

SMLOUVA A OBYČEJ V MEZINÁRODNÍM PRÁVU

ČESTMÍR ČEPELKA

UNIVERZITA KARLOVA
PRAHA 1984

PRÁVO V MEZINÁRODNÍM A OBYČEJ SMLOUVA

ČESTMÍR ŠEBEK

Poměr smlouvy k obyčejí

mezinárodního práva

OBSAH

I. Poměr smlouvy k obyčejí v mezinárodním právu	7
II. Důvody vzniku a závaznosti obyčejového práva v poměru k právu smluvnímu	16
III. Nepsané právo mezinárodní v poměru k právu psanému	50

I/ Poměr smlouvy k obyčejí v mezinárodním právu

Patří k uznávaným zásluhám zakladatelů sovětské internacionalistiky, že obsahové a funkční přeměny, provázející současné mezinárodní právo, teoreticky předznamenal už v době, kdy se v normativní nadstavbě teprve začínal formovat pozitivně právní výraz nové dějinné skutečnosti, a to přítomnosti socialismu v třídním složení mezinárodního společenství států. Tak už první sovětsští internacionalisté rozbili mythus absolutní platnosti dřívějšího obecného mezinárodního práva (tradičního), toho práva, které vytvořil imperialismus za své monopolní existence, a které nadto výkladově zkreslil úpadkový pozitivismus.¹⁾ Čelný představitel sovětské nauky mezinárodního práva třicátých a čtyřicátých let — E. A. Korovin — to mj. vyjádřil i formulováním vztahu mezinárodní smlouvy k mezinárodnímu obyčejí. Hlavní význam v tomto vzájemném vztahu přisoudil mezinárodní smlouvě jakožto prameni partikulárního práva,²⁾ s potvrzením její vedoucí úlohy (*veduščaja rol'*) v podmínkách koexistence států různých společenských soustav. Pokud jde o mezinárodní obyčej, označil jej za pramen obecného mezinárodního práva,³⁾ pod čímž rozumí ta právní pravidla, která jsou obecně státy přijata, tedy též přijata Sovětským svazem.⁴⁾

Takovýmto vyjádřením poměru mezinárodní smlouvy k obyčejí, jež je tu založeno na vymezení vztahu mezi mezinárodním právem partikulárním a právem obecně platným, E. A. Korovin zachovává oběma těmto pramenům jejich plnou funkční opodstatněnost i pro období současného mezinárodního práva. Zdůrazňuje dále, že se to týká jen těch pravidel

¹⁾ Blíže viz Č. Čepelka — Vl. David, Úvod do mezinárodního práva, Univerzita J. E. Purkyně v Brně, 1978, str. 93—94.

²⁾ Srov. E. A. Korovin, *Meždunarodnoje pravo*, Moskva 1951, str. 16: „Meždunarodnyj dogovor... javljajetsja osnovnym istočnikom sovremennogo meždunarodnogo prava, kogda on javljajetsja dobrovolnym i ravnopravnym voleizjavenijem *sootvetstvujuščich* (podtrhl Č.Č.) gosudarstv“.

³⁾ Srov. tamtéž, str. 16: „... meždunarodnyj obyčaj... možet byt' opredelen, kak norma povedenija gosudarstv, priobretajuščaja pravovoe značenie vsledstvie dlitel'nogo obščego (podtrhl Č.Č.) jeho primeněnija gosudarstvami s soznaniem pravovoj jeho neobchodimosti“.

⁴⁾ Srov. tamtéž, str. 16—17: „Čto kasajetsja meždunarodnogo obyčaja, to Sovetskoe gosudarstvo, ne otkazyvajas ot jeho primeněnija..., ograničivajet poslednjeje temi obyčnymi normami, kotoryje ne nachodjatsja v protivorečii s socialističeskím pravosoznaniem i kotoryje javljajutsja obščepriзнанными, t. e. priзнанными v kačestvě takovyh i so storony Sovetskogo gosudarstva“.

obecného mezinárodního práva pozitivního, která svým obsahem vyjadřují třídní zájem jak států kapitalistické společenské soustavy, tak i Sovětského svazu — v té době jediného státu socialistické společenské soustavy; ten svou autoritou (včetně mocenské) v této době již podstatně ovlivňuje formování obyčejové pozitivně právní nadstavby, jež je tak normativním výrazem fakticky se prosadivší koexistence obou společenských soustav v jediném společenství států, ovládaném jediným mezinárodním právem, právem obecně platným.

Tam, kde v obyčejoprávní nadstavbě takovýto kompromis třídních zájmů nebyl možný a SSSR nepřijal do té doby monopolním imperialismem formovaná obecně platná pravidla (nadto výkladově zkreslená upadající pozitivistickou školou), tam pak mezinárodní smlouva sehrávala svou rozhodující roli. Sloužila totiž k tvorbě partikulárních právních úprav buď obsahově *inter partes* derogujících dosavadní obecně platnou úpravu,⁵⁾ nebo zakládajících partikularismy tam, kde obecná právní úprava v dané době neexistovala.⁶⁾

Ač E. A. Korovin byl ve své době předlohou,⁷⁾ z níž čerpal V. I. Outrata, zakladatel čs. socialistické internacionalistiky, a to při přípravě naší první — fakticky celostátní — učebnice,⁸⁾ nicméně tehdejší sovětskou teorii funkční rovnosti formálních pramenů (smlouvy a obyčeje) čs. učebnice nepřevzala; zejména též proto, že odlišně kvalifikovala vztah mezi obecným mezinárodním právem a mezinárodním právem partikulárním. Na rozdíl od E. A. Korovina⁹⁾ a v rozporu s praxí, V. I. Outrata

⁵⁾ Příklady uvádí i zakladatel československé buržoazní internacionalistiky A. Hobza, „Uznání Sovětů de iure“, Praha 1924 (otisk ze Sborníku věd právních a státních, č. 1, roč. XXIV), str. 10, 15 a 17: „Na schůzi Nejvyšší rady spojenců, konané v Cannes na zač. r. 1922, byl vypracován společný program pro jednání se Sověty a pro mezinárodní konferenci, která měla za účelem úpravy otázek hospodářských a finančních býti svolána do Janova...“. „Jde v první řadě o to, jsou-li Sověty ochotny uznati závaznost jistých starých smluv uzavřených Ruskem, jsou-li ochotny platiti dluhy starého Ruska, jsou-li ochotny poskytnouti náhradu za zničený nebo zabraný majetek cizinců“. „Od té doby vyvíjí se situace tak, že jednoty politické koncepce u států dohodových stále ubývá, zatím co přibývá touhy jednotlivých států po koncesích v Rusku. A tak došlo se až tam, kde jsme dnes, totiž: že Sověty vyjednávají s každým státem izolovaně a na základě jiných podmínek, ... a že se některé státy předhánějí v usilování o jejich přízeň. Sověty jsou na vrcholu své politické moci, ... Není vidět nikde mimo Rus moci, ani morální ani fyzické, která by byla dnes s to, aby deposovala nynější vládu sovětskou“.

⁶⁾ Srov. Moskevský protokol z r. 1929 k partikulárnímu přijetí zákazu války, v: V. I. Outrata a kol. „Dějiny mezinárodních vztahů od roku 1870—1952“, Praha 1953, str. 80. Srov. dále — Úmluva o definici útočníka z r. 1933, v: V. I. Outrata, Dokumenty ke studiu mezinárodního práva a politiky I, Praha 1963, str. 189 a násl.

⁷⁾ Přesněji řečeno jeho kniha „Meždunarodnoje pravo“, která pod jeho redakcí vyšla v r. 1951 (Moskva), v níž sám též napsal počáteční pojmové kapitoly.

⁸⁾ V. I. Outrata, Mezinárodní právo veřejné, Praha 1960.

⁹⁾ Cit. dílo 2, str. 12: „...kogda reč idot o meždunarodnyh pravootnošenijach meždú gosudarstvami s odnorodnoj klassovoj strukturoj... (jasno), čto otnošenija meždú kapitalističeskimi gosudarstvami ni v kakoj mere ne regulirujutsja socialističeskimi principami meždunarodnogo prava, no vsecelo i polnostju strojatsja na načalach buržuaznogo meždunarodnogo prava...“.

minimalizoval opodstatnění partikulární právní úpravy,¹⁰⁾ čímž význam obecného mezinárodního práva naproti tomu zveličil. Přípustnost partikularismů totiž jednak omezil na případy, kdy k tomu vede „především podobnost historického vývoje a užší příbuznost kulturní mezi státy jisté zeměpisné oblasti,¹¹⁾ jednak tyto partikularismy obecnému mezinárodnímu právu též obsahově podřídil — v duchu starého přirozenoprávního vzoru,¹²⁾ podle něhož nesmějí být v obsahovém rozporu s obecným právem mezinárodním.¹³⁾

Obecné mezinárodní právo v jeho pozitivně právní kvalitě V. I. Outrata spojuje již se vznikem států vůbec¹⁴⁾ a spatřuje je ve formě obyčejo-

¹⁰⁾ Srov. V. I. Outrata, cit. dílo, str. 20—21: „Jsou... nesprávné názory, které vidí v současném mezinárodním právu dvě nebo dokonce tři samostatné složky s různým třídním obsahem: mezinárodní právo imperialistické, ... mezinárodní právo socialistické, ... a eventuálně ještě jakési třetí, *mezisoustavové právo*, platné pro styky mezi státy různých soustav“. „... imperialistická interpretace a aplikace obecného mezinárodního práva není jiným mezinárodním právem, nýbrž spíše porušováním platného obecného práva mezinárodního. Nejde tu tudíž o „imperialistické právo“, nýbrž spíše imperialistické bezpráví“.

Shodný názor zastává M. Potočný, Mezinárodní právo veřejné, Praha 1978, str. 29. Naopak odlišný názor viz Č. Čepelka, Pojem „socialistické mezinárodní právo“ a jus cogens, Acta Universitatis Carolinae, Iuridica 1, 1977, str. 9—10; Č. Čepelka — V. I. David, Úvod do mezinárodního práva, Brno 1978, str. 17.

¹¹⁾ V. I. Outrata, cit. dílo, str. 35.

¹²⁾ Srov. Č. Čepelka — V. I. David, Úvod do mezinárodního práva, cit. dílo, str. 65.

¹³⁾ Srov. V. I. Outrata, cit. dílo, str. 36: „... existuje obecné mezinárodní právo, závazné pro všechny státy mezinárodního společenství, v jehož rámci (podtrhl Č. Č.) mohou ovšem skupiny států vytvářet partikulární normy...“ Srov. dále M. Potočný, cit. dílo, str. 37: „Obecné mezinárodní právo nejen nevylučuje existenci partikulárních norem *prohlubujících a specifikujících obsah* (potrhl Č. Č.) jeho dispozitivních pravidel, ale naopak počítá s touto možností“. Kritiku tohoto nazírání viz Č. Čepelka, Pojem „socialistické mezinárodní právo“ a jus cogens, cit. dílo, str. 4—6.

Obsahové podřízení partikularismů obecně platnému právu vyjadřuje i do našich učebnic převzatá pozitivistická koncepce dělení smluv na právotvorné a kontraktuální, formulovaná v době úpadku školy (srov. též Ch. Rousseau, Droit international public, Tome I., Paris 1970, str. 68—69), kdy ve snaze o zachování imperialismem vytvořené obecně platné normativity se tato nauka uchyluje ke spekulativním dedukcím po vzoru školy přirozenoprávní — srov. V. I. Outrata, cit. dílo, str. 309; zejména výstižně k podtržení nadřazenosti obecného mezinárodního práva vůči partikulárnímu uvádí M. Potočný — cit. dílo, str. 287 — přirovnání právotvorných smluv či „mezinárodních zákonů“ k funkci zákonů vnitrostátních, aby tak zdůraznil obsahovou podřízenost partikulárních norem (kontraktuálních smluv) pravidlům vyšší právní síly, tedy zde obecnému mezinárodnímu právu kodifikovanému. M. Potočným zde uvedený příklad Vídeňské úmluvy o diplomatických stycích (1961) neobstojí už proto, že podle jejího výslovného ustanovení (čl. 47, odst. 2, lit. a) je přípustná derogace v konkrétním — kontraktuální smlouvou založeném — vztahu diplomatických styků.

¹⁴⁾ V. I. Outrata, cit. dílo, str. 9: „V historických obdobích, kdy se lidská společnost organizuje na základě třídním, existuje paralelně vedle sebe *vždy řada států*. Jednotlivé státy nejsou izolovány...“. „Společenská nezbytnost faktických styků mezi státy, které v dané době paralelně vedle sebe existují, vytváří z těchto států jistý druh společenského organismu — *mezinárodní společenství*... Každý existující stát vstupuje již svým vznikem do jistých... faktických vztahů s ostatními existujícími státy — stává se členem mezinárodního společenství; jisté jeho základní vztahy k těmto státům jsou upraveny obecným, tj. pro všechny státy závazným mezinárodním právem“. Stejný názor zastává i M. Potočný, cit. dílo, str. 10.

vé.¹⁵⁾ Pokud by však autorovo tvrzení (ostatně blíže ničím nedoložené) korespondovalo s historickou realitou, museli bychom doklady o jeho pravdivosti nalézt ve výkladu tohoto nepsaného práva, tedy zejména v dílech nauky, která nejbohatěji výklad obyčejového práva obstarává.¹⁶⁾ Historiografie mezinárodního práva však podává odlišný výkladový obraz, zejména i historiografie buržoazní, která by jinak (po příkladu recepce římského práva) měla asi nejblíže k obhajobě kontinuity obyčejového mezinárodního práva obecně platného pro všechny vykořisťovatelské formace.

Pozitivní obecné mezinárodní právo obyčejové ještě nezná hlavní představitel španělské teologické školy F. Suárez (16. stol.),¹⁷⁾ ani zakladatel klasické přirozenoprávní školy H. Grotius (17. stol.),¹⁸⁾ ba nezná je — na předělu mezi klasickým naturalismem a pozitivismem — G. F. von Martens (přelom 18. a 19. stol.),¹⁹⁾ který nadto obyčej pokládá za *jus imperfectum*;²⁰⁾ pro některé autory je smluvní forma (nikoli tedy obyčej) typickým pramenem mezinárodního práva ještě počátkem 20. století.²¹⁾

Období formování imperialismu, kdy se vytvářejí materiální (společenskoekonomické a politické) podmínky pro stabilizaci obecně platného obyčejového práva mezinárodního a zejména pak počátek éry imperialismu, kdy se obecně platné obyčejové právo již ustálilo,²²⁾ V l. O u t r a t a

¹⁵⁾ V l. O u t r a t a, cit. dílo, str. 25: „V historických obdobích otrokářského a feudálního zřízení byl mezinárodní obyčej převládající formou mezinárodního práva“. Shodný názor zastává i M. Potočný, cit. dílo, str. 54.

¹⁶⁾ Srov. Č. Čepelka — V l. David, Úvod do mezinárodního práva, cit. dílo, zejména str. 24, 88 a 108.

¹⁷⁾ Srov. Č. Čepelka — V l. David, Úvod do mezinárodního práva, cit. dílo, str. 63; A. Nussbaum, A Concise History of the Law of Nations, New York 1947, str. 66—67; A. Verdross, Völkerrecht, Wien 1964, str. 98.

¹⁸⁾ Srov. Č. Čepelka — V l. David, Úvod do mezinárodního práva, cit. dílo, str. 65; A. Nussbaum, cit. dílo str. 104; A. Verdross, cit. dílo, str. 100.

¹⁹⁾ Srov. Č. Čepelka — V l. David, „Úvod...“, cit. dílo str. 74; A. Nussbaum, cit. dílo, str. 173.

²⁰⁾ Srov. G.-F. de Martens, Précis du Droit des Gens moderne de l'Europe, I., Paris 1864, str. 154: „...une triple source de droit des gens positif: les *conventions expresses*, les *conventions tacites*, l'*observance* ou l'*usage*.“; dále str. 192—194: „(§ 67. — Des motifs qui garantissent la durée de l'Usage.)... le simple usage ne renferme qu'une obligation imparfaite; il ne peut donc pas être extorqué par la force, et chaque nation conserve le droit de s'en écarter... Cette partie considérable de notre droit des gens positif, qui est fondée sur des usages, paraît donc reposer sur de faibles bases, et sujette à de continuelles vicissitudes.“ ... (§ 68. — Du rapport entre le Droit conventionnel et coutumier.) ... „... ce qui, dans l'origine, n'était que simple usage, est quelquefois changé en obligation parfaite, par des conventions expresses ou tacites...“.

²¹⁾ Srov. např. Daniel Colard, Premières réflexions sur le Traité des Traités: la Convention de Vienne du 23 mai 1969, v: Journal du droit international (Clunet), 97^e Année, 1970, No. 2, str. 276: „Au commencement du XX^e siècle, la conception du droit international était encore purement conventionnelle. La source principale du droit était l'accord...“.

²²⁾ Srov. Č. Čepelka — V l. David, „Úvod...“, cit. dílo, str. 42 a násl.

naopak označuje za dobu, v níž už ustupuje funkční význam obyčeje vůbec.²³⁾

Ani takto — tj. imperialismem — vytvořené obecně platné mezinárodní právo V l. O u t r a t a ne kvalifikuje jako normativní nadstavbu imperialismu. Zrod sovětského státu a nástup epochy socialismu mu proto nekонтastuje s tehdejšími tradičním obecně platným právem imperialistickým, jehož institutům legální supremace čelí SSSR nejen fakticky (tj. mocensky), ale i právně, a to cestou smluvního *inter partes* vyvazování z tohoto zásadně dispozitivního práva.²⁴⁾ Protože pro V l. O u t r a t u pozitivní obecné mezinárodní právo není v době svého vzniku nadstavbovým tvůrcem objektivní společenské reality, kterou vytvořil až imperialismus, proto ani nevidí, že toto imperialistické právo — sotva ustáleno — se roz-
bílí o zrodivší se sovětskou moc a záhy podstupuje obsahové i povahové přeměny, a to úměrně s mocenským působením nastupujícího socialistického společenského řádu.²⁵⁾ Podle V l. O u t r a t y je obecné mezinárodní právo naopak dávným pozitivně právním jevem, na nějž i současné obecné mezinárodní právo má návaznost,²⁶⁾ tedy opírá se o (blíže neurčené) „demokratické prvky“ z dob buržoazních revolucí, ale obsahuje ještě „přežitky“ feudalismu a „charakteristický nános“ imperialismu, od nichž se teď pod vzrůstajícím vlivem socialistických států „očisťuje“;²⁷⁾ M. P o t o č n ý dokonce dodává, že ony (blíže neurčené) „demokratické prvky“, které do mezinárodního práva „pronikly“ již v období buržoazních revolucí, představují „základ“ současného obecného mezinárodního práva.²⁸⁾ Vedle toho se však současné obecné mezinárodní právo též „obohacuje o nové, pokrokové normy a instituce, které v podstatě odpovídají potřebám socialistických států a zásadám jejich zahraniční politiky“.²⁹⁾

Jak však tento „očisťovací“ a „obohacovací“ proces probíhá? A v jakých formách? Podle V l. O u t r a t y se tento „pokrokový rozvoj mezinárodního práva uskutečňuje především (podtrhl Č. Č.) v mezinárodních smlouvách“,³⁰⁾ „státy (rozuměj všechny, podtrhl Č. Č.) dávají přednost meziná-

²³⁾ Srov. V l. O u t r a t a, cit. dílo, str. 26: „V souvislosti s rozvojem hospodářských mezistátních styků za kapitalismu zachycují smlouvy v 19. a 20. století stále nové oblasti mezinárodních vztahů, zatímco oblast, upravená výlučně právem obyčejovým, se zužuje... Potřebě rychlé a přesné právní úpravy měnících se a prohlubujících se mezistátních vztahů nemůže dostát mezinárodní obyčej, který se vyvíjí jen pomalu, ...“. Shodný názor zastává i M. P o t o č n ý, cit. dílo, str. 54.

²⁴⁾ Srov. Č. Čepelka — V l. David, „Úvod...“, cit. dílo, str. 53.

²⁵⁾ Srov. Č. Čepelka — V l. David, „Úvod...“, cit. dílo, str. 54—55.

²⁶⁾ Srov. V l. O u t r a t a, cit. dílo, str. 20: „Státy socialistického typu nepřijímají ovšem všechny (podtr. Č. Č.) normy a instituce mezinárodního práva tak, jak je vytvořily předcházející epochy vykořisťovatelských společenských řádů.“; srov. též M. P o t o č n ý, cit. dílo, str. 30.

²⁷⁾ Srov. V l. O u t r a t a, cit. dílo, str. 21.

²⁸⁾ Srov. M. P o t o č n ý, cit. dílo, str. 31.

²⁹⁾ Srov. V l. O u t r a t a, cit. dílo, str. 21; M. P o t o č n ý — cit. dílo, str. 31 — dodává, že „v poslední době i [pod vlivem] rozvojových zemí“.

³⁰⁾ Srov. V l. O u t r a t a, cit. dílo, str. 28; M. P o t o č n ý, cit. dílo, str. 57.

rodním smlouvám“³¹⁾ čímž se „význam mezinárodních smluv jako pramene mezinárodního práva stupňuje... v období soužití dvou soustav vzhledem k tomu, že pro zásadně rozdílnou povahu hospodářské základny i politické a právní nadstavby ve státech obou soustav je ke vzniku norem obecného mezinárodního práva zvláště žádoucí přesná formulace a *jasně vyjádřený souhlas rovnoprávných států*“ (podtrhl Č. Č.).³²⁾

Jestliže však státy *všechny* dávají přednost mezinárodním smlouvám oproti mezinárodnímu obyčeji (který „v rozvoji mezinárodního práva ustoupil na druhé místo“³³⁾ pak to ovšem také znamená, že se onen „očišťovací“ a „obohacovací“ proces v současném obecném mezinárodním právu uskutečňuje s „jasně vyjádřeným souhlasem“ *těž* států kapitalistické společenské formace. A naopak neuskutečnil by se, kdyby tyto státy — vzhledem ke své dnešní početnosti a trvajícimu mocenskému vlivu — svůj „jasně vyjádřený souhlas“ prostě nevyjádřily. Už jen tím by zabránily tomu, co jako *jus cogens* pouhou přítomností států socialistické společenské soustavy doposud bylo do obsahu a povahy současného obecného mezinárodního práva vneseno; pokud nemíníme připustit, že se dnešní kapitalistické státy svými zájmy liší od států z doby monopolu imperialismu, což by odporovalo jednak skutečnosti,³⁴⁾ jednak to nesdílí ani sama buržoazní internacionalistika.

Zcela bezcenně k důkazu o domnělé prvoradosti významu mezinárodních smluv je Outrataovo dovolání se článku 38 Statutu Mezinárodního soudního dvora,³⁵⁾ který uvádí mezinárodní smlouvy na prvním místě, zejména *těž* před mezinárodním obyčejem. Nejde tu totiž o žádný klasifikační řád důležitosti toho či onoho pramenu mezinárodního práva. Statutem je zde vyjádřeno pouze to, co by i tak soud při aplikaci činil: nejprve by vzal v potaz příslušnou smlouvu proto, že by případně mohla — ve vztahu mezi spornými stranami — derogovat jinak příslušné dispozitivní pravidlo obecného mezinárodního práva obyčejového. Teprve není-li takovéto derogující smlouvy, aplikuje se obecně platné právní pravidlo, s tím ovšem, že zde opět před vlastním obyčejem má přednost smlouva — kodifikační úmluva, do níž bylo obyčejové obecně platné pravidlo inkorporováno, a obstarává tudíž jeho závazný výklad.³⁶⁾ Teprve není-li ani

³¹⁾ Srov. Vl. Outrata, cit. dílo, str. 26; M. Potočný tento názor už nesdílí, ač jej zastával ještě v době prvního vydání své učebnice z r. 1973 (tam na str. 64).

³²⁾ Srov. Vl. Outrata, cit. dílo, str. 26; M. Potočný, cit. dílo, str. 54—55.

³³⁾ Srov. Vl. Outrata, cit. dílo, str. 28; M. Potočný, cit. dílo, na str. 57 zmínil zde citovanou Outratovu vyhraněnou formulaci a naopak uvádí: „Přestože mezinárodní obyčej v jednotlivých případech praktického nalézání práva ustupuje alespoň *zdánlivě* (podtrhl Č. Č.) na druhé místo za mezinárodní smlouvu, zachovává si i v současné době stále velkou důležitost“.

³⁴⁾ Srov. Č. Čepelka, Pojem „socialistické mezinárodní právo“ a *jus cogens*, Acta Universitatis Carolinae, Iuridica 1, 1977, str. 15—16.

³⁵⁾ Text v českém překladu viz Vl. Outrata, Dokumenty ke studiu mezinárodního práva a politiky, I., Praha 1963, str. 173—174.

³⁶⁾ Srov. Č. Čepelka—Vl. David, „Úvod...“, cit. dílo, str. 108.

obecně platného obyčejového pravidla, přistoupí Soud na základě čl. 38 svého Statutu k dalším aplikačním eventualitám zde určeným v příslušném pořadí.

Uvedené praktické důvody spočívající v možnosti derogace obecného mezinárodního práva, stejně jako kvalita jeho písemného výkladu kodifikací, vedly i v sovětské internacionalistice k favorizování mezinárodní smlouvy před obyčejem, zejména pak v době, kdy sovětský stát i právními nástroji čelil imperialistické mezinárodně právní nadstavbě, vytvořené před jeho vznikem. Podstatný rozdíl (ve srovnání s čs. internacionalistikou) je tu však v tom, že nejde o žádné teoretické zobecnění, které by se týkalo mezinárodního práva vůbec³⁷⁾ nebo vůbec všech států mezinárodního společenství.³⁸⁾ Charakterizuje to i přední sovětský internacionalista čtyřicátých let S. B. Krylov, když svou přednášku, přednesenou po válce v haagské Akademii mezinárodního práva, provází výslovným akcentem na sovětskou praxi a hlediska sovětské nauky.³⁹⁾ Je to v době, kdy s vítěznou stalingradskou bitvou probíhající změny materiálních podmínek ještě nejsou plně dovršeny poválečným uspořádáním mocenským a společenskopolitickým, čímž i tomu odpovídající normativní nadstavba se utváří také jen postupně. Proto i pro Sovětský svaz, v této době dosud jediný socialistický stát, zůstává v popředí jeho právního zájmu mezinárodní smlouva jako hlavní nástroj jak k cílům vyvázání se z těch norem obecného mezinárodního práva, jež pro svůj dispozitivní charakter v té době ještě plně nezaznamenaly obsahové a funkční změny nové epochy⁴⁰⁾ (a nadto výkladově zůstávaly ovládány buržoazní naukou), tak také k tvorbě partikularismů tam, kde obecně platná úprava v minulosti vytvořena vůbec nebyla, a také tam, kde ji vliv nastupujícího socialismu nově dosud nevytvořil.

V čs. internacionalistice neopodstatněně zabsolutizované favorizování funkce mezinárodní smlouvy na úkor obyčeje není oslabeno ani tím, že jistý význam mezinárodnímu obyčeji upírán není. Uvádí se např., že obyčej sice „svým významem ustoupil na druhé místo“, ⁴¹⁾ nebo „zdánlivě ustu-

³⁷⁾ Tak E. A. Korovin, adekvátně s praxí — i sovětskou —, mezinárodní smlouvě připisuje hlavní význam ve sféře partikulárního mezinárodního práva (srov. pozn. č. 2), zatímco mezinárodní obyčej spojuje s obecným mezinárodním právem (srov. pozn. č. 3 a 4).

³⁸⁾ Srov. pozn. č. 31.

³⁹⁾ S. B. Krylov, *Les Notions principales du Droit des Gens* (la doctrine soviétique du droit international), *Recueil des Cours, Académie de droit international*, 1947, Tome 70, str. 437: „... *l'Etat soviétique* (podtrhl Č. Č.) préfère être guidé par les normes d'un traité ..., plutôt que se référer à la coutume internationale recelant beaucoup de points indécis“. Tamtéž, str. 441: „La coutume internationale n'a pas la même importance que le traité international pour l'Union Soviétique (podtrhl Č. Č.), bien qu'il soit hors de doute que celle-ci la reconnaît pour les questions d'ordre général, ...“.

⁴⁰⁾ Srov. Č. Čepelka — Vl. David, „Úvod...“, cit. dílo, str. 16 a násl.

⁴¹⁾ Srov. Vl. Outrata, cit. dílo, str. 28.

puje na druhé místo,⁴²⁾ avšak že nadále „jeho funkci nelze podceňovat,⁴³⁾ nebo, že „si stále zachovává velkou důležitost“,⁴⁴⁾ ač jinak výklad učebnic k této otázce vždy začíná paušálním konstatováním, že mezinárodní právo má dva „základní“ formální prameny.⁴⁵⁾

Negativní důsledky takového výrazně diferenciovaného přístupu k oběma pramenům mezinárodního práva jsou známy — ve výuce práva především, ale též v práci vědecké a nejednou v samotné čs. praxi:

[a] Obyčejové mezinárodní právo je podceňováno, ba přisuzováno mu poslání pouhého ideologického nástroje, často právě protisocialistického; [b] v této souvislosti a ve svých důsledcích je pak podceňováno i obecné mezinárodní právo, jež je typicky obyčejové povahy, případně za obecné mezinárodní právo se pokládá jen ta jeho část (ostatně nepatrná), jež doznala kodifikace, a daný nedostatek (že jde o nepatrnou část) se supljuje j e d n a k kvalifikováním za kodifikaci to, co *de lege lata* kodifikací není či ještě není, j e d n a k spokojením se s „alespoň písemným vyjádřením v obecně přijatých aktech univerzálních mezinárodních organizací“;⁴⁶⁾ [c] obsahové a funkční přetváření současného obecného mezinárodního práva, probíhající — v důsledku přítomnosti socialistické společenské soustavy a její autority (i mocenské) — právě obyčejonormotvorbou, vede pak k přehlížení socialistické třídní povahy kogentních norem tohoto práva,⁴⁷⁾ kromě jiného proto, že *jus cogens* jinak než obyčejově ani uchopit nelze; [d] konečně absolutní favorizování institutu mezinárodní smlouvy, a to na úkor obyčeje (též samotným poměrem stran obou citovaných učebnic, kde smluvnímu instrumentu je věnováno přes 60 stran a obyčeji necelé 3 strany) vede též k desorientování studujících práv a přispívá k jejich nezpůsobilosti pojmově obyčej — a tím i obyčejové právo mezinárodní vůbec — pochopit a s ním pracovat, což je pak při eventuálním nástupu do mezinárodní praxe minimálně znevýhodňuje (např. při negociaci), zejména

⁴²⁾ Srov. M. Potočný, cit. dílo, str. 57.

⁴³⁾ Vl. Outrata, tamtéž (str. 28).

⁴⁴⁾ M. Potočný, tamtéž (str. 57).

⁴⁵⁾ Vl. Outrata, cit. dílo, str. 25; M. Potočný, cit. dílo, str. 54.

⁴⁶⁾ Srov. Vl. Kopal, recenze knihy Č. Čepelka - Vl. David, Úvod do mezinárodního práva, Právník, 1978, č. 11, str. 1030: „Dnešní obecné mezinárodní právo... je právem zakotveným ponejvíce v právotvorných mezinárodních smlouvách, právem z velké části (podtrhl Č.Č.) kodifikovaným, nebo alespoň písemně vyjádřeným v obecně přijatých aktech... univerzálních mezinárodních organizací (podtrhl Č.Č.), které nelze bagatelizovat (sic!) na „nezávazný výklad polooficiální povahy““. „Tomuto pokrokové rozvinutému právu, zakotvenému především v smluvních úpravách uskutečněných od konce II. světové války, náleží úloha obecného mezinárodního práva, a to i tehdy, když jednotlivé úpravy nedosáhly zcela všeobecné podpory“. Srov. též poznámku č. 238.

⁴⁷⁾ Srov. M. Potočný, Mezinárodní právo veřejné, druhé přepracované a doplněné vydání z r. 1978, zejména str. 27 a násl., a str. 73 a násl. Starší práce čs. internacionalistiky, věnované *jus cogens*, ideově rovněž málo přesvědčují o společenské povaze tohoto institutu; velmi záslužný a zasvěceně hodnotící přehled o těchto starších pracích podal: Josef Danisz, *Jus cogens* v československé nauce mezinárodního práva, Právník 1972, č. 9, str. 704 a násl.

těž vůči právníkům anglosaské právní kultury, kteří jsou zvyklí s právním nástrojem obvyčeje pracovat již z dob svých studií.

V době intenzivního úsilí o podstatné pokročení v obsahové přestavbě konkrétních oborů právnického studia, jež by se mělo promítnout i pojetím vyučované materie mezinárodního práva a vyjádřit v textu připravované celostátní učebnice, je užitečné — ke studijním potřebám zaměřeným vědeckým výzkumem — znovu prověřit konkrétní příčiny, které k řečeným negativním důsledkům vedou.⁴⁸⁾

⁴⁸⁾ Autor tím též realizuje úkol, přijatý usnesením katedry mezinárodního práva právnické fakulty UK, ze dne 28. 5. 1980 (rozpracování a realizace závěrů 15. pléna ÚV KSČ).

II/ Důvody vzniku a závaznosti obyčejového práva v poměru k právu smluvnímu

Mezi základní příčiny, proč v čs. internacionalistice dochází k absolutnímu favorizování mezinárodní smlouvy na úkor mezinárodního obyčeje — se všemi (výše uvedenými) negativními důsledky tohoto nežádoucího jevu — patří samo charakterizování vzniku a důvodů závaznosti obyčejového práva. Podle V. l. O u t r a t y *vznikají* obyčejové normy mezinárodního práva „tichým souhlasem států, který se předpokládá“, a to na rozdíl od mezinárodních smluv, kde „je dán souhlas výslovný“.⁴⁹⁾ Současně však V. l. O u t r a t a popírá, že by *důvodem* závaznosti obyčeje byla už sama tacitní smlouva, tedy vlastní — byť jen „předpokládané“ — konkludentní chování států, neboť uvádí, že „závaznost tu vzniká až trvalým zachováváním obyčejových pravidel“.⁵⁰⁾ Tuto *contradictio in adiecto*, spočívající v tom, že tacitním souhlasem států norma sice vzniká, avšak závaznou je až tím, že je trvale zachovávána, V. l. O u t r a t a ospravedlňuje dovoláním se (blíže neosvětlené) „tradiční nauky“. Ta prý jednak „požaduje pro vznik obyčeje opětné, více méně dlouhodobé zachovávání jistého pravidla (*usus longaevus*)“, tzn. že pravidlo chování států už tu je a teprve jeho zachovávání se označuje za *usus*, jednak tato nauka prý požaduje „i přesvědčení států o právní závaznosti tohoto pravidla (*opinio necessitatis*)“; tzn. že pravidlo, které vzniká ještě před tím, než k jeho zachovávání došlo, nikoliv zachováváním (*usus*) nabývá právní závaznosti — jak jinde V. l. O u t r a t a sám tvrdí, viz výše —, ale teprve takovým zachováváním, které je provázeno přesvědčením států o jeho právní závaznosti. Celý tento protimluv, který staví nejen na preexistenci pravidla, nýbrž i preexistenci závazného pravidla, jakkoli jeho závaznost pro státy je tu podmíněna nabytím přesvědčení o této závaznosti, V. l. O u t r a t a dovozuje „zejména z toho, že státy dané pravidlo zachovávají i v situaci, kdy je to pro ně materiálně nevýhodné“;⁵¹⁾ také pro M. P o t o č n é h o obyčejová pravidla preexistují, avšak pro státy závaznými se stávají až tím, že jsou zachovávána („jejich zachováváním“) v praxi států, a tím, že o právní závaznosti těchto pravidel se vytvořilo přesvědčení („vytvořením přesvědčení“). „Toto přesvědčení lze odvodit (*sic!*) — kromě výslovných

⁴⁹⁾ Srov. V. l. O u t r a t a, cit. dílo, str. 25; M. P o t o č n ý, cit. dílo, str. 59.

⁵⁰⁾ V. l. O u t r a t a, tamtéž — na téže straně; M. P o t o č n ý, tamtéž, str. 57.

⁵¹⁾ V. l. O u t r a t a, tamtéž.

prohlášení států — zejména z toho, že státy taková pravidla mlčky zachovávají i v situacích, kdy je to pro ně nevýhodné“.⁵²⁾

Při takto pojatých důvodech vzniku, jakož i závaznosti obyčejového mezinárodního práva je pak zcela logické, že se dochází k závěru, k němuž dospěli oba autoři, že v období soužití dvou soustav je „ke vzniku norem obecného mezinárodního práva zvláště žádoucí ... jasně vyjádřený souhlas rovnoprávních států“, a že „výslovný projev vůle a přesnost psaných norem smluvního práva je tak spolehlivějším základem pro právní regulaci vztahů mezi státy různých soustav, než jejich tichý souhlas, předpokládaný u norem práva obyčejového“.⁵³⁾

Jestliže *jus cogens* současného obecného mezinárodního práva takto požadovaný „jasně vyjádřený souhlas“ států kapitalistické společenské formace naopak postrádá, a proto jeho vznik a důvod závaznosti nelze jinak než právě obyčejonormotvorbou osvětlit,⁵⁴⁾ pak to ale není vůbec tím, že jde o „návrat k mezinárodnímu právu před VŘSR“⁵⁵⁾ nebo o „historicky překonanou koncepci mezinárodního práva“.⁵⁶⁾ Spíše je to tím, že historicky překonanou koncepcí jsou naopak některé pozitivistické výklady vzniku a důvodů závaznosti obyčejového mezinárodního práva, které v čs. internacionalistice přežívají — v jakési adaptované podobě — z doby před VŘSR a jsou tudíž nezpůsobilé vyjádřit obsahové a funkční proměny, které ve spojitosti s *jus cogens* v současném mezinárodním právu probíhají; nehledě k tomu, že řečené přizpůsobení těchto pozitivistických výkladů vedlo nejen k jejich zkreslení, ale i k závažným věcným nelogičnostem (viz výše).

O které pozitivistické koncepce výkladu vzniku a důvodů závaznosti obyčejového mezinárodního práva jde?

(1) Nejstarší výklad vzniku a důvodů závaznosti mezinárodního obyčeje byl motivován hledisky náboženskými. Šlo výlučně o obyčeje partikulární působnosti, jejichž závaznost byla zdůvodňována autoritou boha či božstva, čímž mocensky způsobilejší vládnoucí třída (její představitelé) té které územně politické jednotky fakticky diktovala svou vůli slabší protistraně.

S pojmem obecně závazných obyčejových pravidel se v literatuře poprvé setkáváme až u nejvýraznějšího představitele španělské theolo-

⁵²⁾ M. Potočný, cit. dílo, str. 57.

⁵³⁾ Vl. Outrata, str. 26; M. Potočný, str. 55.

⁵⁴⁾ Srov. Č. Čepelka — Vl. David, Úvod do mezinárodního práva, cit. dílo, str. 18 a násl.; Č. Čepelka, Pojem „socialistické mezinárodní právo“ a *jus cogens*, cit. dílo, str. 11 a násl.

⁵⁵⁾ Řečeno M. Potočným na mezinárodním symposiu k „Aktuálním otázkám mezinárodního práva“, konaném v Brně, ve dnech 14. až 16. listopadu 1977.

⁵⁶⁾ Srov. Vl. Kopal, recenze knihy Č. Čepelka - Vl. David, Úvod do mezinárodního práva, Právník 1978, č. 11, str. 1030: „Na rozdíl od autorů zastáváme opačný názor a netajíme se tím (*sic!*), že koncepci mezinárodního práva, která staví hlavně (podtrhl Č. Č.) na jeho obyčejových normách, považujeme za historicky překonanou“.

gické školy mezinárodního práva Francisca Suáreze,⁵⁷⁾ který jako první podává též sekularizovaný výklad důvodů závaznosti mezinárodních obyčejů.⁵⁸⁾ V jeho pojetí jde však o mezinárodní obyčej, který se od pozdějšího — i dnešního — liší v tom, že není vytvářen normotvorci nadanými veřejnou mocí (suverény), nýbrž přímo lidé a národy (*populi et gentes*) jsou jeho tvůrci. Tato obyčejová pravidla „lidská“, jež autor označuje za *jus gentium*,⁵⁹⁾ doplňují tak právo přirozené, které je v lidském povědomí jen odrazem neměnných zákonů božích (*lex aeterna*). Ježto přirozené právo božího původu je hlavním předmětem autorova doktrinárního zájmu, proto obyčejové *jus gentium* jen eviduje a bližší pozornosti mu ve svém díle nevěnuje; pokládá je pouze za suplementární a jeho pravidla vidí v počtu značně omezeném.

Suárezovy myšlenky z počátku 17. století, týkající se obecně závazných mezinárodních obyčejů, zůstávají až do doby konce 19. století jen ojedinělým doktrinárním pohledem. Neznamena to, že by obyčejová forma pozitivního práva po téměř tři století nebyla vůbec známa, známa je, avšak jen v podobě pravidel partikulární platnosti.

U Hugo Grotia⁶⁰⁾ lze se sice s pojmem obecně platného pozitivního práva ještě setkat, avšak už jen jako s možností, jíž zmiňuje nikoliv v souvislosti s institutem obyčeje, nýbrž ve spojitosti s konsensem, který je pro autora důvodem závaznosti veškerých pozitivně právních pravidel: obecně platným by se takové pravidlo mohlo stát až dohodou všech států. O obyčeji H. Grotius nepojednává. Nicméně stručné zmínce, v níž mluví o usu jako důkazu existence konsensu,⁶¹⁾ historiografie mezinárodního práva ustáleně připisuje myšlenkový původ pozdější tzv. konsensuální teorie výkladu závaznosti mezinárodně právního obyčeje.⁶²⁾

⁵⁷⁾ Srov. Č. Čepelka — Vl. David, „Úvod...“, cit. dílo, str. 62 a násl.

⁵⁸⁾ Srov. A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, New York, 1947, str. 64 a násl.; A. Verdross, *Völkerrecht* (1964), *op. cit.*, str. 98—99 (s citacemi z díla F. Suáreze).

⁵⁹⁾ Jiný názor zastává A. Verdross, *Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, B. 29, 1969, No. 4, str. 636: „... nach Francisco Suárez (ist) eine Gewohnheit nur verbindlich, wenn sie Zustimmung der Machthaber erlangt hat.“ Rozchází se s ním A. Nussbaum, „*Concise History...*“, *op. cit.*, str. 66: „This term... (*jus gentium*) may be given two meanings. In one sense it is the law which all the peoples and nations (*populi et gentes*) must observe in their reciprocal relations (*inter se*); in the other sense it is the law which the several polities or realms (*civitates vel regna*) observe within themselves (*intra se*) ...“.

⁶⁰⁾ Srov. Č. Čepelka — Vl. David, „Úvod...“, cit. dílo, str. 64 a násl.

⁶¹⁾ Srov. H. Grotius, *De jure belli ac pacis* (1625), I., cap. 14, 2: „... probatur autem hoc *jus gentium* ... usu continuo...“; citováno podle A. Verdross, *Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Band 29, 1969, (No 4), str. 636, pozn. č. 4.

⁶²⁾ Srov. např. Ch. Rousseau, *Droit international public*, t. I., (Introduction et Sources), Paris 1970, str. 311: „Théorie de l'accord tacite. — Les anciens auteurs du droit international (Grotius, Rachel...) ont essayé de fonder la coutume sur l'assentiment tacite et présumé des Etats.“

S ranými pozitivisty konce 17. a počátku 18. století, kteří vůli mocnějšího už chápou jako podstatný normotvorný faktor, je v literatuře popřeno i ono zájmové společenství, jež bylo dotud v přirozenoprávním pojetí vyjadřováno termínem „obecné mezinárodní právo“. Richard Zouch⁶³⁾ zachovávající ještě racionálně jako korektora pozitivního práva, zná už jen obyčejové normy přijímané většinou států — vedle obyčejových norem partikulárních, platných mezi jednotlivými státy. Samuel Rachel⁶⁴⁾ aby podtrhl pozitivně právní povahu mezinárodního obyčeje — oproti racionálně zdůvodněnému „většinovému“ obyčeji u Zouchého —, přisuzuje mu pak povahu mlčky sjednané smlouvy (*tacitum pactum*).⁶⁵⁾

Rachelovo výrazné kvalifikování mezinárodního obyčeje za tacitně sjednanou smlouvu přejímá i pozdní přirozenoprávní škola 18. století — Christian Wolff⁶⁶⁾ a Emmerich de Vattel,⁶⁷⁾ kteří znají už jen partikulární obyčejová pravidla mezinárodního práva.⁶⁸⁾

Podstatnou změnu v dotud ustáleném doktrinárním výkladu důvodů závaznosti mezinárodního obyčeje vnáší až poslední z řady představitelů pozdní přirozenoprávní školy — G. F. von Martens,⁶⁹⁾ s nímž současně začíná i éra pozitivismu v mezinárodním právu. *Tacitum pactum* je pro něho jen mezinárodní smlouvou a uvádí, že pro závaznost konsensu je nepodstatný způsob, jímž byl projeven, rozhodná je naopak určitost, že k projevu vůle být vázán došlo,⁷⁰⁾ tacitních smluv je však — podle autora — velmi málo.⁷¹⁾ Od tacitních smluv, kde konsensus lze prokázatí jednáním (konkludentními akty), odlišuje pak obyčej a obyčejové právo (*usage, droit coutumier*),⁷²⁾ kde vůle být vázán se jen předpokládá (*volonté présumée*)⁷³⁾ z dosavadního shodného jednání v podobných případech, z čehož

⁶³⁾ Srov. Č. Čepelka — Vl. David, „Úvod...“, cit. dílo, str. 71.

⁶⁴⁾ Srov. tamtéž (str. 71).

⁶⁵⁾ Srov. A. Nussbaum, „Concise History...“, *op. cit.*, str. 123: „...he (Rachel) does so apparently in order to prove their binding force, which he considers as axiomatic in the case of conventions“.

⁶⁶⁾ Christiano Wolff, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum*, 1749, Prolegomena § 24, str. 17—18: „Jus Gentium consuetudinarium tacito consensu Gentium ... nititur“. Srov. dále Č. Čepelka - Vl. David, „Úvod...“, cit. dílo, str. 68 a násl.

⁶⁷⁾ Emmerich de Vattel, *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle, Appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres 1758, § 25, str. 14. Srov. dále Č. Čepelka — Vl. David, Úvod...“, cit. dílo, str. 69 a násl.

⁶⁸⁾ Srov. též A. Verdross, *Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universalen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts*, *op. cit.*, str. 637: „Durchaus folgerichtig ziehen diese Schriftsteller daraus den Schluss, dass die Normen des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts nur jene Staaten binden, die sie angenommen haben. Es gibt daher für sie kein universelles, sondern nur partikuläres völkerrechtliches Gewohnheitsrecht. Allgemeinverbindlich ist für sie nur das Naturrecht“.

⁶⁹⁾ Srov. Č. Čepelka — Vl. David, Úvod...“, cit. dílo, str. 70 a 73 a násl.

⁷⁰⁾ G.-F. de Martens, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe* (par M. Ch. Vergé), 2^e éd., Paris 1864, tome I, str. 189.

⁷¹⁾ G.-F. de Martens, tamtéž, str. 190.

⁷²⁾ G.-F. de Martens, tamtéž, např. na str. 50 a 193—194.

⁷³⁾ G.-F. de Martens, tamtéž, str. 154.

lze důvodně předpokládati (*présomption fondée et raisonnable*),⁷⁴⁾ že se stát bude takto i napříště chovati, pokud neučiní prohlášení o opaku. Takto vymezený obyčej autor pokládá za třetí pramen pozitivního mezinárodního práva (tj. vedle smluv výslovně a mlčky sjednaných), který však zakládá jen *jus imperfectum*,⁷⁵⁾ jež nelze vynucovat a každý stát (*nation*) si tu ponechává právo odchýlit se či zrušit je — pokud to včas sdělí. Zná přitom jen obyčej partikulární povahy a zdůrazňuje, že neexistuje v ničem taková shoda obyčejové úpravy vztahů každého s každým, jež by se (souhrnem těchto partikularismů) dala přirovnat ke smlouvě mající obecnou platnost.⁷⁶⁾

Jakkoli G. F. von Martens nekvalifikuje obyčej (*usage*) a obyčejové právo (*droit coutumier*) za prameny rovnocenné mezinárodní smlouvě a právu smluvnímu (mezi smlouvy zahrnuje i *tacitum pactum*), pokládá nicméně toto obyčejové *jus imperfectum* — jeho obsah — za pozitivně právní materiál (partikulární) právě tak způsobilý k doktrinárnímu zobecnění jako jsou mezinárodní smlouvy — jejich obsah —, a to za účelem formulování principů mezinárodního práva (srov. níže *sub* II (2)). Takto zobecněním — partikulárních pozitivně právních pravidel — získané principy označuje pak autor za teorii obecného mezinárodního práva;⁷⁷⁾ právními pravidly zůstávají tyto principy jen pro státy, jež zobecněvané partikularismy smluvní či obyčejové vytvořily.⁷⁸⁾

Jednou vytvořený obyčej, zejména ve vztazích mezi velmocemi, je pak — podle autora — přejímán i státy malými a střední velikosti, pokud jim taková právní úprava vyhovuje (*en tant qu'il y a lieu pour ceux-ci*).⁷⁹⁾

Od tohoto pouhého rozšiřování územní působnosti obyčejového práva, do doby, kdy mezinárodní obyčejové právo nabylo obecné platnosti, uplyne však bez mála jedno století. Je vyplněno společenskými proměnami, jež

⁷⁴⁾ G.-F. de Martens, tamtéž, str. 191.

⁷⁵⁾ G.-F. de Martens, tamtéž, str. 192: „...le simple usage ne renferme qu'une obligation imparfaite;“.

⁷⁶⁾ G.-F. de Martens, tamtéž, str. 48—49: „...ce qui ne tient qu'aux traités ou aux usages particuliers établis dans les rapports individuels entre quelques États, n'est, comme tel..., obligatoire que pour ceux-ci, et non pour le reste des peuples...; il n'existe non plus aucun point si uniformément réglé par chaque État dans ses relations particulières avec chacun des autres, que l'ensemble de ces arrangements particuliers pût équivaloir à une convention générale...“.

⁷⁷⁾ G.-F. de Martens, tamtéž, str. 56: „C'est en rassemblant les principes suivis le plus généralement, surtout pour la plupart des grandes puissances de l'Europe, soit en vertu de conventions particulières, expresses ou tacites, uniformes ou ressemblantes, soit en vertu d'usages du même genre, qu'on forme, par abstraction, une théorie du droit des gens de l'Europe général, positif, moderne et pratique;“.

⁷⁸⁾ G.-F. de Martens, tamtéž, str. 49: „...dans bien des points les nombreux traités particuliers des puissances se ressemblent tellement dans l'essentiel, qui on peut abstraire de là des principes comme recus entre tous ceux qui ont formé des traités sur cet objet; ...il en est de même à l'égard des usages particuliers établis entre des États qui ont lié commerce ensemble;“.

⁷⁹⁾ G.-F. de Martens, tamtéž, str. 49—50.

posléze vytvoří i materiální podmínky (tzv. materiální prameny) pro ustálení obecného mezinárodního práva pozitivního. Průmyslovou revolucí vyvolaný proces postupného rozšiřování kapitalismu přináší společenské (materiální) předpoklady jen pro partikulární úpravu novou a obsahově bohatší⁸⁰⁾ — především smluvní, méně již obyčejovou, ježto poměrná zdoluhavost tohoto způsobu normotvorby není s to pohotově právně zafixovat rychle se měnící potřeby a tím i zájmy států. Teprve s poslední čtvrtinou 19. století, kdy období více méně plynulého rozšiřování kapitalismu do celého světa končí postupným jeho přechodem v éru formování imperialismu, získává naopak obyčej na prvořadém významu. Nejde však o obyčejovou formu partikulárního práva, neboť vzájemné soupeření a mocenské střety minimalizují použitelnost obyčeje, zejména též k právnímu *inter partes* zakotvení územních zisků a ekonomických, jakož i politických úspěchů při dobývání sfér vlivu velmocemi. Naopak plně způsobilým je obyčej při vytváření obecně platné právní úpravy, tzn. při tvorbě obecného mezinárodního práva. Aby však i jiné — event. ostatní — státy přejaly obyčejové pravidlo již ustálené mezi velmocemi, nikoliv tedy jen tehdy, kdy se jim to „hodí“ (kdy jim taková právní úprava vyhovuje — srov. G. F. von Martens, viz výše), ale i tehdy, kdy se jim to sice „nehodí“, avšak je to pro tyto jiné (ostatní) státy nezbytí, bylo ještě třeba dlouhého vlivu anglosaské právní (*common law*) kultury, ovládaná mj. autoritou precedentů — jejich tradicí.

(2) Jak se projevil tento anglosaský vliv na ustálení obecného mezinárodního práva obyčejového? Během 19. století, mj. rozvojem dopravnictví podnícený dotud nebývalý mezinárodní pohyb cizinců a jejich majetku (zboží, později i kapitálu), vede též k narůstání případů diplomatické ochrany domovských států ve prospěch svých státních příslušníků a právnických osob v cizině poškozených.⁸¹⁾ Spory z výkonu této ochrany se však jen málo dotýkají státní prestiže a státy jsou proto častěji — jak kdy předtím — ochotny přijímat rozhodnutí mezinárodních arbitráží. Ježto jde o kauzy nejen nové, ale mnohdy i velmi složité, k jejichž řešení nebývají k dispozici aplikovatelné pozitivně právní normy (zejména ne obecně platné), arbitráže si tyto normy — včetně primárních⁸²⁾ — samy vytvářejí, a to svými závaznými (o kompromis se opírajícími) nálezy. Je to právě anglosaský způsob řešení sporů, který systematickým dovoláváním se precedentů významně ovlivňuje chování států, mají-li se totiž podobným sporům v budoucnu vyhnout. Arbitrážním nálezem formulovaná pravidla, zavazující nejprve jen strany v daném sporu, postupně se

⁸⁰⁾ Srov. Č. Čepelka — Vl. David, „Úvod...“, cit. dílo, str. 37 a násl.

⁸¹⁾ Srov. tamtéž, str. 46 a násl. a str. 199 a násl.

⁸²⁾ Srov. tamtéž, str. 119 a násl.

v obdobných kausách objevují nejenom jako partikulární pravidla zavazující i další státy, podstupivší arbitrážní řešení sporu, ale současně takto tradici precedentů vytvářená pravidla vůbec ovlivňují praxi (faktické chování) států, jež se postupně stává obvyklou praxí a posléze nabývá obecnosti, zejména je-li též praxí států velkých — velmocí.

Obdobný vliv na ustálení této obecné praxe má i vnitrostátní judikatura v kausách s „mezinárodním prvkem“, již anglosaská doktrína běžně cituje k prokázání stabilizovanosti právní praxe v té které oblasti vztahů mezistátních; vnitrostátní judikatura tu slouží za doktrinární důkaz existence mezinárodního práva proto, že v anglosaských zemích je přijímán princip automatického recipování mezinárodního práva do sféry práva vnitrostátního.

Úspěch arbitráží při řešení sporů z výkonu diplomatické ochrany výrazně podnítil rozšíření arbitráže i při vlastních mezistátních sporech, zejména pak od doby, kdy tehdy ekonomicky nejsilnější velmoc Anglie — ve sporu se Spojenými státy — přijala pro britskou Korunu nepříznivý nález ve věci *Alabama* (1872).⁸³⁾ Během poslední čtvrtiny 19. století se i mimo otázky diplomatické ochrany natolik ustálilo arbitrážní řešení mezinárodních sporů, že na konci století je tato forma dokonce institucionalizována v dodnes působící *Stálý rozhodčí dvůr* (1899).⁸⁴⁾ Z arbitrážních nálezů pak zejména ty, jež řeší spory dotýkající se sfér vlivu velmocí nebo kde velmocí jsou přímo stranami daného sporu, jako významné precedenty nejen obsahově obohacují obecný usus (praxi) států — tedy také malých a středně velkých —, ale současně právě velmocí svým mocenským vlivem přispívají i ke zrodu obecného povědomí všech států, že postoje (chování) velmocí určují též meze pro chování ostatních států. Poznání této nezbytnosti determinuje tak vůli těchto států, ježto chování odlišné je pro ně spojeno s případným působením neblahých důsledků, jimiž se ta která velmoc či velmocí (přímo dotčené daným vybočením z obecné praxe — též v zájmu udržení rovnováhy sil) svými mocenskými prostředky respektování takoveto ustálené praxe zjednávali.⁸⁵⁾ Postupně se tak vytváří povědomí nezbytnosti určitý usus dodržovat (pod rizikem neblahých následků), kteréžto povědomí posléze rovněž dosáhne všeobecnosti a stává se — vedle obecného usu (obecné praxe) — dalším konstitutivním prvkem mezinárodního obyčeje, jakožto pramenu obecného mezinárodního práva.

⁸³⁾ Srov. tamtéž, str. 59.

⁸⁴⁾ Srov. tamtéž, str. 47 a násl.

⁸⁵⁾ Srov. Pitt Cobbett, *Leading Cases on International Law*, vol. I., 4th ed., by H. H. L. Bellot, London 1922, str. 9: „...since the virtual acceptance by the United States and Spain, in 1898, of the principles of the Declaration of Paris of 1856, it is very doubtful whether the great maritime Powers would tolerate any reversion to the (former) practice... even by nonadhering Powers, such as Mexico and Venezuela“; srov. dále Č. Čepelka — V. David, „Úvod...“, cit. dílo, str. 39 a násl.

V době přelomu 19. a 20. století, kdy imperialistické stadium kapitalismu je již plně zformováno a s ním i svět sférami velmocenského vlivu rozdělen, jsou to opět velmoci, které pojí společný zájem na udržování jimi vytvořeného systému světové politiky a tudíž i zájem na dodržování pravidel („hry světového koncertu“), jež jsou normativním výrazem této světové rovnováhy sil, a jako nadstavbový jev také zpětně působí ve prospěch dané společenské reality, jež jim dala vzniknout. Avšak jen do chvíle, kdy zákon nerovnoměrnosti natolik danou společenskou realitu změní, že normativní nadstavba — obecné mezinárodní právo — přestává být jejím reflexem a tudíž ztrácí i efektivnost takto se měnící společenskou realitu zpětně ovlivňovat. Společný zájem velmocí na udržení mocenského *statu quo* slábne a vývoj s vyhlídkou násilného prosazení nového systému světové politiky slibuje větší výhody než respektování pravidel, jež byla stabilizována politickomocenským systémem dosavadním. Z dřívějšího zájmového společenství zůstává pak jen zájem jediný, jež tehdejší právní nadstavbu provází, a to zájem na využití volnosti k ozbrojenému prosazení nastalých mezinárodně vztahových změn; zejména pak od okamžiku, kdy ta která strana rozpadnuvší se rovnováhy sil kalkuluje též s tím, že pro její záměry je dán i časově výhodný *casus belli*.⁸⁶⁾

Právě tyto charakteristické třídně společenské okolnosti (tzv. materiální prameny)⁸⁷⁾ vznikajícího obecného mezinárodního práva tehdejší pozitivistická nauka, zejména kontinentální, neviděla a se vzrůstajícím revolučním hnutím — je provázejícími proletářskými revolucemi — ani vidět nechtěla (období ústupu pozitivismu).⁸⁸⁾ Pro ní je pozitivní obecné mezinárodní právo pouhou výslednou formou normotvorby států, a s vírou v sílu této formy, v níž se právo projevuje, s vírou v její způsobilost zabezpečit dosažený řád („pořádek“) ve vztazích mezi suverény — usiluje napříště i o stabilizaci a zvýšení autority mezinárodního obyčeje; ustupuje tak v mnohém od své empirické metody⁸⁹⁾ poznávání toho, co právem už je s t, a při doktrinárním zobecňování uchyluje se teď častěji ke spekulativním dedukcím, aby po vzoru přirozenoprávní metodologie mezinárodní praxi nabídla „právo“ jak é b y m ě l o b ý t. Zajímá se pouze o tzv. formální prameny mezinárodního obyčejového práva, o formální důvody jeho vzniku a závaznosti, aby formulovala hypotézu mlčky dosaženého „společného konsensu“ (*common consent, expression de la volonté commune*). Nejde již o pojmové uchopení skutečného chování států, o vlastní konkludentní jednání, jímž se tacitní smlouva (i jako důvod či výklad vzniku partikulárního obyčeje) zakládá, nýbrž o doktrinární fikci shodné

⁸⁶⁾ Srov. tamtéž, str. 47 a násl.

⁸⁷⁾ Srov. tamtéž, str. 87 a násl.

⁸⁸⁾ Srov. tamtéž, str. 93 a násl.

⁸⁹⁾ Srov. tamtéž, str. 72 a násl.

vůle všech — mezinárodního společenství jako celku —, kterážto „společná vůle“ se tu naukou už jen předpokládá.

A pomocí této — jakkoli „přizpůsobené“ konsensuální teorie evropského (kontinentálního) pozitivismu, z doby, kdy s imperialismem tato nauka pozbyla někdejší progresivnosti, osvětlují také čs. učebnice mezinárodního práva důvody závaznosti současného obyčejového mezinárodního práva, jakož i vznik jeho kogentních norem. To pak vede ke kvalifikování tohoto práva — právě jakožto obyčejového — za historicky překonanou koncepci,⁹⁰⁾ ač historicky překonanou je pouze konsensuální teorie v ý k l a d u tohoto normativního jevu.

Majíc svůj ideový původ u H. Grotia⁹¹⁾ a S. Rachela,⁹²⁾ utlumena pak v 18. století G. F. von Martensem,⁹³⁾ je teorie konsensu jako důvodu vzniku a závaznosti mezinárodního obyčejového práva nejprve znovuoživena H. Triepel⁹⁴⁾ Jeho „společná vůle (*Gemeinwille*) je však tímto autorem chápána v odlišení od vůle jednotlivého státu (*Einzelwille*), jež je postačující jen pro normotvorbu vnitrostátní.⁹⁵⁾ Ježto H. Triepel popírá (ještě v r. 1899!) existenci pozitivního obecného mezinárodního práva, je pro něho „společná vůle“ formálním pramenem mezinárodního práva partikulárního,⁹⁶⁾ a to i obyčejové povahy, jestliže totiž souhlasnou vůli, jíž se právní pravidlo vytváří, státy projevují jednáním, kterýmžto konkludentním chováním se pak jejich normotvorná „společná vůle“ vyjadřuje.⁹⁷⁾

⁹⁰⁾ Srov. pozn. č. 56.

⁹¹⁾ Srov. pozn. č. 61 a 62.

⁹²⁾ Srov. pozn. č. 65.

⁹³⁾ Srov. pozn. č. 73 až 75.

⁹⁴⁾ Srov. též A. Verdross, *Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universalen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts*, *op. cit.*, str. 637.

⁹⁵⁾ H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899, str. 32: „Nur ein zu einer Willenseinheit durch Willenseinigung zusammengeflüssener *Gemeinwille* mehrerer oder vieler Staaten kann die Quelle von Völkerrecht sein“. K tomuto omezení pozornosti na formální prameny poznamenává A. Nussbaum, „Concise History...“, *op. cit.*, str. 282: „...an international rule, based, as it is, on the 'common will' of the states, cannot be changed unilaterally; in other words, it is binding. But why should the consensus of the states be irreversible for each particular state? This issue Triepel declares to be non-judicial and therefore outside the orbit of his discussion. Regardless of whether or not legal science deserves this *testimonium paupertatis*, Triepel leaves the cardinal question unanswered“.

⁹⁶⁾ H. Triepel, *op. cit.*, str. 83—84: „Da nun Völkerrecht nur aus Vereinbarung entstehen kann und eine Vereinbarung, bei der sich sämtliche existierende Staaten betheiligt hätten, nicht nachzuweisen ist, so kann es ein allgemeines Völkerrecht... nicht geben“. „Es giebt... nur partikulares Völkerrecht, nur Sätze, die für zwei, drei, viele, niemals aber für alle Staaten gelten,...“. Tamtéž, na str. 84, v pozn. č. 1 autor uvádí: „Der Gedanke des allgemeinen Völkerrechts ist naturrechtlich“.

⁹⁷⁾ H. Triepel, *op. cit.*, str. 95: „... ebenso wichtig ist es, dass die Staaten ihren auf Setzung eines Rechtssatzes gerichteten übereinstimmenden Willen überhaupt durch jede Handlung zum Ausdruck bringen können, die als Erklärung solchen Willens geeignet ist. Ein gewaltiger Bestandtheil allen Völkerrechts ist so geschaffen worden. Man pflegt hauptsächlich diesen Theil als Gewohnheitsvölkerrecht zu bezeichnen“.

Naopak pouhou presumpci „společné vůle“ či „společného konsensu“, a to právě k odlišení od konsensu vzešlého ze skutečného konkludentního chování, přináší až období počátku 20. století, kdy existence pozitivního obecného mezinárodního práva je v nauce již pokládána za nespornou. Nejvýrazněji ji formuloval A. Cavaglieri, a to výslovným odmítnutím tacitní smlouvy jako formálního pramene mezinárodního obyčejového práva.⁹⁸⁾ Zatímco u tacitní smlouvy je consensus výslednicí určitého (skutečného) konkludentního chování, u obyčejového pravidla „společný consensus“ (*comune consenso*) implicitně vyplývá z okolností, že se státy shodným způsobem chovají, přičemž tato předpokládaná uniformita chování zahrnuje i společenské právní přesvědčení (*comune convinzione giuridica*), tj. společný tacitní souhlas (*tacito concorde adesione*), jímž obyčej nabývá právní závaznosti.⁹⁹⁾

Fikci „společného konsensu“ se vznik obecně závazného obyčejového práva jednak separuje od vlastní tacitní smlouvy (G. F. von Martens s ní spojoval určitost v projevu vůle být vázán,¹⁰⁰⁾ a této tacitní smlouvě se připisuje už jen způsobilost zakládat právo partikulární; jednak atributem „společného právního přesvědčení“, jež je teď imanentní společnému chování, se tehdy G. F. von Martensem pojatý „usus“ [zakládající pouze obyčejové právo *juris imperfecti*¹⁰¹⁾], povyšuje na obyčej, pokládaný za formální zdroj závaznosti obyčejového práva *juris perfecti*.

Positivistická konsensuální teorie výkladu vzniku a závaznosti mezinárodního obyčejového práva už tehdy nezůstala bez kritiky, jež této teorii vytýká zejména přirozenoprávní původ a tím i spekulativní povahu.

(3) Fikci „společného konsensu“, umožňující vyslovit (doktrinárně) závaznost normy i pro jednotlivé státy nesouhlasící,¹⁰²⁾ odmítá

⁹⁸⁾ Arrigo Cavaglieri, *La consuetudine giuridica internazionale*, Padova 1907, str. 72–73: „Non in un tacito contratto è la base del diritto internazionale consuetudinario, bensì nel comune consenso degli Stati.“

⁹⁹⁾ A. Cavaglieri, *op. cit.*, str. 73: „Nella consuetudine... (questo comune consenso) risulta implicitamente dalla circostanza che... gli Stati seguono uniformi regole di condotta. Tale uniformità include l'esistenza tra gli Stati di una comune convinzione giuridica, di una tacita concorde adesione, dalla quale la consuetudine attinge la propria forza obbligatoria.“

¹⁰⁰⁾ G.-F. de Martens, *op. cit.*, („Précis...“), tome I, str. 189: „...que de tels actes aient eu effectivement lieu...“.

¹⁰¹⁾ Srov. pozn. č. 75.

¹⁰²⁾ L. Oppenheim, *International Law, A Treatise*, Vol. I, London... 1905 (1. vydání), str. 15: „‘Common consent’ can... only mean the... consent of such an overwhelming majority of the members (of a community) that those who dissent are of no importance whatever and disappear totally from the view of one who looks for the will of the community as an entity in contradistinction to its single members. The question where such a common consent is to be stated, is not a question of theory, but of fact only. It is a matter of observation and appreciation, and not of logical and mathematical decision, just as the celebrated question, how many grains make a heap?“.

teorie, která vznik obyčejové normy p o d m i ň u j e „uznáním“ ze strany každého státu, jenž jí má být vázán. Navazuje na starší tzv. autolimitativní chápání povinnosti či závazku (*l'auto-limitation de l'Etat, Selbstverpflichtung*),¹⁰³⁾ jež nepřipouští, aby stát byl vázán jinou než svou vlastní vůlí: suverénní stát požívá absolutní nezávislosti vůči každému jinému státu, zavazuje proto jen sám sebe a jakékoli právní pouto (závazek), vyjádřené ve formě právní normy, může si stanovit jen z vlastní vůle, ježto v neorganizovaném mezinárodním společenství není žádné státům nadřazené vůle vyšší.¹⁰⁴⁾

Nejvýraznějším představitelem „teorie uznání“ (*Anerkennungstheorie*) je Paul Heilborn,¹⁰⁵⁾ jenž pro vznik obyčejové normy stanoví dvě náležitosti — *usus* (*Übung*) a *opinio juris* (*Rechtsüberzeugung*), přičemž oba tyto faktory mají v jeho pojetí konstitutivní poslání.¹⁰⁶⁾ Jestliže státy ve vzájemných stycích se chovají ustáleným způsobem, sledují tím určité pravidlo (*wird ein Satz befolgt*), kteréžto pravidlo nabývá povahy právní (*Rechtssatz*) až tehdy, je-li za takové státy uznáno. K tomuto uznání nedochází slovy (*nicht durch Worte*), nýbrž konkludentním jednáním, jež

¹⁰³⁾ Srov. Č. Čepelka — Vl. David, „Úvod...“, cit. dílo, str. 12 a násl.

¹⁰⁴⁾ Srov. G. Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, Wien 1880, str. 45: „...die völkerrechtlichen Normen sind nicht das Product einer über dem Staate stehenden höheren Macht... (das Völkerrecht) entspringt formell derselben Quelle, wie alles objective Recht: dem Willen des rechtsetzenden Staates“; str. 46: „Ein grosser Theil des Völkerrechts existiert... nur in der Form eines äusseren Staatsrechts“; str. 48: „...für den Staat wird ein anderer zum Rechtssubject dadurch, dass er ihn als solches anerkennt, dass er erklärt, seine Handlungsfreiheit ihm gegenüber beschränken zu wollen“; str. 45: „Es wird... kein Zwang auf den Staat ausgeübt, wenn er Normen für sein Verhalten zu anderen anerkennt...“

¹⁰⁵⁾ Srov. též A. Verdross, *Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts*, op. cit., str. 637.

¹⁰⁶⁾ Tím se odlišuje od pojetí historickoprávní školy, jež konstitutivní povahu (*Entstehungsgrund*) připisovala jen právnímu přesvědčení (*opinio juris*), zatímco *usus* byl pouhým důkazem existence normy, založené již samotným *opinio juris*. Srov. G. F. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 4. Aufl. (besorgt von A. Rudorff), Leipzig 1853, Band I., str. 38: „Für das Gewohnheitsrecht ist die natürlichste Erkenntnisquelle die Uebung, in welcher die rechtliche Ueberzeugung des Volks sich bethätigt und reflectirt“. Srov. dále E. von Ullmann, *Völkerrecht*, 2. Aufl., Tübingen 1908 (1. Aufl. 1898) str. 43: „Allgemeine Gewohnheiten verpflichten als Bestandteil des positiven Völkerrechts auch jene Staaten, die an der Bildung derselben nicht beteiligt sind; das in der Gewohnheit zum Ausdruck gebrachte Rechtsbewusstsein der Völker beansprucht Anerkennung seitens jedes Staats der als Glied der internationalen Gemeinschaft gelten will“. K podílu historickoprávní školy na vývoji doktrinárního výkladu vzniku a důvodů závaznosti mezinárodního obyčejového práva — viz Paul Guggenheim, *Traité de Droit international public*, tome I., 2^e éd., Genève 1967, str. 102—103.

Zatímco historická právní škola vycházela z presumpce právního povědomí národa („So entspricht dem deutschen Volk ein deutsches Recht, wie eine deutsche Sprache...“, viz G. F. Puchta, tamtéž, str. 23), pozdější solidaristické koncepce stavějí na domněnce závaznosti obyčejového pravidla z důvodů preexistujícího společného právního přesvědčení států — srov. zhodnocení u Charles Rousseau, *Droit international public*, Tome I., Paris 1970, str. 313—314 („Théorie de la conscience juridique collective“). Naproti tomu konsensuální teorie — v období ustupujícího pozitivismu — formulováním předpokládaného „společného konsensu“ vychází z presumpce „*opinio juris*“ jako právního aktu — rovněž tedy jen předpokládaného.

autor označuje za *usus* (*durch konkludente Handlungen, d. h. durch die Übung*).¹⁰⁷⁾ *Usus* sám však ještě nezavazuje, nezavazuje ani v něm se projevující právní povědomí, zavazuje teprve — s tímto právním povědomím nutně spojené a daným ustáleným chováním (tj. v *usu*) vyjádřené — u z n á n í preexistující normy¹⁰⁸⁾ za normu právně závaznou.¹⁰⁹⁾ Právním povědomím či přesvědčením tu autor rozumí poznání, že určité chování, je-li správné nebo vhodné, je také právně přikázané (*rechtlich geboten*).

Na rozdíl od teorie konsensu tacitně (konkludentně) dosaženého, kde normotvorná vůle je v konkludentním jednání obsažena — či se jen předpokládá, že je v něm obsažena — v Heilbornově pojetí, podle něhož *usus* sám nezavazuje, nestačí tudíž ani uznání, projevené v prostém konkludentním jednání, a proto musí konkludentní jednání provázet další samostatná složka konstitutivní povahy: právní přesvědčení — *opinio juris*.¹¹⁰⁾ Stát uznává právní závaznost normy pro sebe, avšak současně musí též vědět (*muss wissen*), že i ostatní státy pokládají danou normu pro sebe za závaznou. Toto „společné přesvědčení“ (*„Gemeinüberzeugung“*) vytváří se ustáleným chováním všech států. Na tvorbu obyčejového práva nemají vliv velké státy — velmoci (*führenden Mächte*), obyčejová norma je platná jen pro ty, jež pokládají právní přesvědčení za prokázané ustáleným chováním států.¹¹¹⁾

I tato teorie vychází z apriorismu právní formy, již normotvorci musí vyhovět, chtějí-li právo vytvořit, vyhovět tím, že uznají již existující pravidlo (*usus*) za pravidlo právní. Nejde tu tedy o uznání dané společensko-politické a mocenské reality, již by se tak dostalo nadstavbového výrazu v normě právní, reality, která jednak determinuje faktické chování států, jednak toto chování provází povědomím nezbytnosti, vyvěrající z rizika neblahých následků, které by postihly chování naopak odlišné.

¹⁰⁷⁾ Paul Heilborn, *Grundbegriffe des Völkerrechts* (F. Stier-Somlo, Handbuch des Völkerrechts), Stuttgart 1912, str. 37—38: „Die Rechtspflicht zur Befolgung des Satzes besteht erst, wenn er den Charakter eines Rechtssatzes erlangt hat. Die Erklärung, welche ihm diesen Charakter verleiht, erfolgt nicht durch Worte, sondern durch konkludente Handlungen, d. h. durch die Übung, durch ein ‚gleichmässiges Tun oder Lassen‘.“

¹⁰⁸⁾ Srov. A. Verdross, „Entstehungsweisen des Gewohnheitsrechts...“, *op. cit.*, str. 637.

¹⁰⁹⁾ Paul Heilborn, „Grundbegriffe...“, *op. cit.*, str. 38: „Die Übung als solche verpflichtet nicht, auch nicht das in ihr zum Ausdruck gelangende Rechtsbewusstsein, wohl aber die mit diesem Rechtsbewusstsein notwendig verbundene, in der Übung ausgesprochene Anerkennung des Satzes als Rechtssatz“.

¹¹⁰⁾ Paul Heilborn, *ibid.*: „Im Gegensatz zur Vereinbarung fehlt... bei der Übung der Schöpfungswille. Darum reicht anderseits die Anerkennung, — die Erklärung (i. e. durch konkludente Handlung) —, allein nicht hin zur Begründung der Verpflichtung, sondern mit ihr muss die Rechtsüberzeugung, — die *opinio juris* oder *necessitatis*, — verbunden sein“.

¹¹¹⁾ Paul Heilborn, *ibid.*: „... (die) ‚Gemeinüberzeugung‘ kann nur durch beständige wechselseitige Übung aller sich bilden“; a dále: „Ein Gewohnheitsrechtssatz existiert demnach als solcher nur für diejenigen Staaten, in Ansehung derer dauernde Übung aus Rechtsüberzeugung nachweisbar ist“.

Dokresluje to i původ této „*Anerkennungstheorie*“. Je ideovým nástrojem německého imperialismu z doby, kdy se domáhal přerozdělení již rozděleného světa. Odmítl proto tehdejší mocenskou realitu, již vytvořily především dohodové mocnosti, a s tím odmítl i její normativní výraz, který byl nadstavbovým reflexem této fakticity.

Jestliže je stát právně vázán jen tou normou, kterou za právní normu uznává, pak je ovšem i teorie „uznání“ (stejně jako konsensuální teorie) jen možným výkladem vzniku a závaznosti práva partikulárního a nikoliv práva obecně platného. V důsledku toho je i tato teorie (stejně jako konsensuální) nezpůsobilou osvětlit vznik obecně platných norem *k o g e n t n í c h*, neboť *jus cogens* jako normativní výraz přítomnosti socialistické společenské soustavy v mezinárodním společenství nikterak neodvisí od formálního uznání ze strany kapitalistických států. Dnes totiž už nemůže jít o otázku uznání té které normy obecného mezinárodního práva, o jejíž ustálení se socialistická soustava svou společenskou i mocenskou vahou zasadila, nýbrž nanejvýše o (objektivní nezbytností podmíněné) uznání současné reality mezinárodních vztahů, charakterizované známým poměrem sil mezi socialismem a kapitalismem, kterážto realita pak sama reflexuje svou normativní nadstavbu obyčejové právní, a to bez zvláštní formální normotvorné procedury, zejména též domněle stanovené vlastním pozitivním obecným právem mezinárodním.

(4) Také teorie „uznání“ byla přijata do čs. internacionalistiky. Jelikož naši nauku charakterizuje v jistém smyslu zveličování významu obecného mezinárodního práva oproti právu partikulárnímu, zejména též podřizování partikularismů obsahovému rámci obecně platného práva,¹¹²⁾ byla teorie „uznání“ převzata ne k osvětlení vzniku a důvodů závaznosti obyčejového práva partikulárního, ale naopak obecného mezinárodního práva obyčejového, kterému je takto vtisknuta smluvní povaha; teorie „uznání“ se tu uplatňuje v jakési symbióze s teorií konsensuální, což je patrné zejména z toho, že tu nikoliv pouhá tacitní smlouva, tj. konsensus (byť presumovaný) vytváří právně závazné obyčejové pravidlo, nýbrž — v duchu teorie „uznání“ — až trvalé zachovávání již existujícího obyčejového pravidla zakládá jeho právní sílu.¹¹³⁾

Zatímco nepsané partikulární mezinárodní právo lze — pojmově — tacitní smlouvou spolehlivě uchopit, a to i bez — výše uvedených — teorií konsensuální nebo teorie „uznání“ (teorie „uznání“ v podstatě klade moment projevu vůle být normou vázán jen do časově pozdějšího stadia, aby tím pouhému usu, tj. faktickému chování států upřela konkludentní účinky), tak vznik a důvody závaznosti nepsaného obecného mezinárod-

¹¹²⁾ Srov. poznámku č. 13.

¹¹³⁾ Srov. poznámku č. 50.

ního práva nelze osvětlit ani jednou z těchto pozitivistických teorií prostě proto, že normotvorcům spekulativně předepisují apriorní formu, již musí vyhovět, aby právo vůbec vzniklo. V pojetí pozitivismu tedy obyčejové právo vzniká jen, je-li dána určitá forma (konsensus nebo uznání), již státy svou normotvornou vůlí vyjádří, a jen tato forma — její existence — je pak též důvodem závaznosti tohoto práva.

Avšak tímto právně formalistickým přístupem nelze vystačit ani při osvětlování písemných smluvně právních pravidel, neboť forma, již vznikají, je jen jednou z náležitostí důvodů jejich závaznosti. Přesvědčují o tom situace, kdy pro podstatnou změnu okolností (*clausula rebus sic stantibus*) sice sám závazek, vyplývající z dispozice dané smluvní normy, zůstává slovně týž, avšak změní se — podle výslovného znění Vídeňské úmluvy o smluvním právu (1969) — „radikálně rozsah závazku“,¹¹⁴⁾ přesněji řečeno: změní se společenskopolitické okolnosti abstraktně vyjádřené v hypotéze dané normy,¹¹⁵⁾ čímž se i (z dispozice vyplývající) závazek ve svém stipulovaném znění stává nerealizovatelným.

Jestliže přehlížením materiálních pramenů mezinárodního práva a jejich pojmovým separováním od pramenů formálních nelze osvětlit ani závaznost mezinárodní smlouvy, respektive její nezávaznost z důvodů případné změny jejich materiálních pramenů, pak to tím spíše platí o obyčejových normách. Zde už naprosto nelze vystačit s omezením interpretační pozornosti na pouhý pramen formální, tedy ony „vnější specifické formy, v nichž se normy mezinárodního práva projevují a v nichž je jako takové poznáváme,“¹¹⁶⁾ neboť u obyčejového práva tato vnější specifická forma — v níž se projevuje a v níž je poznáváme — chybí, ježto jde o právo nepsané.

Obyčejová pravidla obecně platná — jejich obsah — poznáváme až z výkladu,¹¹⁷⁾ nejčastěji nezávazného, podávaného doktrínou a judikaturou.¹¹⁸⁾ Jestliže obyčejová pravidla poznáváme hlavně z nezávazného výkladu, pak ovšem text tohoto výkladu současně nemůže být formálním pramenem obyčejového práva, tedy onou vnější specifickou formou, v níž se obyčejové právo projevuje, neboť se — jakožto nepsané právo — takto ani „projevovat“ nemůže; stejně se takto neprojevují ani tacitní smlouvy,

¹¹⁴⁾ Čl. 62, odst. 1, lit. b); text viz M. Potočný, Dokumenty ke studiu mezinárodního práva a politiky, III, Praha 1977, str. 836—837.

¹¹⁵⁾ Srov. Č. Čepelka, Pojem „socialistické mezinárodní právo“ a *jus cogens*, cit. dílo, str. 17.

¹¹⁶⁾ Srov. Vl. Outrata, cit. dílo, str. 24—25; M. Potočný, cit. dílo, str. 53—54.

¹¹⁷⁾ Srov. Č. Čepelka — Vl. David, „Úvod...“, cit. dílo, str. 87 a násl.

¹¹⁸⁾ Závazný je výklad judikatury jen pro strany ve sporu. Jiný — zatím jen v málo případech — je výklad závazný tehdy, kdy obyčejová pravidla doznala vyjádření v kodifikující smlouvě (viz níže sub II/1); srov. Č. Čepelka — Vl. David, cit. dílo, str. 108 a násl.

kde konsensu bylo dosaženo prokazatelným konkludentním chováním států, čímž tím méně se pak mohou projevit obyčejová pravidla, u nichž se — podle konsensuální teorie — konsensus jen předpokládá (doktrínou).¹¹⁹⁾

Pod *bona fide* záminkou pojednat o formálních pramenech obyčejového práva se tak v čs. literatuře ve skutečnosti traktuje sám vznik a důvod závaznosti, avšak toto osvětlení se omezuje jen na otázku formy tohoto vzniku („předpokládaný tichý souhlas“), který je pak také domnělým důvodem závaznosti obyčejového práva.¹²⁰⁾ Materiální prameny jsou tu zcela přehlíženy, ba označovány za extranormativní otázku, která do vlastní právní vědy nepatří,¹²¹⁾ což též našlo svůj typický výraz právě ve formalismu pokračovatelů pozitivistické školy.

(5) Soudobý právní formalismus buržoazní internacionalistiky prohlašuje materiální prameny mezinárodního práva (*foundation of law, fondement du droit*) za přímo nezpůsobilý předmět zájmu nauky mezinárodního práva a vyhrazuje tuto problematiku — tj. otázky základů mezinárodního práva, jeho společenské podmíněnosti atd. — jiným společenskovědním disciplínám mimoprávním¹²²⁾ nebo tzv. filozofii práva.¹²³⁾ Nejucelenější pohled na otázku vzniku a důvodů závaznosti mezinárodního obyčejového práva v duchu tohoto právního formalismu podává pak vídeňská normativní škola. Podle jejích předních představitelů H. Kelsena a J. L. Kunze, samo obecné mezinárodní právo obsahuje pravidla, jež určují způ-

¹¹⁹⁾ Srov. Vl. Outrata, cit. dílo, str. 25; M. Potočný, cit. dílo, str. 59.

¹²⁰⁾ Vl. Outrata, cit. dílo, str. 24—25, sice výslovně dodává: „Otázku podstaty, vzniku a důvodů závaznosti mezinárodního práva nebyla buržoazní nauka ve své třídní omezenosti schopna správně řešit vůbec. Teprve marx-leninská teorie státu a práva podala vědecké vysvětlení...“. Avšak pokud jde o vysvětlení vzniku a důvodů závaznosti obyčejového mezinárodního práva Vl. Outrata vysvětlení podává pomocí konsensuální teorie a teorie „uznání“ patrně proto, že věří, že právě ony „obsahují jednotlivá zrna pravdy“.

Naproti tomu M. Potočný, cit. dílo, str. 53, pouze konstatuje (a míní patrně nastupující pozitivismus se svým typickým empirismem): „Starší nauka se snažila pod názvem prameny mezinárodního práva řešit... otázku podstaty mezinárodního práva, tj. důvodů závaznosti jeho norem (tzv. materiální prameny)...“. „Nyní se pojem pramenů práva většinou omezuje na *prameny formální*“.

¹²¹⁾ Srov. M. Potočný, cit. dílo, str. 53: „Otázka podstaty a důvodů závaznosti mezinárodního práva se obvykle řeší, jako otázka přesahující hranice vlastní právní vědy (sic!), obecnou teorií práva, politickými vědami či sociologií“.

¹²²⁾ Srov. Charles Rousseau, *Droit international public*, tome I., Paris 1970, str. 37: „... le problème qui consiste à rechercher le fondement du droit est par essence même un problème extra-juridique, car il se situe en dehors du droit et échappe à ce titre aux investigations du juriste“.

¹²³⁾ Srov. Josef L. Kunz, *The Nature of Customary International Law*, *American Journal of International Law (AJIL)*, vol. 47, 1953, No. 4, str. 663: „Our problem (of the nature of customary international law) must not be confused... with the entirely different problem of the foundation of international law... understood in... a material sense as the ‘ultimate’ foundation. The latter problem is by its very essence a metajuridical problem, a problem not of the science, but of the philosophy, of law“.

sob tvorby norem tohoto práva, stejně jako vnitrostátní právní řád svými normami (ústavními) upravuje vnitrostátní normotvorbu.¹²⁴⁾ Proto z vlastní obecné pozitivně právní úpravy mezinárodní vyplývají dvě náležitosti, jejichž naplnění dává vzniknouti obyčejovým normám mezinárodního práva.¹²⁵⁾ Je to jednak dlouhodobá praxe států, jednak jejich právní přesvědčení (*opinio juris*). Pouhá dlouhotrvající praxe států ještě nezakládá normotvornou skutečnost — obyčej,¹²⁶⁾ způsobilý vytvářet obyčejové právní normy. Sama tato praxe států, tj. jejich faktické chování, představuje jen *usus*, který nevytváří právní normy, dokud není provázen též přesvědčením států, že jde o praxi právně závaznou,¹²⁷⁾ že totiž svým chováním plní povinnost právní či vykonávají právo.¹²⁸⁾

Vyslovením uvedených dvou náležitostí obyčejové normotvorby (*usus*, *opinio juris*) se výklad normativní školy v podstatě kryje s nazíráním naprosté většiny soudobých buržoazních internacionalistů.¹²⁹⁾ Avšak zatímco tato většina bližší teoretické objasnění obvykle už neuvádí,¹³⁰⁾ norma-

¹²⁴⁾ Hans Kelsen, *Principles of International Law*, New York 1952, str. 303: „It is a characteristic element of the law in general, and hence also of international law, that it regulates its own creation“.

¹²⁵⁾ Josef L. Kunz, *The Nature of Customary International Law*, *op. cit.*, str. 665: „It is international law which lays down the conditions under which the procedure of custom creates valid norms of general international law“. K tomu poněkud kriticky J. A. Barberis, *La liberté de traiter des Etats et le jus cogens*, *Zeitschrift f. ausl. öff. Recht u. Völkerrecht*, 30, 1970, str. 24: „Le droit positif ne connaît aucune norme supérieure réglant les conditions que doit remplir le procédé coutumier de création du droit. La coutume elle-même règle sa propre création“.

¹²⁶⁾ Hans Kelsen, *Principles of International Law* (1952), *op. cit.*, str. 307: „... a long-established practice of states... is only one element of the law-creating fact called custom“.

¹²⁷⁾ Josef L. Kunz, *The Nature of Customary International Law*, *op. cit.*, str. 667: „The practice (of states) must have been applied in the conviction that it is legally binding“.

¹²⁸⁾ Hans Kelsen, *Principles of International Law* (1952), *op. cit.*, str. 307: „... (the states) must be convinced that they fulfill... a duty, or that they exercise a right... They have to regard their conduct as obligatory or right“.

¹²⁹⁾ Odlišný názor zastává např. Georges Scelle, *Précis de droit des gens*, I., Paris 1932, str. 5—7, zejména pak II., Paris 1934, str. 297 a násl. Avšak kriticky k tomu: Charles Rousseau, *Droit international public*, I., Paris 1970, str. 313—314; Hans Kelsen, *Principles of International Law* (1952) *op. cit.*, str. 309—310; Josef L. Kunz, *The Nature of Customary International Law*, *op. cit.*, str. 664.

Z významných současných internacionalistů odlišný názor zastává např. Roberto Ago, *Science juridique et Droit international*, *Recueil des Cours*, Académie de Droit International, vol. 90, 1956/II., str. 857 a násl.; kriticky k tomu: Alfred Verdross, *Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Band 29, 1969, Nr. 4, str. 640—641; Josef L. Kunz, *Ago's Theory of a „spontaneous“ International Law*, *American Journal of International Law*, vol. 52, 1958, str. 85 a násl.

¹³⁰⁾ Srov. např. Georg Schwarzenberger, *A Manual of International Law*, 5. ed., London 1967, str. 32: „It is not sufficient to show that States follow habitually a certain line of conduct, ... To prove the existence of a rule of international customary law, it is necessary to establish that States act in this way because they recognise a legal obligation to this effect“. *Wilhelm Wengler*, *Völkerrecht*, Band I, Berlin... 1964, str. 174—175: „Eine längere Zeit dauernde Übung und

tivní škola je naopak podává, zejména vysvětlením pojmu „*opinio juris*“. A právě tímto dalším výkladem sama pak podává důkaz o nezpůsoblosti osvětlit vznik a důvod závaznosti mezinárodního obyčeje jen v rovině tzv. formálních pramenů, tedy při ignorování společenských podmínek (materiálních pramenů) obyčejového práva; nebo tímto dalším výkladem prokazuje v podstatě návrat k dřívější konsensuální teorii, od níž se soudobá buržoazní nauka vesměs slovně distancuje.

Tak již H. Kelsen, chápající *opinio juris* jako přesvědčení států, že svým chováním plní povinnost či vykonávají právo, sám odhaluje lapsus své logiky. *Opinio juris* — jeden ze dvou konstitutivních prvků obyčejové normotvorby (*elements of the law-creating fact called custom*) — má totiž takovou povinnost nebo právo teprve založit, zatímco podle autora už existují, respektive státy musí být přesvědčeny, že existují (*they must be convinced that they fulfill a duty or exercise a right*).¹³¹⁾ Ve snaze odvrátit námitku o bezvýchodnosti této úvahy, autor bezvýchodnost jen dotvrzuje dalším konstatováním: státy musí věřit, že aplikují normu, avšak nemusejí věřit, že jde o normu právní, již takto aplikují!¹³²⁾ Zmíněnou námitku bezvýchodnosti mu výslovně adresuje J. L. Kunz, když uvádí, že nic neřeší Kelsenovo konstatování, podle něhož by mělo stačit, aby se státy cítily být vázány jakoukoli normou, tedy i normou neprávní povahy. Pak by totiž nebylo možné vysvětlit rozdíl mezi tvorbou normy právní a naopak tvorbou normy morální či zdvořilostní, tedy takových norem, pro jejichž vznik se *opinio juris* nepožaduje.¹³³⁾ Avšak

die Überzeugung derjenigen, die an dieser Übung beteiligt sind, dass es sich um Befolgung bzw. Anwendung von ungeschriebenen Völkerrechtssätzen handelt, sind auch im Völkerrecht für jeden Gewohnheitsrechtssatz notwendig und genügend“. Charles Rousseau, *Droit international public (Précis Dalloz)*, 6^e éd., Paris 1971, str. 80: „Le phénomène coutumier implique la réunion de deux éléments: d'une part, un élément de fait (c'est-à-dire l'existence d'un usage constant et général); d'autre part, un élément psychologique (c'est-à-dire l'existence d'un élément intellectuel, l'*opinio juris*, impliquant l'acceptation du caractère obligatoire de la coutume par les sujets de droit eux-mêmes).“

¹³¹⁾ Srov. pozn. č. 128.

¹³²⁾ Hans Kelsen, „Principles...“ 1952, *op. cit.*, str. 307: „They (*i. e.* the states) must believe that they apply a norm, but they need not believe that it is a legal norm which they apply.“

¹³³⁾ Josef L. Kunz, „...Customary IL“, *op. cit.*, str. 667: „...it is hardly a solution to state 'that it is sufficient that the states consider themselves bound by any norm whatever'. For this would not explain why, then, in one case a legal rule, in another case a moral or conventional one, would come into existence, nor would it correspond to the condition which demands an *opinio juris*, not 'of any norm whatever'.“ Předtím autor na téže stránce uvádí: „When the practice even for a long time ... has been applied only in the conviction that it is morally binding or conventionally binding, a norm of international morality or a norm of *courtoisie internationale* may have come into being, but not a norm of customary general international law“.

ani J. L. Kunz z nenabízí vyhovující výklad a pouze přiznává, že jde o otevřený teoretický problém, který dosud nebyl uspokojivě vyřešen.¹³⁴⁾

Ostatně i sám H. Kelsen připouští, že vznik a důvody závaznosti obyčejového mezinárodního práva lze osvětlit jen ve spojitosti s okolnostmi společenské povahy, tj. pomocí výkladu materiálních podmínek či pramenů: státy se musí chovat způsobem, který je obvyklý, chovat se tak, jak jsou v určitém časovém úseku zvyklé se chovat. Tím však H. Kelsen vyjadřuje nikoliv povinnost vyplývající z normy, nýbrž společenskou potřebu či objektivní nutnost danou fakticitou mezinárodního života (to, co jest). Nicméně věren právnímu apriorismu označuje tuto faktickou nezbytnost za obecný princip, tj. za jev normativní (to, co býti má, k čemu má norma napomoci): nabude-li tento princip charakteru normy, obyčej se stane normotvornou skutečností, tj. pramenem vzniku obyčejových pravidel mezinárodních.¹³⁵⁾

Uvedený paralogismus zakladatele normativní školy pokusil se napravit R. W. Tucker při redigování druhého vydání Kelsenovy knihy „Principles of International Law“. Na příslušném místě připojil svůj vlastní text, v němž se znovu vrací k hypotetickému „společnému konsensu“ (*general consent*) a tím i ke staré konsensuální teorii výkladu vzniku a důvodů závaznosti mezinárodního obyčejového práva. Avšak R. W. Tucker svůj vlastní doplněk připojil k původnímu Kelsenově textu zcela mechanicky, čímž se s negativním postojem H. Kelsena ke konsensuální teorii dostává Truckerův „přínos“ do věcného protikladu.¹³⁶⁾

Konečně zatím poslední příspěvek vídeňské normativní školy k teorii mezinárodního obyčeje, podaný A. Verdrossem, už se otevřeně zřiká možnosti formulovat obecně platný důvod závaznosti obyčejového práva mezinárodního,¹³⁷⁾ a uvádí nakonec dokonce osm různých způsobů

¹³⁴⁾ Josef L. Kunz, „...Customary IL“, *op. cit.*, str. 667: „There is here, certainly, a challenging theoretical problem which, as far as this writer can see, has not yet found a satisfactory solution“.

¹³⁵⁾ Hans Kelsen, „Principles ...“ 1952, *op. cit.*, str. 307: „The basis of customary law is the general principle that we ought to behave in the way our fellow men usually behave and during a certain period of time used to behave. If this principle assumes the character of a norm, custom becomes a law-creating fact. This is the case in the relations between states“.

Toto místo Kelsenovy knihy cituje G. I. Tunkin naopak jako příklad normativistické koncepce, podle níž, jak autor uvádí, je už sama praxe států pokládána za normu právní, srov. Teorie mezinárodního práva, Moskva 1970 (rusky), str. 137.

¹³⁶⁾ Hans Kelsen, Principles of International Law, 2nd ed. by Robert W. Tucker, New York ... 1967, str. 448 „Custom (continued)“ až do str. 454, zejména pak str. 453, pozn. 28: „It must be noted, however, that if the theory of custom as a 'pactum tacitum' is a fiction, it is nevertheless a fiction with a very large element of truth“. „... the indisputable fact remains that, for all practical purposes, custom results from the general consent of states ...“.

Věcnou rozpornost v textu knihy, vydané R. W. Tuckerem, přímo Kelsenovi přičítá G. I. Tunkin, Teorie mezinárodního práva, Moskva 1970 (rusky), str. 137.

¹³⁷⁾ Alfred Verdross, Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universalen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts, Zeitschrift für ausländisches öffentli-

jejich vzniku¹³⁸⁾ a tím i osm různých důvodů závaznosti podle toho, co je obsahem té které obyčejové normy.

(6) V I. Outratou vyslovené hodnocení, podle kterého některé buržoazní teorie, objasňující vznik a důvod závaznosti obyčejového práva mezinárodního „obsahují jednotlivá zrna pravdy“,¹³⁹⁾ si zasluhuje nejvíce teorie, jež vzešla z anglosaské nauky mezinárodního práva, ač ji autor ve svém díle nezmiňuje. Anglosaská doktrina v zásadě věnuje otázce teoretického zdůvodnění vzniku a závaznosti obyčejového práva výrazně menší pozornost, neboť právě obyčej je instrumentem, s nímž se v oblasti „common law“ právního myšlení běžně pracuje;¹⁴⁰⁾ pro obecné mezinárodní právo se užívá i označení „common law of nations“.¹⁴¹⁾ Někteří autoři proto výklad vzniku a důvodů závaznosti mezinárodního obyčejového práva v podstatě opomíjejí,¹⁴²⁾ nebo — též s odvoláním na některé starší americké judikáty¹⁴³⁾ — omezují se jen na zdůvodnění obecné závaznosti tohoto práva, a to převzetím kontinentální koncepce „společného konsensu“ (*by the general consent — assent, recognition — of the civilized nations of the world*) do anglosaské literatury.¹⁴⁴⁾

ches Recht und Völkerrecht, Band 29, Nr. 4, 1969, str. 649: „Es ist unmöglich, alle ungeschriebenen Normen des VR auf denselben Geltungsgrund zurückzuführen.“ Srov. kriticky k tomu Josef Danisz, Obyčej v nauce práva mezinárodního, Právník 12/1972, str. 1123.

¹³⁸⁾ Alfred Verdross, tamtéž, str. 642-649 (lit. a—h).

¹³⁹⁾ Srov. poznámku č. 120.

¹⁴⁰⁾ Srov. Č. Čepelka - V. David, „Úvod...“, cit. dílo, str. 46 a násl. a str. 94 a násl.

¹⁴¹⁾ Srov. např. Green Haywood Hackworth, Digest of International Law, vol. I., Washington 1940, str. 17.

¹⁴²⁾ Srov. např. T. J. Lawrence, The Principles of International Law, 3th ed., Boston 1900, str. 91: „By the sources of International Law we mean the places where its rules are first found. ... It has nothing to do with the reason why the rules were originally invented or accepted“.

Pragmatickým dovoláním se precedentů, a to bez dalšího teoretického zobecnění, zdůvodňuje vznik obyčejových pravidel G. B. Davis, The Elements of International Law, New York... 1901, str. 23: „When the acts of a state are criticised, the attempt is invariably made to justify them by a reference to approved precedents; so, too, when the correct line of governmental conduct is not quite clear, the attempt is made to support proposed courses of action by a similar reference to precedents. For this reason usages which, by long continued observance, have ripened into approved customs, acquire sanction as rules of international law“; na jiném místě (str. 23) autor jen lakonicky zdůvodňuje závaznost: „...international law derives its binding force from the consent of nations...“.

¹⁴³⁾ „The Scotia“ z r. 1871, viz Ch. Rousseau, Droit international public, tome I., Paris 1970, str. 311; „The Paquete Habana“ a „The Lola“ z r. 1900, viz W. W. Bishop, International Law, Cases and Materials, 2th ed., Boston... 1962, str. 24 a násl.

¹⁴⁴⁾ Srov. např. L. Oppenheim, International Law, A Treatise, vol. I., London... 1905 (1. vydání), str. 15 a násl. podává velmi obsírný výklad teorie „společného konsensu“ (srov. též pozn. č. 102); autor je původem Němec a působil předtím dlouho jako profesor na basilejské univerzitě. Naproti tomu T. J. Lawrence, The Principles of International Law, op. cit., str. 91 se k této koncepci hlásí jen jedinou větou: „We must also remember that no rule can have authority as law

Specificky anglosaským, především však britským výkladem¹⁴⁵⁾ vzniku a důvodů závaznosti mezinárodního obyčejového práva je vysvětlení, které poprvé podal Pitt Cobbett,¹⁴⁶⁾ dodnes citovaný anglický internacionalista.¹⁴⁷⁾ Proces tvorby mezinárodního obyčeje tento autor objasňuje příměrem, 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.¹⁴⁸⁾

S přenesením do mezinárodních vztahů, vznik obyčejového pravidla pak autor spatřuje v tom, že určité chování (jednání) nabylo obecného souhlasu (*general assent*) států jako *usus generalis*. Tento „obecný souhlas“ zde však není pouhou doktrinární fikcí, nýbrž pojmovým uchopením potřeby mezinárodního života (*common needs of international life*) ve společném zájmu států (*in their common interest*) předcházet mezinárodním střetům a konfliktům.¹⁴⁹⁾ Obyčejovým pravidlem obecně platným tu tedy není to, co nauka od praxe států očekává vyslovením své domněnky „společného konsensu“ — byť i je tato fikce chápána jako zobecnění existující praxe partikulární —, nýbrž až sama tato společná (obecná) praxe států: *usus generalis*.¹⁵⁰⁾ Tím je také vznik práva vykládán nikoliv pomocí právních forem, nýbrž pomocí pojmů *m i m o p r á v n í c h*, tedy společenskou nezbytností, jež už není kategorií tzv. formálních pramenů mezinárodního

unless it has been generally accepted by civilized states“. Stručný je v tomto směru i Sir Sherston Baker, *First Steps in International Law*, Boston 1899 (učebnice), str. 16: „*The customary law of nations is founded on the tacit or implied consent of nations...; ... (is) approved ... by civilised nations generally...*“.

¹⁴⁵⁾ Britský původ tohoto výkladu uvádí i Georges Scelle, *Précis de droit des gens*, 2^e partie, Paris 1934, str. 306—307; Charles Rousseau, *Droit international public*, tome I., Paris 1970, str. 311—312 (s tam uvedenými prameny judikátů).

¹⁴⁶⁾ Pitt Cobbett, *Cases and Opinions on International Law*, Pt. I, 3d ed., London 1909 (str. 5—6).

¹⁴⁷⁾ Srov. např. William W. Bishop, *International Law, Cases and Materials*, 2d ed., Boston... 1962, str. 23—24.

¹⁴⁸⁾ Srov. Pitt Cobbett, *Leading Cases on International Law*, vol. I., 4th ed. by H. H. L. Bellot, London 1922, str. 5.

¹⁴⁹⁾ Srov. Pitt Cobbett, „*Leading Cases...*“, *op. cit.*, str. 4: „...body of rules, which rests on the common assent of civilised communities, has its origin in the common needs of international life and intercourse. States, like individuals, cannot live side by side with each other without evolving rules of conduct by which, in their common interest, friction and conflict may be avoided“.

¹⁵⁰⁾ Srov. Pitt Cobbett, *tamtéž*, str. 5—6: „... Usage ... when sufficiently general gives rise to custom...“; na str. 9: „...at what stage usage or common practice can be said to have developed into custom or common law (?)“. „If ... the usage in question has become the predominant usage, and if, in fact, it prevails amongst the great majority of States, it is conceived that it may fairly be regarded as part of international law, even though an exceptional practice may still be followed by a few States, especially if these be of minor importance“.

práva, nýbrž spadá mezi společenské okolnosti zrodu práva, tj. do roviny materiálních pramenů tohoto práva. Teprve obecná praxe, tj. fakticky ustálená mezinárodní politika je tu onou skutečností, jež právo rodí — je normotvornou skutečností; nerodí se tedy jen představou (právním názorem) o této skutečnosti, kteroužto představu naopak kontinentální nauka vyslovuje jako pouhou domněnku — s tím, že jde o domněnku vyvratitelnou opět jen obecnou praxí opačnou. Pro P. Cobbeta je tudíž rozhodné f a k t u m obecné ustálenosti praxe, již — při povědomí států o její nezbytnosti — autor kvalifikuje jako právo a nikoliv, že by tato obecná praxe byla jen důkazem, že právo existuje, a to tak dlouho, dokud opačná praxe — obecně ustálená — neprokáže, že právo (daná právní norma) neexistuje; „obecnou praxí“ citovaný autor rozumí praxi převažující, na níž se též podílejí mocensky významné státy (velmoci), nikoliv tedy praxi univerzální.¹⁵¹⁾

Slabinou této anglosaské teorie, zdůvodňující vznik a závaznost obyčejového práva obecně ustálenou praxí, je právě této oblasti právního myšlení vlastní způsob důkazu, že jde o praxi p r á v n ě závaznou, nikoliv tedy o praxi jen faktickou či praxi, chápanou jako *comitas gentium*. Prokazuje se totiž většinou (na tradici precedentů založenými) judikáty, což nepochybným důkazem bylo v době, kdy arbitrážní řešení sporů přispívalo k vytváření obecného mezinárodního práva, nikoliv však v době, kdy plně ustálené obecné mezinárodní právo se na danou kausu v arbitrážních nálezech většinou už jen aplikuje.¹⁵²⁾ Tím spíše to platí o judikatuře vnitrostátní,¹⁵³⁾ již se anglosaská doktrína rovněž dovolává jako důkazu existence obyčejové normy obecného mezinárodního práva, neboť staví na principu recipování obecného mezinárodního práva do právních řádů vnitrostátních. Dříve i vnitrostátní judikáty v těchže či věcně příbuzných kausách ovlivňovaly totiž tvorbu norem obecného mezinárodního práva tím, že přispívaly k ustálení obecné praxe, provázené obecným právním povědomím (srov. výše *sub* 2). Avšak v době, kdy se při řešení sporů obecné mezinárodní právo i vnitrostátně už jen aplikuje (jeho transformovaný obsah), svědčí vnitrostátní judikatura buď pouze o nespornosti obsahu norem obecného mezinárodního práva, nebo — v případě věcně odlišného právního zdůvodnění — svědčí o pouhé partiikulární derogaci daného obecně platného pravidla mezinárodního; stěží může být proto důkazem, že určité pravidlo obecného mezinárodního práva neexistuje a že existuje naopak v obecné platnosti to pravidlo, kterým vnitrostátní soud daný rozsudek zdůvodnil.

Teprve převzetí tohoto anglosaského (Cobbettova) pojetí do kontinentální

¹⁵¹⁾ „La conduite effective des principaux Etats,“ podle: Charles Rousseau, *Droit international public*, *op. cit.*, str. 311; srov. též pozn. č. 150.

¹⁵²⁾ Srov. Č. Čepelka - Vl. David, „Úvod...“, *cit. dílo*, str. 49.

¹⁵³⁾ Srov. pozn. č. 143.

nauky, která — vedle dokazování judikaturou, a to v podstatně menším rozsahu, než činí nauka anglosaská — volí především doktrinární zobecňování k prokazování existence obyčejového práva, je i pro kontinentální doktrinu naznačena cesta oprostění výkladu vzniku a důvodů závaznosti mezinárodního obyčeje od právního apriorismu. Jak už bylo řečeno, pro nejrozumnější teorie, jimiž se obhajuje danost jednou vzniklého obecného mezinárodního práva, je právě tento — v době ústupu právního pozitivismu — buržoazní naukou formulovaný apriorismus práva oním společným jmenovatelem všech doktrinárních snah, které brání právní nadstavbu, vytvořenou imperialismem (v době jeho monopolu). „Chrání“ ji před realitou dnešního mezinárodního života, jež je charakterizována přítomností socialistického společenského řádu už jako určujícího mocenského faktoru současných mezinárodních vztahů, čemuž pak odpovídá i normativní výraz této nové reality v obsahu a funkční proměně obecného mezinárodního práva přítomnosti.

Zmíněný odklon od spekulativního apriorismu práva v buržoazní nauce nejvýrazněji naznačil Charles de Visscher.¹⁵⁴⁾ Zdůrazňuje, že obyčejové mezinárodní právo je produktem moci,¹⁵⁵⁾ tj. výronem mocenského poměru sil, jež *ex post* nauka kvalifikuje jako skutečnost právní (normotvornou), ježto v mezinárodním životě více jak jinde fakta předcházejí právní kvalifikaci.¹⁵⁶⁾ Tím odmítá fiktivní normotvorný pramen mezinárodního obyčejového práva — předem danou právní formu, tj. naukou konstruovaný formální pramen —, jemuž normotvorci musí vyhovět, má-li obyčejová norma vzniknout a požívat autority normy právní.

Charles de Visscher, který převzal i Cobbettovo přirovnání (srov. výše) tvorby mezinárodního obyčeje, tj. přirovnání k postupnému vytváření pěšiny na veřejném pozemku, k tomuto příměru dodává: v mezinárodním životě jsou mezi uživateli vždy ti, kteří stopu vyznačují výrazněji, buď z důvodů své váhy, tj. mocenské váhy, nebo proto, že jejich zájem je vedle k tomu, aby určité cesty (chování) užívali častěji než jiní. Takto role velmocí byla vždy určující při formování mezinárodního obyčejového práva, ježto usu (praxi) dodávají onu nezbytnou efektivitu, bez níž by právní přesvědčení států nemělo dostatečnou oporu ve společenské realitě.¹⁵⁷⁾ Právním přesvědčením (*opinio juris sive necessitatis*) tu cito-

¹⁵⁴⁾ Srov. Č. Čepelka - Vl. David, „Úvod...“, cit. dílo, str. 94.

¹⁵⁵⁾ Srov. Charles de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 2^e éd., Paris 1955, str. 189: „Toute coutume internationale est l'oeuvre du pouvoir.“

¹⁵⁶⁾ Charles de Visscher, tamtéž, str. 188: „Dans les rapports internationaux plus qu'ailleurs, le fait précède sa qualification.“

¹⁵⁷⁾ Charles de Visscher, tamtéž, str. 190: „Leur rôle (i.e. des grandes Puissances), qui de tout temps fut décisif dans la formation du droit international coutumier, est de conférer aux usages ce degré d'effectivité sans lequel la conviction juridique, condition de l'assentiment général, ne trouverait pas une base suffisante dans la réalité sociale.“

vaný autor rozumí povědomí právě takto ustálené praxe, jejímiž garanty a ochránci (*les garants et les défenseurs*) jsou opět zase velmocí.¹⁵⁸⁾ Pro státy je povědomí této společenské reality mezinárodního života poznáním nezbytnosti určitým způsobem se chovat, čímž chování (praxe, materiální prvek) je doprovázeno i prvkem psychickým: uvědoměním si či přijetím nutnosti (toho co je nezbytné), jež pak pro obyčejovou normu obecné platnosti — vedle obecné praxe — počítá také s obecným přijetím takovéto společenské nutnosti (*assentiment général*).¹⁵⁹⁾

(7) Na rozdíl od čs. internacionalistiky, sovětská nauka naopak převzala „zrna pravdy“ anglosaské teorie vzniku a důvodů závaznosti obyčejového práva. Zahrnul je do svého výkladu o obyčejovém právu soudobý přední internacionalista G. I. Tunkin, který ze sovětských autorů k této problematice podává nejucelenější výklad. Avšak shodně s čs. internacionalistikou též G. I. Tunkin zabsolutizoval důvody, které dříve vedly — starší generaci sovětských internacionalistů — k preferování smlouvy před mezinárodním obyčejem (v minulosti byla smlouva prostředkem umožňujícím sovětskému státu vyvázat se z obecného mezinárodního práva imperialistického — svou povahou i výkladem).¹⁶⁰⁾ A tak dnes, kdy existence nikoliv jen jednoho socialistického státu, ale už celého socialistického společenství podstatným způsobem určuje obsah současného obecného mezinárodního práva obyčejového, zejména pak jeho pravidel *juris cogentis*, je přinejmenším anachronismem, že z kdysi správně uchopené funkce smlouvy v sovětské zahraniční praxi¹⁶¹⁾ nyní G. I. Tunkin učinil základ obecného mezinárodního práva vůbec; dokonce k potenciální výhodě kapitalistických států (jejich doktriny), aby právě s odvoláním na požadavek konsensu ideologicky bránily tomu, co socialistická soustava v normativní nadstavbě už obyčejovou cestou reflexovala a ještě — úměrně své rostoucí autoritě (i mocenské) — reflexovat bude.

S předsevzetím odkryt podstatu (*raskryt suščestvo*) obyčejové normotvorby, spojil G. I. Tunkin dovedně dosavadní nejčastější teorie, vysvětlující obyčej v podání buržoazních škol, aby se tak distancoval, jak sám říká, od původní konsensuální teorie, jíž vytýká formálně-dogmatický

¹⁵⁸⁾ Charles de Visscher, tamtéž str. 190 „... après avoir imprimé à l'usage une orientation définie, les grandes Puissances s'en constituent encore les garants et les défenseurs.“

¹⁵⁹⁾ Charles de Visscher, tamtéž, str. 188: „De l'assimilation, toute fictive ..., de la coutume à une convention tacite il faut distinguer l'exigence de l'*opinio juris sive necessitatis*, envisagée ici comme reflétant l'attitude du pouvoir à l'égard d'une pratique donnée“; srov. dále pozn. č. 157.

Naproti tomu G. I. Tunkin tímto citovaným místem dokazuje, že: „praktičeski ravnoznačno ponjatiu priznanija ... i vedet, sledovatelno, k koncepcii molčalivogo soglašenija“, viz Teorija meždunarodnogo prava, Moskva 1970, str. 151.

¹⁶⁰⁾ Srov. pozn. č. 1.

¹⁶¹⁾ Srov. pozn. č. 39.

přístup.¹⁶²⁾ Oproti zástancům této „čisté“ konsensuální teorie a naopak ve shodě s anglosaskou doktrínou bere v potaz společenské okolnosti (materiální prameny) podmiňující zrod a existenci mezinárodního práva. Uvádí, že vůle států je mocensky determinována, takže ve většině případů je pro jednotlivé státy nezbytné pokládat za závazné (*sila obsojatelstv zastavljaet otdeľnye gosudarstva sčitaj objazatelnyimi*) ty normy, které na prostá většina států uznává — jimi se řídí, jsou-li mezi nimi též státy obou soustav, čítaje v to velmoci.

Avšak takto mocenskými poměry prostoupenou realitu mezinárodního života kvalifikuje G. I. Tunkin jen jako stav faktický a označuje jej (na rozdíl od anglosaského pojetí) za právně irelevantní. Jakkoli jsou tedy státy — podle G. I. Tunkina — fakticky nuceny pokládat obyčejové normy pro sebe za závazné, v právním smyslu (*juridičeski*) je tomu jinak, mají totiž, — zejména též nově vzniklé státy — právo takovéto normy neuznávat (*imejut pravo ne priznat te ili inyje normy*), a naopak většina států nemá právo tyto normy jiným státům vnucovat (*ne imejet prava ... navjazыvat dannыje normy*).¹⁶³⁾ Pokud však nově vzniklý stát vstoupí do právních poměrů s jinými státy, aniž uplatnil výhradu (*bez ogovorok*), znamená to, že přijímá daný komplex (*opredelennyj kompleks*) principů a norem¹⁶⁴⁾ pozitivního mezinárodního práva, jež jsou „základními principy“ vztahů mezi státy.¹⁶⁵⁾ Tunkinovo „neuznání“ obyčejových norem není však míněno ve smyslu derogace dispozitivních norem obecného mezinárodního práva ve vztazích *inter partes*, do nichž nově vzniklý stát takto vstupuje, a autor také neuvádí, zda uplatněná výhrada se může týkat norem *juris cogentis*. Staví pouze rétoricky otázku, proč by nový stát, vzešlý z dekolonizačního procesu dnes nemohl odmítat (vozražat) kteroukoli obyčejovou normu mezinárodního práva, s níž nemůže souhlasit, jestliže ve své době tak činil i sovětský stát.¹⁶⁶⁾

G. I. Tunkin zdůrazňuje, že vznik obyčejové normy mezinárodního práva představuje proces, v němž jednotlivé prvky takovéto normy postupně narůstají.¹⁶⁷⁾ Počátečním momentem (*ischodnym momentom*) for-

¹⁶²⁾ G. I. Tunkin, *Ideologičeskaja borba i meždunarodnoje pravo*, Moskva 1967, str. 33.

¹⁶³⁾ G. I. Tunkin, *Teorija meždunarodnogo prava*, Moskva 1970, str. 147—148.

¹⁶⁴⁾ Rozdíl mezi „principy“ a „normami“ vysvětluje citovaný autor na jiném místě: Grigory Tunkin, *International Law in the International System*, Academy of International Law, Extract from the „Recueil des Cours“, Volume IV-1975, str. 94: „There is not a clear cut dividing line between principles and norms of international law. Broadly speaking principles are the most important and general norms of international law. Those principles which are of primary importance are often called fundamental principles of international law. ... The meaning seems to be that the term 'principles' implies the primary importance of these norms“. Srov. též pozn. č. 233.

¹⁶⁵⁾ G. I. Tunkin, „Teorija ...“, cit. dílo, str. 148.

¹⁶⁶⁾ Srov. tamtéž, str. 146.

¹⁶⁷⁾ Srov. tamtéž, str. 152.

mování pravidla chování je opakující se jednání — praxe — států.¹⁶⁸⁾ Sama praxe, pokud vůbec vede ke vzniku pravidla chování, ještě nemusí tomuto pravidlu dáti povahu právní, může dojít jen k vytvoření usu (*obyknovenije*), kterýžto usus autor chápe jako normu, již označuje termínem „obyčej bez právní závaznosti“;¹⁶⁹⁾ případně může vzniknout norma morální či zdvořilostní. Na jiném místě vysvětluje, že termín „mezinárodní obyčej“ čili *usus* (*obyknovenije*, *usage*) je obyčejové pravidlo chování, které není právně závazné, zatímco „mezinárodně právní obyčej“ čili obyčejové pravidlo mezinárodního práva je normou právně závaznou.¹⁷⁰⁾ Aby mezinárodní obyčej (pravidlo bez právní závaznosti, tj. *usus*, *obyknovenije*) nabyl právní závaznosti a stal se mezinárodně právním obyčejem čili obyčejovou normou mezinárodního práva, musí být v této závazné kvalitě u z n á n státy. Teprve tímto uznáním se končí proces vytváření obyčejových norem mezinárodního práva.¹⁷¹⁾ Nezbytnost uznání pravidla chování (v praxi států vytvořeného) za pravidlo právně závazné, je pak podle G. I. T u n k i n a „všeobecně přijatou zásadou“ (obščepriznannym položenijem).¹⁷²⁾

Autor vysvětluje dále, co rozumí uznáním určitého pravidla (*usus*, *obyknovenije*) za pravidlo mezinárodně právní. Uznání či přijetí je projev vůle (*vyraženiye voli*), tj. souhlas státu, pohlížet (*soglasije gosudarstva rassmatrivat'*) na již existující pravidlo — *usus*, jako na normu právní.¹⁷³⁾ Na rozdíl od starší „*Anerkennungstheorie*“ (viz výše sub 4), jež toto uznání spatřovala v konkludentním jednání (*usus*, *Übung*), provázeném přesvědčením o tom, že dané jednání je správné či vhodné a proto i právně přípustné, G. I. T u n k i n se omezuje na vyslovení předpokladu, že stát uznává — mlčky souhlasí, když výslovně neprotestuje — neuplatňuje-li námitky (*vozraženiye*).¹⁷⁴⁾ Ježto pro G. I. T u n k i n a *usus* už pravidlem je, k jeho „povýšení“ na pravidlo právní stačí, aby jiné státy vůči mlčky souhlasícímu (uznávajícímu) státu toto preexistující pravidlo už za právní normu pokládaly. Mlčky souhlasící — uznávající, tj. nic nenamítající stát (*qui tacet consentire videtur*) — bere tím na sebe povinnost pokládat daný *usus* za právně závazný, avšak nabývá i oprávnění požadovat, aby tento *usus* i ony jiné státy za závazný pokládaly. Vztah mezi státy, které *usus* už za právo (normu) pokládají, a státem, který s takovou kvalifikací mlčky souhlasí (nic nenamítá), je podle autora t o t o ž-

¹⁶⁸⁾ Srov. tamtéž, str. 130.

¹⁶⁹⁾ Srov. tamtéž, str. 131.

¹⁶⁹⁾ Srov. tamtéž, str. 131.

¹⁷⁰⁾ Srov. tamtéž, str. 134.

¹⁷¹⁾ Srov. tamtéž, str. 134.

¹⁷²⁾ Srov. tamtéž, str. 135.

¹⁷³⁾ Tamtéž, str. 141.

¹⁷⁴⁾ Tamtéž, str. 153.

ný se vztahem smluvním.¹⁷⁵⁾ Z toho pak autor dovozuje, že podstatou normotvorného procesu (*suščestvo processa*) obyčejového mezinárodního práva je dohoda států (*soglašenije*), jež je tu mlčky sjednána.¹⁷⁶⁾ Uznání usu za pravidlo právní, uznání provedené formou mlčky sjednané dohody, autor označuje též termínem „*opinio juris*“ (srov. výše *sub* 3), jenž je mu synonymem termínu „projev vůle“ (*vyraženiye voli*). Jestliže také jiné státy projeví vůli („*opinio juris*“) uzнат *usus* za normu právní, je tím mlčky sjednané dohody dosaženo. Do té doby právně nezávazný obyčej (*usus, obyknovenije*) se tak stává právně závazným obyčejem, tj. normou mezinárodního obyčejového práva.¹⁷⁷⁾

Ježto tedy podstatou obyčejového práva je podle G. I. Tunkina smlouva, smlouva mlčky sjednaná, omezuje se působnost (*sfera dejstvija*) obyčejové právní normy jen na státy, které ji za takovou uznaly, tj. na strany této mlčky sjednané dohody. Oblast působnosti se pak může postupně rozšiřovat dalšími a dalšími mlčky sjednanými dohodami, až se takováto obyčejová norma (mající povahu mlčky sjednané smlouvy) stane obecně uznaným pravidlem.¹⁷⁸⁾ Až do okamžiku obecného uznání jde proto jen o partikularismus, jehož smyslem není derogovat obecnou právní úpravu určité věcné problematiky, nýbrž takovouto obecnou úpravu v budoucnu vytvořit, a to cestou postupného rozšiřování účastníků daného partikularismu — jeho normovaného obsahu.

K tomu je užitečné kriticky poznamenat, že takovýto proces vytváření pravidel mezinárodního práva odpovídá spíše realitě mezinárodního života poloviny 19. století, kdy ještě neexistovaly společenské podmínky — tzv. materiální prameny — pro vznik obecného mezinárodního práva.¹⁷⁹⁾ Pro současnost, kdy stát (pokud svou státnost též mocensky prosadí) se automaticky stává subjektem obecného mezinárodního práva — v této kvalitě nepodléhá tedy uznání ze strany již existujících subjektů tohoto práva —, je proces tvorby obecného mezinárodního práva, a to cestou postupného rozšiřování právního partikularismu v úpravu obecně plat-

¹⁵⁷⁾ Tamtéž, str. 142: „Priznavaja normu meždunarodnogo prava, gosudarstvo primajet na sebja objazatelstvo perez drugimi gosudarstvami sobljudať jeho kak objazatelnoje dlja sebja pravilo povedeniya. Vmeste s tem ono priobretajet pravo trebovat sobjudeniya etoj normy drugimu gosudarstvami.“ „...svjazi meždunarstvom, prinimajuščim obyčnuju normu meždunarodnogo prava, i drugimi gosudarstvami, uže priznavšimi etu normu, v svojej osnove toždestvenny tem svjazjam, kotoryje ustanavlivajutsja meždunarstvam s pomoščju meždunarodnogo dogovora.“

¹⁷⁶⁾ Tamtéž, str. 142: „... suščestvo processa sozdaniya norm meždunarodnogo prava putem obyčaja sostoit v soglašenii ... kotoroje v dannom slučae javljaetsja molčalivym...“ Srov. též Grigory Tunkin, *International Law in the International System*, cit. dílo, str. 125: „According to our theory the essence of the process of forming customary norms of international law is the same as that of the treaty process — the co-ordination of the wills of States.“

¹⁷⁷⁾ G. I. Tunkin, „Teoriya...“, cit. dílo, str. 136 a 152.

¹⁷⁸⁾ Tamtéž, str. 142.

¹⁷⁹⁾ Srov. pozn. č. 79 a 96.

Tunkinova snaha odhalit podstatu obyčejové normotvorby¹⁸⁴) je plně úspěšná tam, kde bere v potaz společenské okolnosti (materiální prameny) této normotvorby a dochází k závěru, že jsou to právě tyto společenské skutečnosti, které determinují volní projevy států — jejich chování. V důsledku toho je obvyklé (*v bolšinstve slučaje*), že státy pokládají za nezbytné jednat způsobem, jak jedná jejich naprostá většina (*podavljajuščee bolšinstvo*), zahrnuje-li tato většina státy obou soustav, čítaje v to velmoci.¹⁸⁵) Avšak autorovo teoretické zobecnění, jakož i jeho právní kvalifikace, tuto mezinárodní společenskou realitu již nevyjadřují. G. I. Tunkin tu totiž předpokládá apriorní existenci právní normy, již obyčejová normotvorba musí vyhovět, má-li být její výsledek nejen skutečně závazný, nýbrž i právně závazný,¹⁸⁶) v důsledku čehož se mu realita obyčejonormotvorby výrazně rozchází s doktrinárním výkladem tohoto normotvorného jevu. Proto je autor nakonec nucen vzniklý rozpor překlenout vyslovením domněnky, podle níž postačí jen předpokládat, že právní formě, tj. konsensu jako důvodu závaznosti obyčejové normy, bylo vyhověno, ježto ve většině případů takový konsens států nelze prokázat (*opredelit*).¹⁸⁷) Vyslovením pouhé domněnky o existující právní formě obyčejové normotvorby se však ocitá na pokraji paralogismu: jestliže totiž státy to, co skutečně dělají a jak se chovají, pokládají samy pro sebe za společensky nezbytné a nikoliv za příkaz právní povinnosti — jejíž existenci ostatně G. I. Tunkin popírá —, pak to ovšem tím spíše znamená, že tak činí nikoliv z důvodů „právního diktátu“,¹⁸⁸) nýbrž dobrovolně a ze své vůle (byť společensky determinované), pročez právně doktrinární skrupule, mající této státní vůli a jejímu projevu dodat dobrovolnosti, jsou už jen nadbytečné.

Jak vidno, není nijak původní právní forma, do níž G. I. Tunkin obyčejovou normotvorbu „vměstává“. Je vpravdě spíše kompilací různých prvků charakterizujících hlavní teorie výkladu obyčejů z doby tra-

narodního práva i sostavljajut *jus cogens* (objazatelnoje pravo), ne mogut odnostonnoe otvergatsja gosudarstvami.“

V nejnovější sovětské literatuře je teorie konsensu či uznání již odložena, byt v podstatě pro výklad důvodů závaznosti *jus cogens*: srov. G. I. Kurdjukov, „Meždunarodnaja pravosubektnost' novych gosudarstv i problema priznanija,“ v: Priznanije v sovremennom meždunarodnom prave, (glava II), Moskva 1975, str. 36: „Novyje gosudarstva, vstupajuščije v meždunarodnoje soobščestvo, objazany sčitajtsja s principami i imperativnymi normami meždunarodnogo prava, imejuščimi objektivnyj charakter. Vsja sistema meždunarodnogo prava objektivna, i nezavisimo ot togo, učastvovali ili net novyje gosudarstva v eje razrabotke, v formirovanii principov meždunarodnogo prava, oni objazany prinjat' eje kak dolžnoje.“ Srov. dále V. M. Suršalov, Meždunarodnyje pravootnošenija, Moskva 1971, str. 176—177; A. P. Movčan, Kodifikacija i progressivnoje razvitije meždunarodnogo prava, Moskva 1972, str. 25.

¹⁸⁴) Srov. pozn. č. 162.

¹⁸⁵) G. I. Tunkin, „Teorija...“, cit. dílo, str. 148.

¹⁸⁶) Srov. pozn. č. 163.

¹⁸⁷) G. I. Tunkin, „Teorija...“, cit. dílo, str. 148—149.

¹⁸⁸) Srov. pozn. č. 163.

dičního obecného mezinárodního práva, zejména pak teorií konsensuální; tak se také mohlo stát, že termínu „*opinio*“ autor užívá k označení konsensu.¹⁸⁹⁾ V současné historické epoše, kdy přítomnost socialismu již podstatným způsobem obsahově i funkčně změnila obecné mezinárodní právo, zejména též v důsledku prosadivšího se *jus cogens*, nemá konsensuální teorie už ani ideové opodstatnění jako ochrana před oním právem, které v minulosti bylo diktováno imperialistickými mocnostmi; naopak právě s odvoláním na tuto konsensuální teorii konstruuje např. antisovětismus pomlouvačnou tezi, podle níž SSSR uznává za závazné jen mezinárodní právo smluvní a nikoliv obecné mezinárodní právo obyčejové.¹⁹⁰⁾

(8) Dnes prověrkou opodstatněnosti toho či onoho výkladu vzniku a závaznosti mezinárodního obyčejového práva nepochybně musí být způsobilost té které teorie osvětlit to, co charakterizuje současné obecné mezinárodní právo, tedy osvětlit vznik a důvody specifické závaznosti jeho kogentních pravidel. *Jus cogens* má stejný normotvorný zdroj jako jeho normy dispozitivní. Avšak zatímco u dispozitivního práva (typicky provázeného derogovatelností působnosti jeho pravidel) je možno teoreticky postihnout i proces mechanického (územního) rozšiřování jeho účastníků, tj. s obsahem daného pravidla souhlasících států — neúčastníci se státy lze totiž pokládat za ty, které *inter se* dané pravidlo tacitně derogovaly —, u *jus cogens* je takovýto proces pojmově vyloučen. Při nepřipustnosti jeho derogace *inter partes*, kogentním nemůže být to pravidlo, které nemá obecnou platnost a pokud této obecné platnosti nepožívá či dosud nepožívá, jde jen o pravidlo partikulární. Partikulární právo pak svou povahou není ani kogentní ani dispozitivní, ježto kvalifikace za *jus dispositivum* nebo za *jus cogens* je vyhrazena jen normám obecně platným, což lze i prokázat: např. bylo-li ve dvoustranném vztahu derogováno pravidlo regionální právní úpravy, pak ukončením této derogace se automaticky nerozšiřuje působnost řečené regionální úpravy, zatímco působnost úpravy obecného mezinárodního práva *juris dispositivi* by se s ukončením derogace obnovila *ex lege*; nebo naopak při eventuálně vyhrazené nepřipustnosti derogace určité regionální právní úpravy, kde nevyhovění tomuto zákazu nečiní případné dvoustranné ujednání absolutně neplatným z důvodů protiprávnosti jeho obsahu,¹⁹¹⁾ nýbrž zakládá jen odpovědnost za

¹⁸⁹⁾ G. I. Tunkin, „Teorija...“, cit. dílo, str. 152; srov. též pozn. č. 99.

¹⁹⁰⁾ Tuto tezi kriticky zmiňuje i kolektivní Kurs meždunarodnogo prava (v šesti tomach), I, Moskva 1967, str. 182—183; tamtéž je kritizován názor Ch. de Visscher (a), v: *Théories et Réalités en Droit International Public*, Paris 1955, str. 206, podle kterého v sovětské nauce zaujímá mezinárodní obyčej druhořadé místo (*podčinennoje položenije, un rôle subordonné*) v poměru k mezinárodní smlouvě.

¹⁹¹⁾ Ve smyslu čl. 53 Vídeňské úmluvy o smluvním právu (1969); text viz: M. Potocký, *Dokumenty ke studiu mezinárodního práva a politiky*, III, Praha 1977, str. 833.

porušení dané regionální úpravy. Při případném nesplnění takto vzniklé odpovědnostní povinnosti, každý z poškozených může vůči porušiteli či porušitelům z titulu represálií individuálně neplnit co bylo regionálně upraveno; není tu tudíž třeba společného donucovacího vystoupení všech (*actio communis*), jako je tomu v případě přímého vynucování pravidla kogentního.¹⁹²⁾

Jestliže tedy — jak bylo předesláno — je za současného obecného mezinárodního práva pro opodstatněnost té které teorie obyčejového práva (výkladu jako vzniku a závaznosti) určující, do jaké míry je způsobilá osvětlit normotvorbu pravidel *juris cogentis*, jsou pak ovšem k opomenutí také ty teorie, jež podávají výklad vzniku a závaznosti obyčejového práva v době, kdy pro existenci obecného mezinárodního práva a zejména pak pro stabilizaci institutu *jus cogens* nebyly ještě vytvořeny nezbytné společenské podmínky (srov. výše sub 2). Šlo tedy v té době jen o výklad nepsaného mezinárodního práva partikulárního, čímž použití k výkladu obecného mezinárodního práva, především pak současného, nutně vede ke zkreslení důvodů jeho vzniku a závaznosti.¹⁹³⁾

Nepsané pozitivní právo partikulární bylo kdysi již velmi početné svými pravidly, avšak důvod jeho závaznosti tehdejší nauka nespatořovala v obyčeji, jako naopak činí nauka pozdější a retrospektivně i nauka současná. Staré idealisticky orientované školy jeho závaznost odvozovaly od apriorní *lex divina* a později od jejího sekularisovaného výrazu v *lex naturalis* (výše sub 1), přičemž pro obě školy bylo typické, že je společenská podmíněnost tohoto nadstavbového jevu vůbec nezajímala. Přes empirický program i nastupující pozitivismus omezil svou pozornost pouze na právní formu, s níž spojuje důvody vzniku a závaznosti mezinárodního práva, a společenskou podmíněnost jeho závaznosti chápal spíše jako pohnutky suverénu, jež — jakožto „vyšší“ — jsou nezpůsobilé k posuzování jednotlivců — autorů pozitivistické nauky.¹⁹⁴⁾ Ježto v pohledu pozitivistické školy norma mezinárodního pozitivního práva svou platnost už neodvozovala od normy nadřazené (božské či přirozené), nezbylo než právě s a m u f o r m u označit za zdroj či pramen její závaznosti. Propracována podle teoretické před-

¹⁹²⁾ Srov. Č. Čepelka - Vl. David, „Úvod...“, *op. cit.*, str. 137—138.

¹⁹³⁾ V čs. odborné literatuře poprvé a záslužně na to upozornil J. Danisz, ve stati: Obyčej v nauce práva mezinárodního, *Právník* 12/1972, str. 1123 a násl., a ve stati: Normotvorba kogentního práva mezinárodního (obyčejonormotvorná procedura), *Právník* 11/1973, str. 1022 a násl. Argumenty proti konsensuální teorii čerpá zde zejména z práce V. Knappa, *Filosofické problémy socialistického práva* (1967), a to s odůvodněním, že tam (V. Knappem) analyzované obecné pojmy právní — konkrétně pojem právního vědomí — lze aplikovat i v právu mezinárodním v problematice obyčejonormotvorné procedury (*Právník* 11/1973, str. 1028). Myšlenkové velmi bohaté a podnětné statě J. Danisze neznehodnocuje ani málo doložený autorův názor, podle kterého — v duchu normativistické školy — má tvorba obyčejového práva předepsanou proceduru vzniku, předepsanou samotnými normami obecného mezinárodního práva (*Právník* 11/1973, str. 1031 a násl.).

¹⁹⁴⁾ Srov. Č. Čepelka - Vl. David, „Úvod...“, *op. cit.*, str. 72 a násl.

lohy vnitrostátního práva — v té době již institucionálně vyvinutého, avšak též s vědomým opomenutím, že zde závaznost formy práva určuje *persona potentior* —, je pak konsensus jako důvod závaznosti v mezinárodním právu povýšen na jediného původce této normativní nadstavby, a její forma, již je právo vyjádřeno, označena za vlastní pramen — formální pramen — veškerého mezinárodního práva psaného [smluvního] i nepsaného [obyčejového]. I pro pozitivismus bylo tedy nepodstatné, že každý projev vůle státu být vázán je determinován společenskými okolnostmi, tedy i ten projev vůle, který je obsažen v konkludentním jednání účastníků tacitní smlouvy, již tato škola osvětlovala vznik a důvod závaznosti tehdejšího obyčejového práva (partikulárního).

Tyto determinující společenské okolnosti jsou dány především mocenskými poměry vedle sebe žijících (sousedících) států, v důsledku čehož pak mocenské faktory jsou též oním skutečným důvodem závaznosti právního pravidla (jeho obsahu) jakožto nadstavbového výrazu dané společenské reality. Není to tudíž sama forma, která zavazuje, nýbrž v té které normotvorné formě (právní, tj. smluvní či obyčejové) vyjádřená společenskopolitická realita je tu určující pro vznik i trvání závaznosti toho, co z této reality bylo danou formou (normotvornou) uchopeno a stipulováno v obsahu normy právní.

Právní normu (její obsah) dlužno chápati jako celek a nikoliv jen s omezením na obsah její dispozice — na tu část normy, vyjadřující oprávnění a povinnosti —, a opomíjeti hypotézu a sankci právní normy. Je specifickým koordinačním povahy mezinárodního práva (*a contrario* subordináčním u práva vnitrostátního), že právě hypotéza jeho norem zahrnuje v abstraktním vyjádření i společenskopolitické okolnosti, za nichž se daná oprávnění a korelativní povinnosti realizují, a jsou to opět tyto společenskopolitické okolnosti, které určují povahu i intenzitu následku — sankce, jež nastupuje, jestliže dispozice normy realizována nebyla. S objektivní nerovnoměrností vývoje kapitalismu se právě obsah hypotézy norem tehdy (v době rozvoje kapitalismu) již existujících pozitivně právních partikularismů tak výrazně měnil, že se do dnešních dnů zachoval jen nepatrný zbytek tohoto dřívějšího nepsaného (obyčejového) práva partikulárního, a to obvykle s omezením na otázky právní úpravy některých sousedských vztahů suverénů. Ve většině případů rychle se měnící společenskopolitické podmínky vyžadovaly naopak přijmout *inter partes* úpravu novou, a to ve formě způsobilější pohotově reagovat, čemuž vyhovuje více forma smluvní (byť zjednodušená, tedy např. i tacitní — konkludentní), než relativně zdlouhavá a mnohdy neurčitostí provázená forma obyčejová.

Jestliže konsensuální teorie v době vrcholu pozitivismu prokazovala právní formu — jakožto normotvorný zdroj nepsaného (obyčejového) prá-

va — skutečným konkludentním jednáním účastníků partikulární úpravy, pak později při zdůvodňování vzniku a závaznosti obecného mezinárodního práva obyčejového, konkludentní chování a jím projevenou normotvornou vůli států tato teorie už jen předpokládá. Tím proto opouští empirii, vrací se v podstatě ke spekulativním výkladům starších škol, čímž doktrinární produkci pozitivismu v období jeho ústupu poznamenává i pokles dosavadní autority. Pracovní výsledky pozitivistické nauky už nejsou vždy spolehlivou evidencí („pramenem poznání“) toho, co obecně platným právem skutečně jest, ježto pomocí presumpce společného konsensu je ochotna kvalifikovat za obecně platný i obyčejový partikularismus a své úvahy *de lege ferenda* — své názory o tom, co by obecně platným mělo být — zaměňuje tak za *lex lata generalis*.

Pozdější, ale také méně vžitá pozitivistická teorie nepsaného práva — výrazně již odlišující obyczaj od smlouvy —, v návaznosti na tzv. autolimitativní chápání mezinárodního práva, podmiňuje vznik a závaznost obyčejových norem u z n á n í m ze strany státu, jenž danou normou má být vázán. Tento výklad z jiného důvodu zůstává nezpůsobilým osvětlit vznik a závaznost obecného mezinárodního práva a tím také obyčejový zrod dnešních kogentních norem. I tato teorie „uznání“ (*Anerkennungstheorie*) vychází totiž z apriorismu právní formy, jíž normotvůrci musí výhovět tím, že formálně uznají již existující pravidlo (*usus*) za pravidlo právní; nejde tu tedy o uznání dané společenskopolitické reality, jíž se v právní normě dostává nadstavbového výrazu.

Jestliže je stát právně vázán jen tou normou, jíž za právní uznává, pak je ovšem i teorie „uznání“ (stejně jako konsensuální) jen výkladem vzniku a závaznosti práva partikulárního, a nikoliv obecně platného. V důsledku toho je tato teorie též nezpůsobilou osvětlit vznik norem kogentních, neboť *jus cogens* jako normativní výraz přítomnosti socialistické soustavy v mezinárodním společenství neodvisí totiž od formálního uznání ze strany kapitalistických států. Jak už bylo řečeno, dnes nemůže jít o otázku uznání té které normy, o jejíž ustálení se socialistické státy svou společenskou a mocenskou vahou zasadily, nýbrž o (objektivní nezbytností podmíněné) uznání současné reality mezinárodních vztahů, jež jsou již výrazně charakterizovány známým vzájemným poměrem sil mezi socialismem a kapitalismem.

(9) Přehlížením materiálních pramenů a jejich pojmovým separováním od formálních pramenů mezinárodního práva, jež ve své době odpovídalo pozitivistickému nazírání, nelze tedy teoreticky zdůvodnit vznik (závaznost) obecně platných norem, zejména ne *jus cogens* současného obecného mezinárodního práva. I právo smluvní (jeho obsah) je determinováno společenskopolitickými okolnostmi, za nichž dochází k projevu vůle států

být danou smlouvou vázán. Povědomí této reality provází státy už při aktu uzavření smlouvy, neboť to, že se státy konsensem zavazují, neděje se bez příčinné podmíněnosti. Stejně tak i to, k čemu se státy zavazují, není věcí libovůle či fatalismu. Proto také součástí obsahu z konsensu vzešlé normy jsou i společenskopolitické okolnosti (v abstraktní podobě vyjádřené v hypotéze), na nichž se realizují oprávnění a jemu v korelaci odpovídající povinnost, zakotvené v dispozici té které normy; normotvorci jsou tu sami suverénové a proto (na rozdíl od práva vnitrostátního) je obsahové vymezení hypotézy dané normy vždy výlučně věcí subjektů této normy.

Tato charakteristika smluvně právních norem platí i pro právo obyčejové, jakkoli se smlouva od obyčeje v zásadě liší. Chování normou předvídané je u smluvního práva realizováno až po té, kdy došlo k normu vytvářející (normotvorné) skutečnosti, tj. ke konsensu, zatímco u obyčejového práva chování států (*usus*) onu normotvornou skutečnost — ještě s dalším konstitutivním faktorem (viz níže) — spoluvytváří.¹⁹⁵⁾ Avšak ne každý *usus* — praxe států — je normotvorným faktorem, nýbrž jen ten *usus*, který je ze strany států provázen povědomím společensky podmíněné nezbytnosti, tzn. uvědoměním si neblahých následků, jež by provázely chování naopak odlišné; pokud poznání dané společenské podmíněnosti nevede k přesvědčení, že odlišné chování vyvolá neblahý následek, tj. sankci — jde-li o poznání též správné —, pak toto chování zakládá naopak *usus* nový.

Povědomí nezbytnosti (společensky podmíněné) určitého chování je tedy dalším samostatným normotvorným faktorem — psychickým, *opinio necessitatis*¹⁹⁶⁾ —, který spolu s vlastním chováním států (*usus*, materiální faktor) vytvářejí normotvornou skutečnost, tj. obyčej. A jako je normotvornou skutečností smluvní normy konsensus, je naopak obyčej normotvornou skutečností, vytvářející pravidlo obyčejové. Tam, kde konsensus

¹⁹⁵⁾ *Usus* tu má konstitutivní povahu, a to na rozdíl od pojetí konsensuální teorie, kde je *usus* jen deklaratorního významu, ježto je pouhým důkazem předpokládaného konsensu. Srov. např. Louis Le Fur, *Règles générales du droit de la paix*, Recueil des Cours, Académie de droit international, 54, 1935/IV., str. 197: „... le droit coutumier n'est pas créé par l'usage constant et général, car l'usage présuppose l'existence d'une règle juridique obligatoire; il la constate simplement, en se soumettant à elle.“

¹⁹⁶⁾ Toto na rozdíl od pojetí konsensuální teorie, přisuzující usu charakter důkazu o existenci předpokládaného konsensu, kterážto teorie pokládá *opinio juris sive necessitatis* za sám — právní akt vytvářející — konsens, rovněž ovšem předpokládaný; srov. též pozn. č. 99.

V konsensuálním duchu viz dále Bin Cheng, *United Nations Resolutions on Outer Space: „Instant“ International Customary Law?*, *The Indian Journal of International Law*, vol. 5, 1965, str. 36: „... international customary law has in reality only one constitutive element, the *opinio juris*. ... It is true that in the case of a rule without usage, objection might be taken to the use of the term custom or customary. But whether in such a case one speaks of international customary law or an unwritten rule of international law becomes purely a matter of terminology.“

je univerzální, zakládá tato normotvorná skutečnost (pojmově) smluvní normu univerzálně platnou. Naproti tomu tam, kde obyčej spoluvytvářejí jednak *usus generalis*, jednak *opinio necessitatis generalis*, je pak takový obecně ustálený obyčej normotvorbou obecného mezinárodního práva obyčejového.^{169a)}

Jestliže obecně ustálené chování, provázené povědomím společensky determinované nezbytnosti, je výrazem poznání objektivních zákonitostí vývoje mezinárodních vztahů, určovaného stále výrazněji socialistickou soustavou, zejména též jejím mocenským potenciálem (v nejširším smyslu) — jakkoli by toto poznání bylo buď neuvědomělé či dokonce nechtěné —, a provázeli-li toto poznání též přesvědčení, že koexistování — byť historicky podmíněné — obou společenských řádů je jedinou alternativou oproti riziku zániku současné civilizace vůbec, je pak naplněn i proces stabilizace kogentních pravidel současného obecného mezinárodního práva; tam, kde poznané riziko je menší, tam také proces obyčejové normotvorby *juris cogentis* je též pomalejší.¹⁹⁷⁾

Jus cogens jako normativní výraz socialistické přítomnosti v současném mezinárodním společenství vyjadřuje tak — úměrně se zvyšující se mocenskou způsobilostí socialistické soustavy — pro vládnoucí třídy kapitalistických států jen objektivní nutnost — nikoliv tedy třídní zájem — smířovat se s historickým vývojem (jakkoli s pokusy o jeho zvrát), jež v současné epoše života lidstva socialismus naplňuje. V důsledku toho má *jus cogens* i jednoznačný socialistický společenský charakter a představuje tak obecně platné normy socialistického mezinárodního práva. *Jus dispositivum* má naopak společenský charakter smíšený, ježto je výrazem třídního kompromisu tam, kde zájmy vládnoucích tříd nevedou k vytvoření třídně monolitního práva partikulárního: partikulárního práva socialistického na straně jedné a partikulárního práva kapitalistického na straně druhé.

^{136a)} Srov. poznámku č. 209.

¹⁹⁷⁾ Srov. Č. Čepelka - Vl. David, „Úvod...“, cit. dílo, str. 18 a násl.

III/ Nepsané právo mezinárodní v poměru k právu psanému

Smluvní pojetí obyčejové normotvorby, zastávané v čs. odborné literatuře — V. I. Outrata dokonce mluví o „smluvní povaze“ obyčejových norem¹⁹⁸⁾ —, vede v naší nauce k favorisování smlouvy před obyčejem nejen z důvodů axiologického rozdílu mezi výslovným projevem vůle u smlouvy (písemné) a tichým souhlasem, předpokládaným u norem práva obyčejového, ale též z důvodů vlastního poznávání práva — jeho obsahu: přesnost psaných norem smluvního práva je označována za spolehlivější základ pro právní regulaci vztahů mezi státy.¹⁹⁹⁾

(1) Zdánlivá logičnost tohoto konstatování, že psané právo je „lepší“ než právo nepsané (úsudek, který by nikdy nevyslovil anglosaský právník), vede však v čs. nauce i k závažným nelogičnostem, ba k nežádoucím závěrům, jsou-li obě formy mezinárodního práva, tj. smluvní a obyčejová, odlišovány jen tím, že první je dána výslovným souhlasem a druhá souhlasem tichým a nadto jen předpokládaným.²⁰⁰⁾

Nerespektuje-li se totiž zásadní rozdíl ve způsobu normotvorby — obyčejové na jedné straně a smluvní na straně druhé —, pak nejen pojmově splývá obyčej se smlouvou, s tacitně uzavřenou smlouvou, ale v důsledku toho splývá vjedno i kategorie obecného mezinárodního práva s mezinárodním právem partikulárním. Jestliže se totiž obyčej, jakožto typická forma obecného mezinárodního práva, kvalifikuje jako pouhá tacitní smlouva a přitom smlouva vůbec (ať tacitní, ať výslovná) je typickou formou partikulárního mezinárodního práva, pak mezi oběma druhy pravidel se nevidí žádného (kromě pouhého počtu účastníků) podstatnějšího kvalitativního rozdílu. Ve svých důsledcích to pak znamená, že obsah partikulárního pravidla (tedy smluvního) se nemůže s obsahem obecně platného pravidla (domněle rovněž smluvní povahy) rozcházet;²⁰¹⁾ tím všechna pravidla mezinárodního práva vytvářejí jakýsi homogenní sy-

¹⁹⁸⁾ Srov. např. V. I. Outrata, recenze knihy G. I. Tunkina, *Voprosy teorii mezhdunarodnogo prava*, Moskva 1962, v: *Časopis pro mezinárodní právo* 1963, str. 75 a násl.

¹⁹⁹⁾ Srov. pozn. č. 32.

²⁰⁰⁾ Srov. pozn. č. 49 a 50.

²⁰¹⁾ Srov. pozn. č. 13.

stém, jakési mezinárodní právo *v ů b e c*, jehož normy zavazují jen kvantitativně méně anebo více států — potenciálně všechny státy. Nevidí se zejména, že na jedné straně je obecné mezinárodní právo — tedy právní řád mezinárodní — se svými kogentními a dispozitivními normami, a na druhé straně partikulární právo, jehož normy buď *inter partes* vyloučily z působnosti úpravu obecně platnou (dispozitivní), aniž však její pravidla jakožto obecně platná zrušily, nebo tyto partikulární normy stanoví úpravu jdoucí nad obsahový rámec existující úpravy obecně platné, tedy v otázkách, které obecné mezinárodní právo neupravilo či dosud neupravilo.

Závažné důsledky v naší nauce takto rovnocenně pojímaných pravidel mezinárodního práva, tedy bez zásadního rozlišování obecně platných oproti partikulárním, jsou zejména patrné při traktování institutu kodifikace. Např. V l. O u t r a t a s odvoláním na rovnocennost obou forem mezinárodního práva (smlouvy a obyčeje, jemuž přisuzuje smluvní povahu)²⁰²⁾ a s dovoláním se zásady *lex posterier derogat priori*, uvádí, že v poměru mezi signatáři kodifikační smlouvy se ruší starší právní obyčej a zakládá se nové obecné mezinárodní právo.²⁰³⁾ Stejně i M. P o t o č n ý uvádí, že kodifikační smlouva „nahrazuje mezinárodní obyčej vůbec a tvoří nové obecné mezinárodní právo“.²⁰⁴⁾ Takovýto názor je nežádoucí zejména tam, kde by šlo o kodifikaci obecného mezinárodního práva kogentního.

Jestliže by se totiž mezi signatáři kodifikační smlouvy starší obyčejová úprava zrušila, pak by se ovšem zrušily i její kogentní normy, neboť kodifikační smlouvy pro svou platnost nevyžadují univerzálnosti, jíž oba (výše citovaní) autoři v této souvislosti mylně předpokládají. Z původní obecně platné kogentní úpravy by se tak — při běžném nedostatku univerzálnosti v přijímání kodifikace — vytvořily dvě paralelně existující partikulární úpravy: jedna by byla smluvní povahy pro účastníky kodifikace, druhá by naopak zůstala obyčejovou pro státy neúčastnické, jakož i pro relaci mezi těmito neúčastněnými státy a účastníky kodifikace, avšak žádná z těchto úprav — právě v důsledku takto vzniklých partikularismů — by už nemohla být kogentní povahy (srov. výše). Stejně negativní by byla situace v případě, kdy signatární stát z kodifikační smlouvy vystoupí, ježto právě možnost ze závazků se vyvázat, a tím pro sebe platnost závazku zrušit, souvisí se smluvní formou, nikoliv tedy s obyčejovou;²⁰⁵⁾ např. proto, že došlo ke změně obsahu hypotézy, s níž už nekoin-

²⁰²⁾ Srov. pozn. č. 198.

²⁰³⁾ V l. O u t r a t a, Mezinárodní právo veřejné, cit. dílo, str. 26.

²⁰⁴⁾ M. P o t o č n ý, Mezinárodní právo veřejné, cit. dílo, str. 59.

²⁰⁵⁾ V případě, kdy státy partikulární úpravou derogují obecně platnou úpravu dispozitivní povahy, jde jen o suspendování závazků plynoucích z obecného mezinárodního práva, a to po dobu platnosti takovéto derogace *inter partes*. Po ukončení

cidují dispozice, stipulované v dané kodifikační smlouvě (*clausula rebus sic stantibus*). Při doktrinárně předpokládaném zrušení — aktem kodifikace — původní obyčejové úpravy, toto vyvázání signatáře či signatářů znamená nikoliv už jeho (jejich) pokračující podřízení obyčejové úpravě — ježto mezi tím byla kodifikací domněle zrušena — nýbrž naopak vstup do volnostní sféry, tedy do vztahů mezinárodním právem vůbec neregulovaných. Je zcela evidentní jak závažné by to bylo v případě, kdyby se takto — s dovoláním se *rebus sic stantibus* — stát vyvázal ze smlouvy, kodifikujícího zákaz uchylování se k ozbrojené síle, nebo kdyby tak učinilo dokonce států vícero. To si zřejmě uvědomuje i M. Potočný, když na jiném místě své učebnice uvádí, že „eventuálním nepřijetím takových (kodifikačních) úmluv všemi státy neztrácí ovšem... pravidla svou kogentní povahu, pokud tyto úmluvy jsou... kodifikací platného obyčejového práva“,²⁰⁶⁾ aniž přitom ale vysvětluje, proč jindy — jak výše uvedeno — se kodifikací „nahrazuje mezinárodní obyčej vůbec“.²⁰⁷⁾

U kodifikace obecného mezinárodního práva je podstata diskutovaného problému nikoliv v otázce pouhé „pojmové rovnocennosti“ obyčeje a smlouvy, takže by se jejich poměr řídil zásadou *lex posterior derogat priori*. Kodifikační úmluvy, pro jejichž platnost postačí — jak známo — i omezený počet účastnických států (např. u kodifikace práva moře, stejně jako u kodifikace diplomatického a konzulárního práva se stanovilo 22 ratifikujících států, u smluvního práva 35 ratifikujících), nikterak nenahrazují existující obecně platné obyčejové právo, nýbrž pouze doplňují jeho dosavadní nezávazný výklad — podávaný judikaturou a naukou — o závazný výklad, závazný proto, že je zakotven ve smlouvě, avšak závazný také jen pro účastnické státy dané kodifikační úmluvy.²⁰⁸⁾

Námítka, že na smlouvě založená závaznost výkladu obecného mezinárodního práva se „prakticky“ rovná nahrazení — pro účastníky kodifikace — nepsaného práva právem psaným, je neopodstatněná nejen v případě, kdy jde o kodifikaci pravidla *juris cogentis*; zde v důsledku nedostatku univerzálnosti v přijetí dané kodifikace by byla obecná závaznost daného kogentního pravidla nepřipustně zredukována na partikulární. Kogentní normu lze změnit či zrušit jen novou normou obecného mezinárodního práva stejné povahy (čl. 53 Vídeňské úmluvy o smluvním právu, 1969), což v případě smluvní formy naplňuje až norma univerzálně

platnosti daného partikularismu se *ex lege* obnovuje působnost obecné právní úpravy — automaticky se „oživuje“ jakožto *jus vivum* —, zatímco k případnému obnovení smluvně právního závazku, ze kterého se stát předtím vyvázal, je třeba vždy nového normotvorného konsensu; zaniklý závazek se tu obnovuje *ex contractu*.

²⁰⁶⁾ M. Potočný, cit. dílo, str. 75.

²⁰⁷⁾ M. Potočný, tamtéž, str. 59.

²⁰⁸⁾ Č. Čepelka - Vl. David, „Úvod...“, cit. dílo, str. 108 a násl.

přijatá;²⁰⁹⁾ smlouva, která by pro nedostatek univerzálnosti nechala některý stát vně kodifikačního závazku, je pak postižena absolutní neplatností ve smyslu citovaného čl. 53, což by postihlo všechny dosud existující kodifikační úmluvy, neboť každá pro svůj vstup v platnost stanoví požadavek poměrně malého počtu ratifikujících států.

Řečená námitka motivovaná practicismem (viz výše) je však neopodstatněná i pokud jde o kodifikaci dispozitivního obecného mezinárodního práva. Jeho obecná platnost není totiž nijak dotčena tím, že státy mohou *inter partes* přijmout úpravu odlišnou, neboť tu dochází jen k partikulárnímu suspendování působnosti tohoto obecného mezinárodního práva, nikoliv tedy ke zrušení obecné platnosti jeho pravidel a k jejich nahrazení méně- či vícestrannými partikulárními úpravami. Totéž lze pak říci i o kodifikační smlouvě, která nedosáhla univerzálnosti. I v tomto případě — byť by počet účastníků kodifikace byl i relativně vysoký —, jde opět o partikularismus, jímž nelze zrušit či nahradit obecně platné pravidlo nejen tehdy, kdy jde o kogentní normy, nýbrž vůbec, tedy i pokud jde o dispozitivní pravidla obecného mezinárodního práva.

Jakkoli je tu tedy mezi obyčejovým pravidlem a smluvním pravidlem rovnocennost co do právní síly — obyčejová pravidla nemají vyšší právní sílu oproti smluvním pravidlům a naopak — přesto se tu neaplikuje zásada *lex posterior derogat priori*, neboť tu zůstává rozdíl v prostorové působnosti: obecně platná pravidla obyčejová nelze nahradit partikulární smluvní úpravou, kteroužto povahu má každá kodifikační smlouva, která nedosáhla plné univerzálnosti. Pouhá skutečnost, že kodifikační smlouva je právo psané, nestačí jako argument, jímž by bylo možno zdůvodnit zrušení obecně platného práva nepsaného, i kdyby počet účastníků byl sebevětší. A tak pouze nesporná univerzálně přijatá kodifikační smlouva umožňuje aplikovat *lex posterior derogat priori*, čímž jen takováto kodifikace je s to zrušit nejen obecně platnou obyčejovou úpravu totožného obsahu, ale i obecně platnou úpravu s obsahem odlišným.

O zcela jinou situaci jde tedy, kdy kodifikační úmluvou dochází také k rozvoji mezinárodního práva, tj. vedle zakotvení obsahu obyčejových pravidel do písemné formy se též — zejména v zájmu ucelenosti jejich systematického uspořádání — vytváří p r á v o n o v é. Zatímco v prvním případě jde o písemné vyjádření již existujícího obecného mezinárodního práva nepsaného, jde v druhém případě o normotvorbu zcela původní.

²⁰⁹⁾ Vzhledem k tomu, že smlouva nezakládá práva a povinnosti pro třetí státy bez jejich souhlasu — srov. čl. 35 a 36 Vídeňské úmluvy o smluvním právu (1969) — může pravidla obecného mezinárodního práva obyčejového změnit nebo zrušit jen smlouva univerzální, tj. taková, již přijali absolutně všichni členové mezinárodního společenství. K obecné platnosti obyčejového pravidla naopak stačí — vzhledem k zásadně odlišné normotvorbě — jeho přijetí naprostou většinou států, čítaje v to všechny mocensky určující státy — velmoci.

Takováto normotvorba provází v menším či větším rozsahu²¹⁰⁾ každou kodifikační úmluvu. Proto se též termínu „kodifikace“ užívá v širším smyslu, tj. k vyjádření (1) nejen vlastního písemného zachycení — v určitém uspořádání — již existujícího obyčeje (potud se mluví o kodifikaci v užším či technickém smyslu, čímž se rozumí inkorporování obyčejového práva do písemné formy), ale (2) spolu s tím — a vždy jen v této spojitosti — se též termínu „kodifikace“ užívá k označení tvorby práva nového. Ač tedy kodifikační úmluva 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 této úmluvy 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; tato nová normotvorba nemá však vůči neúčastnickým státům žádnou působnost.

Není však nikterak ojedinělým jevem, že nové právní pravidlo, obsažené v kodifikační úmluvě, je dodatečně převzato do právní praxe i nesignatárními státy, a to cestou partikulární obyčejové normotvorby, čímž však pro tyto státy je písemné znění daného pravidla už jen nezávazným jeho výkladem, tedy na stejné úrovni s výkladem podávaným judikaturou a doktrinou. A právě tato skutečnost — tedy neexistence závazného výkladu takto obyčejově ustáleného jednotlivého pravidla, vzeshlého z podnětu provedené kodifikace určitého úseku právní regulace mezinárodních vztahů — může vést i ke vzniku partikularismů s různým obsahem právní úpravy: jednu z nich představuje úprava obsažená v kodifikační úmluvě s platností jen mezi signatáři této úpravy; druhou úpravou je pak ta, která se z podnětu dané kodifikace obyčejově ustálila mezi nesignatárními státy, případně též v relaci mezi signatáři a nesignatáři, a pro níž závazný výklad neexistuje.²¹¹⁾

Tyto obsahově odlišné partikularismy přetrvávají tak dlouho, dokud obsah pravidla vzeshlého z obyčeje se neustálí obecně, anebo dokud pravidlo nově stanovené kodifikační úmluvou nenabude platnosti jako univerzální smlouva. Jelikož druhá eventualita je běžně nereálnou, neboť univerzálně platná kodifikační úmluva by mohla být v praxi spíše výjimkou než obvyklostí, je možno počítat s tím, že se jako obecně platné pravidlo dříve prosadí úprava obyčejového partikularismu.²¹²⁾ Jestliže se takto

²¹⁰⁾ Např. u Vídeňské úmluvy o diplomatických stycích (1961) je případ rozvoje mezinárodního práva ojedinělým, srov. čl. 40 — viz V. I. Outrata, *Dokumenty ke studiu mezinárodního práva a politiky*, II, Praha 1965, str. 705; naopak u Vídeňské úmluvy o smluvním právu (1969) je takovýchto případů rozvoje velký počet.

²¹¹⁾ Podnět k obyčejonormotvorbě může vzejít i z kodifikační úmluvy, která dosud v platnost nevstoupila nebo je dosud ve stádiu příprav (např. úmluva o odpovědnosti států).

²¹²⁾ Obyčejový partikularismus je vůbec jevem ojedinělým [nikoliv však v minulosti, tj. před vznikem obecného mezinárodního práva] a zejména též přechodným.

obyčejový partikularismus prosadí a jeho obsah se stane obecně závazným, pak ovšem též ztrácí vlastní smluvní pravidlo — zakotvené v kodifikační úmluvě — svou dosavadní působnost, jakkoli nadále formálně platí, tj. stane se mrtvou literou bez normativní schopnosti.²¹³⁾

Z této analýzy vztahů mezi kodifikací v užším smyslu a ji provázejícím rozvojem mezinárodního práva, ke kterémužto rozvoji dochází stanovením určitých nových pravidel v kodifikační úmluvě (již označujeme za kodifikaci v širším smyslu), je patrné, že tu jde opět o relaci mezi partikulárním mezinárodním právem a obecným mezinárodním právem, a nikoliv o otázku formulovanou M. Potočným,²¹⁴⁾ že psané normy jsou spolehlivějším základem pro regulaci mezistátních vztahů než normy nepsané, zejména též mezi státy odlišných soustav. Obecné mezinárodní právo kodifikací tedy neztrácí svou obecnou platnost, a neztrácí ji ani tím, že jeho písemné zachycení má jen partikulární platnost (při běžném nedostatku univerzálnosti kodifikací), neboť tuto partikulární platnost má zde jen **závazný výklad** obecného mezinárodního práva.

Naproti tomu nové pravidlo, jež je v kodifikační úmluvě příspěvkem k rozvoji mezinárodního práva, je tak dlouho partikularismem (při též běžném nedostatku univerzálnosti kodifikace), dokud jeho obsahu nenabude obecné platnosti obyčejovou cestou. Tím ovšem důvodem jeho obecné závaznosti už není kodifikační úmluva, nýbrž naopak obyčejonormotvorba. Je proto mylný názor M. Potočného, že kodifikací mezinárodního práva „se rozumí... — a to především — formulování *nových pravidel, pokrokový rozvoj* celých právních odvětví... *v písemné formě*“,²¹⁵⁾ neboť tento názor chybně počítá s nereál-

Tato přechodnost je dána tím, že je jakýmsi mezistupněm v procesu obyčejonormotvorné stabilizace, než dosáhne obecné platnosti. Tento mezistupeň je však už obyčejonormotvorný, a to na rozdíl od konkludentním chováním uzavřené tacitní smlouvy. Pro tacitní smlouvu je charakteristická nejen určitost v projevu vůle být vázán, již lze bezpečně prokázat ze vzájemného chování států, ale též určitost samotných těchto kontraktujících států. Naopak pro obyčej charakteristické normotvorné elementy (*usus, opinio necessitatis*) jsou dány i neurčitým počtem případů, jde-li současně též o počet převažující, který u obecného mezinárodního práva zahrnuje i všechny mocensky určující státy (velmoci). To právě obyčejový partikularismus postrádá, čímž je dána i jeho přechodnost. Trvalé partikularismy regionální povahy, spojené s určitou světovou oblastí v důsledku podobnosti historického vývoje a užší příbuznosti kulturní mezi státy dané oblasti — např. latinskoamerické —, jsou dnes povětšinou už písemně zakotveny; např. diplomatický azyl, srov. Č. Čepelka - Vl. David, Úvod do mezinárodního práva, 1978, str. 203.

²¹³⁾ Případ mrtvé litery bez normativní schopnosti může však nastat i tehdy, kdy kodifikační úmluva k účelům závazného výkladu nevyjadřuje správně obsah zde inkorporovaného obecně platného pravidla obyčejového. Pokud kodifikační úmluva čeká na svůj vstup v platnost a takovouto potenciálně mrtvou literou je zde inkorporované pravidlo, které má profilující význam, může právě tato skutečnost být důvodem nejen zdlouhavosti ratifikačního řízení, ale případně i nevstoupení v platnost vůbec; takové riziko podstoupila Vídeňská úmluva o smluvním právu (1969), zejména vzhledem k formulaci textu čl. 52 a 53 (v platnosti až od r. 1980).

²¹⁴⁾ Srov. M. Potočný, Mezinárodní právo veřejné, Praha 1978, str. 55.

²¹⁵⁾ Srov. M. Potočný, tamtéž, str. 84—85.

nem, totiž s domnělou univerzální platností kodifikačních úmluv. Mezi obyčejem obecně platným a smlouvou, která nedosáhla univerzální platnosti, nemůže také jít — jak se M. P o t o č n ý opět mylně domnívá — o „dvě spojené nádoby“, z nichž se „obsah mezinárodního práva... opětovně přelévána z jedné jeho formy do druhé“.²¹⁶⁾ Pravidla obecného mezinárodního práva obyčejového mohou být pojmově nahrazena — v duchu zásady *lex posterior derogat priori* — jen univerzálně platnou pozdější smlouvou, nikoliv však pozdější partikulární smlouvou, již běžně právě představují dosavadní výsledky kodifikace *legis latae*.

(2) Ač v čs. nauce mezinárodního práva je běžné prisuzovat obyčejové (nepsané) úpravě povahu smluvní, čímž se pak pojmově stává rovnocennou s výslovnou smluvní úpravou, tedy rovnocennou se stává i obecně platná úprava s partikulární, a současně je této výslovně smluvené úpravě před nepsanou dávana přednost z důvodů hodnotových — právě pro její výslovnost, postrádá toto u nás zastávané typické pozitivistické nazírání logickou důslednost. Je to též patrné na institutu „zásady mezinárodního práva“, s nímž se v čs. literatuře běžně pracuje, byť pojem sám zůstává málo osvětlen, zejména též proto, že termín „zásada“ je evidentním homonymem. Na to poukázal už V l. O u t r a t a, jenž u nás jako první pojem „zásady mezinárodního práva“ zanalyzoval,²¹⁷⁾ přičemž se však sám též určitého směřování významů dopustil.²¹⁸⁾

Z některých O u t r a t o v ý c h úvah, jimiž charakterizuje obecné zásady mezinárodního práva — např. jako „obecné ideje, které se vyjadřují v celém právu mezinárodním v tom smyslu, že konkrétní právní pravidla... jsou jen zvláštním vyjádřením dané zásady na určitou kategorii mezistátních vztahů“²¹⁹⁾ — je později dovozována zjevná nadřazenost zásad oproti normám, tedy též obecných zásad mezinárodního práva oproti normám obecného mezinárodního práva; k těmto cíli se často též používá jen slovního obratu v ustáleném pořadí „zásady a normy“.²²⁰⁾ V tomto směru u nás nejdále dospěl M. P o t o č n ý, když uvádí, že „obecná zásada (mezinárodního práva) je... normativním východiskem, jakýmsi ústavním zákonem, z něhož odvozují svou platnost (sic!) další

²¹⁶⁾ Srov. M. P o t o č n ý, tamtéž, str. 59—60.

²¹⁷⁾ Srov. V l. O u t r a t a, K pojmu obecných a základních zásad mezinárodního práva, Časopis pro mezinárodní právo, 1961, č. 3, str. 177 a násl.; V l. O u t r a t a, K otázce formulace právních zásad pokojného soužití, Časopis pro mezinárodní právo, 1962, str. 210 a násl.

²¹⁸⁾ Kriticky k tomu srov. Č. Č e p e l k a, K pojmu „zásady“ mezinárodního práva, Acta Universitatis Carolinae, Iuridica 1975, No 1, str. 17 a násl.

²¹⁹⁾ V l. O u t r a t a, K pojmu obecných a základních zásad mezinárodního práva, cit. dílo, str. 179.

²²⁰⁾ Srov. např. V l. K o p a l, Nové rysy mezinárodního práva ve vztazích socialistických států, ve sborníku: „Nové rysy mezinárodního práva ve vztazích socialistických států“, Praha 1977, str. 10 a násl.

později vzniklé konkrétní normy, podobně jako odvozují svou platnost speciální zákony a předpisy vnitrostátního práva od ústavy“.²²¹⁾

Avšak kromě nezvyklé — v науce mezinárodního práva — argumentace pomocí analogie s právem vnitrostátním, M. P o t o č n ý nemá žádného dalšího zdůvodnění pro svůj odvážný závěr o nadřazenosti zásad mezinárodního práva nad jeho normami, ba spíše se sám popírá. Na jiném místě totiž — když znovu nepřesvědčivě srovnává mezinárodní právo a jeho vývoj s vývojem vnitrostátního práva („mezinárodní právo prochází... obdobným vývojem, jakým prošlo právo vnitrostátní“²²²⁾ — konstatuje, že obecné zásady jsou obyčejového původu, neboť obyčej „je podle své povahy spíše schopen zachytit obecné zásady mezistátních vztahů než podrobná a složitá pravidla, jaká si soudobé mezistátní vztahy... vyžadují“.²²³⁾ Jestliže je pravda, že zásady mezinárodního práva jsou obyčejového původu, tj. jde o pravidla nepsaná, pak ovšem současně nemůže být pravdivá P o t o č n é h o definice těchto zásad: uvádí ve své učebnici, že zásady jsou pravidla, kde práva a povinnosti jsou *obecně formulovány* (*sic!*), zatímco normy jsou pravidla, kde práva a povinnosti jsou konkrétně formulovány.²²⁴⁾ Nejen že tu tedy není vysvětleno, jak student má poznat obecně formulovaný obsah u práva nepsaného, ale hlavně tu chybí vysvětlení, jak toto nepsané pravidlo s „obecně formulovaným“ obsahem vzniká tacitní smlouvou, zejména pak jak předpokládané konkludentní jednání²²⁵⁾ států může mít — jakožto chování — jednou obecný obsah u pravidel zvaných „zásady“ a jak jindy konkludentní chování má naopak konkrétní obsah u pravidel, která M. P o t o č n ý označuje termínem „normy“.

Z tohoto bludného kruhu naznačuje východisko sám M. P o t o č n ý, avšak současně tím popírá oprávněnost vlastní definice, podle které je zásada mezinárodního práva právním pravidlem s obecně formulovaným obsahem. Uvádí totiž, že „generalizaci lze dovést různě daleko: výsledkem pak budou právní zásady obecné, obecnější anebo nejobecnější“, a dále, že jsou „autoři“ (podtrhl Č. Č.), kteří neprovádějí zobecnění pravidel až na nejzazší možnou hranici...“.²²⁶⁾ Tedy nepřímou i podle M. P o t o č n é h o zásady mezinárodního práva nejsou právními pravidly, neboť „autoři“, které M. P o t o č n ý bere v potaz, právní pravidla tvořit nemohou. Jsou tedy tyto zásady jen výkladem právních pravidel, a to výkladem z o b e c n ě n ý m, jenž je tu společnou denominací vždy určité skupiny konkrétních pozitivně právních pravidel nepsaného mezinárodního

²²¹⁾ Srov. M. P o t o č n ý, Mezinárodní právo veřejné, cit. dílo, str. 68.

²²²⁾ Srov. tamtéž, str. 54.

²²³⁾ Srov. tamtéž (str. 54).

²²⁴⁾ Srov. tamtéž, str. 66.

²²⁵⁾ Srov. tamtéž, str. 59: „...u mezinárodního obyčeje se předpokládá tichý souhlas států.“

²²⁶⁾ Srov. tamtéž, str. 67 a 69.

práva.²²⁷⁾ Podáván je tento výklad nejčastěji právě naukou — tedy jejími autory — a proto jde o výklad též nezávazný. Pokud by tuto společnou denominaci pozitivních pravidel podávaly samy státy formou mezinárodní smlouvy,²²⁸⁾ máme tu v jistém smyslu jen analogii s kodifikací (v užším smyslu, viz výše), a to potud, že se takto smlouvou — tedy závazně — pouze zakládá zobecňující výklad určité skupiny či skupin konkrétních pozitivně právních pravidel obyčejového (tedy nepsaného) obecného mezinárodního práva. Naproti tomu M. P o t o č n ý kvalifikování obecných zásad mezinárodního práva za „obyčejová pravidla s obecně formulovaným obsahem“ se při takovémto smluvním zakotvení dostane do absurdní polohy též tím, že tu M. P o t o č n ý aplikuje *lex posterior derogat priori*,²²⁹⁾ čímž časově předcházející pravidlo („s obecně formulovaným obsahem“), jehož závazný výklad má být smlouvou obstarán, se naopak touto smlouvou zruší.

Konečně nelze obecné zásady přirovnávat ústavnímu zákonu „z něhož odvozují svou platnost další později vzniklé konkrétní normy“²³⁰⁾ ani tehdy, kdy formou smlouvy je založena některá zásada „dříve, než dojde k podrobnější úpravě určité kategorie mezinárodních vztahů s pomocí konkrétních norem...“;²³¹⁾ koordinační povaha mezinárodního práva takovéto přirovnání s právní sférou subordinační (vnitrostátně právní) principiálně vylučuje. Případné smluvní zakotvení zásady či zásad budoucí podrobnější právní úpravy tu funkčně představuje jen *pactum de contrahendo*, jež signatářům ukládá nejen detailnější úpravu přijmout, ale i do ní vtělit — byť jen do hypotézy jednotlivých pravidel této následné úpravy — závazně stanovený obsah takto smluvně vyjádřených zásad.²³²⁾

Z argumentů, kterými M. P o t o č n ý provází své tvrzení, že „zásady“ mezinárodního práva jsou obecně formulovanými pravidly tohoto práva, je nejméně přesvědčivý ten, jímž se autor dovolává rozsudku Stálého dvora mezinárodní spravedlnosti ve věci „*Lotus*“.²³³⁾ Tento výrok spadá časově do období (1927), kdy použití termínu „zásada“ mělo zcela jinou funkci a nebylo prostředkem zobecňujícího výkladu, jako je tomu dnes, respektive po druhé světové válce. S obyčejovým ustálením pozitivního

²²⁷⁾ Srov. Č. Čepelka - Vl. David, „Úvod...“, cit. dílo, str. 102 a násl.

²²⁸⁾ Srov. např. tzv. „Deklaraci principů“, tvořící součást Závěrečného aktu přijatého v Helsinkách (1975); blíže viz Č. Čepelka - Vl. David, „Úvod...“, cit. dílo, str. 104.

²²⁹⁾ Srov. M. P o t o č n ý, cit. dílo, str. 59.

²³⁰⁾ Srov. tamtéž, str. 68.

²³¹⁾ Srov. tamtéž, (str. 68).

²³²⁾ Srov. Č. Čepelka - Vl. David, „Úvod...“, cit. dílo, str. 104 a násl.

²³³⁾ Srov. též Č. Čepelka, K pojmu „zásady“ mezinárodního práva, *Acta Universitatis Carolinae Iuridica* 1975, No. 1, str. 20; tamtéž v pozn. č. 8 viz autentický text tohoto judikátu (výňatek).

mezinárodního práva obecně platného²³⁴) se totiž termínem „zásada“ od počátku tohoto století označuje doktrinární výklad tohoto nepsaného práva — jeho konkrétních norem a jen těch.²³⁵) Je známo, že v době svého vzniku nebylo obecné mezinárodní právo obsahově nijak bohaté, takže tu ani nebylo důvodu k častějšímu generalizujícímu výkladu, se kterým se naopak setkáváme až ve spojitosti s podstatným obsahovým obohacením obecného mezinárodního práva v důsledku zejména též mocenského působení socialistické společenské soustavy v průběhu druhé světové války a po ní.

K této kritické poznámce adresované názorům M. Potočného opravňuje i přehled výrazů (*vyraženijsja*) užívaných v sovětské diplomatické praxi ve dvacátých letech při zdůvodňování ochoty zrodivšího se socialistického státu dodržovat jen ta pravidla obecného mezinárodního práva (obyčejového), která jsou obecná nikoliv tím, že je zastávají všechny kapitalistické státy, nýbrž obecná tím, že vyjadřují také zájem státu třídně protichůdného. Takový přehled — příkladný — uvádí E. A. Koro vin (citovaný na počátku této práce), kdy v oficiálních textech tehdy použitý termín „pravidla“ nebo „normy“ ve svém vlastním, tj. doktrinárním výkladu autor uchopil odlišně a to výrazem „zásady“, ale i výrazy jako „základy“, „osnovy“, „základní pojmy“ atd.,²³⁶) aby tím vyjádřil sama konkladu autor uchopil odlišně, a to výrazem „zásady“, ale i výrazy jako „základní pravidla obecného mezinárodního práva — tedy stejně jako citovaný judikát ve věci „Lotus“ — a nikoliv aby takto vyjadřoval zobecňující denominaci celých skupin těchto konkrétních pravidel, jak naopak činí M. Potočný.

(3) Favorizování smlouvy z důvodů její písemné podoby, a to na úkor obyčej pro jeho nepísemnou podobu, či přesněji na úkor tacitní smlouvy, za níž je obyčej vydáván, má v čs. nauce mezinárodního práva nejvážnější důsledky tam, kde otázka vztahu mezi smlouvou a obyčejem v mezinárodním právu přešla — jak už bylo ukázáno — z roviny důvodů závaznosti jedné a druhé právní formy do hodnotového porovnávání práva psaného s právem nepsaným. Otázka této relace už je totiž naprosto cizí anglosaskému právnímu myšlení, což už vzhledem k územnímu rozsahu působnosti

²³⁴) Srov. Č. Čepelka, Pojem „socialistické mezinárodní právo“ a *jus cogens*, Acta Universitatis Carolinae, Iuridica 1, 1977, str. 11 a násl.

²³⁵) Srov. Č. Čepelka - Vl. David, „Úvod...“, cit. dílo, str. 101 a násl.

²³⁶) E. A. Koro vin, Meždunarodnoje pravo, Moskva 1951, str. 17: „Charakterny ... vyraženijsja, upotrebljajemyje v sovetskich diplomatičeskich dokumentach pri slykch na meždunarodnyj obyčaj: „Protivno... samym elementarnym pravilam meždunarodnyh obyčajev...“, „...obščeprijataja norma meždunarodnogo prava...“, „... narušenijsja obyčno priznannyh pravil...“ i t. p. Inače govorja, Sovetskoje pravitelstvo ssylalos na meždunarodnyj obyčaj ... kak na vyraženijsja obščich načal, osnov meždunarodnogo prava ili elementarnych jeho ponjatij, principov i t. d.“.

anglosaské právní kultury²³⁷⁾ nelze opomíjet při traktování obecného mezinárodního práva — jeho povahy a obsahu.

Zvláštní místo mezi prostředky dokazování obsahu obecného mezinárodního práva je pak v čs. nauce mezinárodního práva vyhrazeno aktům orgánů potenciálně univerzálních mezinárodních organizací, u nichž pouhá skutečnost písemného vyjádření jejich obsahu zcela zatlačila zájem o otázku k jakým aktům — k přijímání aktů jaké povahy — je orgán té které organizace vůbec zmocněn. Charakterizuje to výstižně i názor zastávaný V. I. Kopal, který tvrdí, že „dnešní obecné mezinárodní právo... je... právem z velké části kodifikovaným, nebo alespoň písemně vyjádřeným (podtrhl Č. Č.) v obecně přijatých aktech orgánů univerzálních organizací, které nelze bagatelizovat na „nezávazný výklad polooficiální povahy“²³⁸⁾ Aby tomu tak bylo, musela by existovat norma mezinárodního práva, podle které (hlasováním) obecně přijatá rezoluce mezinárodní organizace je právně závaznou přesto, že statut organizace danou rezoluci kvalifikuje za doporučení. Sovětský internacionalista G. I. Tunkin podává důkazy o neexistenci takovéto normy mezinárodního práva,²³⁹⁾ zatímco M. Potočný prokazuje opak. Činí tak ve spojitosti s otázkou právní povahy *Deklarace zásad mírového soužití*²⁴⁰⁾, jíž připisuje význam „obecného kodifikačního aktu“²⁴¹⁾, tj. smlouvy, písemně vyjadřující dosavadní obyčejová pravidla s „obecně formulovaným“ obsahem — jak M. Potočný definuje zásady mezinárodního práva (srov. výše sub 2).

Důvodem ke kvalifikování *Deklarace zásad mírového soužití* za „obecný kodifikační akt“ je tu M. Potočným konstatovaný „konsensus mezi státy socialistickými, západními a neangažovanými“²⁴²⁾ „*Konsensus omnium*... při formulování nových pravidel obecného mezinárodního práva je žádoucí, protože závaznost obecných norem mezinárodního práva (tím) spočívá na dohodě mezi všemi členy celosvětového společenství“²⁴³⁾ „Podílení se všech tří skupin států a velmocí na (tomto) kodifikačním díle... (tak) přispělo k potvrzení konsensuálního základu mezinárodního práva“²⁴⁴⁾ Že tu M. Potočný směřuje pojmy (jako v případě zásad, viz

²³⁷⁾ Srov. Č. Čepelka - V. I. David, „Úvod...“, cit. dílo, str. 24 a tam pozn. č. 13 na str. 31.

²³⁸⁾ Srov. V. I. Kopal, recenze knihy Úvod do mezinárodního práva, Právník, 1978, č. 11, str. 1030; kritická výtka („nelze bagatelizovat na nezávazný výklad“) se týká zejména str. 105 „Úvodu...“.

²³⁹⁾ Srov. Grigory Tunkin, International Law in the International System, Academy of International Law, Extract from the „Recueil des Cours“, Volume IV-1975, str. 149 a násl.

²⁴⁰⁾ Srov. M. Potočný, Deklarace zásad mírového soužití, Acta Universitatis Carolinae, Iuridica, Monographia XVII-1972.

²⁴¹⁾ Srov. tamtéž, str. 88.

²⁴²⁾ Tamtéž (str. 88).

²⁴³⁾ Srov. M. Potočný, Mezinárodní právo veřejné, cit. dílo, str. 88.

²⁴⁴⁾ M. Potočný, „Deklarace zásad...“, cit. dílo, str. 89.

výše sub 2) a nerespektuje homonymii termínu „konsensus“ vyplývá až z následující definice: „Základní jednací metodou ... kodifikace ... je metoda konsensu (souhlasu, dohody všech účastníků)“.²⁴⁵⁾ „Metodu konsensu třeba chápat jako permanentní impulsy ke ... konzultacím mezi účastníky a k jednání mezi nimi; dále jako cestu vedoucí k hledání optimálního obsahu sjednávané smlouvy, přijatelného pro všechny účastníky ...“²⁴⁶⁾

Nejde-li tedy o konsensus ve smyslu normotvorné skutečnosti, jež je důvodem právní závaznosti obsahu sjednané kodifikační smlouvy, ale jde jen o pracovní metodu²⁴⁷⁾ používanou při „hledání optimálního obsahu sjednávané smlouvy“, tj. při formulování textu, aby jeho znění bylo přijatelné pro všechny, pak ovšem v případě *Deklarace zásad mírového soužití* též nemůže jít o kodifikaci zásad, jež by — podle M. Potočného — byla normativním východiskem, jakousi ústavou, z níž odvozují svou platnost konkrétní normy, podobně jako v právu vnitrostátním.²⁴⁸⁾ Není-li *Deklarace zásad mírového soužití* kodifikujícím závazným aktem, je nicméně funkčně vysoce užitečnou, byť svým výkladem nikoliv závazným, a to proto, že jej podává rezoluce potenciálně univerzální mezinárodní organizace, rezoluce byť jen doporučující svou právní povahou.

Koneckonců musí jít především o to, postihnout povahu, podobu a funkci současného mezinárodního práva takového, jaké je.



Otázka poměru smlouvy k obyčeji v mezinárodním právu nepředstavuje téma příliš hodné vědecké pozornosti tam, kde nedochází k zaměňování obou institutů. V čs. internacionalistice k tomu nejen dochází, ale hlavně důvody této záměny vtiskují — v doktrinárním výkladu — funkčnosti obou institutů takový obsah, který už není v souladu se stupněm vývoje současného obecného mezinárodního práva a jeho kogentních norem především.

V čs. odborné literatuře dosud zastávané kvalifikování mezinárodního obyčeje za smlouvu, a to tacitní, vývojově v podstatě odpovídá mezinárodnímu právu před VŘSR a také vlastní traktování poměru smlouvy k obyčeji koresponduje spíše s obdobím, kdy nastupující sovětská moc musela čelit (i mocensky) imperialistické mezinárodně právní nadstavbě. Proto také toto staré pojetí nemůže vyjádřit dnes už nesporný normativní

²⁴⁵⁾ M. Potočný, Mezinárodní právo veřejné, cit. dílo, str. 87.

²⁴⁶⁾ Tamtéž, str. 88.

²⁴⁷⁾ Srov. též Guy de Lacharrière, Consensus et Nations Unies, Annuaire Français de Droit International, 1968, str. 9 a násl.

²⁴⁸⁾ Srov. M. Potočný, Mezinárodní právo veřejné, cit. dílo, str. 68.

reflex přítomnosti socialistické společenské soustavy v třídní skladbě mezinárodního společenství států, v obsahu jeho právního řádu — v obecném mezinárodním právu současnosti.

Kritická výměna názorů na charakter současného mezinárodního práva, jež k pochopení vlastního obsahu tohoto práva naší doby neopomíjí zásadní otázky jeho vzniku, dřívější podoby a následného vývoje, a to v zájmu nejen úsilí o jeho správný výklad a společensky progresivní orientaci jeho dalšího rozvoje, ale také též v zájmu jeho plného ideologického využití v dnešním zápase hlavních společenských sil ve světě, takováto výměna názorů je nezbytnou součástí vědeckého přístupu k obsahové přestavbě studia se zaměřením na konkrétní obor, má-li být touto přestavbou dosaženo i dalšího zefektivnění výchovně vzdělávacího procesu a působivosti jeho ideového dopadu zejména.

Naši odbornou literaturou až příliš málo sledovaná otázka důvodů vzniku a závaznosti obyčejového práva patří mezi hlavní příčiny vědecky neopodstatněného favorizování mezinárodní smlouvy na úkor mezinárodního obyčeje — jeho funkčního významu v dnešním mezinárodním právu.²⁴⁹⁾ Zejména je to patrné při vymezení kogentnosti profilujících norem současného obecného mezinárodního práva, jejichž vznik a důvod závaznosti nelze smluvní formou vůbec uchopit. Proto jsou též nepoužitelné pozitivistické výklady vzniku a závaznosti obyčejového práva — výklad jak fikcí tacitní smlouvy tak i pomocí tzv. teorie „uznání“ — které ve své době chtěně omezovaly pozornost na formu, jíž měli obyčejonormotvorci vyhovět, jakkoli z pouhé této formy obsah nepsaného práva poznat nelze; nebo právě proto, aby tak úpadková pozitivistická doktrína měla prostor pro spekulativní dedukce o právu jaké by mělo být.

Jestliže závaznost smluvně právních pravidel nelze osvětlit bez přihlédnutí k materiálním pramenům zpravidla jen někdy (*clausula rebus sic stantibus*), pak ke společenskopolitickým okolnostem — tj. k materiálním pramenům — provádějícím zrod právní normy a v abstraktnosti vyjádřeným v hypotéze této normy, je u obyčejového práva nutno přihlédnout vždy. To nepřímě, ale též přesvědčivě, dotvrzuje i nejvyšší benější ze škol právního formalismu — škola normativní — tím, že programově sice prohlásila materiální prameny za nezpůsobilý předmět zájmu nauky mezinárodního práva, ale nakonec sama tato škola dospěla k přiznání vlastní nezpůsobivosti osvětlit vznik a důvody závaznosti mezinárodního obyčeje jen pomocí formálních pramenů tohoto práva.

²⁴⁹⁾ Naproti tomu v sovětské literatuře I. I. Lukašuk, Obyčnyje normy v sovremennom meždunarodnom prave, Sovetskij žežegodnik meždunarodnogo prava 1978, Moskva 1980, str. 98: „Nělzja priznat' obosnovannym vesma rasprostraněnoje v meždunarodno-pravovoj literature protivopostavlenije obyčaja dogovoru.“ ... „Rost roli obyčaja opredělajetsja uvěličenijem značenijsa meždunarodnogo prava v celom. Obyčaj služit soveršěno neobchodim jelementom mehanizma dějstvija sovremen-nogo meždunarodnogo prava.“

Teoretický základ k osvětlení důvodů vzniku a závaznosti mezinárodního obyčejového práva, a to s využitím materiálních pramenů tohoto práva, položila anglosaská právní škola, tedy ta, která s instrumentem obyčeje běžně pracuje — i ve sféře vnitrostátní. Pro tuto školu je rozhodnou nikoliv apriorní forma domněle stanovená samotným mezinárodním právem, jíž — podle požadavku doktriny — praxe musí vyhovět, aby obyčejová právní norma vůbec mohla vzniknout, nýbrž už vlastní praxe států je tu normotvorbou, je-li též obecná (*usus generalis*) a je-li provázena povědomím nezbytnosti (*opinio necessitatis*), tj. uvědoměním si rizika neblahých následků při chování odlišném.

Anglosaský výklad důvodů vzniku a závaznosti obyčejového mezinárodního práva převzali i autoři sovětské internacionalistiky, a to konstatováním (G. I. Tunkin), že pro jednotlivé státy je nezbytné pokládat za závazné ty normy, které naprostá většina států uznává — jimi se řídí, jsou-li mezi nimi též státy obou soustav, čítaje v to velmoci. Zde souběžně se projevující snaha, dosáhnout překlenutí dosavadní nejednotnosti při výkladu vzniku a závaznosti obyčejového mezinárodního práva, vedla však nakonec (nejvýrazněji právě u G. I. Tunkina) k vyzdvížení konsensu a tím — shodně s pozitivistickou školou — ke kvalifikování obyčejového mezinárodního práva za nepsanou smlouvu; odtud už je pak jen krůček k favorizování smlouvy písemné oproti obyčeji, je-li obyčej takto označován za smlouvu nepsanou.

Také v čs. odborné literatuře je favorizována smlouva nejen z důvodu, že ji provází výslovný projev vůle, oproti domnělému tacitnímu a nadto předpokládanému projevu vůle u obyčeje (čímž se obyčeji přisuzuje smluvní povaha), ale také proto, že se vyšší hodnota připisuje psanému právu oproti nepsanému a psaná smluvní pravidla jsou pro svou přesnost označována za spolehlivější pro právní regulaci vztahů mezi státy, zejména též odlišných soustav. Nesprávnost takového hodnotového přístupu prokazuje u nás traktovaný vztah mezi obyčejovým (tedy nepsaným) obecným mezinárodním právem na jedné straně a jeho kodifikací na straně druhé, kterýžto vztah se pokládá za určený zásadou *lex posterior derogat priori*.

Ve skutečnosti kodifikace neruší předchozí obecně platnou úpravu obyčejovou, neboť pro vstup v platnost se tu zásadně nepožaduje univerzálnost v přijetí kodifikační úmluvy. Zejména *jus cogens* nelze takto kodifikační úmluvou rozdělit na dvě partikulární úpravy — jednu, působící mezi signatáři úmluvy, a druhou pro relace zbývajících, neboť tím by bylo zrušeno samo *jus cogens*, což obecné mezinárodní právo — i ve znění čl. 53 Vídeňské smlouvy o smluvním právu (1969) — postihuje neplatností *ab initio*. Smyslem kodifikace je tedy jen podat závazný výklad obyčejo-

vého obecného mezinárodního práva,²⁵⁰⁾ který je jinak obstaráván především naukou.

Pokud jde o pravidla, kterými kodifikační úmluva přispívá k rozvoji mezinárodního práva, ta mají partikulární platnost tak dlouho, dokud se obyčejonormotvorbou nestanou obecně závaznými, ke kteréžto kvalitě jim kodifikační úmluva dala jen stabilizační podnět, nikoliv však samu právní závaznost obecné platnosti; týž výsledek by mohlo přinést jen univerzální přijetí kodifikační úmluvy, což je prakticky nereálné. Je proto nesprávné v kodifikaci vidět především formulování nových pravidel v písemné formě, jak je v čs. literatuře běžně tradováno, neboť kodifikační úmluva slouží především k písemnému vyjádření obecného mezinárodního práva, kteroužto kvalitu nenaplnují v této úmluvě obsažená pravidla nově stanovená.

Favorizování smlouvy z důvodů její písemnosti, a to na úkor obyčeje — pro jeho nepísemnou podobu —, má v čs. nauce mezinárodního práva snad nejzávažnější důsledky tam, kde písemné vyjádření získávají zásady mezinárodního práva v aktech potenciálně univerzálním mezinárodních organizací. Jim domněle by měla náležet úloha obecného mezinárodního práva či dokonce „ústavy“, z níž odvozují svou platnost konkrétní normy mezinárodního práva, ač samy akty těchto organizací ve skutečnosti mají jen doporučující povahu, a zásady, které jsou v nich obsaženy, samy pravidly mezinárodního práva vůbec nejsou, ježto jsou jen zobecňujícím výkladem konkrétních pravidel tohoto práva.

²⁵⁰⁾ Srov. I. I. Lukašuk, cit. dílo, str. 91: „...těkst konvencii (Venskaja konvencija o prave meždunarodnych dogovorov, 1969) rassmatrivajetsja kak avtoritetnoje izloženie obyčnych norm.“

ДОГОВОР И ОБЫЧАЙ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

Резюме

Вопрос о соотношении договора и обычая в международном праве не представляет собой темы, заслуживающей слишком много внимания там, где не имеет места замена одного института другим. В чехословацкой интернационалистике это не только имеет место, но, прежде всего, причины этой замены накладывают — в доктринарном толковании — на функциональность обоих институтов такое содержание, которое не находится уже в соответствии с уровнем развития современного общего международного права, и в частности, его императивных норм.

В чехословацкой специальной литературе до сих пор отстаиваемая квалификация международного обычая в качестве договора, а именно тацитного с точки зрения развития по сути дела соответствует международному праву до ВОСР, а также собственная трактовка соотношения договора и обычая находится скорее в соответствии с периодом, когда установленная советская власть должна была противостоять (также с точки зрения власти) империалистической международной юридической надстройке. Поэтому также это устаревшее понимание не может выразить сегодня уже неоспоримое нормативное отражение современного состояния социалистической общественной системы в классовом составе международного сообщества государств, в содержании его правового порядка — в общем международном праве современности.

Нашей специальной литературой слишком мало рассматриваемый вопрос о причинах возникновения и обязательности обычного права представляет собой одно из главных оснований научно необоснованного предпочтения международного договора международному обычаю — его функциональному значению в современном международном праве. В частности, это видно при определении императивности профилирующих норм современного международного права, возникновение и основание обязательности, которых нельзя посредством договорной формы зафиксировать. По этим причинам неприменимы также позитивистские толкования возникновения и обязательности обычного права — толкование как посредством фикции тацитного договора, так и с помощью т. наз., теории „признания“ — которые в свое время преднамеренно ограничивали внимание формой, которой нормотворцы должны были удовлетворить, хотя из одной этой формы содержания неписанного права познать нельзя; или именно потому, чтобы, таким образом, позитивистской доктрине осталось пространство для спекулятивных дедукций о праве, каковым оно должно быть.

В то время, как обязательность правил договорного права нельзя без учета материальных источников объяснить, как правило, лишь иногда (клаузула ребус сик стантибус), общественно-политические обстоятельства — т. е. материальные источники — сопровождающие возникновение правовой нормы и в абстрактности выраженные в гипотезе этой нормы в случае обычного права следует учитывать всегда. Это непрямо, но также убедительно, подтверждает также самая изысканная из школ правового формализма — школа нормативная — тем, что она программно, правда, объявила материальные источники негодным предметом интереса науки международного права, но наконец, сама эта школа пришла к сознанию собственной неспо-

способности объяснить возникновение и основания обязательности международного обычая только с помощью формальных источников этого права.

Теоретический фундамент для объяснения причин возникновения и обязательности международного обычного права с использованием материальных источников этого права заложила англосаксонская школа, то есть та школа, которая с инструментом обычной систематически работает — даже в сфере внутрисударственной. Для этой школы решающей является не априорная форма мнимо предусмотренная самим международным правом, которой — в соответствии с требованием доктрины — практика должна удовлетворить для того, чтобы обычная норма вообще могла возникнуть, но уже собственная практика государства является нормотворчеством в случае, когда она также общая (*узус генералис*) и когда сопровождается сознанием необходимости (*опинио нецеситатис*), т. е., путем сознания риска отрицательных последствий в случае отличающегося поведения.

Англосаксонское толкование причин возникновения и обязательности обычного международного права приняли также авторы советской интернационалистики, констатируя (Г. И. Тункин), что для отдельных государств нужно считать обязательными те нормы, которые признаются абсолютным большинством государств — которыми они руководствуются, когда среди них также государства обеих систем, включая великие державы. Здесь параллельно проявляющееся стремление достичь преодоления существующей несогласованности толкования возникновения и обязательности обычного международного права привела, однако, наконец (ярче всех именно у Г. И. Тункина) к подчеркиванию взаимного согласия волеизъявлений и тем самым — согласно позитивистской школе — к квалификации обычного международного права в качестве неписанного договора; отсюда уже только шаг к абсолютизму предпочитания письменного договора обычаю, ежели обычай таким образом считается неписанным договором.

Также в чехословацкой специальной литературе предпочитается договор не только по причинам, что он сопровождается определенным волеизъявлением, по сравнению с мнимым тацитным и кроме того предполагаемым волеизъявлением в случае обычая (чем за обычаем закрепляется договорный характер), но также потому, что более высокое значение приписывается писанному праву, по сравнению с неписанным, и письменные договорные правила считаются из-за своей точности более надежными для правового регулирования отношений между государствами, в частности, также систем, отличающихся друг от друга. Неправильность такого подхода к значению доказывает у нас трактуемое отношение между обычным (то есть, неписанным) общим международным правом, с одной стороны, и его кодификацией, с другой стороны; указанное отношение считается определенным принципом *лекс постериор* derogat *приори*.

На самом же деле кодификация не отменяет предшествующего регулирования обычного права, имеющего общую силу, так как в случае кодификации принципиально не требуется универсальности в принятии кодификационного соглашения. В частности, принуждающее право нельзя, таким образом, путем кодификационного соглашения разделить на два партикулярных регулирования — одно, действующее между лицами, подписавшими соглашение, а второе для оставшихся соотношений, так как этим отменялось бы само принуждающее право за что общее международное право — также в тексте ст. 53 Венского договора о договорном праве (1969) — предусматривает недействительность аб иницию. Смыслом кодификации является, таким образом, обязательное толкование обычного общего международного права, о чем в первую очередь заботится наука.

Что же касается правил, которые представляют собой вклад кодификационного

соглашения в развитие международного права, то они партикулярно действуют до тех пор, пока обычное нормотворчество не сделает их действующими в общем плане, для чего кодификационное соглашение стало лишь стабилизационным импульсом, но не юридической обязательностью общей силы; тот же результат могло бы принести только универсальное принятие кодификационного соглашения, что является практически нереальным. По этим причинам неправильно усматривать в кодификации прежде всего формулировку новых правил в письменной форме, как это общепринято в чс. литературе, так как кодификационное соглашение служит прежде всего для письменного выражения общего международного права, чего в данном соглашении содержащиеся новые правила не исполняют.

Предпочтение договора по причинам его письменной формы в ущерб обычаям из-за его неписьменного вида имеет в чс. науке международного права самые серьезные последствия, по-видимому, там, где письменную форму получают принципы международного права в актах потенциально универсальных международных организаций. Им мнимо должна надлежать роль общего международного права, или даже „конституции“, из которой выводят свое действие конкретные нормы международного права, хотя сами акты этих организаций носят лишь рекомендательный характер и принципы в них содержащиеся сами правилами международного права вообще не являются, так как они представляют собой только обобщающее толкование конкретных правил этого права.

TREATY AND CUSTOM IN INTERNATIONAL LAW

Summary

The question of relation between the treaty and custom does not present a topic worth particular scientific attention there where the two institutions are not being confused. This does not only occur in Czechoslovak Doctrine of international law, but the reasons for such confusion imprint — in juristic works interpretation — on the functionality of the two institutions a content that is no longer in harmony with the development stage of the contemporary general international law and above all with its peremptory rules.

The qualification of international custom as tacit treaty hitherto upheld in Czechoslovak writings of international jurists — is in respect of development essentially in accord with the international law prior to the Great October Socialist Revolution and the actual exposition of the relation between treaty and custom corresponds rather to the period when the coming Soviet power was confronted (also from the power aspect) with the imperialist international legal superstructure. This old conception is, therefore, incapable to express the nowadays indisputable normative reflection of the presence of the socialist social system within the class structure of the international community of states, in the content of its legal order — in the contemporary general international law.

The question of the grounds of the origin and binding character of the customary law too little pursued by our juristic works is one of the main reasons for scientifically unfounded favouring of the international treaty to the detriment of international custom — of its functional importance in present day international law. This is in particular evident in the definition of peremptoriness of profiling rules of the contemporary general international law, their origin and reason for their binding character can not possibly be grasped by treaty form at all. Inapplicable, therefore, are also positivistic interpretations of the origin and binding character of customary law — the interpretation both by fiction of tacit treaty and by means of the so called „recognition“ theory — at their time intentionally restricting attention to form which was to be complied with by rule makers, though from such mere form the content of unwritten law can not be known: or just in order to provide room to the positivistic doctrine for speculative deductions about the law as it should be.

If it is impossible to elucidate the binding character of treaty rules without taking account of material sources only sometimes (*clausula rebus sic stantibus*), then it is necessary to take account of social and political circumstances — i. e. of **material sources** — attendant upon the origin of a rule of law and in abstractness expressed in the hypothesis of such rule, in the customary law always. This is indirectly but convincingly corroborated by the most refined of schools of legal formalism — the normativist school — declaring, namely, as a point of its programme material sources an unfit subject of interest of the international law theory, yet in the end the very same school came to confess its inability to elucidate the origin and reasons for the binding character of international custom just by means of the formal sources of the law.

The theoretical foundation for the exposition of the grounds of origin and binding character of international customary law — making use of the material sources of the law — was laid by the Anglo-Saxon law school and so by the school working currently with the instrument of custom even in the domestic field. Decisive for the school is not an *a-priori* form hypothetically set down by the international law, with which — according to the requirement of the doctrine — practice must comply to enable a customary rule to come into existence, but the very practice of the states is law constituting if it is also general (*usus generalis*) and if accompanied by awareness of necessity (*opinio necessitatis*), i. e. by the realisation of unfortunate consequences in the event of different procedure.

The Anglo-Saxon interpretation of the grounds of the origin and binding character of the international customary law was adopted by authors of Soviet Doctrine of international law by stating (G. I. Tunkin) that for individual countries it is necessary to regard as binding rules that are recognised by the absolute majority of countries and governed by them, if among them are states of both systems, big powers included. Here the parallel appearing endeavour to bridge the existing dissension in the interpretation of the origin and binding character of international customary law led, however, in the end (most significantly in the instance of G. I. Tunkin) to emphasizing consensus and thereby — conformably to the positivistic school — to the qualification of the international customary law as unwritten treaty; from there is but a little step to absolute favouring of the written treaty against custom, if custom be so described as unwritten treaty.

In the Czechoslovak juristic works the treaty is favoured too not only because it is accompanied by an explicit expression of will compared to the hypothetical tacit and moreover presumed expression of will in the instance of custom (whereby treaty character is assigned to custom), but also because written law is attributed a higher value as compared to unwritten law and written treaty rules owing to their precision are designated as more reliable for legal regulation among states, in particular of different systems. The misconception of the value approach is proved by the relation between the customary (i. e. unwritten) general international law as treated in this country on the one hand and its codification on the other which relation is considered to be determined by the principle *lex posterior derogat priori*.

Actually codification does not override any prior generally valid custom regulation, since universality in the acceptance of a codification treaty is as a matter of principle not required for coming in force in the instance of codification. In particular it is impossible to split *jus cogens* by such codification treaty in two particular regulations — one acting among the treaty signatories, the other for the remaining relations, since thereby would be abolished the *jus cogens* itself which in general international law is invalid *ab initio* — as also worded in Art. 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969). The purport of codification is, therefore, merely to provide the general international customary law with a binding interpretation otherwise taken care of in the first place by the doctrine.

Regarding the rules with which a codification treaty contributes to international law developments, these are of particular validity so long until rendered generally valid by law-creating custom, to which quality the codification treaty could have given just the stabilising impuls, but not the very binding character of legal validity: the same result could be brought about by a universal adoption of the codification treaty which is practically unrealistic. It is therefore wrong to see in the codification primarily a formulation of new rules in written form as currently

handed down in the Czechoslovak international law literature, a codification treaty serving in the first place the written exposition of the general international law, a quality not met by newly provided rules in such treaty.

Favouring of the treaty on the grounds of its written character to the detriment of custom because of its unwritten form has in the Czechoslovak Doctrine of international law the most serious consequences possibly there where written statements acquire principles of international law in the acts of potentially universal international organisations. To them should allegedly belong the part of general international law or even of a „constitution“ wherefrom the validity of concrete rules of the international law is derived, though the very acts of such organisations are but of a recommending nature and the principles contained therein are no rules of international law whatever, being just a generalising interpretation of concrete rules of this law.