

Kdokoli může mít velmi úplnou představu o mezinárodním právu, aniž přečetl jedinou smlouvu; avšak nikdo nemůže mít soudržnou představu o podstatě mezinárodního práva, pokud by četl jenom samé mezinárodní smlouvy.

Clive Parry

Mezinárodní obyčej: nekonsensuální formální pramen mezinárodního práva – přednáška 6. března 2007

1. Mezinárodní obyčej jako právní produkt *usus longaevus a opinio iuris*

1.1 Mezinárodní soudní dvůr potvrdil ve věci Vojenské a polovojenské činnosti v Nikaragui a proti ní v roce 1986 dualismus konkrétních důvodů závaznosti: „*Soud musí dále zvážit, která pravidla obyčejového mezinárodního práva jsou aplikovatelná na daný spor. Kvůli tomuto účelu musí upřít pozornost k praxi a opinio iuris států.*“

1.1.2 Dlouhodobá praxe je v teorii a praxi mezinárodního práva chápána jako materiální či objektivní předpoklad, zatímco *opinio iuris* má zastupovat psychologický nebo subjektivní požadavek.

1.2 **Dlouhodobá praxe (usus longaevus)** je chápána různorodě. Nicméně musí být v praxi spatřován prvek kontinuity (neustálost fyzického jednání, rozmanitých vyjádření a třeba i protestů), ale i interaktivity. Proto M. McDougal rozumí dlouhodobou praxí kontinuum nároků a jejich přijetí či přijímání.

1.2.1 **Úloha fyzického jednání**, a to například kombatantů během přímého zapojení do nepřátelských operací. Musí se jednat o orgány státu (spor o *de facto* nebo *de iure*).

1.2.2 Úloha oficiálního aktu vnitrostátní nebo mezinárodní povahy:

- vnitrostátní předpisy (*Maritime Ordinance* z roku 1861, který dovoloval místním vyšetřovacím orgánům vstoupit na palubu obchodního plavidla ukotveného v mezinárodním přístavu, pokud byl tam spáchán zločin, jenž se dotýkal územního suveréna,
- aplikační akty (rozhodnutí správních a soudních orgánů); rozsudek Nejvyššího soudu USA ve věci *The Paquette Habana* z roku 1900, kdy loď a tím méně úlovek se nemohou stát válečnou kořistí.
- otázka obecně nezávazných vnitrostátních předpisů (vojenské řády, předpisy profesních samospráv aj.); 10. října 1947 vydala Čínská lidová osvobozenická armáda (někdy zvaný jako Mao Ce-tungův řád) vojenský kázeňský řád, jenž obsahoval základní pravidla vojenské disciplíny. Jeden z nich zakazoval atakovat civilní obyvatelstvo.
- prohlášení (Trumanovo prohlášení ze dne 28. září 1945 ohledně politiky USA vzhledem k využívání přírodních zdrojů v pevninské mělčině; argument pokračování suchozemské části, výkon jurisdikce a kontroly, řešení případných sporů u protilehlého nebo sousedního šelfu podle zásad ekvity,
- mezinárodní smlouvy; ve věci *The Paquette Habana* se Nejvyšší soud dovolává dvoustranné dohody sjednané mezi USA a Pruskem z roku 1785 a čl. 23, v němž kromě žen a dětí i studentů kterékoli fakulty jsou chráněni také rybáři během ozbrojeného konfliktu, a tak mohou pokračovat ve své práci,

- mezinárodní protesty; britský premiér Chamberlain protestoval 23. března 1938 proti úmyslnému bombardování civilních osob v Barceloně během občanské války.

1.2.3 **Úloha nečinnosti** Ta může pocházet z několika důvodů. Některé státy se nemohou fyzicky chovat, protože jsou například jako Česko vnitrozemským státem. Vnitrozemský stát nemůže vytyčit pobřežní moře nebo hranice pevninské mělčiny.

1.2.3.1 Úloha *acquiescence* se týká především hmotného a nikoli procesního mezinárodního práva. Představuje absenci protestu neboli vědomé mlčení, čímž má blízko k mlčky sjednaným dohodám. Právní jev směřuje dalekosáhle k právní jistotě i slušnosti, jak ukazuje případ *Právo průchodu přes indické území*, který rozhodoval Mezinárodní soudní dvůr mezi Portugalskem a Indií. Indické orgány nijak nebránily průchodu soukromých osob, civilním úředníkům a průvozu zboží přes své území do portugalských koloniálních enkláv.

1.2.4 Úloha *estoppelu* se vztahuje k procesnímu mezinárodnímu právu a požaduje stálé chování po subjektu mezinárodního práva. Stát nebo jiný subjekt nesmí 'foukat horce i chladně' (*may not blow hot and cold*) současně. Senát Mezinárodního soudního dvora potvrdil roli *estoppelu* v případě *Zálivu Maine* z roku 1969. Kanada argumentovala proti USA, že *estoppel* je *alter ego* *acquiescence*.

1.2.5 Úloha **trvalého odpůrce**. Pravidlo trvalého odpůrce je z hlediska právní existence často teorií a praxí zpochybňována. Vychází ze svrchovanosti státu, jenž se může vyvázat z rodícího se pravidla chování, a to musí činit od počátku jeho formování. Přitom stát se tak musí chovat trvale a odolávat závaznosti pravidla. Jihoafrická republika politikou apartheidu se snažila dlouhodobě vyvázat se zákazem rasové

diskriminace, jenž se posléze stabilizoval jako imperativní prohibitivní pravidlo. USA se nebyly dlouhodobě ochotny podvolit novému mořskému právu a přerozdělení jednotlivých zón.

1.2.6 Vlastnosti dlouhodobé praxe vysvětlil Mezinárodní soudní dvůr v případě *Azylu*, a sice mezinárodněprávního sporu mezi Kolumbií a Peru ohledně diplomatického azylu. Mezinárodní soudní dvůr uvedl v roce 1950: „*Kolumbijská vláda musí prokázat, že pravidlo, jehož se dovolává, je v souladu se stálou a stejnorodou praxí vykonávanou dotčenými státy.*“

1.2.6.1 Stejnorodost v mezinárodní praxi je buď hodnocena individuálně nebo kolektivně. Individuálně předpokládá kontinuitu chování. Norsko začalo vymezovat vnitřní hranici pobřežního moře metodou základních čar, která nekopíruje konfiguraci pobřeží. Metoda základních čar se konsolidovala skrze stálou a individuálně stejnorodou praxi Norska. Velká Británie prodlužovala svoji abstenci (*prolonged abstention*), ačkoli byla chováním Norska dotčena, jakož i její zájmy.

1.2.6.2 Kolektivní stejnorodost je spojena se skupinovým jednáním. Není geometricky urovnaná, objevují se v ní nesrovnalosti, které ovšem nesmějí mít narušující účinky. Mezinárodní soudní dvůr ve věci *Azylu* prokázal, že „*skutečnosti dané na vědomí Soudu odkrývají značnou nejistotu a odporování, značný rozpor a výkyv ve výkonu diplomatického azylu.*“

1.2.7 Stálost je spjata s příležitostí se chovat určitým způsobem. Jakmile se státy ocitnou v takové situaci měly by se specifickým způsobem chovat. V počátku formování praxe mají volbu, neboť se může stát, že mohou vybírat mezi konkurenčními možnostmi. Tak mořské státy stály před volbou buď zřídit rybolovné pásmo, nebo založit přednostní

právo rybolovu v mořských prostorech přiléhajícím k pobřežnímu moři.

1.2.8 Požadavek dlouhodobé praxe, jenž se bezprostředně objevuje jako její nedílný přívlástek, ztratil na své odvěké úloze. Nyní plní dvojí funkci: pomáhá rozlišit mezi právotvornou praxí a pouhou zvyklostí či zdvořilostí, ale také mezi protiprávním chováním a jednáním v souladu s mezinárodněprávním závazkem.

1.2.9 Dnes rychlost či pomalost ustálení praxe závisí na mnoha okolnostech.

1.3 **Opinio iuris** se v mezinárodní teorii a praxi chápe nejednotně.

1.3.1 Teoretici i praktici ztotožňují *opinio iuris* s mlčenlivým souhlasem, aby doložili systémovou závaznost mezinárodního práva, která má spočívat v konsensu výslovném nebo mlčky uzavřeném.

1.3.2 Jiní autoři ztotožňují fenomén s kolektivním právním vědomím, že pravidlo stvoření státní praxí je závazné. Stálý dvůr mezinárodní spravedlnosti ve věci *Lotus* v roce 1927 spojil subjektivní předpoklad mezinárodního obyčeje s vědomím, i když v tomto případě s vědomím, že státy nemají povinnost: „*Údajná skutečnost nedovoluje dovozovat, že státy si byly vědomy, že mají takovou povinnost.*“ *Opinio iuris* coby vědomí pouze deklaruje existenci nebo neexistenci mezinárodněprávní povinnosti, aniž by vyvolávala konstitutivní účinky. Pouze dokládá či potvrzuje, že takové obyčejové pravidlo již existuje. Váže se k *lex lata*. Nevysvětluje ovšem jak a kdy bylo pravidlo zformováno. Daná soudní doktrína toliko spoléhá na konstitutivní povahu dlouhodobé praxe. A tak pohled nedokáže rozlišit mezi závazným obyčejem a nezávaznou zdvořilostí nebo zvyklostí.

1.3.3 Mezinárodní soudní dvůr v případě Pevninské mělčiny v Severním moři v roce 1969 slučuje *opinio iuris* s kolektivní

vůli. Čili subjektivní předpoklad je zaměřen s tím, co by mělo být, ale také s tím, co si stát přeje. Vůle tu určuje budoucí mezinárodněprávní závazek. Nesměřuje tak k tomu, co je *lex lata*, ale co je *lex ferenda*.

1.3.4 Alternativní pojmání subjektivního předpokladu volá po syntéze. A proto se *opinio iuris* jeví, fenomenologicky vzato, jako spojení konstitutivní, formující vůle, která se objevuje na začátku, avšak posléze se mění v deklaraci závaznosti obyčejového pravidla.