

ROLE OBYČEJE V SYSTÉMU MEZINÁRODNÍHO PRÁVA VEŘEJNÉHO

JAROSLAV NEKUDA

Masaryk University in Brno

ABSTRACT IN ORIGINAL LANGUAGE

Obyčejové právo jako jeden z pramenů obecného mezinárodního práva veřejného v prostředí globalizovaného světa působí, že ustupuje do pozadí pozornosti. Současný systém mezinárodního práva převážně stojí na právu psaném, které je považováno za nejživotáschopnější a nejperspektivnější soudobý pramen. Cílem tohoto článku je sumarizovat podstatu obyčejového práva a nabídnout některé moderní teoretické koncepce tohoto pramene.

KEY WORDS IN ORIGINAL LANGUAGE

mezinárodní obyčej, mezinárodní právo veřejné, právní princip, mezinárodní smlouva, kodifikace, OSN, opinio juris, usus longaevis, okamžitý obyčej

ABSTRACT

International custom as one of the sources of general international public law seems to be shading away in the legal system of the global international community environment. The contemporary legal system looks as it predominantly depends on *lex scripta* which is being considered the most viable source of legal norms. The aim of this paper is to briefly examine the nature of customary international law, and to provide some modern theories on customs which could bring this source of law again to the highlights of international legal stage.

KEY WORDS

CIL, customary international law, legal principle, codification, treaty, UN, opinio juris, usus longaevis, instant custom

1. ÚVOD

Tento článek si neklade za cíl detailní analýzu existence a působení mezinárodního obyčejového práva v rámci systému mezinárodního práva veřejného, neboť taková materie nejen že přesahuje rozsahové možnosti článku, ale i průměrně obsáhlých monografií. Článek spíše nabízí základní východiska týkající se mezinárodního obyčeje a některé teorie a koncepce, s nimiž se při studiu tohoto pramene práva člověk může setkat.

Mezinárodní obyčej je právním pramenem zejména obecného mezinárodního práva veřejného a až do počátku 20. století byl dominantním pramenem upravujícím chování států. Během 20. století však v rámci touhy

po progresivním vývoji mezinárodního práva dochází k rapidnímu rozvoji smluvního práva jako práva psaného. Tímto dochází k jistému odklonu od tradičního právního pramene a tento se pomalu dostává mimo hledáček právních teoretiků i praktiků.

V tomto příspěvku se budu snažit uvést několik poznámek týkajících se moderních teorií mezinárodního obyčeje, dále souvislosti mezi jimi a dalšími právními prameny a na jejich příkladě ukázat, že mezinárodní obyčej může zažít chvíli obrody a obnovení jeho chápání jako podstatné součásti mezinárodněprávního systému. To nejen jako samotný pramen obecného mezinárodního práva, ale také jako prostředek vzniku závaznosti norem, které touto závazností nedisponují.

2. KONSTITUTIVNÍ PRVKY MEZINÁRODNÍHO OBYČEJE

2.1 CONSUETUDO

Materiálním či objektivním konstitutivním prvkem obyčejové normy je určitou dobu trvající praxe dodržovaná státy, tedy chování v souladu s obsahem takové normy. Tato praxe je v literatuře označována za tzv. *consuetudo*, resp. *usus longaevus*. Tato praxe by měla být dlouhodobá a co nejvíce uniformní. Na základě ustanovení Statutu Mezinárodního soudního dvora a jeho čl. 38 je stanoveno, že právním pramenem je "obyčej, jakožto důkaz existence obecné praxe přijímané za právo". Ve Statutu je definice obyčeje formulována poněkud zvláště, nicméně zřejmě šlo o zdůraznění důležitosti praxe jako základní složky obyčejové normy.¹

K délce této praxe se však Mezinárodní soudní dvůr vyjádřil obsáhle v rozsudku týkajícího se vymezení hranic kontinentálního šelfu mezi Nizozemím, Dánskem a SRN, tzv. *North Sea Continental Shelf cases*. V něm bylo řečeno: "Nezbytným předpokladem musí být, že během časového úseku, i když úseku krátkého, praxe států ... musí být široká a zásadně uniformní ... a musí dokazovat obecné uznání toho, že je projevem právního pravidla či povinnosti."² Tímto výrokem a právním názorem však dochází k určitému změkčení požadavku na délku všeobecné praxe jako konstitutivního prvku mezinárodního obyčeje, a to i přes jeho obecné a poněkud vágní vyjádření.

2.2 OPINIO JURIS A JEHO INTENZITA

Subjektivní složkou mezinárodního obyčeje je *opinio juris*, tj. přesvědčení států, že norma chování je normou závaznou, tedy normou právní, a že

¹ JENNINGS Robert, WATTS Arthur: *Oppenheim's International law*. Oxford, ninth edition, Oxford University Press, 2008, p. 26. ISBN 9780582302457

² *North Sea Continental Shelf Judgement (F.R.G. v. Denmark, F.R.G. v. Netherlands)*, 1969 I.C.J. 3, ¶ 74 (Feb. 20)

odklonění se od pravidla touto normou předepsaného s sebou nese či může nést uvalení sankce.³ Jde o určitý psychologický aspekt. Existence subjektivní složky obyčeje vyplývá z jazykové interpretace ustanovení článku 38 odst. 2. Statutu mezinárodního soudního dvora, který v anglickém znění stanoví, že obecná praxe musí být "accepted as law."⁴ Právě druhá část sousloví obsahuje nutnost *opinio juris*. Za předpokladu nesplnění tohoto požadavku (tj. daná praxe není státy do velké míry považována za chování se dle právní normy) je nutno pochybovat o tom, zda pravidlo chování je mezinárodním obyčejem.

V rámci starší tradiční nauky mezinárodního práva veřejného jde o složku méně podstatnou a jaksi doplňkovou. Při zkoumání, zda došlo k porušení obyčejové normy, byla na prvním místě zkoumána existující praxe mezi adresáty této normy. V moderních koncepcích mezinárodního obyčejového práva však *element opinio juris* stále více nabývá na důležitosti⁵.

Dle knihy Oppenheim's International Law je obyčej jasná a trvajíc praxe jednání, přičemž tento obyčej vznikl v důsledku dlouhodobého přesvědčení, že toto jednání je dle mezinárodního práva správné, vyžadované a závazné. Zvyklost je na druhou stranu dlouhodobá praxe, která s sebou toto přesvědčení nenese.⁶ A právě v tomto aspektu je *opinio juris* a míra jeho intenzity nesmírně důležitou součástí obyčeje.

Problematickým se může jevit proces, na jehož základě zjišťujeme intenzitu *opinio juris*. Jedním ze způsobů je analýza chování a výroků představitelů států na půdě OSN, stejně jako jejich hlasování v různých situacích. Například v průběhu vytváření návrhů smluv či rezolucí státy ať již výslovně či implicitně dávají najevo svoje přesvědčení o tom, jestli pravidla v těchto dokumentech obsažených, považují za závazná.⁷

³ VILLIGER Mark E.: *Customary International Law and Treaties*, Dordrecht, first edition, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 26, ISBN 9024729807

⁴ Viz Status Mezinárodního soudního dvora, čl. 38: " 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.

⁵ Zejména v souvislosti s rozhodnutími MSD v případech North Sea Continental Shelf z r. 1969, kde se k otázce obyčeje rozsáhle vyjadřuje a nyní slouží jako jeden ze základních východisek současné nauky, na nichž se zakládají teorie zmíněné v tomto článku.

⁶ JENNINGS Robert, WATTS Arthur: *Oppenheim's International law*. Oxford, ninth edition, Oxford University Press, 2008, p. 27. ISBN 9780582302457

⁷ VILLIGER Mark E.: *Customary International Law and Treaties*, Dordrecht, first edition, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 28, ISBN 9024729807

2.3 SLIDING SCALE THEORY

Pro určení, zda pravidlo je pramenem práva ve formě mezinárodního obyčeje, je třeba zkoumat míru splnění požadavků obou konstitutivních složek obyčeje. Ideální stav nastává, pokud je norma dlouhodobě dodržována všemi členy mezinárodního společenství a zároveň žádný z nich nepochybuje o tom, že jde o normu závaznou. Je jasné, že tento případ je stavem ideálním a ve své krystalické formě trochu připomíná koncepci "ideálního plynu" v podání teorie fyziky. Normy obyčejového práva naplňují požadavek uniformní praxe a přesvědčení o jejich právní závaznosti vždy jen do určité míry. Intenzita a poměrné naplnění obou složek slouží jako východisko k chápání normy chování za součást právního pramene.⁸

Je diskutabilní, zda dlouhodobá praxe dodržovaná členy mezinárodního společenství může existovat, aniž by souběžně s jeho dodržováním docházelo k intenzifikaci přesvědčení o tom, že pravidlo, na jehož základě funguje praxe, je právně závazné. Taková situace však je možná a snad i pochopitelná. Státy se mohou daným způsobem chovat dlouhodobě, jelikož toto chování považují za správné, ale nepředpokládají, že odklonění se od této praxe zakládá porušení mezinárodního práva.

V pojetí této teorie čím silněji se projevuje jedna složka, tím nižší požadavek je kladen na intenzitu druhé složky. Tedy čím dlouhodobější a jednodušší praxe států existuje, tím méně nutné je dokazovat jejich přesvědčení o tom, že vzorec chování je obsažen v právní normě. Čím je jednoznačnější a výslovnější chápání pravidla za právní normu, tím méně nezbytné je dokazovat existující odpovídající praxi.⁹

Tento přístup je však terčem kritiky, protože ne zcela naplňuje doktrinární požadavky tradiční nauky mezinárodního práva.¹⁰

3. POSTAVENÍ OBYČEJE V SYSTÉMU MEZINÁRODNÍHO PRÁVA

3.1 POMĚR OBYČEJE A MEZINÁRODNÍ SMLOUVY

Systém mezinárodního práva je v dnešní době zejména systémem konsenzuálních norem stanovených v psaných dohodách mezi členy mezinárodního společenství. V těchto smlouvách jsou stanoveny práva a povinnosti všech jejích stran.

⁸ PETERSEN Niels: Customary Law Without Custom? American University International Law Review, 2008, Volume 23, no. 2, p. 283

⁹ Ibid, p. 283

¹⁰ Ibid, p. 284

V případě smluv jde o stanovení práv a povinností mezi smluvními stranami. Otázkou je, jak jsou upraveny práva a povinnosti, o nichž smlouva mezi jednotlivými stranami mlčí, a které právní normy upravují vztahy týkající se stejného předmětu mezi státy, které nejsou smluvními stranami, nebo mezi státy nesmluvními a smluvními.

Aby nedošlo k případnému smluvnímu vyvázání se z obyčejových pravidel požívajících statutu *ius cogens*,¹¹ musí obyčejové a smluvní normy působit vedle sebe a vzájemně si nevylučovat svou platnost.

V případě, že obyčejové normy a normy obsažené ve smlouvách upravují tytéž otázky rozdílně a dojde ke konfliktu mezi těmito pravidly, jedním z možných řešení je aplikace *maxima lex posterior derogat legi priori*.¹² Nedojde tedy k automatické aplikaci smluvní normy, ale strany se mohou řídit i pravidlem obyčejovým, které vzniklo později. Pokud pro danou věc není podstatné časové vymezení vzniku normy (resp. je neurčité), a jedno z pravidel upravuje stejnou otázku specifičtěji, je možné užít *maxima lex specialias derogat legi generali*.¹³

Na základě výše uvedeného je tedy v pořádku dojít k názoru, že ve většině případů smluvní ustanovení bude normou *lex specialis* a normy obyčejového práva normami *lex generalis*. Z tohoto důvodu také obsah obyčejového práva vyplňuje právní mezery dané smlouvy mezi signatářskými státy. V případě, že jednou ze stran, mezi kterými zjišťujeme aplikovatelné právní pravidlo, není signatářský stát, nemůže být sporu o přímé aplikaci práva obyčejového.¹⁴

Zvláštním případem jsou tzv. kodifikace. Jde o multilaterální úmluvu kodifikující doposud existující obyčejové právo týkající se určité oblasti. Typickým příkladem je Vídeňská úmluva o smluvním právu z roku 1969. Tato úmluva poměrně vyčerpávajícím způsobem definuje pravidla týkající se většiny aspektů mezinárodních smluv (uzavírání, výhrady, platnost, dodržování aj.)¹⁵ Mimo jiné také ve své preambuli stanoví, že otázky touto úmluvou neupravené se budou řídit mezinárodním obyčejovým právem a tímto implicitně stanovuje, že obyčejové právo je *lex generalis*.

¹¹ Právní norma ať již původu obyčejového či smluvního, od které není možné se odchýlit, viz. JENNINGS Robert, WATTS Arthur: *Oppenheim's International law - Volume 1 - Peace*. Oxford, ninth edition, Oxford University Press, 2008, p. 7. ISBN 9780582302457

¹² VILLIGER Mark E.: *Customary International Law and Treaties*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 36, ISBN 9024729807

¹³ *Ibid*, p. 36

¹⁴ THIRLWAY H. W. A.: *International customary law and codification*. Leiden: A. W. Sijthoff, 1972, p. 103, ISBN 9024729807

¹⁵ Vídeňská úmluva o smluvním právu, 1969

Kodifikace či jiné smlouvy (ať již bilaterální nebo multilaterální), které obsahují psané vyjádření obyčejových norem, tyto pravidla však petrifikují k určitému datu, a tak je činí do budoucna obsoletními. Prof. Baxter tvrdí, že kodifikace "vyfotografuje" existující stav právních norem a nadále tak znemožní jejich vývoj, neboť se strany do budoucna zavazují užívat smluvních norem.¹⁶

Důsledkem výše zmíněného je ten stav, kdy kodifikace, byť byly původně zamýšleny jako nástroj progresivního vývoje mezinárodního práva, tento vývoj paradoxně spíše podvazují.

Pokud se však podíváme do již zmíněné Vídeňské úmluvy a jejího článku 38, zjistíme, že je zde dána možnost, aby mezinárodní smlouva či kodifikace přímo napomáhala vytvoření mezinárodního obyčeje.¹⁷ Státy se chovají na základě normy *lex scripta*, vytváří se dlouhodobá praxe smluvních států, roste *opinio juris communis* a tato norma se postupně opětovně přetavuje v normu obyčejového práva.

Nakonec se sluší zmínit i takovou možnost, kdy v se důsledku podstatné změny okolností smluvní norma stává neúčinnou, případně škodlivou. Obyčejové právo existující souběžně s takovou smluvní normou může modifikovat smluvní ustanovení, a tedy zapříčinit odklon smluvních stran od obsoletního smluvního pravidla.¹⁸

3.2 DISTINKCE MEZI OBYČEJEM A PRÁVNÍM PRINCIPEM

Obyčej jako nepsaný pramen práva je těžké charakterizovat pomocí zobecnění, zda jde o pravidla či principy. Statut Mezinárodního soudního dvora považuje za pramen práva také obecné právní principy uznávané civilizovanými národy¹⁹. Na základě této dikce tedy můžeme dojít k poznání, že principy a obyčeje jsou různými kategoriemi právních pramenů a obyčej je tedy pouhým pravidlem chování. Toto rozlišení by však bylo příliš černobílé.

K definici právního principu můžeme sáhnout po argumentu strukturálním Ronalda Dworkina. Dle něj jsou platnými právními principy imperativy chování, které nemají dostatečnou institucionální podporu (zakotvení v

¹⁶ VILLIGER Mark E.: *Customary International Law and Treaties*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 293, ISBN 9024729807

¹⁷ Čl. 38 Vídeňské úmluvy o smluvním právu: "Žádné ustanovení ... nebrání tomu, aby se jakékoliv ustanovení této úmluvy stalo závazným pro třetí stát jako obyčejové pravidlo mezinárodního práva, uznané za takové pravidlo."

¹⁸ VILLIGER Mark E.: *Customary International Law and Treaties*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 294, ISBN 9024729807

¹⁹ Viz Statut Mezinárodního soudního dvora, čl. 38

psaném právu), ale protože jsou součástí morálky, platí v důsledku svého obsahu.²⁰ Pokud tuto argumentaci rozšíříme na obyčejové právo, nedocházíme k zásadnímu rozdílu mezi ním a právními principy. Obyčej je nepsaný (tj. nemá dostatečnou institucionální podporu) a také do velké míry platí v důsledku svého obsahu. Resp. samotný jeho obsah je důvodem jeho považování za materiálně závaznou normu (naplnění maxima "opinio juris"), což ji jako závaznou obyčejovou normu zároveň konstituuje z hlediska formálního.

K zásadnímu rozporu mezi obyčejovým pravidlem a principem docházíme až za použití argumentace Roberta Alexyho. Dle něj v případě konfliktu dvou různých pravidel platí pouze jedno z nich a to z důvodu derogace použitím maxima *lex specialis derogat legi generali* či *lex posterior derogat legi priori*. V případě konfliktu dvou právních principů nedochází k jejich vzájemné derogaci, ale pouze k aplikaci jednoho z nich na základě testu *proportionalit*y.²¹ Platí tedy stále oba principy, pouze jeden z nich se však projeví.

Vezměme ale v potaz klasický právní princip "*pacta sunt servanda*". Je nábíledni, že tento princip je jednak uznáván civilizovanými národy, ale zároveň je také dlouhodobě v prostředí mezinárodního prostředí dodržován, splňuje tedy dosažení požadavku *consuetudo*. Vzhledem k tomu, že tento imperativ je považován státy za právně závazný, naplňuje i požadavek *opinio juris*. Za těchto splněných předpokladů musíme dojít k názoru, že některé principy jsou zároveň i zobrazeny v obyčejovém právu a naopak, hranice mezi nimi působí rozmazaně a můžeme říci, že spolu tvoří množinu nepsaných imperativů regulujících chování států ve vzájemné symbióze.

3.3 FENOMÉN SOFT LAW VE VZTAHU K OBYČEJI

V poslední době se v systému mezinárodního práva objevuje tzv. fenomén *soft law*. Jde o takové normy, které nedosahují dostatečné míry závaznosti vůči svým adresátům, a tak je z doktrinnálního hlediska diskutabilní jejich samotné označení za právo. Tyto normy zcela nebo zčásti nesplňují jeden z definičních prvků, které dle některých právních teoretiků musí norma splňovat, aby mohla být považována za normu právní, tj. normativnost²². Druhou stranou mince jsou však názory některých teoretiků, kteří nerozdělují normy striktně na normy právní a ty zbylé. Tito spíše chápají normy za právní regulativy o různé míře normativnosti.²³ Pro nejednotnost

²⁰ HOLLÄNDER Pavel: *Filosofie práva*. Plzeň, 1. vydání, Aleš Čeněk, 2006, p. 144, ISBN 8086898962

²¹ *Ibid*, p. 146

²² *Ibid*, p. 106

²³ SHELTON Dinah: *Soft law*. Oxon, first edition, Routledge, 2011, p. 71. ISBN 9780415610520

teoretických náhledů na tento jev však pro účely tohoto článku stačí říct, že fenomén soft law budeme považovat za určitý právní jev.

Jde o takový právní instrument, jehož různé formy jsou vytvářeny např. v rámci činnosti mezinárodních organizací formou rezolucí, směrnic a doporučení stanovujících určitá pravidla chování. Mimo jiné jde o mezivládní dohody, politická prohlášení aj. V nich obsažená pravidla jsou vytvářena za účelem dosažení vyšší míry kooperace při dosahování společných cílů v rozličných oblastech²⁴.

Dle Statutu Mezinárodního soudního dvora²⁵ není soft law považováno za právní pramen aplikovatelný při rozhodování právních sporů (chybí v taxativním výčtu)²⁶. Z určitého úhlu pohledu tato skutečnost může být původcem skeptického náhledu na soft law, ovšem na stranu druhou je třeba si uvědomit, že Statut MSD není "mezinárodní Ústavou" a práva a povinnosti mohou subjektům plynout i z jiných právních pramenů, a to i takových, které Statut nijak výslovně nezmiňuje.

Vzhledem k tomu, že obsah norem soft law není přímo závazný, a tedy ani vynutitelný, může se nabízet otázka, do jaké míry má význam tyto normy vytvářet. Soft law zejména ve formě různých doporučení a směrnic mezinárodních organizací je včleňováno do systému vnitrostátního práva členů těchto mezinárodních organizací a jejich obsah tedy krystalizuje do čiré právní podoby tímto způsobem a dále nabývá závaznosti²⁷. V prostředí mezinárodního práva ke vzniku jejich závaznosti stačí, aby státy dobrovolně následovaly povinnosti stanovených v normách soft law.

Práva a povinnosti plynoucí z norem soft law se trvající praxí jejich adresátů postupně přetavují v mezinárodní obyčej (postupné naplňování maxima consuetudo a současně i opinio juris) a v této formě mohou nabývat přímé závaznosti. Nehledě na to, že v případě řešení takového sporu před MSD následně mohou být soudem aplikována.

Samotné soft law podobně jako mezinárodní kodifikační smlouvy může shrnovat a psanou formou vyjádřit a precizovat obsah již existujícího obyčejového pravidla²⁸. Toto právní pravidlo pak neplatí v důsledku svého písemného vyjádření formou soft law, ale v důsledku své existence v obyčejové podobě.

²⁴ SHELTON Dinah: *Soft law*. Oxon, first edition, Routlege, 2011, p. 68. ISBN 9780415610520

²⁵ Viz Statut Mezinárodního soudního dvora, čl. 38

²⁶ JENNINGS Robert, WATTS Arthur: *Oppenheim's International law - Volume 1 - Peace*. Oxford, ninth edition, Oxford University Press, 2008, p. 45-49. ISBN 9780582302457

²⁷ SHELTON Dinah: *Soft law*. Oxon: Routlege, 2011, p. 75-77. ISBN 9780415610520

²⁸ Ibid, p. 72

4. OKAMŽITÝ OBYČEJ (INSTANT CUSTOM)

Zajímavá teorie se váže k tzv. okamžitému obyčeji, a to v souvislosti s přijetím rezolucí Valného shromáždění OSN č. 1721 A a č. 1962, týkajících se mírového využívání kosmického prostoru. Tyto rezoluce sice nejsou formálně právně závazné, nicméně obě hlavní mocnosti (SSSR a USA) se ve vztahu k těmto rezolucím postavily tak, že je za právně závazné považují, a to zejména z toho důvodu, že byly na půdě Valného shromáždění přijaty jednohlasně, a tedy vyjadřují existenci *opinio juris* států týkající se jimi upravených otázek²⁹. V tomto případě nejde tedy ve vztahu k vytvoření *opinio juris* o formu, ve které jsou pravidla přijata, ale o samotný obsah těchto pravidel.

Podle teorie okamžitého obyčeje neexistuje nic, co by zakazovalo přijetí deklarace či rezoluce jako formu "zpozitivnění" státům nového společného *opinio juris* ve vztahu k určitému pravidlu³⁰. Tato pravidla mohou vznikat během krátké doby a stejně tak se během krátké doby měnit. Výslovné a široké vyjádření souhlasu s nově vzniklým pravidlem znamená, že existuje silné přesvědčení členů mezinárodního společenství o tom, že pravidlo má být závazné a že je žádoucí se chovat dle jeho dispozice.

Statut MSD ve svém čl. 38 odst. 2. formuluje v českém překladu definici mezinárodního obyčeje jako: "zvyklost jakožto důkaz obecné praxe přijímané za právo". Tato definice je však trochu podivná a může být interpretována i tak, že tato praxe je pouhým důkazem o tom, že zde existuje závazné pravidlo. Praxe pouze existenci pravidla potvrzuje a není tak konstitutivním prvkem obyčeje, ale spíše prvkem deklaratorním³¹. Podstatnou složkou zůstává tedy pouze *opinio juris*, jehož intenzita je kritériem pro rozlišení obyčejových, tj. právně závazných norem, a norem právně nezávazných.

Jak již však bylo výše zmíněno, Mezinárodní soudní dvůr se k obecné praxi států vyjádřil v případech *North Sea Continental Shelf*. Požadavek na délku praxe byl v rozsudku změkčen, ale nebyl vypuštěn, a tedy jako takový zůstává konstitutivním prvkem mezinárodního obyčeje³². Rozsudek byl však vydán v roce 1969, a tak je diskutabilní míra jeho aktuálnosti v rychle se měnícím prostředí mezinárodního společenství.

²⁹ CHENG Bin: *United Nations resolutions on Outer Space: "Instant" International customary law*. London: Stevens & Sons, 1982, p. 239, ISBN 042046350X

³⁰ *Ibid.*, s. 252

³¹ *Ibid.*, s. 260

³² GUZMAN Andrew: *Saving Customary International Law*. *Michigan Journal of International law*, 2005, Volume 27, no. 1, p. 158

V zásadě je možno tuto teorii brát jako extrémní chápání rapidního vzniku obyčejové závazné normy na základě vytvoření soft law (viz podkapitola 3.3), neboť samotná teorie se opírá o rezoluci Valného shromáždění, která naplňuje znaky soft law. Rozdílem je rychlost její transformace do obyčejové závazné normy v souvislosti s pojmáním praxe mezinárodního společenství (consuetudo) jako konstitutivním či deklaratorním prvkem mezinárodního obyčeje.

5. ZÁVĚR

V tomto příspěvku jsem se snažil nastínit právně teoretickou konstrukci mezinárodního obyčeje a jeho koexistenci s dalšími právními prameny, tvořící systém mezinárodního práva veřejného a zmínit moderní doktríny.

Přesun centra pozornosti od objektivní složky obyčeje k opinii juris dodává mezinárodnímu obyčeji novou naději, že bude v očích právních teoretiků i praktiků resuscitován. Zejména v korelaci se soft law, které v posledních letech nabývá na frekventovanosti. Stejně tak je obyčej schopen rychleji a flexibilněji reagovat na změny. Mezinárodní společenství v důsledku technologického pokroku a v důsledku působení nových výzev jako je ochrana globálního životního prostředí, potřebuje právní pramen, který nezastarává, který se přizpůsobuje okolnímu prostředí a jehož tvorba netrvá desetiletí tak, jak je tomu v případě mezinárodních úmluv. Mezinárodní úmluvy často také po dlouhých politických debatách a dlouhých letech příprav končí v kompromisním a nedostačujícím znění.

Materie mezinárodního obyčeje neplývá technickými a specializovanými pojmy, nepočítá kubíky oxidu uhličitého. Spíše se soustředí na to, co je lidstvem považováno za správné a spravedlivé a ve své obecnosti stanovuje pravidla fair play a staví mantinely nebezpečnému chování.

Literature:

- GUZMAN Andrew: Saving Customary International Law. Michigan Journal of International law, 2005, Volume 27, no. 1
- HOLLÄNDER Pavel: Filosofie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, 303 p., ISBN 8086898962
- CHENG Bin: United Nations resolutions on Outer Space: "Instant" International customary law. International Law: Teaching and Practice, London: Stevens & Sons, 1982, 287 p., ISBN 042046350X
- JENNINGS Robert, WATTS Arthur: Oppenheim's International law - Volume 1 - Peace. Oxford, ninth edition, Oxford University Press, 2008, 554 p., ISBN 9780582302457

- PETERSEN Niels: Customary Law Without Custom? American University International Law Review, 2008, Volume 23, no. 2,
- SHELTON Dinah: Soft law. Oxon, first edition, Routledge, 2011, 468 p. ISBN 9780415610520
- THIRLWAY H. W. A.: International customary law and codification. Leiden: A. W. Sijthoff, 1972, 158 p., ISBN 9028600825
- VILLIGER Mark E.: Customary International Law and Treaties, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 432 p., ISBN 9024729807

Contact – email

nekuda.jaroslav@gmail.com