

Západočeská univerzita v Plzni
Fakulta právnická

DIPLOMOVÁ PRÁCE

ÚLOHA MEZINÁRODNÍ SMLOUVY A
MEZINÁRODNÍHO OBYČEJE JAKOŽTO ZÁKLADNÍCH
PRAMENŮ SOUDOBÉHO MEZINÁRODNÍHO PRÁVA
VEŘEJNÉHO

Marek Mošna

Plzeň, 2012

Západočeská univerzita v Plzni
Fakulta právnická
Katedra mezinárodního práva

DIPLOMOVÁ PRÁCE

ÚLOHA MEZINÁRODNÍ SMLOUVY A
MEZINÁRODNÍHO OBYČEJE JAKOŽTO ZÁKLADNÍCH
PRAMENŮ SOUDOBÉHO MEZINÁRODNÍHO PRÁVA
VEŘEJNÉHO

Marek Mořna

Vedoucí práce: Prof. JUDr. Vladimír Kopal, DrSc.

Studijní program: magisterský
Studijní obor: právo

Plzeň, 2012

Prohlášení

Prohlašuji, že jsem vypracoval práci samostatně a použil pouze uvedených pramenů a literatury.

Poděkování

TÍMTO BYCH CHTĚL PODĚKOVAT PANU PROF. KOPALOVÍ, PŘEDEVŠÍM ZA JEHO TRPĚLIVOST A LIDSKÝ PŘÍSTUP.

Úvod

Otázka úlohy mezinárodní smlouvy a mezinárodního obyčeje jakožto základních pramenů soudobého mezinárodního práva veřejného má několik částí. Předně je tu otázka úlohy pramenů v soudobém mezinárodním právu veřejném. Dále význam základních pramenů oproti pramenům jiným. Konečně zbývá vyřešit samu otázku obou těchto základních pramenů – smlouvy i obyčeje, a to jak zvlášť, tak v jejich vzájemné souvislosti. Zejména se nabízí otázka, zda mezi nimi existuje nějaká hierarchie. Na všechny tyto otázky se pokusím odpovědět v této práci.

Některé z nich se zdají celkem samozřejmé. Jiné už jsou složitější. Všechny už byly každopádně někým nějak zodpovězeny. I já se pokusím přispět svou trochou do mlýna. Už teď bych si rád vytkl některá metodologická východiska, kterých se pokusím přidržet v celé práci. Zaprvé, bych se nerad příliš vzdálil *praxi* soudobého mezinárodního práva veřejného. S tím souvisí snaha o *soudobost*. Ta však sama o sobě vyvolává otazníky. Na jednu stranu je třeba zohlednit jisté nové přístupy k problému. Mezinárodní právo veřejné je fenomén v čase poměrně proměnlivý a starší zdroje mohou zastarat. Na druhou stranu ovšem nelze přehlížet *způsob*, jakým se mezinárodní právo veřejné v čase vyvíjí. Jde o proces, zejména v porovnání s vývojem práva českého, pozvolný, postrádající nějakou zásadní diskontinuitu. Proto bych se na druhou stranu rád vystříhal i pokusů »předběhnout dobu«. V neposlední řadě bych se také rád pokusil podat pohled logicky konzistentní.

Závěrem už jen poznamenanám, že tato práce byla vytvořena v typografickém systému $\text{T}_{\text{E}}\text{X}/\text{L}^{\text{A}}\text{T}_{\text{E}}\text{X}$.

Obsah

I	Obecná východiska	1
1	Mezinárodní právo veřejné	2
2	Soudobé mezinárodní právo veřejné	3
2.1	Subjekty soudobého mezinárodního práva veřejného	3
2.1.1	Pojem subjektivity	3
2.1.2	Subjekty konkrétně	5
2.1.3	Problém přičitatelnosti	5
2.2	Normativní páteř soudobého mezinárodního práva veřejného .	6
3	Normy soudobého mezinárodního práva veřejného	12
3.1	Normy a principy	12
3.2	Struktura normy mezinárodního práva veřejného	14
3.3	Hard-law a soft-law	15
3.4	Základní vlastnosti norem soudobého mezinárodního práva veřejného	17
3.4.1	Vlastnosti odvozené od formy	17
3.4.2	Vlastnosti odvozené od obsahu	18
3.4.3	Závaznost normy	19
3.5	Struktura pravidel mezinárodního práva veřejného	21
3.6	Kategorizace norem mezinárodního práva veřejného	22
3.6.1	Normy primární a sekundární	22
3.6.2	Obecné a partikulární mezinárodní právo veřejné a dělení norem z hlediska jejich rozpětí	22
3.6.3	Normy hmotné a procesní	23
3.6.4	Normy kogentní a dispozitivní a možnost jejich derogace	25
3.6.5	Normy <i>in rem</i> a <i>ad personam</i> a otázka územních režimů	29
3.6.6	Normy na chování a normy na výsledek	30
3.6.7	Normy regulující chování podřízených entit	31
4	Interakce subjektů a norem v soudobém mezinárodním právu	

veřejném	32
4.1 Hodnocení z pohledu mezinárodního práva veřejného	32
4.2 Způsoby interakce subjektů a norem v soudobém mezinárodním právu veřejném	33
II Prameny	34
5 Pojetí pramenů v soudobém mezinárodním právu veřejném	35
5.1 Pojem prameny	35
5.2 Výčet pramenů soudobého mezinárodního práva veřejného . .	36
5.2.1 Prameny dle čl. 38 Statutu MSD	36
5.2.2 K dalším pramenům	38
5.3 K některým gnoseologickým pramenům mezinárodního práva veřejného	44
5.3.1 Soudní rozhodnutí	44
5.3.2 Učení nejkvalifikovanějších znalců	45
6 Formální prameny	46
6.1 Struktura formálních pramenů mezinárodního práva veřejného	46
6.1.1 Prvek materiální – hmatatelný nosič	46
6.1.2 Prvek specifický	47
6.1.3 Prvek přináležitosti	47
6.2 Jednotlivé formální prameny soudobého mezinárodního práva veřejného	47
6.2.1 Obecné zásady právní	48
III Mezinárodní smlouva	50
7 Vymezení některých pojmů	51
7.1 Dohoda	51
7.2 Ujednání	51
7.3 Definice mezinárodní úmluvy dle čl. 38 Statutu MSD	52
7.4 Smlouva	52
7.5 Vzájemný vztah definic z ust. čl. 38 Statutu MSD a z ust. čl. 2 Vídeňské úmluvy z r. 1969	56
8 Kategorizace mezinárodních smluv	58
8.1 Kategorizace z hlediska formy	58
8.1.1 Dle náročnosti formální procedury	58
8.1.2 Dle úrovně sjednání smlouvy	59

8.1.3	Dle zveřejnění	59
8.1.4	Dle počtu smluvních stran	59
8.1.5	Dle možnosti přístupu	59
8.2	Kategorizace z hlediska obsahu	60
8.2.1	Dle předmětu smlouvy	60
8.2.2	Dle postavení stran	60
8.2.3	Dle vyváženosti smlouvy	60
8.2.4	Dle trvání účinnosti	60
8.2.5	Dle funkce v rámci kontraktačního procesu	61
8.2.6	Dle počtu plnění	61
8.2.7	Dle možnosti předchozí kvantifikace plnění	61
8.2.8	Dle normativního obsahu	61
9	Vznik smlouvy	63
9.1	Vyjednávání a příprava textu smlouvy	63
9.2	Vznik smlouvy jako takový	63
9.2.1	Osoby jednající na účet státu	64
9.2.2	Přijetí textu smlouvy	64
9.2.3	Autentifikace textu smlouvy	65
10	Platnost smluvních norem	66
10.1	Nabytí platnosti smlouvy	66
10.2	Výhrady	69
10.2.1	Učinění výhrady	70
10.2.2	Přijímání výhrad, námitky k nim a účinek výhrady	70
10.3	Nedostatky v platnosti	71
10.3.1	Nicotnost	71
10.3.2	Absolutní neplatnost	71
10.3.3	Relativní neplatnost	71
11	Účinnost smluvních norem	73
12	Pozbytí platnosti a účinnosti, suspendování	74
IV	Mezinárodní obyčej	77
13	Teoretické základy mezinárodního obyčeje	78
13.1	Teorie jednoho konstitutivního prvku	78
13.1.1	Teorie okamžitého obyčeje	78
13.1.2	Teorie objektivizovaného obyčeje	79
13.2	Teorie dvou konstitutivních prvků	80

13.3	Obyčej a zvyklost	81
13.4	Vymezení pojmů praxe a jednání	82
13.5	Praxe, zvyklost a obyčej; vymezení pojmu zvyklost	83
13.6	Obyčej jako pramen formální i procedurální	84
13.7	Formalizovaná vyjádření obyčeje a jejich vzájemné vztahy	86
13.8	Otázka vzniku mezinárodního obyčeje	87
14	K jednotlivým prvkům	91
14.1	Usus longaevus	91
14.1.1	Požadavky na samotné jednání	91
14.1.2	Požadavek opakovanosti	93
14.1.3	Požadavek nepřetržitosti	93
14.1.4	Požadavek stejnorodosti	94
14.1.5	Požadavek rozšířenosti a reprezentativnosti	94
14.1.6	Požadavek dlouhodobosti	95
14.2	Opinio necessitatis	96
15	Partikulární obyčej	97
16	Zánik obyčeje	98
V	Kodifikace a pokrokový rozvoj	99
17	Vymezení pojmů	100
17.1	Kodifikace	100
17.2	Pokrokový rozvoj	101
17.2.1	Otázka překladu	101
17.2.2	Definice	101
17.3	Vztah kodifikace a pokrokového rozvoje	101
18	Infrastruktura	103
18.1	Instituce zabývající se kodifikací	103
18.1.1	Komise pro mezinárodní právo	103
18.2	Kodifikační instrumenty	104
18.2.1	Vztah kodifikační smlouvy k obyčejovému právu	104
VI	Vzájemný poměr mezinárodní smlouvy a mezinárodního obyčeje	106
19	Porovnání obou základních pramenů	107

20 Vliv smlouvy na obyčej	109
20.1 Souhlasné působení obou pramenů	109
20.1.1 Smlouva deklaratorní	109
20.1.2 Vykrytalizování skrze smlouvu	109
20.1.3 Vliv smlouvy v průběhu procesu formování obyčeje . .	110
20.2 Rozporné působení obou pramenů	110
20.2.1 Změna obyčeje smlouvou	110
20.2.2 Rozdělení praxe a souběžná existence dvou obyčejových norem	110
20.2.3 Prostá derogace obyčeje	111
21 Vliv obyčeje na smlouvu	112
21.1 Souhlasné působení obou pramenů	112
21.1.1 Obyčej následný	112
21.1.2 Vstup pro kodifikaci	113
21.2 Rozporné působení obou pramenů	113
21.2.1 Změna smlouvy obyčejem	113
22 Otázka hierarchie mezi obyčejem a smlouvou	114

Část I

Obecná východiska

Kapitola 1

Mezinárodní právo veřejné

Obtížná uchopitelnost MPV MEZINÁRODNÍ PRÁVO VEŘEJNÉ je fenomén v čase velice proměnlivý. S ohledem na jeho zcela zásadní metamorfózy je jeho korektní definování záležitostí poněkud svízelnou. Jeho velmi výraznou vlastností je právě jeho proměnlivost, a proto začneme jeho popis odtud.

Především je třeba si povšimnout *způsobu*, jakým k jeho proměnám dochází. Ač jde kolikrát o změny dosti výrazné, probíhají zpravidla velice pozvolna, dá se říct až *evolučně*. Spolu s tím také přibývá věcných »agend«, které spadají do okruhu ovládaného mezinárodním právem veřejným, byť byly dříve pevně uhnížděny ve SFÉŘE VOLNOSTNÍ. Při takovémto přechodu ze stavu původního do stavu nového ovšem zůstává převážná část stavu původního zachována. Původní korpus je modifikován pouze částečně a zároveň je na něj »naroubována« určitá nová oblast. Lze tedy říci, že proměny mezinárodního práva veřejného v čase mají nejen charakter evoluční, ale také *inkrementální*.

Při seznání inkrementálního charakteru proměn mezinárodního práva veřejného je potom nasnadě otázka, zda by bylo možné nalézt nějaký jeho INVARIANT. Ač je celá řada jeho dodnes používaných institutů velmi starobylá, je nanejvýš sporné, zda lze hovořit o invariantu. Troufnu si však tvrdit, že nejde *diferentium specificum*. Z tohoto důvodu jsem se rozhodl pojem mezinárodní právo veřejné jako takové nedefinovat a blíže se věnovat pouze jeho současnému stavu.

Kapitola 2

Soudobé mezinárodní právo veřejné

Definice soudobého MPV jeho obsahem SOUDOBÉ MEZINÁRODNÍ PRÁVO VEŘEJNÉ – současný stav mezinárodního práva veřejného – se „definuje svým obsahem“.¹ Na následujících stránkách budou popsány jeho nezbytné základní obsahové axiomy.²

2.1 Subjekty soudobého mezinárodního práva veřejného

2.1.1 Pojem subjektivity

Subjektivita – status Tuto poněkud kontroverzní otázku bude vhodné začít vysvětlením pojmu SUBJEKTIVITA V MEZINÁRODNÍM PRÁVU VEŘEJNÉM.

Jako první způsob chápání subjektivity v mezinárodním právu veřejném (*international legal personality*) uvedu pojetí zastávané Colinem Warbrickem³ a Lassou Oppenheimem. *Subjektivita se zde chápe jako vymezení*

¹Tento obrat používá, byť v jiné souvislosti, Malenovský, viz malkkk, str. 242. Abych byl skutečně exaktní, bylo by možné jej konstruovat zcela nezastřeně jako PRIMITIVNÍ POJEM, nicméně vzhledem k předmětu, tradicím tohoto vědního oboru, jakož i rozsahu a zaměření práce jsem si od toho dovolil upustit. Následující pasáž je tedy, v duchu maximy *omnis definitio periculosa*, spíše než korektním zavedením pojmu, popisem jeho obsahu.

²Ve smyslu koherentním k zavádění primitivních pojmů; nejde tedy o žádný odkaz na *iusnaturalismus*.

³WARBRICK, C. in EVANS, Malcolm D., ed. *International law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. lxiii, 833 s. ISBN 0-19-928270-6., str. 229

určité kategorie, z příslušnosti k níž přímo vyplývají práva a povinnosti.⁴ Určité kvality subjektu tedy plynou přímo z příslušnosti ke skupině, již jsou bez rozdílu sdíleny. Jestliže jistá entita nabyde povahy státu, získá tím bez dalšího určitá práva a povinnosti. Oppenheim mezi taková základní práva států řadí: rovnost, důstojnost, nezávislost, územní a osobní (politickou) suverenitu, odpovědnost,⁵ právo na existenci, sebezachování, dobré jméno a pověst, držení a obsazování území a mezinárodní styk.⁶ Tento okruh práv a povinností automaticky a bezvýjimečně vyplývší z náležitosti k jím stanovené množině budu dále označovat slovem STATUS. Ten je potom výchozím bodem, od něž se dále odvíjí PRÁVNÍ POSTAVENÍ (*position*) konkrétního, individuálního státu tak, jak jej »modeluje« ve vztahu s ostatními.

Subjektivita – způsobilost Alespoň v české vědě mezinárodního práva veřejného ovšem převažuje pojetí jiné. Jeho kořenem je poradní stanovisko MSD OSN ze dne 11. dubna 1949 ve věci *Náhrady škod utrpěných ve službách OSN* se svým známým *dictem*: „Subjekty žádného právního systému nemusí být nutně stejné, co do své povahy a rozsahu svých práv; jejich povaha závisí na potřebách společenství.“⁷ Z něj se dovozuje, že lepším kritériem jsou způsobilosti konkrétních v úvahu přicházejících aktérů, dobře známé coby pojmy práva vnitrostátního.

V prvé řadě jde o ZPŮSOBILOST K PRÁVŮM A POVINNOSTEM. Dále ZPŮSOBILOST K PRÁVNÍM ÚKONŮM. Hovoří se též o ZPŮSOBILOSTI PROCESNÍ. V této práci nás bude zdaleka nejvíce zajímat ZPŮSOBILOST NORMOTVORNÁ, tedy možnost podílet se vlastními úkony na vlastní účet na tvorbě pravidel mezinárodního práva veřejného. Konečně se na tomto místě uvádí

⁴ „So, identifying an entity as a State, as a legal person, identifies it as a member of a category, a category of legal persons who share legally-defined qualities—because they are States, they all have certain rights, duties, powers and immunities.“ – viz WARBRICK, C. in EVANS, Malcolm D., ed. *International law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. lxiii, 833 s. ISBN 0-19-928270-6., str. 229

⁵ „All these qualities constitute as a body the international personality of a State, and international personality may therefore be said to be the fact, involved in the very membership of the community of nations, that equality, dignity, independence, territorial and personal supremacy, and the responsibility of every State are recognized by every other State.“ – viz OPPENHEIM, L. *International law - vol. I - peace: <<a>> treatise*. 8th ed. London: Longmans, 1955. 1071 s., str. 262

⁶ „Such rights were chiefly enumerated as the rights of existence, of self-preservation, of equality, of independence, of territorial supremacy, of holding and acquiring territory, of intercourse, and of good name and reputation.“ – viz OPPENHEIM, L. *International law - vol. I - peace: <<a>> treatise*. 8th ed. London: Longmans, 1955. 1071 s., str. 259

⁷ „The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community.“ – viz *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, str 178

také VÝSADY A IMUNITY, jakož i SAMOSTATNÉ VYNUCOVÁNÍ POVINNOSTÍ A APLIKACE PRAVIDEL mezinárodního práva veřejného.

Dle vyhovění uvedeným požadavkům lze jednotlivé aktéry rozprostřít do široké škály. Výšeč této škály, o které je možno hovořit jako o subjektech soudobého mezinárodního práva veřejného lze přitom ohraničit mnoha způsoby. *S ohledem na zaměření práce se soustředíme na kritérium způsobilosti normotvorné.*

2.1.2 Subjekty konkrétně

Výčet a stručná charakteristika Na tomto místě bude podán stručný výčet, který si neklade nároky na úplnost, splolu s velmi stručnou charakteristikou zaměřenou především na způsobilost normotvornou.

- A. *Státy* – Do této kategorie subjektů mezinárodního práva veřejného spadají jednotky vykazující tři prvky, totiž státní území, státní lid a veřejnou moc nad oběma předešlými. Subjekům z této kategorie vznikají všechny požadavky výše uváděné z jejich samého statusu.⁸
- B. *Svatý stolec* – Jeho zvláštní postavení je dáno historicky. V zásadě o něm platí totéž, co o státech.
- C. *Mezinárodní mezinárodní organizace* – Mezinárodní organizace jsou zřizovány mezinárodní smlouvou - STATUTEM. Nenabývají bez dalšího výsad a imunit, proto jsou jim tyto poskytovány na smluvním základě. Jejich povaha je determinována jejich statutem, který stanoví i rozsah jejich případné způsobilosti uzavírat mezinárodní smlouvy.
- D. *Povstalecká hnutí* – Povstalecké hnutí je subjektem dočasným. Jeho normotvorná způsobilost se omezuje toliko na uzavírání mezinárodních smluv.⁹

2.1.3 Problém přičitatelnosti

Vysvětlení pojmu přičitatelnost Velice telegraficky zmíním ještě pojem PŘIČITATELNOSTI. Vzhledem k tomu, že subjekty mezinárodního práva

⁸Menší výhradu je zřejmě namístě učinit pokud jde o způsobilost procesní. Ze samého statusu totiž státům v žádném případě *neplyne povinnost podřídit se jurisdikci soudního či arbitrážního orgánu.*

⁹ČEPELKA, Čestmír a ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2008. xli, 840 s. Právnícké učebnice. ISBN 978-80-7179-728-9., str. 76

jsou vesměs osoby fiktivní, vyvstává problém, jaké jednání lze považovat za jednání jejich. Každého jednání se dopouští určitá osoba fyzická. To platí i o jednání osob fiktivních (právnických). Vyvstává tedy otázka, které jednání kterých fyzických osob nutno považovat za jednání osoby fiktivní.

Obecně lze říci, že záleží na celé řadě faktorů. V první řadě na povaze subjektu (osoby fiktivní), dále na povaze jednání a jeho způsobu provedení, ale i na konkrétních okolnostech daného případu. V dalším textu se problému přičitatelnosti v konkrétnější rovině ještě dotknu.

2.2 Normativní páteř soudobého mezinárodního práva veřejného

Obecně Pod obratem **NORMATIVNÍ PÁTEŘ SOUDOBÉHO MEZINÁRODNÍHO PRÁVA VEŘEJNÉHO** se skrývají zásady ležící v samých základech soudobého univerzálního mezinárodního práva veřejného, jsa jeho jeho nejdůležitější částí.¹⁰ V těchto základních zásadách se odrážejí podstatné rysy soudobého mezinárodního práva veřejného.¹¹

Zásady dle Deklarace zásad přátelských vztahů a spolupráce mezi státy Všeobecně uznávaný, konečný katalog základních zásad neexistuje, nejprestižnější z nich však sestavilo, vyhlásilo a konkretizovalo jednomyslně Valné shromáždění OSN v *Deklaraci zásad přátelských vztahů a spolupráce mezi státy* v roce 1970.¹² Všechny jsou zakotveny již v Chartě OSN, nicméně shora uvedenou deklarací byly obecné formulace Charty zpřesněny. Jde o těchto sedm zásad:

- A. *Zákaz použití síly a hrozby silou* – Ač se v mezinárodním právu veřejném již dávno tradovala přirozenoprávní doktrína *bellum iustum*, ještě mezi dvěma světovými válkami byla tato považována za dovolený prostředek mezinárodní politiky. V roce 1928 byl v Paříži uzavřen tzv. Briand-Kellogův pakt, kterým signatářské státy odsuzují válku a zříkají se jí coby prostředku státní politiky ve svých vzájemných vztazích¹³ a o rok později se obsahově shodný závazek projevuje v Moskevském protokolu. Po

¹⁰POTOČNÝ, Miroslav a ONDŘEJ, Jan. *Mezinárodní právo veřejné: zvláštní část*. 6., dopln. a přeprac. vyd. Praha: C.H. Beck, 2011. xxii, 533 s. Právnícké učebnice. ISBN 978-80-7400-398-1., str. 2

¹¹malkkk, str. 244.

¹²malkkk, str. 244.

¹³„The High Contracting Parties solemnly declare in the names of their respective peoples that they condemn recourse to war for the solution of international controversies, and

proběhnuvší válce byla tato zásada vtělena do Charty OSN. Tak se stala součástí oné »páteře« soudobého mezinárodního práva veřejného.

- B. *Zásada mírového urovnávání sporů* – V podstatě identickou genezi jako zákaz použití síly a hrozby silou má i zásada mírového urovnávání sporů. Dalo by se říci, že je druhou stranou téže mince. Jestliže je totiž zapovězena válka, nezbývá než spory řešit cestou mírovou.
- C. *Zásada nevměšování* – Historie zásady nevměšování sahá mnohem dále, než je tomu v případě dvou zásad předchozích. Je přímým důsledkem státní suverenity. „Podle této zásady žádný stát nesmí použít hospodářská, politická nebo jiná opatření, ani povzbuzovat k jejich použití s cílem donutit jiný stát, aby podřídil výkon svých práv intervenujícímu státu, nebo s cílem získat pro sebe intervencí výhody jakéhokoli druhu (např. vojenské nebo hospodářské).“¹⁴
- D. *Zásada spolupráce států* – Státy mají povinnost vzájemné spolupráce bez ohledu na odlišnosti jejich politického, hospodářského a společenského zřízení, zejména za účelem udržení mezinárodního míru a bezpečnosti. Jde o pravidlo velmi obecné, poněkud připomínající *ius imperfectum*¹⁵ Christiana Wolffa. Lowe nicméně poznamenává, že jeho význam spočívá v odmítnutí ideje »obracení světa na víru pravou«, ať už je jí skutečné náboženství, jako třeba islám, či politické ideologie s univerzalistickými ambicemi, mezi něž lze řadit ku příkladu komunismus.¹⁶
- E. *Zásada sebeurčení národů* – Pod slovy ZÁSADA SEBEURČENÍ NÁRODŮ se už v průběhu historie skrývalo ledacos.

SEBEURČENÍ jest přesným překladem cizojazyčného slova AUTONOMIE. Autonomie znamená tolik jako SVÉ-

renounce it, as an instrument of national policy in their relations with one another.“ – viz The General Treaty for the Renunciation of War, signed at Paris, August 27, 1928 (čl. I). – k dispozici na <http://avalon.law.yale.edu/20th_century/kbpact.asp>

¹⁴POTOČNÝ, Miroslav a ONDŘEJ, Jan. *Mezinárodní právo veřejné: zvláštní část. 6.*, dopln. a přeprac. vyd. Praha: C.H. Beck, 2011. xxii, 533 s. Právnické učebnice. ISBN 978-80-7400-398-1., str. 6

¹⁵Bliže viz DAVID, Vladislav. *Historie mezinárodního práva a jeho vědy*. 1. vyd. Praha: Alek, 1991. ISBN 80-85341-20-4., str. 61

¹⁶LOWE, Vaughan. *International law*. 1st pub. Oxford: Oxford University Press, 2007. xxv, 298 s. Clarendon law series. ISBN 978-0-19-926884-9., str. 110 an

ZÁKONNOST. SVÉZÁKONNÝM nazýváme toho, kdo dle vlastní svobodné vůle může, smí, má nárok *upraviti* (určiti) si svůj osud. Jeho protikladem jest tudíž ten, jehož osud může, smí, má nárok upraviti vůle *cizí*. . . Špatně by chápal dosah sebeurčovacího práva národů, kdo by se domníval, že na základě tohoto hesla lze a dlužno jen *jednou pro vždy* sestrojiti a ustáliti státní útvary. Takovýmto způsobem byla chápána všechna předcházející hesla mezinárodní politiky; odtud jejich konzervativnost a zásadní ztrnulost jejich výtvorů, o níž jsme se již zmínili. Naproti tomu jest sebeurčení národů normou, která žádá trvale uplatňování a stává se aktuální, jakmile *změní* se skutečně předpoklady. (zvýraznění původní)

— WEYR, FRANTIŠEK. *Soudobý zápas o nové mezinárodní právo*. V BRNĚ: <<A.>> PÍŠA, 1919. XV, 194 s., STR. 103

AN

Předcházejícím úryvkem jsem se pokusil ilustrovat úvahy prof. Weyra, nikoli o SEBEURČENÍ, nýbrž o SEBEURČOVÁNÍ národů, a sice pomocí procesu více méně kontinuální delimitace potřebného prostoru a změn hranic, arbitrárně prováděného SVAZEM STÁTŮ, SVAZEM NÁRODŮ, či NADSTÁTEM, jak autor nazývá svou vysněnou instituci, která ovšem nevznikla, to vše v závislosti na potřebách jednotlivých národů se zvláštním zřetelem k jejich početnosti. Mezinárodní vývoj se ovšem vydal cestou onačejší, cestou jednorázového vyčerpání sebeurčovacího práva, a to jak v případě poválečného uspořádání a vzniku ČSR, tak v případě pozdější dekolonizace. Každopádně otázka sebeurčení národů zůstává i nadále matérií obtížnou a dosud nikoli zcela vyjasněnou.

- F. *Zásada svrchované rovnosti* – Zásada svrchované rovnosti má několik dimenzí. Tou první je státní svrchovanost. Druhou potom rovnost mezi těmito svrchovanostmi nadanými jednotkami. Spočívá v rovnosti států v jejich suverenitě, tj. že suverenita každého státu má zásadně stejnou hodnotu a obsah, a šířeji v jejich rovnosti ve statusu. Sama myšlenka statusu lze shrnout jako myšlenka konstrukce subjektů, ač nikoli identických, přesto

naplňujících stejné definiční znaky, skrze které jsou na kvalitativně stejné úrovni. Rovností mezi státy je míněna rovnost právní (kvalitativní), nikoli rovnost ku příkladu ekonomická, vojenská, územní atd. (úplná stejnorodost). Suverenita se projevuje zejména právem svobodné volby a rozvoje svého politického, společenského, hospodářského a kulturního zřízení. Každý stát požívá práv plynoucích z plné suverenity.¹⁷

- G. *Zásada poctivého dodržování mezinárodních závazků* – Význam zásady poctivého dodržování mezinárodních závazků je nutno hledat především ve stvrzení závažnosti mezinárodního práva veřejného. S tím jde ruku v ruce také skutečnost, že primární pravidla soudobého mezinárodního práva veřejného zásadně nepozbývají platnosti jejich porušením. S ohledem na zaměření práce lze konstatovat, že nás tato zásada bude více či méně provázet až do jejího konce.

Tři další Aníž bych měl v úmyslu zpochybňovat autentičnost výše uvedené Deklarace zásad přátelských vztahů a spolupráce mezi státy, přesto bych si dovolil poukázat na další tři zásady, které jistě taktéž patří mezi základní axiomy soudobého mezinárodního práva veřejného. Jde o:

- A. *Svoboda moří* – Svobodu moří proklamoval již Hugo Grotius. Tato zásada nebyla uznávána vždy. Na základě dvou papežských bul Alexandra VI. (1493) uzavřely o rok později Španělsko a Portugalsko Tordesailleskou smlouvu, kterou si mezi sebou všechna moře rozdělily. Roku 1608 vyslovil Grotius ve svém díle *Mare liberum sive de Iure quod Batavis competit ad Indicana Commercium* tezi: „Jelikož je moře právě tak nezpůsoblivé pro fyzické přivlastnění jako vzduch, nemůže být přiděleno do držení žádnému státu“.¹⁸ Chápal tedy moře jako *RES EXTRA COMMERCIUM*. Dnes je tato zásada, jedním ze základních principů kodifikační úmluvy UNCTLOS z roku 1982.
- B. *Zásada jednomyslnosti velmocí* – Zásada jednomyslnosti velmocí se vynořila ke konci druhé světové války. Byla nadnesena americkou delegací na jaltské konferenci. Na konferenci v San

¹⁷POTOČNÝ, Miroslav a ONDŘEJ, Jan. *Mezinárodní právo veřejné: zvláštní část. 6.*, dopln. a přeprac. vyd. Praha: C.H. Beck, 2011. xxii, 533 s. Právnické učebnice. ISBN 978-80-7400-398-1., str. 11

¹⁸Viz DAVID, Vladislav. *Historie mezinárodního práva a jeho vědy*. 1. vyd. Praha: Aleko, 1991. ISBN 80-85341-20-4., str. 33

Franciscu byla potom vzata za základní pilíř Charty OSN. „Tato rozhodnutí, jež byla přijata ve znění, navrženém zesnulým prezidentem USA Rooseveltem a jimiž chtějí nyní zástupci některých zemí otrást, vyjadřují snahu zajistit jednomyslnost velmocí, na čemž trval generalissimus Stalin, který se setkal s podporou F. Roosevelta.“¹⁹ Na různých ale ustláno neměla již na prvním zasedání Valého shromáždění, o čemž svědčí následující úryvky:

Můžeme tvrdit, že tentokrát bylo hlavním cílem anglo-amerického bloku, v němž měly dominující vliv nejreakčnější kruhy USA, podřídit Organizaci spojených národů svému konečnému vlivu, izolovat Sovětský svaz a slovanské delegace, které se kolem něho semkly, odstranit jejich účinný odpor proti reakčním tendencím a plánům, odstranit potíže, které vytváří pro anglo-americký blok na př. zásada jednomyslnosti v Radě bezpečnosti, uvolnit si ruce a zajistit si plnou svobodu jednání při uskutečňování svých úkolů, při uskutečňování všech svých „doktrin“ a „plánů“, vypočítaných na nadvládu amerických kapitalistických monopolů v Evropě a v kterékoli jiné části světa. (zvýraznění původní)

— VYŠINSKIJ, MEZINÁRODNÍ PRÁVO A MEZINÁRODNÍ ORGANISACE *in* VYŠINSKIJ, A. J. *Otázky mezinárodního práva a mezinárodní politiky*. 1. VYD. PRAHA: ORBIS, 1953. 510 s., STR. 464

Je důležité připomenout to zvláště za situace, kdy v útočných imperialistických kruzích zrají plány nové války a válečných dobrodružství. Proto je nutno říci, že přímou hrozbou míru je každý pokus otrást zásadou jednomyslnosti, a tím spíše likvidovat tuto zásadu. Není sporu o tom, že by likvidace zásady jednomyslnosti velmocí poskytla svobodu jednání útočným skupinám, které sní o světové nadvládě. Zásada jednomyslnosti, již reakční kruhy pohrdají jako „nesnesitelným a nenáviděným vetem“, jak se neostýchal prohlásit na schůzi prvního výboru kubánský delegát Belt,

¹⁹Řeč s. Vyšinského na schůzi prvního výboru Valného shromáždění z 15. listopadu 1946 *in* VYŠINSKIJ, A. J. *Otázky mezinárodního práva a mezinárodní politiky*. 1. vyd. Praha: Orbis, 1953. 510 s., str. 140

nebo jako „šilenstvím lidstva“, jak se neostýchal prohlásit zástupce novozélandské delegace, je vážnou překážkou pro uskutečnění plánů všech válečných dobrodruhů a podněcovatelů války, kteří skutečně nenávidí zásadu jednomyslnosti a napínají všechny síly, aby likvidovali tuto zásadu. (zvýraznění původní)

— ŘEČ S. VYŠINSKÉHO NA PLENÁRNÍ SCHŮZI VALNÉHO SHORMÁŽDĚNÍ Z 13. PROSINCE 1946 *in* VYŠINSKIJ, A. J. *Otázky mezinárodního práva a mezinárodní politiky*. 1. VYD. PRAHA: ORBIS, 1953. 510 s., STR. 156

Zásadu jednomyslnosti je třeba chápat jako určitý »*modus vivendi*«. Na jedné straně stojí hrozba nejtěžších utrpení způsobovaných válkami. Na straně druhé je třeba si uvědomit, že v rámci mechanismu zakotveného v kapitole VII Charty OSN může menšina členů OSN aktuálně zastoupená v její Radě bezpečnosti rozhodnout o zřejmě fatálních důsledcích pro jakýkoli stát, dokonce i nečlenský. Zásadou jednomyslnosti se toto rozhodování mění v rozhodování početní menšiny z jejíž pěti stálých členů nesmí být ani jeden proti.

- C. *Ochrana některých základních lidských práv* – Opomenout nelze ani ochranu lidských práv. Ta rovněž patří mezi cíle OSN. Na druhou stranu, je třeba značná obezřetnost při sestavování jejich seznamu. Praxe států se totiž v tomto ohledu může značně rozcházet. Na druhou stranu, alespoň určité jádro humanitárního práva patrně mezi tyto zásady přiřadit lze.

Kapitola 3

Normy soudobého mezinárodního práva veřejného

Soudobé mezinárodní právo veřejné si pochopitelně nelze představit bez NOREM. Tato kapitola tedy rovněž pojednává o materii, skrze kterou se soudobé mezinárodní právo veřejné definuje svým obsahem. Z hlediska systematiky by tedy správně náležela ke kapitole předchozí. Vzhledem k zaměření práce jsem se však rozhodl ji »povýšit« a osamostatnit.

3.1 Normy a principy

Pojem principy coby homonymum Otázka PRINCIPŮ či ZÁSAD v soudobém mezinárodním právu veřejném je jistě jednou z obtížnějších. Proto se jí dorknu pouze telegraficky. Především je třeba podotknout, že s pojmem PRINCIPY (nebo též ZÁSADY) se lze v oblasti mezinárodního práva setkat v různých významech. Čepelka a David¹ uvádějí, bez nároku na úplnost, tyto:

- A. *Přirozenoprávní principy mezinárodního práva veřejného* – První význam značí určité axiomy či postuláty vyslovované přirozenoprávními teoretiky. Pojem principy se vlastně používá jako pravidlo z oblasti *ius naturale*, v protikladu vůči pravidlům *iuris voluntaris*.
- B. *Pozitivistické principy mezinárodního práva veřejného* – V tomto významu jde o doktrinární výklad metodou zobecnění právních partikularismů, nekladoucí si ambici dovozovat z něj obecně závazné závěry. Význam takových principů spočívá v poukázání na pravidelnosti vyskytující se v partikulární smluvní úpravě,

¹V podrobnostech viz Čepelka; David, str. 100 an

nepřekračujíc oblast pedagogickou, vědeckou, či případně legislativní (v podobě vodítka při formulování textu nových smluv).

- C. *Principy mezinárodního práva veřejného jako doktrinální záznam o výkladu obecného mezinárodního práva (jeho obsahu)* – Jde o doktrinální pohled na *platné* obecné mezinárodní právo veřejné. Nauka se tu snaží vyjádřit – více či méně úspěšně – přesný obsah obyčejových norem. Vzhledem k tomu, že jde o výklad doktrinální, nelze na něj hledět jako na výklad oficiální, oficiózní či dokonce autentický.
- D. *Principy ve smyslu zobecněného doktrinálního výkladu konkrétních pravidel obecného mezinárodního práva veřejného* – V tomto smyslu jde vlastně o zkratku. Význam tkví ve zjednodušení komunikace, kdy namísto výčtu celé řady konkrétních norem použijeme jeho denotát značící totéž.
- E. *Principy vyjadřující naléhavé potřeby normotvorby* – Tento smysl vlastně žádným způsobem nepostihuje rovinu *de lege lata*, nýbrž zůstává cele v oblasti *de lege ferenda*. Nauka zde vyjadřuje vlastní názory, jaké by mezinárodní právo veřejné mělo být, ať už v celistvosti, či v nějaké konkrétní oblasti.
- F. *Obecné zásady právní* – Tentokrát se pojem principy či zásady používá ve smyslu zobecněného vyjádření shodných obsahových prvků vnitrostátních právních řádů. Vzhledem k tomu, že se obecné zásady právní považují za zvláštní pramen mezinárodního práva veřejného, bude o nich pojednáno v souvislosti s nimi .

Odlišná povaha principů? Zejména v anglofonní právní teorii se lze setkat s názory, že se určitá část právního řádu liší od norem nikoli pouze stupněm obecnosti, nýbrž také *kvalitativně*.² Aníž bych tento přístup zcela ztracoval, dovolím si jej pro účely této práce odmítnout. Pro tento problém je příznačná výrazná závislost na celkovém teoretickém pojetí vyvěrajícím z rozličných právně filosofických východisek. Právně v tom spočívá jeho komplikovanost.³ S konstatováním, že ani prof. Knapp toto dělení neuplatňoval,

²Podrobněji k tématu viz např. HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. 1. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006. 303 s. ISBN 80-86898-96-2., str. 143 an

³O komplikovanosti problému svědčí i dřívější bouřlivé diskuze nad tématem – viz Čepelka, str. 56

a že literatura z oblasti mezinárodního práva, zdá se, také nevykazuje dostatek jednoty, budu v této práci chápat principy pouze jako normy vysokého stupně obecnosti.⁴

3.2 Struktura normy mezinárodního práva veřejného

Obsah a forma norem mezinárodního práva veřejného Pojem normy je jedním z pojmů, které již byly v historii právní vědy definovány mnoha způsoby. Dalo by se říci, že co škola, to jiné pojetí normy. V poslední době nabylo v české právní vědě vrchu pojetí normy jakožto normativní, preskriptivní či regulativní ideje. Jde o přístup, který razí i Ústavní soud ČR. Tzv. formální určitost normy je považována za natolik samozřejmou, že se leckdy ani explicitně nezmiňuje. Výše uvedená definice se z tohoto důvodu hodí spíše (v závislosti na právně filosofickém přístupu) pro definování PRAVIDLA.

Norma mezinárodního práva veřejného je jednotou obsahu a formy, a to po celou dobu své existence.⁵ Proto MSD ve svém rozsudku ze dne 26. listopadu 1984 ve věci *Vojenské a polovojenské činnosti v Nikaragui a proti ní* odmítl námitku Spojených států proti jurisdikci Soudu, opírající se o jejich výhradu k jurisdikci pro případ sporů majících základ v mnohostranné smlouvě,⁶ že „skutečnost, že výše uvedené principy . . . byly kodifikovány nebo vtěleny do mnohostranných úmluv neznamena, že pozbyly své existence a použitelnosti, jakožto principy obyčejového práva, a to ani mezi státy, které jsou stranami takové úmluvy.“⁷ Obdobně v rozsudku ve věci *Pevninské mělčiny Severního moře* ze dne 20. února 1969 zkoumal Soud otázku, „. . . zda ekvidistanční princip nezačal být pokládán za pravidlo obyčejového mezinárodního práva, na jiném základě než apriorní logické nutnosti, tj. skrze prá-

⁴KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 1995. xvi, 247 s. Právnícké učebnice. ISBN 80-7179-028-1., str. 147 an

⁵Shodně malkkk, str. 221. nebo také ČEPELKA, Čestmír a ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2008. xli, 840 s. Právnícké učebnice. ISBN 978-80-7179-728-9., str. 112

⁶„disputes arising under a multilateral treaty (*sic!*), unless (1) all parties to the treaty affected by the decision are also parties to the case before the Court, or (2) the United States of America specially agrees to jurisdiction.“ – citováno dle rozsudku

⁷„The fact that the abovementioned principles, recognized as such, have been codified or embodied in multilateral conventions does not mean that they cease to exist and to apply as principles of customary law, even as regards countries that are parties to such conventions.“ – viz *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392, bod 73.

votvorný proces, a nestal se tak pro SRN, narozdíl od čl. 6 Ženevské úmluvy, sám o sobě závazným.“⁸ Jelikož mohou vedle sebe existovat obsahově shodné normy, aniž by se tím »slily« do normy jediné, musí je od sebe něco odlišovat. Tuto funkci, tedy plní jejich forma.

NORMA je tedy jednotou formy a obsahu – jejího pravidla. *Obsah – pravidlo – je samotnou podstatou normy. Vyjadřuje, co **býti má**.* Naproti tomu *forma která **jest**, existuje v reálném čase a **nese** normu jako celek.* Těsné sepětí mezi formou a obsahem ovšem vytváří novou kvalitu. Není tedy možné na ně nazírat zcela odděleně.

3.3 Hard-law a soft-law

Nastínění problematiky a otázka závaznosti V literatuře se lze čím dál tím častěji setkat s pojmy *hard-law* a *soft-law*. *Hard-law* označuje klasický korpus norem mezinárodního práva veřejného, jak o něm bude řeč dále. Pod termínem *soft-law* se potom skrývá skupina poněkud nesourodá. Již samotný pojem dává tušit, že jejich závaznost oproti *hard-law* poněkud zaostává.

Na tomto místě je zapotřebí si položit otázku, jakou povahu vlastně závaznost v soudobém mezinárodním právu veřejném má. Jde o veličinu tvořící jakési kontinuum, nebo je její charakter striktně binární? Jinými slovy, může být norma soudobého mezinárodního práva veřejného buď pouze závazná a nebo nezávazná, nebo existuje i nějaká částečná či poloviční závaznost?

Kloním se k odpovědi, *ež závaznost má charakter binární*. Konkrétní akt tedy buď závazný *je a nebo není* a nemůže být závazný jenom trošku. Na druhé straně ale státy s oblibou používají takové akty, jejichž povaha není zcela zřejmá, pohybující se tak »na hraně« mezinárodního práva veřejného. Ty potom vytváří korpus tzv. *soft-law*.⁹

Druhy aktů spadající do kategorie soft-law Jak už bylo předesláno, výraz *soft-law* je denotátem velice nesourodé skupiny aktů. Vyvstává tudíž potřeba jejich další kategorizace, a to pokud možno takovým způsobem, který vytvoří hranici mezinárodního práva veřejného. Za tímto účelem je vhodné

⁸„The conclusions so far reached leave open, and still to be considered, the question whether on some basis other than that of an a priori logical necessity, i.e., through positive law processes, the equidistance principle has come to be regarded as a rule of customary international law, so that it would be obligatory for the Federal Republic in that way, even though Article 6 of the Geneva Convention is not, as such, opposable to it.“ – viz North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark), Judgment of 20 February 1969, bod 60.

⁹Podrobněji viz Shelton in EVANS, Malcolm D., ed. *International law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. lxiii, 833 s. ISBN 0-19-928270-6., str. 180 an

zaměřit se na tu část *soft-law*, která kvalitu mezinárodního práva veřejného postrádá.

Vesměř jde o akty, kterým do kvality aktů *hard-law* něco schází. Podle toho, co je tím něčím, je můžeme klasifikovat takto:

- A. *Nedostatek normotvorné způsobilosti subjektu* – Je samozřejmé, že nemá-li někdo normotvornou způsobilost, těžko může tvořit normy. Nastávají ale situace, kdy osoba, která by mohla využít normotvornou způsobilost nějakého subjektu, jehož jménem může jednat, tak neučiní a namísto toho uzavře se svým protějškem GENTLEMANSKOU DOHODU jménem vlastním. Situace je komplikovaná tím spíše, že v historii mezinárodního práva veřejného bylo běžnou praxí, že panovníci uzavírali mezinárodní smlouvy také vlastním jménem, ovšem v duchu maximy *l'Etat, c'est moi* tím zavazovaly erár. Jde také o případ těles, která vůbec nemají normotvornou způsobilost a vydávají sice nezávazné, přesto významné akty, které mohou hrát určitou roli v rámci obyčejové normotvorby. Jako příklad lze uvést rezoluce Valného shromáždění OSN.
- B. *Nedostatek specifické formy* – V tomto případě již subjekt normotvornou způsobilostí disponuje, nicméně ji v daném případě nevyužívá. Sjednaný závazek se tak nevčlení do korpusu mezinárodního práva veřejného, ale zůstane »za dveřmi« v podobě tzv. ČISTĚ POLITICKÉHO UJEDNÁNÍ.
- C. *Nedostatek obsahu* – Zde se jedná o situaci, kdy je normotvorná způsobilost již využita, avšak pravidlo samotné je vyjádřeno natolik neurčitě nebo opatrně, že už sotva může být řeč o jeho závaznosti. Mnohdy se jedná o jakési »programové právo«, nebo RÁMCOVÉ SMLOUVY.

Dlužno ještě upozornit, že se normy, které kvality mezinárodního práva veřejného dosahují, a ty, které ji postrádají, často objevují bok po boku v rámci jediného pramene (přesněji řečeno, jejich pramen je identický).

3.4 Základní vlastnosti norem soudobého mezinárodního práva veřejného

3.4.1 Vlastnosti odvozené od formy

Existence Pojem EXISTENCE normy asi není třeba nějak zvlášť vysvětlovat. Vzniká v momentě vtělení pravidla do formy a trvá až do jejího ZÁNÍKU.

Platnost PLATNOST normy, značí její příslušnost k danému normovému souboru. Ta dosud existovala pouze v jakési zárodečné formě, tedy mimo jeho sféru. Procedurálním aktem (ve vnitrostátních právních rádech jím bývá publikace, kterou ovšem norma získává i svou formu; okamžik vzniku normy samotné a její platnosti tak splývá) se teď ale *transformuje v normu mezinárodního práva veřejného*. Pokud pramen platnosti naopak pozbyde, přestává být součástí tohoto normového souboru. Akt, který jej o platnost připraví budu dále označovat slovem ABROGACE. Abrogace může být buď GENERÁLNÍ nebo PARCIÁLNÍ, tj. pouze ve vztahu ke konkrétnímu subjektu nebo subjektům.

Účinnost ÚČINNOSTÍ se rozumí způsobilost normy působit zamýšlené následky.¹⁰ Vzhledem k povaze norem, bude zamýšleným následkem ovlivňování rozhodování jejich adresátů. Je jí tedy možné chápat, jako FORMÁLNÍ ZÁVAZNOST .

Účinnost vzniká buď v důsledku pouhého plynutí času, anebo musí přistoupit nějaká další právní skutečnost. Obecně vzato je podmínkou účinnosti normy její platnost, ovšem vyjimečně se lze setkat i se situací, kdy existující norma, která platnosti dosud nenabyla, je již účinná. Tak v případě tzv. PROZATIMNÍHO PROVÁDĚNÍ již uzavřených, ale dosud neratifikovaných smluv. Další výjimkou je tzv. ÚČINNOST DALŠÍ. V tomto případě jde o situaci, kdy norma způsobuje zamýšlené účinky v reálném čase i v době, kdy již platnosti pozbyla. Klauzuli o další účinnosti obsahují např. některé dohody o ochraně zahraničního kapitálu.¹¹ Akt, který normu účinnosti dočasně zbaví budu dále označovat slovem SISTACE.

Rozpětí Normy mezinárodního práva veřejného postrádají platnost obecnou; namísto toho *platí zásadně toliko mezi omezeným okruhem subjektů*.

¹⁰GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 4., upr. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007. 343 s. Právnícké učebnice. ISBN 978-80-7380-023-9., str. 94

¹¹malkkk, str. 249.

Tomuto omezenému okruhu budu dále říkat ROZPĚTÍ a jednotlivým subjektům z jeho středu potom SUBJEKTY NORMY. *Účinnosti norma nabývá v celém svém rozpětí; jinými slovy, účinnost normy není dělitelná.*

3.4.2 Vlastnosti odvozené od obsahu

Působnost Pojem PŮSOBNOST označuje meze použitelnosti dané normy. Rozlišujeme působnost věcnou, osobní, místní a časovou. VĚCNÁ PŮSOBNOST určuje předmět, kterého se norma týká – okruh záležitostí, na které dopadá. OSOBNÍ PŮSOBNOST vymezuje množinu entit, vůči kterým je schopna se prosadit – množinu svých ARDESÁTŮ. MÍSTNÍ PŮSOBNOST ohraničuje území, na němž se norma uplatní. Konečně PŮSOBNOST ČASOVÁ vymezuje dobu, kdy je daná norma použitelná. Pozastavení působnosti se nazývá SUSPENDOVÁNÍM. To může být buď GENERÁLNÍ nebo PARCIÁLNÍ, tj. pouze ve vztahu ke konkrétním adresátům. Typickým případem takového parciálního suspendování je DEROGACE, tedy omezení působnosti normy normou jinou, aniž by norma původní pozbyla účinnosti. Naproti tomu lze mít zato, že suspendováním generálním již norma účinnosti pozbyde a to se tak rovná sistaci.

Časová působnost je zásadně vymezena pomocí účinnosti. Z tohoto pravidla ovšem existuje výjimka – alespoň v teoretické rovině. Jde o ZPĚTNOU PŮSOBNOST (RETROAKTIVITU). V případě PRAVÉ RETROAKTIVITY jde o situaci, kdy se nějaký minulý děj posuzuje podle normy, která v té době ještě nebyla účinná. Jak uvádí Malenovský s odkazem na rozhodnutí Evropské komise pro lidská práva z roku 1996 ve věci *Brežných*, „Normy mezinárodního práva nepůsobí retroaktivně.“¹² O NEPRAVOU RETROAKTIVITU se jedná, pokud se za trvání práva či povinnosti změnil jeho nebo její obsah. Jako taková vlastně vůbec retroaktivitou není a je tedy dovolena.

Co se *osobní (personální) a prostorové (územní) působnosti* týče, je třeba podotknout, že jsou, skrze modifikaci působnosti věcné, vzájemně převoditelné. Pokud jde o samotné vymezení množiny adresátů, východiskem pro její určení bude jistě rozpětí dané normy. Všechny subjekty normy ovšem nemusí být také jejími adresáty, ať z důvodu derogace, či z důvodu obsahu normy. Na druhou stranu, norma může směřovat i vůči podřízeným entitám subjektů normy. Tím se okruh adresátů pro změnu rozšiřuje nad rámec rozpětí.

Příslušnost Pojem PŘÍSLUŠNOSTI se používá v souvislosti s interpretací. Při interpretaci uvažujeme, jakou normou se bude řídit daný konkrétní případ, ať už skutečný či hypotetický. V situaci, kdy v úvahu přichází norem

¹²malkkk, str. 249.

více, je třeba mezi nimi vybrat. O pravidlech, podle kterých v této situaci postupovat bude pojednáno dále. Normu, která v takové »konkurenci« s jinými uspěje, budeme označovat jako normu příslušnou; příslušností tedy rozumíme použitelnost pro daný konkrétní případ. Norma naopak použitelná nebude, pokud bude normou příslušnou DEROGOVÁNA.

Příslušnost je korelátem působnosti.

3.4.3 Závaznost normy

Charakteristika závaznosti Zbývá vysvětlit pojem ZÁVAZNOSTI. Jeho použití implikuje někoho, na koho norma působí – jejího adresáta. Ten pocítuje přítomnost normy jako nezbytný determinant. Jeho možnost volby norma určitým způsobem omezuje – některé volby vylučuje jako rozporné s ní. Závaznost normy tedy spočívá ve způsobilosti ovlivnit jeho rozhodování. Je silnější vlastností, než vlastnosti výše uvedené, které jsou vesměs jejími podmínkami, ovšem *nutnými, nikoli postačujícími*. Závaznost má aspekt formální a materiální. FORMÁLNÍ ZÁVAZNOSTÍ normy je vlastně její účinnost.

Z hlediska MATERIÁLNÍ ZÁVAZNOSTI je nezbytnou podmínkou také náležitý obsah normy – pravidla, které vyjadřuje. Jak vyplývá z vymezení závaznosti podaného výše, musí být způsobilá ovlivnit rozhodování. Z hlediska požadavků na obsah půjde především o dostatečnou určitost a také o určitý význam (míněno v protikladu k »opatrně formulovaným závazkům«). Splňující obě, bude norma způsobilá ovlivnit rozhodnutí adresáta.

Důvod závaznosti V souvislosti se závazností ale vyvstává především otázka, po jejím důvodu. Lze se ptát, zda je v případě všech norem z daného souboru stejný nebo dokonce společný (různé »exempláře« stejného charakteru anebo jeden jediný identický »exmplář«). Další nabízející se otázka bude směřovat k počtu takových důvodů a jejich případnému vzájemnému vztahu. A samozřejmě také k jeho či jejich charakteru. Zapomenout ale nesmíme ani na otázku po samé existenci závaznosti norem mezinárodního práva veřejného.

Formální podmínkou závaznosti normy, tzn. podmínkou závaznosti formální, je její forma. Ta propůjčuje normě existenci. K získání platnosti, včetně vymezení jejího rozpětí, je nezbytný také jistý procedurální akt. I ten je formální podmínkou závaznosti. To však k platnosti a účinnosti, stejně jako k vymezení rozpětí, samo o sobě nestačí. Otázku po formálním důvodu závaznosti normy lze tudíž převést na otázku po důvodu platnosti, rozpětí a konečně i účinnosti pramene, kterým musí být zásadně norma dřívější.

Naproti tomu materiální důvod závaznosti vytváří most mezi pravidlem obsaženým v požadované formě a SPOLEČENSKÝM BYTÍM. Je převodní

pákou mezi *law in books* a *law in action*.

Na všetečné otázky týkající se složité matérie důvodů závaznosti odpovídá velmi rozličně celá řada teorií. Spíše než do oblasti vědy mezinárodního práva veřejného spadají ovšem již do právní filosofie. Z tohoto důvodu uvedu pouze stručný výčet:¹³

- A. *Teorie příkazní* – Jde skutečně pouze o náhodu, že hned na prvním místě uvádím teorii, která závaznost mezinárodního práva veřejného popírá. Podle ní se závaznost odvozuje od příkazu suveréna zajištěného možností vynucení.
- B. *Teorie smluvní* – Podle této teorie je důvodem závaznosti mezinárodního práva veřejného souhlas jednotlivých subjektů s jeho normami. Nový subjekt tak nemůže být vázán normami dosavadními.
- C. *Teorie všeobecného souhlasu* – Další teorie v pořadí dovozuje závaznost rovněž ze souhlasu. Tentokrát jde však o jakýsi souhlas obecný, většinový. Z důvodu souhlasu dostatečně silné většiny je mezinárodním právem veřejným vázána i menšina. Nový subjekt je dle této teorie dosavadními normami vázán.
- D. *Teorie přirozeného práva* – Přirozenoprávních koncepcí existuje celá řada. Svou závaznost opírají zpravidla o rozum, lidskou přirozenost, přirozený stav a nebo boží vůli.
- E. *Ubi societas, ubi ius* – Tato teorie chápe mezinárodní právo veřejné jako cosi nutného, a proto jeho závaznost prostě *ex hypothesi* předpokládá.
- F. *Teorie dekonstrukce* – Opět teorie popírající závaznost mezinárodního práva veřejného, podle které je mezinárodní právo veřejné jakousi »kouřovou clonou«, která halí jednání, které by se tak jako tak odehrálo, do hávu právního jazyka a kulis zdánlivého podřízení se.
- G. *Hodnotově orientované teorie* – Hodnotově orientované teorie předpokládají určitý apriorní soubor hodnot, s nímž musí být každá norma souladně interpretována a aplikována.

¹³Podrobnější pojednání o této problematice lze nalézt například v DIXON, Martin. *Textbook on international law*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. xxxii, 372 s. ISBN 978-0-19-920818-0., str. 15 an K tématu se vyjadřuje i OPPENHEIM, L. *International law - vol. I - peace: <<a>> treatise*. 8th ed. London: Longmans, 1955. 1071 s., str. 3 an

- H. *Sociologizující směry* – Dle pestré škály teorií z této kategorie je zapotřebí soustředit se nikoli na *law in books*, nýbrž na *law in action*. Jejich metodologie je leckdy dosti specifická. Patrně se dá říci, že závaznost, tak jak ji chápeme zde, shledávají, řečeno slovy klasika, v **NORMATIVNÍ SÍLE FAKTICITY**.

3.5 Struktura pravidel mezinárodního práva veřejného

Popis struktury Samotná pravidla mají rovněž svoji strukturu. Právní teorie je člení na **HYPOTÉZU, DISPOZICI A SANKCI**. Hypotéza vymezuje podmínky, za kterých se uplatní dispozice, a je-li dispozice porušena, nastoupí sankce. Vztahy mezi nimi se tedy řídí následujícími vzorci:

$$H \Rightarrow D$$

$$(H \wedge \neg D) \Rightarrow S$$

Z toho tedy vyplývá, že sankce je zvláštním druhem dispozice. Jakožto takové o ni nebudu zvláště pojednávat. Dispozice je zase konkrétním vyjádřením toho, co za daných podmínek *má býti*. Z hlediska, abych tak řekl, legislativně technického, mohou být hypotéza i dispozice zformulovány celou řadou způsobů. V této záležitosti odkážu na literaturu z oboru teorie práva vnitrostátního.

Hypotéza O hypotéze však ještě drobnou poznámku učiním. Jak bylo předesláno, hypotéza vymezuje předpoklady uplatnění dispozice. Ty mohou být buď explicitně vyjádřené a nebo nevyjádřené, implicitní. Hypotéza tak může být širší, než by se ze slovního vyjádření zachyceného v prameni mohlo zdát. Mezi nevyjádřené předpoklady budou pravidelně patřit **MATERIÁLNÍ PRAMENY DANÉ NORMY**, a to i tehdy, pokud bude část hypotézy explicitně vyjádřena. Na druhou stranu, lze předpokládat, že určitá část z nich v takovém případě vyjádřena bude; materiální prameny budou tedy dílem explicitní a dílem implicitními součástmi hypotézy dané normy.

3.6 Kategorizace norem mezinárodního práva veřejného

3.6.1 Normy primární a sekundární

Normy primární a sekundární Kritériem dělení norem na PRIMÁRNÍ a SEKUNDÁRNÍ je struktura hypotézy daného pravidla. Pakliže je součástí hypotézy porušení dispozice jiného pravidla, jde o pravidlo sekundární. Ve skutečnosti lze tímto způsobem pravidla řetězit rekurzivně. O terciárních pravidlech už však nemá smysl hovořit, neboť to, že součástí jejich hypotézy tvoří předpoklad porušení pravidla *sekundárního* nepřináší žádnou novou kvalitu.

Existují systémy, které sekundární pravidla vůbec neobsahují, ku př. kodifikované divadelní žánry jakým je třeba japonské divadlo *nó*. Mezinárodní právo veřejné v minulosti znalo univerzální sekundární normu, v důsledku níž pozbývaly platnosti jeho primární normy. Dnes už tomu tak není a *normy primární v důsledku svého porušení zásadně platnosti nepozbývají*; naopak zakládají působnost norem sekundárních, které tak působí vedle nich.

3.6.2 Obecné a partikulární mezinárodní právo veřejné a dělení norem z hlediska jejich rozpětí

Rozdělení mezinárodního práva veřejného v subsystémy dle jejich společenské podstaty V bývalém Východním bloku se věda mezinárodního práva veřejného zabývala společenskou podstatou svého předmětu. Podle ní rozlišovala KAPITALISTICKÉ MEZINÁRODNÍ PRÁVO VEŘEJNÉ, vyznačující se kapitalistickou třídní povahou, dále SOCIALISTICKÉ MEZINÁRODNÍ PRÁVO VEŘEJNÉ, jehož třídní povaha byla naopak socialistická, a nakonec, třídně kompromisní, OBECNÉ MEZINÁRODNÍ PRÁVO VEŘEJNÉ.¹⁴ Většina socialistických států ovšem privatizací zanikla,¹⁵ zejména pak jejich vůdčí mocnost – Sovětský svaz, a zařadila se mezi skupinu států kapitalistických. Z tohoto důvodu lze mít zato, že soudobé mezinárodní právo veřejné je opět *třídně monolitní*. Kritérium uvedeného dělení tedy odpadlo. Avšak s pojmem obecné mezinárodní právo se lze setkat i nadále.

Dělení norem z hlediska jejich rozpětí Podle rozpětí lze v první řadě vydělit normy, do jejichž rozpětí spadají takřka všechny státy. Ty se nazývají jako NORMY OBECNÉ. Naproti tomu normy s rozpětím užším jsou NORMY

¹⁴V podrobnostech viz Čepelka; David, str. 18

¹⁵„Socialistický stát, který by znárodnění neprovedl, neměl by charakter socialistického státu.“ – viz Čepelka; David, str. 108

PARTIKULÁRNÍ. Korpus norem obecných se potom nazývá OBECNÉ MEZINÁRODNÍ PRÁVO VEŘEJNÉ a korpus norem zbylých, tedy partikulárních, PARTIKULÁRNÍ MEZINÁRODNÍ PRÁVO VEŘEJNÉ.

Mezi normami obecnými se dá najít takové, jejichž subjekty jsou všechny státy bez výjimky. Ty se nazývají UNIVERZÁLNÍ NORMY.¹⁶ Rozpětí norem partikulárních zase často pokrývá určitou geografickou oblast, proto se jim říká NORMY REGIONÁLNÍ. Konečně se lze setkat s označením LOKÁLNÍ NORMY, jejichž subjekty jsou navzájem sousedící státy.¹⁷

3.6.3 Normy hmotné a procesní

Vytyčení kritéria Pro každé dělení je nutné nějaké kritérium. Kritérium dělení norem na hmotné a procesní bude tkvět v pojmu PROCES. Etymologicky vzato pochází tento termín z latinského *procedere* či *processus* a jeho obecným významem je určitý POSTUP. „V právní oblasti se pod pojmem PROCES rozumí POSTUP některých právních subjektů, vedoucí k dosažení právních následků.“¹⁸ (první zvýraznění původní, druhé přidáno autorem) Tato definice je ovšem »přesazena« z práva vnitrostátního, proto je zapotřebí učinit poznámku týkající se subjektů. Vzhledem ke způsobu definování pojmu SUBJEKTY se nabízí otázka, zda je na místě redukovat rozsah pojmu proces toliko na subjekty ve smyslu definice obsažené v této práci, či pod něj zahrnout veškeré entity nadané způsobilostí k právům a povinnostem dle soudobého mezinárodního práva veřejného. Kromě toho je uvedena definice už tak právě v tomto pojmu neostrá. Jeho rozsah tedy žádá další upřesnění.

Jak poznamenává tatáž učebnice,¹⁹ pojem proces lze dourčit v podstatě trojím způsobem.

Do první skupiny patří pojetí, která ve shodě se sémantickým významem termínu PROCES za něj považují každý právní postup. Proces v tomto pojetí (nejvíce je vyhraněno normativní teorií) je vše, čím vznikají a vyvíjejí se právní vztahy, jakož i práva a povinnosti jako složky jejich obsahu. Naproti tomu právo hmotné se týká obsahu těchto právních vztahů. Při důsledném domyšlení

¹⁶OPPENHEIM, L. *International law - vol. I - peace: <<a>> treatise*. 8th ed. London: Longmans, 1955. 1071 s., str. 5

¹⁷malkkk, str. 222 an.

¹⁸WINTEROVÁ, Alena a kol. *Civilní právo procesní: vysokoškolská učebnice: doplněné o předpisy evropského práva*. 6., aktualiz. vyd. Praha: Linde, 2011. 711 s. Vysokoškolské právnické učebnice. ISBN 978-80-7201-842-0., str. 32

¹⁹WINTEROVÁ, Alena a kol. *Civilní právo procesní: vysokoškolská učebnice: doplněné o předpisy evropského práva*. 6., aktualiz. vyd. Praha: Linde, 2011. 711 s. Vysokoškolské právnické učebnice. ISBN 978-80-7201-842-0., str. 32

tohoto pojetí nejsou procesem jen právní řízení před státními orgány, ale je jím i postup vedoucí k uzavření smlouvy anebo jednání orgánů obchodních společností.

Druhé pojetí nepovažuje za proces každý právní postup, ale pouze takový, jehož se účastní státní orgán s cílem vydat vykonatelné rozhodnutí. Toto pojetí, ztotožňující proces s řízením před státním orgánem, všeobecně převládá, a to nejen v naší právní teorii. Uspokojivé je zejména tím, že překonává »bez břehost« prvního pojetí, že vyžaduje, aby jedním ze subjektů byl státní orgán, což ovlivňuje povahu právních vztahů, a konečně, že výsledkem má být určité autoritativní řešení.

Konečně je možné chápat proces jako zvláštní právní vztah (soubor právních vztahů, komplexní právní vztah) existující vedle a mimo vztahy hmotněprávní, pro který je charakteristická autoritativní účast tzv. NEZÚČASTNĚNÉHO TŘETÍHO. Toto pojetí je typické pro většinu soudních řízení. Situace trojstranného vztahu však nenastává u některých řízení nesporných a je v podstatě cizí řízení správnímu. Jednotlivé prvky trojstranného vztahu je však možné legislativně »dotvořit«; to se děje např. ve správním soudnictví, při němž se orgán, který až dosud rozhodval, stává jednou ze stran, což umožňuje účast soudu jako nezúčastněného třetího. (zvýraznění původní)

— WINTEROVÁ, ALENA A KOL. *Civilní právo procesní: vysokoškolská učebnice: doplněné o předpisy evropského práva*. 6., AKTUALIZ. VYD. PRAHA: LINDE, 2011. 711 s. VYSOKOŠKOLSKÉ PRÁVNICKÉ UČEBNICE. ISBN 978-80-7201-842-0., STR. 32

S ohledem na zvláštní povahu soudobého mezinárodního práva veřejného, jakož i zaměření práce, bude vhodné »vypůjčit si« pojetí první. Zbývá ještě vyřešit přípustný rozsah osob, jak bylo předestřeno výše. V této práci zahrnu pod pojem proces každý právní postup veškerých entit nadaných, dle soudobého mezinárodního práva veřejného, způsobilostí k právům a povinnostem, vedoucí k dosažení následků, které s nimi soudobé mezinárodní právo veřejné spojuje. *Rozhodující je tedy pouze obsah norem vykazující se svým **algoritmickým charakterem**.*

Rozdělení samotné Nyní se již dělení podává samo. Normy obsahující *pravidla* ALGORITMICKÉHO *charakteru* budou tedy NORMAMI PROCESNÍMI, zatímco normy zbylé NORMAMI HMOTNÝMI.

3.6.4 Normy kogentní a dispozitivní a možnost jejich derogace

Kontroverze ohledně existence ius cogens Dříve než přistoupíme k dělení na normy kogentní a normy dispozitivní, je třeba podotknout, že toto téma nepostrádá kontroverze. V první řadě je třeba si položit otázku, zda vůbec v soudobém mezinárodním právu veřejném existuje něco, jako KOGENTNÍ NORMY.

Jak uvádí Shelton,²⁰ v případě MSD se tento termín objevuje pouze v disentech a separátních vótech; státy vznášejí tuto otázku toliko vyjíměčně a když už tak učiní, Soud se zdráhá k tématu jakkoli vyslovovat. Jako příklad omezeného praktického dosahu *ius cogens* uvádí i rozhodnutí ve věci *Zatýkacího rozkazu* ze dne 14. února 2002.²¹ Upozorňuje také na skutečnost, že právě tento problém rozdělil Vídeňskou konferenci o smluvním právu ve dvě. Silné podpory se kogentním normám dostávalo z Východního bloku a čerstvě dekolonizovaných zemí. Naopak, státy západní hlasovaly proti přijetí příslušných ustanovení a zdráhaly se kvůli nim Úmluvu ratifikovat. Totéž se odehrávalo i v případě Vídeňské úmluvy z roku 1986.²² Ani jedna z Úmluv nebyla dodnes ratifikována Francií ani Spojenými státy.²³

Naproti tomu lze na podporu jejich existence citovat některá rozhodnutí jiných judiciálních a parajudiciálních orgánů, která se k problému staví kolikrát velice aktivisticky a vytváří tak dosti extenzivní katalogy kogentních norem.²⁴ Také Komise pro mezinárodní právo se o *ius cogens* velmi zasazuje, ku př. v Článcích o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní chování. Především se ale lze opřít o čl. 53 a 64 Vídeňské úmluvy o smluvním právu z r. 1969.

Dá se tedy říci, že *ius cogens*, čili tzv. IMPERATIVNÍ NORMY, v soudobém mezinárodním právu veřejném patrně existují. Na druhou stranu je

²⁰ „At the International Court of Justice the term appears only in separate or dissenting opinions; States rarely raise the issue and when they do the Court seems to take pains to avoid any pronouncement on it.“ – viz Shelton in EVANS, Malcolm D., ed. *International law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. lxiii, 833 s. ISBN 0-19-928270-6., str. 167

²¹ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment of 14 February 2002

²² Shelton in EVANS, Malcolm D., ed. *International law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. lxiii, 833 s. ISBN 0-19-928270-6., str. 166

²³ <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XXIII&chapter=23&Temp=m>
<http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-3&chapter=23&lang=en>

²⁴ Podrobněji viz Shelton in EVANS, Malcolm D., ed. *International law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. lxiii, 833 s. ISBN 0-19-928270-6., str. 168 an Podobně také malkkk, str. 232-233.

zapotřebí zvýšená obezřetnost při sestavování jejich katalogů. Koneckonců, i rezervovaný postoj některých států k imperativním normám lze patrně interpretovat především jako obavy před rapidním nárůstem počtu takových norem, jejichž dlouhé katalogy vytvořily některé státy, ale i několik judiciálních a parajudiciálních orgánů, stejně jako nikoli nevýznamná část právní vědy. Je tedy namístě učinit výhradu vůči přehlňování příhrádky imperativních norem. Jak poznamenává Brownlie, větší podpory se dostává existenci samé kategorie, než jejím jednotlivým obsahovým prvkům.²⁵

Kontroverze ohledně obsahu *ius cogens* (imperativních norem) Tím jsme se plynule dostali k obsahu *ius cogens*. S ohledem na zaměření práce učiním pouze stručnou poznámku. Jak bylo předestřeno výše, imperativní normy jsou v soudobém mezinárodním právu *něčím zcela vyjímečným*. Široké shody se dostává ohledně zákazu použití a hrozby silou. Také některé základní normy v oblasti práva humanitárního lze mezi kogentní normy zařadit. Naproti tomu kogentní charakter závazků v oblasti ochrany životního prostředí MSD ve svém rozsudku ve věci *Gabčíkovo-Nagymaros*²⁶ odmítl.²⁷

Dělení norem na dispozitivní a kogentní Nyní se konečně dostáváme k vymezení kritéria dělení na normy kogentní a dispozitivní. Vyjděmež z čl. 53 a 64 Vídeňské úmluvy:

Článek 53

Smlouvy, které jsou v rozporu s imperativní normou obecného mezinárodního práva (ius cogens)

Každá smlouva, která v době svého uzavření je v rozporu s imperativní normou obecného mezinárodního práva, je nulitní. Pro účely této úmluvy je imperativní normou obecného mezinárodního práva norma přijatá a uznaná mezinárodním společenstvím států jako celkem za normu, od níž není dovoleno se odchýlit a která může být změněna pouze novou normou obecného mezinárodního práva stejné povahy.

²⁵ „... more authority exists for the category of *jus cogens* than exists for its particular content ... (zvýraznění původní)“ – BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. Oxford: Clarendon Press, 1990. 748 s. ISBN 0-19-825639-6., str. 516-517

²⁶Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment of 25 September 1997, bod

²⁷ŠTURMA *in* Mezinárodní právo na přelomu tisíciletí / Pavel Šturma. – Vyd. 1.. – V Praze : Karolinum, 1999. – 115 s., str. 23

Článek 64

Vznik nové imperativní normy obecného mezinárodního práva (ius cogens)

Vznikne-li nová norma obecného mezinárodního práva, každá smlouva, která je v rozporu s touto normou, se stane neplatnou a zanikne.

— VÍDEŇSKÁ ÚMLUVA O SMLUVNÍM PRÁVU Z R. 1969

Předně zde máme jakousi legální definici. Dle této definice se od imperativní normy není dovoleno odchytil. To samo o sobě není nikterak zásadní průlom. Implikovalo by to toliko nedovolenost takového odchylení, nikoli jeho neplatnost. Dále se zde uvádí, že imperativní norma může být změněna pouze novou normou stejné povahy. Ani tento požadavek není v nastíněném kontextu nikterak zvláště svazující.

V ostrém protikladu k této legální definici však stojí důsledky střetu takové normy s normou *iuris dispositivi*, kterou je nulita – míněna ovšem neplatnost absolutní²⁸ *ab initio* – smlouvy nesoucí normu dispozitivní, případně její neplatnost a zánik *ex nunc*.

Lze tedy vyvodit, že *základní vlastností IMPERATIVNÍ NORMY (NORMY iuris cogentis, ČI KOGENTNÍ NORMY) je její zásadní nederogovatelnost (leđa jinou normou téhož charakteru) a naopak skutečnost, že na základě obsahového rozporu s ní je abrogována norma kolidující.*²⁹ Naproti tomu NORMY DISPOZITIVNÍ (*ius dispositivum*) *derogovat lze a v zásadě je to i dovoleno.*

Co se způsobu vzniku kogentní normy týče, jak vyplývá z dikce čl. 53, musí být za takovou přijata a uznána mezinárodním společenstvím států jako celkem. Zdá se tedy, že musí jít o normu univerzální. Vystává také otázka, zda může kogentní norma vázat stát proti jeho vůli. Tím se ovšem již v této práci zabývat nebudu.

Derogace platná a nedovolená Podobně jako lze podle kanonického práva udělit svátost platně, avšak nedovoleně,³⁰ je třeba takto rozlišovat i pokud jde o derogaci. Je otázkou, zda však mezi derogace neplatné patří

²⁸ŠTURMA *in* Mezinárodní právo na přelomu tisíciletí / Pavel Šturma. – Vyd. 1.. – V Praze : Karolinum, 1999. – 115 s., str. 19

²⁹Podobně též ŠTURMA *in* Mezinárodní právo na přelomu tisíciletí / Pavel Šturma. – Vyd. 1.. – V Praze : Karolinum, 1999. – 115 s., str. 19 an

³⁰Podrobněji viz Hrdina, Ignác Antonín. Kanonické právo: dějiny pramenů, teorie, platné právo. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011. 367 s. ISBN 978-80-7380-152-6., str. 219 an

také něco jiného než derogace *ius cogens*. Z logiky věci je možné na věc nazírat dvojím způsobem. Buď ano nebo ne.

Čepelka a Šturma míní, že kategorie nedovolených derogací je širší – řadí tam tzv. MANDATORNÍ PRAVIDLA. „Od situace, kdy *inter partes* derogace *působnosti* kogentního pravidla je *právně* nepřípustná, nutno oddělit ty případy, kdy řečená derogace je *věcně (logicky) nemožná*, neboť v tomto případě – jak už bylo výše naznačeno – by došlo k derogaci samotné *platnosti* daného pravidla a tím k jeho (faktické) likvidaci. (zvýraznění původní)³¹ V první řadě je namístě poznamenat, že „derogac[í] samotné *platnosti*“ se, v pojmosloví zavedeném výše, míní patrně sistace, či trvalé pozbytí účinnosti (citovaná učebnice s pojmem účinnosti vůbec neoperuje). Derogací *inter partes* samozřejmě nemůže dojít k sistaci; autoři mají namysli spíše řetěz akcí a reakcí, v jehož konečném důsledku by k sistaci a případně snad až abrogaci dané normy došlo. Zřejmě i z tohoto důvodu takovou derogaci popisují slovy „*věcně (logicky) nemožná*“, v protikladu k derogaci „*právně* nepřípustn[é]“. Je třeba upozornit na skutečnost, že derogace je buď právně přípustná, anebo právně nepřípustná. Z věcného (logického) hlediska můžeme posuzovat toliko způsobilost konkrétního pravidla (obsahu) k takové derogaci. Otázka tedy ve skutečnosti zní, zda *může být derogace dispozitivních norem právně nepřípustná – míněno nemožná*.

Pakliže ano, vytvářela by v rámci dispozitivních norem zvláštní kategorii. Pro to by bylo nutné nějaké kritérium. Nabízené kritérium faktické likvidace v důsledku řetězu akcí a reakcí je ovšem dosti vágní.

Dalším problémem je, zda by derogující norma zůstala platnou. Pokud by totiž platnou zůstala, došlo by tak jako tak k porušení nějaké normy a kategorie MANDATORNÍCH PRAVIDEL by postrádala smysl. Naopak, pokud by platnosti pozbyla, tedy byla abrogována, byla by MANDATORNÍ PRAVIDLA součástí *ius cogens*, což je ovšem spor.

Pokud jde o normy jejichž derogace je platná, avšak nedovolená, je namístě upozornit, že tyto netvoří žádnou ucelenou kategorii. Rozpor je toliko obsahový a vždy v rovině konkrétních kolidujících norem. Obsahovou slučitelnost závazků je tak starostí smotných subjektů.³²

³¹ČEPELKA, Čestmír a ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2008. xli, 840 s. Právnícké učebnice. ISBN 978-80-7179-728-9., str. 114-115

³²Seidl-Hohenveldern, Ignaz. *Mezinárodní právo veřejné*. 3. vyd. Praha: ASPI, 2006. xxx, 417 s. ISBN 80-7357-178-1., str. 90, AUST, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice*. 1st ed., reprint Cambridge: University Press, 2002. ISBN 0 521 59153 8., str. 173 an, Malenovský, Koexistence smlouvy a obyčeje v mezinárodním právu, str. 77

3.6.5 Normy *in rem* a *ad personam* a otázka územních režimů

Otázka existence věcných práv Již před poměrně dávnou dobou se ve vědě mezinárodního práva veřejného diskutovalo o existenci VĚCNÝCH PRÁV.³³ Tato koncepce je vlastní kontinentálnímu právnímu myšlení, naopak právníci z oblasti angloamerické právní kultury se proti jejich existenci v mezinárodním právu veřejném stavěli. Jak uvádí Rosenne, jejich projednávání, v souvislosti s úpravou smluvního práva, rozdělilo i Komisi pro mezinárodní právo.³⁴ Do Vídeňské úmluvy z roku 1969, ale ani do Vídeňské úmluvy z r. 1986, se tak koncepce věcných práv nepromítla.

Otázka územních režimů Ve Vídeňské úmlvě o sukcesi států ve vztahu ke smlouvám z r. 1978 se nicméně nachází dva články, které se věnují HRANIČNÍM REŽIMŮM a JINÝM ÚZEMNÍM REŽIMŮM.

Článek 11

Hraniční režimy

Sukcese států se jako taková nedotýká:

- a.) hranic stanovených smlouvou ani
- b.) závazků a práv stanovených smlouvou a vztahujících se k režimu hranic.

Článek 12

Jiné územní režimy

1) Sukcese států se jako taková nedotýká:

- a.) závazků o užívání kteréhokoli území nebo omezení jeho užívání, stanovených smlouvou ve prospěch území cizího státu a považovaných za příslušející k daným územím;

³³Obhajobu jejich existence lze nalézt např. v OPPENHEIM, L. *International law - vol. I - peace: <<a>> treatise*. 8th ed. London: Longmans, 1955. 1071 s., str. 535

³⁴ROSENNE, Shabtai. *Developments in the law of treaties 1945-1986*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. 535 s. ISBN 0-521-33318-0., str. 74

- b.) práv stanovených smlouvou ve prospěch kteréhokoli území a týkajících se užívání nebo omezení užívání kteréhokoli území cizího státu a považovaných za příslušející k daným územím.
- 2) Sukcese států se jako taková nedotýká:
- a.) závazků o užívání kteréhokoli území nebo omezení jeho užívání, stanovených smlouvou ve prospěch skupiny států nebo všech států a považovaných za příslušející k tomuto území;
 - b.) práv stanovených smlouvou ve prospěch skupiny států nebo všech států a týkajících se užívání kteréhokoli území nebo omezení jeho užívání a považovaných za příslušející k tomuto území.
- 3) Ustanovení tohoto článku se nevztahují na smluvní závazky státu-předchůdce o zřízení cizích vojenských základů na území, k němuž se vztahuje sukcese států.

— VÍDEŇSKÁ ÚMLUVA O SUKCESI STÁTŮ VE VZTAHU KE SMLOUVÁM Z R. 1978

Jak poznamenává Rosenne, na čl. 11 už MSD ve své judikatuře odkázal.³⁵ Na druhou stranu, je zřejmě namístě varovat před vyvozováním přespříliš dalekosáhlých závěrů o dopadu těchto ustanovení. Proti zásadní odlišnosti jejich povahy totiž hovoří Vídeňská úmluva z r. 1986. Samozřejmostí je potom značná obezřetnost při posuzování, které normy pod uvedené kategorie spadají.

3.6.6 Normy na chování a normy na výsledek

Normy na chování a normy na výsledek Kritériem tohoto dělení bude okolnost sledovaná při zjišťování, zda došlo k porušení normou neseného pravidla. Pakliže za tímto účelem sledujeme chování státu, jde o **NORMU ZNĚJÍCÍ NA CHOVÁNÍ**. Může-li být ale norma porušena, bez ohledu chování státu, tím, že nastala nebo naopak nenastala nějaká vnější skutečnost chováním státu nikoli deterministicky podmíněná, jde o **NORMU ZNĚJÍCÍ NA VÝSLEDEK**.

³⁵ROSENNE, Shabtai. *Developments in the law of treaties 1945-1986*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. 535 s. ISBN 0-521-33318-0., str. 75

3.6.7 Normy regulující chování podřízených entit

Normy regulující chování podřízených entit Ačkoli subjekty zavazují (nebo se nechávají zavázat) normami zásadně toliko sebe, nemusí tomu tak být vždycky. V takových případech je potom okruh adresátů dané normy širší, než počet subjektů, který se na jejím vytvoření podílel, tzn. než její rozpětí. V první řadě se do rozpětí obyčejových norem zařazují zásadně všechny státy (o výjimkách bude pojednáno). To ovšem není situace míněná zde. Mezi adresáty se totiž mohou zařadit také podřízené entity těchto subjektů.

Tak některé normy přímo upravují práva a povinnosti jednotlivců, kterým tímto zároveň propůjčují způsobilost k právům a povinnostem podle soudobého mezinárodního práva veřejného.³⁶

Dalším příkladem jsou normy regulující postavení a činnost mezinárodních organizací, aniž by se tyto na normotvorném procesu podílely. Takové normy budou obsahovat především jejich zakládací akty, které jim, vedle vtisknutí organizační struktury, úpravy jejich činnosti, případně některých věcí dalších, dávají způsobilost k právům a povinnostem podle soudobého mezinárodního práva veřejného a často i způsobilost normotvornou.

³⁶Podrobněji k tématu viz ČEPELKA, Čestmír a ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2008. xli, 840 s. Právnícké učebnice. ISBN 978-80-7179-728-9., str. 85 an

Kapitola 4

Interakce subjektů a norem v soudobém mezinárodním právu veřejném

4.1 Hodnocení z pohledu mezinárodního práva veřejného

Hodnocení z pohledu mezinárodního práva veřejného Soudobé mezinárodní právo veřejné je systémem úplným. To znamená, že jakékoliv jednání dokáže ohodnotit jako s ním samotným souladné, anebo naopak rozporné. Žádná třetí možnost neexistuje.

Pro interpretační účely se však zavádí dělení o něco jemnější. Vedle oblasti regulované mezinárodním právem veřejným existuje totiž ještě tzv. SFÉRA VOLNOSTNÍ – oblast práva prostá, v jejímž rámci si státy mohou počínat v zásadě dle libosti. Na tomto základě potom můžeme hodnotit jemněji:

- A. *Secundum legem* – v souladu s právem.
- B. *Praeter legem* – mimo právo, tj. ve sféře volnostní.
- C. *In fraudem legis* – ve sféře volnostní, ovšem obcházejíce právo.
- D. *Contra legem* – v rozporu s právem.

4.2 Způsoby interakce subjektů a norem v soudobém mezinárodním právu veřejném

Způsoby interakce subjektů a norem v soudobém mezinárodním právu veřejném Adresáti normy se v první řadě prostě mohou chovat v souladu s mezinárodním právem veřejným. Tomuto způsobu interakce se říká **PROSTÁ REALIZACE**. Dále se mohou rozhodnout pro nějaký **PRÁVNÍ ÚKON**, s nímž *zvláštní procesní úpravy* spojují změnu jejich **PRÁVNÍHO POSTAVENÍ**. Takový úkon se může vztahovat k nějakému **ŘÍZENÍ** (procesní úkon), nebo jím lze vynucovat nárok i mimo řízení.

Může však nastat situace, kdy subjekt (a pouze subjekt!) bude chtít změnit své právní postavení takovým způsobem, který mu žádný právní úkon neumožní. V takovém případě mu nezbyde než využít svou **NORMOTVORNOU ZPŮSOBILOST**. V ten moment už není pouze pasivním příjemcem práv a povinností stanovených dosavadní podobou mezinárodního práva veřejného, nýbrž jeho tvůrcem. Narozdíl od situace, kdy využíval *zvláštní procesní úpravy* a činil tak právní úkony, nyní využívá *obecnou procesní úpravu, regulující samotný procedurální akt včlenění norem do korpusu mezinárodního práva veřejného*. Využívá tudíž pramenů práva *jakožto obecných forem regulace bez ohledu na konkrétní úpravu*.¹

¹V podobném duchu též THIRLWAY *in* EVANS, Malcolm D., ed. *International law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. lxiii, 833 s. ISBN 0-19-928270-6., str. 135

Část II
Prameny

Kapitola 5

Pojetí pramenů v soudobém mezinárodním právu veřejném

5.1 Pojem prameny

Pojem prameny coby polysém Pojem PRAMENY má v mezinárodním právu veřejném více významů. Není to ostatně nic překvapivého – totéž se dá říci i o právu vnitrostátním. Přichází čas pokusit se tyto významy osvětlit:

- A. *Formální prameny* – Označením formální prameny se míní specifické formy v nichž se pravidla, s nimiž vytvářejí normy, jeví. Právní věda se pramenům v tomto smyslu věnuje nejvíce a nejinak tomu bude i v této práci. Dá se říct, že takřka celý její zbytek už se ničím jiným zabývat nebude.
- B. *Prameny jakožto důvod závaznosti* – Prameny mohou znamenat také důvod závaznosti norem mezinárodního práva. Vzhledem k tomu, že o nich bylo dostatečně pojednáno v souvislosti s pojmem závaznosti, nebudu se už jimi dále zabývat.
- C. *Materiální prameny* – Jak už bylo řečeno, materiální prameny tvoří ve svých základních rysech součást hypotézy každého pravidla mezinárodního práva veřejného. Nyní je na místě říci, co to vlastně vůbec je. „Jakékoli právní pravidlo, tím spíše pravidlo mezinárodněprávní, vzniká nikoliv bez příčinné souvislosti či dokonce fatálně, nýbrž až při určitých společenskopolitických a mocenských okolnostech.“¹ Škála veličin podřaditelných pojmu

¹ČEPELKA, Čestmír a ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2008. xli, 840 s. Právnícké učebnice. ISBN 978-80-7179-728-9., str. 97

materiální pramenů mezinárodního práva je obsáhlá (poměr sil mezi státy, jejich ekonomické potřeby, tradice, veřejné mínění, právní vědomí, morálka, náboženství, pocity solidarity apod.).² Vzhledem k jejich pestrosti a minimální možnosti zobecnění, z důvodu jejich těsného sepětí s konkrétní normou, se jimi podrobněji zabývat nebudu. Jde o téma vhodné spíše pro případové studie.

- D. *Gnoseologické prameny*³ – Konečně se lze setkat s pojmem prameny ve smyslu zdrojů, skrze které mezinárodní právo veřejné poznáváme jaksi zprostředkovaně. Prameny v gnoseologickém smyslu popisují obsah mezinárodního práva veřejného, aniž by samy byly schopny do jeho korpusu včlenit nějaké pravidlo. Jde o různé učebnice, komentáře, ale i soudní rozhodnutí a arbitrážní nálezy, soupisy obyčejových norem atp.
- E. *Procedurální prameny* – Zejména v angloamerické právní teorii se lze setkat s pojetím, které chápe právo a také jeho prameny jako *proces*.⁴ Již bylo řečeno, že k nabytí platnosti právní normy je nezbytný nějaký procedurální akt. Právě tento procedurální akt, který včlení normu do mezinárodního práva veřejného si dovoluji nazvat PRAMENEM PROCEDURÁLNÍM. Je samozřejmé, že k takovému procedurálnímu aktu je zapotřebí normotvorné způsobilosti jeho účastníků.

5.2 Výčet pramenů soudobého mezinárodního práva veřejného

5.2.1 Prameny dle čl. 38 Statutu MSD

Čl. 38 Statutu MSD Výčet pramenů jako takový v soudobém mezinárodním právu veřejném chybí, byť byly snahy jej zakotvit již v rámci mezinárodního kodifikačního úsilí. Nakonec se tyto snahy spokojily s direktivou

²malkkk, str. 173.

³Tímto slovem označuje popisovaný fenomén prof. Gerloch – viz GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 4., upr. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007. 343 s. Právnícké učebnice. ISBN 978-80-7380-023-9., str. 74

⁴Viz např. DIXON, Martin. *Textbook on international law*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. xxxii, 372 s. ISBN 978-0-19-920818-0., str. 25 Dlužno upozornit, že Dixon nazývá prameny v tomto pojetí jako prameny formální, kterýžto pojem mám však již obsazen. Proto jsem použil název prameny procedurální.

Stálmu dvoru mezinárodní spravedlnosti a posléze Mezinárodnímu soudnímu dvoru OSN, co mu má být podkladem při rozhodování sporů jemu předložených.⁵ Nicméně i přes absenci slova PRAMENY, je tato direktiva obsažená v článku 38 Statutu MSD považována za takový výčet,⁶ nebo přinejmenším za základní východisko při jeho sestavování.⁷ Zní takto:

Článek 38

- 1) Dvůr, jehož úkolem je rozhodovat podle mezinárodního práva spory, které jsou mu předloženy, aplikuje
 - a.) mezinárodní úmluvy, ať obecné či partikulární, stanovící pravidla výslovně uznaná státy ve sporu;
 - b.) mezinárodní obyčej, jakožto důkaz obecné praxe uznávané za právo;
 - c.) obecné zásady právní uznávané civilizovanými národy;
 - d.) s výhradou ustanovení článku 59 soudní rozhodnutí a učení nejkvalifikovanějších znalců veřejného práva různých národů jakožto podpůrný prostředek k určování právních pravidel.
- 2) 2. Toto ustanovení se nedotýká pravomoci Dvora rozhodovat ex aequo et bono, jestliže strany s tím souhlasí.

Článek 59

Rozhodnutí Dvora je závazné pouze pro strany a pouze pro případ, který byl rozhodnut.

— STATUT MEZINÁRODNÍHO SOUDNÍHO DVORA OSN

⁵V podrobnostech viz PELLET, Article 38 in ZIMMERMANN, Andreas, ed. et al. *The statute of the international court of justice: a commentary*. 1st pub. New York: Oxford University Press, 2006. lxxxiv, 1577 s. ISBN 0-19-926177-6., str. 680 an

⁶WALLACE, Rebecca M. M. *International law*. London: Sweet and Maxwell, 1997. 329 s. ISBN 0-421-53570-9., str. 8

⁷„Tím nemá ale být řečeno, že by obsah ustanovení článku 38 byl všeobecně přijímán v detailech jako úplný a přesný.“ – malkkk, str. 175.

Rozdělení pramenů obsažených v čl. 38 Statutu MSD Předně je nutné poznamenat, že prameny obsažené v čl. 38 odst. 1 písm. d), tj. soudní rozhodnutí a učení nejkvalifikovanějších znalců, *nejsou prameny ve formálním smyslu*. Proto také nejsou označeny za podpůrný pramen, ale toliko za podpůrný prostředek. Jde o prameny v gnoseologickém smyslu. Slouží tedy jako pomůcka k určení obsahu pramenů uvedených výše, aniž by samy požívaly závaznosti.⁸

V případě pramenů skrytých pod písmeny a) - c) naopak o formální prameny jde, stejně jako v případě ekvity. I zde se však dá nalézt určitý rozdíl mezi smlouvou a obyčejem na straně jedné a obecnými zásadami právními spolu s ekvitou na straně druhé. *Formální prameny lze tudíž dále dělit na základní a pomocné*.

V potaz vezmeme ještě členění na prameny psané a nepsané. Kritériem zde bude písemná forma AUTENTICKÉHO ZNĚNÍ. Jestliže existuje nějaký písemný záznam, který lze označit jako autentické znění, jde o PRAMEN PSANÝ. Pokud to možné není, jedná se o PRAMEN NEPSANÝ.

5.2.2 K dalším pramenům

§ 1: Jednostranné akty států

Kategorie jednostranných aktů států Mezi prameny soudobého mezinárodního práva veřejného ve formálním smyslu se někdy zahrnují také jednostranné akty států. Jde ovšem o skupinu dosti nesourodou. Proto bude pojednána po částech.

Notifikace NOTIFIKACE je jednostranným úředním oznámením skutečnosti, která má význam pro vznik práv nebo povinností podle mezinárodního práva veřejného. Sama od sebe ovšem nezakládá žádná práva ani povinnosti. Jak upozorňují Čepelka a Šturma, spoléhání na něco takového může mít neblahé následky třeba v případě založení jurisdikční imunity člena diplomatické mise.⁹ Dá se tedy říci, že notifikace může vést ke vzniku práv a povinností pouze skrze zvláštní procesní úpravy a jako taková *je toliko právním úkonem*.

⁸V podrobnostech viz PELLET, Article 38 in ZIMMERMANN, Andreas, ed. et al. *The statute of the international court of justice: a commentary*. 1st pub. New York: Oxford University Press, 2006. lxxxiv, 1577 s. ISBN 0-19-926177-6., str. 783 an Shodně také malkkk, str. 175.

⁹ČEPELKA, Čestmír a ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2008. xli, 840 s. Právnícké učebnice. ISBN 978-80-7179-728-9., str. 167

Uznání „Pokud jde o kategorii uznání, v současném mezinárodním právu se stala disfunkční tím, že ji nauka začala připisovat účinky jen *deklaratorní*. Deklarovat za existující podle práva něco, co vzniklo z úplně jiného právního titulu, je pouhé *superfluum*. (zvýraznění původní)“¹⁰ Jeho význam se tak omezuje toliko na nemožnost zpochybnit skutečnost, kterou stát uznal. I na to si vystačíme se zvláštní procesní úpravou. *I UZNÁNÍ je tedy právním úkonem.*

Protest PROTEST může mít právní význam v situaci, kdy je zpochybňováno subjektivní právo státu a jeho mlčení by mohlo být chápáno jako souhlas. Avšak i v takovém případě *vystačíme maximálně s právním úkonem.*

Zřeknutí se práva „ZŘEKnutí SE [je] akt, jímž se stát výslovně vzdává určitého práva či nároku a jenž ho činí nezpůsobilým k tomu, aby se ho později dovolal. (zvýraznění přidáno autorem)“¹¹ Tuto situaci buď zase řeší zvláštní procesní úprava, anebo, způsobilo-li by zřeknutí se abrogací či derogací nějaké normy, je k němu zapotřebí alespoň tacitní dohoda.¹² Pak už ale nejde o jednostranný akt.

Příslib Pokud jde o PŘÍSLIB, je situace o něco komplikovanější. V rozhodnutí ve věci *Jaderných testů v Tichomoří*¹³ se MSD vyslovil pro možnost vzniku právní povinnosti ze samotného jednostranného příslibu. Na totéž *dictum* pak odkázal i ve věci *Vojenské a polovojenské činnosti v Nikaragui a proti ní*.¹⁴ Později se tématem jednostranných aktů států zabývala Komise pro mezinárodní právo, avšak na její dotazník, v němž žádala vlády o informace ohledně jejich praxe s jednostrannými akty, odpověděly toliko *tři*.¹⁵

Pokud jde o rozsudky ve věci *Jaderných testů*, byly přijaty poměrem 9:6 pouze díky hlasům soudců, kteří nesouhlasili s podle nich zbytečným protahováním případu, který měl být už dávno vyškrtnut ze seznamu pro

¹⁰ČEPELKA, Čestmír a ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2008. xli, 840 s. Právnícké učebnice. ISBN 978-80-7179-728-9., str. 171

¹¹malkkk, str. 211.

¹²ČEPELKA, Čestmír a ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2008. xli, 840 s. Právnícké učebnice. ISBN 978-80-7179-728-9., str. 170

¹³Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment of 20 December 1974 a Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment of 20 December 1974ff

¹⁴Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392, bod 59 an.

¹⁵ČEPELKA, Čestmír a ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2008. xli, 840 s. Právnícké učebnice. ISBN 978-80-7179-728-9., str. 172

bezpodstatnost. Navíc alternativní pohled na věc nabízejí i disenty přehlasovaných soudců. Stejně tak je namístě upozornit, že žádný stát nikdy nebyl ve výroku označen za porušitele mezinárodního práva z důvodu nedodržení jednostranného příslibu. I nikoli bezvýznamní autoři se k celé věci staví spíše odtažitě. Tak Čepelka a Šturma vysvětlují, proč je moratorium, jež Spojené státy vyhlásily v r. 1992 na zastavení jaderných testů v podzemí Nevadské pouště, nutno pokládat za právně nezávazné.¹⁶ Stejně tak Thirlway upozorňuje, že, aniž bychom museli jít tak daleko, že bychom označili rozhodnutí ve věci Jaderných testů za chybné, stavět teorii pramenů na rozhodnutí v případě, jehož specifické okolnosti se s největší pravděpodobností již nikdy nebudou opakovat, se nejvíce blíží vhodným přístupem.¹⁷

Shrnutí Jednostranné akty států, třebaže jsou velice různorodé, je možné vesměs zahrnout do kategorie právních úkonů, neboť jde o využití zvláštních procesních úprav. Jakkoli to bude pravidlem, lze se nicméně setkat i s jednostrannými akty které v takových úpravách podklad nemají, což ale ještě neznamená, že jde o akty normotvorné; státy je totiž buď učinily toliko ve své sféře volnostní, anebo jsou součástí jiného normotvorného procesu – v takovém případě se pak jeví, jako kdyby byly normotvorné, přestože tomu tak není. Ač se lze ve vědě mezinárodního práva veřejného setkat i s opačným názorem, dovolím si prohlásit, že *jednostranné akty států nejsou pramenem soudobého mezinárodního práva veřejného.*

§ 2: Akty mezinárodních organizací

Akty mezinárodních organizací Někdy se mezi prameny práva řadí také akty mezinárodních organizací. V první řadě je třeba rozlišovat akty, které sice jsou právně závazné, avšak tuto svou závaznost odvozují nikoli ze samotné své formy, ale z konkrétní procesní úpravy. Mezi takové akty patří zejména rezoluce Rady bezpečnosti OSN podle kapitoly VII Charty OSN. Nejde však o prameny, nýbrž toliko o právní úkony.

Pokud jde o akty zbývající, často se mluví o jejich vztahu k obyčejí. Je ovšem třeba podotknout, že v tomto ohledu maximálně dokazují *opinio*

¹⁶ČEPELKA, Čestmír a ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2008. xli, 840 s. Právnícké učebnice. ISBN 978-80-7179-728-9., str. 168-169

¹⁷„Even if we do not go so far as to say that the *Nuclear Tests* decisions were erroneous, to base a theory of sources on a decision in a case the special facts of which are very unlikely to be repeated, does not appear a sound approach. (zvýraznění původní)“ – viz THIRLWAY in EVANS, Malcolm D., ed. *International law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. lxiii, 833 s. ISBN 0-19-928270-6., str. 136

necessitatis, nebo deklarují existující obyčejové právo.¹⁸ Deklarují, ale nikoli závazně. Přesněji řečeno, můžou deklarovat, ale nemusí. Jak popisuje soudce Schwebel ve svém disentu k poradnímu stanovisku ve věci *Legality hrozby či použití jaderných zbraní* ze dne 8. července 1996: „Valné shromáždění nemá pravomoc tvořit mezinárodní právo. . . . Valné shromáždění může přijímat deklaratorní rezoluce pouze tehdy, pokud tyto pravdivě odrážejí, co mezinárodní právo skutečně je. Pokud rezoluce hlásá svou deklaratorní povahu, je přijata jednomyslně (či téměř jednomyslně, a to po stránce kvalitativní i kvantitativní) nebo konsenzem a pokud odpovídá praxi států, teprve potom může deklarovat obsah mezinárodního práva.“¹⁹ O něco smířlivěji se k rezolucím Valného shromáždění OSN staví posudek samotný, který nevyžaduje schválení tak výraznou většinou: „. . . Soud poznamenává, že každoroční schvalování rezolucí stejného obsahu jako rezoluce 1653 (XVI) velkou většinou Valného shromáždění, navíc požadujících po členech uzavření úmluvy zakazující používání jaderných zbraní za každé situace, odhaluje lačnost velmi významné části mezinárodního společenství po učinění výrazného kroku vpřed na cestě k úplnému jadernému odzbrojení, a to výslovným zákazem používání jaderných zbraní. Vzniku samotného obyčeje jakožto platného práva přímo zakazujícího používání jaderných zbraní však brání pokračující napětí mezi zárodečným *opinio iuris* a stále silnou přítomností praxe odstrašení.“²⁰

Rezoluce Valného shromáždění, a tím spíše také jiné akty mezinárodních organizací, tak sice mohou posloužit coby gnoseologické prameny práva,

¹⁸THIRLWAY in EVANS, Malcolm D., ed. *International law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. lxiii, 833 s. ISBN 0-19-928270-6., str. 137

¹⁹The General Assembly has no authority to enact international law. None of the General Assembly's resolutions on nuclear weapons are declaratory of existing international law. The General Assembly can adopt resolutions declaratory of international law only if those resolutions truly reflect what international law is. If a resolution purports to be declaratory of international law, if it is adopted unanimously (or virtually so, qualitatively as well as quantitatively) or by consensus, and if it corresponds to State practice, it may be declaratory of international law. – viz *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel, str. 319

²⁰„Having said this, the Court points out that the adoption each year by the General Assembly, by a large majority, of resolutions recalling the content of resolution 1653 (XVI), and requesting the member States to conclude a convention prohibiting the use of nuclear weapons in any circumstance, reveals the desire of a very large section of the international community to take, by a specific and express prohibition of the use of nuclear weapons, a significant step forward along the road to complete nuclear disarmament. The emergence, as *lex lata*, of a customary rule specifically prohibiting the use of nuclear weapons as such is hampered by the continuing tensions between the nascent *opinio juris* on the one hand, and the still strong adherence to the practice of deterrence on the other. (zvýraznění původní)“ – viz *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, bod 73

avšak stěží jako prameny formální. Jsou tak i nadále toliko doporučeními či, na základě zvláštních procesních úprav, právními úkony.

§ 3: Ekvita

Rozhodování *ex aequo et bono* Úloha ekvity v soudobém mezinárodním právu veřejném je opět předmětem sporů. V první řadě je třeba poukázat na čl. 38 odst. 2 Statutu MSD, který umožňuje se souhlasem stran rozhodovat *ex aequo et bono*. V takovém případě by tedy Soud sice zřejmě vyšel z platného práva, avšak nebyl by jím nikterak vázán. Hodnocení soudu by se tak dostalo do poněkud jiné úrovně. Zatímco při rozhodování dle čl. 38 odst. 1 Statutu hodnotí chování států z hlediska mezinárodního práva veřejného, podle čl. 38 odst. 2 by jej hodnotil z hledisek jiných. A nehodnotil by jimi jen chování států, ale zřejmě i mezinárodní právo samotné. To by tedy pro daný případ ztratilo charakter rozhodujícího kritéria a stalo by se samo hodnocenou skutečností. Dá se říci, že by ze SVĚTA MĚTÍ sestoupilo do SVĚTA BYTÍ a jeho místo ve světě mětí by dočasně zaplnila kritéria jako slušnost, spravedlnost, rovnost, dobro, atd. V takovém případě tedy může Soud rozhodovat i *contra legem*, tedy v rozporu s pravidly mezinárodního práva veřejného; vzhledem k vyklizení pozice ve SVĚTĚ MĚTÍ mezinárodním právem veřejným je použití ekvity *in fraudem legis* pojmově vyloučeno.

Předchozí odstavec je ovšem psán v podmiňujícím způsobu. Je tomu tak proto, že státy dosud této možnosti nevyužily. Tedy alespoň před MSD. V arbitráži se naopak rozhodování *ex aequo et bono* využívalo hojně a stále využívá.

Ekvita coby imanentní prvek výkonu soudnictví S ekvitou se však lze v rozhodnutích MSD setkat i mimo rámec čl. 38 odst. 2. V anglo-americké právní oblasti se totiž ekvita chápe jako běžná součást výkonu soudní funkce.²¹ Mezi prameny mezinárodního práva veřejného se podle Brownlieho řadí z důvodu své příslušnosti k obecným zásadám právním.

Na druhou stranu nelze přehlížet způsob, jakým s ekvitou MSD nakládá, skutečnost, že kontinentálním právním řádům je takové chápání poměru ekvity a soudnictví cizí, ani úmysly tvůrců článku 38.

Užití ekvity na základě blanketní normy Předně je třeba vydělit případy, použití ekvity na základě BLANKETNÍ NORMY. Jde zejména o případy

²¹ „The power of decision *ex aequo et bono* involves elements of compromise and conciliation whereas equity in the English sense is applied as a part of the normal judicial function.“ – viz BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. Oxford: Clarendon Press, 1990. 748 s. ISBN 0-19-825639-6., str. 26

delimitace na základě mořského práva. Jak uvádí MSD ve svém rozsudku ve věci *Pevninské mělčiny v Severním moři* ze dne 20 února 1969: „... podle těchto principů musí být taková delimitace předmětem dohody mezi dotyčnými státy a tato dohoda musí být přijata v souladu s principy spravedlnosti (ekvity) ... zkrátka, nejde o otázku aplikování ekvity prostě jako abstraktní spravedlnosti, nýbrž o aplikaci právního pravidla, které jako takové vyžaduje aplikaci principů spravedlnosti (ekvity) ...“²² Na základě blanketní normy se tedy použije pravidlo, které samo o sobě *není* pravidlem mezinárodního práva veřejného. Takové pravidlo z oblasti ekvity čerpá pro tento případ svou závaznost z příslušné blanketní normy. Z tohoto důvodu lze vykročit i mimo oblast *secundum legem* a pohybovat se *praeter legem*. Na druhou stranu, blanketní norma neposkytuje dostatečnou oporu pro derogaci jiných norem mezinárodního práva veřejného normou z jiného normového souboru, ani pro jejich obcházení. Rovina *contra legem*, stejně jako rovina *in fraudem legis* je tak pravidlům ekvity v takovém případě, narozdíl od případu předešlého, zapovězena (v předešlém případě zapovězena nebyla jen a jen proto, že to jakási kvalifikovaná blanketní norma, obsažená v KOMPROMISU či v čl. 38 odst. 2, přímo umožňovala).

Užití ekvity bez zmocnění Soud tento způsob použití ekvity označuje slovy *infra legem*. Jak vysvětluje v rozsudku ve věci *Hraničního sporu* ze dne 22. prosince 1986, „Je jasné, že Komora nemůže v tomto případě rozhodovat *ex aequo et bono*. Protože jí strany nesvěřily úkol urovnat své zájmy, musí také vyloučit jakoukoli možnost uchýlení se k ekvitě *contra legem*. Stejně tak Komora nemůže použít ekvitu *praeter legem*. Na druhou stranu, může sáhnout po ekvitě *infra legem*, tedy po té formě ekvity, která představuje

²² „It emerges from the history of the development of the legal régime of the continental shelf, which has been reviewed earlier, that the essential reason why the equidistance method is not to be regarded as a rule of law is that, if it were to be compulsorily applied in all situations, this would not be consonant with certain basic legal notions which, as has been observed in paragraphs 48 and 55, have from the beginning reflected the *opinio juris* in the matter of delimitation; those principles being that delimitation must be the object of agreement between the States concerned, and that such agreement must be arrived at in accordance with equitable principles. On a foundation of very general precepts of justice and good faith, actual rules of law are here involved which govern the delimitation of adjacent continent shelves—that is to say, rules binding upon States for all delimitations;—in short, it is not a question of applying equity simply as a matter of abstract justice, but of applying a rule of law which itself requires the application of equitable principles, in accordance with the ideas which have always underlain the development of the legal régime of the continental shelf in this field . . . “ – viz *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark)*, Judgment of 20 February 1969, bod 85.

metodu interpretace platného práva a je jedním z jeho atributů.“²³ „Nejde o hledání pouhého spravedlivého řešení, nýbrž spravedlivého řešení pramenícího z příslušného práva.“²⁴ Jinými slovy, jde o použití ekvity nikoli jako pramene práva, nýbrž toliko jako interpretačního korektivu. Toto užití musí být samozřejmě únosné z hlediska obsahu pravidel, které jsou takto vykládány. Proto označení *infra legem*, mající dát najevo, že takový výklad musí být pokryt právě obsahem těchto pravidel. Pokud by se od něj vzdálil příliš, přestal by být souladný s mezinárodním právem veřejným.

Shrnutí Ekvita lze v mezinárodním právu veřejném používat různým způsobem. Ani při jednom z nich ji nelze označit za jeho formální pramen.

5.3 K některým gnoseologickým pramenům mezinárodního práva veřejného

5.3.1 Soudní rozhodnutí

Soudní rozhodnutí Ač do výčtu z čl. 38 odst. 1 náleží i soudní rozhodnutí, nejde o formální pramen mezinárodního práva veřejného; jako korektiv zde působí čl. 59. Na druhou stranu, může být závazný. Především je závazný *výrok*, a to pro *strany ve sporu*, a sice na základě KOMPROMISU. V úvahu přichází také možnost intervence třetí strany. Pakliže stát této možnosti využije, lze mít zato, že bude výrok zavazovat i jej.

Co se MSD týče, celkem bez potíží se přijímá, že výrok ani odůvodnění nejsou závazné pro ostatní státy. Vystává ovšem otázka závaznosti rozhodnutí pro samotný Soud. Tuto otázku předestřelo sedm soudců ve své společné deklaraci k rozhodnutí ve věci *Legality použití síly* ze dne 15. prosince 2004, slovy: „Rozhodování Soudu musí být činěno způsobem zohledňujícím jeho soudní funkci. Aby tomu tak bylo, Soud musí být při v úvahu připadajících volbách veden třemi kritérii. Zaprvé, musí zachovat konzistenci se svou vlastní dřívější judikaturou, a tím zajistit předvídatelnost svého rozhodování.

²³ „It is clear that the Chamber cannot decide *ex aequo et bono* in this case. Since the Parties have not entrusted it with the task of carrying out an adjustment of their respective interests, it must also dismiss any possibility of resorting to equity *contra legem*. Nor will the Chamber apply equity *praeter legem*. On the other hand, it will have regard to equity *infra legem*, that is, that form of equity which constitutes a method of interpretation of the law in force, and is one of its attributes. (zvýraznění původní)“ – viz Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment of 22 December 1986, bod 28

²⁴ „It is not a matter of finding simply an equitable solution, but an equitable solution derived from the applicable law.“ – Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), Judgment of 25 July 1974, Merits, bod 78

Nepochybně tomu tak musí být zejména, pokud se jedná o různé fáze téhož případu, nebo pakliže jde o případy úzce propojené. . . . Zatřetí, Soud by, jakožto prominentní soudní orgán OSN, měl být při posuzování věci pamětiv možných důsledků vyvstanuvších tímto pro ostatní rozhodované případy.“²⁵ S ohledem na zaměření práce však tuto otázku ponechám nezodpovězenou.²⁶

Přestože soudní rozhodnutí nejsou formálním pramenem práva těší se dosti velké autoritě, zejména v oblasti angloamerického práva. Soud sám s oblibou cituje svá vlastní dřívější rozhodnutí a tyto se těší oblibě i u jiných judiciálních a parajudiciálních orgánů. Už jen složení Soudu by samo o sobě mělo být dostatečnou zárukou přesvědčivosti rozhodnutí, na druhou stranu, je vždy třeba brát v potaz, že Soud řeší v rozsudku konkrétní případ. Posoudit skutečný dosah odůvodnění tak není snadné.

5.3.2 Učení nejkvalifikovanějších znalců

Učení nejkvalifikovanějších znalců Bez významu nejsou ani doktrinární názory. Ač na ně Soud nemá ve zvyku odkazovat ve svých rozhodnutích, v minoritních vótech už je tomu jinak. To svědčí o tom, že při poradách Soudu patrně přicházejí na přetřes.²⁷ Poměrně vysoké autoritě se těší zejména názory Komise pro mezinárodní právo. A pochopitelně i sami soudcové patří mezi významné představitele vědy mezinárodního práva.

²⁵ „The choice of the Court has to be exercised in a manner that reflects its judicial function. That being so, there are three criteria that must guide the Court in selecting between possible options. First, in exercising its choice, it must ensure consistency with its own past case law in order to provide predictability. Consistency is the essence of judicial reasoning. This is especially true in different phases of the same case or with regard to closely related cases. Second, the principle of certitude will lead the Court to choose the ground which is most secure in law and to avoid a ground which is less safe and, indeed, perhaps doubtful. Third, as the principal judicial organ of the United Nations, the Court will, in making its selection among possible grounds, be mindful of the possible implications and consequences for the other pending cases.“ – Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Judgment of 15 December 2004, Joint declaration of Vice-President Ranjeva, Judges Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al Khasawneh, Buergenthal and Elaraby, bod 3

²⁶V podrobnostech viz BERNHARDT, Article 59 in ZIMMERMANN, Andreas, ed. et al. *The statute of the international court of justice: a commentary*. 1st pub. New York: Oxford University Press, 2006. lxxxiv, 1577 s. ISBN 0-19-926177-6.

²⁷PELLET, Article 38 in ZIMMERMANN, Andreas, ed. et al. *The statute of the international court of justice: a commentary*. 1st pub. New York: Oxford University Press, 2006. lxxxiv, 1577 s. ISBN 0-19-926177-6., str. 791-792

Kapitola 6

Formální prameny

Formální prameny FORMÁLNÍ PRAMENY jsou *specifickou hmatatelnou formou*, v níž se pravidla daného normového souboru – v našem případě mezinárodního práva veřejného – jeví.

Samy o sobě tvoří skupinu celkem pestrou. Patří sem mezinárodní smlouvy, mezinárodní obyčej a obecné zásady právní. Přes jejich poměrně značnou různorodost však lze vysledovat některé společné znaky.

6.1 Struktura formálních pramenů mezinárodního práva veřejného

Vzorec formálního pramene práva Jak už bylo řečeno, i přes různorodost formálních pramenů soudobého mezinárodního práva veřejného lze u nich nalézt určité shodné rysy. Formální prameny plní identické funkce – poskytují normám, které spolu s pravidly tvoří, určité vlastnosti, o nichž už padlo slovo . To se promítá do jejich samotné struktury. Na jejím základě lze sestavit určitý obecný vzorec formálního pramene:

$$\text{formální pramen} = \text{materiální prvek} + \text{specifický prvek} + \text{prvek} \\ \text{přináležitosti}$$

6.1.1 Prvek materiální – hmatatelný nosič

Materiální prvek Formální pramen plní především úlohu hmatatelného nosiče – formy nějaké normy. *Jsouc takovou formou, poskytuje normě hmatatelnou existenci v reálném čase a nese tak pravidlo – její obsah.* Této své úloze dostojí díky PRVKU MATERIÁLNÍM ČI HMOTNÉM.

6.1.2 Prvek specifický

Specifický prvek Aby mohla norma existovat v reálném čase, potřebuje nějaký hmatatelný nosič – svou formu. Už bylo ovšem řečeno, že formální pramen je formou *specifickou*. Jeho specifičnost spočívá v tom, že se právě v této formě jeví pravidla daného normového souboru – v našem případě mezinárodního práva veřejného. Jeví se právě v této formě a v jiné se ani jevit nemohou, byť by byla způsobilá utvořit s nimi normu a nést tak ono pravidlo v reálném čase. Norma existující ve formě jiné, než takto specifické zkrátka nikdy nemůže nabýt platnosti. Důvodem platnosti je totiž nějaká norma (často zvaná, po Hartovsku, „*rule of recognition*“) a právě ta požaduje k propůjčení platnosti formu specifickou. *Ve smyslu této nezbytné specifičnosti formy žádané mezinárodním právem veřejným jakožto podmínky nabytí platnosti si troufnu hovořit o PRVKU SPECIFICKÉM.*

6.1.3 Prvek přináležitosti

Prvek přináležitosti Už bylo řečeno, že nezbytnou podmínkou nabytí platnosti je určitý procedurální akt. Při tomto procedurálním aktu – PROCEDURÁLNÍM PRAMENI, regulovaném obecnou procesní úpravou včlenění normou do korpusu mezinárodního práva veřejného, je využívána normotvorná způsobilost jeho účastníků. Jen díky ní je to možné. Projev normotvorné způsobilosti je v průběhu procedurálního aktu *namodulován* na formální pramen a pozmění tak jeho strukturu – přibude další prvek. Tento prvek budu nazývat jako PRVEK PŘINÁLEŽITOSTI. *Je znamením a pozůstatkem procedurálního pramene, který dodal normě platnost, což se v prameni samotném promítlo právě tímto způsobem.* Typickým příkladem budiž ratifikační listina.

6.2 Jednotlivé formální prameny soudobého mezinárodního práva veřejného

Jednotlivé formální prameny Formálními prameny soudobého mezinárodního práva veřejného jsou:

- A. mezinárodní smlouvy,
- B. mezinárodní obyčeje a
- C. obecné zásady právní.

O základních formálních pramenech soudobého mezinárodního práva veřejného – smlouvách i obyčejích – bude pojednáno samostatně. Zde se tak budu ve stručnosti věnovat pouze formálnímu prameni pomocnému – obecným zásadám právním.

6.2.1 Obecné zásady právní

Obecné zásady právní Obecné zásady právní jsou obecné principy společné vnitrostátním právním řádům států. Byly do čl. 38 Statutu MSD přidány jako pojistka proti hrozbě vyslovení tzv. *non liquet*. Na druhou stranu, nemají být nástrojem soudcovské normotvorby.¹ Jejich povaha je tudíž, ve vztahu ke smlouvě a obyčejí, *subsidiární, neboli pomocná*.

Teoreticky by měly být vyhledávány za pomoci komparativních studií. Praxe MSD se však vydala jinou cestou a najde-li se mezi soudci pro princip postačující většina, spolehnou se na dostatečnou reprezentativnost složení Soudu.² Jejich význam postupně upadá. Nadto valnou část aplikovaných obecných právních zásad tvoří římskoprávní maximy. Je to dáno jednak jistou kulturní diverzifikací mezinárodního společenství, vyvolaného zejména rozšířením jeho okruhu, ale také vyšší komplexností mezinárodněprávní úpravy. *Non liquet* se tak stává stále méně možným.

Obecné zásady právní mají formu práva vnitrostátního. Dokonce více práv vnitrostátních. Nabízí se otázka, jak se mohou stát součástí mezinárodního práva veřejného. Pokud jde o výše uvedené prvky materiální a specifický, tyto je mu způsobilá dodat sama směs formálních pramenů vnitrostátních. Prostupuje-li směs dostatečně široký okruh dostatečně reprezentativních právních řádů, kterým je společná, nepostrádá ani prvek příslušnosti. Ten je tak v případě obecných zásad právních povahy kvantitativní. Z hlediska obsahového musí být obecné zásady právní předně způsobilé k přenesení do sféry mezinárodního práva veřejného. V jeho rámci musí být s to působit organicky. To je podmínkou *sine qua non*. Splňující tyto podmínky, jsou již obecné zásady právní součástí mezinárodního práva veřejného. To však neznamená, že je lze okamžitě bez dalšího použít. Už byla zmíněna jejich subsidiární povaha a ještě před tím bylo i řečeno, že jde o pramen pomocný. Nelze je tedy jen tak používat pro oblast normovanou smlouvou či obyčejem. Těmito základními prameny jsou obecné zásady právní zásadně *derogovány*

¹PELLET, Article 38 in ZIMMERMANN, Andreas, ed. et al. *The statute of the international court of justice: a commentary*. 1st pub. New York: Oxford University Press, 2006. lxxxiv, 1577 s. ISBN 0-19-926177-6., str. 765

²PELLET, Article 38 in ZIMMERMANN, Andreas, ed. et al. *The statute of the international court of justice: a commentary*. 1st pub. New York: Oxford University Press, 2006. lxxxiv, 1577 s. ISBN 0-19-926177-6., str. 771-772

již z důvodu své formy. Úprava provedená základními prameny se nevyskytuje v rámci sféry volnostní. Zdá se tedy, že právě v jejím rámci se pro obecné zásady právní otevírá prostor. Proti tomu však stojí státní suverenita a skutečnost, že obecné zásady právní nebyly zamýšleny jako nástroj soudcovské normotvorby, ale toliko jako pojistka proti hrozbě *non liquet*. Je tedy třeba se s jejich používáním omezit pouze na případy, kdy by na základě základních pramenů nebylo možno vůbec dojít k interpretačnímu závěru. Tak tomu bude v případě neúplných institutů, jako byla svého času odpovědnost, či některé úpravy zejména v procesní oblasti, kdy »již nakousnuté jablko« nelze pouze na základě pravidel nesených prameny základními »spolknout«.

Část III

Mezinárodní smlouva

Kapitola 7

Vymezení některých pojmů

7.1 Dohoda

Dohoda (agreement) Pojem DOHODA postrádá legální definici. Pomocí něj je však definován klíčový pojem mezinárodní smlouvy. Bylo by tedy vhodné poskytnout nějaké vymezení. DOHODOU budu označovat *projev střetávajících se obsahově souhlasných vůlí*, a to alespoň dvou různých entit. Sama o sobě nemusí mít žádné mezinárodněprávní účinky. Kdy je naopak mít bude, stanoví jednotlivé procesní úpravy mezinárodního práva veřejného.

Vůli lze projevit buď výslovně, nebo konkludentně. V závislosti na tom může mít dohoda formou písemnou, ústní, tacitní, ale i jakoukoli jinou, dokonce i kombinovanou.

7.2 Ujednání

Ujednání (agreement) Výše řečená DOHODA je ovšem výsledkem nějakého procesu. Tímto procesem dochází k nalezení střetávajících se obsahově souhlasných, tedy společných, vůlí. Jednotlivé vůle se vůči sobě nějak projevují a tím na sebe vzájemně působí – probíhá JEDNÁNÍ. V momentě, kdy se vůle aktérů obsahově shoduje, dochází k UJEDNÁNÍ.¹ UJEDNÁNÍ *je tedy nalezení střetávajících se obsahově souhlasných vůlí*. Je ale třeba podotknout, že se, v případě smlouvy, bez tohoto procedurálního způsobu myšlení celkem dobře obejdeme. V kontinentální právní vědě jsem se traktováním něčeho podobného nesetkal. Tuto tradici zachovám a při vymezování samotného pojmu smlouvy už její procedurální protějšek hledat nebudu.

¹Volím toto slovo jako zpodstatnělou podobu vzniklou od slova jednání. Má tak k procesu blíže, než dohoda.

7.3 Definice mezinárodní úmluvy dle čl. 38 Statutu MSD

Mezinárodní úmluva (convention) Článek 38 odst. 1 písm. a.) Statutu MSD nepřímou prohlašuje za pramen mezinárodního práva veřejného „mezinárodní úmluvy, ať obecné či partikulární, stanovící pravidla výslovně uznaná státy ve sporu“. Za podstatu „mezinárodní úmluvy“ tak prohlašuje *výslovné uznání pravidel konkrétními státy*. Jde tedy o výslovně deklarované ujednání států. Výslovně deklarované ujednání má pochopitelně svůj výsledek, kterým je dohoda. Její forma je však omezena na projev vůle výslovný – tacitní dohoda tedy nepřipadá v úvahu. Jak vyplývá z dikce článku, je třeba tímto způsobem uznat pravidla. Uznáním se však deklaruje nějaká skutečnost. Je třeba se ptát, jaká. Je onou skutečností existence, platnost nebo účinnost? Jak uvádí Pellet, je obratem shora uvedeným, obsaženým v čl. 38 odst. 1 písm. a.) Statutu MSD, vzhledem k písm.) téhož článku a odstavce, třeba rozumět úmluvy *účinné (treaties in force)*.²

Tyto státy jsou takto „výslovně uznanými pravidly“ právě z důvodu „uznání“ učiněného jimi samotnými mezi sebou vázány. Jiný způsob vázanosti, zejména tedy vázanost vůči někomu třetímu, z obratu „uznaná státy ve sporu“ těžko může vyplývat. Jen pro úplnost ještě dodám, že tyto pravidla musí výslovně uznat *státy*, nikoli jen stát jeden.

Konečně čl. 38 výslovně předjímá možnost uzavírat MEZINÁRODNÍ ÚMLUVY jak obecné, tak partikulární. Počet států na úmluvě se podílející je tak limitován pouze sdola, a sice minimálním počtem dvou států.

7.4 Smlouva

Smlouva SMLOUVU definuje Vídeňská úmluva o smluvním právu z r. 1969 takto:

Článek 2

Použité výrazy

- 1) Pro účely této úmluvy:
 - a.) SMLOUVA je mezinárodní dohoda, uzavřená mezi státy písemnou formou, řídicí se mezinárodním právem, sepsaná

²PELLET, Article 38 in ZIMMERMANN, Andreas, ed. et al. *The statute of the international court of justice: a commentary*. 1st pub. New York: Oxford University Press, 2006. lxxxiv, 1577 s. ISBN 0-19-926177-6., str. 739

- v jediné nebo ve dvou či více souvisejících listinách, ať je její název jakýkoli;
- b.) RATIFIKACE, PŘIJETÍ, SCHVÁLENÍ, PŘÍSTUP je v jednotlivých případech takto pojmenovaný mezinárodní úkon, jímž stát projevuje na mezinárodním poli svůj souhlas s tím, že bude vázán smlouvou;
 - c.) PLNÁ MOC je listina vydaná příslušným orgánem státu, kterou je zmocněna jedna nebo více osob zastupovat stát při jednání, při přijetí nebo ověření textu smlouvy, vyjádřit souhlas státu s tím, že bude vázán smlouvou, nebo vykonat jakýkoliv jiný úkon, který se týká smlouvy;
 - d.) VÝHRADA je jednostranné, jakkoliv formulované nebo označené prohlášení, učiněné státem při podpisu, ratifikaci, přijetí nebo schválení smlouvy nebo při přístupu k ní, jímž tento stát zamýšlí vyloučit nebo změnit právní účinek určitých ustanovení smlouvy při jejich použití vůči tomuto státu;
 - e.) STÁT ZÚČASTNIVŠÍ SE JEDNÁNÍ je stát, který se podílel na vypracování a přijetí textu smlouvy;
 - f.) SMLUVNÍ STÁT je stát, který projevil souhlas s tím, že bude vázán smlouvou, ať vstoupila v platnost, či nikoliv;
 - g.) SMLUVNÍ STRANA je stát, který projevil souhlas s tím, že bude vázán smlouvou, a vůči němuž je smlouva v platnosti;
 - h.) TŘETÍ STÁT je stát, který není stranou smlouvy;
 - i.) MEZINÁRODNÍ ORGANIZACE je organizací mezivládní.
- 2) Ustanovení odstavce 1 o výrazech používaných v této úmluvě nemají vliv na použití těchto výrazů

nebo jejich smysl, který jim může být dán ve vnitrostátním právu jakéhokoliv státu.

— VÍDEŇSKÁ ÚMLUVA O SMLUVNÍM PRÁVU Z R. 1969

Vídeňská úmluva o právu smluv mezi státy a mezinárodními organizacemi nebo mezi mezinárodními organizacemi z r. 1986 tuto definici v podstatě přebírá, avšak pochopitelně namísto obratu „mezi státy“ používá období, ve které se musí vyskytnout alespoň jedna mezinárodní organizace (státy se však mohou účastnit rovněž). Samozřejmostí je jistě možnost uzavírání mezinárodních smluv – zvaných KONKORDÁTY – Svatým stolcem.

MEZINÁRODNÍ SMLOUVA je kvalifikovanou DOHODOU. V první řadě jde o dohodu mezinárodní, tedy uzavřenou subjekty mezinárodního práva veřejného. Ač Úmluva z r. 1986 dosud nenabyla účinnosti, lze mít zato, že lze, na základě obvyčeje, chápat pojem smluv v tomto ohledu širěji, než stanoví striktní dikce ust. čl. 2 Úmluvy z r. 1969. Takto širěji, koneckonců, chápal smlouvy již Lord McNair.³ Subjekty tudíž k jejímu uzavření využívají své normotvorné způsobilosti. Mezinárodní organizace ji však mohou mít v omezeném rozsahu. Na to pamatuje i čl. 6 Úmluvy z r. 1986.

Především má ale smlouva, narozdíl od jiných dohod, povahu PERZISTENTNÍHO OBJEKTU. Tento perzistentní objekt funguje jako hmotný nosič. Plní tak funkci velice kvalitní formy, která nese obsah vůle v reálném čase.

Vyvstává ovšem otázka, jakou povahu musí mít takový perzistentní objekt. Dikce „... dohoda, uzavřená ... písemnou formou ... sepsaná v jedné nebo ve dvou či více souvisejících listinách ...“ nasvědčuje výkladu, dle něhož by mělo jít o *písemný dokument*. Na druhou stranu, úlohu hmotného nosiče může stejně dobře plnit i elektronický záznam, třeba na pevném disku počítače. Perzistentní objekt jistě musí být hmatatelný. To vyplývá z povahy věci – jinak by totiž nebyl způsobilý nést do něj vložený obsah vůle v reálném čase. Z téhož důvodu je zapotřebí, aby bylo možné samotný obsah pravidla nějakým způsobem zrekonstruovat, a to minimálně stejně dobře, jako v případě písemného záznamu. Nezbytný je také jeho trvalý charakter. Bez něj by nebyl způsobilý zajistit dostatečným způsobem uchování obsahu jím projevené vůle subjektů, které jej vytvořily. Je otázkou, jaké další kvality přináší podoba písemné listiny. Zřejmě by se nějaké našly. Dovolím si však tvrdit, že *nejdou podstatné*. Koneckonců, i Komise pro mezinárodní právo chápe smlouvu spíše jako formální instrument, než jako dohodu zachycenou

³McNAIR, Lord. THE LAW OF TREATIES. New York: Oxford University, 1998. 789 s. ISBN 0-19-825152-1., str. 4

písmem.⁴ Pro dostatečnost elektronického nosiče se vyslovuje také Aust.⁵

Perzistentní objekt může mít buď povahu »monolegální« či »polylegální«. „Listina“ může být buď jedna, nebo jich může být více. Tím se míří především na možnost uzavírání SMLUV VE ZJEDNODUŠENÉ FORMĚ např. formou výměny diplomatických nót. Také umožňuje, aby bylo lze za součást smlouvy považovat i ratifikační či jiné listiny, jsou-li nezbytné, řečeno slovy Čepelkovými, k perfektnosti normotvorného konsenzu,⁶ neboť ty tuto část konsenzu nesou.

Režim smlouvy podléhá mezinárodnímu právu veřejnému. Vzhledem k tomu, že se Komise pro mezinárodní právo snažila, při vytváření návrhu Úmluvy, pokud možno co nejdůsledněji oddělit „právo instrumentu“ od „práva samotného závazku“, který obvykle nese,⁷ lze mít zato, že je tím míněn především režim samotného „instrumentu“ jako takového; jinak řečeno, mezinárodní smlouva podléhá mezinárodnímu právu smluvnímu. Na druhou stranu se ale k sobě INSTRUMENT, tedy forma, a SAMOTNÝ ZÁVAZEK – pravidlo – pojí; společně vytvářejí novou kvalitu. Z tohoto důvodu je zde určitý přesah i mimo právo smluvní.

Je také velice důležité upozornit na obrat „ať je její název jakýkoli“, obzvláště v této práci operující s několika pojmy, kterými se smlouvy často nadepisují. Jakou povahu konkrétní akt má je nutno posuzovat *nikoli podle jeho označení, nýbrž podle jeho povahy*. Toto pojetí razí i MSD.

Konečně je třeba okomentovat také návěti: „Pro účely této úmluvy“. Úmluva tím vyjadřuje skromnost svých ambicí a omezuje své definice toliko vzhledem ke svému obsahu. Totéž lze říci i k druhému odstavci. Na druhou stranu, je třeba poukázat na skutečnost, že již v době svého vzniku byla z velké části pouze kodifikací dosavadních obyčejových pravidel. Několik norem z kategorie pokrokového rozvoje z ní tehdy poměrně vyčnívalo, zejména kontroverzní ustanovení narážející na problematiku imperativních norem. Vzhledem k tomu, že i ty lze již dnes patrně považovat za součást obecného obyčejového práva, lze mít zato, že všechny normy Vídeňské úmluvy o smluvním

⁴University of Cambridge. Research Centre for International Law; ROSENNE, Shabtai. *Breach of treaty*. Cambridge: Grotius Publications, 1985. 142s. Hersch Lauterpacht Memorial Lectures. ISBN 0 906496 36 5., str. 5

⁵AUST, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice*. 1st ed., reprint Cambridge: University Press, 2002. ISBN 0 521 59153 8., str. 16

⁶ČEPELKA, Čestmír. *Právo mezinárodních smluv: vídeňská úmluva o smluvním právu (1969) s komentářem*. 1. vyd. Praha: Univerzita Karlova, 1999. 202s. Příloha s. 199-200. ISBN 80-7184-970-7., str. 30.

⁷University of Cambridge. Research Centre for International Law; ROSENNE, Shabtai. *Breach of treaty*. Cambridge: Grotius Publications, 1985. 142s. Hersch Lauterpacht Memorial Lectures. ISBN 0 906496 36 5., str. 6

právu z r. 1969 mají svůj obecný obyčejový protějšek.⁸ Tím pádem se lze spolehnout i na definici smlouvy tak, jak byla osvětlena výše (byť z drobným dodatkem, který ještě bude pojednán).

7.5 Vzájemný vztah definic z ust. čl. 38 Statutu MSD a z ust. čl. 2 Vídeňské úmluvy z r. 1969

Vzájemný vztah definic z ust. čl. 38 Statutu MSD a z ust. čl. 2 Vídeňské úmluvy z r. 1969 Množinově vzato, mezi MEZINÁRODNÍMI ÚMLUVAMI a MEZINÁRODNÍMI SMLOUVAMI lze nalézt vztah incidence. Ač je dnes třeba pojem mezinárodní smlouvy chápat o něco širěji a zahrnout pod něj i smlouvy uzavírané mezinárodními organizacemi, znění čl. 2 Vídeňské úmluvy setrvává na pozici, která se promítla již dříve ve Statutu MSD. Dále je třeba připomenout, že Statut MSD není terminologicky zrovna přesný a lze se v něm setkat jak se slovem „smlouva“, tak se slovem „úmluva“. Prohlášení úmluvy a smlouvy za synonyma ovšem stále brání možnost sjednání úmluvy ústní.

Ústní úmluvy považoval za záležitost vyjímečnou, a i nežádoucí,⁹ již Lord McNair.¹⁰ Z tohoto důvodu na ně ani nepamatuje při definování smlouvy.¹¹ Bylo by tedy nejjednodušší prohlásit ústní úmluvy za vyjité z užívání. Situace by se tak velmi zpřehlednila. Na druhou stranu, jejich existence se traktuje dodnes. Činí tak zejména i Aust, byť připouští, že už se v

⁸Tak ČEPELKA, Čestmír a ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2008. xli, 840 s. Právnícké učebnice. ISBN 978-80-7179-728-9., str. 126

⁹„Navíc . . . je to nežádoucí, aby se [úmluva] mezi státy vytvářela pouhou domluvou, v první řadě protože ústní prohlášení bude zcela vyjímečně, pokud vůbec někdy, stejně jasné a trvalé jako prohlášení psané a, za druhé, protože je to nedemokratické, aby dvě osoby, [bez ohledu na titul a funkci], mohly přijmout [úmluvu] zavazující milióny lidských bytostí toliko vyřenyými slovy, nehledíce při tom na žádný jiný politický orgán. (Moreover, from the point of view of policy, it is undesirable that an agreement between States should be made by word of mouth, firstly because an oral statement can rarely, if ever, be as clear and permanent as a written statement, and, secondly, because it is undemocratic that two persons, whether they are Führers, Duces, or Caudillos, or merely Presidents, Prime Ministers, of Foreign Ministers, should be able to make an agreement binding millions of human beings by spoken words, without the intention of any other political organ.)“ – viz McNAIR, Lord. *THE LAW OF TREATIES*. New York: Oxford University, 1998. 789 s. ISBN 0-19-825152-1., str. 7-8

¹⁰McNAIR, Lord. *THE LAW OF TREATIES*. New York: Oxford University, 1998. 789 s. ISBN 0-19-825152-1., str. 6 an

¹¹McNAIR, Lord. *THE LAW OF TREATIES*. New York: Oxford University, 1998. 789 s. ISBN 0-19-825152-1., str. 4

podstatě nepoužívají.¹² I tak by si jejich zavržení žádalo asi dosti mravenčí práci. Vzhledem k jejich zcela nepatrnému významu jsem se rozhodl se do ní nepouštět.

Jak poznamenává Pellet, čl. 38 odst. 1 písm. a.) Statutu MSD je jakousi definicí mezinárodní smlouvy v embryonálním stádiu.¹³ Nepochybně mezi formální prameny soudobého mezinárodního práva veřejného patří i smlouvy uzavřené mezinárodní organizací a i jinými subjekty, jako je třeba Svátý stolec. Vyvíjí se tedy evidentně nejen pojetí smluv, ale i úmluv. Opatrnost mi ovšem velí být paměťiv již řečených úmluv ústní. V duchu maximy: „*Vox emissa volat; littera scripta manet*,“ však poznamenám že rozdíl mezi probíranými pojmy je zanedbatelný.

¹²AUST, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice*. 1st ed., reprint Cambridge: University Press, 2002. ISBN 0 521 59153 8., str. 16

¹³PELLET, Article 38 in ZIMMERMANN, Andreas, ed. et al. *The statute of the international court of justice: a commentary*. 1st pub. New York: Oxford University Press, 2006. lxxxiv, 1577 s. ISBN 0-19-926177-6., str. 737 Uvedený autor ovšem mezi pojmy ÚMLUVA a SMLOUVA nečiní rozdíl.

Kapitola 8

Kategorizace mezinárodních smluv

8.1 Kategorizace z hlediska formy

8.1.1 Dle náročnosti formální procedury

Dle náročnosti formální procedury Rozhodujícím kritériem tohoto dělení je míra formalismu, která ovládá proces od úmyslu subjektů smlouvu sjednat až po nabytí účinnosti a zejména existence časového odstupu mezi vznikem a nabytím platnosti. Podle něj se rozlišují SMLOUVY VE FORMĚ PLNÉ (ČI SLAVNOSTNÍ) a SMLOUVY VE FORMĚ ZJEDNODUŠENÉ. Pokud jde o smlouvy v plné formě, v procesu jejich uzavření lze lišit dva právní akty. Autntifikaci textu smlouvy, což je akt, jímž stát uznává určitý text jako věrný výsledek jednání, a ratifikaci (přijetí, přistoupení, konfirmaci), což je akt, kterým stát projevuje svou vůli být dřívějším autentifikovaným textem právně vázán.¹ Jinými slovy, liší se okamžik vzniku a platnosti smlouvy. Naproti tomu u smluv ve zjednodušené formě tyto dva akty splývají. Obsah smluv sjednaných ve zjednodušené formě může být vyjádřen buď v jediné listině a nebo ve více listinách. Typickým, a stále častěji používaným případem první možnosti je *memorandum of understanding* nebo *agreed minutes*, naopak případ druhý je klasicky ilustrován výměnou diplomatických nót nebo dopisů. Regulace smluv ve zjednodušené formě se od regulace smluv v plné formě může i celkem značně lišit. Celá řada úprav nebude použitelná z povahy

¹POTOČNÝ, Miroslav a ONDŘEJ, Jan. *Mezinárodní právo veřejné: zvláštní část. 6.*, dopl. a přeprac. vyd. Praha: C.H. Beck, 2011. xxii, 533 s. Právnícké učebnice. ISBN 978-80-7400-398-1., str. 218

věci.²

8.1.2 Dle úrovně sjednání smlouvy

Dle úrovně sjednání smlouvy Zde je kritériem úroveň, na jaké je smlouva sjednána – ve smyslu orgánů, kterým je tato působnost vyhrazena právem vnitrostátním. Rozlišují se SMLOUVY PREZIDENTSKÉ, které sjednává prezident, dále SMLOUVY VLÁDNÍ – ty sjednává předseda vlády nebo její pověřený člen – a konečně SMLOUVY RESORTNÍ. Ty sjednávají jednotliví ministři nebo vedoucí odpovídajících úseků státní správy o věcech patřících do jejich kompetence.

8.1.3 Dle zveřejnění

Dle zveřejnění Smlouvy lze dělit také na VEŘEJNÉ a TAJNÉ. Čl. 102 Charty OSN požaduje registraci smlouvy jako podmínku, bez níž není možno se smlouvy dovolat před orgány OSN. To ale neznamená, že nezveřejněná smlouva není platná. MSD dokonce odmítl dovozovat ze skutečnosti, že byla smlouva ve zjednodušené formě registrována pouze jednou ze svých stran a po značné době, její nezávazný, reps. deklaratorní, charakter.³

8.1.4 Dle počtu smluvních stran

Dle počtu smluvních stran Podle počtu smluvních stran dělíme smlouvy na DVOUSTRANNÉ (BILATERÁLNÍ), VÍCESTRANNÉ (PLURILATERÁLNÍ), MNOHOSTRANNÉ (MULTILATERÁLNÍ), OBLASTNÍ (REGIONÁLNÍ) a VŠEOBECNÉ (UNIVERZÁLNÍ).

8.1.5 Dle možnosti přístupu

Dle možnosti přístupu Dle možnosti přístupu dalších subjektů ke smlouvě lze rozlišovat smlouvy na:

- A. *Otevřené* – k nim lze jednostranným aktem bez dalšího přistoupit

²Podrobněji ke smlouvám ve zjednodušené formě především AUST, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice*. 1st ed., reprint Cambridge: University Press, 2002. ISBN 0 521 59153 8., str.26 V češtině potom zejména ČEPELKA, Čestmír a ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2008. xli, 840 s. Právnické učebnice. ISBN 978-80-7179-728-9., str. 129

³Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Judgment of 1 July 1994, Jurisdiction and Admissibility, bod 29

- B. *Uzavřené či zavřené* – k nim nelze přistoupit
- C. *Polouzavřené, polozavřené nebo polootevřené* – zde je přístup vázán na splnění nějakých podmínek, zejména pak souhlasu dosavadních smluvních stran

8.2 Kategorizace z hlediska obsahu

Poznámka ke kategorizaci Ve své podstatě vlastně nejde o kategorizaci smluv, nýbrž o kategorizaci pravidel smlouvami nesených. Vzhledem ke skutečnosti, že jsou tato charakteristická pravidla úzce navázána na svůj výskyt právě v mezinárodních smlouvách, je o nich pojednáno v souvislosti s nimi.

8.2.1 Dle předmětu smlouvy

Dle předmětu smlouvy Dle předmětu smlouvy se normy dělí na POLITICKÉ, HOSPODÁŘSKÉ, a JINÉ. Lze se však setkat i s dělením na SMLOUVY PRO ČAS MÍRU a SMLOUVY PRO ČAS VÁLKY a ještě celou řadou jiných. Dá se říci, že klasifikace dle tohoto kritéria je stejně pestrá a proměnlivá, jako samy mezinárodní vztahy.

8.2.2 Dle postavení stran

Dle postavení stran Postavení stran smlouvy může být buď stejné, anebo rozdílné. Podle toho lze smlouvy dělit na ROVNÉ a NEROVNÉ. Vzhledem k důležitosti tohoto dělení jsem si tyto pojmy vypůjčil od dělení následujícího, kde jsem je zaměnil za jiné.

8.2.3 Dle vyváženosti smlouvy

Dle vyváženosti smlouvy Dle vyváženosti vzájemných oprávnění a povinností stran lze smlouvy dělit na VYVÁŽENÉ a NEVYVÁŽENÉ. Pro dělení dle tohoto kritéria se zpravidla užívá pojmů ROVNÉ a NEROVNÉ. Ty jsem si však dovolil použít pro dělení předchozí.

8.2.4 Dle trvání účinnosti

Dle trvání účinnosti Podle tohoto kritéria lze smlouvy dělit na KRÁTKODOBÉ, STŘEDNĚDOBÉ, DLOUHODOBÉ a ČASOVĚ NEOMEZENÉ.

8.2.5 Dle funkce v rámci kontraktačního procesu

Dle funkce v rámci kontraktačního procesu Smlouva je vždy výsledkem nějakého kontraktačního procesu. V jeho průběhu se však uzavírají různá ujednání mezitímní povahy. Ty samy o sobě mohou zakládat takovou mezitímní smlouvu. Naopak, je-li smlouva míněna jako konečná, jde o SMLOUVU DEFINITIVNÍ. Smlouvy mezitímní bývají ovšem samy různého charakteru. Předně se subjekty mohou zavázat k dalšímu jednání – takové smlouvě se říká *pactum de negotiando*. »Vyšší formou« je potom *pactum de contrahendo*, tedy smlouva o smlouvě budoucí. Zde již nejde o pouhý závazek k dalšímu jednání, ale o závazek k uzavření smlouvy zpravidla určitého rámcově vymezeného obsahu. Lze se ale také setkat se SMLOUVOU PŘEDBĚŽNOU ČI PRELIMINÁRNÍ, tedy smlouvou, která již sama o sobě určitým rámcovým způsobem předmět reguluje – zpravidla dočasně. Především je ale nutno poznamenat, že ne každá dohoda učiněná během jednání je projevem normotvorné vůle svých stran. Bude naopak pravidlem, že půjde pouze o tzv. PUNKTACE, tedy akty neobsahující úmysl vytvořit platnou normu mezinárodního práva veřejného.

8.2.6 Dle počtu plnění

Dle počtu plnění Toto kritérium nám umožní rozlišit SMLOUVY S OPAKUJÍCÍM SE PLNĚNÍM a SMLOUVY S PLNĚNÍM JEDNORÁZOVÝM.

8.2.7 Dle možnosti předchozí kvantifikace plnění

Dle možnosti předchozí kvantifikace plnění Zde uvedené dělení je komplementární k dělení předchozímu. Jeho kritériem je možnost předem kvantifikovat plnění, ke kterému na základě smlouvy dojde. Je-li to možné, účinnost smlouvy se dostatečným »množstvím« plnění konzumuje. Smlouva je tedy v závislosti na tomto kritériu buď KONZUMOVATELNÁ nebo NEKONZUMOVATELNÁ.

8.2.8 Dle normativního obsahu

Dle normativního obsahu Tento způsob třídění smluv je v literatuře jedním z nejzmiňovanějších, avšak jedním z nejméně jasných. Je otázkou, zda vůbec existuje a zda je smysluplný. Mnohdy bývá kritérium vymezeno zcela nejasně a spíše intuitivně. Z uváděných kritérií se jako smysluplná se jeví kritérium konzumovatelnosti nebo kritérium postavení stran. Vzhledem k tomu, že už o obou bylo pojednáno, nebudu toto rozdělení vůbec provozovat. Pouze doplním, že se tímto způsobem smlouvy člení na PRÁVOTVORNÉ (*traité-loi*,

law-making treaty, Vereinbarung) a KONTRAKTUÁLNÍ (*traité-contrat, contract, Vertrag*).

Kapitola 9

Vznik smlouvy

9.1 Vyjednávání a příprava textu smlouvy

Vyjednávání a příprava textu smlouvy Proces vyjednávání smlouvy může být různý. Záleží na předmětu smlouvy, počtu smluvních stran, může probíhat na půdě nějaké mezinárodní organizace, případně může být k jejímu sjednání svolána diplomatická konference. Pro účely vypracování textu smlouvy se mohou zřizovat i různé orgány ad hoc, případně jím mohou být pověřeny orgány již existující. Jedním takovým významným orgánem, který vypracovával i text Vídeňské úmluvy o smluvním právu z r. 1969, je i Komise pro mezinárodní právo. Průběhem procesu vyjednávání a přípravy textu smlouvy se ale podrobněji zabývat nebudu a odkážu na hojnou literaturu, která se jím zabývá v míře dostatečné.¹

9.2 Vznik smlouvy jako takový

Poznámka ke kategorizaci *Smlouva vzniká tehdy, střetnou-li se obsahově souhlasné vůle subjektů, a toto jejich střetnutí se projeví písemnou (nebo jí naroveň postavenou) formou.* Vzhledem k povaze subjektů soudobého mezinárodního práva veřejného, je ale logické, že tuto vůli musí formulovat a projevit nějaké osoby. I s ohledem na Vídeňská úmluva rozlišuje mezi přijetím textu smlouvy a jeho autentifikací. Ani k jedné z nich však nemusí dojít v případě smluv ve zjednodušené formě. Subjekty mohou vyjádřit svou vůli například vzájemnou korespondencí nebo výměnou diplomatických nót.

¹Především AUST, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice*. 1st ed., reprint Cambridge: University Press, 2002. ISBN 0 521 59153 8. V češtině zejména POTOČNÝ, Miroslav a ONDŘEJ, Jan. *Mezinárodní právo veřejné: zvláštní část*. 6., dopln. a přeprac. vyd. Praha: C.H. Beck, 2011. xxii, 533 s. Právnické učebnice. ISBN 978-80-7400-398-1.

9.2.1 Osoby jednající na účet státu

Osoby jednající na účet státu Jednání za subjekt mezinárodního práva veřejného provádějí určité osoby. Ne každé jednání každé osoby však může být subjektu přičítáno. Ke vzniku platné mezinárodní smlouvy je proto třeba, aby veškeré právně relevantní akty týkající se smlouvy byly provedeny k tomu oprávněnými orgány anebo jejich řádně zmocněnými zástupci.² Otázka určení těchto orgánů a zástupců je řešena paralelně mezinárodním právem veřejným a právem vnitrostátním.

Mezinárodní právo veřejné stanoví, že veškeré úkony směřující k uzavření mezinárodní smlouvy mohou již z titulu svých funkcí činit toliko hlava státu, předseda vlády a ministr zahraničí. Pouze k přijetí textu smlouvy, avšak nikoli už jeho autentifikaci, svědčí totéž oprávnění vedoucímu diplomatické mise, pokud jde o smlouvu s přijímajícím státem, a pověřeným zástupcům státu na mezinárodní konferenci, u mezinárodní organizace nebo u některého z jejích orgánů, pokud je text smlouvy přijímán tam.

Všichni ostatní potřebují k takovému úkonu plnou moc. Plnou mocí se nazývá oficiální dokument vydaný kompetentním státním orgánem reprezentativní povahy, opravňující k provedení jednotlivých nebo všech právních aktů, které směřují k uzavření mezinárodní smlouvy.³

9.2.2 Přijetí textu smlouvy

Přijetí textu smlouvy Přijetí textu smlouvy je úkonem, kterým se zakončuje jednání a který fixuje obsah smlouvy. Může být učiněno různými způsoby různého stupně formálnosti. Na konferencích a na půdě mezinárodních orgaanizací se, není-li ujednáno jinak, text smlouvy přijímá dvoutřetinovou většinou. Tento požadavek je určitým omezením smluvní volnosti v zájmu urychlení procesu vytváření smlouvy a zajištění dostatečné jednotnosti úpravy. Subjekt pochopitelně nemůže být smlouvou vázán proti své vůli. Na druhou stranu však ani subjektům nemůže být bráněno v uzavření určité úpravy někým, komu se tato nelíbí. *Přijetí smlouvy nemá žádné právní následky, zejména jím smlouva dosud nevzniká.*

²POTOČNÝ, Miroslav a ONDŘEJ, Jan. *Mezinárodní právo veřejné: zvláštní část. 6.*, dopln. a přeprac. vyd. Praha: C.H. Beck, 2011. xxii, 533 s. Právnické učebnice. ISBN 978-80-7400-398-1., str. 227

³POTOČNÝ, Miroslav a ONDŘEJ, Jan. *Mezinárodní právo veřejné: zvláštní část. 6.*, dopln. a přeprac. vyd. Praha: C.H. Beck, 2011. xxii, 533 s. Právnické učebnice. ISBN 978-80-7400-398-1., str. 229

9.2.3 Autentifikace textu smlouvy

Autentifikace textu smlouvy Bylo již řečeno, že přijetím textu smlouvy smlouva stále ještě nevzniká. Akt, kterým naopak vzniká, je právě autentifikace. Od této chvíle tedy forma norem ve smlouvě obsažených získává PRVEK SPECIFICKÝ. Smlouva totiž právě autentifikací získala svůj *autentický* a DEFINITIVNÍ text.⁴ Ten je tedy napříště již zásadně neměnný.

Výše jsem sice naznačil ostrou hranici mezi přijetím a autentifikací, ta však platí toliko podmíněně. V praxi totiž, a bude to případ zejména smluv ve zjednodušené formě, mohou oba akty splývat. Stejně jako přijetí, i autentifikace může být učiněna celou řadou více či méně formálních aktů. Za všechny uvedu podpis, podpis ad referendum a parafování.

⁴Dříve se těšily poměrně značné oblibě názory, podle nichž vzniká smlouva až ratifikací. K tomu kriticky OPPENHEIM, L. *International law - vol. I - peace: <<a>> treatise*. 8th ed. London: Longmans, 1955. 1071 s., str.903 an

Kapitola 10

Platnost smluvních norem

Uvod Platnost normy je zcela zásadní kategorií. Tak dlouho, jak je norma platná, je také součástí daného normového souboru. Platnost je ovšem vlastností odvozenou od pramene. Norma nabývá platnosti procedurálním aktem. Tento procedurální akt »zanechá stopy« na formálním prameni, který normu nese. Někdy ale může jít o »stopy falešné«, neboť akt, i když se zdá opak, platnosti nenabyde. Norma také může platnosti pozbýt. O tom všem bude pojednáno v této kapitole.

10.1 Nabytí platnosti smlouvy

Časový odstup mezi vznikem a platností Vznikne-li definitivní text smlouvy, ještě to neznamená, že je tato smlouva platná. Jednak vyjednaváči, kteří text připravovali nemusí být oprávněni svůj stát zavazovat. I kdyby tomu tak nebylo, můžou považovat za vhodné řádně si projít celý text smlouvy, analyzovat jej a definitivní rozhodnutí o závázání se »nechat uzrát«. Především ale, s ohledem na dělbu moci v rámci států, může smlouva vyžadovat ku příkladu nějaké legislativní provedení atd. Konečně ani moment demokratické kontroly nad zahraniční politikou státu nelze opomíjet. Ze všech těchto důvodů často nedochází k převzetí závazku být smlouvou vázán ve stejný moment jako k autentifikaci textu, ale tento moment se od-souvá, a tím se poskytuje čas na všechny potřebné vnitrostátní procedury. Zejména u závažnějších smluv to bude pravidlem.

Souhlas být smlouvou vázán Proběhnou-li všechny všechny požadované vnitrostátní procedury, stát může vyjádřit svůj souhlas být smlouvou vázán. Důležité však je slovo *může*. Stát rozhodně nemá povinnost tak učinit z pouhého důvodu, že již text smlouvy autentifikoval. Na druhou stranu, dokud

jasně neprojeví úmysl takový závazek nepřevzít, je povinen se zdržet veškerých jednání, která by mohla zmařit předmět a účel smlouvy.

Samotný souhlas být smlouvou vázán může být učiněn celou řadou způsobů. V konkrétním případě bude způsob, jakým bude takový procedurální akt proveden, záviset na vůli subjektů. Nejčastěji se traktují tyto:

- A. *Podpis* – Souhlas být smlouvou vázán může být vyjádřen *podpisem*. Může jít dokonce o tentýž podpis, kterým je text smlouvy autentifikován. Stejně tak i jiné způsoby autentifikace mohou potvrzením nabýt povahy definitivního souhlasu být smlouvou vázán.¹
- B. *Ratifikace* – RATIFIKACE je formální, slavnostní potvrzení mezinárodní smlouvy oprávněným orgánem (zpravidla hlavou státu), provedené smluvními státy vzhledem k ústavním předpisům.² Dříve bývala ratifikace obligatorní součástí procesu uzavírání smlouvy. Zatímco do ratifikace prováděl všechny úkony zplnomocněný zástupce, ratifikací se do hry dostával sám suverén. Ten měl nyní příležitost zkontrolovat, zda zástupce učinil vše přesně tak, jak si to přál. Pokud nebyl se smlouvou spokojen, prostě ji neratifikoval. Ratifikace je dokonána výměnou ratifikačních listin, či jejich uložení u depozitáře.
- C. *Přistoupení (akcese či adheze)* – Zatímco v předchozích případech vyjadřoval svou vůli být smlouvou vázán stát, který se účastnil jednání a smlouvu autentifikoval (alespoň zároveň s vyjádřením souhlasu být jí vázán), v případě PŘISTOUPENÍ takovou vůli vyjadřuje naopak stát, který se vyjednávání ani autentifikace neúčastnil, nicméně oferta k přistoupení ke smlouvě je obsažena v ní samotné nebo někde jinde a smlouva je tedy *otevřená*. Formálním aktem provedeným stejným způsobem jako ratifikace.

Přistoupit lze buď k celé smlouvě, anebo pouze k její části. Přistupuje-li k celé smlouvě, jde o AKCESI. Přistupuje-li naopak toliko k její části, tento akt se nazývá ADHEZÍ.

¹POTOČNÝ, Miroslav a ONDŘEJ, Jan. *Mezinárodní právo veřejné: zvláštní část*. 6., dopln. a přeprac. vyd. Praha: C.H. Beck, 2011. xxii, 533 s. Právnické učebnice. ISBN 978-80-7400-398-1., str. 237

²DAVID, Vladislav, SLADKÝ, Pavel a ZBOŘIL, František. *Mezinárodní právo veřejné*. 3., přeprac. vyd. Praha: Linde, 2006. 449 s. Vysokoškolské právnické učebnice. ISBN 80-7201-628-8., str. 100

D. *Přijetí (akceptace)* – PŘIJETÍ, AKCEPTACE, je zjednodušenou formou ratifikace nebo přistoupení ke smlouvě.³

E. *Schválení (aprobace, konfirmace)* – Souhlas být smlouvou vázán může být vyjádřen také pouhým SCHVÁLENÍM (APROBACÍ, KONFIRMACÍ). I v tomto případě jde o zjednodušenou formu ratifikace. Zpravidla se používají u dohod uzavíraných vládou či jednotlivými resortními ministry.

Od vyjádření souhlasu být smlouvou vázán až po dobu, kdy nabyde účinnosti, mají subjekty opět povinnost nemařit předmět a účel smlouvy. Tohoto závazku jsou zproštěny, trvá-li jiným subjektům vyslovení téhož souhlasu neúměrně dlouhou dobu.

Vymezení rozpětí smluvních norem Jak státy vyjadřují svůj souhlas být smlouvou vázán, odhaluje se tím, mezi kým bude smlouva platit. Tímto způsobem se vymezuje ROZPĚTÍ smluvních norem. Časově vzato, bude rozpětí základním způsobem vymezeno ještě před nabytím platnosti. Avšak ne nutně způsobem definitivním. Mohou přistupovat subjekty nové, naopak staré mohou své závazky abrogovat. Rozpětí bude v zásadě stejné pro všechny normy ve smlouvě obsažené. Nikoli ovšem bezvýjimečně. Stát jednak může rozhodnout zavázat se pouze k části smlouvy, pokud to smlouva umožňuje, nebo pokud s tím ostatní smluvní státy souhlasí. Pokud to není možné a státu se některé ustanovení nezdá, stále ještě přichází v úvahu učinění výhrady. V případě výhrad jsou omezení méně striktní. Tato dvojkolejnost vyplývá zřejmě ze složitého historického vývoje, kterým praxe výhrad prošla.⁴ Pochopitelně není ani jeden z těchto institutů uplatnitelný v případě smluv dvoustranných.

V souvislosti s rozpětím je ale zejména nutno upozornit, že smlouvy nezavazují třetí státy. Pakliže přece jen z nějaké smlouvy právo nebo povinnost pro třetí stát vyplývá, musí se do rozpětí zařadit skrze KOLATERÁLNÍ DOHODU, která v případě povinnosti navíc musí mít písemnou formu.⁵

Okamžik nabytí platnosti Státy mohou vyjádřit svůj souhlas být smlouvou vázány společným aktem. Na druhou stranu, tak tomu být vůbec nemusí.

³POTOČNÝ, Miroslav a ONDŘEJ, Jan. *Mezinárodní právo veřejné: zvláštní část. 6.*, dopln. a přeprac. vyd. Praha: C.H. Beck, 2011. xxii, 533 s. Právnícké učebnice. ISBN 978-80-7400-398-1., str. 239

⁴V podrobnostech viz FITZMAURICE in EVANS, Malcolm D., ed. *International law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. lxiii, 833 s. ISBN 0-19-928270-6., str. 204 an

⁵V podrobnostech viz ČEPELKA, Čestmír. *Právo mezinárodních smluv: vídeňská úmluva o smluvním právu (1969) s komentářem*. 1. vyd. Praha: Univerzita Karlova, 1999. 202 s. Příloha s. 199-200. ISBN 80-7184-970-7., str. 59 an.

Vnitrostátní procedury mohou trvat různým státům různě dlouho a lze se setkat i s praxí úmyslného oddalování okamžiku vyjádření souhlasu. Mezi souhlasem dvou států tak může být poměrně značný časový odstup, a to zejména u smluv uzavíraných vysokým počtem subjektů. Vystává potom otázka, odkdy jsou normy smlouvou nesené součástí mezinárodního práva veřejného. V případě dvoustranných smluv je to jednoduché – smlouva platí od okamžiku střetnutí obsahově souhlasných normotvorných vůlí, zejména tedy vůlí být smlouvou vázán. Složitější je situace u smluv vícestranných. V zásadě je rozhodným okamžik vyjádření souhlasu k vázanosti posledním subjektem, který se zúčastnil jednání. To by však působilo problémy zejména u smluv mnohostranných, či dokonce s univerzálními ambicemi. Z tohoto důvodu se obvykle ve smlouvě samé toto číslo snižuje. V momentě dosažení potřebného počtu souhlasů se tak smluvní normy stávají *platnými* (ale ne nezbytně ještě *účinnými!*).

Možnost odvolání souhlasu být smlouvou vázán Občas vyvstává poměrně důležitá otázka, jestli subjekt může vzít zpět svůj souhlas být smlouvou vázán. Díkce čl. 24 Vídeňské úmluvy z r. 1969 by snad v tomto ohledu mohla vyvolávat pochybnost. Na druhou stranu, jak uvádí Aust, taková praxe se již vyskytla.⁶ Přikláním se rovněž k názoru, že to možné je. Upozornil bych v této souvislosti především na skutečnost, že Úmluva sama nepoužívá pojem ÚČINNOST a namísto něj operuje s opisným tvarem PROVÁDĚNÍ. Ust. čl. 24 odst. 4, byť zmiňuje trošku nešťastně i vyjádření souhlasu států s tím, že budou vázány smlouvou, bych s odkazem na čl. 25 odst. 2 téže Úmluvy, vyložil tak, že není žádnou definitivní překážkou, ale akorát se započte mezi státy souhlasící, což má význam z hlediska svtupu v platnost. Mezi tyto státy se ovšem započítává pouze tak dlouho, dokud jeho souhlas trvá nebo dokud smlouva nenabyla platnosti, normy jí nesené se tak nevčlenily do korpusu mezinárodního práva veřejného a trvání souhlasu je již nerozhodné.

10.2 Výhrady

Úvod V zásadě platí, že všechny normy nesené smlouvou platí ve stejném rozpětí. Nemusí tomu tak ale být vždy. Subjekt může se souhlasem ostatních smluvních států platně vyslovit souhlas pouze s částí smlouvy. Ostatní smluvním státům, a zejména všem ostatním smluvním státům, se ale s něčím takovým nemusí vůbec chtít souhlasit. Na druhou stranu, jde-li o ustanovení méně podstatná, může být škoda, aby kvůli nim nějaký stát zůstal »za

⁶AUST, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice*. 1st ed., reprint Cambridge: University Press, 2002. ISBN 0 521 59153 8., str. 95-96

dveřmi« v rozsahu celé úpravy. Na tuto situaci pamatuje institut výhrad. Je však třeba podotknout, že pouze zhruba 50 let. Předtím se totiž naopak k platnosti výhrady právě její jednomyslné přijetí smluvními státy vyžadovalo. Trochu odlišné pojetí se praktikovalo pouze v Latinské Americe, ale i oproti němu je institut výhrad, tak jak je zakotven ve Vídeňské úmluvě z r. 1969, značně rozvolněn.

10.2.1 Učinění výhrady

Učinění výhrady Pro učinění výhrady jsou stanoveny určitá omezení. Předně ji vůbec nelze učinit, jestliže to smlouva zakazuje. Dále může smlouva umožňovat výhrady pouze proti některým svým ustanovením. V takovém případě je nelze činit proti ustanovením jiným. Na druhou stranu, výhrada proti ustanovení, ve vztahu k němuž je smlouva výslovně předvídá, je bez dalšího účinná.

V ostatních případech, tedy v případech, kdy smlouva k výhradám mlčí, ještě může beztak z omezeného počtu států, které se zúčastnily jednání, a z předmětu a účelu smlouvy vyplývat, že její provádění jako celku všemi smluvními stranami, je podstatnou podmínkou souhlasu každé z nich s tím, že bude vázána smlouvou. Tehdy bude zapotřebí opět souhlasu všech smluvních států.

Pokud ale nejde ani o tento případ, zbývá už jenom podmínka poslední, a sice, aby výhrada byla slučitelná s předmětem a účelem smlouvy. Je ale otázkou, kdo má tuto slučitelnost posuzovat. Státy, nebo případný soud či arbitr? Osobně se kloním k názoru, že státy samy. Zaprvé, nasvědčuje tomu historický vývoj institutu výhrad. Zadruhé, Úmluva předjímá jistý proces vyjadřování se ostatních smluvních států k výhradám. Konečně zatřetí, závaznost rozhodnutí soudu či arbitra by muselo být opřeno o kompromis, který již sám o sobě musejí státy sjednat.

10.2.2 Přijímání výhrad, námitky k nim a účinek výhrady

Přijímání výhrad a námitky k nim Úmluva předjímá proces, v kterém se zbylé státy vyjadřují k výhradě. Státy mohou výhradu přijímat, mohou vůči nim vznášet námitky či kvalifikované námitky vyjadřující úmysl ponechat vzájemné vztahy s výhradou činícím státem mimo rámec smlouvy, anebo nemusí dělat nic. Nedělá-li nic po dvanáct měsíců, má se zato, že výhradu přijal. Aby se stát výhradu činící stal smluvní stranou, musí jeho výhradu přijmout alespoň jeden jiný smluvní stát.

Aby se stát činící výhradu smluvní stranou nestal, musely by tedy všechny ostatní smluvní státy vznést námitky. To je úprava poměrně benevolentní.

Účinek výhrady Ve vztazích mezi státem výhradu vznášejícím a mezi ostatními smluvními stranami se postupuje podle smlouvy, s výjimkou ustanovení, vůči nimž byla učiněna výhrada. Výhrada nějakým způsobem omezuje působnost takových norem, nebo ji vůči jí činícímu státu rovnou vylučuje.

Pokud jde o vztahy státu výhradu činícího a států, které vznesly kvalifikované námitky, mezi nimi se smlouva nepoužije vůbec.

10.3 Nedostatky v platnosti

Úvod Téma nedostatků v platnosti smlouvy je jistě zajímavé. Navíc se zde objevují články, které byly v průběhu schvalování Úmluvy »jablkem sváru«. Vzhledem k rozsahu práce se o nich však příliš rozepisovat nebudu a odkážu v podrobnostech na výklad Čepelky a Šturmy.⁷

10.3.1 Nicotnost

Nicotnost (non negotium) Smlouva je NICOTNÁ tehdy, jestliže vůbec nelze hovořit o normotvorné vůli stran. Tak tomu bude v případě, kdy je k projevu souhlasu zástupce státu donucen fyzickým nebo psychickým nátlakem. V tomto případě zástupce vůbec neprojevuje vůli státu – jde tak o *non negotium*. Smlouva tedy vůbec nevznikla, neexistuje *ab initio*.

10.3.2 Absolutní neplatnost

Absolutní neplatnost (negotium nullum) Absolutní neplatnost upravuje čl. 53 Úmluvy. Matérie souvisí s institutem imperativních norem. Částečně tak už o tomto případě bylo pojednáno výše. Ještě doplním připomínku, že jde o neplatnost *ab initio*, a to v celém rozsahu smlouvy.

10.3.3 Relativní neplatnost

Přijímání výhrad a námitky k nim V tomto případě jde o situace, kdy konsenzus stran trpí určitou vadou. Této vady se poškozená strana může

⁷ČEPELKA, Čestmír a ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2008. xli, 840 s. Právnícké učebnice. ISBN 978-80-7179-728-9., str. 136-142

dovolávat, což však nebude mít vliv zpětně. Relativní neplatnost tak nastává *ex nunc*. Spadají sem případy, pro které je stanovena výjimka ze zásadní nedělitelnosti smlouvy.

Kapitola 11

Účinnost smluvních norem

Účinnost smluvních norem Účinnosti smlouva zásadně nabývá spolu s platností. Nemusí tomu tak ale být vždy. Jednak může být vázána na určení času či suspenzivní podmínku. Na druhou stranu, může také nastat již v době mezi vznikem smlouvy a nástupem platnosti. Této předběžné účinnosti nabývají v zásadě ustanovení smlouvy, která modifikují proces jejího vzniku. Existuje však také možnost prozatimního provádění smlouvy nebo její části dle dohody států. To probíhá do nabytí platnosti nebo do doby, kdy stát oznámí ostatním svůj úmysl nestat se smluvní stranou.

Kapitola 12

Pozbytí platnosti a účinnosti, suspendování

Uvod Mezinárodní smlouvy a normy jimi nesené mohou pozbyt uvedeních vlastností celou řadou způsobů. Některé z těchto způsobů mohou mít alternativní následky.

- A. *Uplynutí času* – UPLYNUTÍM ČASU zanikají smlouvy uzavřené na dobu určitou. Mohou zaniknout buď bez dalšího nebo se může vyžadovat nějaký akt, který zabrání automatickému prodloužení. Uplynutím času normy pozbydou účinnosti.
- B. *Splnění* – Výše bylo uvedeno dělení na smlouvy konzumovatelné a nekonzumovatelné. SPLNĚNÍM (KONZUMACÍ) zaniká účinnost toliko konzumovatelných smluv.
- C. *Rezolutivní podmínka* – Lze nalézt i smlouvy s PODMÍNKOU REZOLUTIVNÍ. Není jich ovšem mnoho.¹ Naplněním rozvazovací podmínky pomíjí účinnost norem.
- D. *Dohoda stran* – Dohodou stran lze jistě platnost smlouvy sprovodit ze světa, a to buď trvale, či dočasně, pokud jde o všechny adresáty, nebo pouze o některé. Pozdější dohodou, která však může být klidně i smlouvou, lze smlouvu abrogovat, sistovat či suspendovat. Zejména půjde-li o smlouvy je ale třeba důkladně posuzovat, zda v úvahu připadající derogace nutně vyvolává také suspendování, nebo dokonce abrogaci. Je-li to možné, je

¹POTOČNÝ, Miroslav a ONDŘEJ, Jan. *Mezinárodní právo veřejné: zvláštní část. 6.*, dopln. a přeprac. vyd. Praha: C.H. Beck, 2011. xxii, 533 s. Právnické učebnice. ISBN 978-80-7400-398-1., str. 258

třeba se snažit chápat smlouvy jako působící vedle sebe. K sistaci a suspendování je také třeba účast alespoň všech stran původní smlouvy.²

E. *Výpověď či vystoupení ze smlouvy* – Jde o situaci, kdy se jedna strana smlouvy rozhodne již nebýt vázána. Smlouva samotná na tuto možnost zpravidla bude pamatovat nějakou procedurou, kterou je k tomu nutno podstoupit. Může se však vyskytnout smlouva již tento problém řešen nebude. Ze smluv, které takové ustanovení o době platnosti nemají, obvykle alespoň nepřímo vyplývá, že smluvní strany předpokládaly právo každé smluvní strany ukončit platnost smlouvy výpovědí, která nabyde účinnosti po rozumné lhůtě. U některých typů smluv vyplývá doba platnosti z jejich předmětu,³ jindy tuto možnost půjde dovést ze samé státní suverenity.⁴ Na druhou stranu je třeba podotknout, že Vídeňská úmluva o smluvním právu z r. 1969 se snaží k metérii přistoupit spíše restriktivně.

F. *Hrubé porušení smlouvy* – Z kontinentálního pohledu působí tento důvod zániku platnosti, sistace či suspendování poněkud cizorodě. Naopak, v anglo-americké právní oblasti jde o institut běžný. Ve stručnosti pouze zmíním, že hrubost porušení musí především mířit proti podstatnému ustanovení smlouvy. Tím

²K tomu podrobněji ČEPELKA, Čestmír. *Právo mezinárodních smluv: vídeňská úmluva o smluvním právu (1969) s komentářem*. 1. vyd. Praha: Univerzita Karlova, 1999. 202 s. Příloha s. 199-200. ISBN 80-7184-970-7., str. 90 an.

³POTOČNÝ, Miroslav a ONDŘEJ, Jan. *Mezinárodní právo veřejné: zvláštní část. 6.*, dopln. a přeprac. vyd. Praha: C.H. Beck, 2011. xxii, 533 s. Právnické učebnice. ISBN 978-80-7400-398-1., str. 255

⁴„I dnes ovládají do značné míry mezinárodní soudní a arbitrážní praxi tři »klasické« kánony, jak je formuloval na konci 40. let minulého století Ch. Rousseau:

- 1) I v případech, kdy neexistuje norma mezinárodního práva, jež by stát zmocňovala v určité situaci jednat, má se za to, že jeho svrchovanost mu k takovému jednání poskytuje dostatečný titul;
- 2) Svrchovanost státu musí být vždy prezumována, a to i tehdy, když pro ni nese svědčí žádné výslovné platné smluvní ustanovení (např. i v případech, kdy mezinárodní smlouva neobsahuje pravidlo o jejím vypovězení, má se za to, že strany mohou svůj smluvní poměr jednostranně ukončit (*sic!*));
- 3) Každé omezení svrchovanosti, k němuž dochází na základě mezinárodní smlouvy, musí být vykládáno restriktivně (např. v souladu s třetím kánonem důsledně a stále postupuje Mezinárodní soudní dvůr OSN, když interpretuje prohlášení států o přijetí jeho obligatorní jurisdikce).

(zvýraznění původní)“ – viz malkkk, str. 19.

jistě nebude takové, vůči kterému je umožněno činit výhrady.⁵ Také se nejde tohoto důvodu dovolávat proti ustanovením humanitárního práva chránícím lidskou osobnost. V závislosti na konkrétních okolnostech a vůli stran smlouvy můžou z tohoto důvodu nastat různé konfigurace.

- G. *Dodatečná nemožnost plnění – Impossibilium nulla obligatio.* Dodatečná nemožnost plnění může být jednak nemožností faktickou, anebo nemožností právní. V této souvislosti opět narážíme na problematiku imperativních norem. Pokud jde o nemožnost faktickou lze mít patrně zato, že tato nemožnost musí spočívat v zániknutí předmětu plnění. Tato nemožnost však nesmí nastat porušením závazku či jiným jednáním té strany, která se jí dovolává. Jde-li o nemožnost trvalou smlouva účinnosti pozbývá také trvale. Naproti tomu, bude-li to nemožnost pouze dočasná, následkem bude toliko suspendování, případně sistace.
- H. *Clausula rebus sic stantibus –* Jde o doktrinu velmi dávnou. Jde o to, že hypotéza norem bývá pravidelně užší, než se zdá – zužují ji podmínky nevyjádřené, zejména zachování stavu materiálních pramenů tak, jaký byl v době vzniku, a to alespoň v jeho obrysech. Vídeňská úmluva tento důvod zániku formuluje, jako výjimku a výrazně ji omezuje. I MSD se k tomuto institutu postavil velmi rezervovaně ve věci *Gabčíkovo-Nagymaros*.⁶ V podrobnostech bych odkázal především na Čepelku a Šturmu⁷

Závěrem už jen podotknu, že Vídeňská úmluva zahrnuje také procedurální pravidla k materii se vztahující. K výše uvedeným aktům se tak stanoví povinnost učinit je písemnou notifikací ostatním stranám a případný spor z toho vzešlý řešit mírovou cestou.

⁵V podrobnostech viz University of Cambridge. Research Centre for International Law; ROSENNE, Shabtai. *Breach of treaty*. Cambridge: Grotius Publications, 1985. 142 s. Hersch Lauterpacht Memorial Lectures. ISBN 0 906496 36 5., str. 19-20

⁶Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment of 25 September 1997, bod 104

⁷ČEPELKA, Čestmír a ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2008. xli, 840 s. Právnícké učebnice. ISBN 978-80-7179-728-9., str. 156 an

Část IV
Mezinárodní obyčej

Kapitola 13

Teoretické základy mezinárodního obyčeje

Čl. 38 Statutu MSD – výchozí bod MEZINÁRODNÍ OBYČEJ je popsán čl. 38 Statutu MSD jako „důkaz obecné praxe uznávané za právo“. Jde o popis poněkud problematický. Především jde o určitou nepřesnost pokud jde o pojmání obyčeje jakožto důkazu. Lze se setkat s připomínkami, že je tomu naopak – obecná praxe uznávaná za právo je důkazem obyčeje. V praxi tomu tak jistě bude. Na tomto místě se však zaměřím na analýzu obyčeje jako takového.

Jako výchozí bod použiji pro tyto účely právě čl. 38 Statutu MSD. Pomineme-li slovo „důkaz“, zbyde nám *obecná praxe uznávaná za právo*. Předně zde tedy musí být *praxe*, na níž je kladen požadavek obecnosti, a dále přistupuje požadavek *uznání za právo*. To, jistě alespoň aritmeticky, koresponduje s obecným teoretickým pojetím obyčeje, dle kterého má tento *dvě složky*, totiž: *usus longaevus* a *opinio necessitatis*.

Lze se však setkat i s teoriemi, podle kterých je konstitutivní obyčejotvorný prvek pouze jeden. Než budu pokračovat dále, musím se vyslovit právě k nim.

13.1 Teorie jednoho konstitutivního prvku

13.1.1 Teorie okamžitého obyčeje

Teorie okamžitého obyčeje (instant custom) S teorií tzv. OKAMŽITÉHO OBYČEJE (*instant custom*) přišel Bin Cheng. Ke vzniku obyčeje podle ní postačuje jakési *communis opinio juris*. Norma mezinárodního práva ve-

řejného by tak mohla vzniknout „přes noc“.¹

Jak uvádí Villiger, nevýhodou této teorie je její neschopnost vysvětlit, proč se smlouvy schválené rezolucí OSN ještě ratifikují.² Také je třeba podotknout, že se praxe i s rezolucemi přijatými výraznou většinou častokrát rozchází, a to i praxe soudní. Dále představa, že je přehlasovaný stát povinen řídit se normou, aniž by měl možnost s tím cokoli udělat, se přiči státní suverenitě. Čl. 38 odst. 1 písm. b.) Statutu MSD takovému pojetí také zrovna nepřeje.

Bylo by možné namítat, že se v rezoluci snoubí přesvědčení o právní závaznosti se samotnou praxí. Na tomto místě je třeba připomenout, že rezoluce Valného shromáždění OSN jsou toliko doporučeními. Nejde tedy o praxi dostatečnou. Ta sotva může spočívat na pouhých slovech; musí být něčím více. Musí vykazovat určitou míru způsobilosti ovlivnit běh událostí. V tomto případě však, vzhledem k doporučující povaze rezolucí Valného shromáždění, by to bylo možné pouze z důvodu kvality přisouzené jim *a posteriori*. I kdybychom však tuto možnost připustili, praxí jistě nemůže být jen jeden jediný případ.

Navíc lze každopádně ještě namítnout, že i kdyby rezoluce VS OSN neměly povahu doporučení, nespádaly by pod čl. 38 odst. 1 písm. b), nýbrž pod písm. a) téhož článku a odstavce. Nešlo by vlastně vůbec o nějaký OKAMŽITÝ OBYČEJ, ale o *mezinárodní smlouvu*.

Okamžitý obyčej je tak celkem jednotně odmítán jak teorií, byť v případě některých autorů zřejmě s velmi těžkým srdcem, tak praxí.³

13.1.2 Teorie objektivizovaného obyčeje

Teorie objektivizovaného obyčeje Lze se setkat také s názorem, že obyčej vzniká už samotnou praxí. Bernhardt v této souvislosti poukazuje zejména

¹Podrobněji viz např. VILLIGER, Mark E. *Customary international law and treaties*. The Hague: Kluwer Law International, 1997. 346 s. ISBN 90-411-0458-5., str. 52

²Villiger 52 Seidl-Hohenveldern, Ignaz. *Mezinárodní právo veřejné*. 3. vyd. Praha: ASPI, 2006. xxx, 417 s. ISBN 80-7357-178-1., str. 100

³„The mere fact that States declare their recognition of certain rules is not sufficient for the Court to consider these as being part of customary international law, and as applicable as such to those States. Bound as it is by Article 38 of its Statute to apply, inter alia, international custom ”as evidence of a general practice accepted as law”, the Court may not disregard the essential role played by general practice. Where two States agree to incorporate a particular rule in a treaty, their agreement suffices to make that rule a legal one, binding upon them ; but in the field of customary international law, the shared view of the Parties as to the content of what they regard as the rule is not enough. The Court must satisfy itself that the existence of the rule in the opinio juris of States is confirmed by practice.“ – viz *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, bod 184.

na názory Guggenheima.⁴ Nehledě na přesvědčení států by tak jakékoliv jejich jednání bylo potencionálně způsobilé dát samo o sobě vzniknout obyčeji a naopak jiný obyčej rozrušit.

Takové pojetí je velice expanzivní. Vylučuje totiž existenci jakéhokoli jiného normového souboru a naopak veškeré takové v úvahu přicházející normové soubory inkorporuje do mezinárodního práva veřejného. I tuto teorii je třeba odmítnout již z faktických důvodů. Sama o sobě vede k takovým absurditám, jako dovozování *povinnosti* vyhotovovat mezinárodní smlouvy na bílém papíře a tištěně. Osobně bych se docela rád přišel podívat na soudní či arbitrážní řízení, ve kterém se rozhoduje o žalobě jednoho státu proti druhému za to, že mu předal diplomatickou nótu na papíru žlutém a odmítá zjednat nápravu. Dnešní mezinárodní společenství je navíc velice pestré, ať už jde o kulturu, náboženství, politické a ekonomické ústrojí a celou řadu dalších atributů. Koneckonců, i již zmiňované základní zásady s touto skutečností počítají a také ji chrání. Najednou se nám však předkládá teorie, dle níž by se menšina, nehledě na to, zda kulturní, náboženská či jakákoliv jiná, byla povinna přizpůsobit i ve věcech, ve kterých to po ni vlastně nikdo nechce, prostě proto, že je mezinárodní právo veřejné normovým souborem všeobjímajícím a nezná jiných, než aritmetických, případně vážených aritmetických, hranic.

Takové pojetí přirozeně neobstojí, jak již bylo naznačeno, nejen vůči ust. čl. 38 Statutu MSD. Rozporné normy by tak musely být nejdříve odstraněny. K tomu by muselo dojít cestou „starého obyčeje“, kteroužto podmínku třeba považovat za nesplněnou. V praxi států lze také objevit situace, kdy své vlastní počínání doprovázejí prohlášeními o jeho vyjimečnosti a nemožnosti založit precedent pro budoucí obyčej. Ty by, z hlediska takové teorie, byly rovněž irelevantní. Nabízela by se tedy otázka, proč by s nimi státy přicházely.

13.2 Teorie dvou konstitutivních prvků

Dvouprvková struktura mezinárodního obyčeje Po odmítnutí jednoprvkových teorií mezinárodního obyčeje mohu nyní definitivně konstatovat, dlužno podotknout, že spolu s převažujícím proudem teorie i praxí,⁵ jeho

⁴BERNHARDT, Customary International Law *in* ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW: PUBLISHED UNDER THE AUSPICES OF THE MAX PLANCK FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW AND INTERNATIONAL LAW UNDER THE DIRECTION OF RUDOLF BERNHARDT. VOLUME ONE AALANDS ISLANDS TO DUMBARTION OAKS CONFERENCE(1944). Amsterdam: Elsevier Science, 1992. 1117 s. ISBN 0 444 86244 7., str. 899

⁵Z poslední doby lze odkázat ku př. na rozsudek MSD ve věci *Jurisdikčních imunit států* ze dne 3. února 2012 – Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy:

dvouprvkovou strukturu. Lze ji vyjádřit následujícím vzorcem:

$$\text{mezinárodní obyčej} = \text{usus longaevus} + \text{opinio necessitatis}$$

Lze se však setkat i se vzorcem jiným:

$$\text{mezinárodní obyčej} = \text{materiální prvek} + \text{subjektivní (psychologický) prvek}$$

Vzájemným vztahem těchto vzorců se budu ještě zabývat . Nejprve se však musím podívat na některé pojmy.

13.3 Obyčej a zvyklost

Rozdíl mezi obyčejem a zvyklostí Přední sovětský internacionalista G. I. Tunkin rozlišuje *usus* (*obyknovenije*, *usage*), kterýžto označuje termínem „OBYČEJ BEZ PRÁVNÍ ZÁVAZNOSTI“ či „MEZINÁRODNÍ OBYČEJ“, a „MEZINÁRODNĚ PRÁVNÍ OBYČEJ“, který naopak závažnost nepostrádá.⁶ Vystává otázka, *proč se usu závažnosti nedostává, zatímco mezinárodně právnímu obyčeji naopak ano.*

Důvody můžou být z povahy věci buď formálního charakteru, anebo charakteru materiálního. Jak bylo řečeno výše , materiální podmínkou závažnosti normy jsou určité požadavky na její obsah – pravidlo. Jak míní tentýž autor, „[a]by mezinárodní obyčej (pravidlo bez právní závažnosti, tj. *usus*, *obyknovenije*) nabyl právní závažnosti a stal se mezinárodně právním obyčejem čili obyčejovou normou mezinárodního práva, musí být v této závažné kvalitě *uznán* státy (zvýraznění původní)“.⁷ Obsahem pravidla se tedy lišit nemohou. Z důvodu »procesní ekonomie« se dříve, než v materiálním důvodu závažnosti, pokusím hledat rozdíl po řadě v podmínkách a důvodu závažnosti formální.

Formální podmínkou závažnosti normy je její pramen – míněno pramen formální. Ten sestává z prvku materiálního a ideálního . „Počátečním momentem (*ischodnym momentom*) formování pravidla chování“, je podle G. I. Tunkina, „opakující se jednání – praxe – států. Sama praxe, pokud vůbec vede ke vzniku pravidla chování, ještě nemusí tomuto pravidlu dáti povahu právní, může dojít jen k vytvoření usu (*obyknovenije*), . . . případně může vzniknout norma morální či zdvořilostní. (zvýraznění původní)“⁸ Lze se domnívat, že při používání pojmu *obyknovenije* měl G. I. Tunkin namysli

Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, bod 55

⁶Čepelka, str. 40

⁷Čepelka, str. 40

⁸Čepelka, str. 39-40

pouze jakousi zárodečnou normu, která sice již existuje, avšak dosud nenabyla platnosti (k tomu).

Vyvstává otázka, zda nenabyla platnosti pouze z důvodu nedostatku v plynutí času. Domnívám se, že je na ni třeba dát odpověď zápornou. Lze se setkat s normami, které se nikdy nestanou platnými. Jako příklad mohou sloužit smlouvy uzavřené, ale nikdy neratifikované. Dle G. I. Tunkina se mezinárodní obyčej stává mezinárodně právním obyčejem až uznáním státy. Existuje tak nějaká kvalita, která mezi nimi vytváří rozdíl.

Promítá se nějak zmíněný rozdíl a uznání v samotném prameni? Myslím, že je již celkem zřejmé, že obvyknovenije, *ale i normy morální a zdvořilostní, postrádají platnost z důvodu absence PRVKU PŘINÁLEŽITOSTI k mezinárodnímu právu veřejnému*. V PRVKU PŘINÁLEŽITOSTI k mezinárodnímu právu veřejnému tedy spočívá hledané kritérium.

Nyní můžeme přidat další vzorec:

$$\text{obyčej} = \text{zvyklost} + \text{prvek příslušnosti}$$

Zbývá dodat, že pro „MEZINÁRODNĚPRÁVNÍ OBYČEJ“ používám označení OBYČEJ a pro *obvyknovenije*, ale i jiné normy, např. morální a zdvořilostní, lišící se od obyčeje toliko absencí prvku příslušnosti, vyhradím slovo ZYKLOST

13.4 Vymezení pojmů praxe a jednání

Praxe Jak už bylo řečeno výše, G. I. Tunkin uvádí k tématu toto: „Počátečním momentem (*ischodnym momentom*) formování pravidla chování je opakující se jednání – praxe – států. Sama praxe, pokud vůbec vede ke vzniku pravidla chování, ještě nemusí tomuto pravidlu dáti povahu právní, může dojít jen k vytvoření usu (*obvyknovenije*), ... případně může vzniknout norma morální či zdvořilostní. (zvýraznění původní)⁹“

Především jde odvodit, že PRAXE a „*usus*“ není totéž. Nyní je však třeba poukázat na něco jiného. PRAXE, tak jak ji chápe Tunkin, je „opakující se jednání“. Jistě nejde o jednání identické, ba ani nemůže. Rozhodující je ale jeho stejnorodost. Stejnorodost je ale často kladeným požadavkem právě na praxi. Pro účely této práce bude vhodné použít jakýsi »nejnižší společný jmenovatel«. PRAXI tedy budu chápat jako *sled jednotlivých dílčích jednání, ke kterým došlo v určitém časovém rozmezí*. Praxi lze ovšem agregovat i jinak, než jenom na bázi časové. Praxe se odehrává v určitém čase a prostoru, jednotlivá jednání konají jisté subjekty a praxe se také týká určitých věcí, ke

⁹Čepelka, str. 39-40

kterým ji lze vztáhnout. Tak lze praxi agregovat z hlediska věcného, místního, osobního a časového. Na základě těchto kritérií bude pochopitelně širší, a s ní ruku v ruce i rozsah, příslušné praxe různý.

Jednání JEDNÁNÍM se rozumí určitý projev vůle ve vnějším světě.¹⁰ Stejně jako v případě praxe, i jednání je možno chápat různě široce. Jednání vždy musí být vedeno jedinou vůlí, jediným záměrem. Na druhou stranu, jednotlivé projevy téže vůle se mohou třeba i značně časově rozcházet. Stejně tak mohou být co do své povahy dosti různorodé. Lze tedy načrtnout několik objektivních kritérií:¹¹

- A. Společný původce
- B. Jednotný záměr
- C. Blízká souvislost časová
- D. Stejnorodost v samotné jevové stránce

Bohužel, ani tato kritéria nejsou zcela jednoznačná a zůstává tak při posuzování mnoho prostoru pro subjektivní pocit.

13.5 Praxe, zvyklost a obyčej; vymezení pojmu zvyklost

Praxe, zvyklost a obyčej; vymezení pojmu zvyklost Praxi, coby sled dílčích jednání, lze agregovat různým způsobem. Ať ji ale agregujeme jakkoli, sama o sobě vždy nutně generuje pouhý kvazináhodný soubor dat. Aby byl tento prvek nahodilosti, který je praxi z její podstaty vlastní, eliminován, je třeba zvnějšku dodat nezbytnou *informaci*. Tuto informaci jí musí někdo kontinuálně dodávat.

Takovou informací může být především nějaké pravidlo. *Vyказuje-li norma, jejíž obsahem je právě takové pravidlo, dostatečnou způsobilost ovlivňovat počínání adresátů – je-li materiálně závazná, čímž generuje praxi nikoli nahodilou, lze ji nazývat NORMOU ZVYKLOSTNÍ.* Homogenní praxe je ovšem zároveň také oporou normy a tak spoluutváří jeho hmatatelný nosič; vlastně

¹⁰Jde o obvyklou definici ve vědě trestního práva – viz např. Novotný, Oto et al. Trestní právo hmotné. 1., Obecná část. 6., přeprac. vyd. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2010. 583 s. ISBN 978-80-7357-509-0., str. 127

¹¹Jde o výčet nikoli nepodobný legální definici pokračování v trestném činu zakotvené v § 116 zák. č. 40/2009 Sb., trestním zákoníku.

mu dodává na hmatatelnosti. Samotný tento nosič budu nazývat jako ZVYK-LOST.

Takové pojetí odpovídá i výše řečenému. Bylo vyloženo, že ZVYK-LOST od obyčeje odlišuje absence PRVKU PŘINÁLEŽITOSTI k mezinárodnímu právu veřejnému. Prvek přináležitosti je však obyčeji dodáván psychologickým vztahem, který tvoří obyčej. Stejně tak tvoří i zvyklost, akorát postrádá PRVEK PŘINÁLEŽITOSTI.

13.6 Obyčej jako pramen formální i procedurální

Obyčej jako pramen formální i procedurální Pro otázku mezinárodního obyčeje je příznačná její hutnost a nepoddajnost. Jde o materii, která se velmi silně vzpírá jakémukoli spoutání a podmanění rozumem – jakémukoli vysvětlení. Tato komplikovanost mezinárodního obyčeje je dána jeho dvojitou povahou.

Obyčej je na jednu stranu neustálým procesem. K obyčeji již existujícímu je, zpravidla sice přetržitě, za to však s jistou pravidelností »přiléváno do ohně«. Tím se obyčej sám znova a znova »potvrzuje«, kterýmžto způsobem dokáže přetrvat »v chodu« věky. Ve smyslu právě takového procesu lze hovořit o obyčeji jakožto PROCEDURÁLNÍM PRAMENI.

Obyčej je však také nějakým hmatatelným nosičem – je také PRAMENEM FORMÁLNÍM. Jako takový musí existovat v reálném čase a ne se pouze sem tam objevit. V tomto pojetí tak nemůže být identický s obyčejem jakožto pramenem procedurálním.

Snaha o skloubení obou přístupů Právě to je velice důležité si uvědomit. Tento rozpor je příčinou četných nedorozumění. Pokusím se, i když vím, že to nebude lehké, obě uvedená pojetí vhodným způsobem skloubit. Velmi nápomocno mi v tom jistě bude i již zavedené pojmosloví, v podstatě převzaté od předního sovětského internacionalisty G. I. Tunkina. Jde o pojmosloví velmi jemné, schopné zachytit i některé dosti nepatrné rozdíly, a umožňující jako takové učinit v jistém smyslu onen známý cimrmanovský »krok stranou«; ač patrně kontinentálního původu (bohužel, nepodařilo se mi zavčas sehnat žádné Tunkinovo dílo; jsem tak odkázán pouze na úryvky obsažené v jeho kritickém zhodnocení provedeném Čepelkou¹²), je velmi dobře

¹²Čepelka, str. 38 an

přizpůsobeno i náhledu angloamerického.¹³ Koneckonců, sám Tunkin si nekladl za cíl nic menšího, než odkrýt podstatu (raskryť suščestvo) obyčejové normotvorby.¹⁴

Rozpor mezi neustálostí procesu a existencí jeho výsledku První obtíž, kterou je třeba překonat, je rozpor mezi neustálostí obyčejové coby procesu a jeho existencí ve formě výsledku tohoto procesu. Za tímto účelem uvedu dva oblíbené příklady.

Obyčejotvorný proces se přirovnává k pohybu sněhové koule po strmém svahu: jednotlivé vločky se postupně nalepují na padající kouli a ta roste před očima. Pozorovatele jistě nenapadne zabývat se tím, kdy a jak se tyto vločky staly součástí koule, ale zajímá jej pouze padající předmět jako celek.¹⁵ Další oblíbenou metaforou, je ta pocházející od Pitta Cobbeta, která se mimochodem traduje již více než sto let. Proces tvorby mezinárodního obyčejové tento autor objasňuje příkladem, v němž popisuje vytváření pěšiny na veřejném pozemku: zpočátku každý chodec jde vlastním směrem, postupně pak buď proto, že určitý směr je kratší, nebo z důvodů jiné zřejmé účelnosti, některá na pozemku již patrná stopa po chodcích je napříště již užívána většinou, až konečně nabude podoby – aniž by bylo možné určit od kterého okamžiku – zřetelně vyšlapané pěšinky, které už používá každý.¹⁶ Cobbettův příklad je v naší vědě mezinárodního práva veřejného vyzdvihován především Čepelkou.¹⁷

Obyčej jakožto proces má dvě fáze – fázi svého vzniku a fázi svého zachování. Tuto skutečnost velice dobře ilustruje Cobbetovo přirovnání, a to včetně poznámky o nemožnosti – dodal bych: alespoň při sledování *jevové stránky procesu* – určení okamžiku přechodu z jedné fáze do druhé. Při přechodu z jedné fáze do druhé se ovšem něco stalo – vznikla zřetelně vyšlapaná pěšinka. Obyčej, coby proces, se *otiskl* do hmatatelného nosiče, který tak pozměnil. Tím vznikl nějaký výsledek – obyčej ve smyslu formálního pramene.

Druhý příklad (v pořadí ovšem první) nám umožní zaostřit na vznik výsledku. Musíme však jít tak trochu proti němu a položit si otázku, co lepi vločky na kouli – jak se staly její součástí. Vločky se mohou v první řadě náhodně srazit. Občas se to stane dvěma vločkám, méně často třem a tak bych mohl pokračovat. Stejně tak se i jednání mohou střetnout *zcela náhodou*, aniž

¹³Viz VILLIGER, Mark E. *Customary international law and treaties*. The Hague: Kluwer Law International, 1997. 346 s. ISBN 90-411-0458-5., str. 0

¹⁴Čepelka, str. 38

¹⁵malikk, str. 192.

¹⁶Čepelka, str. 35

¹⁷Čepelka, str. 34 an

by jedna osoba věděla o jednání druhé, ale i jednání téže osoby může být za určitých okolností podobné, aniž by si to ona sama uvědomovala. Stejně jako u vložek ale s narůstajícím počtem precedentů klesá pravděpodobnost jejich náhodného opakování. Musí tak být dodána určitá *informace*, která právě lepší vložky na sebe .

Ta je nesena společným přesvědčením, označovaným také jako *opinio necessitatis*. *Opinio necessitatis* je prozatím nosičem veice pomíjivým. Jak ale přibývají stále další a další precedenty, je jimi vyztuženo a ty se mu stávají oporou. Postupem času dojde k situaci, že z praxe samotné určité pravidlo docela dobře vyplývá a přesvědčením o své existenci je už pouze *dourčováno*. Formou jej nesoucí se tak stala praxe, doplněná společným přesvědčením, které na jedné straně dourčuje samotné pravidlo, aby zároveň bylo praxi jakýmsi *intertemporálním svorníkem*. Vznikla ZVYKLOST. U ní už je možné najít PRVEK MATERIÁLNÍ, praxi států, i PRVEK SPECIFICKÝ – přesvědčení samotné. Pakliže přesvědčení obsahuje také PRVEK PŘINÁLEŽITOSTI, jinými slovy, je-li součástí zvyklosti přesvědčení o tom, že je zvyklostní norma *platná*, tedy součástí mezinárodního práva veřejného, *jde o normu obyčejovou*. U obyčeje tak lze nalézt už i PRVEK PŘINÁLEŽITOSTI.

Setrvačnost formy oproti procesu Obyčej jakožto proces je neustálý. Na druhou stranu, není nepřetržitý. Tu a tam se zkrátka objeví nějaké jednání, o které se rozroste a dokud se rozrůstá, pokračuje. Naproti tomu, obyčej jakožto forma *existuje nepřetržitě*, a to od svého vzniku do svého zániku. K jeho vzniku musí být naakumulována dostatečná praxe, která se musí střetnout s nezbytným přesvědčením, které pak doprovází po celou dobu jeho průběhu obyčej jakožto proces. Podobně při případném zániku obyčeje jakožto formy musí buď pominout přesvědčení o jeho závaznosti, nebo se musí naakumulovat dostatečná praxe s obyčejem neslučitelná. Tou dobou však již obyčej jakožto proces dávno skončil. Podobné zpoždění lze zaznamenat i při jeho vzniku. To je logické. Obyčej coby forma dodává obyčeji jakožto procesu určitou stabilitu. Obyčej coby forma se tak vyznačuje určitou *setrvačností*.

13.7 Formalizovaná vyjádření obyčeje a jejich vzájemné vztahy

Formalizovaná vyjádření obyčeje a jejich vzájemné vztahy Již jsem uvedl tyto tři vzorce vyjadřující strukturu obyčeje:

mezinárodní obyčej = usus longaevus + opinio necessitatis

mezinárodní obyčej = materiální prvek + subjektivní (psychologický) prvek

obyčej = zvyklost + prvek příslušnosti

Nyní nadešel čas zabývat se jejich vzájemnými vztahy. Bylo již zmíněno, že obyčej lze chápat jako proces i jako výsledek tohoto procesu – jako specifickou formu. Je-li obyčej chápán jako proces, jde o určitou praxi doprovázenou přesvědčením o existenci jí odpovídajícího pravidla a jeho závaznosti v rámci mezinárodního práva veřejného. Tomu odpovídá druhá rovnice. Budeme-li naopak hledět na obyčej jako na specifickou formu, půjde o zvyklost, na které ulpělo přesvědčení o závaznosti zvyklostní normy – o tom, že je normou obyčejovou, což se promítne ve struktuře zvyklosti – teď už obyčeje – v podobě prvku příslušnosti. To popisuje rovnice třetí. Členy druhé a třetí rovnice si tak zcela neodpovídají, byť dohromady tvoří totéž. Samozřejmě lze obě pojetí popisovat oběma rovnicemi a vše může i sedět. Trochu problematický je ovšem z tohoto pohledu vysvětlení vzniku obyčeje. Z tohoto důvodu se snažím mezi prvky obou rovnic rozlišovat. Na druhou stranu, nikde jinde by snad případná záměna neměla přinést nějaké potíže. Rovnice druhá umožňuje logičtější rozklad obyčeje na jednotlivé prvky, rovnice třetí je naopak vhodnější pro popis vzniku obyčeje. Terminologii rovnice první budu potom používat ve smyslu prvků rovnice druhé kvalifikovaných takovým způsobem, jakým je to nutné pro existenci, platnost a účinnost obyčeje.

13.8 Otázka vzniku mezinárodního obyčeje

Anglosaské pojetí V angloamerické právní oblasti se tato otázka příliš neřeší. Obyčej je chápán jako živoucí a jako takový jasný. Právníci především z této oblasti vykládají vznik zpravidla pomocí pojmů mimoprávních, tj. v rovině materiálních pramenů.¹⁸ Pro anglosaské pojetí je rozhodné *faktum* obecné ustálenosti praxe, jíž – při povědomí států, opět obecném, o její nezbytnosti (*opinio necessitatis generalis*) – tento anglosaský přístup kvalifikuje jako právo. Na podporu existence obyčeje je zvykem citovat rozhodnutí mezinárodních soudů a arbitrážních nálezů, ale i rozhodnutí soudů vnitrostátních.

Obyčej jako tacitní smlouva V této souvislosti bývá odkazováno na Heinricha Triepela a Grotia. Jde o teorii, podle které je praxe toliko důkazem existence tacitní smlouvy – obyčeje. V tomto pojetí jsou vázány pouze státy účastníci se takové tacitní dohody. Tomu však neodpovídá současná praxe v podstatě všech soudních a arbitrážních orgánů na mezinárodní úrovni.

¹⁸ČEPELKA, Čestmír a ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2008. xli, 840 s. Právnické učebnice. ISBN 978-80-7179-728-9., str. 101

V její pozdější variaci je tomu již jinak. Protože bylo obtížné prokázat společnou normotvornou vůli velmocí a tzv. ministátů, bylo formulováno kritérium „převažující většiny“, a tím označena menšina za bezvýznamnou.¹⁹ Čepelka a Šturma v této souvislosti poukazují na Oppenheima.

Teorie implicitního konsenzu Ztímco u teorie tacitní smlouvy bylo třeba její existenci dovozovat z okolností, Teorie implicitního konsenzu existenci smlouvy prostě předpokládá. Je postavena na domněnce, že jakákoli dostatečná praxe je projevem přesvědčení o její právní závaznosti. Jestliže státy míní o věci něco jiného, mají možnost, díky dosti bezbřehému chápání praxe, tuto domněnku narušením konzistence té samé praxe vyvolat zánik tohoto předpokládaného obyčeje.

Tato teorie je variantou jednoprvkové teorie, dle níž sama praxe států ke vzniku obyčeje postačuje. Vše důležité tak k ní už bylo řečeno .

Teorie uznání Podle této teorie je zapotřebí nějaká preexistující norma, která se uznáním za normu mezinárodního práva veřejného takovou normou stává. Mezi představiteli této teorie se uvádí Paul Heilborn.²⁰

Vlastní rozbor Jak už bylo uvedeno výše, samotná praxe je bez dodání určité informace toliko nahodilá. Touto informací může být především nějaké pravidlo. Odkud se ale ono pravidlo bere? Bere se ze společného přesvědčení států. V tom lze jistě souhlasit s pojetím anglosaským. Odkud se však bere právě toto společné přesvědčení?

Proces vzniku obyčeje, ale i zvyklosti, může probíhat různým způsobem. Z povahy věci však musí nutně stát na začátku, nebo alespoň v zápětí přistoupit, buď určitá skutečná vůle nějakého státu nebo států, anebo, naopak, mylné přisouzení mu nebo jim takové vůle někým jiným. Bez toho, tedy pouhou náhodou, by se mohlo určité jednání zopakovat, troufnu si říci, tolikrát, co lze spočítat na prstech. Samozřejmě to principiálně není vyloučeno. Na druhou stranu však s přibývajícím počtem opakování pravděpodobnost strmě klesá. Je tedy zapotřebí alespoň domnělé vůle.

Interakce se také neodehrává ve vzduchoprázdnu. Jednání aktérů je ovlivňováno celou řadou skutečností, které se nazývají MATERIÁLNÍ PRA-MENY. Ty jistě nebudou bez významu. Na druhou stranu, myslím, že nebudou proces ovlivňovat kauzálním způsobem už pouze z důvodu, že samy

¹⁹ČEPELKA, Čestmír a ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2008. xli, 840 s. Právnícké učebnice. ISBN 978-80-7179-728-9., str. 103

²⁰Čepelka, str. 25 an

představují skupinu dosti nesourodou a vytvářejí tak vzájemně neslučitelné požadavky.

Vůle aktérů, ať už domnělá či skutečná, spolu s materiálními prameny, ovšem ovlivňují jiné aktéry. U těch tak vzniká buď vůle, alespoň částečně, obsahově souhlasná, nebo vůle obsahově protichůdná, či celou situaci (zatím) akorát reflektují. Tato vůle se promítá v praxi. Vznikají případné tacitní dohody *ad hoc*. Praxe může opět zpětně posílit společnou vůli.

Stane-li se obsahem vůle nějaké pravidlo a projde-li tato vůle takovým procesem, aniž by zanikla, vzniká zvyklost. Zvyklost se tudíž zrodila z vůle těch, kteří se na jejím vytvoření podíleli. Okruh těch, kteří ji zachovávají se může neustále měnit. Někdo se přidává, někdo naopak ubývá, jiní zůstávají stranou a někteří mohou zvyklost dodržovat v podstatě po celou dobu její existence. Kdo se kam zařadí záleží na jeho vůli. *Opinio necessitatis* zvyklosti je tak zásadně UJEDNÁNÍM. Na druhou stranu, zvyklost se může stávat stále více a více přijímanou. Tlak na ty, co ji nedodržují, se stupňuje. Ujednání tak z jejich heldiska může připomínat z vnitrostátní praxe dobře známé adhezní smlouvy.

V tomto ujednání může být obsažen, a to buď od začátku anebo může přistoupit později, PRVEK PŘINÁLEŽITOSTI. Bude-li obsažen již v průběhu formování zvyklosti, budou státy zřemě obezřetnější již v samotném svém postoji vůči ní. Pokud naopak bude tento prvek přistupovat až dodatečně, bude jejich ostražitost ještě vyšší. Zatímco v případě předchozím mají ještě možnost od pravidla ustoupit dříve než se zformuje dostatečně »nosný« *usus longaevus* coby nutná podmínka vzniku obyčeje, v tomto případě již bude »*usus longaevus*« dostatečný k tomu, aby *opinio necessitatis* už mohlo pouze dourčovat nesené pravidlo a poskytovat zvyklosti – rodícímu se obyčeji – intertemporální svorník. Také je třeba počítat s tím, že si státy nebudou v průběhu vzniku zvyklosti jisty úmysly a přesvědčením jiných států. To bude také plodit zdrženlivost. Každopádně, dodatečným UZNÁNÍM za obyčej, které bude mít opět v zásadě stejný průběh, nebo nebo již v průběhu vzniku zvyklosti, dochází k namodulování prvku přináležitosti a obyčej je tak již kompletním formálním pramenem.

Shrnutí Obyčej vzniká v momentě střetnutí dostatečně »nosné« praxe s přesvědčením o závaznosti této praxe v rámci mezinárodního práva veřejného. Proces utváření tohoto přesvědčení, stejně jako proces utváření celého obyčeje, může probíhat dosti rozličně. Vzhledem k tomu, že musí jít o přesvědčení *de lege lata*, nikoli *de lege ferenda*, může se utvářet buď spolu s obyčejem, nebo může přistoupit až po zformování zvyklosti. Utváří-li se společně, je jeho důvodem, alespoň domnělá, vůle vytvářející ujednání poskytu-

jící praxi nezbytnou informaci ke zformování obyčejje. Přistupuje-li naopak dodatečně, vytváří se ujednání nové. To se týká už pouze závaznosti a je často nazýváno jako UZNÁNÍ (*Anerkennung*).

V průběhu těchto ujednávání se rodí přesvědčení o nezbytnosti danou normu zachovávat. Na jeho vznik mají značný vliv MATERIÁLNÍ PRAMENY. Na druhou stranu, tento jejich vliv není absolutní. Spíše bych řekl, že je srovnatelný s vlivem materiálních pramenů na proces uzavírání smlouvy. Zůstává tedy stále prostor pro určitou vůli. Přesvědčení o nezbytnosti danou normu zachovávat se zpětně promítá do pokračování ujednávání. Dovolil bych si tedy říci, že shora uvedené teorie nejsou, pokud jde o *opinio necessitatis*, v zásadním rozporu.

Liší se však naopak v tom, jak pohlíží na *usus longaevus*. Zatímco teorie tacitní smlouvy nahlíží na tento toliko jako na důkaz, anglosaská teorie požaduje dostatečnou praxi coby nutnou podmínku. Stejně tak teorie uznání s dostačující praxí implicitně počítá, protože počítá s uznáním normy již existující. Osobně se v tomto kloním k pojetí anglosaskému, myslím že i spolu s praxí MSD.

Kapitola 14

K jednotlivým prvkům

14.1 *Usus longaevus*

Podmínky kladené na praxi Už jsem naznačil, že obrat *usus longaevus* budu používat pro označování kvalifikované praxe. Kvalifikované ve smyslu určitých podmínek, o kterých bude pojednáno na následujících řádcích.

14.1.1 Požadavky na samotné jednání

Požadavky na samotné jednání Pellet řadí mezi jednání, která jsou způsobilá dát vzniknout obyčeji tato:¹

- A. Administrativní akty a postoje moci výkonné
- B. Legislativa
- C. Soudní rozhodnutí
- D. Mezinárodní smlouvy

Dále zmiňuje, že toto jednání může spočívat v konání i opomenutí a uvádí, že jední států naopak nemůže spočívat v aktech organizací a diplomatických konferencí, pokud by adresátem takových norem nebyla samotná organizace.² Na jiném místě podotýká, že praxe zakládající obyčej se odehrává zejména

¹PELLET, Article 38 in ZIMMERMANN, Andreas, ed. et al. *The statute of the international court of justice: a commentary*. 1st pub. New York: Oxford University Press, 2006. lxxxiv, 1577 s. ISBN 0-19-926177-6., str. 750-751

²PELLET, Article 38 in ZIMMERMANN, Andreas, ed. et al. *The statute of the international court of justice: a commentary*. 1st pub. New York: Oxford University Press, 2006. lxxxiv, 1577 s. ISBN 0-19-926177-6., str. 752

na mezinárodní úrovni, a to i pokud jde o zákonodárné akty.³ Činí tak v souvislosti se vztahem obyčejce a obecných zásad právních. Aby tedy praxe mohla být obyčejotvornou, je zapotřebí jisté *externí dimenze* konkrétního jednání.

Lze se setkat ale i s širším vymezením. To prosazuje třeba Villiger.⁴ Na druhou stranu, často se klade na jednotlivá jednání požadavek konkrétnosti, v protikladu k abstraktním vyjádřením o stavu mezinárodního práva veřejného. Někdy se požaduje i jednání spočívající v činnosti, nikoli pouze ve slovech. V této souvislosti je citován především soudce Read a jeho vyjádření: Obyčejové mezinárodní právo veřejné je zobecněním praxe států. K němu nemůže dojít citováním případů, kdy pobřežní státy vznášely přemrštěné požadavky, avšak nepodpořily je skutečným uplatněním suverenity vůči narušitelským lodím . . .⁵ Je jasné, že váha různých aktů je různá. Je těžké určit v obecnosti nějakou hranici. Konkrétní okolnosti případu mohou situaci ovlivnit. V zásadě však praxe sotva může spočívat na pouhých slovech; musí být něčím více. Musí vykazovat určitou míru způsobilosti ovlivnit běh událostí. Někdy ale i slova mohou k ovlivnění běhu událostí samy o sobě stačit. Tak tomu bude třeba při urovnání sporu přímým jednáním, či za pomoci dobrých služeb. Každopádně, v této souvislosti lze upozornit na rozsudek MSD ve věci *Vojenské a polovojenské činnosti v Nikaragui a proti ní* ze dne 27. června 1986, v němž stojí psáno: Pouhá skutečnost, že státy deklarují uznání určitých pravidel ještě nestačí, aby je Soud mohl považovat za součást obyčejového mezinárodního práva veřejného a jako takové za samy o sobě použitelné mezi těmito státy. . . . Byvše vázán čl. 38 Statutu MSD . . . Soud nemůže přehlížet nepostradatelnou úlohu obecné praxe. Pokud státy souhlasí s včleněním určitého pravidla do smlouvy, jejich ujednání postačí k platnosti takového pravidla mezi nimi; na poli obyčejového mezinárodního práva veřejného však společný náhled stran na obsah, který pokládají za pravidlo pro ně

³PELLET, Article 38 in ZIMMERMANN, Andreas, ed. et al. *The statute of the international court of justice: a commentary*. 1st pub. New York: Oxford University Press, 2006. lxxxiv, 1577 s. ISBN 0-19-926177-6., str. 782

⁴VILLIGER, Mark E. *Customary international law and treaties*. The Hague: Kluwer Law International, 1997. 346 s. ISBN 90-411-0458-5., str. 19 an

⁵„Customary international law is the generalization of the practice of States. This cannot be established by citing cases where coastal States have made extensive claims, but have not maintained their claims by the actual assertion of sovereignty over trespassing foreign ships. Such claims may be important as starting points, which, if not challenged, may ripen into historic title in the course of time.“ – Fisheries (United Kingdom v. Norway), Dissenting Opinion of Judge J.E. Read

⁶Několik autorů prosazujících podobný přístup cituje i VILLIGER, Mark E. *Customary international law and treaties*. The Hague: Kluwer Law International, 1997. 346 s. ISBN 90-411-0458-5., str. 17-19

závazné, není dostačující. Soud se musí ujistit, zda je *opinio juris* potvrzeno praxí (zvýraznění přidáno autorem).⁷

V zásadě lze mít zato, že ke vzniku obyčeje je třeba praxe určitého stupně závažnosti; je třeba určitá míra způsobilosti ovlivnit běh události. To si ovšem žádá určitý vztah ke konkrétní události. Naproti tomu, když už obyčej existuje, může být potvrzován i akty méně závažnými. Ty už plní funkci pouze jakési upomínky existence obyčeje, který již byl praxí prověřen, avšak delší dobu nenastaly podmínky stanovené v jeho hypotéze. Mají spíše význam upevňování již existujícího přesvědčení, že je tato obyčejová norma stále pevně ukotvena v mezinárodním právu veřejném.

14.1.2 Požadavek opakovanosti

Požadavek opakovanosti Jediné jednání ještě nevytváří obyčej. Teprve několikerým opakováním se ukazuje, že nešlo o náhodné vybočení, náhodnou fluktuaci v existující praxi. Má-li být praxe způsobilá nést *opinio necessitatis* a spolu s ním tvořit obyčej coby formu, která zase nese určité pravidlo v reálném čase, být, abych tak řekl, dostatečně »nosná«, musí sestávat z několika opakování. Bez něj není technicky možné, aby se obyčej zformoval.

14.1.3 Požadavek nepřetržitosti

Požadavek nepřetržitosti Praxe samozřejmě neprobíhá v každém okamžiku. V tomto smyslu se nepřetržitost jistě nepožaduje. Jak uvádí Malenovský, jde o nepřetržení praxí opačnou, nekonzistentní. Obyčejotvorný proces se výrazně zpomalí, nebo dokonce zastaví, pokud chování aktivních států není soustavné.⁸ Tento požadavek konzistentnosti praxe trvá po celou dobu průběhu obyčeje jakožto procesu. Na druhou stranu, po určitém čase má obyčej naakumulován i dostatek konzistentní praxe ve svůj prospěch. Pochopitelně čím déle trvá, tím je tato jeho »kapacita« větší a pojme i více nekonzistentní

⁷„The mere fact that States declare their recognition of certain rules is not sufficient for the Court to consider these as being part of customary international law, and as applicable as such to those States. Bound as it is by Article 38 of its Statute to apply, inter alia, international custom ”as evidence of a general practice accepted as law”, the Court may not disregard the essential role played by general practice. Where two States agree to incorporate a particular rule in a treaty, their agreement suffices to make that rule a legal one, binding upon them ; but in the field of customary international law, the shared view of the Parties as to the content of what they regard as the rule is not enough. The Court must satisfy itself that the existence of the rule in the *opinio juris* of States is confirmed by practice.“ – viz *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, bod 184.

⁸malkkk, str. 189.

praxe, aniž by zanikl či pozbyl platnosti. A to tím spíše, jsou-li tato vybočení všeobecně chápána jako porušení, nikoli tedy jako rýsující se pravidlo nové.⁹

14.1.4 Požadavek stejnorodosti

Požadavek stejnorodosti Stejnorodostí se tu chápe požadavek, aby všechny prvky praxe směřovaly ke vzniku téže normy.¹⁰ Jde o předpoklad dosti samozřejmý. Patrně se jím míří na to, aby se, vzhledem k pestrosti možných aktů tvořících obyčej, jednotlivé orgány téhož státu ve své praxi nijak zásadně nerozcházel. Pokud se vyskytne ojedinělá situace, kdy »levá ruka neví, co dělá pravá«, zpravidla bude bez problémů zhojena skrze diplomatický kanál. Pakliže by se ovšem věc zvrhla v nějaký trvalejší stav, je otázka, nakolik lze ještě takový stát považovat za aktivně přispívající k obyčejotvorné praxi. Naproti tomu, je-li již obyčej ustálen, jistá nejednotnost praxe orgánů nevádí. Tak například některé excesy polních vojsk jistě nemohou rozrušit obyčeje humanitárního práva a nelze je považovat za obyčejotvornou praxi obyčejě opačného, z důvodu jejich shledání jako protiprávních orgány exekutivy.

14.1.5 Požadavek rozšířenosti a reprezentativnosti

Požadavek rozšířenosti a reprezentativnosti Čl. 38 Statutu MSD požaduje ke vzniku obyčejě praxi obecnou. Jak už bylo řečeno výše, praxe může sestávat z dílčích jednání různého stupně obecnosti a také různého stupně závažnosti. Nejvýznamnější bude praxe nejkonkrétnější a nejzávažnější. Proto si soud hledí praxe STÁTŮ OBZVLÁŠTĚ DOTČENÝCH (*specially affected States*). Čím méně se států daná materie týká, tím nižší bude závažnost jejich jednání. S narůstající vzdáleností mezi předmětem a státem se bude zvyšovat i abstraktnost jeho jednání a spolu s tím bude, kromě závažnosti, klesat

⁹„It is not to be expected that in the practice of States the application of the rules in question should have been perfect, in the sense that States should have refrained, with complete consistency, from the use of force or from intervention in each other's internal affairs. The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous conformity with the rule. In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule. If a State acts in a way prima facie incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule.“ – viz *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, bod 186.

¹⁰malkkk, str. 189.

i jeho určitost. Dále bude třeba vzít v potaz další státy k praxi přispívající, byť jsou již dotčeny méně.

Vyvstává také otázka, co se státy pasivními. Zde je nutno upozornit především na problematiku STÁTŮ NÁSLEDNĚ PROTESTUJÍCÍCH (*subsequent objector*). V případě *Rybolovu* vneslo Norsko, mimo jiné, argument, že se na něj obyčejové pravidlo stanovící šíři pobřežních vod nemůže vztahovat, protože jej důsledně a jednoznačně odmítalo aplikovat na své pobřeží. Soud potom v rozsudku ze dne 18. prosince 1951 vyslovil *dictum*: Každopádně, desetimílové pravidlo by bylo, zdá se, proti Norsku neaplikovatelné jelikož vždy odporovalo všem pokusům o jeho použití na norské pobřeží.¹¹ Jak poznamenává Brownlie, toto *dictum* si žádá vysvětlení.¹² Na druhou stranu, je třeba podotknout, že se lze setkat i s přístupem chápajícím absanci aktivity jako praxi. VILLIGER, Mark E. *Customary international law and treaties*. The Hague: Kluwer Law International, 1997. 346 s. ISBN 90-411-0458-5., str. 37 an Osobně se kloním k pojetí, že ji takto chápat, až na naprosté výjimky spočívající zejména v udržování stavu, nelze. I přes pasivitu však může být stát obyčejem zavázán, neboť obyčej vzniká v rozpětí všech států (až na výjimky obyčeje regionálního, nebo států soustavně a následně protestujících).

V této souvislosti je také třeba vzpomenou na STÁTY SOUSTAVNĚ PROTESTUJÍCÍ (*persistent objector*). Stát svými soustavnými protesty od doby samotného formování obyčeje zabránil tomu, aby se pro něj stal obyčej platným. Jak uvádí Brownlie, význam tohoto institutu zřejmě poroste.¹³

Zvláštní význam mají ale také protesty velmocí. Je sice pravdou, že spousta malých států může společnými silami taktéž dokázat mnohé, přesto jsou velmoci stále klíčovými aktéry.

Pokud jde o počet aktérů, není stanoven žádný kvantitativní požadavek.

14.1.6 Požadavek dlouhodobosti

Požadavek dlouhodobosti Ještě ve známém rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci *Paquete Habana* tento prokazuje existenci aplikovaného pravidla od nepaměti. Na druhou stranu, MSD v rozsudku ve věci *Pevninské mělčiny*

¹¹ „In any event the ten-mile rule would appear to be inapplicable as against Norway inasmuch as she has always opposed any attempt to apply it to the Norwegian coast.“ – Fisheries (United Kingdom v. Norway), Judgment of 18 December 1951, str. 131

¹²BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. Oxford: Clarendon Press, 1990. 748 s. ISBN 0-19-825639-6., str. 11

¹³BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. Oxford: Clarendon Press, 1990. 748 s. ISBN 0-19-825639-6., str. 10

Severního moře ze dne 20. února 1969 toto pojetí značně relativizuje.¹⁴ Do- volím si tvrdit, že, ač praxe od nepaměti již není nezbytná, přesto má poža- davek dlouhodobosti svůj význam. Praxe by měla být sama o sobě určitým způsobem nosná. Neměla by toliko zaostávat za přesvědčením o závaznosti a dokazovat jej. Měla by v zásadě sama o sobě na pravidlo ukazovat.¹⁵ Spo- lečným přesvědčením by pak norma měla být už jenom dourčena a měl by jí být poskytnut intertemporální svorník. Bez tohoto předpokladu by totiž vůbec neexistoval hmatatelný nosič. Proces by tak nebylo možno chápat jako specifickou formu, nýbrž pouze jako normotvornou skutečnost, či proces. Tím by ovšem pravidla v obyčeji obsažená byla zcela bezformální.

Plynutí času také umožňuje obyčeji naakumulovat dostatečné množ- ství praxe, čímž se zvyšuje jeho odolnost vůči fluktuacím v pozdější praxi. Na co však rovněž nemohu zapomenout, je projasňování především jeho hypo- tézy. Lze mít zato, že obyčej dodržovaný od nepaměti bude platný za všech okolností. Naproti tomu, ohledně obyčeje neexistujícího tak dlouho bude při změně poměrů existovat podstatně větší nejistota.

14.2 *Opinio necessitatis*

Vymezení Jak už bylo uvedeno, *opinio necessitatis* spočívá v subjektivním prvku. Ten je zásadní v procesu formování obyčeje, ale i zvyklosti. Aby byl ale obyčej skutečně obyčejem, musí být *opinio necessitatis* určitým způsobem kvalifikované – musí obsahovat přesvědčení nejen o existenci pravidla, ale také o jeho *platnosti*, tedy o tom, že jde o pravidlo mezinárodního práva veřejného.

Proces, jakým se toto společné přesvědčení formu už byl popsán. Zbývá tak dodat, jak se dokazuje. Tak, jako se v trestním právu doka- zuje úmysl pachatele jakýmsi „objektivizovaným“ způsobem, kdy se na jeho úmysly usuzuje z jeho jednání, bude něco podobného zapotřebí i v tomto případě. Situaci však značně zpřehledňují různá oficiální prohlášení, které je možné vzít za východisko.

¹⁴North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark), Judgment of 20 February 1969, bod 74.

¹⁵Podobný názor lze najít také v Malenovský, K úloze časového faktoru v obyčejové normotvorbě mezinárodního práva, str. 82

Kapitola 15

Partikulární obyčej

Partikulární obyčej Kromě OBYČEJE OBECNÉHO existuje také zvláštní případ obyčeje dovozeného judikaturou MSD navzdory textaci čl. 38 svého Statutu – OBYČEJ PARTIKULÁRNÍ. V této souvislosti je třeba upozornit na zvýšené požadavky na kvalitu praxe.

Kapitola 16

Zánik obyčeje

Zánik obyčeje Obyčej zaniká rozrušením své struktury. V první řadě je může začít být považován za pouhou zvyklost. Přesvědčení o tom, že je součástí mezinárodního práva veřejného se může vytratit stejným způsobem, jako vzniklo. Při takové abrogaci tedy může rovnou dojít i k rozrušení praxe. Nabízí se otázka, zda může obyčej zaniknout i přes přetrvávající kvalifikované *opinio necessitatis*. Situace by musela vypadat tak, že přes neustálé deklarování jeho závaznosti, by byl obyčej soustavně porušován. Jak ale patrně vyplývá z již citovaného rozhodnutí MSD z r. 1986 ve věci *Vojensé a polovojenské činnosti v Nikaragui a proti ní*, musela by opačná praxe být zřejmě tak převažující, že už by nikoho ani nenapadlo tuto otázku vznášet. Také by se mohlo stát, že by dlouho nenastaly podmínky požadované hypotézou nějakého obyčeje. V takovém případě bude hrát roli význam praxe předchozí, uplynulá doba a síla přesvědčení o jeho závaznosti. Na druhou stranu, je otázkou, zda by se podmínky stanovené v jeho hypotéze ještě vůbec někdy objevily.

Část V

Kodifikace a pokrokový rozvoj

Kapitola 17

Vymezení pojmů

17.1 Kodifikace

Definice Pojem KODIFIKACE se užívá v několika významech. Předně lze kodifikací chápat jako sebrání, systematické uspořádání a vyhlášení určité části regulace v kodifikačních instrumentech.¹ Dalším možným způsobem vymezení, je písemné vyjádření obsahu té mezinárodněprávní normativity, která je zatím (dosud) obyčejová, tedy nepsaná.

Dále se lze setkat s rozlišováním kodifikace v širším a užším smyslu. KODIFIKACÍ V UŽŠÍM SMYSLU je vlastní písemné zachycení – určité uspořádání – již existujícího obyčeje. Spolu s tím však – a vždy jen v této spojitosti – se též termínu kodifikace užívá k označení tvorby práva nového. To je KODIFIKACE V ŠIRŠÍM SMYSLU. Kodifikace v širším smyslu tak v sobě zahrnuje kodifikaci v užším smyslu. Ač tedy kodifikační instrument co do formy představuje jeden celek (kodifikace v širším smyslu), co do obsahu zůstává tu zásadní rozdíl mezi tím, co bylo z existujícího obecného obyčejového práva do instrumentu inkorporováno k účelům závazného výkladu pro účastnické státy této úmluvy (kodifikace v užším smyslu), a tím, co na druhé straně v této úmluvě je naopak novým právem, tj. příspěvkem k rozvoji mezinárodního práva.²

¹malkkk, str. 199.

²Čepelka, str. 54

17.2 Pokrokový rozvoj

17.2.1 Otázka překladu

Otázka překladu V souvislosti s POKROKOVÝM ROZVOJEM vyvstává v první řadě otázka správného překladu francouzského termínu *développement progressif* a anglického obratu *progressive development*. V češtině se lze setkat se třemi ekvivalenty – POSTUPNÝ ROZVOJ, POKROKOVÝ ROZVOJ a PROGRESIVNÍ ROZVOJ.

Obrat POSTUPNÝ ROZVOJ zdůrazňuje, že rozvoj mezinárodního práva představuje proces, který může být jen postupný.³ Termín pokrokový rozvoj vyzdvihuje naopak hodnotovou podmíněnost téhož procesu.⁴ Produktem snahy o nalezení kompromisního vyjádření je potom pojem PROGRESIVNÍ ROZVOJ.

Nejčistším překladem je ovšem termín POSTUPNÝ ROZVOJ, kterým lze přeložit jak vyjádření francouzské, tak anglické. V zásadě však, míním, na terminologii zase tolik nesejde.

17.2.2 Definice

Definice POSTUPNÝM ROZVOJEM se rozumí příprava kodifikačních instrumentů o předmětech, které dosud nebyly upraveny mezinárodním právem, nebo ve vztahu k nimž se právo v praxi států dosud dostatečně nerozvinulo.

17.3 Vztah kodifikace a pokrokového rozvoje

Vztah kodifikace a postupného rozvoje K sepsání pravidel obyčejového práva je nutné nejprve řádně zjistit jeho obsah, poté jej systematicky zpracovat a nakonec vtělit do kodifikačního instrumentu. Během takové činnosti ovšem dochází k objevování tzv. bílých míst (*lacunae*). Z povahy věci je možné je buď ponechat, anebo se pokusit je více či méně organicky zacelit. Kodifikační instrument v takovém případě, a je to obvyklé, tedy částečně představuje kodifikaci v užším smyslu a částečně pokrokový rozvoj. Celý proces je ovšem kodifikací v širším smyslu. Vztah tak shrnuje následující vzorec:

³ČEPELKA, Čestmír, ŠTURMA, Pavel a BÍLKOVÁ, Veronika. *Kodifikace a rozvoj mezinárodního práva: kodifikace mezinárodního práva, právo mezinárodních smluv, právo mezinárodní odpovědnosti*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2008. 159 s. Scripta iuridica; no. 5. ISBN 978-80-87146-03-3., str. 9

⁴malkkk, str. 200 an.

kodifikace v širším smyslu = kodifikace v užším smyslu + pokrokový rozvoj

Kapitola 18

Infrastruktura

18.1 Instituce zabývající se kodifikací

Instituce zabývající se kodifikací Kodifikace je zahrnuta mezi úkoly VS OSN. VS OSN má také svůj Právní výbor. VS OSN zejména zřídilo také Komisi pro mezinárodní právo. Kodifikací se ale zabývají i jiné instituce, jako třeba Mezinárodní výbor Červeného kříže, Mezinárodní organizace pro civilní letectví, Mezinárodní organizace práce, Institut mezinárodního práva, Sdružení pro mezinárodní právo, Harvard Law School případně kodifikační konference.

18.1.1 Komise pro mezinárodní právo

Specifický prvek Komise pro mezinárodní právo má klíčové postavení v rozsáhlém aparátu, který si pro úkol kodifikace vytvořilo VS OSN. Byla zřízena v r. 1947 a po vícetím rozšíření má 34 členy.¹ Měla by být složena z nezávislých odborníků – znalců mezinárodního práva. Mezi největšími úspěchy kodifikace vůbec se vyzdvihuje Vídeňská úmluva o smluvním právu z r. 1969. Její návrh připravovala právě Komise pro mezinárodní právo. Horkým bramborem, který Komisi provázel několik desetiletí byla snaha kodifikovat oblast odpovědnosti. Ta vyústila v Články o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní chování, které však nebyly přijaty formou kodifikační úmluvy. Základní metodou, kterou Komise používá, je metoda konsenzu. Pro každé téma si také zvolí svého zpravodaje, který je pověřen vypracováním jednotlivých zpráv, které jsou poté Komisi předloženy ke schválení.

¹malkkk, str. 202.

18.2 Kodifikační instrumenty

Přehled kodifikačních instrumentů Proces kodifikace nemusí být vždy úspěšný. Práce mohou uvíznout na mrtvém bodě, téma se nemusí setkat s odezvou států, jednotlivé kodifikační úkoly mohou být odloženy, nebo od nich může být upuštěno.

Postupuje-li naopak proces úspěšně vpřed, vyústí v některý z KODIFIKAČNÍCH INSTRUMENTŮ. Jimi mohou být tyto akty:

- A. *Mnohostranná mezinárodní smlouva* – Proces kodifikace může být završen svoláním KODIFIKAČNÍ KONFERENCE. Ta potom jedná o připraveném podkladu. Proběhne rozprava, můžou být vzneseny případné pozměňovací návrhy. Najde-li se při takové konferenci dostatečná shoda, je přijat text smlouvy. Poté se čeká na ratifikaci státy. Ta může trvat velmi dlouho a počet ratifikací může být u různých smluv velice rozdílný. Některé ani nemusí vstoupit v platnost. Pakliže se tak ale stane, může smlouva dodat dosavadnímu obyčejovému právu výrazný moment, na jehož základě obyčej je »vykrystalizují«.
- B. *Rezoluce VS OSN* – Výstup kodifikačního procesu se ale podkladem kodifikační konference vůbec stát nemusí. Může být rozhodnuto, že se tato vůbec nebude svolávat. Namísto toho se výstup pouze schválí rezolucí VS OSN. Tento postu se volí zejména pokud dosavadní obyčejové právo ještě nenabýlo nějakého zřetelnějšího tvaru. Schválení ve formě doporučení může mít přes svou nezávaznou povahu, vliv na praxi států a obyčejové právo se tím může „projasnit“.
- C. *Zprávy vzaté VS OSN na vědomí* – Pokud se zdá, že ani rezoluce VS OSN nemusí být úplně průchozí, předloží se zpráva Komise Valnému shromáždění pouze k vzetí na vědomí. Konečným instrumentem tak zůstane zpráva Komise.
- D. *Kodex* – Konečně se lze setkat i s kodifikačním instrumentem ve formě KODEXU.

18.2.1 Vztah kodifikační smlouvy k obyčejovému právu

Vztah kodifikační smlouvy k obyčejovému právu K tomuto tématu se MSD nejuceleněji vyjádřil ve svém rozhodnutí ve věci *Pevninské mělčiny*

Severního moře ze dne 20. února 1969.² Rozlišil tři situace:

- A. *Smlouva deklaratorní povahy* – Smlouva může být v první řadě pouhým písemným zachycením existujícího obyčejového práva – prostou kodifikací v užším smyslu. V takovém případě její úloha spočívá v tom, že staví dosavadní obsah obyčejového práva na jisto.
- B. *Smlouva coby nástroj završení obyčejotvorného procesu* – V tomto případě jde o situaci, kdy se obyčej zatím pouze formuje. Uzavření kodifikační smlouvy se může stát završujícím jedáním v obyčejotvorného procesu, který se tak naplňuje a obyčej »krytalizuje«.
- C. *Smlouva jako předloha* – Konečně v posledním případě je praxe států zatím nedostatečná, aby skrze smlouvu mohlo dojít k situaci předchozí. Smlouva se však, jde-li o smlouvu významou, může stát součástí obyčejotvorné praxe. Obyčej je však i po ní stále ve fázi svého formování a nelze jej tak považovat za formální pramen.

²North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark), Judgment of 20 February 1969, bod 61.

Část VI

Vzájemný poměr mezinárodní smlouvy a mezinárodního obyčeje

Kapitola 19

Porovnání obou základních pramenů

Kvalita nosiče Při porovnávání obou základních pramenů je na první pohled patrná jejich značná odlišnost již v samotné substanci. Zatímco smlouva je nesena kvalitním hmotným nosičem, obyčej se hmatatelně projevuje toliko konzistentní praxí a přesvědčení o své závaznosti, které této praxi poskytuje intertemporální svorník.

Ve smlouvě je možno zaznamenat *písemně* obsah norem, které nese. Tento záznam je jejich *autentickým vyjádřením*. Obyčej je naproti tomu pramenem nepsaným. Jako takový autentické vyjádření vůbec nemá a v tomto směru lze spolehat pouze na prameny gnoseologické, jejichž kvalita ovšem může být různá.

Z toho vyplývá skutečnost, že pravidla nesená smlouvou mohou být mnohem konkrétnější. Mohou řešit velice podrobným způsobem celou řadu detailů. Naproti tomu, obyčejové normy vykazují vyšší míru obecnosti a i jisté neurčitosti.

Časová orientace Dalším velmi důležitým rozdílem je jejich časová orientace. Zatímco smlouva předjímá budoucnost a pouhá dnešní vůle skrze ni může vytvořit normy, pro jejich použití třeba ještě po řadu let nastanou vhodné podmínky, obyčej něco takového neumí. Obyčej dokáže regulovat poze praxi navazující na praxi již zavedenou.¹

Úloha konsenzu Zatímco v případě smlouvy je konenzus samotný normotvornou skutečností, ke vzniku obyčeje sám o sobě nestačí. Aby vznikl

¹K tomu viz DANILENKO, G. M., VERESHCHETIN, V. *Custom as a source of international law of outer space* - J. Space L., 1985 - HeinOnline, str. 23

mezinárodní obyčej, musí tu být možnost jeho opření o už proběhnutou dostatečnou praxi.

Kapitola 20

Vliv smlouvy na obyčej

20.1 Souhlasné působení obou pramenů

20.1.1 Smlouva deklaratorní

Smlouva deklaratorní V první řadě může smlouva toliko zachytit již existující právo obyčejové. Pakliže k tomu dojde, obyčej se dostane velmi silné opory. Smlouva svou psanou podobou poskytuje autentický text. Jde sice o text autentický toliko mezi jejími stranami, avšak je-li jejich počet dostatečně reprezentativní, sahají po něm zpravidla po delší či kratší době skoro všichni. Teto text dodá obyčejovým pravidlům jednoznačné vyjádření, přehledné, velmi dobře dostupné a také stálé. Obyčej tím tak získá na trvanlivosti a adresáti na právní jistotě.¹

20.1.2 Vykrystalizování skrze smlouvu

Vykrystalizování skrze smlouvu V tomto případě je tomu podobně jako v případě předchozím. Ovšem s jedním podstatným rozdílem. Obyčej tu vděčí smlouvě již za svou samotnou existenci. Smlouva – je-li dostatečně významná – přidá k již formujícímu obyčejí dostatečné kvantum praxe, nutné k jeho vzniku. Obyčej je tedy se smlouvou svázán od samého začátku. To má ten důsledek, že mezi smluvními stranami se vlastně vůbec neprojevuje. Naopak,

¹Právní jistotu mezinárodních smluv vyzdvihoval ostatně již prof. Weyr: „Jest znakem pokročilejší kultury právní, když psané právo nabývá vrchu nad obyčejovým; neboť jen ono jest přesně zjiřitelné a skýtá proto poměrně větší jistotu než toto. Pramen práva psaného (zákon) jest snadno přístupný, nikoliv však pramen práva zvykového – obyčej –, jež dlužno pokaždé teprve pracně zjiřovat, než najdeme dostatečný důvod pro poznání, že ta ona právní norma na něm založená, skutečně »platí«. Právo obyčejové hodí se proto jen pro primitivní poměry sociální.“ – viz WEYR, František. *Soudobý zápas o nové mezinárodní právo*. V Brně: <<A.>> Pířa, 1919. xv, 194 s., str. 24-25

jeho rozšiřováním se jakoby rozšiřuje působnost smlouvy. O tom ale ještě bude řeč.

20.1.3 Vliv smlouvy v průběhu procesu formování obyčejje

Vliv smlouvy v průběhu procesu formování obyčejje V tomto případě smlouva opět dodá určité kvantum praxe. Narozdíl od případu předchozího ale stále není dostatečné ke vzniku obyčejje. Na druhou stranu, může tento proces i velmi významně ovlivnit. Poskytuje určitý rámec, určitý psaný text, který sice platí akroát mezi stranami, ale i kdokoli jiný může »kouknout přes plot k sousedům, jak se to dělá«. Projevuje se tak opět stabilizující úloha smlouvy.

20.2 Rozporné působení obou pramenů

20.2.1 Změna obyčejje smlouvou

Změna obyčejje smlouvou Pakliže státy derogují obyčejovou normu normou smluvní, může dojít k zániku obyčejje a k jeho nahrazení obyčejem se smlouvou souladným. Smlouva jistě ovlivní budoucí praxi svých smluvních stran. Nadto mohou přistupovat státy další. Jejich praxe může mýt také inspirací pro státy dosud pasivní a dokonce může vyvolat pochybnost o praxi tvořící obyčej i u samotných států aktivně se na obyčejji podílejících. Po určité době tak může být obyčej smlouvou »novelizován«.

20.2.2 Rozdělení praxe a souběžná existence dvou obyčejových norem

Rozdělení praxe a souběžná existence dvou obyčejových norem Smlouva rozporná s ustáleným obyčejem ale takový vliv, jaký byl popsán shora, mít nemusí. Ten může zůstat i o poznání skromnější. Ač některé státy mohou dosavadní obyčej opustit, stále může přetrvat i kompaktní skupina obyčej nadále zachovávající, byť třeba i v jeho partikulární podobě. Smlouva tak rozdělila státy ve dvě, na ty, které stále zachovávají obyčej původní, a ty, které »přešly na druhou stranu barikády« a jejichž praxe odpovídá smlouvě. Ta může vytvořit obyčej jiný, v závislosti, v komplementaritě k dosavadnímu buď obecný či partikulární.

20.2.3 Prostá derogace obyčeje

Prostá derogace obyčeje Rozporná slouva se konečně na platnosti obyčeje nemusí podepsat vůbec a může jej toliko *inter partes* derogovat, aniž by zakládala obyčej jiný. K této situaci bude docházet, pokud se nenajde potřebné OPINIO NECESSITATIS v dostatečné kvalitě.

Kapitola 21

Vliv obyčeje na smlouvu

21.1 Souhlasné působení obou pramenů

21.1.1 Obyčej následný

Možnost vzniku obyčeje pouze mezi stranami smlouvy V první řadě je třeba se ptát, zda může následný obyčej vzniknout pouze mezi stranami smlouvy. Praxe by se jistě našla, přesvědčení o závaznosti také. Na druhou stranu, je třeba podotknout, že důvodem tohoto přesvědčení je *účinná smlouva*. Nejde tak o přesvědčení o závaznosti samotné praxe, nýbrž o přesvědčení o účinnosti účinné smlouvy. Přesvědčení o účinnosti účinné smlouvy je ovšem tautologií, nemající s obyčejem co dělat. Z tohoto důvodu bych se přikláním k názoru, že obyčej pouze mezi stranami smlouvy vzniknout nemůže.¹

Možnost vzniku obyčeje při rozšíření praxe Dále vyvstává otázka, zda může vzniknout obyčej zavazující i strany smlouvy, pokud se obyčejotvorného procesu účastní i státy třetí. Státy třetí zachovávají pravidlo mezi sebou. Budou jej ale jistě zachovávat i ve vztahu ke stranám smlouvy a naopak, lze předpokládat, že strany smlouvy budou totéž pravidlo zachovávat i vůči nim. Protože ale vůči třetím státům smlouvy neplatí, ve vztahu k nim bude případné *opinio necessitatis* skutečně pokrývat odpovídající praxi. A protože lze mít zato, že tak bude vůči těmto třetím státům postupovat alespoň významná část smluvních stran, lze se domnívat, že obyčej za takové situace i mezi smluvními stranami navzájem vzniknout může.

¹Shodně VILLIGER, Mark E. *Customary international law and treaties*. The Hague: Kluwer Law International, 1997. 346 s. ISBN 90-411-0458-5., str. 26 an

Úloha následného obyčeje ve vztahu ke smlouvě Tento následný obyčej bude dodávat smlouvám především na působnosti. Teoreticky se může stát, že některá její velmi obecná ustanovení budou zpřesněna. V praxi však takové případy, vzhledem k povaze obou pramenů, budou zcela výjimečné.

21.1.2 Vstup pro kodifikaci

Vstup pro kodifikaci Obyčej ale také může smlouvu ovlivnit i tehdy, bude-li jí časově předcházet. V takovém případě jí může skýtat zdroj inspirace. Tvůrci smlouvy se při vyjednávání mohou obyčeje držet více či méně. Pokud půjde o kodifikaci cílenou, lze mít zato, že to bude spíš více. Může ale nastat i situace, kdy není cílem smlouvy kodifikovat dosavadní obyčejové právo, přesto jej však do svého textu smlouva vtělí.

21.2 Rozporné působení obou pramenů

21.2.1 Změna smlouvy obyčejem

Změna smlouvy obyčejem V první řadě je třeba si položit otázku, jestli je možné, aby obyčej zbavil smluvní normu účinnosti. Řečeno jinak, ptáme se, jak se situace má s tzv. VYJITÍM Z UŽÍVÁNÍ smluvní normy. Potočný a Ondřej pojednávají o VYJITÍ Z UŽÍVÁNÍ mezi způsoby zániku smlouvy.² Thirlway však poznamenává, že tato otázka, přestože byla před Mezinárodním soudním dvorem OSN již vznesena, tento ji dosud nezodpověděl. Zůstává tak i nadále dosti kontroverzní.³ Osobně považuji takovou možnost za krajně nepravděpodobnou. Odchýlení se od smlouvy by totiž bylo ostatními stranami zřejmě velmi rychle označeno jako její porušení a dodržení smlouvy by bylo vynucováno, případně by stát mohl přivodit její zánik z důvodu HRUBÉHO PORUŠENÍ. To však není obyčejovou abrogací. Každopádně ale bude-li taková praxe chápána jako porušení, chybí zde dostatečné *opinio necessitatis*. Na druhou stranu, ve spíše hypotetické rovině takovou variantu pravděpodobně vyloučit nelze.

²POTOČNÝ, Miroslav a ONDŘEJ, Jan. *Mezinárodní právo veřejné: zvláštní část*. 6., dopln. a přeprac. vyd. Praha: C.H. Beck, 2011. xxii, 533 s. Právnické učebnice. ISBN 978-80-7400-398-1., str. 264

³THIRLWAY in EVANS, Malcolm D., ed. *International law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. lxiii, 833 s. ISBN 0-19-928270-6., str. 121

Kapitola 22

Otázka hierarchie mezi obyčejem a smlouvou

Ke vztahu nadřazenosti a podřazenosti Většina teorie považuje oba prameny za rovnocenné. Lze se ale setkat s teoriemi, které považují jeden z pramenů za nadřazený již z důvodu své formy.

Teorie zdůrazňující obyčej chápou smlouvu toliko jako kontraktuální nástroj, zdroj subjektivních práv a povinností na základě a v mezích skutečného, objektivního obyčejového mezinárodního práva. Sám právní život smluvního instrumentu je spravován tímto obecným mezinárodním právem veřejným. K tomu je nutno poznamenat, že obyčej nepochybně může být smlouvou derogován.¹

N druhé straně spektra se objevují teorie, podle nichž je jediným základem mezinárodního práva veřejného konsenzus, který je pouze vyjadřován různými způsoby. V takovém pojetí je třeba považovat za vyspělejší a dokonalejší pramen smlouvu, zatímco obyčej je pramenem nedokonalým a již překonaným. Proti tomu je třeba namítnout, že ke vzniku obyčeje konsenzus může a nemusí stačit. Pakliže již existuje ZVYKLOST, konsenzus postačí. Na druhou stranu, pokud rodící se obyčej podklad ve zvyklosti postrádá, je nezbytnou podmínkou zrodu obyčejové normy odpovídající »nosná« praxe. Zaostávání obyčejové formy za formou smluvní samo o sobě ještě není důvodem k formálnímu nadřazování smlouvy nad obyčej. Na druhou stranu je však třeba říci, že změna smlouvy obyčejem je krajně nepravděpodobná a vůči teoriím považujícím smlouvu za pramen nadřazený nelze činit zásadnější výtky.

Vztah mezi obyčejem a smlouvou tak bude, mám-li být teoreticky korektní, rovnocenný. Na druhou stranu, v praxi budou jistě dominovat

¹Malenovský, Koexistence smlouvy a obyčeje v mezinárodním právu, str. 72

smlouvy, a to jak z důvodu jejich počtu a snadné zjistitelnosti jejich obsahu, tak také z důvodu *praktické* nederogovatelnosti obvyčejí smlouvou.

Seznam literatury

ČEPELKA, Čestmír, ŠTURMA, Pavel a BÍLKOVÁ, Veronika. *Kodifikace a rozvoj mezinárodního práva: kodifikace mezinárodního práva, právo mezinárodních smluv, právo mezinárodní odpovědnosti*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2008. 159 s. Scripta iuridica; no. 5. ISBN 978-80-87146-03-3.

DANILENKO, G. M., VERESHCHETIN, V. *Custom as a source of international law of outer space* - J. Space L., 1985 - HeinOnline

DAVID, Vladislav, SLADKÝ, Pavel a ZBOŘIL, František. *Mezinárodní právo veřejné*. 3., přeprac. vyd. Praha: Linde, 2006. 449 s. Vysokoškolské právní učebnice. ISBN 80-7201-628-8.

ČEPELKA, Čestmír. *Právo mezinárodních smluv: vídeňská úmluva o smluvním právu (1969) s komentářem*. 1. vyd. Praha: Univerzita Karlova, 1999. 202 s. Příloha s. 199-200. ISBN 80-7184-970-7.

Smlouva a obyčej v mezinárodním právu / Čestmír Čepelka. – 1. vyd. – Praha : Univerzita Karlova, 1984. – 70 s.

VILLIGER, Mark E. *Customary international law and treaties*. The Hague: Kluwer Law International, 1997. 346 s. ISBN 90-411-0458-5.

University of Cambridge. Research Centre for International Law; ROSENNE, Shabtai. *Breach of treaty*. Cambridge: Grotius Publications, 1985. 142 s. Hersch Lauterpacht Memorial Lectures. ISBN 0 906496 36 5.

MCNAIR, Lord. *THE LAW OF TREATIES*. New York: Oxford University, 1998. 789 s. ISBN 0-19-825152-1.

ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW: PUBLISHED UNDER THE AUSPICES OF THE MAX PLANCK FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW AND INTERNATIONAL LAW UNDER THE DIRECTION OF RUDOLF BERNHARDT. VOLUME ONE AALANDS ISLANDS TO DUMBARTON OAKS CONFERENCE(1944). Amsterdam: Elsevier Science, 1992. 1117 s. ISBN 0 444 86244 7.

BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. Oxford: Clarendon Press, 1990. 748 s. ISBN 0-19-825639-6.

WALLACE, Rebecca M. M. *International law*. London: Sweet and Ma-

- xwell, 1997. 329 s. ISBN 0-421-53570-9.
- ZIMMERMANN, Andreas, ed. et al. *The statute of the international court of justice: a commentary*. 1st pub. New York: Oxford University Press, 2006. lxxxiv, 1577 s. ISBN 0-19-926177-6.
- GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 4., upr. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007. 343 s. Právnické učebnice. ISBN 978-80-7380-023-9.
- ROSENNE, Shabtai. *Developments in the law of treaties 1945-1986*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. 535 s. ISBN 0-521-33318-0.
- AUST, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice*. 1st ed., reprint Cambridge: University Press, 2002. ISBN 0 521 59153 8.
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz. *Mezinárodní právo veřejné*. 3. vyd. Praha: ASPI, 2006. xxx, 417 s. ISBN 80-7357-178-1.
- Hrdina, Ignác Antonín. *Kanonické právo: dějiny pramenů, teorie, platné právo*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011. 367 s. ISBN 978-80-7380-152-6.
- Mezinárodní právo na přelomu tisíciletí / Pavel Šturma*. – Vyd. 1. – V Praze : Karolinum, 1999. – 115 s.
- WINTEROVÁ, Alena a kol. *Civilní právo procesní: vysokoškolská učebnice: doplněné o předpisy evropského práva*. 6., aktualiz. vyd. Praha: Linde, 2011. 711 s. Vysokoškolské právnické učebnice. ISBN 978-80-7201-842-0.
- DIXON, Martin. *Textbook on international law*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. xxxii, 372 s. ISBN 978-0-19-920818-0.
- KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 1995. xvi, 247 s. Právnické učebnice. ISBN 80-7179-028-1.
- HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. 1. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006. 303 s. ISBN 80-86898-96-2.
- Úvod do teorie mezinárodního práva / Čestmír Čepelka, Vladislav David*. – 1. vyd.. – Brno : Univerzita J.E. Purkyně, 1983. – 201 s.
- KUBŮ, Lubomír a kol. *Dějiny právní filozofie*. 1. vyd. Olomouc: Univerzita Palackého, 2002. 202 s. ISBN 80-244-0466-4.
- HRDINA, Ignác Antonín a MASOPUST, Zdeněk. *Chrestomatie ke studiu filosofie práva*. Praha: Leges, 2011. 432 s. Student. ISBN 978-80-87212-71-4.
- VYŠINSKIJ, A. J. *Otázky mezinárodního práva a mezinárodní politiky*. 1. vyd. Praha: Orbis, 1953. 510 s.
- WEYR, František. *Soudobý zápas o nové mezinárodní právo*. V Brně: <<A.>> Píša, 1919. xv, 194 s.
- LOWE, Vaughan. *International law*. 1st pub. Oxford: Oxford University Press, 2007. xxv, 298 s. Clarendon law series. ISBN 978-0-19-926884-9.
- DAVID, Vladislav. *Historie mezinárodního práva a jeho vědy*. 1. vyd. Praha: Aleko, 1991. ISBN 80-85341-20-4.
- POTOČNÝ, Miroslav a ONDŘEJ, Jan. *Mezinárodní právo veřejné: zvláštní část*. 6., dopln. a přeprac. vyd. Praha: C.H. Beck, 2011. xxii, 533 s. Právnické

učebnice. ISBN 978-80-7400-398-1.

ČEPELKA, Čestmír a ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2008. xli, 840 s. Právnické učebnice. ISBN 978-80-7179-728-9.

OPPENHEIM, L. *International law - vol. I - peace: <<a>> treatise*. 8th ed. London: Longmans, 1955. 1071 s.

EVANS, Malcolm D., ed. *International law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. lxiii, 833 s. ISBN 0-19-928270-6.

MALENOVSKÝ, Jiří. *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. 551 s. Edice učebnic Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně; č. 402. ISBN 978-80-210-4474-6.

Malenovský, Jiří. *Koexistence smlouvy a obyčejje v mezinárodním právu* in Právník 1/1992.

Malenovský, Jiří. *K úloze časového faktoru v obyčejové normotvorbě mezinárodního práva* in Právník 1/1987.

Závěr

Především je třeba si povšimnout úlohy pramenů v soudobém mezinárodním právu veřejném. Myslím, že je trochu přehlížena skutečnost, že oni samy, tedy nikoli jenom svým obsahem, se podílejí na samotné definici mezinárodního práva veřejného.

Dále je třeba poznamenat, jaký význam mají prameny základní oproti pramenům jiným. Jsem toho názoru, že v soudobém mezinárodním právu veřejném existují toliko tři *formální* prameny – mezinárodní smlouva, mezinárodní obyčej a obecné zásady právní. Formální prameny základní – smlouva a obyčej – zatlačují velmi výrazně, a také čím dál tím více, pramen pomocný – obecné zásady právní – do pozadí. Pro ten tak zbývá pouze dotváření neúplných institutů v situaci, kdy hrozí vyslovení tzv. *non liquet*.

Pokud jde o mezinárodní smlouvu, ta se vyznačuje především vytvářením jakéhosi PERZISTENTNÍHO OBJEKTU – jedné či více listin, případně ale též elektronického nosiče dat. Tento perzistentní objekt je *tvalé* povahy. Ke vzniku mezinárodní smlouvy je třeba společné vůle subjektů.

Naproti tomu mezinárodní obyčej neposkytuje tak kvalitní nosič norem mezinárodního práva veřejného, jako smlouva. Tento nosič již není hmotný. Přesto lze však hovořit alespoň o jeho hmatatelnosti. Forma obyčejových norem spočívá v natolik »nosné« praxi, aby z ní bylo pravidlo již v zásadě patrné, doprovázené přesvědčením o jeho závaznosti v rámci mezinárodního práva veřejného. Toto přesvědčení už pravidlo samotné toliko dourčuje. Co se vzniku týče, konsenzus bude k jeho zformování v praxi jistě také nezbytný. Sám o sobě ale ke vzniku obyčeje nestačí.

Vzájemný poměr smlouvy a obyčeje vyplyne nejlépe z jejich srovnání a také z interakce mezi nimi. Pravidla nesená smlouvou mohou být, díky kvalitě smlouvy coby jejich nosiče, o poznání určitější než pravidla obyčejová. Dalším velmi důležitým rozdílem je jejich časová orientace. Zatímco smlouva předjímá budoucnost a pouhá dnešní vůle skrze ni může vytvořit normy, pro jejich použití třeba ještě po řadu let nenastanou vhodné podmínky, obyčej něco takového neumí. Obyčej dokáže regulovat poze praxi navazující na praxi již zavedenou.

Smlouva může obyčejí, v případě jejich souhlasného působení, poskytnout stabilizující kvalitu PERZISTENTNÍHO OBJEKTU. Také se může sama podílet na jeho vzniku. Naopak, souhlasné působení obyčeje má potenciál rozšiřovat působnost smlouvy. Stejně tak ale může být pro smlouvu inspirací, ať už záměrnou v procesu kodifikace, či nahodilou při tvorbě smluv jiných. Pokud smlouva působí proti obyčejí, může jej zcela rozrušit a jeho místo může zaujmout obyčej se smlouvou souladný. Tento proces ovšem nemusí zajít tak daleko. Potom vedle sebe mohou existovat obyčej obecný a obyčej partikulární – jeden z nich se smlouvou v souladu, druhý odporující. Ani to ale nemusí nastat. V takovém případě smlouva obyčej toliko deroguje *inter partes*. To bude velmi běžné. Naproti tomu, je celkem kontroverzní otázkou, zda vůbec může obyčej derogovat smlouvu. Kloním se k názoru, že to principiálně možné je, avšak je to krajně nepravděpodobné.

Vztah mezi obyčejem a smlouvou tak bude, mám-li být teoreticky korektní, rovnocenný. Na druhou stranu, v praxi budou jistě dominovat smlouvy, a to jak z důvodu jejich počtu, tak také z důvodu *praktické* nederogovatelnosti obyčeje smlouvou.

Summary

Firstly, I would like to point out the role of the sources in the contemporary public international law. I think it is a bit underestimated fact that they themselves, not only by their content, participate in the very definition of the public international law.

Further, the importance of primary sources compared to the other ones is also noteworthy. I am of the opinion that in the contemporary public international law, there are only three *formal* sources - the international agreement, the international custom and the general principles of law. The primary formal sources - treaty and custom - overshadow in a very significant manner, the subsidiary formal source - general principles of law, and overshadow it more and more. There is only the completion of incomplete institutes, in a situation where an, so called, *non liquet* threaten, left for it.

The international treaty is characterized primarily by producing some kind of persistent object - one or more written instruments or an electronic data carrier. This persistent object is of a lasting nature. For the creation of an international agreement is important some shared will of subjects.

In contrast, international custom does not provide as good material carrier as a treaty for the norms of the public international law. This carrier is not a material one. Nevertheless, it is at least tangible. The form of customary norms is made of a practice sufficient enough to carry that norms so that the rule is visible in principle, and of a belief that the norm is binding as a one of public international law. This belief only clarifies the rule. The consensus is essential to the formation of custom, too. But it is not sufficient.

Customs are influenced by treaties very strongly. On the other hand, the impact of customs on treaty norms is less significant. Especially, treaties can derogate customs. But the derogation of a treaty by custom is highly controversial matter. I personally believe that it is possible in principle. On the other hand, it is extremely unlikely to happen. So, although customs and treaties are equivalent in theory, treaties certainly dominates in practice.