

DIPLOMOVÁ PRÁCE

Diplomatická ochrana

Vedoucí práce: Prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc.

Vypracovala: Jana Režná
Ciolkovského 851/3
16100 Praha 6

V Praze, 5. května 2006

ČESTNÉ PROHLÁŠENÍ

Prohlašuji, že diplomovou práci na téma Diplomatická ochrana jsem zpracovala samostatně, a že jsem vyznačila prameny, z nichž jsem pro svou práci čerpala způsobem pro vědeckou práci obvyklým.

Jana Režná

V Praze, 5. května 2006

PODĚKOVÁNÍ

Ráda bych poděkovala Prof. JUDr. Pavlu Šturmovi, DrSc. za odborné vedení, cenné rady během konzultací, ochotu a čas, který mé práci věnoval. Velké poděkování za podporu náleží i mým rodičům.

OBSAH

<u>ÚVOD</u>	6
<u>KAPITOLA 1 CIZINECKÉ PRÁVO</u>	7
1. PRÁVNÍ POSTAVENÍ CIZINCŮ NA ÚZEMÍ STÁTU POBYTU.....	8
<u>KAPITOLA 2 POSTAVENÍ JEDNOTLIVCE V MEZINÁRODNÍM PRÁVU</u>	10
1. PRÁVNÍ POZITIVIZMUS.....	12
2. JEDINEC JAKO SUBJEKT MEZINÁRODNÍHO PRÁVA.....	13
<u>KAPITOLA 3 DIPLOMATICKÁ OCHRANA</u>	14
1. DIPLOMATICKÁ OCHRANA JAKO FIKCE.....	14
2. ZÁKLADNÍ PRINCIPY DIPLOMATICKÉ OCHRANY.....	15
2.1. Volnostní záležitost státu vykonat diplomatickou ochranu.....	15
2.2. Titul k výkonu diplomatické ochrany.....	16
2.3. Protiprávní chování státu.....	17
2.4. Vyčerpání opravných prostředků.....	17
<u>2.4.1. Náležitosti vnitrostátní remedury</u>	19
<u>2.4.2. Pravidlo hmotného či procesního práva</u>	20
2.4.2.1. Vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků jako pravidlo práva hmotného.....	20
2.4.2.2. Vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků jako pravidlo práva procesního.....	21
2.4.2.3. Vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků jako pravidlo kombinované povahy.....	22
<u>2.4.3. Primární či sekundární pravidlo mezinárodního práva</u>	23
2.5. Teorie „čistých rukou“.....	23
3. KOMISE PRO MEZINÁRODNÍ PRÁVO.....	24
3.1. Zvláštní zpravodaj Mohamed Bennouna.....	25
3.2. Zvláštní zpravodaj John Dugard.....	26
3.3. Návrh článků o diplomatické ochraně.....	27
<u>3.3.1. Definice a rozsah diplomatické ochrany</u>	27
<u>3.3.2. Právo výkonu diplomatické ochrany</u>	31

3.3.3. Státní příslušnost	33
3.3.3.1. Fyzické osoby	34
3.3.3.1.1. Trvání státoobčanského pouta.....	38
3.3.3.1.1.1. Výjimky z pravidla trvání státoobčanského pouta.....	39
3.3.3.1.2. Dvojití či vícečetné občanství a vznesení nároku proti třetímu státu.....	40
3.3.3.1.3. Vícečetné občanství a vznesení nároku proti státu občanství.....	41
3.3.3.1.4. Osoby bez státního občanství a uprchlíci.....	42
3.3.3.2. Právnícké osoby	46
3.3.3.2.1. Případ Barcelona Traction	46
3.3.3.2.1.1. Řízení před MSD.....	47
3.3.3.2.1.1.1. lus standi belgické vlády.....	48
3.3.3.2.1.2. Kritika.....	51
3.3.3.2.2. Případ ELSI.....	53
3.3.3.2.3. Státní příslušnost společností.....	57
3.3.3.2.3.1 Trvání státní příslušnosti akciových společností.....	58
3.3.3.2.4. Ochrana akcionářů.....	61
3.3.3.2.4.1. Přímá újma akcionářů.....	63
3.3.3.2.5. Ostatní právnícké osoby.....	64
3.3.4. Vyčerpání opravných prostředků	66
3.3.4.1. Článek 14	67
3.3.4.1.1. Právní opravné prostředky.....	68
3.3.4.2. Článek 15	69
3.3.4.2.1. „Preponderance“ test.....	71
3.3.4.3. Výjimky z pravidla vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků 72	
3.3.4.3.1. Neefektivnost vnitrostátních opravných prostředků.....	73
3.3.4.3.1.1. Absence pravomoci rozhodnout spor.....	75
3.3.4.3.1.2. Vnitrostátní právní předpisy povolující jednání, které je předmětem stížnosti, a toto nebude přezkoumáno soudy.....	75
3.3.4.3.1.3. Vnitrostátní soudy nejsou nezávislé.....	76
3.3.4.3.1.4. Existence souvislé a zavedené linie precedentů, které stojí proti cizinci.....	76
3.3.4.3.1.5. Neexistence vhodné a adekvátní náhrady.....	76
3.3.4.3.1.6. Neexistence dostatečného systému právní ochrany.....	77
3.3.4.3.2 . Nepřiměřeně zdlouhavé odvolací řízení.....	77
3.3.4.3.3. Neexistence dobrovolného pouta či teritoriální souvislosti mezi poškozeným cizincem a odpovědným státem.....	79
3.3.4.3.4. Vzdání se výhody vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků.....	82
3.3.4.3.4.1 Výslovné vzdání se práva.....	83
3.3.4.3.4.2. Konkludentní vzdání se práva.....	84

3.3.5. Ostatní ustanovení.....	84
3.3.5.1. Jednání či postupy jiné než diplomatická ochrana.....	85
3.3.5.2. Zvláštní smluvní ustanovení.....	86
3.3.5.3. Posádky plavidel.....	88
<u>KAPITOLA 4 DIPLOMATICKÁ OCHRANA DNES</u>	91
1. DIPLOMATICKÁ OCHRANA A MEZINÁRODNÍ OCHRANA LIDSKÝCH PRÁV	91
1.1. Mezinárodní ochrana lidských práv	92
1.1.1. Přístup jednotlivce k mezinárodnímu řešení sporů.....	94
1.2. Universalismus a kulturní relativismus	96
1.3. Místo pro diplomatickou ochranu	97
2. DIPLOMATICKÁ OCHRANA A MEZINÁRODNÍ OCHRANA INVESTIC	98
2.1. Nevýhody diplomatické ochrany	99
2.2. Mezinárodní ochrana investic	100
<u>ZÁVĚR</u>	103
SEZNAM ZKRATEK	104
SEZNAM POUŽITÉ LITERATURY, JUDIKATURY A DOKUMENTŮ	105
PŘÍLOHY	111
Příloha 1.: Návrh článků Komise MP o diplomatické ochraně.....	112
Příloha 2.: Seznam použitých úmluv.....	119

ÚVOD

Obecně platné zásady mezinárodního práva, mezinárodní úmluvy a obyčejová pravidla mezinárodního cizineckého práva obsahují soubor pravidel, práv a povinností, které vyžadují po státech určité chování k cizím státním příslušníkům. Pokud stát poruší tato pravidla (svými soudními, legislativními či výkonnými orgány), nedostojí tak svým mezinárodním závazkům a zapříčiní tím újmu cizinci nebo jeho majetku, musí nést za takové chování odpovědnost a poskytnout cizinci náhradu.

Cizí státní příslušník se nejdříve musí obrátit s nápravou na samotný hostitelský stát. Spor se dostane do oblasti mezinárodního práva teprve v případě, když po bezvýsledném vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků a nedosažení efektivní náhrady převezme domovský stát nárok svého příslušníka na odčinění způsobené újmy a uplatní jej vůči povinnému státu. Obsahem tohoto nároku zůstává původní nárok poškozeného příslušníka. Domovský stát tímto přistupuje k uplatnění diplomatické ochrany ve prospěch svého příslušníka (fyzické či právnické osoby). Diplomatická ochrana je založena na fikci, že újma způsobená jednotlivci je chápána jako újma jeho domovskému státu. Ten pak vznáší nárok na její odčinění jako svůj vlastní.

Nositeli práva diplomatické ochrany jsou tedy jen státy. Mezinárodní právo fyzickým a právnickým osobám tuto ochranu poskytuje jen nepřímo, neboť na ně pohlíží jako na pouhé beneficiáře diplomatické ochrany.

Ve své diplomové práci se pokusím velmi konkrétně popsat obsah institutu diplomatické ochrany, podrobně rozebrat Návrhy článků o diplomatické ochraně přijaté Komisí pro mezinárodní právo a nastínit události a vysvětlit změny v mezinárodním právu, které způsobily pokles významu diplomatické ochrany v dnešním světě.

KAPITOLA 1

CIZINECKÉ PRÁVO

Postavení cizinců podléhá zásadně vnitrostátní úpravě¹. Vnitrostátní cizinecké právo se týká problematiky vpuštění cizince (fyzické i právnické osoby) na území teritoriálního státu, odchodu a vyhoštění cizince z území státu jeho pobytu či samotného právního postavení cizinců na území tohoto státu. Stát při tvorbě vnitrostátního cizineckého práva ovšem nemá absolutní volnost, neboť je omezen obecně platnými zásadami mezinárodního práva a také mezinárodními úmluvami, které ohledně postavení cizinců s jinými státy uzavírá. Stát je také vázán obyčejovými pravidly mezinárodního cizineckého práva, ovšem jak podotýká prof. Potočný², jejich obsah je sporný.

Snahy o kodifikaci obyčejových pravidel mezinárodního cizineckého práva v letech 1929 – 1930³ neuspěly a teprve v roce 1985 Valné shromáždění OSN schválilo Deklaraci o lidských právech jednotlivců, kteří nejsou státními občany země, v níž žijí⁴. Deklarace obsahuje soubor práv a povinností, které by měl cizincům každý stát poskytnout. Obecně platí, že rezoluce Valného shromáždění OSN nejsou závazné, i když existují určité typy, které závazný charakter mít budou⁵. Tato deklarace má pro členské státy OSN doporučující charakter a její síla, byť značná, je pouze morální.

Čl. 4 této deklarace obsahuje jak povinnost cizince dodržovat zákony státu pobytu tak povinnost respektovat státní národní tradice a obyčeje. Dále deklarace obsahuje široký výčet práv cizince. Cizinec má zejména právo na život a osobní bezpečnost, právo nebýt podroben svévolnému uvěznění nebo

¹Srov. Miroslav Potočný, *Mezinárodní právo veřejné*, Zvláštní část, 2. vydání 1996

² Ibid., str. 46

³ V roce 1929 se konala Pařížská konference o hospodářských právech cizinců a v r. 1930 Haagská konference o odpovědnosti státu za škody způsobené cizincům.

⁴ 1985 General Assembly of United Nations Declaration on the Human Rights of Individuals who are not National of the Country in which they Live, A/RES/40/144

⁵Srov. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 2003, kde uvádí „there are certain types (rozuměj určité druhy rezolucí), which have legal effect. These are declarations or interpretation of existing law (např. Charta Organizace spojených národů) or if they are evidence of custom“.

zadržení, právo na rovné postavení před soudem, právo na ochranu proti svévolnému a nezákonnému zasahování do soukromí, rodiny, domova nebo korespondence, právo na svobodu projevu, na pokojné shromažďování, vlastnit majetek, právo na opuštění země, atd. Tato práva mohou být omezena pouze zákony potřebnými v demokratické společnosti k ochraně národní a veřejné bezpečnosti, veřejného pořádku, veřejného zdraví a morálky, stejně jako k ochraně práv a svobod jiných. Důležité je si uvědomit, že výčet těchto práv je velmi podobný minimálnímu obecnému standardu lidských práv, který je obsažen v Mezinárodním paktu o občanských a politických právech z roku 1966 a jeho Opčním protokolu⁶ a Mezinárodním paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech⁷ ze stejného roku.

1. PRÁVNÍ POSTAVENÍ CIZINCŮ NA ÚZEMÍ STÁTU POBYTU

Po dlouhou dobu, kdy se ještě ve velké míře neuplatňoval obchod přesahující hranice států, měli cizinci v podstatě bezprávní postavení. Stát jim uděloval jen jakési zvláštní výsady a povolení. K ustálení vnitrostátního cizineckého práva, které si stát upravil sám, došlo teprve s rozvojem přeshraničního obchodu⁸.

Vstupem na území cizího státu se cizinec automaticky podrobuje jeho územní výsosti (*territorial jurisdiction*). Je na volném uvážení (*discretion*) státu, zda cizince na své teritorium přijme či nikoli. Nejde o právo absolutní, neboť zvláštní mezinárodní dohody mohou stanovit jinak⁹. Stát tedy nemá povinnost cizince přijmout na své území a jeho přijetí může podmínit určitými požadavky. V současné době mnohé státy uplatňují vízovou povinnost a povinnost mít cestovní pas, který obsahuje osobní data cizince. Vízum znamená souhlas státu se vstupem cizince na jeho území a cizince tak opravňuje ke krátkodobému pobytu.

⁶1966 International Covenant on Civil and Political Rights and its Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights Dok. OSN A/RES/2200/XXI Annex nebo Malcolm D. Evans, *Blackstone's International Law Documents*, 6th edn., 2003 str. 95 n.

⁷1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Dok. OSN A/RES/2200/XXI Annex nebo Malcolm D. Evans, *Blackstone's International Law Documents*, 6th edn., 2003 str.112

⁸ Srov. Bystrický, *Obchodní úmluvy*, str. 76

⁹ Např. Smlouva o přátelství, obchodu a plavbě mezi USA a Itálií z roku 1948, U.S.-Italian Treaty of Friendship, Commerce and Navigation United Nations Treaty Series, vol. 79 str. 171

Pokud stát cizince na své území vpustí, tento podléhá jeho územní výsosti. Cizinec musí respektovat a dodržovat jeho právní řád. Stát příslušnosti nad ním ovšem veškerou pravomoc neztrácí, zůstává mu výkon osobní výsosti (*personal jurisdiction*). Cizinec nadále platí svému státu příslušnosti daně, je povinen vrátit se na jeho výzvu domů či zachovávat státní tajemství. V rámci výkonu osobní výsosti se ale domovský stát musí zdržet jednání, která by byla porušením územní výsosti teritoriálního státu. Stát pobytu naopak nesmí na cizinci požadovat např. výkon vojenské služby či ho nutit k činnosti směřující proti jeho domovskému státu.

Teritoriální stát cizinci musí poskytnout určitá práva. Základní práva, označovaná jako minimální cizinecký standard, charakterizují, jak prof. Potočný výstižně označil¹⁰, povinnost státu respektovat cizince jakožto lidskou bytost. Teritoriální stát je povinen cizince chránit před nezákonnými zásahy do zdraví, života, svobody, majetku a cti. Útoky na jeho osobu a práva musí přiměřeně potrestat. Stát musí uznat cizince za způsobilého nabývat majetek (kromě nabývání vlastnictví k nemovitostem, bankám, apod.), uzavírat manželství, nabývat dědictví či sjednávat občanskoprávní smlouvy. Stát pobytu má na cizince aplikovat vnitrostátní právní řád bez diskriminace, umožnit mu přístup k soudům a úřadům, nemá protahovat soudní či jiné řízení, nesmí cizince svévolně zatknout a držet ho ve vazbě. Cizinec naopak nemá ve státě pobytu právo na politická práva (nemá právo shromažďovací a sdružovací, nemůže se účastnit na tvorbě státní vůle či výkonu veřejné moci).

V současné době je tento minimální cizinecký standard pokryt mezinárodní úpravou ochrany lidských práv. Na cizince jakožto lidskou bytost, se aplikují úmluvy o lidských právech sjednané jak v rámci OSN (např. Mezinárodní pakt o občanských a politických právech a jeho Opční protokol¹¹) tak na poli regionálním (např. Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod¹²).

¹⁰Viz. Miroslav Potočný, *Mezinárodní právo veřejné*, Zvláštní část, 2. vydání 1996 str. 49

¹¹1966 International Covenant on Civil and Political Rights and its Optional Protocol Dok. OSN A/RES/2200/XXI Annex nebo Malcolm D. Evans, *Blackstone's International Law Documents*, 6th edn., 2003 str. 95 n.)

¹²1950 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, UNTS, vol. 213, 1953, No. 71 nebo Annex nebo Malcolm D. Evans, *Blackstone's International Law Documents*, 6th edn., 2003 str. 43 n.)

Další práva cizinců, především práva majetková, jsou obsažena v partikulárních smlouvách. Tyto bývají obvykle označovány jako vlastní mezinárodní cizinecké právo¹³ a poskytování práva se zde většinou váže na podmínku reciprocity. Právní postavení cizinců je zde obvykle vyjádřeno v ustálených doložkách. Jde o doložku národní (*national standard of treatment*), doložku nejvyšších výhod (*most-favoured-nation treatment*) a zvláštní cizinecký režim, kdy stát upravuje práva a povinnosti cizinců na rozdíl od svých občanů zvláštními vnitrostátními předpisy.

Pokud teritoriální stát poruší ve vztahu k cizinci povinnosti vyplývající z mezinárodního práva a cizinci se nepodaří sjednat nápravu pomocí prostředků vnitrostátního práva tohoto státu, je jeho domovský stát oprávněn využít postupu diplomatické ochrany. Jde o reakci státu příslušnosti cizince na porušení mezinárodního závazku jiného státu zacházet s jeho občanem dle výše zmíněných pravidel.

KAPITOLA 2

POSTAVENÍ JEDNOTLIVCE V MEZINÁRODNÍM PRÁVU

Nejstarší metoda k ochraně práv jednotlivce byla svépomoc nejen obětí, ale též její rodinou, vlivnými přáteli, celým klanem a nakonec i státem¹⁴. Tato ochrana vycházela z již v Bibli zmíněného pravidla „oko za oko, zub za zub“.

V počátečním stadiu nebylo rozdílu mezi státem jako takovým a jeho příslušníkem. Vládce, jeho majetek a občané byly domněle považováni za kolektivně odpovědné. Pokud občan utrpěl v cizině újmu, vládce vydal této soukromé osobě oprávnění k zabavení majetku (např. plavidla a jeho nákladu)

¹³Srov. Čepelka, Šturma, *Mezinárodní právo veřejné*, Eurolex, Praha 2003 str. 365

¹⁴Srov. Sohn, *The New International Law: Protection of the Rights of Individuals rather than States*, 32 AM. U. L. REV. 1 (1982). Sohn tuto ochranu popisuje jako výsledek úvah vládců o tom, že jejich občané, zejména obchodníci, jsou důležitým majetkem samotného státu, který je nutno chránit. Pokud utrpí újmu v cizině, vládce tohoto území je odpovědný za daný stav a cizincův domovský stát má právo požadovat nápravu. Jde zde o jedno z prvních vyjádření principu odpovědnosti státu za újmy utrpěné cizinci na jeho státním území a principu diplomatické ochrany.

odpovědného státu¹⁵. Záhy se vyvinul předchůdce dnešního pravidla vyčerpání opravných prostředků s tím, že tato svépomoc byla možná pouze a pokud oběť či její domovský stát neobdržely odškodnění od povinného státu. Co více, náhrada neměla překročit výši újmy, kterou oběť utrpěla¹⁶.

Tento mechanismus prakticky fungoval až do konce osmnáctého století, kdy byl vybudován princip diplomatické ochrany na základě konceptu moderního státu. Mezníkem se stal rok 1948 a Westfálský mír. Státy odebraly svým občanům právo na svépomoc a přeshraniční spory mezi státy a cizinci se staly spory mezi domovským státem oběti a státem z újmy odpovědným. Nicméně tento posun ještě nevedl k urovnání sporů přes mezinárodní tribunál, komisi či jiný orgán. Nejčastěji to byly silné státy, které pod pohrůžkou užití síly vymáhaly kompenzaci na slabších.

Jako výsledek dlouhého procesu vznikl v roce 1920 pod systémem Společnosti národů Stálý dvůr mezinárodní spravedlnosti¹⁷ (dále jen SDMS), který byl po druhé světové válce přeměněn na Mezinárodní soudní dvůr (dále jen MSD). Obě tyto instituce reflektovaly právní pozitivismus, v té době dominantní názor, který rozpoznával jako jediné subjekty hmotného i procesního mezinárodního práva státy samotné. Pokud došlo k porušení lidských práv jedince v cizině, jediné jeho domovský stát mohl zasáhnout a ochránit ho či vznést nárok na náhradu škod, které utrpěl. V praxi to byly pouze západní státy, které těžily ze své privilegované pozice a chránily tak své občany, se kterými nebylo zacházeno v souladu s obvyklými standardy mezinárodního práva. Tím pak diplomatická ochrana byla slabšími státy chápána spíše jako diskriminační užití síly než jako nezbytná ochrana práv cizinců.

Situaci ještě více zhoršila fikce, že újma způsobená jedinci znamená přímo újmu jeho domovskému státu. V roce 1924 SDMS dal této fikci

¹⁵Srov. Bruno, *Access of Private Parties to International Dispute Settlements: A Comparative Analysis*, (1997)

¹⁶Podobná ustanovení obsahuje např. Smlouva mezi městy Oenthalia a Chalaeum z roku 450 před n. l.

¹⁷Stálý dvůr mezinárodní spravedlnosti byl první světový soudní orgán, který vznikl po první světové válce na základě čl. 14 Paktu Společnosti národů. Šlo o přímého předchůdce Mezinárodního soudního dvora. SDMS působil jen velmi krátce a vydal 32 rozhodnutí a 27 posudků.

požehnání, když v případě *Mavrommatis Palestine Concession*¹⁸ deklaroval, že stát ve skutečnosti tvrdí své vlastní právo, právo respektu pravidel mezinárodního práva.

1. PRÁVNÍ POZITIVIZMUS

Po dlouhá léta byla debata ohledně statusu jedince (jak právnické tak fyzické osoby) na poli mezinárodního práva vedena právním pozitivismem, kde pouze státy jsou subjektem práva a jedinci jeho objektem. Po celé devatenácté století byl tento právní názor dominantním.

Právní pozitivismus se zrodil v roce 1798, když Bentham vytvořil termín mezinárodního práva jako náhradu za právo národů a definoval jej jako právo „*které je vzájemným jednáním mezi svrchovanými státy..... a jednání jedinců je pouhým objektem tohoto práva*¹⁹“. Státy se tedy staly jedinými subjekty mezinárodního práva²⁰.

Dnes je pozitivistický přístup, že jedinci jsou pouhým objektem mezinárodního práva, přežitý a nemůže být dále akceptován²¹. I když první polovina dvacátého století byla ještě svědkem převažujícího právního pozitivismu, vzrůstal počet vzdělavců, kteří zastávali názor opačný, názor, že stejně jako státy i jedinci jsou v určitých oblastech subjekty mezinárodního práva²².

¹⁸*Mavrommatis Palestine Concession Case*, Greece v UK, 1924 P.C.I.J., Series A, No 2, strana 12 „it is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and resorting to diplomatic action or international diplomatic proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own right- its right to ensure in the person of its subjects, respect for the rules of international law“.

¹⁹Viz. Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1798)

²⁰ Je velmi zajímavé si uvědomit, že tento radikální názor vznikl v době Francouzské revoluce, kde se naopak projevil silný důraz na práva jedince ve společnosti, a kde se také zrodilo universální hnutí za lidská práva.

²¹Srov. O'Connell, *International law* (1965) „philosophy and practice demonstrate that...the individual as the end of community is a member of the community, and as a member has status: he is not an object“.

²²Např. Lauterpacht považuje za dostatečné, že mezinárodní právo přiznává jedinci hmotná práva bez ohledu na jejich vynutitelnost in H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights* (1950); Kelsen uvádí, že jedinec není vždy přímým subjektem práva, ale existují případy, kde mezinárodní právo ponechává právu národnímu prostor pro udělení práv a povinností přímo jednotlivci, in Kelsen, *Principles of International Law* (1966).

2. JEDINEC JAKO SUBJEKT MEZINÁRODNÍHO PRÁVA

Tradičně je subjekt práva nositelem práv a povinností. Tato definice není dostačující. Pro jedince, aby byl uznán za subjekt mezinárodního práva, nestačí být pouze nositelem práv a povinností, je také nezbytné aby měl možnost je vytvářet, uplatnit a vynutit a byl veden k odpovědnosti před mezinárodním fórem²³.

Ke značným změnám došlo po druhé světové válce. Standardy spravedlnosti pro jednotlivce doma a cizince v zahraničí dosáhly velkých změn. Přibližně 150 států je dnes vysokými smluvními stranami Mezinárodního paktu o občanských a politických právech (dále jen MPOPP) a mnoho z nich též podepsalo jeho protějšek v Evropě, Evropskou úmluvu o lidských právech (dále jen EÚLP) či v Americe, Americkou úmluvu o lidských právech. Co více, v mnoha situacích je jedinec nadán vlastním procesním právem vznést nárok ohledně porušení jeho lidských práv přímo před Evropským soudem pro lidská práva (dále jen ESLP), Výborem OSN pro lidská práva či Meziamerickým soudem pro lidská práva. Konec studené války a uvolnění pohybu investic způsobily, že jak život tak investiční aktivity jsou dnes lépe chráněny. Cizinec, který podniká v zahraničí, má možnost dosáhnout nápravy i jiným způsobem. Washingtonská úmluva o řešení investičních sporů mezi státy a příslušníky jiných států²⁴ z roku 1965 povoluje soukromým osobám vést spory proti státům před Mezinárodním střediskem

²³Norgaard uvádí „the position of the individual under international law indisputably changes its character when asserting of the rights conferred by international rules no longer rests exclusively at the discretion of a State, but the beneficiaries of the rights can enforce them at their own instance before international courts“. Před druhou světovou válkou vzniklo několik úmluv, které přiznaly jedinci procesní právo proti cizímu státu v určitých otázkách mezinárodního práva. Tento proces začal v roce 1907 založením International Prize Court (IPC) pod Haagskou Úmluvou XII z roku 1907. Články 4 a 5 udělovaly fyzické osobě právo vznést nárok proti cizímu státu před IPC. Tato Úmluva však nemohla být v praxi testovaná, jelikož nedošlo k její ratifikaci, a tak IPC nikdy nezačal fungovat.

Versailleská mírová smlouva (zejména její články 296, 297, 304 a 305) a ostatní bilaterální úmluvy poskytly základ pro založení smíšených arbitrážních tribunálů a komisí, před kterými občané vítězných států mohli vznášet své nároky proti poraženým státům na náhradu škod během války utrpěných. Tyto tribunály byly řízeny vítěznými státy a je tedy otázkou, zda zachovávaly právní řád (jak Brownlie správně poznamenává „their decisions turned to a large extent on point of private law and the interpretation of the peace treaties...they included enforcement provisions of unusual strength as a result of their origin, and in some of the more important cases governments intervened in support of their nationals“).

²⁴ 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other State, U.N.T.S. vol.575 str. 159

pro řešení investičních sporů²⁵ (dále jen ICSID), pokud obě strany s danou procedurou souhlasí. Stejnou nápravu poskytují i četné bilaterální úmluvy z investic.

Tento vývoj vede k úvahám, zda diplomatická ochrana jako taková není zastaralým a nemoderním institutem mezinárodního práva a zda v dnešní době plní svou funkci - ochranu a odčinění újmy způsobené státním příslušníkům v cizině. Touto problematikou se hlouběji zabývá kapitola 4.

KAPITOLA 3

DIPLOMATICKÁ OCHRANA

Pokud stát způsobí újmu příslušníku jiného státu, a tím poruší mezinárodní právo, např. zkonfiskováním majetku bez kompenzace či svévolným uvězněním, stát, jehož je poškozený příslušníkem, může (má právo) převzít tento nárok na odčinění dané újmy jako svůj vlastní a požadovat nápravu (nejčastěji peněžní částku) na státu povinném. Stát tímto přistupuje k uplatnění diplomatické ochrany ve prospěch svého příslušníka.

1. DIPLOMATICKÁ OCHRANA JAKO FIKCE

Bylo řečeno, že svépomoc byla odebrána jedinci a nahrazena principem diplomatické ochrany. Tento zlom jasně reflektoval dominantní pozitivistický proud, kde státy byly jedinými subjekty mezinárodního práva. Historicky bylo právo na diplomatickou ochranu ponecháno státu, jehož je poškozený v cizině příslušníkem. Toto právo je založeno na fikci, že újma způsobená jedinci je chápána jako újma jeho domovskému státu, a ten pak vznáší nárok na odčinění jako svůj vlastní.

Původ tohoto principu nacházíme v osmnáctém století, když Emmerich Vattel²⁶ uvedl, že *„kdokoli špatně zachází s občanem, nepřimo tak napadá stát, který musí tohoto jedince chránit. Vládce poškozeného jedince musí*

²⁵ International Centre for Settlement of Investment Disputes, úřední překlad pod č. 420/1992 Sb.

²⁶Emmerich Vattel (1714-1767), *The Law of Nations*, kapitola VI, str.136

pomstít tento skutek a pokud je to možné, donutit agresora k plnému zadostiučinění či ho alespoň potrestat“. Spory vzniklé z těchto příkoří se rázem staly spory mezi státy navzájem a diplomatická ochrana tak začala být vedena pozitivistickým myšlením, bez umožnění přímého přístupu jednotlivci.

Již zmíněný případ *Mavrommatis Palestine Concession*²⁷ se stal mezníkem tohoto procesu. Případ vedlo Řecko proti Velké Británii, tehdejšímu správci Palestiny, dle mandátu uděleného Společností národů, kvůli britskému odmítnutí uznat smluvní právo nabyté *Mavrommatisem*, řeckým občanem, úmluvou podepsanou orgány Otomanské říše, dřívějšího vládce Palestiny. SDMS rozhodl: *„Je pravdou, že spor byl nejdříve pouze mezi jednotlivcem a státem... následně se případu ujalo Řecko a spor vstoupil do nového rozměru. Stal se sporem mezi dvěma státy, tedy otázkou mezinárodního práva. Základním principem mezinárodního práva je právo státu chránit své příslušníky, pokud utrpí újmu spáchanou cizím státem a toto se děje v rozporu s mezinárodním právem a bez následného odčinění...tím, že se stát ujme případu svého občana a uplatní diplomatickou ochranu či přistoupí k mezinárodnímu soudnímu řešení sporu, ve skutečnosti tvrdí a hájí své vlastní právo...pokud stát jednou převezme případ v zájmu svého příslušníka, v očích mezinárodního práva se stává samotným a jediným stěžovatelem.“.* SDMS zde jasně přijal teorii objektu ohledně postavení jedince v mezinárodním právu.

2. ZÁKLADNÍ PRINCIPY DIPLOMATICKÉ OCHRANY

2.1. Volnostní záležitost státu vykonat diplomatickou ochranu

Výkon diplomatické ochrany je právo, které náleží státu. Jde o jeho volnostní uvážení (*discretion*), zda diplomatickou ochranu vykoná či odmítne. Nenacházíme nic v mezinárodním právu, co by činilo stát povinným k jejímu výkonu. Subjektivní právo jedince a následná povinnost jeho státu k výkonu diplomatické ochrany, by tak mohlo být pouze zakotveno v právu vnitrostátním.

²⁷*Mavrommatis Palestine Concession Case, Greece v UK, 1924 P.C.I.J., Series A, No 2*

Tento postoj byl jasně zmíněn v případě Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (dále jen Barcelona Traction)²⁸, když MSD uvedl: „V mezích limitů určených mezinárodním právem, stát může vykonat diplomatickou ochranu jakýmkoli prostředky jakéhokoli rozsahu, které uváží za vhodné...pokud by se jedinec (fyzická či právnická osoba) domníval, že jeho práva snad nejsou adekvátně chráněna, nemá na poli mezinárodního práva již žádné opatření k nápravě...Stát musí být viděn jako jediný soudce, při rozhodování, zda diplomatickou ochranu vykonat“.

2.2. Titul k výkonu diplomatické ochrany

Stát může přiznat diplomatickou ochranu pouze svému občanu či právnické osobě, která jeho příslušníkem. Je proto důležité, aby nevznikaly pochybnosti ohledně příslušnosti těchto osob. Tato příslušnost značí důležité pouto mezi osobou a jejím domovským státem, které se týká jejich práv a povinností²⁹. MSD v případě Nottebohm³⁰ vznesl jasný požadavek efektivity tohoto pouta.

Co více, toto státoobčanské pouto osoby, která utrpěla újmu v zahraničí, musí trvat od okamžiku, kdy tato byla poškozena, až do doby vyhlášení nálezu.³¹ Potíže přináší výkon diplomatické ochrany u osob s dvojitým či mnohonásobným státním občanstvím. Zde platí princip, že diplomatická ochrana nesmí být užita proti státu, kterého je tato osoba občanem.

²⁸Barcelona Traction, Light and Power Company Limited Case, I.C.J. Reports, 1970, str. 44

²⁹srov. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 2003 na str. 459 píše „a normal and important function of nationality is to establish the legal interest of a State when nationals and legal persons with a sufficient connection with a State, receive an injury or loss at the hands of another State“.

³⁰Nottebohm Case, I.C.J. Reports 1955, str. 23 „according to practice of States, to arbitral and judicial decision and to the opinion of writers, nationality is legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with existence of reciprocal rights and duties. It may be said to constitute the juridical expression of the fact that individual upon whom it is conferred, either directly by law or as a result of an act of authorities, is in fact more closely connected with population of the State conferring nationality than with that of any other State“.

³¹Ibid., na str. 469 MSD uvádí, že „the majority of governments and of writers take the date of the award or judgement as the critical date“.

Státy tedy musí prokázat efektivitu a skutečnost státoobčanského pouta, což, pokud striktně aplikujeme přístup MSD v případě Nottebohm, by v dnešním světě plného migrace, mohlo znamenat vyloučení mnoha osob z výkonu diplomatické ochrany. Tito lidé opouštějí své domovské země z různých důvodů a začínají své životy znovu, často na územích, kde nabytí nového občanství není možné, a pokud se tak přece stane, jejich pouto je velmi tenké³².

Jak bude postupně rozebráno, Komise pro mezinárodní právo ve svém konečném znění Návrhu článků o diplomatické ochraně³³ nepožaduje po státu, aby prokázal efektivitu a skutečnost státoobčanského pouta, jeho nabytí však musí být v souladu s mezinárodním právem.

2.3. Protiprávní chování státu

Výkon diplomatické ochrany je založen na předpokladu, že stát porušil pravidlo mezinárodního práva. Takto se děje např. v případech odepření spravedlnosti, zbavení svobody bez soudu, diskriminačním či svévolným zabavením majetku, jeho zestátněním či konfiskací bez odškodnění.

2.4. Vyčerpání opravných prostředků

Stát může vznést nárok cestou diplomatické ochrany pouze a pokud jeho příslušník, jako poškozená strana, vyčerpal všechny dostupné opravné prostředky vnitrostátního práva. Jinými slovy, stát může vykonat diplomatickou ochranu jen pokud jeho příslušník nedosáhl adekvátní náhrady na úrovni vnitrostátního práva.

Princip vyčerpání opravných prostředků (*exhaustion of local remedies*) je ustálenou a státy zastávanou praxí, a tedy součástí obyčejového mezinárodního práva³⁴. Je součástí mnoha mezinárodních úmluv³⁵ a stal se

³²Srov. First Report of the Special Rapporteur on Diplomatic Protection, dokument A/CN.4/506

³³The ILC's Draft Articles on Diplomatic Protection přijaté 28. 5. 2004, A/CN.4/L.647

³⁴ *Elektronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, 1989 I.C.J. Reports str. 42, kde MSD toto pravidlo označil za „important principle of customary international law“.

obvyklou metodou ESLP³⁶, Meziamerického soudu pro lidská práva, Výboru OSN pro lidská práva³⁷ atd. Také Komise MP ve svém Návrhu článků o odpovědnosti státu³⁸ uvádí, že odpovědnost státu nemůže být uplatněna, pokud je nezbytné vyčerpat opravné prostředky a tyto nebyly vyčerpány.

Důvod pravidla vyčerpání opravných prostředků tkví, mimo jiné³⁹, i v možnosti dané státu, aby sám odčinil protiprávní chování svých orgánů v rámci vlastního právního řádu, a tím navrátil poškozenému spravedlnost. Jsou dva důležité důvody pro zachování takového pravidla. Prvý politický a druhý praktický. Mezinárodní právo plně uznává územní výsost států a výkon jejich výlučné pravomoci nad státním územím. Cizinci jsou na této půdě podřízeni státní autoritě a vázáni jejími zákony. Praktické uvážení pravidla vyčerpání opravných prostředků je založeno na faktu, že vyšetřováním případu v cizí zemi se často snadněji dosáhne zjištění, zda vznikla tvrzená újma⁴⁰. Obvykle od doby, kdy se příkoří skutečně událo, do doby, než se

³⁶Např. čl. 46 Inter-American Convention on Human Rights či čl. 295 Law of the Sea Convention

³⁶Čl. 35 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv (dále jen EÚLP) uvádí, že „soud se může zabývat problémem pouze pokud všechny domácí opravné prostředky byly vyčerpány, samozřejmě dle obecné uznávaných pravidel mezinárodního práva“.

³⁷Výbor OSN pro lidská práva (UN Human Rights Committee) byl založen pod Mezinárodním paktem o občanských a politických právech (dále jen MPOPP). Čl. 5 Prvního opčního protokolu k MPOPP uvádí, že „the Committee shall not consider any communications from individuals unless it has ascertained that (b) the individual has exhausted all available domestic remedies. This shall not be rule where the application of remedies is unreasonably prolonged“.

³⁸ILC Commentary 2001, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10) čl. 44 který zní „the responsibility of a State may not be invoked if the claim is one to which the rule of exhaustion of local remedies applies and any available and effective local remedy has not been exhausted“.

³⁹Srov. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1915) na str. 817 uvádí důvody tohoto pravidla „first, the citizen going abroad is presumed to take into account the means furnished by local law for the redress of wrongs; secondly, the right of sovereignty and independence warrants the local State in demanding for its Courts freedom from interference, on the assumption that they are capable of doing justice; thirdly, the home Government of the complaining citizen must give offending Government an opportunity of doing justice to the injured party in its own regular way, and thus avoid, if possible, all occasion for international discussions; fourthly, if the injury is committed by an individual or minor official, the exhaustion of local remedies is necessary to make certain that the wrongful act or denial of justice is the deliberate act of the State; and fifthly, if it is deliberate act of the State, that the State is willing to leave the wrong unrighted. It is logical principal that where there is a judicial remedy, it must be sought. Only if it is sought to vain and a denial of justice established, does the diplomatic interposition become proper“.

⁴⁰Viz. Brownlie, *Principles of Public International Law*, šesté vydání, str. 473 „the more practical consideration advanced are the greater suitability and convenience of national courts

nárok dostane do oblasti mezinárodního práva, uplyne mnoho měsíců. Dodatečně nacházet důkazy, by bylo velmi obtížné⁴¹. A navíc, vyřízení sporu před národním soudem může být méně časově a finančně náročné pro samotného poškozeného. Jak profesorka Juliane Kokott uvedla: „*Pravidlo vyčerpání opravných prostředků funguje jako filtr. Zbavuje mezinárodní právo případů, které mohou být řešeny jinde*“⁴².

2.4.1. Náležitosti vnitrostátní remedury

Vnitrostátní opravné prostředky nemohou existovat pouze formálně, musí zde být reálná možnost jejich vyčerpání⁴³. Pokud např. právní řád odpovědného státu žádnou nápravu nepřipouští, nevyčerpání vnitrostátních opravných prostředků nemůže stát v cestě vznesení mezinárodního nároku. Poškozený cizinec musí vyčerpat všechny dosažitelné vnitrostátní prostředky⁴⁴. Mohou být povahy soudní či správní, řádné nebo mimořádné. Od cizince se očekává, že vynaloží veškeré možnosti k obdržení nápravy v hostitelské zemi. Musí použít všechny procesní prostředky, které vnitrostátní právo poskytuje. Komise MP⁴⁵ dodává, že stěžovatel musí ukázat, že případ chce vyhrát.

Nicméně, z daného pravidla jsou četné výjimky, jak pojednávám v kapitole 3.3.4.3. Výjimky z pravidla vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků. Existuje několik právních i faktických okolností, které zapříčiní, že

as forum for the claims of individuals and corporations, the need to avoid the multiplication of small claims on the international level of diplomatic protection".

⁴¹Srov. Čepelka, Šturma, *Mezinárodní právo veřejné*, Eurolex, Praha 2003 kde uvádí „mezinárodní jurisdikce ani nedisponuje možnostmi řešení či vyšetření dané kauzy, nehledě též k tomu, že k vlastnímu mezinárodnímu posuzování dochází zpravidla dost dlouho po té, kdy ke škodlivé události došlo“.

⁴²Viz. Julianne Kokott, *The Exhaustion of Local Remedies*, ILC London Conference 2000

⁴³*Ibid.*, str. 382

⁴⁴Srov. Harvardský návrh úmluvy o mezinárodní odpovědnosti států za újmy způsobené cizincům (1960) který se ve svém čl. 19 snaží popsat opravné prostředky „local remedies shall be considered as exhausted...if the claimant has employed all administrative, arbitral or judicial remedies which were made available to him by the respondent State“.

⁴⁵Viz. Komentář k čl. 22 ILC Articles on State Responsibility, ILC Commentary 2001, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10), chp. IV.E.1.

vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků nebude reálně dosažitelné⁴⁶. Půjde např. o situaci, kdy vnitrostátní opravné prostředky neposkytují reálnou možnost efektivní nápravy, odvolací řízení je nepřiměřeně zdlouhavé, neexistuje relevantní souvislost mezi poškozenou osobou a odpovědným státem či odpovědný stát upustil od požadavku, aby vnitrostátní opravné prostředky byly vyčerpány. Také např. čl. 19 Harvardského návrhu Úmluvy o mezinárodní odpovědnosti států za újmy způsobené cizincům vyjmenovává okolnosti, za kterých vnitrostátní opravné prostředky budou uvažovány jako nedosažitelné⁴⁷.

2.4.2. Pravidlo hmotného či procesního práva

Existuje teoretická polemika, zda vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků je pravidlem hmotného či procesního práva. Komise MP ve svém komentáři k čl. 22 Návrhu článků o odpovědnosti států⁴⁸ shledává tuto otázku jako jednu z nejtěžších k zodpovězení v oblasti vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků. Rozlišujeme tři odlišná pojetí: hmotné, procedurální, kombinované.

2.4.2.1. Vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků jako pravidlo práva hmotného

Zastánci této teorie se domnívají, že porušení pravidel mezinárodního práva odpovědným státem není dovršeno, pokud vnitrostátní opravné prostředky nebyly bezúspěšně vyčerpány. Jinými slovy, vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků je podstatnou podmínkou vzniku

⁴⁶Srov. International Law Commission, Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth session, Supplement No. 10, A/59/10 (2004) str. 21

⁴⁷Výjimky obsažené v Harvardském návrhu úmluvy o mezinárodní odpovědnosti států za újmy způsobené cizincům (1960) zní „(a) no remedy exists through which substantial recovery could be obtained; (b) the remedies are in fact foreclosed by an act or omission attributable to the State; (c) only excessively slow remedies are available or justice is unreasonably delayed“.

⁴⁸International Law Commission, Official Report of the General Assembly, Fifty-second session, UN Doc. A/55/10 (2000)

mezinárodní odpovědnosti⁴⁹. Tam, kde je požadováno vyčerpat vnitrostátní opravné prostředky, a tyto nebyly vyčerpány, diplomatická ochrana namůže být vykonána. Ze zastánců této teorie je důležité zmínit Roberta Aga, zvláštního zpravodaje Komise MP⁵⁰ a E. M. Borcharda⁵¹. Toto pojetí bylo též podpořeno např. ve věci Mexican Union Railway⁵².

2.4.2.2. Vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků jako pravidlo práva procesního

Příznivci druhé teorie se domnívají, že pravidlo vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků je pouhou procesní podmínkou, která musí být před vznesením mezinárodního nároku splněna.

Komise MP při projednávání tématu diplomatické ochrany navrhla přijetí článku s pracovním číslem 12⁵³, který označil vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků jako procesní předpoklad (*procedural precondition*) výkonu diplomatické ochrany. Nicméně, tento článek nebyl zahrnut do konečného Návrhu článků o diplomatické ochraně.

Procedurální teorii podporuje C.F. Amerasinghe⁵⁴ a její zastánkyní je i profesorka Juliane Kokott, která se domnívá, že podle obecných principů

⁴⁹Srov. Second Report of the Special Rapporteur on Diplomatic Protection, UN Doc. A/CN.4/514 (2001) str. 15

⁵⁰Viz. F. V. García Amador, Third Report on State Responsibility, A/CN.4/111 na str. 25 uvádí „when the conduct of a State has created a situation not in conformity with the result required of it by an international obligation concerning the treatment to be accorded to aliens, whether natural or juridical persons, but the obligation allows that this or an equivalent result may nevertheless be achieved by subsequent conduct of the State, there is a breach of the obligation only if the aliens concerned have exhausted the effective local remedies available to them without obtaining the treatment called for by the obligation or where that is not possible, an equivalent treatment“.

⁵¹Viz. E.M. Borchard, *Theoretical Aspects of the International Responsibility of States*, 1929

⁵²*Mexican Union Railway Case (UK v. Mexico)* 5 U.N.R.I.A.A., 1926 na str. 122 „the responsibility of a State under international law can only commence when the persons concerned have availed themselves of all remedies open to them under the national laws of the State in question“.

⁵³Viz. J.R. Dugard, Second Report on Diplomatic Protection, UN Doc. A/CN.4/514 (2001) str. 15. Čl. 12 zní „the requirement that local remedies must be exhausted is a procedural precondition that must be complied with before a State may bring an internationally wrongful act committed against the national where the act complained of is breach of both local law and international law“.

⁵⁴C.F. Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens* (1967) na str. 169 kde uvádí „in the case of international law, an international court is the proper organ finally to make the

mezinárodního práva je vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků procesní podmínkou výkonu diplomatické ochrany⁵⁵.

2.4.2.3. Vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků jako pravidlo kombinované povahy

Třetí pojetí rozlišuje mezi vnitrostátní a mezinárodní újmou způsobenou cizinci. Pokud je újma způsobena porušením vnitrostátního práva a nezakládá porušení práva mezinárodního, vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků bude sloužit jako pravidlo hmotného práva, tedy jako nezbytná podmínka vzniku mezinárodní odpovědnosti⁵⁶. Pokud ovšem újma způsobená cizinci pramení z porušení mezinárodního práva, mezinárodní odpovědnost vzniká v momentě vzniku újmy a požadavek vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků je pouhou procesní podmínkou výkonu diplomatické ochrany.

J.E.S. Fawcett⁵⁷ rozlišuje tři možné situace. V prvním případě může dojít k porušení mezinárodního práva, které ovšem zároveň neznamena porušení práva vnitrostátního. Zde se princip vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků neuplatní, neboť vnitrostátní právo nebylo porušeno, a tedy neexistují opravné prostředky, které by měly být vyčerpány. Za druhé, dojde k porušení vnitrostátního práva a to nezakládá porušení práva mezinárodního. Zde mezinárodní odpovědnost může nastat pouze v případě, kdy následné chování státu povede k odepření spravedlnosti (*denial of justice*). Ve třetím případě dochází k porušení jak vnitrostátního tak mezinárodního práva (např. v podobě porušení smlouvy či mezinárodního

decision that a rule of international law has been broken. Municipal courts may pronounce on the issue, but it is clear that for the international legal system this cannot be final". Srov. dále C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (1990) kapitola III a C.F. Amerasinghe, *The Local Remedies Rule in an Appropriate Perspective* (1976) str. 727

⁵⁵Viz. Julianne Kokott, *The Exhaustion of Local Remedies*, ILA London Conference 2000

⁵⁶Srov. J.R. Dugard, *Second Report on Diplomatic Protection*, UN Doc. A/CN.4/514 (2001) na str. 15 uvádí „if the injury is caused by violation of domestic law not constituting a violation of international law, international responsibility arises only from an act or omission constituting a denial of justice committed against the alien by the judicial organs of the respondent State in the course of his attempt to secure redress for the violation of domestic law“.

⁵⁷Viz. J.E.S. Fawcett, *The Exhaustion of Local Remedies: Substance or Procedure?*, 31 B.Y.I.L. (1954) str. 452. Fawcettova jasná analýza získala podporu Brownlieho. Srov. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 1998 str. 476

obyčejového práva) a pravidlo vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků bude znamenat procesní překážku vznesení nároku.

Komise MP se domnívá, že tato třetí pozice je nejspokojivější. Pokud stát poruší pravidlo mezinárodního práva např. tím, že mučí cizince, právo vznést nárok vzniká až v momentě, kdy odpovědný stát tuto situaci nenapraví.

2.4.3. Primární či sekundární pravidlo mezinárodního práva

Prof. Šturma se domnívá⁵⁸, že diplomatická ochrana je jakýsi přechod mezi pravidly primárními a sekundárními. Primární pravidla jsou v kontextu diplomatické ochrany ta, která upravují vlastní práva a povinnosti cizinců a sekundární pravidla upravují odpovědnost státu za porušení cizineckého režimu.

Podmínka vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků dává diplomatické ochraně povahu institutu sekundárního. Bylo by předčasné, aby se stát dovolával porušení pravidel mezinárodního práva pouze proto, že odpovědnému státu nebyla dána možnost nahradit důsledky vzniklé újmy.

Vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků znamená jednu z podmínek výkonu diplomatické ochrany. Teprve pokud dojde k porušení cizineckého režimu a tyto podmínky jako primární normy jsou splněny, může ochraňující stát uvažovat o diplomatické ochraně. Vlastní uplatnění diplomatické ochrany je dle slov prof. Šturmy⁵⁹ „už jen formou vznesení odpovědnosti nároku“.

2.5. Teorie „čistých rukou“

Někteří autoři zastávají názor, že existuje ještě doplňující podmínka výkonu diplomatické ochrany⁶⁰. Jde o požadavek „čistých rukou“ (*clean hands*). Aby diplomatická ochrana mohla být vykonána, musí mít poškozená osoba čisté ruce, což znamená, že její chování nesmí být nemorální či

⁵⁸Viz. Šturma, Vývoj institutu diplomatické ochrany a trendy mezinárodněprávní úpravy ochrany investic, *Právník č.1* (1991)

⁵⁹Ibid., str. 68

⁶⁰Srov. Čepelka, Šturma, *Mezinárodní právo veřejné*, Eurolex, Praha 2003 str. 383

nelegální. Jinými slovy, nesmí být sama příčinou vzniku újmy nebo ji svým chováním ještě více zhoršit, nesmí se dopustit podvodného chování vůči státu příslušnosti při podání žádosti o výkon diplomatické ochrany. Prof. Šturma uvádí jako příklad „nečistého“ chování mimo jiné porušení zákonů hostitelské země⁶¹ či účast na povstání namířeného proti legální vládě.

Komise MP nezahrnula požadavek čistých rukou do Návrhu článků o diplomatické ochraně⁶². Uvádí sice, že někteří autoři tvrdí, že tato teorie patří do kontextu diplomatické ochrany, nicméně své tvrzení nemají podložené silnou autoritou, která by jejich názor podpořila⁶³.

3. KOMISE PRO MEZINÁRODNÍ PRÁVO⁶⁴

Komise MP na svém 48 zasedání v roce 1966 označila téma diplomatické ochrany jako vhodné pro kodifikaci a postupný vývoj⁶⁵. Valné Shromáždění OSN založilo pracovní skupinu na toto téma a o rok později Komise MP jmenovala pana Mohameda Bennounu zvláštním zpravodajem. Pracovní skupina se po dvou setkáních shodla na několika stavebních kamenech. Základ debaty bude tvořit mezinárodní obyčejové právo. Téma se bude zabývat sekundárními pravidly mezinárodního práva. Ta primární budou uvažována pouze pokud je jejich objasnění nezbytné pro vyjasnění formulace

⁶¹Je jen velmi málo pravděpodobné, že by stát příslušnosti poškozené osoby, která se chovala nelegálně v jiném státě, přistoupil k její ochraně.

⁶²Srov. International Law Commission, Official Records of the General Assembly, Sixties session, Supplement No. 10, A/60/10 (2005) str. 112

⁶³ Ibid., Str 113

⁶⁴Mezivládní snahy podpory kodifikace a vývoje mezinárodního práva našly své místo v rezoluci Shromáždění Společnosti národů z 22. září roku 1924, počítající s vytvořením „Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law“. Vlády, které se podílely na vypracování Charty OSN v drtivé většině nesouhlasily s tím, aby OSN měla legislativní pravomoc schvalovat závazná pravidla mezinárodního práva. Čl. 13 Charty OSN pouze stanoví, že Valné Shromáždění OSN bude iniciovat studie a vydávat doporučení k...progresivnímu vývoji mezinárodního práva a jeho kodifikaci. 11. prosince 1946 Valné Shromáždění OSN přijalo rezoluci č. 94, která zakládá „Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification“. O rok později předává tento orgán OSN zprávu, ve které doporučuje založení Komise pro mezinárodní právo (International Law Commission, dále jen Komise MP) a nastiňuje set pravidel pro její Statut. Následně pak dne 21. listopadu Valné Shromáždění OSN přijímá rezoluci č. 174, která zakládá Komisi pro mezinárodní právo a její Statut. Čl. 1 Statutu stanoví, že se Komise MP bude zabývat podporou a progresivním vývojem mezinárodního práva a jeho kodifikací.

⁶⁵Viz. ILC Commentary 200, Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 10 (A/51/10)

specifických sekundárních pravidel. Výkon diplomatické ochrany je právem státu. Práce skupiny bude brát v úvahu vývoj mezinárodního práva.

3.1. Zvláštní zpravodaj Mohamed Bennouna

Téma diplomatické ochrany se v agendě Komise MP objevilo v roce 1996. Pan Mohamed Bennouna byl jmenován zvláštním zpravodajem pro následující rok. Jeho předběžná zpráva o diplomatické ochraně⁶⁶ vznesla otázku, zda je diplomatická ochrana jako právní institut ještě užitečná. Bennouna zkoumal ortodoxní výklad diplomatické ochrany, který obsahovala již zmiňovaná pasáž z případu *Mavrommatis Palestine Concession*⁶⁷, ve které SDMS prohlásil, že výkonem diplomatické ochrany stát ve skutečnosti tvrdí své vlastní právo.

Bennouna vzpomenu, že diplomatická ochrana sloužila často jako záminka pro vměšování se do cizích státních záležitostí a vyprovokovala tak užití Calvovy doložky⁶⁸ státy Latinské Ameriky. Tato doložka pokládá právo ochrany za právo patřící pouze jednotlivci, který utrpěl v cizině újmu, a ten se může daného práva smluvně vzdát. Ti, kteří se smlouvou s hostitelským státem vzdají svého práva, jsou rázem nadáni stejnými právy, která jsou dostupná občanům, a tak se dostávají do pozice rovného postavení s nimi. Tato ustanovení se považují za neplatná, neboť jednatel nemůže omezit a vyloučit právo svého domovského státu na diplomatickou ochranu⁶⁹.

Jeho zpráva vyvolala zajímavou otázku. Pokud uvážíme, že diplomatická ochrana je velmi náchylná ke zneužití, je ještě stále užitečná? Bennouna uvedl, že zde existují tři zásadní změny mezinárodního práva, které zásadně snižují důležitost tohoto institutu.

Prvá je spojena s vývojem mezinárodní ochrany lidských práv. Tato přiznává práva přímo jednotlivci a obchází tak fikci vyslovenou v případě

⁶⁶Preliminary Report on Diplomatic Protection, UN Doc. A/CN.4, 484, 4. února 1998

⁶⁷*Mavrommatis Palestine Concession Case*, Greece v. UK, 1924 P.C.I.J. Series A, No 2, str. 12

⁶⁸Srov. P. Šturma, Vývoj institutu diplomatické ochrany a trendy mezinárodněprávní úpravy ochrany investic, *Právník č. 1* 1991 str. 69 an.

⁶⁹*Ibid.*, str. 70

Mavrommatis Palestine Concession⁷⁰. Znamená také vytvoření procesů, kterými si jednotlivci mohou stěžovat přímo mezinárodním institucím ohledně porušování svých lidských práv v zahraničí. Regionální komise a soudy v Evropě, Americe a Orgány OSN mohou sloužit jako dostatečné příklady této změny. Co více, již samotné prohlášení MSD v případě Barcelona Traction, Light and Power Company Limited⁷¹ ohledně povinnosti erga omnes značí, že existují jistá pravidla mezinárodního práva, která jakýkoli stát může uplatnit proti jinému, bez ohledu na příslušnost poškozeného. Do této míry se výkon diplomatické ochrany jeví jako nepotřebný.

Druhá značí několikanásobné zvýšení počtu bilaterálních dohod chránících práva zahraničních investorů. Tyto typicky umožňují poškozenému investoru, aby zahájil řízení proti hostitelské zemi před ICSID nebo ad hoc tribunálem. Mohou tak učinit bez jakéhokoli zapojení svého domovského státu.

Třetí důležitý vývoj znamená vytvoření ad hoc tribunálů⁷², které taktéž povolují jednotlivci zahájit řízení vlastním jménem, a to opět bez zásahu státu jeho občanství.

Tyto dvě otázky, zda stát tvrdí skutečně své právo a zda je diplomatická ochrana v dnešním mezinárodním právu ještě potřebná, nebyly odpovězeny. Po svém zvolení soudcem MSD roku 1999, Bennouna resignoval na pozici zvláštního zpravodaje. Jeho nástupcem se stal profesor John Dugard, který ohledně hodnoty diplomatické ochrany zastával zcela odlišné stanovisko.

3.2. Zvláštní zpravodaj John Dugard

Ve své První zprávě⁷³ pan Dugard zaujal znatelně věcný přístup k tématu, když poznamenal⁷⁴ že: „*Neměli bychom zavrhnout institut*

⁷⁰Greece v. UK, 1924 P.C.I.J. Series A, No 2, str. 12

⁷¹I.C.J. Reports 1970

⁷²Srov. např. Iran-US Claims Tribunal a UN Compensation Commission

⁷³Viz. John Dugard, First Report on Diplomatic Protection, UN Doc. A/CN.4/506 z března roku 2000

⁷⁴Ibid., paragraf 21

diplomatické ochrany, který slouží hodnotnému účelu, jen proto, že je založen na fikci a nemůže obstát podrobnému logickému přezkoumání“. Věnoval pozornost velmi skromnému počtu opravných prostředků, které má jednatelce proti cizímu státu k dispozici. Nastínil, že: „*Je opravdu smutné, že jen hrstka jednotlivců, ve velmi malém počtu států, které přijaly právo jednotlivce vznášet stížnosti k institucím založených mezinárodními úmluvami, obdrží adekvátní náhradu garantovanou těmito úmluvami ... pozice cizinců v zahraničí není o nic uspokojivější ... neexistuje multilaterální úmluva, která by poskytla cizinci náhradu za porušení jeho práv v zahraničí, kromě oblasti ochrany investic*⁷⁵“.

Dugardova zpráva byla vystavěna kritice⁷⁶, jako přespříliš zaměřená na lidská práva. Jak naznačeno, Bennouna a Dugard zastávali zcela odlišné názory. Bennouna se jasně domníval, že diplomatická ochrana dnes jen přežívá, zatímco Dugard v ní vidí proces ochrany lidských práv. Komise MP se namísto hledání důvodů, k čemu dnes diplomatická ochrana vlastně slouží, zaměřila na nalezení pravidel, která tento institut upravují. Po velmi náročné práci Komise MP přijala 19 článků o diplomatické ochraně a předala je vládám členských států OSN k připomínkování s požadavkem, aby tyto připomínky a komentáře byly předloženy Generálnímu tajemníku OSN nejpozději do 1. ledna 2006.

3.3. Návrh článků o diplomatické ochraně

V této kapitole se pokusím o podrobný rozbor 19 článků o diplomatické ochraně schválených Komisí MP. Tyto články se snaží popsat pravidla, která určují okolnosti, za kterých se může diplomatická ochrana vykonat a podmínky, jejichž splnění je před tímto výkonem nezbytné.

3.3.1. Definice a rozsah diplomatické ochrany

Čl. 1 vymezuje obsah institutu diplomatické ochrany. Zní: *Diplomatická ochrana tkví v použití diplomatických jednání či jiných prostředků mírového*

⁷⁵Ibid., paragraf 25

⁷⁶Srov. International Law Commission, Report of the 52nd Session (2000), UN Doc. A/55/10, paragraf 422

řešení sporů státem, který přebírá věc svého příslušníka, pokud jde o újmu jemu způsobenou porušením pravidel mezinárodního práva jiným státem, jako své právo vlastní. Nejde o definici diplomatické ochrany, ale o její popis, jak je chápán v jazyce mezinárodního práva.

Institut diplomatické ochrany je úzce spojen s principem odpovědnosti státu. Dle mezinárodního práva je stát odpovědný za své protiprávní jednání či opomenutí, kterým způsobí cizinci újmu. Jde o ideu, která získala široký souhlas mezinárodního společenství. Je obecně akceptováno, že ačkoli stát není povinen přijmout cizince na své území, pokud tak jednou učiní, dostává se do vztahu s jeho domovským státem tím, že mu vznikne povinnost poskytnout této osobě a jeho majetku ochranu v souladu s mezinárodním minimálním cizineckým standardem. Vzniklo mnoho pokusů kodifikovat tento princip. Již v roce 1927 Institut mezinárodního práva přijal rezoluci o mezinárodní odpovědnosti států za újmy způsobené cizincům a jejich majetku⁷⁷ která deklaruje, že stát je odpovědný za újmu způsobenou cizinci jakýmkoli chováním či opomenutím porušujícími jeho mezinárodní závazky⁷⁸. Později, Harvardský návrh úmluvy o mezinárodní odpovědnosti státu za újmy způsobené cizincům⁷⁹ stanoví, že *stát je mezinárodně odpovědný za jednání či opomenutí, která jsou protiprávní dle mezinárodního práva a přičitatelná takto odpovědnému státu a znamenají újmu způsobenou cizinci.* Tento princip je obecně akceptován jako pravidlo obyčejového mezinárodního práva a je aplikován v mnoha soudních a rozhodčích nálezech.

Komise MP se zde nesnaží definovat či popsat porušení pravidel mezinárodního práva, které vyvolává odpovědnost státu, jako primárních pravidel popisujících okolnosti, za kterých vzniká odpovědnost tohoto státu. Návrhy článků jsou dozajista základními, ale jen sekundárními pravidly mezinárodního práva.

Historicky je právo vykonat diplomatickou ochranu právem státu jeho příslušnosti. Toto právo, jak již bylo řečeno, je založeno na fikci, že újma způsobená cizinci, je vnímána jako újma způsobená přímo jeho domovskému

⁷⁷1927 Resolution on International Responsibility Of States for Injuries in Their Territory to the Person or Property of Foreigners

⁷⁸Srov. F. V. García Amador, First Report on State Responsibility, A/CN.4/96, návrh článku 1

⁷⁹Čl. 1 (1) 1960 Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens

státu. Jde o široce zastávané pravidlo obyčejového mezinárodního práva, že státy mají právo chránit své občany. Ačkoli je tedy cizinec podřízen územní výsosti hostitelského státu, jeho domovský stát vykonává výsost osobní i v případech, kdy se jeho příslušník nachází v jiném státě.

Čl. 1 dává jasně najevo, že právo na výkon diplomatické ochrany náleží státu⁸⁰. Tato idea plyne z formulace v případě *Interhandel*⁸¹, kde MSD uvedl, že: „Stát převzal věc svého příslušníka, kteréhož práva byla porušena. Právní zájem na výkonu diplomatické ochrany státu plyne z újmy způsobené jeho příslušníku, která vznikla díky protiprávnímu jednání jiného státu. Pojem příslušník zahrnuje jak fyzické tak právnické osoby“.

Diplomatická ochrana musí být vykonána legitimními a mírovými prostředky. Někdy se při popisu výkonu diplomatické ochrany rozlišuje mezi diplomatickým jednáním a samotným soudním procesem⁸². Toto rozlišení vidíme i v čl. 1 s tím, že soudní proces je zařazen do pojmu „jiných prostředků mírového řešení sporů“. Diplomatická jednání obsahují všechny mezinárodním právem dovolené procedury, kterými se stát snaží informovat jiný stát o svých názorech a závěrech, včetně protestu, žádosti či vyjednávání. Jiné prostředky mírového řešení sporů zahrnují všechny formy legálního řešení sporů od negociace, mediace a konciliace po rozhodčí či soudní řešení sporů.

Původní návrhy článků obsahovaly i podrobná ustanovení o zákazu hrozby silou a použití síly při výkonu diplomatické ochrany⁸³. Jednalo by se

⁸⁰Čl. 1 v podstatě reflektuje význam daný termínu Komisí MP, která v roce 1997 uvedla, že „on the basis of nationality of natural or legal persons, States claim, as against other States, the right to espouse their cause and act for their benefit when they have suffered injury and/or a denial of justice in another State. In this respect diplomatic protection has been defined by international jurisprudence as a right of the State“.

⁸¹*Interhandel Case*, I.C.J. Reports, 1959, srov. dále *Mavrommatis Palestine Concession Case*, 1924, P.C.I.J. Series A No.2

⁸²Tak se děje v četných soudních rozhodnutích. Např. *Nottebohm Case*, I.C.J. Reports, 1955, str. 24, či *Panevezys-Saldutiskis Railway Case (Estonia v. Lithuania)* P.C.I.J. Reports, Series A/B, No. 76 Bennouna ve svém Předběžné zprávě o diplomatické ochraně (Preliminary Report on Diplomatic Protection) také rozpoznal široké spektrum akcí, které stát může při výkonu diplomatické ochrany použít „the State retains, in principle, the choice of means of action to defend its national, while respecting its international commitments and peremptory norms of international law. In particular, it may not resort to the threat or use of force in the exercise of diplomatic protection“.

⁸³Srov. J. R. Dugard, First Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/506, návrh článku 2, který zní „the threat or use of force is prohibited as a means of diplomatic protection, except in the case of rescue of nationals where: (a) the protecting State has failed to secure the safety of its nationals by peaceful means; (b) the injuring State is unwilling or unable to secure the safety

zejména o případy, kdy občané jsou vystaveni okamžitému nebezpečí a hostitelský stát nemá možnost či snahu je ochránit. Tyto však nebyly přijaty. Při výkonu diplomatické ochrany je použití síly zakázáno, a to nejen generálním zákazem, který je obsažen v čl. 2 odstavec 4 Charty OSN⁸⁴, ale též mezinárodním obyčejovým právem. Čl. 2 odst. 4 Charty OSN uvádí, že *všichni členové se vystříhají ve svých mezinárodních stycích hrozby silou nebo použití síly jak proti územní celistvosti nebo politické nezávislosti kterého koli státu, tak jakýmkoli způsobem neslučitelným s cíli Organizace spojených národů*. Násilné represálie jsou též zakázány Deklarací Valného Shromáždění OSN⁸⁵ která proklamuje, že státy mají povinnost se zdržet jednání, která znamenají užití síly.

Jediná výjimka z tohoto zákazu, povolující jednostranné použití síly, je zakotvena v čl. 51 Charty OSN, který řeší právo státu na sebeobranu. Tento článek zní: *Žádné ustanovení této Charty neomezuje, v případě ozbrojeného útoku na některého člena Organizace spojených národů, přirozené právo na individuální nebo kolektivní sebeobranu, dokud Rada bezpečnosti neučiní opatření k udržení mezinárodního míru a bezpečnosti. Opatření učiněná členy při výkonu tohoto práva sebeobrany oznámí se ihned Radě bezpečnosti; nedotýkají se nikterak pravomoci a odpovědnosti Rady bezpečnosti, pokud jde o to, aby kdykoli podnikla podle této Charty takovou akci, jakou považuje za nutnou k udržení nebo obnovení mezinárodního míru a bezpečnosti*.

Hrozba či použití síly při výkonu diplomatické ochrany by tedy přicházela v úvahu pouze v rámci práva na sebeobranu. Právo na sebeobranu bylo formulováno tak, aby šlo o bezprostřední a nezbytnou odpověď na situaci, která ohrožuje státní bezpečnost a jeho základní zájmy. To vše při zachování požadavku proporcionality a přiměřenosti. Od roku 1945 jsme svědky snah mnohých států o využití válečných intervencí k ochraně svých občanů v cizině v době stavu ohrožení a následné selhání soudů a politických orgánů OSN k odsouzení takovýchto akcí. Např. v případě diplomatického a

of the nationals of the protecting State; (c) the nationals of the protecting State are exposed to immediate danger to their persons; (d) the use of force is proportionate in the circumstances of the situation".

⁸⁴Charta Organizace spojených národů, Informační ústředí OSN v Praze, 1968 str.3

⁸⁵1970 General Assembly Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, resolution 2625

konzulárního personálu USA v Teheránu⁸⁶ se stalo, že během demonstrace dne 4. 11. 1979 vnikla do budovy velvyslanectví Spojených států v Teheránu velká ozbrojená skupina (několik set osob) a obsadila celou budovu. Všichni členové diplomatického a konzulárního personálu byli zajati a drženi jako rukojmí. Iránské bezpečnostní jednotky neučinily žádný krok k zabránění útoku na americké velvyslanectví. Později i samotná iránská vláda odmítla s reprezentanty USA o této situaci jednat. Spojené státy se obrátily na MSD, který mimo jiné nařídil Iránu propustit rukojmí, to vše v předběžných opatřeních. Irán popíral kompetenci MSD v tomto případě a odmítl rukojmí propustit a konstatoval, že americké velvyslanství vyvíjelo kriminální aktivity proti Iránu. Následně Spojené státy využili tvrzeného práva na sebeobranu a pokusily se použitím síly rukojmí zachránit. MSD odmítl prohlásit legalitu neúspěšného pokusu Spojených států o záchranu rukojmích, jako výkon práva na sebeobranu.

Z čl. 1 jasně vyplývá, že je nutné odlišovat právo výkonu diplomatické ochrany, které náleží státu, od poskytnutí ochrany mezinárodních organizací svým pracovníkům⁸⁷.

3.3.2. Právo výkonu diplomatické ochrany

Jeden z nejkontroverznějších aspektů diplomatické ochrany se zabývá otázkou či práva jsou prosazována, když domovský stát uplatňuje odpovědnost jiného státu za újmu způsobenou jeho občanu. Čl. 2 stanoví: *Podle navržených článků má Stát právo vykonat diplomatickou ochranu.* Toto jasně zdůrazňuje, jak již bylo mnohokrát řečeno, že právo diplomatické ochrany náleží jedině státu jako takovému, jde o tradiční pohled mezinárodního práva. Stát jedná svým jménem pod domněnkou, že újma způsobená občanu, je nepřímou újmou státu. Dnes je tato doktrína zpochybňována kvůli četným vnitřním nesrovnalostem a není ničím více než fikcí. Současný vývoj mezinárodního práva, který přiznává jedincům přímý přístup k mezinárodním soudním orgánům, aby hájili svá práva nejen vůči

⁸⁶United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran Case, 1980 I.C.J. Reports

⁸⁷Srov. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of United Nations Case*, I.C.J. Reports, 1949 str. 174

cizím, ale i domovským stáům, podporuje tyto kritiky. Tradiční pojetí diplomatické ochrany má své kořeny v již zmíněné Vattelovské fikci⁸⁸ a její základy můžeme najít i v nálezu SDMS v případě *Mavrommatis Palestine Concession*⁸⁹. Tento princip byl znovu zopakován MSD v případě *Nottebohm*⁹⁰. Někteří autoři tvrdí, že hmotné právo náleží jedinci, ale stát má procesní právo daný nárok mezinárodně uplatnit, jiní tradiční pojetí zavrhuji jako fikci, která nemá místo v moderním pojetí diplomatické ochrany⁹¹.

Kompromisní řešení navrhl Jessup⁹² v Harvardském návrhu úmluvy o mezinárodní odpovědnosti státu za újmy způsobené cizincům⁹³. Tento by měl umožnit jak poškozenému jedinci, tak jeho domovskému státu vést proces proti povinnému státu s tím, že právo domovského státu by mělo přednost. Mohu konstatovat, že navržený čl. 2 je slučitelný s touto myšlenkou, neboť předem nebrání jedinci, aby vnesl svůj nárok na mezinárodním poli, pokud je mu toto dostupné a zároveň nevaluje žádné překážky na výkon diplomatické ochrany pro domovský stát. Jiný, zajímavý závěr, který je opět plně slučitelný s navrženým článkem 2 je ten, že stát může vznést nárok, pokud jsou dotčena jeho práva, a na druhou stranu, tam, kde jsou napadena základní práva jednotlivce, toto právo mají oba, jedinec i stát⁹⁴. Další názor nastiňuje, že tam, kde se újma děje systematicky a přímo většímu počtu osob a je tedy důkazem diskriminační politiky proti konkrétním občanům daného státu, je

⁸⁸Viz. Emmerich Vattel (1714-1767), *The Law of Nations*, kapitola VI, str. 136

⁸⁹Viz. *Mavrommatis Palestine Concession Case*, 1924, P.C.I.J. Series A No. 2, také Briery v roce 1928 obhájí toto pojetí diplomatické ochrany s tím, že „such a view does not, as is sometimes suggested, introduce any fiction of law... governments frequently have a larger interest in maintaining the principles of international law than in recovering damage for one of its citizen in a particular case“. Zdá se, že jeho pohled je založen na neschopnosti jedince vznést nárok vlastním jménem.

⁹⁰Viz. *Nottebohm Case*, 1955 I.C.J. Reports, strana 24 „Diplomatic protection and protection by means of international judicial proceedings constitute measures for the defence of the right of the State.“

⁹¹Např. zvláštní zpravodaj Bennouna ve své Preliminary Report on Diplomatic Protection, UN Doc. A/CN.4/484, 4. února 1998, str. 8

⁹²Viz. P. C. Jessup, *A Modern Law of Nations*, 1968, který tvrdí, že jedinec by měl být zcela svobodný sáhnout po mezinárodním řízení sporu, pouze pokud se jeho domovský stát rozhodne do věci nijak nezasahovat.

⁹³Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens

⁹⁴Srov. J. R. Dugard, First Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/506, str. 26

vlastně přímo dotčen domovský stát⁹⁵. Pouze v těchto situacích může stát zasáhnout a uplatnit diplomatickou ochranu.

Čl. 2 obsahuje tradiční pojetí diplomatické ochrany. Komise MP tak uznává Vattelovu koncepci, že újma způsobená občanu, je nepřímou újmou státu⁹⁶ a zastává tak názor vyslovený SDMS in re Mavrommatis⁹⁷. Stát má tedy právo, nikoli povinnost uplatnit diplomatickou ochranu. Tento postoj byl jasně stanoven také v případě Barcelona Traction, Light and Power Company Limited⁹⁸.

3.3.3. Státní příslušnost

Vykonat diplomatickou ochranu může pouze stát, který má pro její výkon také titul. Stát, který přistoupí k výkonu diplomatické ochrany, musí být s jednotlivcem, který utrpěl újmu, spoután. Jde o stát, jehož má jednatel (fyzická či právnická osoba) skutečnou příslušnost.

Čl. 3 odst. 1 proto zní: *Stát oprávněný k výkonu diplomatické ochrany, je stát příslušnosti. A ve svém druhém odstavci dodává: Navzdory znění článku 1, diplomatická ochrana může být vykonána jménem jednotlivce, který není příslušník daného státu v souvislosti s čl. 8.*

Zatímco čl. 2 prohlašuje, že jde o volnostní uvážení a právo státu vykonat diplomatickou ochranu, článek 3 zakotvuje princip, že pouze stát skutečné příslušnosti jednotlivce, který utrpěl újmu, je oprávněn, nikoli však povinen, tuto ochranu vykonat. Důraz je zde kladen na vazbu mezi státem a osobou ve formě státní příslušnosti, kterážto znamená i titul k jejímu výkonu. Toto pouto bude, jak dále osvětlím, odlišné u fyzických a právnických osob.

⁹⁵Srov. F. V. García Amador, *State Responsibility. Some new Problems*, 1958, str. 422 kde uvádí „in any of the case in which responsibility arises by reason of an injury cause to the person or property of the alien, the consequences of the acts or omissions may, owing to their gravity or to their frequency or because they indicate a manifestly hostile attitude towards the foreigner, extend beyond this specific personal injury. In other words, there may exist circumstances involving acts or omissions the consequences of which extend betone the specific injury cause to the alien...“.

⁹⁶Emmerich Vattel (1714-1767), *The Law of Nations*, kapitola VI, str. 136

⁹⁷Mavrommatis Palestine Concession Case, 1924, P.C.I.J. Series A No. 2

⁹⁸*Barcelona Traction, Light and Power Company Limited Case*, I.C.J. Reports 1970 „v mezích limitů určených mezinárodním právem, Stát může vykonat diplomatickou ochranu jakýmkoli prostředky a jakéhokoli rozsahu, které uváží za vhodné... Stát musí být viděn jako jediný soudce, při rozhodování, zda diplomatickou ochranu vykonat“.

Odstavec 2 pak naznačuje, že mohou vzniknout okolnosti, za kterých lze diplomatickou ochranu vykonat i bez tohoto úzkého pouta. Článek 8, jak bude rozebráno později, poskytuje ochranu osobám bez státní příslušnosti a uprchlíkům⁹⁹.

3.3.3.1. Fyzické osoby

Dle tradičního pojetí mezinárodního práva, jak bylo osvětleno v komentáři k článku 3, je právo státu vykonat diplomatickou ochranu založeno na vztahu mezi poškozeným jednotlivcem a státem. Je pouze na státu, jakým způsobem upraví nabytí příslušnosti, a toto by mělo být bez výjimky uznáno ostatními státy, pokud není neslučitelné s mezinárodními úmívami, mezinárodním obyčejem a principy mezinárodního práva v souvislosti s udělením občanství¹⁰⁰. Dnes převážně úmluvy o lidských právech požadují na státu, aby vyhověl mezinárodním standardům při udělování občanství¹⁰¹.

Čl. 4 zní: *Pro účely diplomatické ochrany fyzických osob stát jejich příslušností je stát, jehož příslušnost jednatel nabytí narozením, děděním, státním nástupnictvím, naturalizací nebo jiným způsobem, který není neslučitelný s mezinárodním právem.* Tento článek se pokouší o definici státu příslušnosti jednotlivce pro účely diplomatické ochrany fyzických osob. Je založena na dvou principech. Prvý značí, že je na státu, aby určil na základě svého vnitrostátního práva, kdo je oprávněn nabýt občanství a druhý

⁹⁹Čl. 8 návrhu článků o diplomatické ochraně zní (1) *Stát může vykonat diplomatickou ochranu ohledně osoby bez státního občanství, která v době, kdy jí vznikla újma, jakož i v době oficiálního vznesení nároku, má legální a obvyklý pobyt v tomto státě.* (2) *Stát může vykonat diplomatickou ochranu ohledně osoby, kterou uzná jako uprchlíka, pokud tato osoba v době, kdy jí vznikla újma, jakož i v době oficiálního vznesení nároku, má legální a obvyklý pobyt v tomto státě.* (3) *Druhý odstavec se nepoužije v případě, že se újma stala jako důsledek porušení pravidel mezinárodního práva domovským státem uprchlíka.*

¹⁰⁰Tento princip byl potvrzen např. čl. 1 1930 Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws, který stanoví, že „je na každém státě určit vnitrostátními předpisy, kdo jsou jeho občané“. V poslední době bylo toto podpořeno 1997 European Convention on Nationality, E.T.S. No 1666, článek 3

¹⁰¹Tak stanoví např. článek 20 American Convention on Human Rights, článek 5 (d) (iii) International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination či článek 9 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, který stanoví, že „States Parties shall grant women equal rights to men to acquire, change or retain their nationality. They shall ensure in particular that neither marriage to an alien nor change of nationality by husband during marriage shall automatically change the nationality of the wife, tender her stateless or force upon her the nationality of the husband...“.

poukazuje na fakt, že existují určité limity při jeho udělování, dané mezinárodním právem.

Čl. 4 nepředstavuje kompletní a vyčerpávající soupis faktorů, které obvykle zakládají důvod nabytí občanství. Přesto však jde o důvody, které jsou nejvíce uplatňovány státy při udělování občanství. Jedná se o narození (*ius soli*), dědění (*ius sanguinis*) a naturalizaci.

Někteří autoři popisují nabytí občanství dle principu *ius soli* a *sanguinis* jako součást obyčejového práva¹⁰², jiní jako základní právní princip a mezinárodní úmluvy¹⁰³ tato poznání jen potvrzují. Také naturalizace je, v principu, uznávanou metodou k nabytí občanství pro účely diplomatické ochrany. Okolnosti, za jakých stát udělí občanství, závisí stát od státu¹⁰⁴. Některé státy udělují občanství automaticky (bez souhlasu jedince) následkem určitých právních skutečností, např. v souvislosti s uzavřením sňatku či adopce. Jiné udělují občanství na žádost a po určité předepsané době pobytu či sňatku s občanem¹⁰⁵. Je nutné podotknout, že mezinárodní právo neuznává naturalizaci ve všech případech (například podvodně nebo diskriminačně nabyté či násilně udělené občanství). Mimochodem, presumpce dobré víry na straně státu se předpokládá¹⁰⁶.

Článek 4 nevyžaduje efektivitu státoobčanského pouta ani jeho trvání, jak bylo naznačeno v případě *Nottebohm*¹⁰⁷. Případ se týkal německého státního občana *Nottebohma*, který žil od roku 1905 v Guatemale, kde

¹⁰²Např. Brownlie, *Principles of Public International Law*, šesté vydání, str. 391

¹⁰³Např. článek 20 *American Convention on Human Rights* stanoví, že „every person has the right to the nationality of State in whose territory he was born if he does not have the right to any other nationality.“

¹⁰⁴Pro určení okolností, při kterých může být občanství uděleno naturalizací srov. článek 6 *European Convention on Nationality*

¹⁰⁵Srov. Brownlie, *Principles of Public International Law*, šesté vydání, str. 394

¹⁰⁶*Ibid.* str. 402

¹⁰⁷*Nottebohm Case*, I.C.J. Reports, 1955 str. 23 „according to the practice of States, to arbitral and judicial decisions and to the opinion of Writers, nationality is the legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interest and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties. It may be said to constitute the juridical expression of the fact that individual upon whom it is conferred, either directly by law or as a result of an act of the authorities, is in fact more closely connected with the population of the State conferring nationality than with that of any other State. Conferred by a State, it only entitles that State to exercise protection vis-a-vis another State, if it constitutes a translation into juridical terms of the individual's connection which has made him its national“.

podnikal jako obchodník. V Guatemale měl trvalý pobyt a čas od času navštěvoval Lichtenštejnsko, kde žil jeho bratr. V roce 1939 po začátku druhé světové války odjel do Lichtenštejnska, kde mu na žádost bylo vydáno lichtenštejnské státní občanství, ovšem bez splnění podmínky tříletého trvalého pobytu. Tento požadavek mohl být dle lichtenštejnského právního řádu prominut, ovšem jen ve výjimečných případech. Nottebohm se neocítl v žádné výjimečné situaci a ve své žádosti pouze žádal o prominutí této tříleté podmínky. Nabytím lichtenštejnského občanství pozbyl své původní občanství německé. Do Guatemaly se vrátil již s lichtenštejnskými doklady. Posléze Guatemala vstoupila do války a v roce 1943 byl Nottebohm, jako občan nepřátelského státu, uvězněn a jeho majetek byl zkonfiskován. Po ukončení druhé světové války se Lichtenštejnsko snažilo vykonat diplomatickou ochranu ve prospěch svého občana, Nottebohma. MSD ovšem rozhodl, že Lichtenštejnsko není oprávněno poskytnout diplomatickou ochranu vis-à-vis Guatemale.

Za prvé, MSD měl obavy ze způsobu, jakým Lichtenštejnsko udělilo Nottebohmovi občanství, když upustilo od vlastních vnitrostátních pravidel, která pro udělení občanství požadují určitou délku pobytu. MSD tak byl postaven před problém, zda prohlásit, že Lichtenštejnsko jednalo ve špatné víře při udělení občanství, či rozhodnout o nedostatku skutečného státoobčanského pouta (*genuine link*) mezi ním a Nottebohmem. MSD se přiklonil ke konstatování nedostatku onoho pouta, neboť nechtěl odsoudit jednání suverénního státu¹⁰⁸. Toto váhání by mohlo značit, že rozhodnutí MSD by nemělo být tak snadno aplikovatelné v jiných situacích, kde nenacházíme žádný náznak podvodnosti na straně státu.

Za druhé, soud se obával extrémně tenkého pouta mezi Lichtenštejnskem a Nottebohmem ve srovnání s úzkou 34 letou vazbou mezi ním a Guatemalou¹⁰⁹, a tak dovodil, že Lichtenštejnsko není oprávněno poskytnout diplomatickou ochranu proti Guatemale.

¹⁰⁸Srov. J. R. Dugard, *First Report on Diplomatic Protection*, A/CN.4/506, str. 38

¹⁰⁹Viz. *Nottebohm Case*, I.C.J. Reports, 1955 str. 26 „the facts clearly establish, on the one hand, the absence of any bond of attachment between Nottebohm and Liechtenstein and, on the other hand, the existence of a long-standing and close connection between him and Guatemala, a link which his naturalization in no way weakened. That naturalization was not based on any real prior connection with Liechtenstein, nor did it in any way alter the manner of life of person upon whom it was conferred in exceptional circumstances of speed and accommodation. In both respects, it was lacking in the genuineness requisite to an act of such

Komise MP uvedla, že pochybuje o tom, že MSD zamýšlel vytvořit obecné pravidlo mezinárodního práva¹¹⁰. Co více, pokud by byl tento požadavek striktně aplikován, mohlo by to vést k vyloučení milionu lidí z výkonu diplomatické ochrany. Velmi často existuje pouze úzká spojitost mezi jedincem, který nabytí občanství dle *ius soli* či *ius sanguinis* a státem a bylo by tedy obtížné omezit požadavek skutečnosti státoobčanského pouta na případy naturalizace. Komise MP tak neakceptuje princip efektivnosti a skutečnosti tohoto pouta za pravidlo mezinárodního obyčejového práva.

Brownlie naopak upozorňuje, že tento princip se stal obecným pravidlem, který by se měl jako takový používat¹¹¹. Také Francisco Orrego Vincuña, zastává názor, že státoobčanské pouto musí být efektivní a opravdové, nicméně uznává, že by se mělo používat s větší flexibilitou a adaptovat na měnící se potřeby mezinárodního práva¹¹².

MSD v případě Barcelona Traction, Light and Power Company Limited¹¹³ znovu zopakoval požadavek trvalého pouta mezi společnostmi a Kanadou, nicméně, se zde velmi opatrně zdržel tvrzení, že pravidlo vyložené v případě Nottebohm reflektuje princip mezinárodního obyčejového práva.

Závěrečná pasáž článku 4 zdůrazňuje, že nabytí občanství se musí dít způsobem, který není neslučitelný s mezinárodním právem. Ačkoli stát má právo rozhodnout, kdo bude jeho občanem, nejedná se o právo absolutní¹¹⁴. Mezinárodní obyčejové právo uznává, že občanství nabytí podvodem, neplněním povinnosti dané zákonem nebo vážným pochybením, nebude

importace, if it is to be entitled to be respected by a State in the position of Guatemala. It was granted without regard to the concept of nationality adopted in international relations".

¹¹⁰Srov. J. R. Dugard, First Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/506, str. 39, srov. dále *Flageheimer Claim* (the Italian-United States Conciliation Commission), 1958, 25 I.L.R. strana 148

¹¹¹Viz. Brownlie, *Principles of Public International Law*, šesté vydání, str. 423

¹¹²Viz. F. Orrego Vincuña, *The Changing Law of Nationality of Claims*, str. 27; jde o závěrečnou zprávu předloženou International Law Association Committee on Diplomatic Protection

¹¹³1970 I.C.J. Reports, str. 42

¹¹⁴Čl. 1 1930 Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws stanoví *it is for each State to determine under its own law who are its nationals...this law shall be recognized by other States insofar as it is consistent with international conventions, international custom and principles of law generally recognized with regard to nationality.*

uznáno za platné¹¹⁵. V případě Nottebohm MSD čelil extrémní situaci, kde pouto mezi odpovědným státem bylo velmi silné a státem, který chtěl uplatnit diplomatickou ochranu, zase velmi malé, a to ještě s náznakem jednání ve špatné víře při udělování občanství.

Článek 4 připouští, že stát, proti kterému je diplomatická ochrana užitá, může napadnout státoobčanské pouto osoby, které způsobil újmu, a to v případech, kdy občanství bylo nabyto způsobem, který je neslučitelný s mezinárodním právem. Důkazní břemeno nese stát, který tvrdí, že se tak stalo.

3.3.3.1.1. Trvání státoobčanského pouta

Další podmínka, nezbytná k výkonu diplomatické ochrany fyzických osob, je délka trvání státoobčanského pouta. Zabývá se jí článek 5, který ve svém prvním odstavci uvádí: *Stát je oprávněn vykonat diplomatickou ochranu ve prospěch jednotlivce, pokud tento byl jeho občanem v době, kdy mu vznikla újma, a je jeho občanem v době oficiálního vznesení nároku.*

Ačkoli je požadavek trvání státoobčanského pouta poměrně ustálenou praxí, je vystavěn časté kritice¹¹⁶. Na druhou stranu, pokud bychom toto pravidlo opustili, mohlo by dojít k obchodování s občanstvím pro účely výkonu diplomatické ochrany¹¹⁷. Komise MP proto zastává názor, že pravidlo trvání státoobčanského pouta by mělo zůstat zachováno, za předpokladu, že budou existovat určité výjimky z tohoto pravidla.

Článek 5 odst. 1 uvádí dva požadavky. První diktuje, aby poškozený jedinec byl občanem státu, který vykonává diplomatickou ochranu, v době, kdy se stala újma. Obvykle den, od kterého vzniká mezinárodní odpovědnost státu, se kryje se dnem, kdy újma vznikla, tedy, kdy došlo k protiprávnímu jednání. Druhý časový požadavek je den oficiálního vznesení nároku. Je tedy

¹¹⁵Srov. Brownlie, *Principles of Public International Law*, šesté vydání, str. 422

¹¹⁶Zejména v případech, kdy jedinec změní své občanství z důvodů, které s výkonem diplomatické ochrany vůbec nesouvisí. Srov. Zprávu Komise pro mezinárodní právo, No. 10, A/59/10

¹¹⁷Tak např. *Umpire Parker v Administrative Decision No. V*, 19 A.J.I.L (1925), z 31 října 1925 na str. 614 uvádí, že „any other rule would open wide door for abuses and might result in converting a strong nation into a claim agency on behalf of those who after suffering injuries should assign their claims to its nationals or avail themselves of its naturalization laws for the purpose of procuring its espousal for their claims“.

nezbytné, aby jedinec byl občanem státu, který vykonává diplomatickou ochranu, i v době prvního formálního uplatnění diplomatické ochrany (ze slovního spojení oficiální vznesení nároku dovozují, že nepůjde např. o neformální diplomatickou cestu). Právo na výkon diplomatické ochrany konkrétního občana tedy vzniká státu ode dne prvního formálního uplatnění nároku. Komise MP se rozhodla ponechat stranou otázku, zda je nezbytné, aby občanství bylo zachováno v době mezi vznikem újmy a oficiálním vznesením nároku.

3.3.3.1.1.1. Výjimky z pravidla trvání státoobčanského pouta

Jak již bylo řečeno, Komise MP ctí pravidlo trvání státoobčanského pouta za předpokladu, že budou existovat určité výjimky z tohoto pravidla. Článek 5 odstavec 2 prohlašuje: *Nehledě na odstavec 1, stát může vykonat diplomatickou ochranu ve prospěch jednotlivce, který je jeho občanem v době oficiálního vznesení nároku, i když nebyl jeho občanem v době, kdy mu vznikla újma, za předpokladu že jednatelce pozbyl občanství a nabyt jině, z důvodu, který nesouvisí s výkonem diplomatické ochrany a způsobem, který není neslučitelný s mezinárodním právem.* Tento odstavec obsahuje tři podmínky.

Za prvé, osoba žádající diplomatickou ochranu musí pozbyt své dřívější občanství. Ztráta občanství se může stát dobrovolně i proti občanově vůli. V případech nástupnictví států či uzavření manželství, kde změna je často povinná, občanství bude pozbyto nedobrovolně.

Za druhé, osoba nabyt občanství jině, a to z důvodu, který nesouvisí s výkonem diplomatické ochrany. Tato podmínka se snaží vypořádat, jak již bylo dříve naznačeno, se strachem z obchodování s občanstvím pro účely výkonu diplomatické ochrany. Osoba by tak mohla úmyslně změnit občanství a nabyt nové státu, který je ochotný a schopný diplomatickou ochranu vykonat. Tato výjimka je použitelná v případech, kdy jednatelce musí změnit své občanství, a to jako nezbytný následek určitých skutečností, jako je např. uzavření manželství, adopce či nástupnictví států.

Za třetí, nabytí nového občanství se musí stát způsobem, který není neslučitelný s mezinárodním právem. Tuto podmínku musíme číst v souvislosti s článkem 4.

Článek 5 obsahuje ještě odstavec třetí, který uvádí: *Diplomatická ochrana nebude vykonána současným státem občanství jednotlivce proti dřívějšímu státu občanství této osoby ohledně újmy, která vznikla, když osoba byla občanem dřívějšího státu a ještě nebyla občanem státu současného.* Tento odstavec obsahuje další záruku, že pravidlo trvání státoobčanského pouta nebude zneužíváno.

3.3.3.1.2. Dvojí či vícečetné občanství a vznesení nároku proti třetímu státu

Dvojí či vícečetné občanství je fakt mezinárodního práva. Jedinec může nabýt více než jedno občanství jako důsledek současného uplatnění principu *ius soli* a *ius sanguinis* nebo udělením občanství naturalizací, které nevede k zániku občanství dřívějšího. Mezinárodní právo dvojí či vícečetné občanství nezakazuje¹¹⁸. Komise pro MP tedy viděla jako nezbytné se otázkou dvojího či vícečetného občanství zabývat.

Ve svém článku 6 odstavci 1 uvádí: *Jakýkoli stát, kterého je jedinec občanem, může vykonat diplomatickou ochranu ohledně tohoto občana proti státu, kterého tato osoba občanem není.* Výkon diplomatické ochrany proti státu, kterého jednatel naopak občanem je, se zabývá až článek 7.

Článek 6 odstavec 1 umožňuje státu jednoho z možných občanství, aby vykonal diplomatickou ochranu ohledně svého občana, pokud její výkon směřuje proti státu, kterého tato osoba občanem není. V těchto případech se nejedná o konflikt práva. Není zde tedy potřeba efektivnosti a skutečnosti státoobčanského pouta mezi státem a jednotlivcem, protože zde nevzniká problém sporu o občanství. Třetí stát však může toto pouto napadnout, pokud občanství bylo uděleno ve zlé víře, jinými slovy, vykonat diplomatickou ochranu může kterýkoli ze států občanství jednotlivce proti třetímu státu, pokud toto bylo uděleno v dobré víře.

Principiálně není nemožné, aby dva státy občanství nemohly společně vykonávat právo diplomatické ochrany. Článek 6 odstavec 2 proto uvádí: *Dva či více států občanství mohou společně vykonat diplomatickou ochranu ohledně osoby, která má dvojí či vícečetné občanství.* Problém by mohl

¹¹⁸Tak např. článek 3 1930 Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Claims uvádí, že „a person having two or more nationalities may be regarded as its national by each of the States whose nationality it possesses...“.

nastat, pokud se jeden stát občanství svého práva vzdá a druhý v jeho výkonu pokračuje. Dle Komise MP by bylo velmi obtížné kodifikovat pravidla v těchto případech, a tak pouze odkazuje na použití obecných principů mezinárodního práva¹¹⁹.

3.3.3.1.3. Vícečetné občanství a vznesení nároku proti státu jednoho z občanství

Článek 7 zní: *Stát občanství nesmí vykonat diplomatickou ochranu proti jinému státu občanství této osoby, ledaže by jeho státoobčanské pouto s prvním státem bylo převládající jak v době, kdy vznikla újma tak v době oficiálního vznesení nároku. Stát pak musí prokázat, že jeho vazba je silnější, tedy dominantní.*

V minulosti se setkáváme s pravidlem, že jeden stát občanství má zakázáno vykonat diplomatickou ochranu proti jinému státu občanství, a tento pak není odpovědným¹²⁰. V roce 1949 v případě *Reparation for Injuries*¹²¹, MSD ve svém poradním posudku (*advisory opinion*) označil praxi států o neposkytnutí diplomatické ochrany jednoho státu občanství proti jinému státu občanství jako existující zvyklost mezinárodního práva. F. V. García Amador ve své Třetí zprávě o odpovědnosti státu¹²² pronesl, že v případech dvojího či vícečetného občanství, má právo vznést nárok proti jinému státu občanství pouze ten stát, se kterým má cizinec silnější a opravdovější právní a jiné vazby. Stejný pohled zastává i Orrego Vincuña ve své Zprávě pro Asociaci mezinárodního práva v roce 2000¹²³.

¹¹⁹Zpráva Komise pro mezinárodní právo, No. 10, A/59/10, str. 40

¹²⁰Tak např. článek 4 1930 Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws stanoví, že *State may not afford diplomatic protection to one of its nationals against a state whose nationality such person also possesses*, srov. též článek 23 (5) 1960 Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for injuries to the Economic Interest of Aliens

¹²¹Srov. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of United Nations Case*, I.C.J. Reports, 1949, str. 186

¹²²F. V. García Amador, Third Report on State Responsibility, A/CN.4/111, 1958

¹²³Viz. F. Orrego Vincuña, *The Changing Law of Nationality of Claims*, str. 43; jde o závěrečnou zprávu předloženou International Law Association Committee on Diplomatic Protection kde praví „in case of dual nationality the effectiveness of the link should prevail over other considerations, allowing if justified for claims against the State of which the

Komise MP se domnívá, že tento princip odráží současnou pozici mezinárodního obyčejového práva¹²⁴. Ve svém článku 7 použila termín „převládající občanství“ neboť nejpřesněji vyjadřuje, že jedinec má silnější vazby k jednomu z více států svého občanství. Tribunál, který bude tuto situaci řešit, je postaven před problém, které z konkurujících si občanství je rozhodující. Komise nedává návod, jakými faktory se při rozhodování této otázky řídit, ale předpokládám, že jimi bude např. místo obvyklého pobytu, množství času stráveného v zemi, jazyk, který občan ovládá, vlastnictví pasu té které země apod. Z díky tohoto článku je jasné, že důkazní břemeno bude na státu, který hodlá diplomatickou ochranu vykonat.

Převládající státoobčanské pouto musí existovat jak v době kdy vznikla újma, tak v době oficiálního vznesení nároku. Tento požadavek odráží již řečené v článku 5.

3.3.3.1.4. Osoby bez státního občanství a uprchlíci

Jak bylo řečeno v článku 1 diplomatická ochrana tkví v použití diplomatických jednání či jiných prostředků mírového řešení sporů státem, který přebírá věc svého příslušníka, pokud jde o újmu jemu způsobenou (porušením pravidel mezinárodního práva) jiným státem, jako své právo vlastní. Diplomatická ochrana je tedy limitována příslušností k domovskému státu a jako obecné pravidlo tudíž platí, že stát může vykonat diplomatickou ochranu pouze ohledně svého příslušníka. Tezi, že diplomatická ochrana se netýká osob bez státního občanství, poprvé vyslovila Komise pro řešení nároků ze sporů mezi Spojenými státy a Mexikem ve věci *Dicson Car Wheel Company v. United Mexican States*¹²⁵.

Tradiční mezinárodní právo opomíjí pozici osob bez státního občanství či uprchlíků a dostává se tak do postavení, které je o krok zpátky za současným stavem mezinárodního práva. Důkaz zájmu o tyto kategorie osob

individual is also a national. This is without prejudice to the question of claims on behalf of non-nationals or claims against nationals of the defendant State explained above".

¹²⁴Srov. Zpráva Komise pro mezinárodní právo, No. 10, A/59/10, str. 43

¹²⁵United States-Mexican Claims Commission ve věci *Dicson Car Wheel Copany v. United Mexican States* U.N.R.I.A.A., vol. IV, str. 678 uvedla, že „State does not commit international delinquency in inflicting an injury upon an individual lacking nationality, and consequently, no State is empowered to intervene or complain on his behalf either before or after the injury“.

nacházíme zejména ve dvou úmluvách: Ženevské úmluvě o právním postavení uprchlíků z roku 1951¹²⁶ a Úmluvě o snížení bezdomovectví z roku 1961¹²⁷. Určitá ochrana je těmto osobám poskytnuta i úmluvami o lidských právech udělujícími práva všem osobám, které se nacházejí na území smluvních států. Tato ochrana je samozřejmě limitována potud, že většina států nepřiznává jedincům právo vznést vlastním jménem žalobu. Úmluvy o uprchlících a osobách bez státní příslušnosti opomíjejí otázku výkonu diplomatické ochrany těchto osob¹²⁸. Brownlie¹²⁹ dovozuje, že stát, ve kterém je uprchlík či osoba bez státního občanství již nějakou dobu usazena a s nímž má opravdové pouto, by měl být, ohledně této osoby, oprávněn diplomatickou ochranu vykonat.

V článku 8 Komise MP vychází z postupného vývoje mezinárodního práva a odchyluje se od tradičního pravidla, že pouze státní příslušníci mohou těžit z diplomatické ochrany a povoluje státům vykonat diplomatickou ochranu i ohledně osob, které jeho občany nejsou, konkrétně uprchlíků a osob bez státní příslušnosti. Komise se zde ovšem nesnaží definovat status těchto osob, ale plně respektuje a vychází z již vytvořených kodifikací¹³⁰. Zabývá se pouze otázkou výkonu diplomatické ochrany těchto jednotlivců.

Ve svém článku 8 odstavci 1 uvádí: *Stát může vykonat diplomatickou ochranu ohledně osoby bez státního občanství, která v době, kdy jí vznikla*

¹²⁶ 1951 Convention on the Status of Refugees, 989 UNTS, str. 175

¹²⁷ 1961 Convention on the Reduction of Statelessness, 189 UNTS, strana 150, která např. ve svém čl. 9 obsahuje ustanovení, které nedovoluje smluvnímu státu odejmout osobě nebo skupině jednotlivců příslušnost z rasových, národnostních, náboženských či politických důvodů.

¹²⁸ 1951 Convention on the Status of Refugees, 989 UNTS tuto problematiku ve svém článku 28 odkazuje na „convention travel documents“ a dává jasně najevo, že „the issue of the document does not in any way entitle the holder to the protection of the diplomatic or consular authorities of the country of issue and does not conferr on these authorities the right of protection“. 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons, 360 UNTS, str. 117 uvažuje, že osoby bez státní příslušnosti by měli být uvažovány jako „having the rights and obligations which are attached to the possession of the nationality of that country“ a dále ve svém článku 25 odst. 1 popisuje, že „when the exercise of the right by a stateless person would normally require the assistance of authorities of a foreign country to whom he cannot have recourse, the Contracting State in whose territory he is residing shall arrange that such assistance be afforded to him by their own authorities“. 1961 Convention on the Reduction of Statelessness o této otázce dokonce mlčí úplně.

¹²⁹ Viz. Brownlie, *Principles of Public International Law*, šesté vydání, str. 423

¹³⁰ Jako jsou: 1951 Convention on the Status of Refugees, 989 UNTS, 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons, 360 UNTS, 1961 Convention on the Reduction of Statelessness, 189 UNTS

újma, jakož i v době oficiálního vznesení nároku, má legální a obvyklý pobyt v tomto státě. Tento odstavec tedy řeší otázku výkonu diplomatické ochrany ohledně osoby bez státní příslušnosti. Nedává nám odpověď na otázku, kdo je onou osobou. Tu musíme hledat v Úmluvě o postavení osob bez státního občanství z roku 1954, která ve svém prvním článku definuje osobu bez státního občanství jako osobu, která není občanem žádného státu¹³¹.

Odstavec 1 obsahuje určité podmínky. Za prvé, osoba musí mít legální a obvyklý pobyt (*habitual residence*) ve státě, který hodlá diplomatickou ochranu vykonat¹³². Druhý požadavek je časový. Osoba musí být legálně a obvykle ve státě pobytem jak v době, kdy jí vznikla újma, tak i v době oficiálního vznesení nároku¹³³. Není zde žádná podmínka ohledně ztráty původního občanství.

Článek 8 odstavec 2 řeší situaci ohledně uprchlíků. Zní: *Stát může vykonat diplomatickou ochranu ohledně osoby, kterou uzná jako uprchlíka, pokud tato osoba v době, kdy jí vznikla újma, jakož i v době oficiálního vznesení nároku, má legální a obvyklý pobyt v tomto státě.* Tento článek se zabývá výkonem diplomatické ochrany státu, kde má uprchlík pobyt. Stejně jako odstavec první neobsahuje definici uprchlíka¹³⁴. Také se nevztahuje pouze na osoby, které jsou za uprchlíky považovány dle Ženevské úmluvy o právním postavení uprchlíků z roku 1951 a jejího Newyorského protokolu z roku 1967¹³⁵. Komise MP se tak rozhodla, že neuloží žádná omezení

¹³¹1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons, 360 UNTS. Tato definice, bez pochybností, již nabyla síly obyčejového práva.

¹³²Zde vychází z čl. 6 odst. 4 (g) Evropské úmluvy o státním občanství z roku 1997

¹³³Srov. stejný požadavek jako ve článku 5, který se týkal občanů státu, který hodlá diplomatickou ochranu vykonat.

¹³⁴Tu najdeme v Ženevské úmluvě o právním postavení uprchlíků z roku 1951 (1951 Convention on the Status of Refugees, 989 UNTS), která ve svém čl. 1 obsahuje tři klauzule. Jedná se o doložky inkluzivní, exkluzivní a pozastavující. Ustanovení článku 1 potvrzuje postavení uprchlíků osobám, které získaly status uprchlíka podle již dříve uzavřených mezinárodních smluv. Pojem uprchlík značí osobu, „která se nachází mimo svou vlast a má oprávněné obavy před pronásledováním z důvodů rasových, náboženských nebo národnostních nebo z důvodů příslušnosti k určitým společenským vrstvám nebo i zastávání určitých politických názorů, je neschopna přijmout nebo vzhledem ke shora uvedeným obavám, odmítá ochranu své vlasti“. Uprchlík tak musí mít odůvodněný strach z pronásledování, a to se musí dít z taxativně daných důvodů. Blíže srov. Čepelka, Jílek, Šturma, *Azyl a Uprchlíctví v mezinárodním právu*, Masarykova univerzita, Brno 1997

¹³⁵Spadají sem i uprchlíci, kteří nesplní kritéria daná v čl. 1 Ženevské úmluvy o právním postavení uprchlíků z roku 1951 a jejího 1967 Protokolu. Komise MP tak užíla termín „uznaný za uprchlíka“, který se objevuje v článku 6 odstavce 4 (g) v Evropské úmluvy o státním občanství z roku 1997 a který také zahrnuje osoby, které jsou uznány za uprchlíky

termínu „uprchlík“ a povolí státu, aby rozšířil výkon diplomatické ochrany na osoby, se kterými jako s uprchlíky zachází. Výkon diplomatické ochrany ohledně uprchlíků je zejména důležitý v případech, kdy tyto osoby nejsou schopny využít ochrany svého domovského státu, či jim tato možnost byla nedobrovolně odebrána, jako i v případech, kdy, pokud by danou ochranu získaly, zároveň by ztratily status uprchlíka.

Článek 8 odstavec 2 odráží jazyk odstavce 1, potud, že požaduje, aby uprchlík byl ve státě, který hodlá diplomatickou ochranu vykonat, legálně a obvykle pobytem, a aby tato osoba byla uprchlíkem, jak v době, kdy jí vznikla újma, tak i v době oficiálního vznesení nároku. Jak odstavec 1 tak odstavec 2 praví, že stát „může“ vykonat diplomatickou ochranu. Opět se tak zdůrazňuje podstata práva státu rozhodnout, zda diplomatickou ochranu vykoná.

Článek 8 ještě obsahuje třetí odstavec, který znamená určité omezení ve výkonu diplomatické ochrany. Zní: *Druhý odstavec se nepoužije v případě, že se újma stala jako důsledek porušení pravidel mezinárodního práva domovským státem uprchlíka.* Tento třetí odstavec je založen na dvou argumentech. Prvořadým stavebním kamenem diplomatické ochrany je vazba občana ke státu jako základní podmínka výkonu této ochrany. Druhý argument je spíše politický. Většina uprchlíků má vážné námitky ohledně chování jejich domovského státu, ze kterého utekli z důvodů obavy před pronásledováním. Pokud bychom dovolili výkon diplomatické ochrany v těchto případech, otevřeli bychom dveře k nezměrnému množství mezinárodních sporů¹³⁶.

Mohu konstatovat, že článek 8 plně odráží vývoj mezinárodního práva. Toto je podpořeno např. definicí občana dle Harvardského návrhu úmluvy o mezinárodní odpovědnosti států za újmy způsobené cizincům z roku 1960, která stanoví, že *pro účely této úmluvy je občanem též osoba bez státní příslušnosti, která má v dané zemi obvyklý pobyt.* Taktéž Orrego Vincuña ve své zprávě doporučuje, aby stát mohl diplomatickou ochranu vykonat i ohledně osob, které nejsou jeho občany a nemají jinou možnost nápravy¹³⁷.

regionálními instrumenty jako je např. Úmluva OAJ upravující zvláštní stránky uprchlických problémů v Africe z roku 1969.

¹³⁶Srov. Zpráva Komise pro mezinárodní právo, No. 10, A/59/10, str. 48

¹³⁷Viz. F. Orrego Vincuña, *The Changing Law of Nationality of Claims*, ILA London Conference (2000) str. 43 kde píše, že „in exceptional circumstances claims may be brought

3.3.3.2. Právnícké osoby

Předchozí části se týkaly diplomatické ochrany fyzických osob. Diplomatická ochrana ohledně právníckých osob byla řešena v mnoha soudních rozhodnutích. Nicméně, jedno z nich dominuje nad ostatními. Jde o judikát MSD ve věci *Barcelona Traction*,¹³⁸. Není možné plně rozebrat otázku výkonu diplomatické ochrany právníckých osob bez podrobného prozkoumání tohoto případu a následné kritiky vyneseného rozhodnutí MSD.

3.3.3.2.1. Případ *Barcelona Traction*¹³⁹

Barcelona Traction byla akciová společnost založená roku 1911 v Torontu, Kanadě. Zde měla i své sídlo. Pro účely vytvoření a zdokonalování produkce a distribuce elektřiny v Katalánsku vytvořila několik dceřinných společností, které měly svá sídla jak v Kanadě tak ve Španělsku. V roce 1936 tyto společnosti dodávaly většinový podíl elektřiny do katalánských domácností a podniků. Dle tvrzení belgické vlády několik let po druhé světové válce se značné množství akcií *Barcelona Traction* ocitlo v rukou belgických akcionářů – jak fyzických tak právníckých osob. Španělská vláda ovšem tvrdila, že belgické občanství akcionářů není dokázáno. *Barcelona Traction* emitovala několik řad dluhopisů, zejména ve šterlincích. V roce 1936 se splácení dluhopisů pozastavilo kvůli španělské občanské válce. Jako důsledek četných kroků španělské vlády byla společnost po nějaké době prohlášena za zrušenou. Mnoho akcionářů i společnost jako taková podali několik žalob. Španělská vláda uvedla, že v tomto případě bylo vydáno 2736 usnesení a 494 rozhodnutí nižších a 37 rozhodnutí vyšších soudů. Belgická vláda tvrdila, že oznámení a publikace soudního rozhodnutí o výsledku konkurzního řízení nevyhovovaly právním požadavkům a limit 8 dní k odvolání nikdy nezačal běžet. Námitky byly vzneseny španělskou, britskou, kanadskou,

on behalf of non-nationals, nationals of defendant state or under trusteeship arrangements. Such exceptional circumstances are particularly related to humanitarian concerns or where the individual would have no other alternative to claim for his rights...".

¹³⁸ *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited Case*, 1970 I.C.J. Reports

¹³⁹ *ibid.*, str. 8-24

americkou a belgickou vládou. Angažovanost kanadské vlády skončila v roce 1955.

3.3.3.2.1.1. Řízení před MSD¹⁴⁰

Belgická vláda podala jako první žalobu proti Španělsku v roce 1958. V roce 1961 ukončila řízení ve snaze dosáhnout vyjednání sporu mezi stranami jinou než soudní cestou. Vyjednávání neuspěla a belgická vláda tak podala žalobu novou. V roce 1963 španělská vláda předložila čtyři předběžné námitky. Prvé dvě MSD odmítli. V následném procesu obě strany předložily vydatné množství materiálů a informací. Celé řízení trvalo neobvykle dlouho, a to díky velmi dlouhému časovému limitu, který si strany vzaly na přípravu celého případu.

Žaloba bylo předložena MSD belgickou vládou a nárok se týkal fyzických a právnických osob, které tvrdily, že jsou belgickými občany a zároveň akcionáři Barcelona Traction, akciové společnosti, která měla své skutečné sídlo v Kanadě. Předmětem podání byla náhrada škody způsobená těmito osobám chováním různých španělských státních orgánů, které se dělo v rozporu s mezinárodním právem.

Třetí námitkou španělské vlády bylo tvrzení, že belgická vláda není způsobilá vykonat diplomatickou ochranu ohledně škody, která se stala kanadské společnosti, i když akcionáři sami měli belgickou státní příslušnost. Čtvrtá námitka naopak upozorňovala na skutečnost, že nedošlo k vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků.

V případě byly zainteresovány tři státy. Belgie, jako domovský stát většiny akcionářů, Kanada, jako stát obchodního sídla právnické osoby a zároveň stát inkorporace a Španělsko jako stát, kterému bylo přičitatelné škodné chování. Bylo tedy nutno vyřešit vztahy tohoto trojúhelníku.

¹⁴⁰Ibid., str. 26-31

3.3.3.2.1.1.1. *Ius standi* belgické vlády¹⁴¹

Soud se nejdříve pokusil odpovědět otázku, která byla vznesená ve třetí námitce, zda Belgie má právo vykonat diplomatickou ochranu ohledně belgických akcionářů ve společnosti, která byla založena v Kanadě. Diplomatická ochrana totiž směřovala proti opatření, která proběhla v rozporu s mezinárodním právem a byla mířena proti společnosti jako takové, nikoli proti belgickým státním příslušníkům.

V oblasti diplomatické ochrany se mezinárodní právo ocitá v neustálém vývoji a je nuceno zkoumat vnitrostátní právní řády. Na základě vnitrostátních předpisů upravujících akciové společnosti je tento koncept založen na silném rozlišení mezi právy společnosti a právy akcionářů. Pouze společnost je nadána právní subjektivitou. Škoda způsobená společností může často poškodit samotné akcionáře, ale to neznamená, že jak společnost, tak akcionáři mají nárok na náhradu. Pokud dojde k poškození zájmů akcionářů, je na společnosti, aby zajistila potřebné kroky k nápravě¹⁴². Jednání, která poškodí pouze práva společnosti, neznamenají vznik přímé odpovědnosti vůči samotným akcionářům, i pokud by byla dotčena jejich kapitálová účast na společnosti. Na druhou stranu, pokud by došlo k zásahu do přímých, vlastních práv akcionářů (jako právo na dividendy, hlasovací právo atd.), situace by byla zcela jiná a tito by měli právo na podniknutí vlastních, na společnosti nezávislých opatření. Nicméně belgická vláda netvrdila, že svůj nárok opírá o poškození přímých práv akcionářů.

Škoda způsobená akcionářům, která byla vyvolána škodou způsobenou přímo společností jako právnické osobě, není dostačujícím důvodem pro výkon diplomatické ochrany. Pokud dojde k zásahu, který je v rozporu s mezinárodním právem, proti akciové společnosti, platí obecné pravidlo mezinárodního práva, že k výkonu diplomatické ochrany je oprávněn stát příslušnosti této právnické osoby. Jde buď o stát, podle jehož právního řádu byla společnost zřízena, tedy, nabyla právní subjektivitu, nebo o stát, kde má právnická osoba skutečné sídlo. Neexistuje žádné pravidlo mezinárodního

¹⁴¹Ibid., str. 32-101

¹⁴²Ibid., str. 44 „Whenever a shareholder's interests are harmed by an injury to the company, it is to the company that the shareholder must look to take action, for although two separate entities may have suffered from the same wrong, it is only one entity whose rights have been infringed“.

práva, které by výslovně povolilo výkon této ochrany domovskému státu, např. rozhodující většiny akcionářů. MSD zdůraznil, že i když bilaterální a multilaterální úmluvy na ochranu investic mohou poskytovat přímou ochranu akcionářům, nejedná se o pravidlo mezinárodního obyčejového práva, které by umožňovalo výkon diplomatické ochrany státu příslušnosti akcionářů. Všechny tyto praxe a úmluvy jsou uvažovány jako *lex specialis*.

MSD zvažoval, zda v tomto konkrétním případě neexistují určité okolnosti, za kterých se obecné pravidlo nepoužije. Mohly by přijít do úvahy tři možnosti.

Prvá by se týkala faktu, že právnická osoba přestala existovat ve státu, kde byla inkorporována. Přestože Barcelona Traction ztratila veškerý svůj majetek ve Španělsku a dostala se do likvidace, nelze tvrdit, že subjektivita právnické osoby přestala existovat. MSD akceptoval, že společnost byla zničena ve Španělsku, ale zdůraznil, že její nepřetržitá existence v Kanadě, státu inkorporace, nebyla dotčena¹⁴³.

Druhá možnost, kdy by stát příslušnosti akcionářů mohl vykonat diplomatickou ochranu v jejich prospěch, by nastala v případě přímých poškození vlastních práv akcionářů. Nicméně, jak již bylo řečeno, belgická vláda netvrdila, že svůj nárok opírá o poškození přímých práv akcionářů.

Třetí možnost by nastala v případě, že stát příslušnosti právnické osoby pozbyl způsobilost podniknout nezbytné kroky k výkonu diplomatické ochrany. Jednalo by se např. o situaci, kdy stát příslušnosti by byl sám odpovědný za škodu způsobenou akciové společnosti a jediná ochrana zahraničního akcionáře na mezinárodním poli by byla prostřednictvím svého domovského státu. Zde je nutné dodat, že od počátku bylo nezpochybnitelné, že akciová společnost byla založena v Kanadě, měla zde i své skutečné sídlo, a tedy státem příslušnosti této právnické osoby byla bezpochyby Kanada. Kanadská vláda vykonávala diplomatickou ochranu ohledně Barcelona Traction po mnoho let, a to, že s jejím výkonem v roce 1955 dobrovolně skončila, neznámá, že pozbyla způsobilost ji vykonat. Ať již byl důvod, který vedl kanadskou vládu ke změně postoje ve výkonu diplomatické ochrany jakýkoliv,

¹⁴³Ibid., str. 41 „in the present case, the Barcelona Traction is in receivership in the country of incorporation. Far from implying the demise of the entity or of its rights, this much rather denotes that those rights are preserved for so long as no liquidation has ensued. Though in receivership, the company continues to exist“.

nešlo o akt, který by ospravedlnil výkon diplomatické ochrany jiným státem než právě Kanadou.

MSD rozhodl, že stát, podle jehož právního řádu je společnost zřízena, nebo stát, kde má společnost obchodní sídlo, je státem příslušnosti právnické osoby, a tedy oprávněn k výkonu diplomatické ochrany v případě, kdy se škoda dotýká práv společnosti. Řídil se několika úvahami. Prvá se týkala skutečnosti, že pokud akcionář investuje do akciové společnosti podnikající v zahraničí, podstupuje tak vlastní riziko, že stát příslušnosti této právnické osoby nevyužije svého práva (nikoli povinnosti) diplomatickou ochranu vykonat. Za druhé, pokud by stát příslušnosti akcionářů mohl vykonat diplomatickou ochranu a převzít tak nároky akcionářů, vedlo by to k enormnímu počtu žalob z různých států, neboť většinou velké akciové společnosti mají akcionáře mnohých státních příslušností. Co více, je docela dobře představitelné, že se nepodaří přesně identifikovat všechny akcionáře. Za třetí, MSD se zdráhal použít cestou analogie pravidla týkající se dvojího občanství ohledně společnosti a jejích akcionářů a povolit tak jak státu příslušnosti společnosti tak státu příslušnosti akcionářů výkon diplomatické ochrany.

MSD tak odmítl uznat oprávněnost nároku vzneseného Belgií, domovským státem rozhodující většiny akcionářů a rozhodl, že škodné chování přičitatelné Španělsku se týká pouze práv společnosti, nikoli vlastních práv akcionářů¹⁴⁴.

¹⁴⁴Ačkoli byl belgický nárok zamítnut patnácti hlasy ku jednomu, panovala velká neshoda mezi soudci ohledně odůvodnění tohoto rozhodnutí. Stalo se tak, že osm ze šestnácti soudců podalo „dissenting opinions“ z nichž pět uznalo právo státu na výkon diplomatické ochrany ohledně akcionářů. Soudce Tanaka shledal, že „customary international law does not prohibit protection of shareholders by their national State even when the national State of the company possesses the right of protection in respect of the latter“ a dodal „it is true, that there is no rule of international law which allows two kinds of diplomatic protection to a company and to its shareholders irrespectively, but there is no rule of international law either which prohibits double protection“. Soudce Gros dokonce obvinil soud ze slepoty k realitě mezinárodního práva a poznamenal, že „the foundation of a rule of economic international law must abide by economic realities. The company's link of bare nationality may not reflect any substantial economic bond. As between the two criteria the judge must choose the one on the test of which the law and the facts coincide: it is the State whose national economy is in fact adversely affected that possesses the right to take legal action“. Soudce Jessup došel k závěru, že za určitých situací má stát právo vykonat diplomatickou ochranu ohledně akcionářů, kteří jsou jeho příslušníky, ale Belgie zde neprokázala, že tito byli belgickými příslušníky v kritické době. Soudce Nervo prohlásil, že „it is not the shareholders in those huge corporations who are in need of diplomatic protection: it is rather the poorer or weaker States, where the investments take place, who need to be protected against encroachment by powerful financial groups, or against unwarranted diplomatic pressure from Governments who appear to be always ready to back at any rate their national shareholders“.

3.3.3.2.1.2. Kritika

Rozsudek MSD ve věci Barcelona Traction byl vystaven velké kritice. Pravidlo vyjádřené v Barcelona Traction je odvozeno z obecných principů korporátního práva vyspělých zemí spíše než z mezinárodního práva obyčejového. Pokud by MSD vzal více v úvahu bilaterální a multilaterální úmluvy z investic či smluvní závazky k zaplacení určité náhrady globální částkou (*lump sum agreements*), je možné, že by oproti pouhému neuvažování o těchto úmluvách a jejich degradování na *lex specialis*, našel dostačující důkaz o pravidlu mezinárodního obyčejového práva ohledně nároku akcionářů¹⁴⁵.

V praxi státy nebudou vykonávat diplomatickou ochranu pouze na základě faktu, že společnost byla zřízena dle jejich právního řádu, pokud nebude existovat žádné užší pouto mezi tímto státem a společností¹⁴⁶. Je nerealistické požadovat od státu, aby vynaložil čas, peníze, energii a politický vliv k ochraně společnosti, která utrpěla škodu v zahraničí, pokud neexistuje žádné materiální propojení mezi ní a státem. Toto vysvětluje, proč ve skutečnosti mnoho států nevykoná diplomatickou ochranu ohledně společnosti, která je pouze inkorporována dle právního řádu tohoto státu a postrádá zde např. ekonomickou kontrolu ve formě většinové držby akcií či sídlo vedení společnosti tzv. *siège social*. Docházíme tedy k závěru, že kontrola, většinová držba akcií či *siège social*, které představují skutečné

¹⁴⁵Srov. Richard Lillich, *The rigidity of Barcelona*, (1971) 65 A.J.I.L. 522 na str. 525 píše „the Court summarily rejected as irrelevant the bulk of traditional international practice governing shareholder claims and dismissed an excellent opportunity to place its judicial imprimatur upon a developing rule of customary international law with respect to shareholder's claims by opting to refer exclusively to the municipal law of corporations, under which a wrong inflicted upon a corporation generally does not give rise to an enforceable right in the hands of its shareholders“. Stejně tak soudce Wellington Koo v *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited Case (Preliminary objections)* 1964 I.C.J. Reports str. 63 uvádí „here is seen a substantial body of evidence of State practice, treaty arrangements and arbitral decisions to warrant the affirmation of the inexplicit existence of a rule under international law recognizing such a right of protection on the part of any State of its nationals, shareholders in a foreign company, against another wrongdoing State, irrespective of whether that other State is the national State of the company or not, for injury sustained by them through the injury it has caused to the company“.

¹⁴⁶Srov. J. R. Dugard, Fourth Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/530, str. 6

pouto mezi společnostmi a státem vykonávající diplomatickou ochranu, požívají větší podporu než slabý a neutrální vztah vzniklý inkorporací¹⁴⁷.

Brownlie¹⁴⁸ poznamenává, že pouhé použití pravidel případu *Nottebohm*¹⁴⁹ na právnícké společnosti není zdaleka dostačující. Na jednu stranu se MSD ve věci *Barcelona Traction* snaží odmítnout použití skutečného pouta (*genuine link*) v případě akciové společnosti¹⁵⁰ jako pravidla, které si v oblasti korporátního práva nezískalo většinový souhlas a nehodlá použít analogii mezi případem *Nottebohm* a *Barcelona Traction*. Na druhou stranu MSD pečlivě přezkoumal vazby (jako místo skutečného sídla, dle jakého právního řádu byla společnost zřízena, majitele akcií, účty společnosti, daně atd.) mezi společnostmi a Kanadou a shledal, že zde existuje úzké a permanentní pouto¹⁵¹.

MSD uznal, že stát příslušnosti akcionářů může vykonat diplomatickou ochranu ve třech situacích. Za prvé, pokud dojde k nezákonnému zásahu do vlastních práv akcionářů¹⁵², za druhé, pokud společnost přestane existovat¹⁵³ a za třetí, pokud škodné chování je přičitatelné přímo státu příslušnosti dané právnícké osoby¹⁵⁴.

¹⁴⁷Profesorka Julianne Kokott ve své zprávě pro ILA „*The Role of Diplomatic Protection in the Field of Foreign Investments*“, New Delhi Conference 2002 str. 228 uvádí „States have deliberately regulated their affairs in order to avoid the ruling of the International Court of Justice in *Barcelona Traction Case*“ a dodává, že „there is no need to go far as to say that diplomatic protection and the rules governing the protection of foreign investments exclude each other. However, the result might well appear disappointing from the perspective of somebody who wants to argue that diplomatic protection should play a strong role in today's law of foreign investments. The analysis of BIT regime as well as multilateral approaches has shown that diplomatic protection does not play a major role among available means of dispute resolution. Generally speaking, the agreements, both bilateral and multilateral, prefer alternative dispute resolution procedures and allow investors to access international arbitral bodies“.

¹⁴⁸Viz. Brownlie, *Principles of Public International Law*, šesté vydání, str. 489

¹⁴⁹*Nottebohm Case*, I.C.J. Reports, 1955 str. 4

¹⁵⁰Viz. *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited Case*, 1970 I.C.J. Reports str. 42 kde MSD uvádí, že „in the particular field of diplomatic protection of corporate entities, no absolute test of genuine connection has found general acceptance“.

¹⁵¹*Ibid.*, str. 42

¹⁵²*Ibid.*, str. 36

¹⁵³*Ibid.*, str. 40-41

¹⁵⁴*Ibid.*, str. 48

Na závěr je důležité dodat, že MSD dostatečně nevysvětlil své tvrzení, proč by zahraniční akcionáři, kteří investují do akciové společnosti podnikající v zahraničí, měli nést riziko, že jejich investice protiprávním zásahem hostitelského státu selže (když např. existence bilaterálních úmluv představuje naopak rozšíření ochrany těchto investic), proč se MSD tak bojí nestability ekonomických vztahů v případech, kdy by stát příslušnosti každého poškozeného akcionáře mohl vykonávat diplomatickou ochranu v jeho prospěch a konečně proč by se pravidla diplomatické ochrany ohledně osob s dvojným občanstvím nemohla použít na akciové společnosti a jejich akcionáře?

Komise MP podotýká, že rozhodnutí MSD pro ni nejsou závazná a po velmi podrobném zvážení případu se usnesla, že nebude následovat závěry MSD ve věci Barcelona Traction¹⁵⁵.

3.3.3.2.2. Případ ELSI¹⁵⁶

Rozhodnutí MSD v případě ELSI z roku 1989 bylo jedním z důvodů (spolu s výše nastíněnou kritikou) proč Komise MP odmítla následovat směr, který nastolil MSD ve věci Barcelona Traction. V případě ELSI MSD povolil Spojeným státům vznést nárok proti Itálii ohledně škody, kterou utrpěla italská akciová společnost ELSI (zřízena v Palermu na Sicílii), jejíž akcie byly plně v rukou dvou amerických společností - Raytheon Company, která vlastnila 99,16% akcií a Machlett Laboratoires Incorporated, která vlastnila zbývajících 0,84%.

Obchodní vztah mezi Spojenými státy a Itálií byl regulován Smlouvou o přátelství, obchodu a plavbě uzavřenou mezi Spojenými státy a Itálií v Římě roku 1948 a spor se týkal zejména ustanovení o ochraně zahraničních investic. Dodejme tedy, že tento případ technicky nemohl omezit či ovlivnit principy mezinárodního obyčejového práva vyslovené ve věci Barcelona Traction, neboť jde o případ, který se zabývá sporem ze smlouvy (*lex specialis*).

Bylo velmi překvapující, že MSD nestvrdil svůj postoj, který zaujal ve věci Barcelona Traction, byť ELSI jako právnická osoba měla italskou

¹⁵⁵Srov. J. R. Dugard, Fourth Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/530, str. 9

¹⁵⁶*Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, 1989 I.C.J. Reports

příslušnost a Spojené státy chtěly chránit zájmy akcionářů v této společnosti. Zásadní otázka tedy zněla, zda Spojené státy byly oprávněny vykonat diplomatickou ochranu ve prospěch svých státních příslušníků, kteří byly akcionáři italské společnosti, která utrpěla škodu tvrzeným porušením ustanovení Smlouvy o přátelství, obchodu a plavbě. Pokud bychom se na případ dívali očima Barcelona Traction, odpověď by nejspíše zněla záporně. Nicméně MSD rozhodl, že Spojené státy tento nárok vznést mohou.

Tato změna v přístupu může být vysvětlena různými důvody. Za prvé, MSD se zde nezabýval hodnocením mezinárodního obyčejového práva jako v případě Barcelona Traction, ale interpretací Smlouvy o přátelství, obchodu a plavbě, která, jako většina bilaterálních smluv z investic, poskytovala přímou ochranu americkým akcionářům v zahraničí. Za druhé, v tomto případě došlo pravděpodobně k zásahu do vlastních práv akcionářů, což byla jedna z výjimek uznaných v Barcelona Traction. Za třetí, ELSI se ocitla v likvidaci, což prakticky znamenalo, že přestala existovat. Šlo by pak o další výjimku z obecného pravidla. Za čtvrté se můžeme domnívat, že MSD dal odpověď na otázku, zda stát příslušnosti akcionářů může vykonat diplomatickou ochranu v jejich prospěch v případě, kdy společnost utrpěla škodu od státu své příslušnosti, neboť jinak, pokud bychom sledovali rigidní rozhodnutí ve věci Barcelona Traction, kde jediný oprávněný stát k výkonu diplomatické ochrany byl stát, ve kterém byla společnost inkorporována, by byli akcionáři ponecháni bez ochrany mezinárodního práva a přinuceni spoléhat se pouze na právo hostitelského státu se všemi riziky a nejasnostmi, které z něj často plynou.

Nicméně, i když MSD nakonec odmítl nárok ve věci samé, neboť dospěl k závěru, že chování Itálie nezaložilo porušení Smlouvy o přátelství, obchodu a plavbě, jeho přístup značí větší pochopení pro nutnost ochrany zahraničních investorů, konkrétně tedy akcionářů, cestou diplomatické ochrany¹⁵⁷.

¹⁵⁷Jak Roberto Bruno ve své práci „*Access of Private Parties to International Dispute Settlements: a Comparative Analysis*“ z roku 1997 píše „the ICJ's approach in ELSI was a big step forwards on the road toward a more comprehensive, adequate, and effective protection of foreign investment on the international level. Although the US lost the case because of factual findings against which it was unable to provide sufficient evidence, it was able to obtain recognition of the right of the national State of shareholders to exercise diplomatic protection on their behalf, in the frequent case where the company in which the interest is held is a national (because incorporated) of the respondent State“.

Ačkoli je *Barcelona Traction* nepochybně velmi významným judikátem MSD a odrazem mezinárodního obyčejového práva, Komise MP se rozhodla nenásledovat toto rozhodnutí a formulovat pravidlo, které by více vyhovovalo realitě mezinárodního práva (konkrétně oblasti zahraničních investic), a které by zároveň přesvědčilo zahraniční investory využívat institutu diplomatické ochrany, spíše než ochrany prostřednictvím bilaterálních smluv¹⁵⁸.

V případě *Barcelona Traction MSD* rozhodl, že vykonat diplomatickou ochranu může stát, kde má akciová společnost sídlo a podle jehož právního řádu byla společnost zřízena (tzv. inkorporována v oblasti anglosaského práva). Stát příslušnosti akcionářů toto právo nemá, možná jen, kromě situací kdy (a) byla přímo poškozena vlastní práva akcionářů, (b) společnost přestala existovat ve státu inkorporace a (c) škodné chování je přičitatelné přímo státu příslušnosti dané právnické osoby. Komise MP byla postavena před náročný úkol najít odpovědi na následující otázky¹⁵⁹: Měl by být stát příslušnosti akcionářů oprávněn vykonat diplomatickou ochranu i v jiných případech? Měl by mít toto právo, například, stát příslušnosti většiny akcionářů? Nebo by mělo jít o pouhé sekundární právo státu příslušnosti většiny akcionářů?

Zvláštní zpravodaj Komise MP J. Dugard ve své Čtvrté zprávě o diplomatické ochraně z roku 2003 správně podotýká, že je velmi nepravděpodobné, že by např. rozvojové státy byly těmto změnám nakloněny a většina učenců v oblasti mezinárodního práva bere rozhodnutí MSD ve věci *Barcelona Traction* jako vlivné rozhodnutí ohledně výkonu diplomatické ochrany a počáteční bod jakékoli hlubší diskuze na toto téma¹⁶⁰. J. J. Dugard nastínil, Komisi MP se nabízely následující možnosti: Za prvé určit stát inkorporace jako oprávněný k výkonu diplomatické ochrany, a to s výjimkami předloženými v *Barcelona Traction*. Za druhé, určit stát inkorporace, se kterým

¹⁵⁸Viz. J. R. Dugard, *Fourth Report on Diplomatic Protection*, A/CN.4/530, str. 11, kde ovšem také dodává, že „*Barcelona Traction* is today, 30 years on, widely viewed not only as accurate statement of the law on diplomatic protection of corporations but as a true reflection of customary international law. The practice of States in the diplomatic protection of corporations is today guided by *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*“.

¹⁵⁹Srov. *Official Record of General Assembly, Fifty-seventh session, Supplement No. 10 (A/57/10)* para.28

¹⁶⁰Srov. B. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford 2003 či M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge 1986

má společnost užší pouto (tzv. *genuine link*, zpravidla ve formě ekonomické kontroly), jako oprávněný k výkonu diplomatické ochrany, a to s výjimkami předloženými v *Barcelona Traction*¹⁶¹. Povaha tohoto skutečného pouta by byla obdobná té v případě *Nottebohm*. Za třetí, určit stát sídla skutečného vedení společnosti tzv. *siège social* jako oprávněný k výkonu diplomatické ochrany¹⁶². Za čtvrté, určit stát, ve kterém se uskutečňuje ekonomická kontrola společnosti, jako oprávněný k výkonu diplomatické ochrany¹⁶³. Za páté, povolit jak státu inkorporace tak státu ekonomické kontroly společností výkon diplomatické ochrany¹⁶⁴. Toto by znamenalo jakousi dvojitou ochranu podobnou té, která nastává v případech dvojího státního občanství fyzických osob. Za šesté, povolit výkon diplomatické ochrany nejprve státu inkorporace a pokud jej nevyužije, přiznat sekundární právo výkonu této ochrany státu ekonomické kontroly¹⁶⁵. Za sedmé, přiznat právo výkonu diplomatické ochrany

¹⁶¹Srov. J. R. Dugard, *Fourth Report on Diplomatic Protection*, A/CN.4/530, str. 13 kde dodává, že „the main disadvantage of such rule is that many companies are incorporated in States with which they have no real connection, in order to secure tax advantages. Such companies will, for the purposes of diplomatic protection, be rendered stateless“.

¹⁶²*Ibid.*, str. 14 kde ovšem také vyslovuje pochybnosti o této variantě. „doubts have been expressed as to whether it would be appropriate to apply such private tests to a problem of public international law“.

¹⁶³Pro Komise MP by přijetí pravidla ve prospěch ekonomické kontroly znamenalo velké těžkost. „While it may be true that before *Barcelona Traction* it enjoyed more support than the test of incorporation, it is doubtful whether it than represented the rule of customary international law...bilateral investments treaties may, in meantime, have given support to the notion of shareholder protection but these treaties are themselves not uniform in respect of the subject of protection...even if these treaties are to be seen as evidence of State practice, it is doubtful whether a rule in favour of economic control enjoys the support of most States today...there is no evidence that such rule enjoys the support of developing nations“. Píše J. Dugard ve své *Fourth Report on Diplomatic Protection*, A/CN.4/530, str. 16

¹⁶⁴Tato varianta má podporu např. soudce Tanaky, který uvedl, že „It is true that there is no rule of international law which allows two kinds of diplomatic protection to a company and its shareholders respectively, but there is no rule of international law either which prohibits double protection. It seems that lacuna exists here: it must be filled by interpretation which emanates from the spirit of the institution of diplomatic protection itself“. I.C.J. Reports, 1949 *Reparation for Injuries Suffered in the Service of United Nations Case*, str. 131

¹⁶⁵Srov. J. R. Dugard, *Fourth Report on Diplomatic Protection*, A/CN.4/530, str. 18 uvádí „as was pointed out by the International Court in *Barcelona Traction*, a secondary right only comes into existence when original right ceases to exist and it will be difficult in practice to determine when such right is extinguished, as a State may simply decline to exercise its discretion to protect a corporation without any intention of abandoning its claim, as appeared to be the position of Canada in *Barcelona Traction*. While this objection might be overcome by setting a prescribed time limit for the exercise of the primary right, this would not overcome another obstacle raised by the International Court, that is, the difficulty that would arise if the State of incorporation settled a claim in a manner unsatisfactory to the company's shareholders. Could the State of economic control then lodge a secondary claim to give effect to the demands of shareholders?“.

přímo státu příslušnosti akcionářů¹⁶⁶. Zde bychom se ovšem potýkali s problémem identifikace všech akcionářů velkých nadnárodních akciových společností, o čemž svědčí sám případ *Barcelona Traction*¹⁶⁷.

3.3.3.2.3. Státní příslušnost akciových společností

Určením státu příslušnosti akciových společností se zabývá návrh čl. 9, který zní: *Pro účely diplomatické ochrany akciových společností je stát jejich příslušností ten, podle jehož právního řádu byla společnost zřízena a ten, ve kterém má své obchodní sídlo nebo sídlo vedení společnosti či nějaký obdobný vztah*. Toto ustanovení je podobné článku 4. Pro účely výkonu diplomatické ochrany ve prospěch akciových společností stanoví určité podmínky jako v případě diplomatické ochrany fyzických osob.

Jak již bylo řečeno, udělení státní příslušnosti je vnitřní záležitostí každého státu¹⁶⁸ a mezinárodní právo, dle judikátu *Barcelona Traction*, přisuzuje právo výkonu diplomatické ochrany ohledně akciové společnosti státu, dle jehož práva byla společnost zřízena a kde má své obchodní sídlo¹⁶⁹. Pro nabytí státní příslušnosti akciové společnosti pro účely diplomatické ochrany je tedy zapotřebí splnit dvě podmínky: založení dle právního řádu daného státu a přítomnost obchodního sídla v tomto státě¹⁷⁰. MSD měl zřejmě

¹⁶⁶Tak např. Mervyn Jones ve svém článku *Claims on Behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies*, 1949, 26 *British Yearbook of International Law*, str. 225 se velice obává, že pokud by stát příslušnosti každého akcionáře mohl vykonat diplomatickou ochranu v jeho prospěch, tak „the results would be just as chaotic on the international plane as they would be under municipal law if any group of shareholders were allowed to sue in any case where the company has sustained damage...shareholders are not infrequently corporations themselves, and the process of identifying individual shareholders might be prolonged ad infinitum; such a process is in any case difficult in practice“.

¹⁶⁷Srov. např. komentář soudce Jessupa, 1970 *I.C.J. Reports*, str. 219

¹⁶⁸MSD ve věci *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited Case*, 1970 *I.C.J. Reports* na str. 33 uvedl, že „international law has had to recognize the corporate entity as an institution created by States in a domain essentially within their domestic jurisdiction. This in turn requires that, whenever legal issues arise concerning the right of States with regard to the treatment of companies and shareholders, as to which rights international law has not established its own rules, it has to refer to the relevant rules of municipal law“.

¹⁶⁹Srov. *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited Case*, 1970 *I.C.J. Reports* str. 42 kde se uvádí, že „ICJ attributes the right of diplomatic protection of a corporate entity to the State under the law of which it is incorporated and in whose territory it has its registered office“.

¹⁷⁰Toto koresponduje i s praxí většiny států, která požaduje na společnosti, která je dle jejich právního řádu založena, aby v tomto státu měla i své obchodní sídlo. MSD jasně řekl, že obě podmínky by měly být splněny současně, když uvedl, že „these criteria has been confirmed by

při formulování požadavku přítomnosti obchodního sídla ve státu, který hodlá diplomatickou ochranu vykonat, na myslí potřebu určitého konkrétního vztahu, jakkoli malého, mezi společnostmi a tímto státem¹⁷¹.

Čl. 9 nepožaduje existenci nějakého užšího pouta (*genuine link*) mezi společnostmi a ochraňujícím státem a co více, Komise MP dokonce odmítá představu tohoto pouta jako nezbytného faktoru k výkonu diplomatické ochrany¹⁷². Dle mého názoru, by striktní aplikace tohoto požadavku mohla vést dokonce k situaci, že akciová společnost, která je založena dle právního řádu jednoho státu a jejíž většinou akcionáři mají příslušnost státu jiného, se ocitne ve stavu bez státní příslušnosti v kontextu diplomatické ochrany. Na pojmy jako obchodní sídlo, sídlo vedení společnosti či nějaký obdobný vztah není tudíž nahlíženo jako na formy užšího pouta mezi společnostmi a ochraňujícím státem. Slovní spojení „či nějaký obdobný vztah“ musí být uvažováno v kontextu obchodního sídla a sídla vedení společnosti a nemá tedy prostor pro vlastní interpretaci (vždy se musí odvolávat na nějakou spojitost s pojmy obchodní sídlo a sídlo vedení společnosti). Čl. 9 mluví o státu příslušnosti akciové společnosti jako o státu, podle jehož právního řádu byla společnost zřízena. Dle komentáře Komise MP byla tato formulace vybrána proto, aby zamezila jakýmkoli pochybám o faktu, že akciová společnost může mít pouze jednu státní příslušnost, na rozdíl od osob fyzických¹⁷³.

3.3.3.2.3.1. Trvání státní příslušnosti akciových společností

Fyzické osoby, oproti právnickým, mění mnohem častěji a lehčeji své státní občanství, jako důsledek naturalizace, ať dobrovolné či nedobrovolné (jako např. v případě uzavření manželství či adopce) a nástupnictví států. Společnosti mohou změnit svoji příslušnost pouze pokud jsou obnoveny či

long practice and by numerous international instruments". *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited Case*, 1970 I.C.J. Reports str. 42

¹⁷¹Zpráva Komise pro mezinárodní právo, No. 10, A/59/10, str. 50

¹⁷²Ibid., str. 52 kde MSD uvádí, že „it was the prevailing view in the Commission that the registered office, seat of management or some similar connection should not therefore be seen as forms of genuine link, particularly insofar as this term is understood to require majority shareholding as a connecting factor“.

¹⁷³Ibid., str. 52

znovu založeny v cizím státu¹⁷⁴. V těchto případech společnost dostává novou právní subjektivitu, a tím pádem se poruší trvání její příslušnosti¹⁷⁵. Existuje nejspíše pouze jediná skutečnost, která vede ke změně příslušnosti bez vzniku nové právní subjektivity, a tou je nástupnictví státu¹⁷⁶. Problém trvání státoobčanského pouta vzniká proto méně často u právnických osob než u osob fyzických.

Článek 10 odst. 1 zní: *Stát je oprávněn vykonat diplomatickou ochranu ve prospěch akciových společností, které byly jeho státními příslušníky v době, kdy vznikla újma, a jsou jeho státními příslušníky v době oficiálního vznesení nároku.* Odstavec 1 tedy trvá na tradičním, a v souvislosti s fyzickými osobami již zmíněném principu, že stát může vykonat diplomatickou ochranu ve prospěch akciových společností, které byly jak v době, kdy jim vznikla újma, tak v době oficiálního vznesení nároku, státními příslušníky tohoto státu.

Problémy zde mohou nastat s přesným určením času *dies ad quem*, až do kdy musí státní příslušnost trvat. Je nepochybné, že společnost musí být státním příslušníkem v době oficiálního vznesení nároku, nicméně, existují názory, že pokud bude muset společnost změnit státní příslušnost v době mezi vznesením nároku a vydáním rozhodnutí, ztrácí tím postavení státního příslušníka pro účely diplomatické ochrany¹⁷⁷. Toto by znamenalo uplatnění pravidla trvání státní příslušnosti (*continuous nationality rule*), které by požadovalo existenci vazby ve formě státní příslušnosti, od doby, kdy se udála újma, až do doby vynesení rozhodnutí. Komise MP, díky malému množství judikátů, které by odráželo tuto pozici, podpořila umírněnější názor, že státní

¹⁷⁴Srov. J. R. Dugard, Fourth Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/530, str. 40

¹⁷⁵Tento princip byl uznaný v případě *Orinoco Steamship Company*, 1903, vol. 9, U.N.R.I.A.A., str. 180 „it is true that, according to the admitted and practised rule of international law, in perfect accordance with general principles of justice and perfect equity, claims do not change nationality by the fact that their consecutive owners have a different citizenship, because a State is not a claim agent, but only, as the infliction of a wrong upon its citizens is an injury to the State itself, it may secure redress for the injury done to its citizens, and not for the injury done to the citizens of another State. Still, this rule may be overseen or even purposely set aside by a treaty“.

¹⁷⁶Srov. Zpráva Komise pro mezinárodní právo, No. 10, A/59/10, str. 53

¹⁷⁷Srov. *Oppenheim's International Law*, eds. R. Jennings and A. Watts, 9th ed. (1992) str. 512

příslušnost akciové společnosti musí trvat pouze do doby oficiálního vznesení nároku.

Pojem nárok v sobě zahrnuje jak nároky předložené diplomatickou cestou tak žaloby podané soudním orgánům. Každý nárok by měl blíže specifikovat jaké kroky se požadují na odpovědném státu, aby přestal se svým protiprávním chováním, pokud toto pokračuje a jakou formu náhrady stát žádá¹⁷⁸.

Další problém, který může nastat, se týká situace, kdy společnost přestane existovat ve státě, podle jehož právního řádu byla zřízena, a kterého byla státním příslušníkem. Nastíním tento problém v kontextu Barcelona Traction¹⁷⁹. Pokud by společnost Barcelona Traction přestala existovat v Kanadě, státu příslušnosti akciové společnosti, jako důsledek újmy, která je přičitatelná Španělsku, mohla by diplomatickou ochranu vykonat Belgie, stát příslušnosti většiny akcionářů? Nebo by toto právo zůstalo Kanadě jako právo výkonu diplomatické ochrany ve prospěch nefunkční společnosti? A právo vykonat diplomatickou ochranu by měla Kanada sama či spolu s Belgií? A pokud by právo vykonat diplomatickou ochranu neměl žádný z těchto států, je tato situace, že by akciová společnost zůstala bez ochrany, udržitelná? Touto situací, která by byla opravdu velmi obtížná jak pro společnost, tak akcionáře, se zabývali i soudci v případě Barcelona Traction. Soudce Jessup, tento problém označil za anomálii¹⁸⁰. Soudce Gros naznačil, že jediná cesta z tohoto dilematu, je umožnit oběma státům, tedy, jak státu inkorporace, tak státu příslušnosti většiny akcionářů, vykonat diplomatickou ochranu¹⁸¹.

¹⁷⁸Srov. komentář k čl. 43 ILC Articles on State Responsibility, ILC Commentary 2001, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10), chp. IV.E.1.

¹⁷⁹1970 I.C.J. Reports

¹⁸⁰Ibid., str. 193 kde soudce Jessup uvádí „here, some doctrine would say that ordinarily State A, the State of incorporation, should be the one to extend diplomatic protection. But by hypothesis the corporate life has been extinguished by State A, so that... a claim can not be pressed for corporation“. Zvláštní zpravodaj J. Dugard k tomuto tématu ve své čtvrté zprávě o diplomatické ochraně (A/CN.4/530) uvádí „consequently the State of incorporation could not meet the requirements of the continuity rule that the corporation could not be a national both at the time of the injury and at the time of the presentation of the claim“.

¹⁸¹Ibid., str. 277 kde se uvádí, že „the Judgement's view which admits the possibility of action by State of the shareholders in the event of disappearance of the company is lacking in logic for, in such an eventuality, if the company's state had started an action it could not be non-suited through the disappearance of the company, it is difficult to see why the State of the company should be unable to make a claim in respect of the unlawful act which was the root cause of the disappearance. If then, in this case, both States can act, does this not mean that

Komise MP přijala pragmatický přístup a umožnila státu příslušnosti akciové společnosti, aby vykonal diplomatickou ochranu ohledně újmy, kterou tato společnost utrpěla v době, kdy byla státním příslušníkem daného státu a v důsledku této újmy jí přestala být. Komise MP tedy do čl. 10 zařadila ještě druhý odstavec, který zní: *Nehledě na odstavec 1, stát je i nadále oprávněn vykonat diplomatickou ochranu ve prospěch akciových společností, které byly jeho státními příslušníky v době, kdy vznikla újma, a které v důsledku této újmy přestaly existovat podle právního řádu tohoto státu. Stát, který hodlá vykonat diplomatickou ochranu v tomto případě, musí prokázat, že právě kvůli způsobené újmě akciová společnost přestala existovat. Odstavec druhý musí být vykládán v souvislosti se článkem 11 (a) ¹⁸², který jasně stanoví, že stát příslušnosti akcionářů nebude oprávněn vykonat diplomatickou ochranu ohledně újmy, která způsobila zánik společnosti. Je nutno ještě poznamenat, že článek 10 se týká výhradně akciových společností a na akcionáře, kteří jsou fyzickými osobami, se vztahuje článek 5.*

3.3.3.2.4. Ochrana akcionářů

Základní princip diplomatické ochrany právnických osob tkví v tom, že společnost má být chráněna státem příslušnosti společnosti a nikoli státem příslušnosti akcionářů. MSD tento princip jasně definoval ve svém judikátu ve věci *Barcelona Traction*¹⁸³ a zdůraznil, že akciové společnosti jsou charakteristické oddělením práv akcionářů od práv společnosti, a že ačkoli obě entity mohou utrpět škodu ze stejné újmy, je pouze jeden subjekt, jehož práva byla zasažena¹⁸⁴. Pouze tam, kde dojde k přímému zásahu do vlastních práv akcionářů mají tito samostatné právo na podniknutí na společnosti nezávislých opatření¹⁸⁵.

the general rule conferring the right of action on the State of the company is not an exclusive rule?"

¹⁸²Čl. 11 (a) zní: Stát příslušnosti akcionářů v akciové společnosti nebude oprávněn vykonat diplomatickou ochranu ve prospěch těchto osob, ohledně újmy způsobené akciové společností, ledažeby: (a) akciová společnost přestala existovat podle právního řádu státu, ve kterém byla inkorporována z důvodu, který nesouvisí s touto újмой.

¹⁸³1970 I.C.J. Reports

¹⁸⁴*ibid.*, str. 35

¹⁸⁵*ibid.*, str. 36

MSD akceptoval, že mohou vzniknout dvě situace¹⁸⁶, za kterých může stát příslušnosti akcionářů vykonat diplomatickou ochranu. Prvá by nastala, pokud by právnická osoba přestala existovat ve státu, kde byla inkorporována. Druhá možnost by nastala v případě, že stát příslušnosti právnické osoby pozbyl způsobilost podniknout nezbytné kroky k výkonu diplomatické ochrany¹⁸⁷. Na základě těchto výjimek, Komise MP formulovala článek 11, který zní: *Stát příslušnosti akcionářů v akciové společnosti nebude oprávněn vykonat diplomatickou ochranu ve prospěch těchto osob v případě újmy způsobené akciové společnosti, ledaže by: (a) akciová společnost přestala existovat podle právního řádu státu, ve kterém byla inkorporována z důvodu, který nesouvisí s touto újmou; nebo (b) akciová společnost měla v době způsobení újmy státní příslušnost odpovědného státu a pro podnikání na území odpovědného státu bylo její zřízení dle právního řádu tohoto státu nezbytné.*

Ze znění tohoto článku vyplývá, že pokud jsou akcionáři společnosti příslušníci různých států, každý z těchto států může diplomatickou ochranu vykonat, ovšem pouze při dodržení požadavků stanovených výjimek. Čl. 11 si žádá zodpovědět dva problémy. Prvý vyžaduje objasnění spojení *přestala existovat* a druhý, podle jakého právního řádu se posoudí ukončení existence akciové společnosti (tedy, dle právního řádu státu, ve kterém byla inkorporována či dle práva státu, kde došlo k újmě).

Před případem *Barcelona Traction*¹⁸⁸ se široce zastával názor, že stát příslušnosti akcionářů může vykonat diplomatickou ochranu v momentě, kdy společnost prakticky přestala fungovat (*is practically defunct*)¹⁸⁹. Komise MP však odmítla převzít tuto formulaci jako právně nepřesnou a řídila se pouze právním statutem společnosti, jako jediným relevantním kritériem¹⁹⁰.

¹⁸⁶*Ibid.*, str. 40-41 a 48

¹⁸⁷Jednálo by se např. o situaci, kdy stát příslušnosti by byl sám odpovědný za škodu způsobenou akciové společností a jediná ochrana zahraničního akcionáře na mezinárodním poli by byla prostřednictvím svého domovského státu.

¹⁸⁸1970 I.C.J. Reports

¹⁸⁹Srov. případ *Delagoa Bay Railway Co.*, B.J. Moore, Digest of International Law vol. VI, 1906

¹⁹⁰Viz. Zpráva Komise pro mezinárodní právo, No. 10, A/59/10, str. 58. Tento názor zastal i MSD ve věci *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited Case*, 1970 I.C.J. Reports str. 41 kde uvádí „only the event of legal demise of the company are the shareholders

MSD výslovně neřekl, že akciová společnost musí přestat existovat ve státě, podle jehož právního řádu byla založena. Nicméně, akciová společnost vzniká, pokud je registrována a inkorporována ve státě své příslušnosti a zaniká, pokud je zrušena ve státě, který jí dal tuto právní subjektivitu. Je tedy logické odpovědět na položenou otázku (podle jakého právního řádu se posoudí ukončení existence akciové společnosti) tak, že jediné podle právního řádu státu, ve kterém byla inkorporována .

Odstavec 11 (b) ukotvuje druhou podmínku nastíněnou ve věci *Barcelona Traction*¹⁹¹, která stanoví, že pokud je stát příslušnosti akciové společnosti sám odpovědný za újmu způsobenou této společností, může domovský stát akcionáře vykonat diplomatickou ochranu v jeho prospěch.

3.3.3.2.4.1. Přímá újma akcionářů

Článek 12 je koncipován tak, aby chránil akcionáře, kteří utrpěli újmu nezákonným zásahem státu do svých vlastních práv. MSD ve věci *Barcelona Traction*¹⁹² přiznal státu příslušnosti těchto akcionářů právo výkonu diplomatické ochrany. Čl. 12 zní: *Pokud stát svým mezinárodně protiprávním chováním způsobí přímou újmu vlastním právům akcionářů, odlišných od práv*

deprived of the possibility of a remedy available through the company; it is only if they became deprived of all such possibility that independent right of action for them and their Government could arise". Soudce Nervo také uvádí, že „it is only when a company has been dissolved and consequently ceases to exist as a separate legal entity that the shareholders take its place and are entitled to receive the balance of its property, after the corporate debts has been deducted. Thus it is only the *legal death* of the corporate person that may give rise to new rights appertaining to the shareholders as successors to the company". Ibid., str. 256

¹⁹¹1970 I.C.J. Reports str. 48 kde MSD uvádí, že „it is quite true that it has been maintained that, for reasons of equity, a State should be able, in certain cases, to take up the protection of nationals, shareholders in a company which has been the victim of a violation of international law. Thus, the theory has been developed to the effect that the State of the shareholders has a right of diplomatic protection when the State whose responsibility is invoked is the national State of the company. Whatever the validity of this theory may be, it is certainly not applicable to the present case, since Spain is not the national State of *Barcelona Traction*".

¹⁹²1970 I.C.J. Reports str. 36 kde MSD uvedl, že „an act directed against and infringing only the company's rights does not involve responsibility towards the shareholders, even if their interests are affected...the situation is different if the act complained of is aimed at the *direct rights* of the shareholder as such. It is well known that there are rights that municipal law confers upon the latter distinct from those of the company, including the right to any declared dividend, the right to attend and vote at general meetings, the right to share in the residual assets of the company on liquidation. Whenever one of this direct rights is infringed, the shareholder has an independent right of action".

společnosti jako takové, stát příslušnosti kteréhokoli akcionáře je oprávněn vykonat diplomatickou ochranu ve prospěch této osoby.

Komise MP se zde nesnaží poskytnout vyčerpávající výčet vlastních práv akcionářů a odlišit je tak od práv akciové společnosti. MSD se o příkladný výčet pokusil v případě Barcelona Traction¹⁹³, kde zmínil právo na výplatu dividend, volební právo, právo účasti na valné hromadě a právo podílu na likvidačním zůstatku společnosti. Nicméně, ani zde nejde o výčet konečný a bude tedy vždy na soudu, aby určil, na základě každého individuálního případu, o která další práva půjde.

Čl. 12 také blíže nespécifikuje, dle jakého právního řádu dojde k určení vlastních práv akcionářů. Komise MP ve svém komentáři k tomuto článku dodává, že ve většině případů půjde o vnitrostátní právo státu, ve kterém byla společnost inkorporována¹⁹⁴. Problém by mohl nastat v momentě, kdy by společnost byla zřízena dle právního řádu státu odpovědného z újmy. Pak by, jak naznačil soudce Oda¹⁹⁵, byl případ řešen dle obecných principů korporátního práva, zejména by bylo nutné zajistit, aby nedošlo k diskriminaci práv akcionářů.

3.3.3.2.5. Ostatní právnické osoby

Výše zmíněné články, konkrétně čl. 9,10,11 a 12, se zaměřily na specifický druh právnických osob, akciových společností. Byly proto dva důvody. Za prvé, akciové společnosti, na rozdíl od jiných právnických osob, mají určité společné rysy: obvykle jde o právnické osoby založené za účelem podnikání, jejich základní kapitál je rozvržen na určitý počet akcií o určité jmenovité hodnotě, společnost odpovídá za porušení svých závazků celým svým majetkem, akcionář neručí za závazky společnosti a dochází k důslednému oddělení práv akcionářů od práv společnosti. Za druhé, jsou to zejména akciové společnosti, na rozdíl od např. státních podniků, univerzit, samosprávných celků či nadací, které se účastní mezinárodního obchodu,

¹⁹³Ibid., str. 36

¹⁹⁴Viz. Zpráva Komise pro mezinárodní právo, No. 10, A/59/10, str. 65

¹⁹⁵Viz. *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, 1989 I.C.J. Reports str. 87 kde soudce Oda mluví o „the general principles of law concerning the companies“ v souvislosti s právy akcionářů.

využívají možnosti mezinárodního řešení sporů a právě jejich aktivity způsobují tok mezinárodních investic.

Diplomatická ochrana právnických osob se zabývá zejména ochranou mezinárodních investic. Zde spatřuji hlavní důvod, proč akciové společnosti zabírají velkou část návrhu článků o výkonu diplomatické ochrany ve prospěch právnických osob, a proč se tyto podrobně zabývají otázkou ochrany akciových společností a jejich akcionářů. Nicméně, stát může udělit právní subjektivitu komukoli uzná za vhodné. Neexistuje jednota a důslednost napříč právními systémy ohledně udělování právní subjektivity právnickým osobám. Jak bylo naznačeno v judikátu *Barcelona Traction*¹⁹⁶, právnické osoby musí být uznány *de iure*, tedy nějakým vnitrostátním právem.

Pokud vezmeme v úvahu, že právnické osoby jsou nástrojem vnitrostátního práva, je nadmíru jasné, že dnes existuje celá řada právnických osob s odlišnými charakteristikami, zahrnující jak akciové společnosti tak školy, nevládní organizace, obchodní společnosti, samosprávné celky, církve, družstva atd. Na základě tohoto faktu, musíme brát, v kontextu diplomatické ochrany, ohled i na jiné právnické osoby než akciové společnosti. Čl. 13 proto stanoví: *Pravidla obsažená v článcích 9 a 10 týkající se akciových společností, se použijí přiměřeně i v případě diplomatické ochrany jiných právnických osob.*

Neexistuje důvod, proč by tyto osoby měly být vyloučeny z výkonu diplomatické ochrany, pokud utrpí újmu v cizině. Zde je nutné dodat, že musí jít o autonomní osoby, které nejsou pod kontrolou státu a netvoří jeho část¹⁹⁷. Různorodost těchto právnických osob, jiných než akciových společností, jejich odlišné cíle a struktury, znemožňují najít společná ustanovení, která by pokryla diplomatickou ochranu různých typů těchto právnických osob. Proto se Komise MP omezila pouze na konstatování, že pravidla ohledně akciových společností se přiměřeně použijí na jiné právnické osoby. Samozřejmě, že

¹⁹⁶1970 I.C.J. Reports str. 34

¹⁹⁷Srov. Zpráva Komise pro mezinárodní právo, No. 10 A/59/10, str. 67 kde Komise MP uvádí „as diplomatic protection is a process reserved for the protection of natural or legal persons not forming part of the State, it follows that in most instances the municipality, as a local branch of government, and the university, funded and, in the final resort, controlled by State, will not qualify for diplomatic protection. Private universities would, however qualify for diplomatic protection; as would private schools, if they enjoy legal personality under municipal law“.

toto se netýká článků 11 a 12, neboť se zabývají výslovně problematikou akcionářů.

3.3.4. Vyčerpání opravných prostředků

Pravidlo vyčerpání opravných prostředků (*exhaustion of local remedies*) je pravidlem obyčejového práva¹⁹⁸. Ve věci ELSI¹⁹⁹ MSD toto pravidlo dokonce popsal jako „důležitý princip mezinárodního obyčejového práva“. Pravidlo vyčerpání opravných prostředků bylo také začleněno do čl. 22 návrhu článků o odpovědnosti států²⁰⁰, kde Komise MP uvádí, že *odpovědnost státu nemůže být uplatněna, pokud je nezbytné vyčerpat opravné prostředky a tyto nebyly vyčerpány*. Jde o samostatný požadavek, který dle slov prof. Šturmy²⁰¹ „musí být naplněn už před tím, než v cizině poškozená soukromá osoba požádá svůj domovský stát o výkon diplomatické ochrany v její věci“. Vyčerpat opravné prostředky jako podmínku výkonu diplomatické ochrany musí jak fyzické tak právnické osoby (taktéž osoby bez státního občanství, za podmínek článku 8).

¹⁹⁸Takto se vyjádřil i MSD ve sporu mezi Spojenými Státy a Švýcarskem ve věci *Interhandel Case* 1959 I.C.J. Reports kde na str. 27 uvádí „the rule that local remedies must be exhausted before international proceedings may be instituted is well-established rule of customary international law; the rule has been generally observed in cases in which a State has adopted the cause of its national whose rights are claimed to have been disregarded in another State in violation of international law. Before resort may be had to an international court in such a situation, it has been considered necessary that the State where the violation occurred should have an opportunity to redress it by its own means, within the framework of its own domestic system“.

¹⁹⁹*Elektronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, 1989 I.C.J. Reports str.42

²⁰⁰Viz. Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10), srov. Č. Čepelka, *Odpovědnost států. Návrh článků 1 až 35 kodifikační úmluvy (s komentářem)*, UK, Praha, 1985 str. 75 kde uvádí „Jestliže postup státu vytvořil situaci, která není v souladu s výsledkem požadovaným mezinárodním závazkem, jenž se týká zacházení s cizinci – fyzickými nebo právnickými osobami- avšak závazek připouští, aby tohoto či náhradního výsledku bylo nicméně dosaženo následným chováním státu, je porušení takového závazku naplněno až tehdy, kdy dotčení cizinci vyčerpali účinné (*effective*) vnitrostátní opravné prostředky, ale nedosáhli závazkem požadovaného zacházení, a kde je to jinak možné, ani zacházení ekvivalentního“.

²⁰¹Viz. Čepelka, Šturma, *Mezinárodní právo veřejné*, Eurolex, Praha 2003, kde prof. Šturma na str. 397 dodává, že „k diplomatické ochraně lze přistoupit až poté, kdy poškozená osoba nedosáhla odškodnění na úrovni vnitrostátního práva“.

3.3.4.1. Článek 14

Článek 14 odstavec 1 zní: *Stát nemůže vznést mezinárodní nárok ohledně újmy jeho státního příslušníka či jiné osoby popsané v článku 8 předtím, než poškozená osoba, za podmínky článku 16, vyčerpala všechny opravné prostředky.* Slovní spojení „všechny opravné prostředky“ (*all local remedies*) musí být vykládáno v souvislosti se článkem 16, který popisuje výjimečné okolnosti, za kterých se opravné prostředky vyčerpat nemusí. Pravidlo vyčerpání opravných prostředků znamená zcela nezbytnou podmínku výkonu diplomatické ochrany, tedy, teprve v momentě, kdy poškozená osoba bezúspěšně vyčerpala vnitrostátní opravné prostředky, může stát její příslušnosti přistoupit k výkonu diplomatické ochrany. Pravidlo vyčerpání opravných prostředků se ovšem vztahuje pouze na všechny dosažitelné opravné prostředky, které budou odlišné stát od státu.

Odstavec druhý se pokouší v obecných pojmech o popis hlavních druhů právních opravných prostředků (*legal remedies*). Zní: *Vnitrostátní opravné prostředky znamenají právní opravné prostředky odpovědného státu, které jsou poškozené osobě dosažitelné před soudním či správním soudem nebo orgánem, ať již řádné či mimořádné.* Komise MP se nám snaží poskytnout velmi obecný návod tím, že použila slova jako všechny, dosažitelné, právní, správní, řádné a mimořádné. V případě *Ambatielos*²⁰² arbitrážní tribunál označil, že by v případě posouzení, zda došlo k vyčerpání všech opravných prostředků, měl arbitr brát v úvahu celý systém vnitrostátní právní ochrany. To samozřejmě vždy, aniž by mu tak ukládala např. mezinárodní smlouva²⁰³. Výjimky z tohoto pravidla nastanou pouze v případě, kdy je smlouvou tento požadavek výslovně derogován²⁰⁴.

²⁰²*Ambatielos Claim* (1956) 12 U.N.R.I.A.A. 120

²⁰³Požadavek vyčerpání opravných prostředků je např. zakotven v 1957 European Convention for the Peaceful Settlements of Disputes (Evropské úmluvě o smírném řešení sporů), text UNTS, vol. 320, str. 243

²⁰⁴Tak tomu je např. v článku 11 Úmluvy o mezinárodní odpovědnosti za škody způsobené kosmickými objekty (1972) v M. Potočný, J. Ondřej, *Vybrané dokumenty ke studiu mezinárodního práva veřejného*, sv. IV, Praha 1992 či ve článku 26 Washingtonské úmluvy o řešení investičních sporů mezi státy a příslušníky jiných států (1965) v *International Legal Materials*, Vol. 4 (1965) str. 532 kde se uvádí, že si každý stát může pravidlo vyčerpání opravných prostředků fakultativně vymínit v arbitrážní doložce.

3.3.3.4.1.1. Právní opravné prostředky

Výraz právní opravné prostředky (*legal remedies*) jistě obsahuje soudní opravné prostředky. Cizinec tedy musí vyčerpat všechny dosažitelné soudní opravné prostředky, které vnitrostátní právo odpovědného státu poskytuje. Poškozený musí získat konečné rozhodnutí ve věci²⁰⁵, tedy, pokud právní řád odpovědného státu povoluje odvolání k vyššímu soudu, poškozený musí této možnosti využít (tak je tomu i v situaci, pokud neexistuje právo se odvolat, ale soud má, jak je tomu např. u Nejvyššího soudu Spojených států, volnost uvážení (*discretion*) zda povolit odvolání). V této souvislosti, se pod pojmem soudy skrývají jak soudy řádné, tak soudy speciální²⁰⁶.

Rozhodnutí ve věci *Ambatielos*²⁰⁷, kde arbitrážní komise konstatovala, že poškozený nevyčerpal opravné prostředky tím, že nepředvolal klíčového svědka, bylo velmi kritizované. Komise MP konstatovala, že nehodlá navrhnout články o vyčerpání opravných prostředků na základě tohoto rozhodnutí²⁰⁸ a poznamenala, že by to znamenalo příliš velké zatížení poškozeného. Komise MP se proto přiklonila k názoru vysloveném v případě *ELSI*²⁰⁹, že poškozený musí uvést při vnitrostátním řízení základní argumenty, které potom hodlá předložit před mezinárodním orgánem. Poškozený tedy

²⁰⁵Srov. Čepelka, Šturma, *Mezinárodní právo veřejné*, Eurolex, Praha 2003, kde prof. Šturma na str. 380 uvádí „teprve tím, že ani nejvyšší jurisdikční orgán v zemi (např. ústavní soud) nezměnil již učiněné rozhodnutí, jež řečenému cizineckému právu odporuje, jsou naplněny předpoklady, aby se domovský stát ujal své volnosti (tj. má-li též takový záměr) a ve věci v cizině poškozeného svého příslušníka uplatnil diplomatickou ochranu vůči státu, který svým postupem jeho občana poškodil“.

²⁰⁶Srov. případ *B Schouw Nielsen v. Denmark*, Application No 343/57 (1958-9), 2 Yearbook of the European Convention on Human Rights, str. 412 kde se uvádí, že „the crucial question is not the ordinary or extraordinary character of a legal remedy but whether it gives the possibility of an effective and sufficient means of redress“.

²⁰⁷Viz. *Ambatielos Claim* (1956) 12 U.N.R.I.A.A. str. 120 kde arbitrážní komise uvedla „local remedies include not only reference to the courts and tribunals, but also the use of procedural facilities which municipal law makes available to litigants before such courts and tribunals“.

²⁰⁸Viz. J. R. Dugard, Second Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/514 str. 8

²⁰⁹*Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, 1989 I.C.J. Reports kde na str. 9 MSD uvádí „for an international claim to be admissible, it is sufficient if the essence of the claim has been brought before the competent tribunals and pursued as far as permitted by local law and procedures, and without success“.

musí poskytnout dostatečné důkazy, které jsou mu dostupné a podporují existenci jeho nároku, již při řízení o opravných prostředcích.

Právní opravné prostředky také zahrnují správní remeduru. Poškozená osoba nicméně musí vyčerpat pouze opravné prostředky, které vedou k právně závazným rozhodnutím²¹⁰.

V článku 10 se hovoří o všech dosažitelných opravných prostředcích. Toto znamená, že opravné prostředky musí být pro poškozeného dosažitelné jak v teorii tak praxi. Zde ovšem bude záležet na soudu, aby posoudil v každém konkrétním případě, zda opravné prostředky byly dosažitelné či nikoli.

Problém může nastat v případě, kdy vznikne nesoulad mezi pravidly vnitrostátního práva s mezinárodním právem, konkrétně při absenci vnitrostátních pravidel s mezinárodní úpravou postavení cizinců. Zde dle prof. Šturmy přicházejí v úvahu dvě situace²¹¹. Prvá nastává v momentě, kdy neexistují požadované opravné prostředky, dochází tedy k nesouladu procesního práva, a zde se princip jejich vyčerpání neuplatní. Druhá nastane v případě nesouladu práva materiálního. Zde je nutné zvážit, zda se poškozený má pokusit o jejich bezvýsledné vyčerpání či zda mu tato povinnost odpadá. Pokud je předem zřejmé, že uplatnění opravných prostředků nemůže vést k adekvátní náhradě, nelze na jejich vyčerpání dále trvat²¹².

3.3.4.2. Článek 15

Vnitrostátní opravné prostředky musí být vyčerpány v případech, kdy je nárok z převážné části (*preponderantly*) založen na újmě státního příslušníka. Jinými slovy pravidlo vyčerpání opravných prostředků se použije pouze pokud

²¹⁰Srov. Zpráva Komise pro mezinárodní právo, No. 10 A/59/10, str. 70 „he (rozuměj poškozená osoba) is not required to approach the executive for relief in the exercise of its discretionary powers. Local remedies do not include remedies as of grace or those whose purpose is to obtain a favour and not to vindicate rights. Request for clemency and resort to an ombudsman generally falls into this category“.

²¹¹Viz. Šturma, Vývoj institutu diplomatické ochrany a trendy mezinárodněprávní úpravy ochrany investic, *Právník č. 1* (1991)

²¹²*Ibid.*, jako příklad neexistence materiálního práva zde autor uvádí „je-li předem zřejmé, že veškeré opravné prostředky nemohou vést k úspěchu, zejm. neexistuje-li v rozhodovací hierarchii orgán nadaný pravomocí změnit či „vytvořit“ příslušnou normu či aplikovat to, co mezinárodní právo pro tento účel stanoví, nelze jejich vyčerpáním diplomatickou ochranu podmiňovat“.

stát utrpěl nepřímou újmu (*indirect injury*) prostřednictvím svého příslušníka²¹³. Prof. Šturma uvedl, že „*pravidlo vyčerpání opravných prostředků se pojmově týká jen situací, kdy poškozeným je příslušník jiného státu jakožto soukromá osoba, nikoli tento stát sám, např. osoba vyslance jakožto jeho státního orgánu*“²¹⁴.

Článek 15 zní: *Vnitrostátní opravné prostředky budou vyčerpány tam, kde mezinárodní nárok či žádost o deklaratorní rozhodnutí související s nárokem, jsou vzneseny převážně na základě újmy příslušníka či jiné osoby, vyjmenovaných v článku 8.*

V praxi je někdy obtížné určit, zda je nárok založen na přímé či nepřímé újmě nebo dokonce zda jde o nárok kombinovaný (*mixed claim*), který obsahuje jak újmu způsobenou státu, tak újmu způsobenou jednotlivci. J.Dugard²¹⁵ poukazuje na fakt, že v mnoha sporech vedených před mezinárodními soudy se projevuje fenomén smíšených nároků. Tak např. v případě diplomatického a konzulárního personálu USA v Teheránu²¹⁶ vzniklo přímé porušení povinnosti Iránu chránit americké diplomaty a konzuly a zároveň se stala přímá újma příslušníkům spojených států, kteří byli drženi jako rukojmí. Zde MSD posoudil celou kauzu jako přímé porušení mezinárodního práva. Také v případě Interhandel²¹⁷ vznikl nárok související s přímou újmou Švýcarska v souvislosti s porušením smlouvy a také s nepřímou újmou, která plynula z poškození právnické osoby. Zde ovšem MSD posoudil případ jako převážně založený na nepřímé újmě (je třeba dodat, že MSD zde došel k závěru, že Interhandel nevyčerpal všechny opravné prostředky).

²¹³Toto tvrzení je v souladu s principem vyjádřeným v případě *Mavrommatis Palestine Concession Case*, Greece v UK, 1924 P.C.I.J., Series A, No 2, kde SDMS na str.12 uvádí „by taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own right – its right to ensure, in person of its subjects, respect for the rules of international law“.

²¹⁴Viz. Čepelka, Šturma, *Mezinárodní právo veřejné*, Eurolex, Praha 2003, str. 380

²¹⁵viz. J. R. Dugard, *Second Report on Diplomatic Protection*, A/CN.4/514 str. 10

²¹⁶*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran Case*, 1980 I.C.J. Reports str. 3

²¹⁷*Interhandel Case*, I.C.J. Reports, 1959 str. 6

3.3.4.2.1. „Preponderance“ test

Pro určení, zda je nárok založen na přímé či nepřímé újmě, se Komise MP rozhodla využít tzv. „preponderance“ testu²¹⁸. Podporu pro užití tohoto testu našla Komise MP jak ve věci *Interhandel*²¹⁹ tak v případě *ELSI*²²⁰. Zde MSD odmítl tvrzení Spojených států, že část nároku je založena na porušení smlouvy a pravidlo vyčerpání opravných prostředků se tudíž nepoužije²²¹, neboť poškozeným jsou přímo Spojené státy.

Pokud se před tribunálem objeví případ smíšených nároků, je povinností tohoto tribunálu prozkoumat různé prvky nároku a rozhodnout, který prvek je převažující, zda přímý či nepřímý. Tedy, většinou půjde o přímou újmu tam, kde se spor bude týkat např. diplomatických úředníků, jak tomu bylo v případě diplomatického a konzulárního personálu USA v Teheránu²²² či státního majetku, jak tomu bylo např. v případě Korfského kanálu²²³. Zde došlo ke sporu mezi Velkou Británií a Albánií ohledně odpovědnosti Albánie za škodu a ztrátu na životech způsobené výbuchy min a o případné povinnosti k náhradě. Při průjezdu Korfským kanálem byly britské lodě ostřelovány albánskou armádou. Následně Velká Británie protestovala

²¹⁸Ve své *Second Report on Diplomatic Protection*, A/CN.4/514 J. R. Dugard uvádí ještě další testy, které komise zvažovala „the following tests or factors are most commonly advanced to explain the distinction between direct and indirect claims; preponderance, subject of the dispute, nature of the claim, nature of the remedies and sine qua non test“. Komise MP ve své zprávě No. 10, A/59/10 podrobně rozebírá sine qua non test a uvádí „closely related to the preponderance test is the sine qua non or but for test, which asks whether the claim comprising elements of both direct and indirect injury would have been brought were it not for the claim on behalf of the injured national. If the question is answered negatively, the claim is indirect one nad local remedies must be exhausted“. Ostatní testy jsou spíše faktory, které musí být brány v úvahu „in deciding whether the claim is preponderantly weighted in favour of a direct or an indirect claim whether the claim would not have been brought but for the injury of the national. The principal factors to be considered in making this assessment are the subject of the dispute, the nature of the claim and the remedy claimed“.

²¹⁹I.C.J. Reports, 1959 str. 28 kde MSD tvrdí „although the dispute might contain elements of direct injury, such arguments do not deprive the dispute...of the character of a dispute in which Swiss Government appears to have adopted the cause of its nationals“.

²²⁰I.C.J. Reports, 1989

²²¹Ibid., str. 43 „the Chamber has no doubt that the matter which colours and pervades the United States claim as a whole is the alleged damage to Raytheon and Machlett (United States corporations)“.

²²²*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran Case*, 1980 I.C.J. Reports

²²³*Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, I.C.J. Reports 1949

proti tomuto počínání a domáhala se svobodného průjezdu průlivem podle mezinárodního práva. Albánie naopak tvrdila, že cizí obchodní a vojenské lodě nemají právo projíždět albánskými teritoriálními vodami bez předchozího povolení albánských orgánů. Velká Británie vyslala eskadru válečných lodí, které při průjezdu Korfským kanálem narazily na miny. Mnoho lodí se výbuchy silně poškodilo a došlo i k četným ztrátám na životech.

Kde naopak stát bude žádat např. peněžní náhradu ve prospěch svého občana, půjde o újmu nepřímou a opravné prostředky budou muset být vyčerpány.

Článek 15 jasně stanoví, že žádost o deklaratorní rozhodnutí není osvobozena od pravidla vyčerpání opravných prostředků. V případě, že žádost o deklaratorní rozhodnutí souvisí s mezinárodním nárokem, který se týká újmy státního příslušníka, je možné, že tribunál označí všechny okolnosti případu za převážně vznesené na základě újmy příslušníka²²⁴. Takové rozhodnutí bude spravedlivé např. v případech, kdy existuje dostatečný důkaz o tom, že stát žádá úmyslně deklaratorní rozhodnutí pouze proto, aby se vyhnul pravidlu vyčerpání opravných prostředků²²⁵.

3.3.4.3. Výjimky z pravidla vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků

Není třeba vyčerpat vnitrostátní opravné prostředky tam, kde nejsou k dispozici, kde jsou neefektivní či kde nápravy nelze reálně dosáhnout. Důvod pro tyto výjimky tkví v pravidle, že po poškozeném se nevyžaduje vyčerpat spravedlnost (*exhaust justice*) v cizím státě, pokud zde žádná spravedlnost k vyčerpání není²²⁶.

Komise MP se pokouší postihnout všechny případy, kdy se výše řečené pravidlo uplatní, ve svém článku 16, který zní: *Vnitrostátní opravné prostředky nemusí být vyčerpány pokud: (a) vnitrostátní opravné prostředky neposkytují reálnou možnost efektivní nápravy; (b) odvolací řízení je nepřiměřeně zdlouhavé, a toto je přičítáno odpovědnému státu; (c) neexistuje*

²²⁴Srov. J. R. Dugard, Second Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/514 str. 14

²²⁵Srov. Zpráva Komise pro mezinárodní právo, No. 10, A/59/10 str. 75

²²⁶Srov. *Finnish Ships Arbitration* (1934) 3 U.N.R.I.A.A., str. 1479; srov. také *Ambatielos Claim* 12 U.N.R.I.A.A. 120, 1956 str. 83 či *Interhandel Case*, I.C.J. Reports, 1959 str.6

relevantní souvislost mezi poškozenou osobou a odpovědným státem či okolností případu jiným způsobem zapřičiňují, že vyčerpání opravných prostředků je bezdůvodné; (d) odpovědný stát upustil od požadavku, aby vnitrostátní opravné prostředky byly vyčerpány.

Článek 16 se tedy zabývá výjimkami z pravidla nutnosti vyčerpat vnitrostátní opravné prostředky. Odstavce (a), (b) a (c) jsou jasně formulované okolnosti, za kterých by bylo nespravedlivé a bezdůvodné po poškozené osobě požadovat, aby vyčerpala vnitrostátní opravné prostředky jako nezbytnou podmínku vznesení mezinárodního nároku. Odstavec (d) řeší zcela odlišnou situaci, která nastává v momentě, kdy se odpovědný stát vzdá požadavku, aby vnitrostátní opravné prostředky byly vyčerpány.

3.3.4.3.1. Neefektivnost vnitrostátních opravných prostředků

Komise MP se v čl.16 odstavci (a) zabývala formulací výjimky z pravidla vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků, obecně známé jako bezvyslednost nápravy (*ineffectiveness exception*). Nabízely se jí tři možnosti jak formulovat pravidlo, které by popsalo situaci, za které se vnitrostátní opravné prostředky vyčerpat nemusí²²⁷.

První návrh zněl: Vnitrostátní opravné prostředky nemusí být vyčerpány, pokud tyto jsou evidentně bezvysledné (*obviously futile*). Tuto formulaci použil rozhodce Bagge ve věci *Finnish Ships Arbitration*²²⁸, ovšem tento test byl silně kritizován²²⁹ a nadále nebyl používán²³⁰. Komise MP posoudila test za příliš vysoký.

²²⁷srov. J. R. Dugard, Third Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/523 str. 5

²²⁸*Finnish Ships Arbitration* 3 U.N.R.I.A.A. (1934), str. 1504 „as regards finally the third question, whether the local remedy shall be considered as not effective only where it is obviously futile on the merits of the case which are to be taken into account, to have recourse to the municipal remedy, or whether, as the Finish Government suggest, it is sufficient that such a step only appears to be futile, a certain strictness in construing this rule appears justified by the opinion expressed by Borchard when mentioning the rule applied in prize cases. Borchard says (a.a. §383) in a few prize cases, it has been held that in face of a uniform course of decisions in the highest courts a reversal of the condemnation being hopeless, an appeal was excused but this rule was most strictly construed, and if substantial right of appeal existed, failure to prosecute an appeal operated as a bar to relief“. Tento test byl akceptován i v případě *Ambatielos Claim* 12 U.N.R.I.A.A. 120, 1956.

²²⁹Amerasinghe ve své práci *The Local Remedies Rule in an Appropriate Perspective* z roku 1976 dodává „the real objection, however, to the strict criterion enunciated in the *Finnish Ships Arbitration* would seem to lie in the absence of justification for applying such a strict criterion to the resort by aliens to local remedies when, pragmatically speaking, litigants can in

Druhý návrh zněl: Vnitrostátní opravné prostředky nemusí být vyčerpány, pokud tyto nenabízejí důvodnou možnost úspěchu (*reasonable prospect of success*). Tato formulace byla podpořena Komisí MP v komentáři k čl. 22 Návrhu článků o odpovědnosti států²³¹ ovšem pokud se Komisi MP předchozí formulace zdála příliš striktní, se jeví tato zas jako příliš velkorysá vůči poškozené osobě²³².

Komise MP vybrala tedy formulaci třetí (*vnitrostátní opravné prostředky nemusí být vyčerpány, pokud vnitrostátní opravné prostředky neposkytují reálnou možnost efektivní nápravy*), která se jeví jako nejvhodnější a neznamená ani přílišné zatížení poškozeného (jako *obvious futility test*) ani lehce nepromíjí vyčerpání opravných prostředků jako formulace druhá. Tento test má svůj původ v případě *Norwegian Loans*²³³ a je podporován mnoha odborníky v oblasti mezinárodního práva²³⁴. Co více, existuje celá řada judikátů, které se zabývají okolnostmi, při kterých jsou vnitrostátní opravné prostředky shledány neefektivními.

normal circumstances be expected not to spend time and money exercising available recourse, if it appears reasonably rather than highly probable that they are not likely succeed. The argument in the case of the alien is even more cogent. In this case what is involved is really not a choice between resorting to remedies and completely failing to secure redress by not so resorting, as it is the case with ordinary litigant. It is a choice between resorting to remedies both at the local level and at the international level and not resorting to remedies at the local level while invoking an international remedy which could result in adequate redress".

²³⁰Srov. případ *Elektronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, I.C.J. Reports, 1989

²³¹ILC Articles on State Responsibility, ILC Commentary 2001, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10) kde Komise MP uvádí „from the standpoint of the person with whom that initiative lies, it seems plain that the action to be taken relates to all avenues which offer *real prospect* of still arriving at the result originally aimed at by the international obligation or, if that has really become impossible, an equivalent result. But it seems equally plain that only avenues which offer such prospect should be explored“.

²³²Srov. J. R. Dugard, Third Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/523 str. 12

²³³*Norwegian Loans Case*, I.C.J. Reports, 1957 na str. 39 kde sir Hersch Lauterpacht ve svém *separate opinion* uvádí „after considering the grounds on which it might be doubted that the Norwegian courts could afford any effective remedy...these doubts do not seem strong enough to render inoperative the requirement of previous exhaustion of local remedies. The legal position on the subject cannot be regarded as so abundantly clear as to rule out as a matter of *reasonable possibility of an effective remedy* before the Norwegian courts“.

²³⁴Srov. např. Brownlie, *Principles of Public International Law*, (5th ed., 1998) str. 499 či D.R. Mummery, *The Content of the Duty to Exhaust Local Remedies*, 58 A.J.I.L. (1964) str. 401 kde uvádí „the international tribunal should look not merely at the paper remedy but also at the circumstances surrounding the remedy. If these are instrumental in making an otherwise effective remedy ineffective, and if they are more the outgrowth of the state's activity than that of the claimant, then the remedy must be regarded as ineffective for the purposes of the rule“.

3.3.4.3.1.1. Absence pravomoci rozhodnout spor

Vnitrostátní opravné prostředky nemusí být vyčerpány v případě, kde vnitrostátní soudy nemají pravomoc rozhodnout daný spor²³⁵. Na tuto problematiku nepřímo narazil i SDMS v případě Panavezys-Saldutiskis Railway²³⁶, kde rozhodl, že nebylo prokázáno, že litevské soudy nemají pravomoc řešit spory týkající se státních nařízení, jak tvrdilo Estonsko. Nicméně SDMS zde jasně akceptoval princip, že není potřeba se obrátit na vnitrostátní soudy, pokud tyto nemají pravomoc rozhodnout daný spor a poskytnout remeduru²³⁷.

3.3.4.3.1.2. Vnitrostátní právní předpisy povolující jednání, které je předmětem stížnosti, a toto nebude přezkoumáno soudy

Tato situace může nastat v případě, kdy stát přijme nařízení o konfiskaci majetku cizince, a je předem jasné, že soudy toto nařízení musí bez dalšího přezkoumání vykonat. Pokud oprávněný stěžovatel má reálné důvody domnívat se, že jakákoliv akce v tomto ohledu bude bezvýsledná, nemusí vnitrostátní opravné prostředky vyčerpat²³⁸.

²³⁵Srov. Julianne Kokott, *The Exhaustion of Local Remedies*, ILA London Conference 2000 dále Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* 1915 str. 823 či *Interhandel Case*, I.C.J. Reports, 1959 str. 27 dále srov. případ *Finnish Ships Arbitration* (1934) 3 U.N.R.I.A.A., str.1535 kde soudce Bagge uvádí „local remedies had been exhausted where the disputed issue was a question of fact and the Court of Appeal had competence to decide the question of law only“.

²³⁶*Panavezys-Saldutiskis Railway Case*, P.C.I.J. Series A/B, No. 76, 1939 str. 4

²³⁷*Ibid.*, str. 18

²³⁸Tak tomu bylo v arbitráži podle čl. 181 Treaty of Neuilly, která se zabývala konfiskací lesa dle bulharských zákonů přijatých v roce 1904. Zde rozhodce Undén uvedl „the Ministry of agriculture, in proceeding definitely to confiscate the forests, relied upon the...Bulgarian law of 1904 according to which all the yallaks were to be considered as domains of the State. Considering that this law was not modified so as to admit the application of a special regime in the annexed territories, the claimant had reasons for considering as useless any action before Bulgarian courts against the Bulgarian Treasury“. Srov. též *Interhandel Case*, I.C.J. Reports, 1959 str. 24 či *Ambatielos Claim* 12 U.N.R.I.A.A. 120, 1956 str. 119

3.3.4.3.1.3. Vnitrostátní soudy nejsou nezávislé

Pokud je zřejmé, že vnitrostátní soudy postrádají nezávislost, pravidlo vnitrostátních opravných prostředků se neuplatní. Toto pravidlo vzešlo z případu Roberta E. Browna²³⁹. Zde došlo k situaci, kdy Paul Kruger, prezident Jihoafrické republiky odvolal předsedu Nejvyššího soudu, protože rozhodl ve prospěch pana Browna ohledně určitých těžebních práv. Prezident a Parlament rozhodnutí předsedy Nejvyššího soudu silně kritizovali. Brownovi poradci označili za bezvýznamné pokračovat v řízení ohledně jeho nároku na náhradu škody, protože nově vytvořený Nejvyšší soud byl vůči němu zaujatý a již předem nepřátelský. Mezinárodní tribunál uznal, že v tomto případě by bylo nespravedlivé žádat po panu Brownovi, aby vyčerpал vnitrostátní opravné prostředky²⁴⁰.

3.3.4.3.1.4. Existence souvislé a zavedené linie precedentů, které stojí proti cizinci

Není nutné použít vnitrostátní soudy, pokud by výsledek sporu znamenal opakování již v minulosti vydaného rozhodnutí²⁴¹. Zde je ovšem nezbytné dodat, že pouhá pravděpodobnost nepříznivého rozhodnutí nestačí. Musí zde existovat něco více než pravděpodobnost prohry, ale něco méně než jistota²⁴².

3.3.4.3.1.5. Neexistence vhodné a adekvátní náhrady

Pravidlo vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků se rovněž nepoužije v případě, kdy soudy odpovědného státu nemají kompetenci udělit cizinci vhodnou a adekvátní náhradu²⁴³.

²³⁹Viz. *Robert E. Brown Claim*, U.N.R.I.A.A. 6 (1923)

²⁴⁰Ibid., str. 129 kde tribunál dospěl k závěru, že „the futility counsel was amply justified. It was not necessary to exhaust justice, when there is no justice to exhaust“.

²⁴¹Srov. *Panavezy-Saldutiskis Railway Case*, P.C.I.J. Series A/B, No. 76, 1939 str. 18

²⁴²Srov. C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* 1990 str.196

²⁴³Srov. *Finnish Ships Arbitration* (1934) 3 U.N.R.I.A.A., str. 1496 či Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* 1915 str. 332

3.3.4.3.1.6. Neexistence dostatečného systému právní ochrany

Pokud odpovědný stát nemá adekvátní systém právní ochrany, nebude po poškozeném požadováno, aby vyčerpал vnitrostátní opravné prostředky. Tak tomu bylo v případě *Muskhikiwabo and others v. Barayagwiza*²⁴⁴. Okresní soud Spojených států zde shledal, že nebude brát v úvahu pravidlo vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků v tomto případě, neboť rwandský právní systém byl prakticky nefunkční a tento stav (neschopnost řešit civilní spory) potrvá a v blízké budoucnosti²⁴⁵.

Komentář

Otázka, zda vnitrostátní opravné prostředky poskytují reálnou možnost efektivní nápravy, musí být odpovězena s ohledem na vnitrostátní právo odpovědného státu a okolnosti každého konkrétního případu.

3.3.4.3.2 . Nepřiměřeně zdlouhavé odvolací řízení

Komise MP se rozhodla zařadit tuto výjimku jako samostatný odstavec (b) čl.16 do Návrhu článků o diplomatické ochraně z velmi podstatného důvodu²⁴⁶. Soudní řízení jsou velice často zdlouhavá, a pokud si tedy státy uvědomí, že mohou ztratit výhodu vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků při nepřiměřeném protahování vnitrostátních soudních řízení, povede tato hrozba k urychlení soudního procesu. Komise MP se velmi obávala předepsat přesnou lhůtu k vyřízení sporu, jelikož každý případ musí být posuzován ve světle vlastních okolností²⁴⁷.

²⁴⁴*Muskhikiwabo and others v. Barayagwiza* 107 I.L.R., 1997

²⁴⁵*Ibid.*, str. 460

²⁴⁶Viz. J. R. Dugard, *Third Report on Diplomatic Protection*, A/CN.4/523 str. 37

²⁴⁷Viz. International Law Commission, *Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth session, Supplement No. 10, A/59/10* (2004) str. 78. Srov. také případ *EL Oro Mining and Railway Co.*, *British-Mexican Claims Commission*, 5 U.N.R.I.A.A. na str. 198 kde komise uvádí „the Commission will not attempt to lay down with precision just within what period a tribunal may be expected to render a judgement. This will depend upon several

Výjimka nepřiměřeně zdlouhavého soudního řízení byla uznána také Sedmou mezinárodní konferencí amerických států, která se konala roku 1933 v Montevideu. Americké státy se ovšem shodly, že by měla být interpretována restriktivně a brát v úvahu státní suverenitu. Také čl. 19 odst. 2 Harvardského návrhu úmluvy o mezinárodní odpovědnosti států za újmy způsobené cizincům²⁴⁸ uvádí, že *vnitrostátní opravné prostředky budou uvažovány jako nedostupné pro účely této úmluvy (c) pokud jsou k dispozici pouze nepřiměřeně zdlouhavé opravné prostředky a spravedlnost je nepřiměřeně dlouho odkládána*. Julianne Kokott ve své zprávě²⁴⁹ uvádí bezdůvodně protažované soudní řízení jako výjimku z pravidla vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků. Také některé úmluvy o lidských právech výslovně vylučují pravidlo vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků v případech nepřiměřeně zdlouhavého řízení²⁵⁰.

Tato výjimka z pravidla vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků je podpořena i soudními rozhodnutími²⁵¹. Akademikové obecně podporují tuto výjimku, nicméně se obávají jejího zneužití. Zdůrazňují, že každý případ musí být souzen dle vlastních fakt a okolností²⁵².

circumstances, foremost among them upon the volume of the work involved by a thorough examination of the case, in other words upon the magnitude of the latter".

²⁴⁸1960 Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens

²⁴⁹Viz. Julianne Kokott, *The Exhaustion of Local Remedies*, ILA London Conference 2000. Ve svém návrhu článků o vyčerpání opravných prostředků v souvislosti s výkonem diplomatické ochrany tuto výjimku, na rozdíl od Komise MP neuvádí zvlášť.

²⁵⁰Srov. článek 41 (1) (c) Mezinárodního paktu o občanských a politických právech

²⁵¹ Tak např. v případě *EL Oro Mining and Railway Co.*, British-Mexican Claims Commission, 5 U.N.R.I.A.A. na str. 191 komise uvádí „nine years by far exceeds the time limit of the most liberal allowance that may be made“.

²⁵² Tak např. Amerasinghe, *The Local Remedies Rule in an Appropriate Perspective* (1976) na str. 203 uvádí „the circumstances of each case would certainly be a determining factor. Much would depend on the judicial assessment of the situation of each case... Clearly such matters as the nature of the wrong would be relevant, it being easier, for instance, to prescribe shorter time limits for violations of personal and civil rights than for injuries to property. The nature of the claimant may also be a pertinent factor, injuries to large corporations, which may give rise to more complicated cases than injuries to individual. In the ultimate analysis such considerations can only provide guidelines, there being no hard and fast rules defining undue delays“.

3.3.4.3.3. Neexistence dobrovolného pouta či teritoriální souvislosti mezi poškozeným cizincem a odpovědným státem

Výjimka obsažená v čl.16 odst. (a) se nevztahuje na situace, kdy vnitrostátní opravné prostředky poskytují reálnou možnost efektivní nápravy, ovšem jejich vyčerpání by pro poškozeného cizince znamenalo bezdůvodné a velké těžkosti (*hardship*)²⁵³. V těchto situacích efektivní vnitrostátní opravné prostředky sice existují, ale bylo by nespravedlivé po poškozeném cizinci jejich vyčerpání vyžadovat zejména v případech, kdy se jeho majetek poškodil v důsledku přírodní pohromy způsobené znečištěním ovzduší, radioaktivním spadem či spadlými vesmírnými objekty vypuštěnými státem, ve kterém cizinec nemá svůj majetek, nebo pokud je cizinec na palubě letadla, které je sestřelené státem, jehož vzdušný prostor byl omylem narušen atd. Za těchto situací se po poškozeném cizinci nepožaduje splnit pravidlo vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků z důvodu neexistence dobrovolného pouta či teritoriální souvislosti mezi ním a odpovědným státem.

Zastánci této výjimky poukazují na fakt, že charakter diplomatické ochrany a princip vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků prodělaly velké změny. Dříve se diplomatická ochrana uplatňovala v situacích, kdy cizí státní příslušník podnikající v cizím státě utrpěl újmu, která je přičitatelná tomuto státu. Dnes může jednotlivec utrpět újmu, která je přičitatelná cizímu státu, ovšem tato se může stát mimo jeho státní hranice (zde jako příklad mohu uvést výbuch jaderné elektrárny v Černobylu, který způsobil radioaktivní spad od Japonska po Skandinávii) nebo v případech, kdy se cizinec nachází na území tohoto státu, ovšem bez jakýchkoli souvislostí k tomuto území (k tomuto může dojít např. při sestřelení letadla, které se omylem dostalo do cizího vzdušného prostoru).

Prakticky ve všech případech, ve kterých bylo požadováno vyčerpat vnitrostátní opravné prostředky, existovalo nějaké dobrovolné pouto mezi poškozeným cizincem a odpovědným státem. Šlo např. o Dobrovolný fyzický dočasný nebo permanentní pobyt, vlastnictví či smluvní vztah s odpovědným státem²⁵⁴.

²⁵³Srov. Zpráva Komise pro mezinárodní právo, No. 10, A/59/10 str.79

²⁵⁴Srov. C.F. Amerasinghe, *Local remedies in International Law* (2004) str. 169 či T. Meron, *The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies*, 35 B.Y.I.L. (1956) str. 83 kde

Z výše zmíněného vyplývá, že pouze pokud se cizinec dobrovolně podrobí jurisdikci odpovědného státu, bude muset splnit požadavek vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků. Komise MP tuto výjimku formulovala ve svém čl.16 odstavci (c) takto: *Vnitrostátní opravné prostředky nemusí být vyčerpány pokud neexistuje relevantní souvislost mezi poškozenou osobou a odpovědným státem či okolností případu jiným způsobem zapříčiňují, že vyčerpání opravných prostředků je bezdůvodné.*

Nicméně, jak soudní rozhodnutí tak praxe států ohledně požadavku dobrovolného vztahu mezi poškozeným cizincem a odpovědným státem není jednotná. Podporu pro výjimku neexistence dobrovolného pouta či teritoriální souvislosti mezi poškozeným cizincem a odpovědným státem z pravidla vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků můžeme najít v případech *Interhandel*²⁵⁵ či *Salem*²⁵⁶. Oponenti této výjimky naopak poukazují na případy *ELSI*²⁵⁷ či *Finnish Ships Arbitration*²⁵⁸, kde vnitrostátní opravné prostředky musely být vyčerpány, aniž by existovala užší souvislost mezi poškozenými osobami a odpovědným státem²⁵⁹. Zde je nutné poukázat na nesprávnost takovýchto tvrzení, neboť v obou případech existovala určitá souvislost ať již v podobě smluvního vztahu, jak tomu bylo v případě *ELSI*, tak v podobě fyzické přítomnosti v případě *Finnish Ships Arbitration*.

uvádí „It is possible to find the broadest formulations of the rule of local remedies, an examination of the precedents reveals the following common basis of facts: In all of them the injured alien has voluntarily established, or may be deemed to have established, either expressly or impliedly, a link with the State whose actions are impugned. Such a link could be established in a variety of ways which it is not necessary to enumerate here exhaustively. It will suffice to refer to the more common examples. These include cases in which an alien resides, either permanently or temporarily, in the territory of the respondent State, engages there in business, owns there property or enters into contractual relations with the Government of that State. It appears that in all the reported cases, which are relevant to the rule of local remedies and in which it was considered necessary that the allegedly wrongdoing State should in the first place be given an opportunity to redress the alleged wrong by means furnished by its own courts, a link of this character did in fact exist“.

²⁵⁵*Interhandel Case*, I.C.J. Reports, 1959 kde na str. 27 MSD uvádí „it has been considered necessary that the State where the violation accrued should also have an opportunity to redress it by its own means“.

²⁵⁶*Salem Case*, 2 U.N.R.I.A.A. (1932) kde arbitrážní tribunál na str. 1202 uvádí „as a rule, a foreigner must acknowledge as applicable to himself the kind of justice instituted in the country in which he did choose his residence“.

²⁵⁷*Elektronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, I.C.J. Reports, 1989

²⁵⁸*Finnish Ships Arbitration* (1934) 3 U.N.R.I.A.A.

²⁵⁹Srov. J. R. Dugard, Third Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/523 str.29

Harvardský návrh úmluvy o mezinárodní odpovědnosti států za újmy způsobené cizincům z roku 1960 nezahrnul do svého čl. 19 požadavek dobrovolného pouta či teritoriální souvislosti mezi poškozeným cizincem a odpovědným státem²⁶⁰. Také Komise MP při projednávání čl.22 Návrhu článků o odpovědnosti států²⁶¹ odmítla připustit, že vnitrostátní opravné prostředky nemusí být vyčerpány v případě neexistence dobrovolného pouta či teritoriální souvislosti mezi poškozeným cizincem a odpovědným státem.

Komise MP při formulování článků zaujala jiný postoj. Domnívala se, že je nezbytné vyčlenit tuto výjimku do samostatného odstavce²⁶². Nepoužila zde formulaci dobrovolného pouta (*voluntary link*), která zdůrazňuje subjektivní úmysl poškozeného cizince, ale nahradila ji výrazem relevantní souvislost, která znamená určitý objektivní vztah mezi poškozeným cizincem a odpovědným státem a musí souviset se vzniklou újmou. Druhá část čl. 16 odst. (c) dává možnost tribunálu, aby neuplatnil pravidlo vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků ve všech situacích, kdy okolnosti případu jiným způsobem zapřičiňují, že vyčerpání opravných prostředků je bezdůvodné. Každý případ musí být samozřejmě i zde zvažován dle vlastních okolností a není možné vyjmenovat všechny situace, které spadají pod danou výjimku.

²⁶⁰Sohn a Baxter ovšem ve svém komentáři k Harvardskému návrhu úmluvy o mezinárodní odpovědnosti států za újmy způsobené cizincům z roku 1960, citovaném v M.M. Whiteman, *Digest of International Law* (1968) vol. 1 na str.794 výslovně stanoví, že navržená úmluva „had not adopted the view that the exhaustion of local remedies should be dispensed with when the requirement would cause hardship to the claimant...Recourse to local remedies may be burdensome when the injured alien has no real connection with the State which is responsible for the injury, as in the case in which the alien is merely passing through the territory of the state concerned. If he is to make effective use of local remedies, he may have to travel a great distance from his place of residence to the State in which the injury took place. Although such an exception to the usual rule might be desirable, it finds no support in the decided cases“.

²⁶¹ILC Articles on State Responsibility, ILC Commentary 2001, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10) kde na str. 40 Komise MP uvedla, že jak praxe států tak soudní rozhodnutí neposkytují „any explicit statement of position concerning the applicability or non-applicability of the condition of the exhaustion of local remedies to cases in which injury to foreign individuals or to their property has been caused outside the territory of the state“. A na str. 38 dodala „it is therefore best to leave the problem of the applicability of the principle of the exhaustion of local remedies to cases of injury caused by State to aliens outside its territory, and to similar cases, to be solved by State practice according to the best criteria available“.

²⁶²Srov. Zpráva Komise pro mezinárodní právo, No. 10, A/59/10 str.81

Jakýsi návod předkládá J. R. Dugard ve své třetí zprávě o diplomatické ochraně²⁶³. Domnívá se, že by bylo velmi nespravedlivé po poškozené osobě požadovat vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků v případech: (a) kdy se její majetek poškodil v důsledku přírodní pohromy způsobené znečištěním ovzduší, radioaktivním spadem či vesmírnými objekty vyrobenými člověkem; (b) pokud se nacházela na palubě letadla, které je sestřeleno státem, jehož vzdušný prostor byl omylem narušen; (c) pokud dojde k usmrcení občana státu A vojákem státu B, který zaujal pozici na území státu A; (d) přeshraničního únosu cizího občana z jeho domovského či třetího státu agentem státu odpovědného z únosu.

Komentář

Ve většině těchto případů půjde kromě újmy jednotlivce také o přímou újmu státu. Pokud budeme důsledně uplatňovat *preponderance test*, který je obsažen v čl. 15, pravidlo vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků se zde nepoužije.

3.3.4.3.4. Vzdání se výhody vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků

V určitých případech jsou státy ochotny upustit od pravidla vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků²⁶⁴. Jelikož toto pravidlo chrání zájem státu obviněného z protiprávního zacházení s cizincem, může se odpovědný stát vzdát dané ochrany²⁶⁵.

²⁶³Viz. J. R. Dugard, Third Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/523 str.32

²⁶⁴Existuje mnoho důvodů, proč by se stát mohl takto rozhodnout. Stát se může např. domnívat, že když upustí od pravidla vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků ušetří čas i peníze. Srov. C.F. Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens* (1967), str. 207

²⁶⁵V případě *Government of Costa Rica Case*, 67 I.L.R. (1984) na str. 578 Inter American Court of Human Rights uvádí „in cases of this type, under the generally recognized principles of international law and international practice, the rule which requires the prior exhaustion of domestic remedies is designed for the benefit of the State, for that rule seeks to excuse the State from having to respond to charges before an international body for acts which have been imputed to it before it has had the opportunity to remedy them internal means. The requirement is thus considered a means of defence and, as such, waivable, even tacitly“.

Komise MP tuto výjimku zahrnula do článku 16 odst. (d) který zní: *Vnitrostátní opravné prostředky nemusí být vyčerpány pokud (d) odpovědný stát upustil od požadavku, aby vnitrostátní opravné prostředky byly vyčerpány.*

Vzdání se pravidla vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků může být uskutečněno v různých formách. Děje se tak v bilaterálních či multilaterálních smlouvách, které se uzavírají jak před tak při vzniku sporu. Je také možné uzavřít smlouvu mezi cizincem a odpovědným státem. Upustit od pravidla vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků jde výslovně i mlčky, případně se toto může dovodit z chování odpovědného státu za podmínek překážky uplatnění žalobního nároku (*estoppel*)²⁶⁶.

3.3.4.3.4.1. Výslovné vzdání se práva (expressed waiver)

Výslovné vzdání se pravidla vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků může být obsaženo v ad hoc rozhodčí smlouvě uzavřené k vyřešení již probíhajícího sporu či v obecné úmluvě, která stanoví, že spory vzniklé v budoucnu budou řešeny arbitráží nebo jiným způsobem mezinárodního řešení sporů. Toto může být obsaženo i ve smlouvě mezi cizincem a odpovědným státem. Obecně panuje shoda, že takto výslovně uvedené vzdání se pravidla vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků je platné²⁶⁷. Vzdání se práva je obvyklým rysem současné praxe států²⁶⁸ a je obsaženo v četných rozhodčích smlouvách. Panuje obecná shoda, že výslovné vzdání se práva je neodvolatelné, a to i v případě, že se smlouva řídí právním řádem hostitelského státu²⁶⁹.

²⁶⁶Srov. J. R. Dugard, Third Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/523 str.19

²⁶⁷Srov. C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (1990) str. 251

²⁶⁸Velmi známým příkladem je čl.26 Convention on the Settlement of Investment Disputes, 575 UN Treaty Series Úmluvy o řešení sporů z investic, který uvádí „consent of the parties to arbitration under its Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under its Convention“.

²⁶⁹Srov. C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (1990) str.253

3.3.4.3.4.2. Konkludentní vzdání se práva (*implied waiver*)

Konkludentní vzdání se pravidla vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků nemusí být vždy přesvědčivé a může tak vést k nejasnostem²⁷⁰. Lze říci, že díky těmto nepřesnostem existují četné předsudky proti uznání konkludentního vzdání se práva²⁷¹.

Pokud je ovšem úmysl stran vzdát se práva jednoznačný a jasný, tento musí být akceptován a proveden. Neexistuje přesné pravidlo, kdy vzdání se práva může být uskutečněno konkludentně. Každý případ musí být řešen ve světle používaného jazyka smluv, okolností jejich přijetí a zamýšlených následků stran²⁷². Pokud ovšem odpovědný stát souhlasí předložit spor, který může v budoucnu nastat rozhodčímu orgánu, neznámá to ještě, že se vzdal práva na vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků²⁷³.

3.3.5. Ostatní ustanovení

Pravidla mezinárodního obyčejového práva o diplomatické ochraně, která se vyvíjela po několik století, a současné principy mezinárodní ochrany lidských práv se vzájemně doplňují. Slouží společnému účelu – ochraně lidských práv²⁷⁴. Předkládané články o diplomatické ochraně se nesnaží

²⁷⁰V případě *Eletronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, I.C.J. Reports, 1989 na str. 42 MSD v této souvislosti uvedl „unable to accept that an important principle of customary international law should be held to have been tacitly dispensed with, in the absence of any words making clear an intention to do so „:

²⁷¹Srov. Georg Schwanzenberg, *International Law*, vol. I, 3rd ed. (1957) str. 619 kde uvádí „in such a situation of uncertainty it is necessary to give due weight to three relevant presumptions: the presumption against any implicit waiver of rights, and those in favour of the minimum restriction of sovereignty and the interpretation of treaties against the background of international customary law. All three weigh the scales against any implied waiver of the local remedies rule“. Srov. též případ *Eletronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, I.C.J. Reports, 1989 na str.15

²⁷²Srov. F. V. García Amador, First Report on State Responsibility, A/CN.4/96 str. 204 kde uvádí „to determine whether the particular dispute is included among those covered by the arbitration agreement and, if so, whether that agreement meant, explicitly or implicitly, to waive the application of the local remedies rule in those disputes. In other words, the application of local remedies rule will necessarily depend not only on the purpose and scope of the agreement, but also on the circumstances of each particular case“.

²⁷³Srov. F.A. Mann, *State Contracts and International Arbitration*, 42 B.Y.I.L. (1967) str. 1

²⁷⁴Srov. First Report of the Special Rapporteur on Diplomatic Protection, UN Doc. A/CN.4/506 (2000) str. 22

ovládnout tuto oblast a zastínit právo států (rozuměj jak státu příslušnosti osoby, které se stala újma tak jakéhokoli jiného státu) chránit jednotlivce dle mezinárodního obyčejového práva, bilaterálních či multilaterálních smluv.

3.3.5.1. Jednání či postupy jiné než diplomatická ochrana

Komise MP proto přijala čl. 17, který zní: *Navržené články se předkládají, aniž by byla dotčena práva států, fyzických osob nebo jiných subjektů uskutečnit dle mezinárodního práva jednání či postupy jiné než diplomatická ochrana, které zajistí nápravu utrpěné újmy vzniklé jako důsledek porušení mezinárodního práva.*

Navržené články tedy nezamýšlejí zasahovat do práv států, fyzických osob či jiných subjektů (např. právnických osob, nevládních organizací, univerzit, samosprávných celků atd.) použít jednání či postupy jiné než diplomatická ochrana a slučitelné s mezinárodním právem k dosažení nápravy vzniklé újmy. Podle Mezinárodního paktu o občanských a politických právech²⁷⁵, Mezinárodní úmluvy o odstranění všech forem rasové diskriminace²⁷⁶, Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod²⁷⁷ či Úmluvy proti mučení a jinému krutému, nelidskému či ponižujícímu zacházení nebo trestání²⁷⁸ může stát chránit jak své příslušníky tak poškozeného cizince proti státu jeho příslušnosti či proti třetímu státu v rámci mezistátních stížností (*inter-State proceedings*). Mezinárodní obyčejové právo poskytuje státu možnost chránit cizího státního příslušníka také přímým diplomatickým jednáním (*negotiation*), kde si státy navzájem předkládají požadavky o sporné věci a pokoušejí se najít vhodné a přijatelné řešení, mezinárodním protestem či v rámci soudního řešení sporů, pokud existuje patřičný institucionální rámec²⁷⁹. Tento postoj zopakovala Komise

²⁷⁵Srov. čl. 41 International Covenant on civil and Political Rights United Nations Treaty Series, vol. 999 str. 171, Český překlad v J. Ondřej, M. Potočný, *Obecné mezinárodní právo v dokumentech*, 2. vydání, (2000) str. 60

²⁷⁶Český překlad v V. Adamus, *Mezinárodní dokumenty o lidských právech* (2000) str. 256

²⁷⁷*Ibid.*, str.376

²⁷⁸*Ibid.*, str. 164

²⁷⁹V případě *South West Africa, Second Phase*, I.C.J. Reports, 1966 na str. 6 MSD poukazuje na skutečnost, že „if State might not bring a legal proceedings to protect rights of non-nationals is today seen as bad law“.

MP ve svém komentáři k Návrhu článků o odpovědnosti států²⁸⁰ a navíc v čl. 48 povolila státu jinému, než který utrpěl újmu, aby se dovolal odpovědnosti povinného státu, pokud závazek, který byl porušen, dopadá na celé mezinárodní společenství a vznikl za účelem ochrany společného zájmu²⁸¹.

Dnes je jedinec dokonce nadán vlastním procesním právem vznést nárok ohledně porušení jeho lidských práv přímo před ESLP, Výborem OSN pro lidská práva či Meziamerickým soudem pro lidská práva. MSD v případě *La Grand*²⁸² rozhodl, že čl. 36 Vídeňské úmluvy o diplomatických stycích²⁸³ zakládá právo jedince, které na základě čl. 1 Opčního protokolu k Mezinárodnímu paktu o občanských a politických právech²⁸⁴ může být uplatněno před MSD státem příslušnosti zadržované osoby.

Jednání či postupy jiné než diplomatická ochrana zajišťující nápravu utrpěné újmy vzniklé jako důsledek porušení mezinárodního práva o kterých hovoří čl. 17, se mohou uskutečnit na základě universálních úmluv, regionálních úmluv, popřípadě mnoha dalších např. úmluv z investic.

Je třeba dodat, že pokud stát využije nastíněná jednání, nevzdává se tím práva na výkon diplomatické ochrany ve prospěch osoby, která je jeho státním příslušníkem²⁸⁵.

3.3.5.2. Zvláštní smluvní ustanovení

Zahraniční investice jsou obvykle regulovány a chráněny dvoustrannými dohodami o podpoře a ochraně investic (dále jen BIT's)²⁸⁶.

²⁸⁰Viz. ILC Commentary 2001, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10)

²⁸¹Ibid. Komentář k článku 48

²⁸²*La Grand (Germany v. United States of America)*, Merits, I.C.J. Reports, 2001

²⁸³Český překlad v J. Ondřej, M. Potočný, *Obecné mezinárodní právo v dokumentech*, 2. vydání, (2000) str.166

²⁸⁴Český překlad v V. Adamus, *Mezinárodní dokumenty o lidských právech* (2000) str. 86

²⁸⁵Srov. případ *Selmouni v. France*, Application No. 25803/94 judgement of 28 July 1999, ECHR str. 149 zde se Holandsko snažilo „intervened in support of a national's individual complaint against France before the European Court of Human Rights. This did not preclude the Netherlands from making a claim in the exercise of diplomatic protection on behalf of the injured individual – had it chose to do so“.

Jejich počet rychle narůstá a dnes existuje přibližně 2000 takových smluv. Jejich důležitým znakem je způsob řešení sporů z investic. Některé BIT's přímo odkazují na řešení sporů z investic mezi investorem a hostitelským státem před ad hoc tribunálem či ICSID založeným Washingtonskou úmluvou o řešení investičních sporů mezi státy a příslušníky jiných států²⁸⁷. Jiné upřednostňují řešit spory z investic arbitráží mezi státem příslušnosti investora (většinou půjde o akciovou společnost či samotného akcionáře) a hostitelským státem, která osvětlí interpretaci a aplikaci relevantních ustanovení BIT's.

Řešení sporů z investic před ICSID a dle postupů obsažených v BIT's nabízí oproti systému diplomatické ochrany založeném na mezinárodním obyčeji, pro investora velké výhody. Znamenají totiž jeho přístup k mezinárodním arbitrážím, kterým se vyhne nepředvídatelnosti výkonu diplomatické ochrany jakožto volnostního práva státu často podléhajícímu politickým vlivům. Pokud státy uplatní takovéto řešení sporů z investic, znamená to většinou vyloučení souběžného výkonu diplomatické ochrany²⁸⁸.

Komise MP proto ve svém článku 18 uvádí: *Navržené články se nepoužijí v případech, kdy jsou v nesouladu se zvláštními smluvními ustanoveními o řešení sporů mezi státy a akciovými společnostmi nebo akcionáři těchto společností.*

Článek 18 jasně stanoví, že navržené články se neaplikují v případech, kdy bilaterální či multilaterální dohody obsahují či odkazují na alternativní způsoby ochrany zahraničních investorů a články o diplomatické ochraně jsou s nimi v rozporu. Pokud ovšem navržené články jsou naopak v souladu s ustanoveními BIT's, tyto se použijí.

²⁸⁶Toto bylo zdůrazněno v případě *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited Case*, I.C.J. Reports, 1970 na str. 3 a 47

²⁸⁷1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other State United, Nations Treaty Series, vol. 575, str. 159

²⁸⁸Srov. čl. 27 odst. 1 Washingtonské úmluvy o řešení investičních sporů mezi státy a příslušníky jiných států (1965) který zní „no contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute“.

3.3.5.3. Posádky plavidel

Získání státní příslušnosti plavidla je jedním z důležitých způsobů udržování veřejného pořádku na moři. Státy obvykle udělují lodím svoji příslušnost na základě registrace a přidělením práva plout pod jejich vlajkou. Čl. 91 odst. 1 Úmluvy Organizace spojených národů o mořském právu²⁸⁹ z prosince roku 1982 uvádí, že *každý stát stanoví podmínky pro udělení své státní příslušnosti lodím, pro registraci lodí na svém území a pro právo plout pod jeho vlajkou. Lodi mají státní příslušnost toho státu, pod jehož vlajkou jsou oprávněny plout, musí zde však být skutečné pouto mezi státem a lodí.*

Tento článek nejspíše vychází z případu *Nottebohm*²⁹⁰ a požaduje zde vyslovený požadavek efektivitý státoobčanského pouta (*genuine link*) mezi státem a plavidlem. Tento požadavek je v praxi jen málokdy dodržován. Situace je dnes taková, že udělení práva plout pod vlajkou státu většinou nepředstavuje nějaký užší vztah mezi plavidlem a tímto státem. Důvod nacházím v globalizaci mezinárodního obchodu a snaze o menší daňové zatížení. Platí tedy, že plavidlo pluje pod vlajkou státu své příslušnosti a ten se může domáhat nápravy škody na tomto plavidle utrpěné. Stát tedy může vykonat diplomatickou ochranu ve prospěch plavidla, neboť podmínka státní příslušnosti je splněna. Diplomatickou ochranu může vykonat i ve prospěch členů posádky kteří jsou jeho státními příslušníky, pokud utrpí újmu. Je ovšem otázkou, zda tento stát může vykonat diplomatickou ochranu i ve prospěch členů posádky, kteří nejsou jeho státními příslušníky.

Jak bylo výše řečeno, obecně lze diplomatickou ochranu vykonat pouze ve prospěch státního příslušníka. Jen výjimečně tato může být vykonána ve prospěch cizích státních příslušníků²⁹¹. Není jednoznačné, zda výkon diplomatické ochrany ve prospěch cizího námořníka spadá pod tyto výjimky. V praxi ovšem převládá názor souhlasný.

Vodítkem je zejména postup Spojených států, které poskytují ochranu členům posádky svých plavidel bez ohledu na jejich státní příslušnost, na základě jednoduchého pravidla: pokud námořník jednou narukuje na plavidlo, jedinou relevantní příslušností se stane příslušnost státu, pod kterého vlajkou

²⁸⁹ 1982 UN Convention on the Law of the Sea, United Nations Treaty Series, vol. 1833

²⁹⁰ *Nottebohm Case*, I.C.J. Reports, 1955

²⁹¹ *Srov. Reparation for Injuries Suffered in the Service of United Nations Case*, I.C.J.

plavidlo pluje²⁹². Existují ovšem pochyby, zda tato praxe zakládá důkaz mezinárodního právního obyčeje.

Také většina mezinárodních případů podporuje výkon diplomatické ochrany ve prospěch členů posádky, kteří nejsou příslušníky chránícího státu. Ve věci *I am Alone*²⁹³ došlo k potopení kanadského plavidla americkou pobřežní strážní lodí. Kanadská vláda úspěšně nárokovala náhradu škody ve prospěch tří členů posádky potopené lodi, kteří nebyli americkými občany. Tvrdila, že v případě vznesení nároku, který se týká poškození plavidla, členové posádky jsou pro účel nároku považováni za nositele stejné státní příslušnosti, jakou má plavidlo.

Dalším případem, který podpořil výkon diplomatické ochrany ve prospěch členů posádky, kteří nejsou příslušníky chránícího státu, je *M/V Saiga No.2*²⁹⁴. Guinea zadržela a držela v zajetí plavidlo Saigu, které dodávalo naftu do rybářských lodí u břehů Guiney. Saiga byla registrována ve Sv. Vincentu a její kapitán a posádka měli ukrajinské občanství. Na palubě byli ještě tři senegalští dělníci. V řízení před tribunálem Guinea odmítala přípustnost nároku vzneseném Sv. Vincentem mezi jiným i proto, že členové posádky neměli státní příslušnost Sv. Vincenta. Tribunál odmítl tuto námitku a rozhodl, že Guinea porušila právo Sv. Vincenta tím, že zabavila loď a zadržela její posádku. Tribunál uvedl, že Úmluva Organizace spojených národů o mořském právu²⁹⁵ v mnoha ustanoveních (např. ve čl. 292) nerozlišuje mezi státními příslušníky a cizinci²⁹⁶. Tribunál dále poukázal na fakt, že v současné době jsou členové posádky plavidel různých národností a na lodi nezůstávají dlouho. Pokud by každá poškozená osoba musela žádat o ochranu stát své příslušnosti, vznikly by velké nepříjemnosti²⁹⁷. Je tedy mnohem jednodušší a praktičtější, aby jeden stát vykonával diplomatickou ochranu ve prospěch členů posádky.

²⁹²Srov případ *Ross v. McIntyre*, 140 U.S., 1891, str. 453

²⁹³*I am Alone Case*, 29 A.J.I.L., 1935 str. 326

²⁹⁴*Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea*, Judgement, ITLOS Reports 1999 str. 10

²⁹⁵1982 UN Convention on the Law of the Sea, United Nations Treaty Series, vol. 1833, str. 3

²⁹⁶Srov. *Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea*, Judgement, ITLOS Reports 1999 kde na str. 105 tribunál dále uvedl „the ship, every thing on it, and every person involved or interested in its operations are treated as an entity linked to the flag State. The nationalities of these persons are not relevant“.

²⁹⁷*Ibid.*, str. 106

Komise MP ve svém článku 19 formulovala výkon diplomatické ochrany ve prospěch členů posádky takto: *Právo státu příslušnosti členů posádky plavidla vykonat diplomatickou ochranu v jejich prospěch není dotčeno právem požadovat náhradu ve prospěch těchto osob bez ohledu na jejich příslušnost státem příslušnosti plavidla, pokud utrpí újmu z důvodu poškození plavidla, a to pramení z porušení pravidel mezinárodního práva.*

Účelem tohoto článku je potvrdit právo státu či států příslušnosti členů posádky na výkon diplomatické ochrany v jejich prospěch a současně přiznat právo státu příslušnosti plavidla požadovat náhradu ve prospěch těchto osob bez ohledu na jejich příslušnost, pokud utrpěly újmu z důvodu poškození plavidla, které pramení z porušení pravidel mezinárodního práva.

Komentář

Ochrana členů posádky lodi je nezbytná. Často jsou vystavováni velkým těžkostem ze strany státu příslušnosti plavidla i třetích států (jde např. o špatné pracovní podmínky). Za těchto okolností by měli obdržet maximální ochranu, kterou má mezinárodní právo k dispozici.

Právo státu příslušnosti plavidla požadovat náhradu ve prospěch členů posádky, kteří nejsou jeho příslušníky, ovšem nemůže být klasifikováno jako výkon diplomatické ochrany. Chybí zde podstatná podmínka diplomatické ochrany a tou je existence státoobčanského pouta mezi poškozenou osobou a státem, který hodlá diplomatickou ochranu vykonat. Komise MP se domnívá, že zde ovšem nejde o nahrazení diplomatické ochrany²⁹⁸.

²⁹⁸Viz. International Law Commission, Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth session, Supplement No. 10, A/59/10 (2004) str. 93

KAPITOLA 4

DIPLOMATICKÁ OCHRANA DNES

V současném mezinárodním právu státy ztratily svoji výhradní pozici²⁹⁹. Jedinci mají přímý přístup k některým mezinárodním orgánům. Zdá se, že diplomatická ochrana může přijít v úvahu pouze v případě, kdy neexistují mezinárodní mechanismy přímo přístupné jedinci. Mezinárodní právo ochrany lidských práv a zahraničních investic založilo moderní systémy kontroly a ochrany, které jsou schopné alespoň částečně nahradit tradiční institut diplomatické ochrany. V této kapitole popíši události a vysvětlím změny v mezinárodním právu, které způsobily pokles významu diplomatické ochrany.

1. DIPLOMATICKÁ OCHRANA A MEZINÁRODNÍ OCHRANA LIDSKÝCH PRÁV

Všechna práva vznikají za určité politické situace³⁰⁰, nevyvíjejí se v prázdnotě. Pojem lidských práv poprvé použila přirozenoprávní škola, která ho označila jako soubor práv a svobod náležejících každé bytosti. Každý jedinec má svá přirozená a nezadatelná práva jako člověk a občan. Rozsah těchto práv je ovšem ve skutečnosti určován hospodářským a civilizačním stupněm rozvoje státu. Státy měly původně v zacházení s obyvatelstvem volnost, která byla omezena jen ve dvou směrech. Minimálním cizineckým standardem, jak bylo vysvětleno v kapitole 1, pokud šlo o cizince, a zásadou humanity³⁰¹, pokud šlo o vlastní občany.

Vývoj ochrany lidských práv zásadně ovlivnily obě světové války, které byly 20. století osudové. Idea ochrany lidských práv, jak ji používáme dnes, se vlastně objevila po pádu nacistického režimu. Po skončení druhé světové války byl svět poněkud zjednodušen. Existoval omezený okruh států

²⁹⁹Srov. Orrego Vincuña, *The Changing Law of Nationality of Claims*, ILA London Conference (2000) str. 1

³⁰⁰Pro hlubší polemiku srov. Eugene Kamenka, *Human Rights, People's Rights at the Rights of People*, 1998 str. 127

³⁰¹Srov. Miroslav Potočný, *Mezinárodní právo veřejné, Zvláštní část, 2. vydání* 1996 str. 57

s reálným vlivem, které byly svázány společnými závazky a smlouvami. Tyto státy měly děsivé a velmi emoční válečné zkušenosti. Byly svědky hrubého a brutálního porušování lidských práv v hitlerovském Německu. Převládal jasný názor, že respektování lidských práv je úzce spojeno s udržováním světového míru a bezpečnosti a mírové uspořádání světového společenství se dá docílit pouze se zárukou lidských práv a respektem k těmto hodnotám.

Vítězné státy se na jednu stranu snažily vést k odpovědnosti a potrestat ty, kteří byli zodpovědní za nelidské a ponižující zacházení s obyvateli během války a na druhou stranu se začaly soustřeďovat na spolupráci v oblasti ochrany lidských práv a definování společných cílů a zájmů³⁰².

1.1. Mezinárodní ochrana lidských práv

První krok ke kodifikaci lidských práv se stal v roce 1945 přijetím Charty OSN, která učinila zachovávání lidských práv a spolupráci při jejich ochraně hlavním cílem nově vytvořené Organizace spojených národů. Ve své preambuli prohlašuje *odhodlání uchránit potomky od válek, které přinášejí lidstvu nevýslovné strasti, a vyhláší víru v základní lidská práva, důstojnost a hodnotu lidské osobnosti stejně jako rovná práva mužů i žen a národů velikých i malých.*

Prohlášení lidských práv v Chartě znamenalo konec exkluzivity států v jurisdikci nad obyvateli a role společnosti se začala měnit v ochranu jedince. Ve čl. 1 odst. 3 se členové OSN zavázali *k uskutečňování mezinárodní součinnosti podporováním a posilováním úcty k lidským právům a základním svobodám pro všechny bez rozdílu rasy, pohlaví, jazyka a náboženství.*

Ustanovení Charty o ochraně lidských práv byla jen rámcová a bylo nutné je dále rozvíjet, konkretizovat a kodifikovat v mezinárodních úmluvách a deklaracích Valného shromáždění OSN.

Dalším, ještě důležitějším krokem bylo schválení Všeobecné deklarace lidských práv³⁰³ v prosinci roku 1948. Od této doby vzniká v mezinárodním právu velké hnutí ochrany lidských práv. Všeobecná deklarace lidských práv

³⁰²Srov. A. Cassese, *International Law*, Oxford University Press 2001, str. 350

³⁰³Universal Declaration of Human Rights, Doc. OSN A/RES/217/III A nebo V. Adamus, *Mezinárodní dokumenty o lidských právech*, Praha 2000 str. 27

reprezentovala globální standard lidských práv pro všechny státy (podle své preambule znamená společný cíl pro všechny národy a státy). Každý (jednotlivec i orgány společnosti) se má snažit, *aby vyučováním a výchovou rozšířil úctu k těmto právům a svobodám a zajistil postupnými opatřeními vnitrostátními i mezinárodními jejich všeobecné a účinné uznávání jak mezi lidem členských států samých, tak i mezi lidem území, jež jsou pod jejich pravomocí.* Všeobecná deklarace lidských práv obsahuje 30 článků, ve kterých stanoví princip volnosti, rovnosti a bratrství, zákazu diskriminace, mučení, otroctví a obchodu s otroky, práva na život a svobodu apod. Tato práva a svobody mohou být omezena *pouze zákony takové povahy, které mají zajistit uznání a zachovávání práv a svobod ostatních a vyhovět spravedlivým požadavkům morálky, veřejného a obecného blaha v demokratické společnosti.*

Ustanovení Všeobecné deklarace lidských práv v době přijetí nebyla právně závazná, měla pouze doporučující povahu. Postupem času se ovšem tato pravidla přeměnila v závazná smluvní a obyčejová pravidla³⁰⁴.

Různé státy měly a stále mají odlišnou představu o pojetí základních lidských práv a jejich funkcí, a tak schválení dalších právně závazných mezinárodních úmluv o lidských právech bylo mnohem obtížnější než vypracování deklarací, které mají doporučující povahu. Nicméně, byla potřeba podrobně a přesně formulovat jednotlivá práva a svobody jednotlivce a nalézt řešení pro případ, že tyto nebudou dodržovány. Teprve v roce 1966 se podařilo schválit minimální obecný standard lidských práv v podobě dvou paktů: Mezinárodního paktu o občanských a politických právech a jeho Opčního protokolu a Mezinárodního paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech³⁰⁵. Ukázalo se totiž, že lidská a občanská práva formulovaná jen jako osobní a politická je třeba zásadně rozšířit o důležitá práva hospodářská, sociální a kulturní. Práva osobní a politická ztrácejí svůj účinek pokud nejsou současně zajištěna práva hospodářská a sociální. Oba pakty obsahují zásadu na sebeurčení národů a zakazují jakoukoli diskriminaci

³⁰⁴Sov. Miroslav Potočný, *Mezinárodní právo veřejné*, Zvláštní část, 2. vydání 1996 str. 60

³⁰⁵1966 International Covenant on Civil and Political Rights and its Optional Protocol and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights Dok. OSN A/RES/2200/XXI Annex nebo Malcolm D. Evans, *Blackstone's International Law Documents*, 6th edn., 2003 str. 95 n.

při výkonu lidských práv. Mezinárodní pakt o občanských a politických právech zakotvuje právo každého jednotlivce na život, zakazuje mučení, kruté, nelidské a ponižující zacházení nebo trestání, zakazuje otroctví, vyslovuje právo na svobodu a osobní bezpečnost, požaduje rovnost před zákonem atd. Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech zaručuje právo na práci, zdraví, vzdělání či zabezpečení před hladem, požaduje spravedlivou mzdu a sociální zabezpečení atd. Bylo přijato mnoho dalších úmluv na ochranu lidských práv, univerzálních i regionálních (např. Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod z roku 1950, Americká Úmluva o lidských právech z roku 1969, Úmluva proti mučení a jinému krutému, nelidskému či ponižujícímu zacházení nebo trestání z roku 1984, Mezinárodní úmluva o odstranění všech forem rasové diskriminace z roku 1966, Úmluva o odstranění všech forem diskriminace žen z roku 1979 atd.)

V dalším textu se soustředím na ty, které povolují přímý přístup jednotlivce k mezinárodním orgánům pro šetření nebo řešení sporů. Právě přístup jednotlivce k těmto institucím a četné kodifikace ochrany lidských práv zapříčinily pokles významu diplomatické ochrany

1.1.1. Přístup jednotlivce k mezinárodnímu řešení sporů

Dle Prvního opčního protokolu k Mezinárodnímu paktu o občanských a politických právech může Výbor OSN pro lidská práva³⁰⁶ (dále jen Výbor) projednávat stížnosti jednotlivců na porušování Paktu ze strany státu, který přijal první protokol. Čl.1 stanoví, že *Stát, který je smluvní stranou Paktu, který se stane smluvní stranou Protokolu, uznává příslušnost Výboru dostávat a posuzovat oznámení od jednotlivců podléhajících jeho jurisdikci, kteří si stěžují, že se stali oběťmi porušení některého z práv stanovených v Paktu státem, který je smluvní stranou Paktu.* Výbor nejdříve zjistí, zda-li věc není projednávána v jiném mezinárodním orgánu pro šetření nebo řešení sporu, a zda stěžovatel vyčerpal vnitrostátní opravné prostředky. Při posouzení oznámení bere v úvahu všechny písemné informace a zkoumá je na veřejném zasedání. Svůj závěr pak sdělí jak jednotlivci tak příslušnému státu.

³⁰⁶Na základě čl. 28 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech si smluvní strany zvolily 18-ti členný Výbor pro lidská práva.

Mnohem jednodušší bylo dosáhnout přístupu jednotlivce k řešení sporu ve stabilní Evropě než na poli celého mezinárodního společenství. EÚLP³⁰⁷ vytvořila velmi efektivní institucionální mechanismus ke kontrole dodržování lidských práv - Evropský soud pro lidská práva. Je tvořen počtem soudců shodným s počtem smluvních stran a je oprávněn projednávat a rozhodovat spory mezi smluvními stranami a mezi jednotlivcem, nevládními organizacemi nebo skupinou osob a smluvní stranou. Vydává různé posudky a plní i úlohu smírčí. Akceptování individuálních stížností dle EÚLP bylo původně dobrovolné. Dnes článek 34 stanoví, že *Soud může přijímat stížnosti od každé fyzické osoby, nevládní organizace nebo skupiny jednotlivců považujících se za oběti v důsledku porušení práv přiznaných Úmluvou a Protokoly k ní jednou z Vysokých smluvních stran.* EÚLP nejprve rozhoduje o přijatelnosti podání. EÚLP se věcí bude zabývat taktéž jako Výbor OSN pro lidská práva až po vyčerpání všech vnitrostátních opravných prostředků a po dodržení lhůty šesti měsíců ode dne konečného vnitrostátního rozhodnutí. Slyšení jsou veřejná a pokud EÚLP zjistí, že došlo k porušení Úmluvy nebo Protokolů, přizná v případě potřeby poškozené straně spravedlivé zadostiučinění ve formě finanční kompenzace. Každá zúčastněná strana může v závažných případech a v tříměsíční lhůtě od data rozsudku požádat o postoupení věci velkému senátu. Rozsudek velkého senátu je vždy konečný a pro strany sporu závazný. EÚLP, kromě povinnosti zaplatit poškozenému spravedlivou finanční kompenzaci, nechává státu volbu dalších potřebných opatření. Nad výkonem dohlíží Výbor ministrů. Ochrana jednotlivce je zde tedy mnohem silnější než v případě Mezinárodního paktu o občanských a politických právech.

Americká úmluva o ochraně lidských práv³⁰⁸ obsahuje prakticky stejný katalog práv jako EÚLP. Pro kontrolu dodržování práv obsažených v této úmluvě vytvořila v roce 1957 Americkou komisi pro lidská práva, která se skládá z šesti soudců volených na čtyřleté období. Americká úmluva o ochraně lidských práv umožňuje jednotlivci podávat stížnosti na porušení

³⁰⁷ Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms překlad viz. V. Adamus, *Mezinárodní dokumenty o lidských právech*, Praha 2000 str. 376

³⁰⁸ Americká Úmluva o lidských právech, 1969 American Convention on Human Rights in Buergethal and Norris, *The Inter-American System*, III vols. 1983-4

úmluvou chráněných práv Americké komisi pro lidská práva³⁰⁹. Toto právo je automatické, není tedy vázáno na prohlášení státu, že přijímá stížnosti jednotlivců. Podmínky přijatelnosti stížnosti jsou obdobné jako u EÚLP.

Úmluva o odstranění všech forem rasové diskriminace³¹⁰ zřídila ke kontrole práv v ní obsažených Výbor pro odstranění rasové diskriminace. tento výbor je kromě přijímání periodických zpráv a sdělení států je oprávněn na základě fakultativní klauzule přijímat ještě individuální stížnosti. Čl. 14 uvádí *Smluvní stát může kdykoli prohlásit, že uznává příslušnost Výboru pro přijímání a projednávání sdělení jednotlivých osob nebo skupin osob podléhajících jurisdikci tohoto státu, které si stěžují, že se staly obětí porušení kteréhokoli z práv vyhlášených v této Úmluvě.* Každý stát, který prohlásí, že přijímá individuální stížnosti, může vytvořit nebo v rámci svého právního řádu určit orgán, který bude přijímat a projednávat petice jednotlivců. Pokud stěžovatel neobdrží zadostiučinění od toho orgánu, může se obrátit ve lhůtě šesti měsíců se svou stížností k Výboru pro odstranění rasové diskriminace. Výbor stížnost prozkoumá a své návrhy a doporučení zašle příslušnému smluvnímu státu a stěžovateli.

1.2. Universalismus a kulturní relativismus

I když lidská práva mají dnes zcela universální charakter, existují debaty, zda existuje prostor pro jejich regionální interpretaci v souvislosti s různými kulturami a jejich tradicemi. Tyto polemiky začaly po skončení studené války mezi západními a východními státy a mezi Spojenými státy a Svazem sovětských socialistických republik, který byl obviňován z porušování zejména osobních a politických práv³¹¹. Tato konkrétní debata skončila s pádem Sovětského svazu, ale nevytratila se zcela. Dnes zůstává v odlišné podobě mezi rozvojovými státy třetího světa a vyspělými státy severu.

³⁰⁹ Článek 44 stanoví „Any person or groups of persons, or any nongovernmental entity legally recognized in one or more states of the Organization, may lodge petitions with the Commission containing denunciations or complaints of violation of this Convention by a State Party“.

³¹⁰ Mezinárodní úmluva o odstranění všech forem rasové diskriminace, 1966 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination překlad viz. Adamus, *Mezinárodní dokumenty o lidských právech*, Praha 2000

³¹¹ Srov. Steiner and Alston, *International Human Rights in Context*, Oxford (2000), str. 193

Základní otázkou tohoto sporu je, zdali systém lidských práv má stejnou váhu a interpretaci v odlišných politických a ekonomických prostředích. Existují dva přístupy k lidským právům: universalismus a kulturní relativismus.

Universalita lidských práv znamená, že všichni jedinci mají stejná lidská práva a tato musí být přiznána a dodržována kdekoli ve světě. Můžeme říci, že tato koncepce je dnes přijímána všemi vyspělými státy.

Jako opak tohoto pojetí se vytvořil kulturní relativismus. Vychází z přesvědčení rozvojových států, že nemůže existovat absolutní a universální koncepce lidských práv a jejich ochrany, neboť jsou a stále budou různé kultury, politické režimy či ekonomická vyspělost států, a tak je nemožné najít a definovat hodnoty, které by sdíleli všichni bez rozdílu³¹². Pro rozvojové země je často velmi obtížné chránit práva obsažená ve Všeobecné deklaraci lidských práv či Mezinárodním paktu o občanských a politických právech. Tyto země nesouhlasí s čistě západní interpretací úmluv o lidských právech a poukazují na neaplikovatelnost a nepřiměřenost jejich ustanovení.

Kritici tohoto proudu konstatují, že státy mohou najít základní hodnoty společné všem kulturám, neboť každý stát má nějaký morální systém. Ať jsou lidé kdekoli, potřebují a chtějí stejné věci jako žít a plodit potomky, mít dostatek jídla, moci vykonávat náboženství, vědět, že nebudou mučeni či vězněni bez soudu. Nic z těchto tužeb není závislé na kultuře, náboženství či stádiu rozvoje³¹³.

1.3. Místo pro diplomatickou ochranu

Zatímco v Evropě se vytvořil velmi efektivní institucionální mechanismus kontroly a dodržování lidských práv, který nabízí poškozené osobě spravedlivé zadostiučinění ve formě finanční kompenzace, nemůžeme to samé tvrdit o situaci v Americe, Africe či o většině světové populace, která se nachází v Asii, kde regionální úmluvy o lidských právech vůbec neexistují. Není pravdou, že universální mechanismus ochrany lidských práv dle Mezinárodního paktu o občanských a politických právech nabízí všem

³¹²Ibid. str 194

³¹³Rosalin Higgins, *Problems and Process, International Law and How to use it* (1944)

adekvátní náhradu vzniklé újmy. Je smutnou skutečností, že pouze hrstka jednotlivců ve velmi omezeném počtu států, které akceptovaly právo jedince na vznesení individuální stížnosti, obdrželo či lépe řečeno obdrží dostatečnou náhradu.

Pozice cizinců není o nic lepší. Universální a regionální úmluvy o lidských právech sice rozšířily svou ochranu na všechny občany, tedy i cizince, kteří se nacházejí na území smluvních států, ale v oblasti lidských práv neexistuje multilaterální úmluva, která by, kromě oblasti zahraničních investic³¹⁴, cizinci poskytla dostatečnou náhradu.

Komentář

Mezinárodní právo v oblasti lidských práv není tvořeno pouze úmluvami o jejich ochraně, ale celým souborem smluv a obyčejů (zahrnujících diplomatickou ochranu). Universální a regionální úmluvy o lidských právech často postrádají možnost efektivní náhrady. Diplomatická ochrana v těchto případech zůstává jediným možným způsobem, jak se bránit vůči cizím státům. Tvoří ji pravidla obyčejového práva, a je tedy universálně aplikovatelná. Často poskytuje efektivnější náhradu než jiné způsoby řešení sporů. Mnohé státy nebudou brát vznesení nároku ve prospěch jednotlivce ochraňujícím státem na lehkou váhu a ochotněji poskytnou náhradu než při stížnostech jednotlivců na jejich chování před mezinárodními orgány pro šetření nebo řešení sporů.

2. DIPLOMATICKÁ OCHRANA A MEZINÁRODNÍ OCHRANA INVESTIC

Tradičně se diplomatická ochrana týká jak ochrany jednotlivce tak jeho majetku. Ke konci devatenáctého století docházelo ke zvýšení pohybu obchodníků, a tedy i vývozu kapitálu. Tento pohyb směřoval jak do vyspělých průmyslových států, které zastávaly obecná pravidla mezinárodního práva týkající se ochrany investic, tak do států rozvojových s méně vyspělým hospodářstvím a právní kulturou. V těchto státech investoři čelili často hrubým zásahům do svých investic, které byly vůči cizincům diskriminační a porušovaly pravidla obecného mezinárodního práva (např. zásadu ochrany vlastnictví či respektování nabytých práv). Např. Čl. 1 Dodatkového Protokolu

³¹⁴Srov. F. V. Garcia Amador, *State Responsibility. Some new Problems*, 1958 str. 454

k EÚLP stanoví, že každá fyzická nebo právnická osoba má právo pokojně užívat svůj majetek a nikdo nemůže být zbaven svého majetku s výjimkou veřejného zájmu a za podmínek, stanovených zákonem nebo obecnými zásadami mezinárodního práva. Rozvojové státy znárodňovaly majetek, vyvlastňovaly či převáděly investorův majetek bez odškodnění a opory v zákoně³¹⁵. Až do druhé poloviny dvacátého století proti těmto zásahům existovala, kromě vnitrostátního právního řádu, který v těchto případech nemohl poškozenému investorovi poskytnout adekvátní ochranu a efektivní náhradu, jediná cesta obrany, a to diplomatická ochrana. Ta mohla vyústit v řízení před SDMS (později MSD) či mezistátní arbitráž³¹⁶.

2.1. Nevýhody diplomatické ochrany v oblasti mezinárodních ochrany investic

Diplomatická ochrana, která je právem a nikoli povinností státu, znamená pro investora velkou právní nejistotu. Pokud stát přistoupí k výkonu diplomatické ochrany ve prospěch svého příslušníka – investora, jde o jeho volnostní uvážení, které může podléhat různým politickým tlakům. Také dle rozsudku MSD v případě Barcelona Traction³¹⁷ Limited může diplomatickou ochranu ve prospěch akciové společnosti vykonat pouze stát, kde má akciová společnost sídlo, a podle jehož právního řádu byla společnost zřízena. Stát příslušnosti akcionářů (investorů) toto právo nemá, snad jen, kromě situací kdy (a) byla přímo poškozena vlastní práva akcionářů, (b) společnost přestala existovat ve státu inkorporace a (c) škodné chování je přičitatelné přímo státu příslušnosti dané právnické osoby. V důsledku této doktríny, jsou akcionáři ve většině případů ponecháni bez ochrany mezinárodního práva a přinuceni spoléhat se pouze na právo hostitelského státu.

A právě díky své volnostní povaze, náchylnosti podléhat politickým vlivům a absenci ochrany akcionářů došlo ke značnému poklesu uplatňování

³¹⁵K takovým praktikám docházelo po první světové válce v Mexiku či Rusku, po druhé světové válce ve státech socialistické Evropy

³¹⁶ Srov. případ *Mavrommatis Palestine Concession Case*, Greece v UK, P.C.I.J., Series A, No. 2, 1924, *Interhandel Case*, I.C.J. Reports, 1959, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited Case*, I.C.J. Reports, 1970

³¹⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited Case*, 1970 I.C.J. Reports

diplomatické ochrany v oblasti mezinárodních investic. Smluvní cestou začaly vznikat moderní mechanismy, které do značné míry institut diplomatické ochrany nahrazují³¹⁸.

2.2. Mezinárodní ochrana investic

Ochrana a podpora investic byla hlavním důvodem k uzavírání dvoustranných dohod o ochraně investic. Tyto dohody zpravidla obsahují zásadu řádného a spravedlivého zacházení spolu s poskytnutím plné právní ochrany a bezpečnosti. Často se v nich hostitelský stát zaváže, že nevyvlastní, neznárodní či jinými prostředky neomezí investorův majetek, pokud to nebude ve veřejném zájmu, na základě zákona, bez diskriminace a za okamžitou, přiměřenou a účinnou náhradu³¹⁹. Dohody o ochraně investic také obsahují úpravu řešení případných sporů z investic mezi dotčenými smluvními stranami. Investor má sice možnost obrátit se na vnitrostátní soudy či jiné kompetentní orgány hostitelského státu, nicméně tyto nemusí vždy zajistit dostatečnou formu ochrany a poskytnutí efektivní náhrady. Je tedy především v zájmu investorů, aby existovaly mezinárodní prostředky řešení sporů z investic.

Spory mohou vznikat jak mezi státy tak mezi státem a příslušníkem jiného státu. Většinou se rozhodují ve smírčím řízení či transnacionální arbitráži a investoři se tak mohou sami aktivně domáhat ochrany svých práv a nejsou jako v případě diplomatické ochrany odkázáni na ochranu svého domovského státu. Předpokladem ovšem zůstává souhlas hostitelského státu s předložením vzniklého sporu smírčímu či rozhodčímu orgánu. Dvoustranné dohody o ochraně investic často obsahují doložky o řešení sporů mezi investorem (cizincem) a hostitelským státem. Jednou z nejpoužívanějších je doložka odkazující na rozhodčí řízení před ICSID. Dalším využívaným prostředkem k řešení sporů z investic jsou arbitráže ad hoc.

³¹⁸Srov. P. Šturma, *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*, Praha 2001

³¹⁹Srov. Julianne Kokott, „The Role of Diplomatic Protection in the Field of Foreign Investments, ILA New Delhi Conference (2002) která na str. 23 uvádí „ BIT's codify rules of non-discrimination and most favoured nation treatment. They also include provision of free transfer of payment, deal with issue of expropriation and require payment of prompt, adequate and effective compensation for expropriated investments“. Příkladem dohody, která obsahuje zmíněná ustanovení je Dohoda mezi Českou Republikou a Rumunskem viz. Sdělení MZV č. 198/1994 Sb.

V roce 1965 byla ve Washingtonu sjednána Úmluva o řešení investičních sporů mezi státy a příslušníky jiných států, která výrazně zlepšila postup urovnání sporů mezi státy a soukromými investory tím, že zřídila ICSID, které je povoláno k interpretaci dohod mezi smluvními státy a soukromými investory a řešení jejich sporů z investic. Na ICSID se může obrátit jak stát, tak soukromý investor, který ovšem nejdříve musí vyčerpat vnitrostátní opravné prostředky.

Pro smluvní státy Úmluvy o řešení investičních sporů mezi státy a příslušníky jiných států není dána obligatorní jurisdikce ICSID. Souhlas dotčeného státu, aby byl určitý spor rozhodován před ICSID, je nezbytný³²⁰. Souhlas může být dán v kontraktu mezi státem a investorem, ve dvoustranné dohodě o ochraně investic, jednostranným právním aktem hostitelského státu³²¹ atd.

Komentář

Mohu tedy konstatovat, že došlo k výraznému poklesu významu diplomatické ochrany v oblasti mezinárodních investic³²². ELSI³²³ byl posledním známým případem řešení sporu z investic cestou diplomatické ochrany. Je několik důvodů k úpadku diplomatické ochrany v této oblasti mezinárodního práva. V oblasti ochrany mezinárodních investic se na osobu investora pohlíží jako na subjekt práva, kdežto při výkonu diplomatické ochrany je jedinec pouhým beneficiářem, neboť nositelem práva diplomatické ochrany je stát. Investoři se mohou sami aktivně domáhat ochrany svých práv a nejsou jako v případě diplomatické ochrany odkázáni na ochranu svého

³²⁰ Čl. 25 Washingtonské úmluvy o řešení investičních sporů mezi státy a příslušníky jiných států ve svém odst. 1 stanoví, že soudní pravomoc Střediska se vztahuje na každý právní spor vznikající z přímo z investice mezi smluvním státem (nebo orgánem či zastoupením smluvního státu určeným Středisku tímto státem) a občanem jiného smluvního státu, o němž strany ve sporu písemně souhlasí, že bude předložen Středisku. Pokud strany vyslovily souhlas, nemůže žádná z nich jednostranně svůj souhlas odvolat.

³²¹ Srov. P. Šturma, *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*, Praha 2001 str. 98

³²² Srov. Julianne Kokott, *The Role of Diplomatic Protection in the Field of Foreign Investments*, ILA New Delhi Conference (2002) která na str. 27 uvádí „the bilateral investment treaties system better reflects modern international law and its increasing recognition of individual rights that does traditional diplomatic protection“.

³²³ *Elektronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, I.C.J. Reports, 1989

domovského státu. Nově vytvořený mechanismus v oblasti řešení sporů z investic zaručuje investorovi přímou, jistější a rychlejší cestu k zajištění ochrany práv a v případě jejich porušení efektivní náhrady. Zřízení ICSID znamená velký krok k ochraně investora (tedy i akcionáře), který se po neúspěšném vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků nemusí spoléhat pouze na diplomatickou ochranu jeho domovského státu. Co více, každý smluvní stát Úmluvy o řešení investičních sporů mezi státy a příslušníky jiných států se zavázal k uznání a výkonu rozhodčího nálezu na svém území.

Je nutné podotknout, že současný výkon diplomatické ochrany a rozhodčího řízení podle Úmluvy o řešení investičních sporů mezi státy a příslušníky jiných států je vyloučen³²⁴.

Zdá se, že dochází k nezadržitelnému úpadku diplomatické ochrany v oblasti zahraničních investic. Existuje ještě jedna možnost - změnit pravidla ovládající diplomatickou ochranu. O toto se pokusila Komise MP³²⁵, když např. ve svém čl. 12 uvedla *„pokud stát svým mezinárodně protiprávním chováním způsobí přímou újmu do vlastních práv akcionářů, na rozdíl od práv společnosti jako takové, stát příslušnosti kteréhokoli akcionáře je oprávněn vykonat diplomatickou ochranu ve prospěch této osoby.*

³²⁴Čl. 27 Washingtonské úmluva o řešení investičních sporů mezi státy a příslušníky jiných států jasně stanoví, že smluvní strany neposkytnou diplomatickou ochranu v případě sporu, o němž se jejich občan s jinou smluvní stranou dohodl, že bude předložen rozhodčímu řízení podle Úmluvy.

³²⁵Srov. International Law Commission, Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth session, Supplement No. 10, A/59/10 (2004)

ZÁVĚR

Význam diplomatické ochrany v poslední době značně klesl. Mezinárodní právo ochrany lidských práv a zahraničních investic založilo moderní systémy kontroly a ochrany, které jsou schopny alespoň částečně nahradit tento tradiční institut řešení sporů.

Jsem si ovšem jista, že dokud jedinci v oblasti mezinárodní ochrany lidských práv nebudou mít k dispozici komplexní procesní práva a adekvátní náhrady škody před mezinárodními orgány pro šetření nebo řešení sporů, zrušení diplomatické ochrany by vedlo ke zhoršení stavu lidských práv.

Úpadek diplomatické ochrany je patrný zejména v oblasti zahraničních investic. Diplomatická ochrana zde byla nahrazena značným množstvím bilaterálních dohod o ochraně a podpoře investic, které používají jiných mechanismů v oblasti řešení sporů z investic zaručujících investorovi přímou, jistější a rychlejší cestu k zajištění ochrany práv a v případě jejich porušení efektivní náhradu. V oblastech kde tyto instrumenty dostupné nejsou, zůstává diplomatická ochrana jedinou formou mezinárodní ochrany cizích státních příslušníků a jejich majetku.

Docházím tedy k závěru, že diplomatická ochrana jako tradiční právní institut by měla být zachována a podporována.

SEZNAM ZKRATEK

SDMS P.C.I.J.,	Stálý dvůr mezinárodní spravedlnosti (Permanent Court of International Justice)
MSD I.C.J.	Mezinárodní soudní dvůr (International Court of Justice)
MPOPP	Mezinárodní pakt o občanských a politických (International Covenant on Civil and Political Rights)
EÚLP ECHR	Evropská úmluva o lidských právech (European Convention on Human Rights)
ESLP	Evropský soud pro lidská práva (European Court of Human Rights)
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes (Mezinárodním střediskem pro řešení sporů z investic)
Charta	Charta Organizace spojených národů (Charter of the United Nations)
OSN UN	Oganizace spojených národů (United Nations)
USA	United States of America (Spojené státy americké)
BIT's	Bilateral Investment treaties (Dvoustranné dohody o ochraně investic)
Komise MP	Komise pro mezinárodní právo (International Law Commission)
A.J.I.L.	American Journal of International Law (Americký časopis pro mezinárodní právo)
U.N.T.S.	United Nations Treaty Series (Sbírka smluv OSN)
B.Y.I.L.	British Yearbook of International Law

SEZNAM POUŽITÉ LITERATURY, JUDIKATURY A DOKUMENTŮ

LITERATURA:

Č. Čepelka, P. Šturma, *Mezinárodní právo veřejné*, Eurolex, Praha 2003

P. Šturma, *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*. Linde Praha 2001

Čepelka, Jílek, Šturma, *Azyl a Uprchlivci v mezinárodním právu*, Masarykova univerzita, Brno 1997

Č. Čepelka, *Odpovědnost států. Návrh článků 1 až 35 kodifikační úmluvy (s komentářem)*, UK, Praha, 1985

M. Potočný, *Mezinárodní právo veřejné, Zvláštní část*, 2. vydání 1996

M. Potočný, J. Ondřej, *Vybrané dokumenty ke studiu mezinárodního práva veřejného*, sv. IV, Praha 1992

M. Potočný, J. Ondřej, *Obecné mezinárodní právo v dokumentech*, 2. vydání, 2000

V. Adamus, *Mezinárodní dokumenty o lidských právech*, Praha 2000

P. Šturma, *Vývoj institutu diplomatické ochrany a trendy mezinárodněprávní úpravy ochrany investic*, *Právník* č. 1 1991

Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press 2003

Steiner and Alston, *International Human Rights in Context*, Oxford (2000)

A. Cassese, *International Law*, Oxford University Press 2001

M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge 1986

Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, 1915

E.M. Borchard, *Theoretical Aspects of the International Responsibility of States*, 1929

R. Bruno, *Access of Private Parties to International Dispute Settlements: A Comparative Analysis*, 1997

Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* 1798

O'Connell, *International law* 1965

H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights* 1950

Malcolm D. Evans, *Blackstone's International Law Documents*, 6th edn., 2003

H. Kelsen, *Principles of International Law*, New York 1966

Emmerich Vattel, *The Law of Nations*

P. C. Jessup, *A Modern Law of Nations*, 1968

F. V. García Amador, *State Responsibility. Some new Problems*, 1958
Oppenheim's International Law, eds. R. Jennings and A. Watts, 9th ed. 1992

C.F. Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens* 1967

C.F. Amerasinghe, *The Local Remedies Rule in an Appropriate Perspective* 1976

C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 1990

C.F. Amerasinghe, *Local remedies in International Law*, 2004

Rosalin Higgins, *Problems and Process, Intenational Law and How to use it*, 1944

M.M. Whiteman, *Digest of International Law vol. 1*, 1968,1998

Richard Lillich, The rigidity of Barcelona, 65 *A.J.I.L.* 522 (1971)

Sohn, The New International Law: Protection of the Rights of Individuals rather than States, 32 *AM. U. L. REV.* 1 (1982)

J.E.S. Fawcett, The Exhaustion of Local Remedies: Substance or Procedure?, 31 *B.Y.I.L.* (1954)

Mervyn Jones , Claims on Behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies, 26 *B.Y.I.L.* (1949)

D.R. Mummery, The Content of the Duty to Exhaust Local Remedies, 58 *A.J.I.L.* (1964)

T. Meron, The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies, 35 *B.Y.I.L.* (1956)

F.A. Mann, State Contracts and International Arbitration, 42 *B.Y.I.L.* (1967)

JUDIKATURA:

Mavrommatis Palestine Concession Case, Greece v UK, P.C.I.J., Series A, No. 2, 1924

Barcelona Traction, Light and Power Company Limited Case, I.C.J. Reports, 1970

Nottebohm Case, I.C.J. Reports 1955

Elektronika Sicula S.P.A. (ELSI), I.C.J. Reports, 1989

Interhandel Case, I.C.J. Reports, 1959

Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), I.C.J. Reports 1949

Salem Case, 2 U.N.R.I.A.A. (1932)

Panevezys- Saldutiskis Railway Case (Estonia v. Lithuania) P.C.I.J. Reports, Series A/B, No. 76

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran Case, I.C.J. Reports, 1980

Reparation for Injuries Suffered in the Service of United Nations Case, I.C.J. Reports, 1949

Orinoco Steamship Company Case, vol. 9, U.N.R.I.A.A., 1903

Ambatielos Claim 12 U.N.R.I.A.A. 120, 1956

Finnish Ships Arbitration 3 U.N.R.I.A.A, 1934

B Schouw Nielsen v. Denmark, Application No 343/57, 1958-9

Norwegian Loans Case, I.C.J. Reports, 1957

Panavezys-Saldutiskis Railway Case, P.C.I.J. Series A/B, No. 76, 1939

Muskhikiwabo and others v. Barayagwiza 107 I.L.R., 1997

Mexican Union Railway Case (UK v. Mexico) 5 U.N.R.I.A.A., 1926

La Grand (Germany v. United States of America), I.C.J. Reports, 2001

Selmouni v. France, Application No. 25803/94 ECHR, 1999

Ross v. McIntyre, 140 U.S., 1891

I am Alone Case, 29 A.J.I.L., 1935

Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, ITLOS Reports 1999

Administrative Decision No. V, 19 A.J.I.L., z 31 října 1995

Dicson Car Wheel Copany v. United Mexican States, U.N.R.I.A.A., vol. IV

DOKUMENTY:

The ILC's Draft Articles on Diplomatic Protection, UN. Doc. A/CN.4/L.647

International Law Commission, Official Report of the General Assembly.
Fifty-second session, UN Doc. A/55/10 (2000)

International Law Commission, Official Records of the General Assembly.
Fifty-ninth session, Supplement No. 10, A/59/10 (2004)

International Law Commission, Official Records of the General Assembly,
Sixties session, Supplement No. 10, A/60/10 (2005)
Official Record of General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No.
10 (A/51/10)

ILC Commentary 2001, Official Records of the General Assembly, Fifty-
sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10)

Official Record of General Assembly, Fifty-seventh session, Supplement
No. 10 (A/57/10)

The ILC's Draft Articles on Diplomatic Protection přijaté 28. 5. 2004

F. V. García Amador, First Report on State Responsibility, A/CN.4/96

F. V. García Amador, Third Report on State Responsibility, A/CN.4/111

Preliminary Report on Diplomatic Protection, UN Doc. A/CN.4/484 (1998)

First Report of the Special Rapporteur on Diplomatic Protection, UN Doc. A/CN.4/506 (2000)

Second Report of the Special Rapporteur on Diplomatic Protection, UN Doc. A/CN.4/514 (2001)

Third Report of the Special Rapporteur on Diplomatic Protection, UN. Doc. A/CN.4/523 (2002)

Fourth Report of the Special Rapporteur on Diplomatic Protection, UN. Doc. A/CN.4/530 (2003)

F. Orrego Vicuña, The Changing Law of Nationality of Claims, ILA London Conference (2000)

Julianne Kokott , The Exhaustion of Local Remedies, ILA London Conference (2000)

Julianne Kokott ,The Role of Diplomatic Protection in the Field of Foreign Investments, ILA New Delhi Conference (2002)

PŘÍLOHY

Příloha 1.: Návrh článků Komise MP o diplomatické ochraně

Z anglického originálu „The ILC’s Draft Articles on Diplomatic Protection“ přijatého 28. 5. 2004, UN. Doc. A/CN.4/L.647 přeložila Jana Režná

Diplomatická ochrana

Část první - Základní ustanovení

Čl. 1

Definice a rozsah diplomatické ochrany

Diplomatická ochrana tkví v použití diplomatických jednání či jiných prostředků mírového řešení sporů státem, který přebírá věc svého příslušníka, pokud jde o újmu jemu způsobenou porušením pravidel mezinárodního práva jiným státem, jako své právo vlastní.

Čl. 2

Právo výkonu diplomatické ochrany

Podle navržených článků má Stát právo vykonat diplomatickou ochranu.

Část druhá - Státní příslušnost

Kapitola I

Základní principy

Čl. 3

Ochrana státu příslušnosti

- 1. Stát oprávněný k výkonu diplomatické ochrany, je stát příslušnosti.*
- 2. Navzdory znění článku 1, diplomatická ochrana může být vykonána jménem jednotlivce, který není příslušník daného státu v souvislosti s čl. 8.*

Kapitola II Fyzické osoby

Čl. 4

Stát příslušnosti fyzických osob

Pro účely diplomatické ochrany fyzických osob stát jejich příslušnosti je stát, jehož příslušnost jednotlivce nabyl narozením, děděním, státním nástupnictvím, naturalizací nebo jiným způsobem, který není neslučitelný s mezinárodním právem

Čl. 5

Trvání státoobčanského pouta

1. Stát je oprávněn vykonat diplomatickou ochranu ve prospěch jednotlivce, pokud tento byl jeho občanem v době, kdy mu vznikla újma, a je jeho občanem v době oficiálního vznesení nároku.

2. Nehledě na odstavec 1, stát může vykonat diplomatickou ochranu ve prospěch jednotlivce, který je jeho občanem v době oficiálního vznesení nároku, i když nebyl jeho občanem v době, kdy mu vznikla újma, za předpokladu že jednotlivce pozbyl občanství a nabytí jiné, z důvodu, který nesouvisí s výkonem diplomatické ochrany a způsobem, který není neslučitelný s mezinárodním právem

3. Diplomatická ochrana nebude vykonána současným státem občanství jednotlivce proti dřívějšímu státu občanství této osoby ohledně újmy, která vznikla, když osoba byla občanem dřívějšího státu a ještě nebyla občanem státu současného.

Čl. 6

Dvoji či vícečetné občanství a vznesení nároku proti třetímu státu

- 1. Jakýkoli stát, kterého je jedinec občanem, může vykonat diplomatickou ochranu ohledně tohoto občana proti státu, kterého tato osoba občanem není.*
- 2. Dva či více států občanství mohou společně vykonat diplomatickou ochranu ohledně osoby, která má dvoji či vícečetné občanství.*

Čl. 7

Vícečetné občanství a vznesení nároku proti státu jednoho z občanství

Stát občanství nesmí vykonat diplomatickou ochranu proti jinému státu občanství této osoby, ledaže by jeho státoobčanské pouto s prvním státem bylo převládající jak v době, kdy vznikla újma tak v době oficiálního vznesení nároku.

Čl. 8

Osoby bez státního občanství a uprchlíci

- 1. Stát může vykonat diplomatickou ochranu ohledně osoby bez státního občanství, která v době, kdy jí vznikla újma, jakož i v době oficiálního vznesení nároku, má legální a obvyklý pobyt v tomto státě.*
- 2. Stát může vykonat diplomatickou ochranu ohledně osoby, kterou uzná jako uprchlíka, pokud tato osoba v době, kdy jí vznikla újma, jakož i v době oficiálního vznesení nároku, má legální a obvyklý pobyt v tomto státě.*
- 3. Druhý odstavec se nepoužije v případě, že se újma stala jako důsledek porušení pravidel mezinárodního práva domovským státem uprchlíka.*

Kapitola III
Právnícké osoby

Čl. 9

Státní příslušnost akciových společností

Pro účely diplomatické ochrany akciových společností je stát jejich příslušností ten, podle jehož právního řádu byla společnost zřízena a ten, ve kterém má své obchodní sídlo nebo sídlo vedení společnosti či nějaký obdobný vztah.

Čl. 10

Trvání státní příslušnosti akciových společností

2. Stát je oprávněn vykonat diplomatickou ochranu ve prospěch akciových společností, které byly jeho státními příslušníky v době, kdy vznikla újma, a jsou jeho státními příslušníky v době oficiálního vznesení nároku.

1. Nehledě na odstavec 1, stát je i nadále oprávněn vykonat diplomatickou ochranu ve prospěch akciových společností, které byly jeho státními příslušníky v době, kdy vznikla újma, a které v důsledku této újmy přestaly existovat podle právního řádu tohoto státu.

Čl. 11

Ochrana akcionářů

Stát příslušností akcionářů v akciové společnosti nebude oprávněn vykonat diplomatickou ochranu ve prospěch těchto osob v případě újmy způsobené akciové společností, ledaže by:

(a) akciová společnost přestala existovat podle právního řádu státu, ve kterém byla inkorporována z důvodu, který nesouvisí s touto újmou; nebo

(b) akciová společnost měla v době způsobení újmy státní příslušnost odpovědného státu a pro podnikání na území odpovědného státu bylo její zřízení dle právního řádu tohoto státu nezbytné.

Čl. 12

Přímá újma akcionářů

Pokud stát svým mezinárodně protiprávním chováním způsobí přímou újmu vlastním právům akcionářů, odlišným od práv společnosti jako takové, stát příslušnosti kteréhokoli akcionáře je oprávněn vykonat diplomatickou ochranu ve prospěch této osoby.

Čl. 13

Ostatní právnické osoby

Pravidla obsažená v článcích 9 a 10 týkající se akciových společností se použijí přiměřeně i v případě diplomatické ochrany jiných právnických osob.

Část třetí – Opravné prostředky

Čl. 14

Vyčerpání opravných prostředků

- 1. Stát nemůže vznést mezinárodní nárok ohledně újmy jeho státního příslušníka či jiné osoby popsané v článku 8 předtím, než poškozená osoba, za podmínky článku 16, vyčerpala všechny opravné prostředky.*
- 2. Vnitrostátní opravné prostředky znamenají právní opravné prostředky odpovědného státu, které jsou poškozené osobě dosažitelné před soudním či správním soudem nebo orgánem, ať již řádné či mimořádné.*

Čl.15

Kategorie nároků

Vnitrostátní opravné prostředky budou vyčerpány tam, kde mezinárodní nárok či žádost o deklaratorní rozhodnutí související s nárokem, jsou vzneseny převážně na základě újmy příslušníka či jiné osoby, vyjmenované v článku 8..

Čl. 16

Výjimky z pravidla vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků

Vnitrostátní opravné prostředky nemusí být vyčerpány pokud:

(a) vnitrostátní opravné prostředky neposkytují reálnou možnost efektivní nápravy;

(b) odvolací řízení je nepřiměřeně zdlouhavé, a toto je přičítáno odpovědnému státu;

(c) neexistuje relevantní souvislost mezi poškozenou osobou a odpovědným státem či okolnosti případu jiným způsobem zapřičiňují, že vyčerpání opravných prostředků je bezdůvodné;

(d) odpovědný stát upustil od požadavku, aby vnitrostátní opravné prostředky byly vyčerpány.

Část čtvrtá – Ostatní ustanovení

Čl. 17

Jednání či postupy jiné než diplomatická ochrana

Navržené články se předkládají, aniž by byla dotčena práva států, fyzických osob nebo jiných subjektů uskutečnit dle mezinárodního práva jednání či postupy jiné než diplomatická ochrana, které zajistí nápravu utrpěné újmy vzniklé jako důsledek porušení mezinárodního práva.

Čl.18

Zvláštní smluvní ustanovení

Navržené články se nepoužijí v případech, kdy jsou v nesouladu se zvláštními smluvními ustanoveními o řešení sporů mezi státy a akciovými společnostmi nebo akcionáři těchto společností.

Čl.19

Posádky plavidel

Právo státu příslušnosti členů posádky plavidla vykonat diplomatickou ochranu v jejich prospěch není dotčeno právem požadovat nápravu ve prospěch těchto osob bez ohledu na jejich příslušnost státem příslušnosti plavidla, pokud utrpí újmu z důvodu poškození plavidla, a to pramení z porušení pravidel mezinárodního práva.

Příloha 2.: Seznam použitých úmluv

Charta Organizace spojených národů (1945)
(Charter of the United Nations)

Všeobecná deklarace lidských práv (1948)
(Universal Declaration of Human Rights)

Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod (1950)
(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)

Dodatkový protokol k Evropské úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod (1952)

Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)

Mezinárodní pakt o občanských a politických právech (1966)

(International Covenant on Civil and Political Rights)

Opční protokol k Mezinárodnímu paktu o občanských a politických právech)

(Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights)

Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech (1966)

(1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)

Harvardský návrh úmluvy o mezinárodní odpovědnosti států za újmy způsobené cizincům (1960)

(1960 Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens)

Ženevská úmluva o právním postavení uprchlíků (1951) a její 1967 Protokol (1951 Convention on the Status of Refugees)

Úmluva o snížení bezdomovectví z roku 1961
(1961 Convention on the Reduction of Statelessness)

Úmluva o postavení osob bez státního občanství (1954)
(1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons)

Úmluva proti mučení a jinému krutému, nelidskému či ponižujícímu zacházení
nebo trestání (1984)
(1984 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrating
Treatment or Punishment)

Úmluva OAJ upravující zvláštní stránky uprchlických problémů v Africe (1969)

Vídeňská úmluva o diplomatických stycích (1961)
(1961 Vienna Convention on Consular Relations)

Evropská úmluva o smírném řešení sporů (1957)
(1957 European Convention for the Peaceful Settlements of Disputes)

Washingtonská úmluva o řešení investičních sporů mezi státy a příslušníky
jiných států (1965)
(1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States
and Nationals of other State)

Úmluva o mezinárodní odpovědnosti za škody způsobené kosmickými objekty
(1972)

Smlouva o přátelství, obchodu a plavbě mezi USA a Itálií (1948)
(U.S.-Italian Treaty of Friendship, Commerce and Navigation)

Úmluva Organizace spojených národů o mořském právu (1982)
(1982 UN Convention on the Law of the Sea)

Haagská úmluva o některých otázkách střetů zákonů o státním občanství
(1930)
(Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality
Laws)

1970 General Assembly Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, resolution 2625

Evropská úmluva o státním občanství (1997)
(1997 European Convention on Nationality)

Americká Úmluva o lidských právech (1969)
(1969 American Convention on Human Rights)

Mezinárodní úmluva o odstranění všech forem rasové diskriminace (1966)
(1966 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)

Úmluva o odstranění všech forem diskriminace žen (1979)
(1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)

Deklarace Valného shromáždění OSN o lidských právech jednotlivců, kteří nejsou státními občany země v níž žijí (1985)
(1985 General Assembly of United Nations Declaration on the Human Rights of Individuals who are not National of the Country in which they Live, A/RES/40/144)

1970 General Assembly Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States