

## K OBJASŇOVÁNÍ POJMU „PŘÍMÁ ÚČAST NA NEPŘÁTELSKÝCH AKCÍCH“

ONDŘEJ SVAČEK

### ÚVOD

Mezinárodní humanitární právo představuje kompromis mezi požadavkem vojenské nezbytnosti a požadavkem lidskosti,<sup>1</sup> což se nejzřetelněji odráží v zásadě rozlišování, která je pomyslnou červenou linií vinoucí se napříč právem bojových operací (*law of hostilities*).<sup>2</sup> V souladu s touto zásadou lze vojenské násilí zaměřit pouze na osoby či objekty, které nejsou chráněny před přímým útokem, respektive pod pohrůžkou trestní sankce je zakázáno přímo útočit na osoby či objekty, které nejsou legitimními cíli (*target immunity*).<sup>3</sup> Ideová východiska zásady rozlišování lze nalézt již v pojednáních jednoho ze zakladatelů moderního evropského myšlení Jeana-Jacques Rousseauea, jehož pojetí války jako střetu států (kolektivních entit) a nikoliv soukromých osob ostře kontrastuje s totální koncepcí Carla von Clausewitz. Nepřekvapí proto, že Mezinárodní soudní dvůr v souvislosti s rozlišením hovoří o „nepřekročitelném principu mezinárodního obyčejového práva“ a „elementárním projevu lidskosti“.<sup>4</sup>

Za legitimní vojenský cíl lze považovat kombatanty (organizované ozbrojené síly strany konfliktu), příslušníky *levée en masse* a civilisty přímo se účastnící nepřátelských akcí,<sup>5</sup> naproti tomu ochranu před přímým útokem požívají civilisté, kteří se přímo nepodílejí na nepřátelství (*peaceful civilians*), *hors de combat* a nekombatanti, tj. zdravotnický a duchovní personál ozbrojených sil. Kombatanti požívají práva účasti na nepřátelských akcích (čl. 43 odst. 2 DP I), z čehož plyne jejich způsobilost být

<sup>1</sup> Fleck, Dieter et al. *The Handbook of International Humanitarian Law*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 37.

<sup>2</sup> Melzer, Nils. *Targeted Killing in International Law*. 1st edition. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 269. Srovnej Fuchs, Jiří. *Mezinárodní humanitární právo*. 1. vyd. Praha: Ministerstvo obrany – Agentura vojenských informačních služeb, 2007, s. 44.

<sup>3</sup> Srovnej čl. 8 odst. 2 písm. b) (i), čl. 8 odst. 2 písm. b) (ii), čl. 8 odst. 2 písm. c), čl. 8 odst. 2 písm. e) (i) *Statutu Mezinárodního trestního soudu*.

<sup>4</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, para. 79.

<sup>5</sup> V názvu příspěvku autor použil termín „přímá účast na nepřátelských akcích“, který odpovídá oficiálnímu českému překladu obsaženému např. v čl. 51 odst. 3 *Dodatkového protokolu I k Ženevským úmlouvám z 12. srpna 1949 o ochraně obětí mezinárodních ozbrojených konfliktů* (dále jen „DP I“). V dalším textu je používán synonymní termín „přímá účast na nepřátelství“. Shodně Fuchs, J.: op. cit. sub 2, s. 158.

kdykoliv cílem protivníkovy útoku, která ustupuje pouze v důsledku faktické skutečnosti (nemoc, zranění, ztroskotání) poskytující jim mezinárodní ochranu (*hors de combat*). Civilisté jsou naopak svým právním statutem před přímým vojenským násilím kryti, ke ztrátě ochrany a nabytí způsobilosti být legitimním vojenským cílem dochází až v důsledku faktické skutečnosti (přímá účast na nepřátelství). Dichotomie práva a faktické skutečnosti se odráží rovněž u zdravotnického a duchovního personálu, který požívá statusovou ochranu, pokud se nedopustí činu škodícího nepříteli (*harmful act*).<sup>6</sup> Obecně platí, že mezi oběma kategoriemi osob (osoby chráněné před útokem, osoby nechráněné před útokem) existuje vylučující vztah, tj. kombatant nemůže být současně civilistou.

Navzdory kogentní povaze zásady rozlišování<sup>7</sup> a jejímu pojmání jako „elementárního projevu lidskosti“ je její praktické naplnění v současné době více než problematické. Realita dnešních ozbrojených konfliktů se vyznačuje partyzánským způsobem vedení boje, přesunem válečných operací do center měst, frapantním porušováním povinnosti odlišování se od civilního obyvatelstva příznačným pro ozbrojené složky nestátních aktérů, přenášením tradičních funkcí armády na civilní osoby (*private military contractors*) a demokratizací násilí,<sup>8</sup> jež obnáší stále častější zapojování se civilistů do ozbrojených konfliktů.<sup>9</sup>

Ve snaze zajistit ochranu civilních osob a důsledné uplatňování principu distinkce byla Mezinárodním výborem Červeného kříže (dále jen „MVČK“) a Asserovým institutem v Haagu iniciována série expertních setkávání, jejichž cílem bylo objasnění pojmu přímé účasti na nepřátelství (*direct participation in hostilities*), nebo, zjednodušeně řečeno, objasnění otázky, kdo je legitimním cílem útoku protivníka. Mezinárodní právo humanitární s termínem přímé účasti na nepřátelství pracuje na mnoha místech,<sup>10</sup> nicméně „nepodává jeho definici a jasný výklad nemůže být dovozen ani ze státní praxe, mezinárodní jurisprudence nebo *travaux préparatoires*“.<sup>11</sup> Cílem MVČK byla interpretace nejasného právního termínu (tj. nikoliv tvorba nových pravidel mezinárodního humanitárního práva) a její zveřejnění v právně nezávazném dokumentu, který by mohl sjednotit prozatím rozptýlenou rozhodovací praxi. V červnu 2009

<sup>6</sup> Srovnej čl. 21 *Ženevské úmluvy o zlepšení osudu raněných a nemocných příslušníků ozbrojených sil v poli* (dále jen „ŽÚ I“). Úmluva hovoří pouze o zdravotnických útvarech, nicméně její aplikace se rozšiřuje rovněž na zdravotnický personál a analogicky rovněž na duchovní personál. Srovnej Henckaerts, Jean-Marie, Doswald-Beck, Louise. *Customary International Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 85.

<sup>7</sup> Crawford, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: introduction, text and commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, s. 246.

<sup>8</sup> Williams, Dewi. The Often-Vexed Questions of Direct Participation in Hostilities. A Possible Solution to a Fraught Legal Position? *Journal of Politics and Law*. 2009, vol. 2, No. 1, s. 2.

<sup>9</sup> ICRC. *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*. 2009, s. 7. Dále jen Výkladová směrnice.

<sup>10</sup> Např. čl. 47 odst. 2 DP I, čl. 31 odst. 4 DP I, čl. 43 odst. 2 DP I. Předkládaný příspěvek se, shodně s Výkladovou směrnicí, termínem přímé účasti na nepřátelství zabývá ve spojitosti s čl. 51 odst. 3 DP I a čl. 13 odst. 3 *Dodatkového protokolu II k Ženevským úmluvám z 12. srpna 1949 o ochraně obětí ozbrojených konfliktů nemajících mezinárodní charakter* (dále jen „DP II“). Společný čl. 3 k *Ženevským úmluvám na ochranu obětí války* hovoří o aktivní účasti, což však lze považovat za synonymum – srovnej *Prosecutor v. Akayesu*. Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber, Judgment of 2 September 1998, para. 629. Dále srovnej Pravidlo 6 studie *Obyčejové mezinárodní humanitární právo* (právní pojem „přímá účast na nepřátelství“ tedy má obyčejovou povahu).

<sup>11</sup> Melzer, N.: op. cit. sub 2, s. 332.

MVČK oficiálně publikoval *Výkladovou směrnici k pojmu přímé účasti na nepřátelství podle mezinárodního humanitárního práva* (dále jen „Výkladová směrnice“ nebo „Směrnice“), která tak představuje produkt více než šestiletého intenzivního odborného snažení.

Předkládaný příspěvek v první části popisuje Výkladovou směrnici v její osobní působnosti (kdo je civilista), věcné působnosti (jaké jednání je považováno za přímou účast na nepřátelství) a časové působnosti (po jakou dobu civilista pozbývá ochrany před přímým útokem). V druhé části jsou analyzovány problematické aspekty studie, které byly v rámci expertních setkávání podrobeny největší diskuzi<sup>12</sup> a které do jisté míry splývají s výše uvedeným členěním. Jedná se o postavení členů organizovaných ozbrojených skupin nestátního aktéra související s osobní působností, tzv. mechanismus otáčivých dveří (*revolving door mechanism*) související s časovou působností a omezení ve vztahu k užití vojenské síly, které je možné označovat termínem restriktivní užití síly. Autor příspěvku studii konfrontuje s nepočtenou národní (americkou<sup>13</sup> a izraelskou<sup>14</sup>) rozhodovací praxí, která do nejasného právního pojmu může rovněž vnášet více světla, případně může být zdrojem alternativního přístupu k výkladu sledovaného institutu.

## I. VÝKLADOVÁ SMĚRNICE – DESKRIPCE DOSAŽENÉHO KONSENSU

### A. PERSONÁLNÍ PŮSOBNOST

V úvodní části studie MVČK přistoupil k definici civilní osoby, čímž jasně vymezil personální dosah práce, jenž je tak vázán na (civilní) osoby, které mohou být legitimním cílem útoku pouze pokud se „přímo účastní nepřátelských akcí, a to po dobu těchto akcí.“<sup>15</sup> Výkladová směrnice rozlišuje mezi mezinárodním konfliktem (*international armed conflict*) a konfliktem, který nemá mezinárodní charakter (*non-international armed conflict*). V prvním případě je definice odvozena z DP I, který v čl. 50 odst. 1 stanoví, že civilní osobou je osoba, která není členem ozbrojených sil strany konfliktu ani účastníkem *levée en masse*. Uvedená definice je součástí obyčejového mezinárodního práva.<sup>16</sup> Je-li pominuta kategorie *levée en masse*, vychází Směrnice v mezinárodním konfliktu z dichotomie civilista/příslušník ozbrojených sil. Příslušnost k ozbrojeným silám strany konfliktu je otázkou formální, tj. je regulována vnitrostátním právem – v případě neregulárně ustavených milicí, dobrovolnických sborů a organizovaných hnutí odporu patřících ke straně konfliktu je příslušnost hod-

<sup>12</sup> *Targeting Direct Participants in Hostilities*. Annual Seminar of Norwegian Red Cross, Oslo, 4th November 2009.

<sup>13</sup> *Hamliły v. Obama*. United States District Court for the District of Columbia, Judgment of 19 May 2009. Dále jen *Hamliły v. Obama*.

<sup>14</sup> *The Public Committee Against Torture et al. v. The Government of Israel et al.* High Court of Justice, Judgment of 14 December 2006. Dále jen *PCAT v. Israel*.

<sup>15</sup> Srovnej DP I, čl. 51 odst. 3.

<sup>16</sup> Výkladová směrnice, s. 20. Srovnej *Obyčejové mezinárodní humanitární právo*, Pravidlo 5.

nocena na základě funkčního kritéria, tedy stejně jako v případě organizovaných ozbrojených skupin nestátního aktéra v konfliktech, které nemají mezinárodní povahu.<sup>17</sup>

V těchto konfliktech Výkladová směrnice zakládá exkluzivitu mezi členy ozbrojených sil státu a členy organizovaných ozbrojených skupin<sup>18</sup> nestátního aktéra na straně jedné a civilními osobami na straně druhé.<sup>19</sup> V pramenech práva, které se vztahují k vnitrostátním ozbrojeným konfliktům, nelze nalézt definici pojmů civilista, ozbrojené síly či organizované ozbrojené skupiny, přestože s nimi společný čl. 3 k *Ženevským úmluvám na ochranu obětí války* (dále jen „společný čl. 3 ŽÚ“ nebo jen „společný čl. 3“) a DP II operují.<sup>20</sup> MVČK při výkladu těchto pojmů konstatoval, že příslušníci ozbrojených sil státu obecně nejsou definováni jako civilisté, mezinárodní právo jim současně nepřiznává ani statut kombatanta – právo boje proti povstalcům jim však většinou přiznává vnitrostátní právo.<sup>21</sup> Výkladová směrnice dále uvádí, že mezinárodní praxe není tak jednoznačná v případě příslušníků organizovaných ozbrojených sil nestátního aktéra, přesto jim nakonec výhodné postavení civilních osob odepřela.<sup>22</sup> Základem zvolené dichotomie mezi civilisty a příslušníky ozbrojených sil (státních i nestátních) je ve vnitrostátních konfliktech dle MVČK implicitně společný čl. 3 ŽÚ,<sup>23</sup> návrh čl. 25 DP II, který podával definici civilní osoby jako osoby odlišné od ozbrojených sil státu a organizovaných ozbrojených sil nestátního aktéra, a který navzdory vypuštění z konečné verze textu DP II stále odráží jeho definitivní koncepci<sup>24</sup> a rovněž studie obyčejového mezinárodního humanitárního práva, která v Pravidle 1 pracuje s generickou koncepcí kombatanta platnou i pro nemezinárodní ozbrojený konflikt.<sup>25</sup>

Členům organizovaných ozbrojených skupin nestátního aktéra je odepřeno postavení civilistů, což znamená, že jsou obdobně jako kombatanti legitimními cíli přímého útoku protivníka 24 hodin denně, nicméně na rozdíl od kombatantů jim není přiznáno právo přímé účasti na nepřátelství, tj. jejich jednání nemůže být pro neexistenci vynětí z trestního postihu (*prosecutorial immunity*) kvalifikováno jako legitimní vojenská akce, ale naopak zakládá trestný čin – válečný konflikt v jejich případě nepůsobí jako okolnost vylučující protiprávnost. Vyloučení z definice civilisty rovněž znamená, že tyto osoby nemohou být započítávány do souběžné škody v rámci principu proportionality (nicméně srovnej dále restriktivní užití síly). Členství v organizovaných ozbrojených skupinách nestátního aktéra je konstituováno na základě funkčního kritéria, kterým je nový termín tzv. nepřetržitě bojové funkce (*continuous combat function*).

<sup>17</sup> Ibid., s. 28.

<sup>18</sup> ICRC. *Background Document Working Sessions IV and V. „Direct Participation in Hostilities“ and Membership in Organized Armed Groups*. 2005, s. 3.

<sup>19</sup> Výkladová směrnice, s. 29.

<sup>20</sup> Srovnej např. čl. 1 DP II, čl. 13 DP II.

<sup>21</sup> Fuchs, J.: op. cit. sub 2, s. 158. Směrnice navíc upřesňuje, že smluvní strany DP II nezamýšlely jinou definici ozbrojených sil pro ozbrojené konflikty mezinárodní a nemezinárodní a odkazuje na čl. 43 DP I. Výkladová směrnice, s. 30.

<sup>22</sup> Henckaerts, J.-M., Doswald-Beck, L.: op. cit. sub 6, s. 19. Bílková, Veronika. Zamyšlení nad studií Obyčejové mezinárodní humanitární právo. *Právník*. 2006, roč. 145, č. 10, s. 1215.

<sup>23</sup> Komentář ke společnému čl. 3 stanoví, že „čl. 3 se přirozeně aplikuje v prvé řadě především na civilisty – tj. na osoby, které nenesí zbraně.“ Pictet, Jean S. *The Geneva Conventions of 12 August 1949: commentary*. Geneva: ICRC, 1952. s. 40. Z dikce čl. 3 lze dovodit, že na obou stranách konfliktu existují ozbrojené síly složené z osob, které oproti civilistům zbraně nosí.

<sup>24</sup> Výkladová směrnice, s. 29.

<sup>25</sup> Henckaerts, J.-M., Doswald-Beck, L.: op. cit. sub 6, s. 3.

## B. VĚCNÁ PŮSOBNOST

Výkladová směrnice v další části podává výčet definičních znaků přímé účasti na nepřátelství. Jednání civilní osoby se stává přímou účastí na nepřátelství, pokud jsou kumulativně splněny následující podmínky:<sup>26</sup>

- (1) kritérium újmy (*threshold of harm*) – jednání musí mít pravděpodobně (*likely*) nepříznivý vliv na vojenské cíle (osoby, objekty), nebo musí pravděpodobně způsobovat smrt či zranění u osoby chráněné před přímým útokem nebo zničení u objektu chráněného před přímým útokem; studie nepožaduje materializaci újmy, důležitá je způsobilost určitého jednání způsobit nežádoucí účinky, tj. nepříznivý vliv na vojenské cíle a smrt, zranění či zničení u osob nebo objektů chráněných před přímým útokem; směrnice oproti komentáři k *Ženevským úmluvám*<sup>27</sup> rozšiřuje okruh chráněných zájmů, což je jistě žádoucí – u chráněných cílů se nicméně požaduje nikoliv jenom nepříznivý vliv, ale způsobení smrti či zranění u osob a způsobení destrukce u objektů (např. stavbu zábran na cestě, nebo přerušení dodávek elektrického proudu či vody nelze považovat za přímou účast na nepřátelství, pokud nemají rovněž nepříznivý vliv na vojenské cíle);<sup>28</sup>
- (2) příčinná souvislost (*direct causation*) – mezi jednáním a způsobenou újmou musí existovat kauzální nexus, tj. v dané situaci by k újmě nedošlo, pokud by se civilní osoba nedopustila konkrétního jednání (*act*), nebo se nezúčastnila vojenské operace (*military operation*), jíž je dané jednání nedílnou součástí; MVČK vychází z koncepce jednoho kauzálního kroku mezi jednáním a následkem, což vylučuje tzv. nepřímou účast na nepřátelství vystavěnou na gradaci příčinné souvislosti (dle studie podmínku přímosti nenaplnuje např. poskytování finanční a materiální podpory straně konfliktu, vědecký výzkum, produkce a transport zbraní, pokud tvoří nedílnou součást vojenské operace,<sup>29</sup> výcvik ozbrojených složek, pokud nesměřuje ke konkrétní akci – např. výcvik sebevražedných atentádníků);<sup>30</sup> MVČK přijal logickou koncepci, dle které za přímou účast na nepřátelství nelze považovat pouhou podporu válečného úsilí na straně jedné (např. práci v muniční továrně), jejíž akceptace by vedla ke „clausewitzovské“ totální válce, a na straně druhé pouhý okamžik útoku (srovnej časovou působnost);<sup>31</sup> směrnice konečně rozlišuje mezi kauzální blízkostí a časovou a místní blízkostí – za přímou účast na nepřátelství se

<sup>26</sup> Výkladová směrnice, s. 46.

<sup>27</sup> Piloud, Claude et al. *Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneva: Nijhoff, 1987. s. 618. Komentář stanoví: „Hostile acts should be understood to be acts which by their nature and purpose are intended to cause actual harm to the personnel and equipment of the *armed forces*.“ Zvýrazněno autorem.

<sup>28</sup> Výkladová směrnice, s. 50. Gradace příčinné souvislosti se však v konečném důsledku použije v situacích vojenských operací, předpokládá se však, že dané jednání (kauzálně vzdálenější) tvoří nedílnou součást konkrétní akce, nejenom součást nepřátelských aktivit obecně.

<sup>29</sup> V průběhu jednání se často objevoval příklad řidiče nákladního vozu, kterému byla přidělena familiární přezdívkou Bob. Pokud by Bob přepravoval munici z továrny do vojenského skladu, nejednalo by se o přímou účast na nepřátelství, pokud by však zásoboval ozbrojené síly přímo v rámci probíhající vojenské operace, o přímou účast by se jednalo. *Targeting Direct Participants in Hostilities*. Annual Seminar of Norwegian Red Cross, Oslo, 4th November 2009.

<sup>30</sup> Výkladová směrnice, s. 53.

<sup>31</sup> *Ibid.*, s. 51. Srovnej Piloud, C.: op. cit. sub 27, s. 619.

tak považuje rovněž opožděný vznik újmy (výbuch nástražné miny) nebo útok vykonaný ve značné vzdálenosti od místa vzniku újmy;<sup>32</sup>

- (3) válečná souvislost (*belligerent nexus*) – jednání musí být motivováno způsobením újmy druhé straně konfliktu a zrcadlovým poskytnutím výhody vlastní straně, pouhá objektivní možnost nepříznivého vlivu na protivníka nedostačuje (např. je značný rozdíl mezi zablokováním silnice s cílem zabránit ozbrojeným složkám protivníka, aby se dostaly na určité místo a zablokováním silnice proudem uprchlíků či vnitřně přesídlených osob, které prchají před ozbrojeným konfliktem ve snaze ochránit vlastní život);<sup>33</sup> směrnice upřesňuje, že válečný nexus není subjektivním kritériem, které by se dalo ztotožnit např. s úmyslem, ale kritériem objektivním;<sup>34</sup> MVČK konečně rozlišuje mezi koncepcí nepřátelství (*hostilities*) a regulérním výkonem donucovacích prostředků (*law enforcement*); lze shrnout, že požadavek válečné souvislosti nelze nalézt např. u vraždy příslušníka ozbrojených sil ze žárlivosti (motivem je pomsta), bankovní loupeže (motivem je osobní zisk), sebeobrany (motivem je ochrana vlastního zdraví či života) a použití donucovacích prostředků (motivem je zajištění veřejného pořádku a bezpečnosti).<sup>35</sup>

Na základě výše uvedených definičních znaků lze přímou účast na nepřátelství definovat jako jednání nebo účast na vojenské operaci, již je jednání nedílnou součástí, které v souvislosti s nepřátelstvím přímo způsobuje újmu vojenským cílům protistrany nebo chráněným osobám a objektům.<sup>36</sup>

### C. ČASOVÁ PŮSOBNOST

Jak bylo naznačeno výše, přímou účastí na nepřátelství se rozumí nejenom vlastní útok, ale rovněž přípravné kroky (např. vyhloubení jámy pro umístění improvizovaného explozivního zařízení) a následný návrat z místa jednání.<sup>37</sup> Při evaluaci přípravného jednání je nutno brát v potaz požadavek jednoho kauzálního kroku, což vylučuje některé výše uvedené aktivity (např. transport munice z továrny do skladu). Leitmotivem diskuzí o vymezení časového intervalu, po který může být jednotlivec legitimním cílem útoku, tedy vymezení trvání přímé účasti na nepřátelství, bylo zabránění zneužívání ochrany poskytované civilním osobám související s tzv. mechanismem otáčivých dveří (*revolving door mechanism*), do kterých jednotlivec vstupuje jako nechráněný subjekt a vystupuje jako subjekt chráněný (*farmers by day and fighters by night*) – srovnej dále. Je zřejmé, že frekvence otáčení pomyslných dveří záleží na specifikaci časové působnosti přímé účasti na nepřátelství.<sup>38</sup>

<sup>32</sup> Ibid., s. 55.

<sup>33</sup> *Targeting Direct Participants in Hostilities*. Annual Seminar of Norwegian Red Cross, Oslo, 4th November 2009.

<sup>34</sup> Výkladová směrnice, s. 59.

<sup>35</sup> Ibid., s. 64.

<sup>36</sup> Obdobně Akande, Dapo. Clearing the Fog of War? The ICRC's Interpretative Guidance on Direct Participation in Hostilities. *EJIL: Talk!* Dostupné na <<http://www.ejiltalk.org/clearing-the-fog-of-war-the-icrcs-interpretive-guidance-on-direct-participation-in-hostilities/>> (11.11.2009).

<sup>37</sup> Výkladová směrnice, s. 65. Srovnej Melzer, N.: op. cit. sub 2, s. 344.

<sup>38</sup> Např. Y. Dinstein uvádí, že mechanismus otáčivých dveří nemůže být civilisty zneužíván *ad infinitum*. Dinstein, Yoram. *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*. Cambridge:

V rámci expertních setkání byly rozlišeny tři přístupy:<sup>39</sup>

- (1) konkrétní jednání (*specific act*) – ochrana před přímým útokem se pozbývá v míře identické s trváním vlastního nepřátelského aktu, jenž zahrnuje rovněž přípravu a návrat z místa útoku; uvedený přístup nejlépe reflektuje znění čl. 51 odst. 3 DP I a čl. 13 odst. 3 DP II, které shodně hovoří o „době těchto akcí“;
- (2) potvrzené odpoutání (*affirmative engagement*) – ve snaze zabránit zneužití mezinárodním právem poskytované ochrany je trvání přímé účasti interpretováno jako interval od prvního nepřátelského aktu po jednoznačné vzdání se přímé účasti (např. uplynutí určité delší doby) způsobem objektivně rozpoznatelným pro protistranu;<sup>40</sup> výsledkem uvedeného přístupu je pojmání členů organizovaných ozbrojených skupin nestátního aktéra jako civilistů, kteří mohou být nicméně napadeni kdykoliv, protože jejich účast na nepřátelství vykazuje pokračující charakter (*continuous direct participation in hostilities*); obecným problémem zůstává, jaké jednání lze považovat za souhlasné odpoutání se od předchozí přímé účasti, případně jak zajistit aplikaci ve vztahu k mase stovek či tisíců jednotlivců;<sup>41</sup> tato koncepce byla nakonec odmítnuta;
- (3) omezené členství ve skupině (*functional membership*) – po dlouhé debatě byl přijat přístup, který kombinuje obě předchozí vymezení: MVČK rozlišil mezi sporadickou účastí na nepřátelských akcích u neorganizovaných civilistů a organizovanou účastí členů ozbrojených skupin nestátního aktéra – v prvním případě byl použit přístup ad1), v případě druhém přístup ad2), nicméně s podstatnou modifikací, dle které členům organizovaných ozbrojených skupin nestátního aktéra není přiznán statut civilisty; koncept pokračující přímé účasti na nepřátelství tak byl sice formálně odmítnut, prakticky však bylo dosaženo stejného výsledku, tj. možnosti permanentního útoku na člena ozbrojené skupiny – shodně se k problematice vyjádřil izraelský soud v kauze *Veřejné komise proti mučení proti Izraeli*;<sup>42</sup> MVČK se nicméně vymežil vůči izraelskému soudu v tom smyslu, že zvolil koncepci tzv. funkčního členství, dle které je legitimním cílem útoku pouze osoba plnící nepřetržitou bojovou funkci (*continuous combat function*)<sup>43</sup> – srovnaj dále izraelský či americký přístup.

---

Cambridge University Press, 2004. s. 28. Srovnej ICRC. *Background Document Working Sessions VI and VII. Temporal Scope of "Direct Participation in Hostilities"*. 2005, s. 4.

<sup>39</sup> Ibid., s. 2.

<sup>40</sup> Melzer, N.: op. cit. sub 2, s. 348.

<sup>41</sup> ICRC: op. cit. sub 38, s. 9.

<sup>42</sup> Soud uvedl: „On the other hand, a civilian who has joined a terrorist organization which has become his ‘home’, and in the framework of his role in that organization he commits a chain of hostilities, with short periods of rest between them, loses his immunity from attack ‘for such time’ as he is committing the chain of acts. Indeed, regarding such a civilian, the rest between hostilities is nothing other than preparation for the next hostility.“ *PCAT v. Israel*, para. 39.

<sup>43</sup> Výkladová směrice, s. 70.

## II. ANALÝZA PROBLEMATICKÝCH ASPEKTŮ VÝKLADOVÉ SMĚRNICE

V následující části jsou analyzovány problematické aspekty studie, které byly v rámci expertních setkávání podrobeny největší diskuzi a jejichž konečné přijetí je výsledkem určitých kompromisů.<sup>44</sup> Autor předkládaného příspěvku se postupně zabývá A. postavením členů organizovaných ozbrojených skupin nestátního aktéra, B. problematikou mechanismu otáčivých dveří a C. restriktivním užitím síly (*rather capture than kill approach*).

### A. POSTAVENÍ ČLENŮ ORGANIZOVANÝCH OZBROJENÝCH SKUPIN NESTÁTNÍHO AKTÉRA

V průběhu expertních setkávání byla značná pozornost věnována otázce členství v organizovaných ozbrojených skupinách nestátního aktéra.<sup>45</sup> Jak bylo poukázáno výše, studie MVČK týkající se obvyčejového mezinárodního humanitárního práva explicitně uvedla, že pozice členů organizovaných ozbrojených skupin v nemezinárodním ozbrojeném konfliktu není jednoznačná, neboť není jasné, zda lze příslušníky těchto skupin označit za civilisty či nikoliv.

Při bližším pohledu se nabízejí celkem tři možnosti, jak ke členům organizovaných ozbrojených skupin přistupovat, což souvisí s definicí civilní osoby v ozbrojeném konfliktu, který nemá mezinárodní povahu:<sup>46</sup>

- (1) civilistou je osoba, která není členem ozbrojených sil státu, členem organizovaných ozbrojených skupin nestátního aktéra a dále osoba, která se přímo neúčastnila nepřátelství – uvedený přístup spojuje přímou účast na nepřátelství se ztrátou postavení civilisty, což je v rozporu s čl. 13 odst. 3 DP II, z něhož vyplývá, že jednotlivec zůstává civilistou i po přímé účasti na nepřátelství, byť přichází o ochranu před útokem protivníka – daný přístup proto nelze dále považovat za relevantní;<sup>47</sup>
- (2) civilistou je osoba, která není členem ozbrojených sil státu ani členem organizovaných ozbrojených skupin nestátního aktéra – tato koncepce zachovává rovnováhu mezi státním a nestátním aktérem, civilní osoba může být cílem útoku jenom po dobu konkrétního jednání, naproti tomu člen ozbrojených skupin může být zasažen po celou dobu trvání jeho členství v ozbrojené skupině, pokud zde ovšem plní nepřetržitou bojovou funkci (*restricted or functional membership approach*);

<sup>44</sup> *Targeting Direct Participants in Hostilities*. Annual Seminar of Norwegian Red Cross, Oslo, 4th November 2009.

<sup>45</sup> Terminologie společného čl. 3 a DP II je následující: společný čl. 3 hovoří o ozbrojených silách, čl. 1 DP II hovoří o ozbrojených silách v souvislosti s Vysokou smluvní stranou, u nestátních aktérů rozlišuje disidentské ozbrojené síly a jiné organizované ozbrojené skupiny. Termín ozbrojené síly obsažený ve společném čl. 3 je všezahrnující kategorií, termín organizované ozbrojené skupiny je jednotčím termínem pro ozbrojené složky nestátního aktéra. Srovnej Výkladová směrnice, s. 29–30.

<sup>46</sup> ICRC: op. cit. sub 18, s. 6.

<sup>47</sup> Srovnej však odlišný názor platný pouze pro mezinárodní ozbrojené konflikty: Dinstein, Y.: op. cit. sub 38, s. 29. Obdobně srovnej *San Remo Manual on the Law of Non-International Armed Conflict*, který mezi bojovníky (*fighters*) zahrnuje rovněž civilisty přímo se účastnící nepřátelských akcí.



(3) civilistou je osoba, která není členem státních ozbrojených sil – členové organizovaných ozbrojených skupin si zachovávají statut civilisty, což vede k nerovnováze ve vztahu ke státním ozbrojeným silám, která je vyvážena pojmáním členství (funkčního) jako pokračující přímé účasti na nepřátelství;<sup>48</sup> problémem koncepce, která vychází z definice civilní osoby platné pro mezinárodní konflikty, je vytváření různých kategorií civilních osob.

MVČK nakonec přijal druhou koncepci, neboť se oproti třetí „jeví jako více přesvědčivá.“<sup>49</sup> Vedle výše zmíněných pramenů (společný čl. 3, návrh čl. 25 DP II) lze (nejistou) podporu nalézt rovněž v rozhodnutí Mezinárodního trestního tribunálu pro bývalou Jugoslávii (dále jen „ICTY“), kde v kauze *Galič* ICTY uvedl, že „civilista je definován negativně jako osoba, která není členem ozbrojených sil nebo organizované vojenské skupiny náležející ke straně konfliktu.“<sup>50</sup> K podobnému závěru dospěl americký Okresní soud pro Kolumbijský distrikt v kauze *Hamlily proti Obamovi*, když judikoval, že příslušníci nepřátelských ozbrojených skupin v konfliktech, které nemají mezinárodní povahu, nelze považovat za civilisty a tudíž na ně lze útočit ve stejné míře jako na členy ozbrojených sil státu.<sup>51</sup> Dle N. Melzera lze vyloučení členů organizovaných ozbrojených skupin z definice civilisty vysledovat z praxe států ve vnitrostátních ozbrojených konfliktech – pokud by se v případě těchto osob jednalo o civilisty, státy by proti nim útočily pouze po dobu jejich přímé účasti na nepřátelství, což se zdaleka neděje.<sup>52</sup> Rovněž lze argumentovat předmětem a účelem mezinárodního humanitárního práva (společného čl. 3, DP II), které by nabyly vážných trhlin, pokud by byly protivníkovy ozbrojené síly složeny výhradně z civilistů.

Přes výše uvedené lze očekávat kritiku, která může oprávněně argumentovat, že přístup MVČK nereflexuje a neinterpretuje stav platného mezinárodního práva (*de lege lata*) a představuje pouhý projev představ o ideální budoucí úpravě (*de lege ferenda*).<sup>53</sup> Po zveřejnění studie se ozývaly hlasy hovořící o vytvoření třetí kategorie osob v mezinárodním humanitárním právu (člen organizované ozbrojené skupiny jako reminiscence tzv. nelegálního kombatanta), čemuž mohlo být zabráněno zahrnutím těchto osob do definice civilisty a následným rozšířením pojmu přímé účasti na nepřátelství (*continuous direct participation in hostilities*).<sup>54</sup> Konečně, v literatuře se objevila kritika funkčního přístupu k členství, která staví nestátní aktéry oproti státním ozbrojeným silám do výhodnější pozice.<sup>55</sup> Na druhé straně lze uvést, že MVČK v případě omezeného funkčního členství zvolil přístup, který poskytuje ochranu před přímým útokem poměrně širokému okruhu osob – uvedené vynikne zejména při srovnání s izraelským a americkým kritériem členství.

<sup>48</sup> ICRC: op. cit. sub 18, s. 10.

<sup>49</sup> ICRC. *Draft Interpretative Guidance on the Notion of "Direct Participation in Hostilities"*. 2006, s. 17.

<sup>50</sup> *Prosecutor v. Galič*. Case No. IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgment of 5 December 2003, para. 47. Z rozsudku nicméně zcela zjevně nevyplývá, zda Tribunál hovoří o vnitrostátním konfliktu.

<sup>51</sup> *Hamlily v. Obama*, s. 14.

<sup>52</sup> Melzer, N.: op. cit. sub 2, s. 316–317.

<sup>53</sup> Hayashi, Nobuo. *Direct Participation in Hostilities: A Critical Guide to Interpreting the ICRC's Interpretative Guidance*. Přednáška prosloušená na půdě Právnické fakulty Univerzity v Oslo dne 28. října 2009.

<sup>54</sup> *Targeting Direct Participants in Hostilities*. Annual Seminar of Norwegian Red Cross, Oslo, 4th November 2009.

<sup>55</sup> Akande, D.: op. cit. sub 36.

Pro studii je určitá osoba v právním slova smyslu členem organizované ozbrojené skupiny pouze tehdy, pokud v rámci skupiny plní nepřetržitou bojovou funkci, čímž jsou vyloučeny osoby zastávající např. politické, administrativní a podpůrné funkce.<sup>56</sup> Ačkoliv rozhodnutí izraelského soudu v kauze *Veřejné komise proti mučení proti Izraeli* neobsahuje explicitní definici členství v organizované ozbrojené (teroristické) skupině, izraelské státní orgány při interpretaci rozsudku vycházejí z tzv. organizačního členství (*organizational membership approach*), které má lépe vystihovat realitu dnešních asymetrických konfliktů.<sup>57</sup> Podstata uvedeného přístupu spočívá v tom, že člen ozbrojené skupiny je legitimním cílem bez ohledu na funkci, kterou v organizaci zastává, což legalizuje útok i proti vyšším (politickým) představitelům – dá se říci, že element přímosti je v takovém případě nahrazen elementem organizačním. V případě MVČK je rozhodující jednání, v případě Izraele status, který staví ozbrojené skupiny nestátního aktéra na roveň ozbrojeným silám státu. Inspirativní je rovněž nedávné rozhodnutí amerického soudu v kauze *Hamlily proti Obamovi* – soud uvedl, že kritériem členství není identifikace s ozbrojenou skupinou, ale vyvíjení činnosti v rámci struktury velení, tj. přijímání a vykonávání rozkazů.<sup>58</sup> Nemusí se však jednat o čistě bojové funkce, členem je stejně tak osoba, která v linii velení zajišťuje ubytování či stravování regulérních ozbrojených složek.<sup>59</sup> Uvedené nesouvisí s tzv. nepřímou účastí na nepřátelství spočívající v podpoře válečného úsilí, neboť ta zahrnuje pouze osoby stojící zcela mimo organizační strukturu dané skupiny. Pro všechny přístupy je však společná pečlivá evaluace postavení jednotlivce v každém konkrétním případě.

## B. MECHANISMUS OTÁČIVÝCH DVEŘÍ

Problematika otáčivých dveří vystihuje pozici civilní osoby, která je v důsledku přímé účasti na nepřátelství zbavena ochrany před útokem protivníka, jež je jí navrácena až po ukončení přímé účasti.<sup>60</sup> Mechanismus otáčivých dveří se tak týká opětovného nabývání a pozbývání ochrany před útokem, přecházení mezi kategoriemi chráněných a nechráněných osob (*farmers by day and fighters by night*), což vytváří pro útočící stranu poměrně nepřehlednou situaci. Jak bylo uvedeno výše, frekvence „otáčení“ je závislá na časovém vymezení přímé účasti – nejvyšší intenzitu lze vysledovat u přístupu vycházejícího z konkrétního jednání, nižší pak u přístupu zdůrazňujícího potvrzené odpoutání se od předchozí přímé účasti na nepřátelství. Logicky se nabízí požadavek, aby přecházení mezi jednotlivými kategoriemi nebylo nekonečné. MVČK pojal po dlouhých debatách situaci následujícím způsobem.

<sup>56</sup> Základem zvoleného přístupu je vyjádření ICTY v kauze *Tadić*: „... an individual who cannot be considered a traditional 'non-combatant' because he is actively involved in the conduct of hostilities by membership in some form of resistance group...“ *Prosecutor v. Tadić*. Case No. IT-94-1, Trial Chamber, Judgment of 7 May 1997, para. 639.

<sup>57</sup> *Targeting Direct Participants in Hostilities*. Annual Seminar of Norwegian Red Cross, Oslo, 4th November 2009. Srovnej Fenrick, William J. The Targeted Killings Judgment and the Scope of Direct Participation in Hostilities. *Journal of International Criminal Justice*. 2007, vol. 5, no. 2, s. 337.

<sup>58</sup> *Hamlily v. Obama*, s. 17.

<sup>59</sup> *Ibid.*, s. 17.

<sup>60</sup> ICRC. *Expert Meeting Report*. 2004, s. 22.

Po přijetí koncepce funkčního členství, kombinující oba předchozí přístupy, bylo vyřešeno případné zneužívání principu otáčivých dveří u členů organizovaných ozbrojených skupin. Sledovaný mechanismus se totiž týká pouze civilních osob, kterými jsou v pojetí Výkladové směrnice v podmínkách vnitrostátního ozbrojeného konfliktu osoby odlišné od členů ozbrojených sil státu a členů organizovaných ozbrojených skupin nestátního aktéra vykonávajících zde nepřetržitě bojové funkce.<sup>61</sup> Akceptace tohoto závěru nicméně předpokládá akceptaci Výkladovou směrnicí předkládané definice civilní osoby.

Následná diskuze se proto zaměřila pouze na přímou účast neorganizovaných osob (civilistů). Již v roce 2003 někteří experti vyjadřovali přesvědčení, že civilisté zneužívající ochranu před přímým útokem by měli být považováni za legitimní cíl, neboť neustálé „angažování se v bojových operacích rozkládá humanitární štít poskytnutý civilnímu obyvatelstvu.“<sup>62</sup> K omezení svévoleného přecházení byly navrženy dva postupy, ani jeden z nich však nebyl přijat:

- (1) potvrzené odpoutání (srovnej výše) – uvedený přístup vycházel z presumpce ztráty ochrany v případě byť jediného aktu přímé účasti na nepřátelství a předpokladu pokračování v nepřátelství; odpoutání se od předchozí činnosti mohlo být potvrzeno např. uplynutím určité doby (6 měsíců);<sup>63</sup>
- (2) pokračující jednání (*recurrent act*) – přímá účast na nepřátelství by zahrnovala nejenom samotné jednání (včetně přípravy a návratu), ale rovněž intervaly mezi jednotlivými akty,<sup>64</sup> což ostře kontrastuje s dikcí relevantních pravidel mezinárodního humanitárního práva (ztráta ochrany *po dobu* přímé účasti).

Konečné znění Výkladové směrnice u civilistů zdůrazňuje nutnost dodržování ochrany před útokem mimo dobu vlastní účasti na nepřátelství a potenciálně tak umožňuje permanentní přecházení z kategorie nechráněných osob do kategorie osob chráněných.<sup>65</sup> Přes zjevné praktické potíže, zdůrazňované několika experty ve zprávě z posledního setkání v roce 2008,<sup>66</sup> lze uvedený přístup hodnotit pozitivně, neboť nejlépe odráží stav platného mezinárodního práva.

### C. RESTRIKTIVNÍ UŽITÍ SÍLY

V závěrečné části Výkladová směrnice zdůrazňuje princip restriktivního užití síly, který může být jednoduše vyjádřen spojením „lépe zajmout než zabít“ (*rather capture than kill*).<sup>67</sup> Je zřejmé, že mezinárodní humanitární právo zakazuje určité prostředky a metody vedení nepřátelství, zakazuje útoky na chráněné kategorie osob, ale současně nestanoví přesnou míru dovolené intenzity užití síly, a to bez rozdílu, zda útok směřuje na komatanty, členy organizovaných ozbrojených skupin či civilní

<sup>61</sup> ICRC: op. cit. sub 18, s. 10.

<sup>62</sup> ICRC: op. cit. sub 60, s. 22.

<sup>63</sup> *Ibid.*, s. 23.

<sup>64</sup> ICRC. *Expert Meeting Report*. 2006, s. 64. Ještě v roce 2006 byla koncepce pokračujícího jednání zavržena, byl konstatován její rozpor s platným mezinárodním právem – *Ibid.*, s. 66.

<sup>65</sup> Výkladová směrnice, s. 71.

<sup>66</sup> ICRC. *Expert Meeting Report*. 2008, s. 36 a n.

<sup>67</sup> Výkladová směrnice, s. 77. Shodně *PCAT v. Israel*, para. 40.

osoby přímo se účastníci nepřátelství. Nabízí se tak otázka, zda je omezené užití síly projevem právní povinnosti vyplývající z norem mezinárodního humanitárního práva, nebo spíše projevem „pouhé“ solidarity a úcty k lidskému životu.<sup>68</sup>

Zastánci prvně zmiňovaného přístupu tradičně argumentují tím, že právní povinnost lze abstrahovat z principů ovládajících výklad relevantních pravidel mezinárodního humanitárního práva, konkrétně pak ze zásady lidskosti (zákaz zbytečných útrap) a restriktivní vojenské nezbytnosti.<sup>69</sup> Restriktivní vojenská nezbytnost vychází z teze, že nezbytnost je předpokladem legality, tj. v ozbrojeném konfliktu je zakázáno takové použití síly, které by nebylo nezbytné k dosažení „konce války“, byť by se jednalo o použití prostředků či metod jinak zcela legálních.<sup>70</sup> Ve Výkladové směrnici lze nalézt rovněž odkaz na klasické pojednání J. S. Picteta, který dospívá k následujícímu závěru: „pokud může být stejné výhody dosaženo dvěma různými prostředky, je nutné zvolit ten, který způsobí menší zlo.“<sup>71</sup>

Skupina kritiků se pochopitelně vůči předchozím argumentům vymezuje. Připouští pouze permissivní vojenskou nezbytnost, dle které se vojenské operace mohou stát nezákonnými jen tehdy, pokud porušují pozitivní pravidlo mezinárodního humanitárního práva, nikoliv pokud jsou v rozporu s požadavkem nezbytnosti – legalita je zde předpokladem nezbytnosti.<sup>72</sup> Právní povinnost stanovící restriktivní užití síly tak nelze z platného mezinárodního humanitárního práva dovodit – případný přesun do oblasti lidských práv, kde tuto povinnost naopak vystopovat lze, není dle kritiků nutný, neboť mezinárodní právo humanitární jako *lex specialis* disponuje vlastními prostředky udržení rovnováhy mezi vojenskou nezbytností a zásadou lidskosti.<sup>73</sup>

Ačkoliv není zcela zřejmé, zda mezinárodní právo humanitární *de lege lata* stanoví povinnost restriktivního užití síly, zdůraznění vazby na právo lidských práv ve Výkladové směrnici má svůj význam – mezinárodní právo humanitární totiž nelze považovat za uzavřený či izolovaný systém, ale za součást mezinárodního práva veřejného, jež je značně provázána s jeho jednotlivými disciplínami, nejvíce bezesporu s právem lidských práv.

## ZÁVĚR

Výkladovou směrnici MVČK objasňující pojem přímé účasti na nepřátelství v mezinárodním humanitárním právu je jako celek nutné hodnotit pozitivně. Výsledek více než šestiletého expertního setkávání se pragmaticky snaží reagovat na realitu dnešních ozbrojených konfliktů a současně se pokouší zajistit ochranu co

<sup>68</sup> O restriktivním užití síly pochopitelně má smysl hovořit pouze tam, kde by vlastní ozbrojené síly nebyly v důsledku ochrany života protistrany vystaveny značnému riziku. Výkladová směrnice hovoří např. o situaci, kdy se neozbrojená osoba, která je legitimním cílem útoku, nachází v poklidné restauraci. Srovnej Výkladová směrnice, s. 81.

<sup>69</sup> ICRC: op. cit. sub 66, s. 8.

<sup>70</sup> Melzer, N.: op. cit. sub 2, s. 287. Melzer s odkazem na práci Komise OSN pro mezinárodní právo uvádí, že nedostatek nezbytnosti (*non-necessity*) je okolností vylučující zákonost.

<sup>71</sup> Výkladová směrnice, s. 82.

<sup>72</sup> ICRC: op. cit. sub 66, s. 18.

<sup>73</sup> *Ibid.*, s. 22.

možná nejširšího okruhu osob – obecným pravidlem zůstává, že v případě pochybností musí být jednotlivci poskytnuto postavení civilisty chráněného před přímým útokem. Jakákoliv další diskuze usilující o relevantní zhodnocení sledované problematiky by se měla vůči oficiálnímu přístupu MVČK vymežit. Je zřejmé, že proces objasňování pojmu přímé účasti na nepřátelství není zveřejněním studie završen, ba právě naopak, je jím iniciován. Lze předpokládat, že v následujících měsících budou ke studii zaujímat oficiální stanoviska jednotlivé státy, což snad povede k postupnému objasnění celé materie.

Přes naznačená pozitiva však lze zaujat rovněž kritický postoj – nabízí se otázka, zda směrnice představuje pouhý výklad v současné době platného mezinárodního humanitárního práva, nebo reflektuje rámec budoucí vhodné úpravy *de lege ferenda*. V některých klíčových otázkách (postavení členů organizovaných ozbrojených skupin, omezení užití síly) lze nalézt přesvědčivé argumenty svědčící rovněž ve prospěch druhé varianty. Jisté problémy může způsobovat zavádění nových pojmů (nepřetržitá bojová funkce), které nelze v pramenech mezinárodního práva nalézt.

#### ON CLARIFICATION OF NOTION “DIRECT PARTICIPATION IN HOSTILITIES”

##### Summary

Presented paper is focused on the current ICRC's initiative to clarify the notion of “direct participation in hostilities” in international humanitarian law which, with respect to civilians, results in lost of protection against direct attack. Author considers the principle of distinction in international humanitarian law, describes ICRC's Interpretative Guidance in its personal, substantive and temporal scope and analyzes its most problematic aspects (concept of civilian in non-international armed conflict, revolving doors mechanism, restraint on the use of force). Despite certain doubts whether ICRC's Interpretative Guidance merely reflects current *lex lata* in the area of international humanitarian law or implies reference framework for future international regulation (status of organized armed groups in non-international armed conflict, restraint on the use of force) author comes to the conclusion, that ICRC's work has to be considered as welcomed step forward which shall for sure influence any following discussion over the topic.

*Key words:* direct participation in hostilities, civilian, combatant, organized armed groups, restraint on use of force