international law: general course on public international law*. Hague: Brill, 2014. The Pocket Books of the Hague Academy of International Law. ISBN 978-90-04-26808-1.

CRAWFORD, J. a I. BROWNLIE. *Brownlie's principles of public international law*. Eighth edition. Oxford: Oxford University Press, 2012. ISBN 978-0-19-965417-8.

ČEPELKA, Č. *Smlouva a obyčej v mezinárodním právu*. Praha: Univerzita Karlova, 1984. Acta Universitatis Carolinae. Iuridica. Monographia.

ČEPELKA, Č. a V. DAVID. *Úvod do teorie mezinárodního práva*. V Brně: Univerzita J.E. Purkyně, c1983. Spisy právnické fakulty University J.E. Purkyně v Brně.

ČEPELKA, Č. a P. ŠTURMA. *Mezinárodní právo veřejné*. V Praze: C.H. Beck, 2008. Beckovy právnické učebnice. ISBN 978-80-7179-728-9.

ČEPELKA, Č., P. ŠTURMA a V. BÍLKOVÁ. *Kodifikace a rozvoj mezinárodního práva: kodifikace mezinárodního práva, právo mezinárodních smluv, právo mezinárodní odpovědnosti*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2008. Scripta iuridica. ISBN 978-80-87146-03-3.

D'AMATO, A. A. *The concept of custom in international law*. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1971. ISBN 0801406196.

HEILBORN, P. *Grundbegriffe des Völkerrechts*. Berlin: W. Kohlhammer, 1912.

MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné: jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*. 5., podstatně upr. a dopl. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2008. Edice učebnic PrF MU. ISBN 978-80-210-4474-6.

MCCORQUODALE, R. a M. DIXON. *Cases and materials on international law*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. ISBN 0-19-925999-2.

OPPENHEIM, L. a H. LAUTERPACHT. *International law: a treatise*. 7th ed., Vol. I, Peace. London: Longmans, Green and Co., 1948.

SIMPSON, Gerry. *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*. (Cambridge Studies in International and Comparative Law). Cambridge: Cambridge University Press, 2004. ISBN: 9780511494185.

SCHEU, H. CH. *Úvod do mezinárodního práva veřejného*. 2. doplněné vydání. Praha: Auditorium, 2019. InSTITUTE. ISBN 978-80-87284-73-5.

ŠTURMA, P., V. BALAŠ, V. BÍLKOVÁ, et al. *Casebook: výběr případů z mezinárodního práva veřejného*. 3. vydání. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2015. Scripta iuridica. ISBN 978-80-87975-33-6.

THIRLWAY, H. W. A. *The sources of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Foundations of public international law. ISBN 978-0-19-968540-0.

TRIEPEL, H. *Völkerrecht und landesrecht*. Leipzig: C.L. Hirschfeld, 1899.

VILLIGER, M. E. *Customary international law and treaties, A Study of their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985. ISBN 90-247-2980-7.

ZIMMERMANN, A., CH. TOMUSCHAT a K. OELLERS-FRAHM. *The Statute of the International court of justice: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2006. Oxford commentaries on international law. ISBN 0-19-926177-6.

2. ČLÁNKY PUBLIKOVANÉ V ČASOPISECH A ZBORNÍCÍCH

BAXTER, R. R. *Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law*. British Yearbook of International Law, Vol. 41, p.275-300.

BLUTMAN, L. *Conceptual Confusion and Methodological Deficiencies: Some Ways that Theories on Customary International Law Fail*. The European Journal of International Law, Vol. 25, No. 2, 2014.

CHARLESWORTH, H.C.M. *Customary International Law and the Nicaragua Case*. Australian Year Book of International Law, No. 11, 1984-1987.

CHARNEY, J. *The Persistent Objector Rule and Development of Customary International Law*. Dostupné z: MCCORQUODALE, R. a M. DIXON. *Cases and materials on international law*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. ISBN 0-19-925999-2.

CHENG, B. *United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law?* Indian Journal of International Law, Vol. 5, p. 23, 1965.

HELLER, Kevin John. *Specially-Affected States and the Formation of Custom*. The American Journal of International Law. Washington: Vol. 112, Iss. 2, 2018.

DUMBERRY, P. *Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector*, 59 Int'l & Comp. L.Q., Vol. 779, 2010.

KAMMERHOFER, J. *Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems*. The European Journal of International Law, Vol. 15, No. 3, 2004.

KIRGIS, F.L. *Custom on a Sliding Scale*. The American Journal of International Law, Vol. 81, No. 1, 1987.

KUNZ, J. *The Nature of Customary International Law*. The American Journal of International Law, Vol. 47, No. 4, 1953.

MACLAREN, Malcolm a Felix SCHWENDIMANN. *An Exercise in the Development of International Law: the New ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*. German Law Journal, Vol. 6, No. 9, 2005.

PETERSEN, N. *Customary Law Without Custom?* The American Journal of International Law, Vol. 23, No. 2, 2008.

ROBERTS, A. *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*. American Journal of International Law, Vol. 95, p.757, 2001.

SCHACHTER, O. *New Custom: Power, Opinio Juris and Contrary Practice*. 1996. Dostupné z: MCCORQUODALE, R. a M. DIXON. *Cases and materials on international law*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. ISBN 0-19-925999-2.

SENDER, O., WOOD, M. *A Mystery No Longer? Opinio Juris and Other Theoretical Controversies Associated with Customary International Law*. Israel Law Review, Vol. 50, No. 3, 2017.

3. JUDIKATURA

Asylum Case (Colombia v. Peru), Judgement of 20 November 1950, ICJ Reports 1950.

Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment of 14 February 2002, ICJ Reports 2002.

Case Concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso v. Mali), Judgment of 22 December 1986, ICJ Reports 1986.

Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgement of 27 June 1986, ICJ Reports 1986.

Case Concerning Right of Passage over Indian Territory, Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960.

Case Lotus, France v Turkey, Judgement of 7 September 1927, PCIJ Series A no. 10.

Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgement of 3 June 1985, ICJ Reports 1985.

Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America), Judgement of 12 October 1984, I.C.J. Reports 1984.

Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgement of 13 July 2009, ICJ Reports 2009.

Fisheries case (United Kingdom v. Norway), Judgement of 18 December 1951, I.C.J. Reports 1951.

Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Judgment of 25 July 1974, ICJ Reports 1974.

Fisheries Jurisdiction case (United Kingdom v. Iceland), Judgment of 25 July 1974, ICJ Reports 1974.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), Judgement of 3 February 2012, ICJ Reports 2012.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Reports 1996.

North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports 1969.

Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment of 5 October 2016, ICJ Reports 2016.

Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia); Judgement of 19 November 2012, ICJ Reports 2012.

4. MEZINÁRODNÍ SMLOUVY

Convention on the High Seas (Úmluva o volném moři). Geneva, 29 April 1958, text UNTS, Vol. 400, p. 11; úřední překlad pod č. 92/1964 Sb.

Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone. Geneva, 29 April 1958, text UNTS, Vol. 516, p. 205, Article 6.

Vienna Convention on Consular Relations (Viedeňská úmluva o konzulárních stycích). Vienna, 24 April 1963, text UNTS, Vol. 596, p. 261; úřední překlad pod č. 32/1969 Sb.

Vienna Convention on Diplomatic Relations (Viedeňská úmluva o diplomatických stycích). Vienna, 18 April 1961, text UNTS, Vol. 500, p. 95; úřední překlad pod č. 157/1964 Sb.

Vienna Convention on the Law of Treaties (Viedeňská úmluva o smluvním právu). Vienna, 22 May 1969, text UNTS, Vol. 1155, p. 331; úřední překlad pod č. 15/1988 Sb.

5. DALŠÍ DOKUMENTY

BEDERMAN, D. J. *Custom as a Source of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. In: cambridge.org [online]. [cit. 2019-11-18]. Dostupné z <https://www.cambridge.org/core/books/custom-as-a-source-of-law/public-international-law/FAF5EE5449F4951CBDD6F10BA84D5D87>

DAUGIRDAS, K. *International Organizations and the Creation of Customary International Law*. University of Michigan Public Law Research Paper No. 597, 2018. In: ssrn.com [online]. [cit. 2019-11-19]. Dostupné z: <https://ssrn.com/abstract=3160229>

ILA. *Final Report of the Committee on Formation of Customary (general) International Law*. Part III. Dostupné z: <https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/ILA%20Report%20on%20Formation%20of%20Customary%20International%20Law.pdf>

ILC. *Comments by Governments*. USA, 70th session of the International Law Commission, 2018. Dostupné z: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/70/pdfs/english/icil_usa.pdf&lang=

ILC. *Report*. A/73/10, 2018, Chapter V: Identification of customary international law. Dostupné z: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>

ILC. *Report of the International Law Commission covering the work of its twelfth session*. A/CN.4/132, 1960. Dostupné z: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_cn4_132.pdf&lang=EF

MURPHY, S. D. *The Identification of Customary International Law and Other Topics: The Sixty-Seventh Session of the International Law Commission (2015)*. Forthcoming in the American Journal of International Law; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2015-38; GWU Legal Studies Research Paper No. 2015-38, 2015. In: ssrn.com [online]. [cit. 2019-11-18]. Dostupné z: <https://ssrn.com/abstract=2663710>

Rome Statute of the International Criminal Court, text UNTS, Vol. 2178, p. 3.

Statute of the International Court of Justice. Dostupné z: EVANS, M. D. *International law documents*. 8th ed. Oxford [England]: Oxford University Press, c2007. Blackstone's statutes. ISBN 978-0-19-921184-5.

Statute of the International Law Commission. Dostupné z: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf>

Statute of the Permanent Court of Justice. 16. December 1920. Dostupné z: <https://www.refworld.org/docid/40421d5e4.html>

Summary Record of the 24th Meeting. UN General Assembly, Sixth Committee, UN Doc. A/C.6/71/SROV.24. Dostupné z: <https://undocs.org/A/C.6/71/SR.24>

WOOD, M. Special Rapporteur. *First report on formation and evidence of customary international law*. UN Doc. A/CN.4/717. Dostupné z: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/CN.4/717>

WOOD, M., Special Rapporteur. *Third report on Identification of Customary International Law*. UN Doc. A/CN.4/682. Dostupné z: <https://undocs.org/A/CN.4/682>

Role obyčej v mezinárodním právu veřejném

ABSTRAKT

Mezinárodní obyčej řadíme vedle mezinárodní smlouvy mezi jeden ze základních pramenů mezinárodního práva veřejného. I přesto, že téma mezinárodního obyčej tvoří východisko tohoto oboru a je systematicky vyučováno již v základních kurzech mezinárodního práva, je obyčej stále v některých oblastech předmětem diskuzí.

O výklad sporných oblastí se pokouší jak Mezinárodní soudní dvůr ve své judikатурní praxi, tak jiní autoři působící v mezinárodním právu veřejném a rovněž Komise OSN pro mezinárodní právo, která se na svých zasedáních zabývá mimo jiné i tématem mezinárodního obyčej. Identifikace základních prvků obyčej, včetně rozporuplných diskuzí ohledně role mezinárodních organizací, různé teoretické pohledy na vztah obecné praxe a *opinia iuris* a na vztah mezinárodní smlouvy a obyčej, jsou klíčovými otázkami této diplomové práce.

S tímto cílem uvádí tato diplomová práce v první kapitole nejdříve historický vývoj teoretických koncepcí, které se snažily popsat mezinárodní obyčej. Ve druhé a třetí kapitole se zaměřuje na podrobný popis dvou základních prvků (*opinia iuris* a obecné praxe), které demonstruje na příkladech judikátů Mezinárodního soudního dvora s tím, že se zabývá i rolí mezinárodních organizací a formami obecné praxe. Třetí a čtvrtá kapitola popisuje instituty trvalého odporce a partikulárního obyčej. Předposlední kapitola analyzuje možné situace, které pramení ze vztahu mezinárodní smlouvy a obyčej, s ohledem na významný důsledek kodifikace norem obyčejového práva v mezinárodních smlouvách. Závěrem se věnuje aktuálním diskuzím na téma doktríny dotčených států, které mohou být relevantní pro budoucí vývoj v oblasti mezinárodního obyčej.

KLÍČOVÁ SLOVA

mezinárodní obyčej, obecná praxe, *opinio iuris*

The Role of International Custom in Public International Law

ABSTRACT

Besides international treaty, international custom is one of the main sources of a public international law. Although international custom is systematically taught in elementary courses of public international law and it forms the basis of this field, it still remains a subject of many discussions.

Possible interpretations of international custom are provided by International Court of Justice in its case law, by other authors currently active in public international law and also by the International Law Commission, sessions of which (among other things) aim to clarify this matter. The inconsistency in the identification of the main elements of international custom, the unclear role of international organizations, different theoretical opinions concerning the relationship between general practice and *opinio iuris* and relationship between treaties and international custom are the core questions of this thesis.

To these ends, in its first chapter this thesis firstly delineates the historical development of theoretical constructions concerning international custom. In the second and third chapter, this thesis analyses in detail two elements of international custom (general practice and *opinio iuris*), which are illustrated on cases of the International Court of Justice with respect to the role of international organizations. The third and fourth chapter describe the persistent objector rule and the concept of particular custom. Furthermore, this thesis describes possible situations arising from the relationship between international treaties and international custom with respect to the codification of international custom in international treaties, which is the main consequence of their relationship. Conclusion then dwells on recent discussions on the topic of affected states doctrine which may be relevant for future development in the field of public international law.

KEYWORDS

international custom, general practice, *opinio iuris*