

1 Pojem, klasifikace, zvláštnosti

Výraz „pramen práva“ se řadí k nejčastěji užívanému terminologickému instrumentáriu učebnic i vědeckých prací. Byl právní teorií přenesen z přírodního světa a právě jeho metaforický odstín bývá zdrojem nesnází. Výraz „pramen“ navozuje zavádějící představu, jako by právo existovalo kdesi v neznámu (podobně jako voda v podzemí), nezávisle na lidském společenství. Protržením membrány neznáma se subjektům stává (podobně jako voda tryskající ze skály) preexistující právo poznatelným.

Metaforická dvouznačnost vyústila v teorii práva v rozlišování pramenů materiálních a formálních. **Materiálními prameny** se chápe soubor činitelů, které zasahují dříve, než se norma konstituuje jako součást platného mezinárodního práva. K jejímu zformování přispívají faktory, které samy nemají právní povahu a jsou zakotveny v sociologii, filozofii apod. Jejich pomocí lze odpovědět na otázku **proč** (**proč** ukládá daná právní norma ta či ona práva a ty či ony povinnosti, **proč** jsou tato práva a tyto povinnosti zakotveny v té či oné právní formě, v širším smyslu ovšem i **proč** jsou daná právní norma, resp. právo jako takové závazné, tj. v čem spočívá důvod jejich závaznosti). Škála materiálních pramenů mezinárodního práva je obsáhlá (poměr sil mezi státy, ekonomické potřeby, tradice, veřejné mínění, právní vědomí, morálka, náboženství nebo pocity solidarity). Mimoprávní charakter materiálních pramenů snižuje zájem teorie práva o ně. Naprosté přehlížení materiálních pramenů charakterizovalo školu právních pozitivistů.

Párově k materiálním pramenům vystupují prameny **formální**. Jimi se rozumí **formy** práva. Souvisejí s otázkou **jak** (**jak** subjekty zjistí, že pravidlo chování, které se jim vnucuje, je pravidlem právním, **jak** zjistí jeho přesný obsah – práva a povinnosti, v širším smyslu též, **jakými** procedurami postupuje právotvorný proces). Formálním pramenem jsou tedy vnější formy, v nichž subjekty právo poznávají a identifikují.

Na rozdíl od materiálních pramenů vykazují prameny formální pozitivněprávní povahu, a jsou tedy nedílnou součástí platného práva. Zajišťují právu nejen poznatelnost, nýbrž též náležitou stabilitu. Zaštitují tak jeden ze základních předpokladů sociální účinnosti a autority práva, jímž je **požadavek právní jistoty**.

Formy práva musí tedy být samotným právem závazně definovány, aby jeho subjekty byly schopny a povinny se jím skutečně řídit. Formy mezinárodního práva vyčísluje a stručně charakterizuje čl. 38 odst. 1 Statutu Mezinárodního soudního dvora OSN. Jsou jimi:

- a) mezinárodní úmluvy, ať obecné či partikulární, stanovící pravidla výslovně uznaná státy ve sporu,
- b) mezinárodní obyčej, jakožto důkaz obecné praxe uznávané za právo,
- c) obecné zásady právní uznávané civilizovanými národy,
- d) soudní rozhodnutí a učení nejkvalifikovanějších znalců veřejného práva různých národů, jakožto podpůrný prostředek k určování právních pravidel.

Význam citovaného výčtu bývá zpochybňován s poukazem na to, že jde jen o pokyn Mezinárodnímu soudnímu dvoru, jak má postupovat při řešení mezinárodněprávních sporů, nikoli o všeobecně závazný předpis forem mezinárodního práva. Stranami Statutu se nicméně staly takřka všechny státy světa a jeho ustanovení je zavazující. Článek 38 kromě tohoto přesahuje působnost OSN. S nepatrnými korekturami se do něj dostalo znění staršího ustanovení statutu meziválečného Stálého dvora mezinárodní spravedlnosti, jež se zase inspirovalo článkem 7 Haagské úmluvy č. XII z roku 1907.

Seznamu v článku 38 Statutu lze využít ke **klasifikaci** formálních pramenů. Nabízí se předně dualita pramenů **základních** a **pomocných** (podpůrných). Jako základní prameny se uvádějí mezinárodní úmluvy a mezinárodní obyčej, jako pomocné rozhodnutí soudů a učení znalců. Toto rozlišování nicméně trpí nepřesností s ohledem na to, že soudní rozhodnutí ani doktrína ve skutečnosti nejsou prameny mezinárodního práva, ale toliko pomůckami k dokonalejšímu zjištění jeho obsahu. Klasifikace základních a pomocných pramenů se mimo to nevypořádává s postavením **ekvity**, o níž se píše ve 2. odstavci čl. 38 Statutu (Mezinárodní soudní dvůr může s její pomocí rozhodnout, když s tím strany souhlasí).

Učebnice také člení prameny na **psané** (mezinárodní smlouvy) a **nepsané** (mezinárodní obyčej a obecné zásady právní). Ani to není nesporné. Přehlíží se skutečnost, že existuje významná skupina nepsaných dohod (verbálních a tacitních). S připomínkami si lze osvojit i další klasifikaci. Jednotlivé

formální prameny se pojí buď s *živelnou*, nebo *cílevědomou* normotvorbou. Spontánně si razí cestu hlavně mezinárodní obyčej. Živelnost obyčejové normotvorby však není absolutní a ani v ní nechybí prvky cílevědomosti. Formulace čl. 38 svádí k rozlišování *deklaratorních* a *konstitutivních* procesů. Jeho znění přiděluje obyčejí úlohu pouhého důkazu (preexistujícího) práva a podává jej tedy jako formu právo toliko deklarující. Tento způsob nazírání sdílený snad vědci, kteří se na počátku minulého století podíleli na formulaci citovaného seznamu pramenů, patří minulosti. Státy i představitelé vědy se shodují v tom, že praxe států, která předchází vzniku platných obyčejových norem, je procesem „právo tvorným“, tj. procesem konstitutivním.

Text čl. 38 Statutu shrnul dobové představy o formálních pramenech. Právo se ovšem vyvíjí a proměny prodělávají i formy mezinárodního práva. Lze soudit, že byla postupně akceptována nová kategorie pramene, a to jednostranných právních aktů. Toto tvrzení bylo dlouho přijímáno s nedůvěrou. Uváděl se proti němu argument, že ve vztazích svrchovaně rovných nemůže jeden subjekt ukládat závazné modely chování pro jiné subjekty, v současné době se již ale považuje za překonaný.

Úvodní hlava této učebnice upozornila na *zvláštnosti* mezinárodního práva. Výrazná specifika charakterizují ve srovnání s vnitrostátní právní sférou i prameny mezinárodního práva.

- a) Mezinárodní právo se vyznačuje zřetelně nižší mírou formalismu než vyspělé vnitrostátní právní systémy. Obsah normotvorné vůle mnohdy převáží nad případnou nedokonalostí formy jejího vyjádření. Tento poznatek platí především pro obyčejotvorný proces, který zůstává vývojem spontánním, mezinárodním právem zásadně neupraveným. Menší míru formalismu v mezinárodním právu logicky doplňuje *větší relevance materiálních pramenů* než v právu vnitrostátním. Jejich zohlednění je při studiu obyčejotvorného procesu, který se až do vzniku platné obyčejové normy neodehrává uvnitř hranic pozitivního mezinárodního práva, nezbytné. Avšak ani v mezinárodním právu nemohou materiální prameny vytěsnit prameny formální. Právo nelze redukovat na pouhý výraz momentálních faktických poměrů či nutnosti diktované realitou.