

STATI

„Náležitá péče“ v mezinárodním právu: obecný pojem s variabilním obsahem

Pavel Šturma*

Abstrakt: Ačkoli pojem „náležitá péče“ vznikl v oblastech práva neutrality a úpravy zacházení s cizinci, postupně se rozšířil do mnoha dalších oblastí mezinárodního práva, včetně mezinárodního práva životního prostředí nebo investičního práva. Je zřejmé, že pozornost si zaslouží zvláštní aspekty náležitá péče v jednotlivých odvětvích mezinárodního práva. Tento příspěvek se však více zaměřil na vznik a vývoj tohoto pojmu ve vztahu k pravidlům o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní chování. Navzdory rostoucímu výskytu a popularitě ve smluvní praxi a literatuře zůstává tento pojem relativně obtížně klasifikovatelný. Je tomu tak proto, že závazek k bdělosti či náležitě péči není zcela samostatným pravidlem mezinárodního práva, které by státům ukládalo bezprostřední povinnost jednání. Místo toho je tento pojem zahrnut do některých primárních pravidel, která vyžadují náležitou péči ze strany státu, obvykle jako součást závazku zabránit určité škodě. Z toho vyplývá, že konkrétní obsah odpovědnosti závisí jak na specifickém závazku (v daném primárním pravidle), tak na konkrétním posouzení všech okolností případu, zda bylo dané chování státu (přijaté prostředky nebo vynaložené úsilí) rozumné a přiměřené za těchto okolností. V případě „náležitá péče“ se tak jedná o pojem s flexibilním obsahem, který umožňuje určení, nebo naopak vyloučení odpovědnosti státu.

Klíčová slova: náležitá péče, Komise pro mezinárodní právo, závazky na konání, závazky na výsledek, prevence, odpovědnost států

Úvod

Především v právu mezinárodní odpovědnosti, ale i v dalších oblastech mezinárodního práva se do popředí zájmu teorie a praxe dostává pojem *due diligence* (lze přeložit výrazy náležitá péči či bdělosti).¹ Samotné slovo „*diligence*“ pochází z latinského výrazu *diligentia*, což lze přeložit jako opatrnost. Jeho opakem je „*negligence*“, tedy nedbalost, se kterou se v některých systémech odpovědnosti (subjektivní, na zavinění založené) pracuje jako jednou z forem zavinění.

I když současná podoba obecných (obyčejových) pravidel o mezinárodní odpovědnosti, zčásti kodifikovaných v člancích přijatých Komisí OSN pro mezinárodní právo (ILC),²

* Prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc. Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i., a Právnická fakulta Univerzity Karlovy. E-mail: pavel.sturma@ilaw.cas.cz. Příspěvek vznikl s podporou na dlouhodobý koncepční rozvoj výzkumné organizace Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i., RVO: 68378122.

¹ Viz např. CASSELA, S. (ed.). *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*. Journée d'études du Mans, SFDI. Paris: Pedone, 2018; KRIEGER, H. et al. (eds). *Due Diligence in the International Legal Order*. Oxford: Oxford University Press, 2020; KULESZA, J. *Due Diligence in International Law*. Leiden: Brill, 2016; PETERS, A. – KRIEGER, H. – KREUZER, L. *Due diligence: the risky risk management tool in international law*. *Cambridge International Law Journal*. 2020, Vol. 9, No. 2, s. 121–136.

² Report of the International Law Commission, 53rd Session, UN Doc. A/65/10 (2001); nebo příloha resoluce VS OSN, UN Doc. A/RES/56/83 (12. 12. 2001).

má spíše objektivní povahu (obecně nepracuje se zaviněním), přesto standard *due diligence* někdy hraje při určování odpovědnosti důležitou roli. Je tomu nejen proto, že porušení mezinárodního závazku, které je jedním z konstitutivních prvků mezinárodně protiprávního chování (a to objektivní prvek), může být naplněno také omisivně, tedy opomenutím, nekonáním toho, co požaduje daný závazek. Proto odpovědnost státu nebo mezinárodní organizace často závisí právě na určení toho, zda daný subjekt mezinárodního práva postupoval s náležitou bdělostí (podle *due diligence*), nebo tuto péči při plnění závazku opomenul.³ Záleží však na tom, o jaké primární závazky státu (popřípadě mezinárodní organizace) se jedná. Často jde o závazky preventivní povahy. Ovšem právě formulace těchto závazků rozhoduje o tom, zda vynaložení nebo zanedbání požadované snahy (*diligence*) stačí k vyloučení nebo dovození odpovědnosti.

Právě proto, že záleží spíše na formulaci primárních závazků, objevuje se standard *due diligence* v různých oblastech mezinárodního práva, a to různým způsobem. K jeho praktickému rozšíření a využití ovšem vedle některých smluvních úprav velkou měrou přispěla judikatura Mezinárodního soudního dvora a některých specializovaných mezinárodních soudních a arbitrážních tribunálů. Tento příspěvek proto chce ukázat, jak souvisí mezinárodní odpovědnost založená na porušení závazku náležité péče s teorií mezinárodních závazků a praktickými dopady, které z toho vyplývají. Pojem *due diligence* totiž souvisí s rozlišením závazků činnostní a výsledné povahy (*obligations of conduct* a *obligations of result*). Bude třeba ukázat, proč se klasifikace závazků, původně diskutovaná v práci ILC na návrhu článků o odpovědnosti článků, nepromítla do konečného znění z roku 2001.⁴ V této souvislosti je nezbytné projasnit terminologii, protože v pojetí těchto závazků, jak byly vymezeny ILC v prvním čtení návrhu článků (tzv. Agova koncepce) a jak je dnes používá část nauky a relevantní judikatura, existuje diametrální rozdíl.⁵ Autor pak bude argumentovat, že ač v kodifikaci pravidel o odpovědnosti státu tak může být spatřována mezera, nebrání to praktické aplikaci. Článek se pokusí demonstrovat, že pojem *due diligence* lze těžko kodifikovat, protože nejde o obecné pravidlo, ale standard, který má různý obsah v různých oblastech mezinárodního práva.

1. Navržená a opuštěná klasifikace závazků v práci Komise pro mezinárodní právo

Pojem „náležité péče“ (byť spíše obsahově než pojmenováním) má poměrně dlouhou historii, která sahá až do 19. století a souvisí se zacházením s cizinci, zejména minimálním cizineckým režimem, a také s právem neutrality.⁶ Přesto se větší pozornost nauky k němu

³ V české literatuře viz MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné – obecná část – a poměr k jiným právním systémům*. 7. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2020, s. 261–262.

⁴ Jedná se o kodifikační předlohu přijatou po dlouhé přípravě Komisí OSN pro mezinárodní právo v roce 2001. Zatím nemá podobu formálně závazného dokumentu, pouze byla připojena k rezoluci Valného shromáždění 56/83 (12. 12. 2001), avšak její obsah požívá značné autority jako záznam obyčejových pravidel obecného mezinárodního práva. Šestý (právní) výbor VS OSN opakovaně projednával otázku konečné formy těchto článků, ale dosud nerozhodl o svolání diplomatické konference nebo přípravě úmluvy na půdě OSN.

⁵ Ke kodifikaci pravidel o odpovědnosti států existuje řada starších i novějších českých publikací, např. ČEPELKA, Č. *Odpovědnost států. Návrh článků 1 až 35 kodifikační úmluvy, s komentářem*. Praha: SPN, 1985; DAVID, V. *Odpovědnost států za mezinárodně protiprávní chování*. Brno: UJEP, 1980; ČEPELKA, Č. – JÍLEK, D. – ŠTURMA, P. *Mezinárodní odpovědnost*. Brno: Masarykova univerzita, 2003.

⁶ Viz ILA Study Group on Due Diligence in International Law. First Report (7 March 2014), s. 2–3.

obrací až v posledních dvou desetiletích. Jedním z důvodů, vedle některých rozsudků Mezinárodního soudního dvora a dalších soudů, může být dlouholetá práce ILC na návrhu článků o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní chování (ARSIWA), která byla úspěšně dokončena až v roce 2001.

Je zajímavé, že za dobu práce Komise na tématu (1956–2001) největší pozornost byla pojmu *due diligence* věnována v úplných začátcích, spojených s dnes již téměř zapomenutými zprávami prvního zvláštního zpravodaje F. García Amadora v letech 1965 až 1961.⁷ Důvodem pro to bylo, že kromě první zprávy, která se zabývala odpovědností států na obecné úrovni,⁸ počínaje druhou zprávou se García Amador zaměřil na odpovědnost za škody způsobené cizincům. Zvláštní zpravodaj tak navazoval na tradiční pojetí a bohatou praxi nakumulovanou především díky arbitrážním a soudním rozhodnutím v 19. století a na začátku 20. století. Zároveň se však pokusil propojit tuto materii, vycházející z ustálených pravidel cizineckých režimů a diplomatické ochrany, s nově vznikajícími pravidly na ochranu lidských práv. Z těchto důvodů nechtěl z kodifikace odpovědnosti států vyloučit otázky materiálních (*substantive*) pravidel. To se právě stalo, jak známo, důvodem kritiky ze strany dalších členů Komise a některých států, což vedlo následně k odmítnutí jeho koncepce.

Na druhou stranu, právě García Amador ve svém pojetí organicky včlenil *due diligence*, protože jeho návrh předpokládal, že státy budou odpovědné „za škody způsobené cizinci činy obyčejných soukromých jednotlivců, pokud orgány nebo úředníci státu byli zjevně nedbalí v přijímání opatření, která se normálně přijímají k zabránění nebo trestání takových činů“.⁹ Ovšem nejen toto ustanovení a obdobné ustanovení, které pokrývalo odpovědnost za škody vzešlé z vnitřních nepokojů, může být inspirativní. První zvláštní zpravodaj se i obecně zabýval významem pojmu náležitá péče v systému odpovědnosti. Podle García Amadora totiž tento standard zakládá subjektivní podmínku pro odpovědnost státu. Pravidlo „náležitá péče“ je projevem teorie zavinění (*fault, culpa*) v právu odpovědnosti států. To neznamená, že by se uplatňovala všude. Tento subjektivní prvek by byl nezbytný pouze tam, kde je zvláště vyžadován, jako jsou škody vzešlé z chování soukromých osob nebo vnitřních nepokojů.¹⁰

Jak známo, úsilí prvního zvláštního zpravodaje nevedlo k výsledku, takže velký posun nastal až po roce 1962, kdy ILC zřídila podvýbor pro doporučení dalšího postupu, a 1963, kdy byl novým zvláštním zpravodajem jmenován italský profesor Roberto Ago. Nový zvláštní zpravodaj měl od podvýboru obecná doporučení. Podle nich by priorita měla být věnována formulaci obecných pravidel o mezinárodní odpovědnosti států a při definování těchto obecných pravidel by se neměly přehlížet zkušenost a materiály nasbírané v některých zvláštních oblastech, zejména odpovědnosti za škody cizincům.¹¹

Přestože se o dalším vývoji kodifikace hovoří jako o Agově „revoluci“ nebo geniálním tahu, když navrhl a získal podporu ILC k tomu, aby se kodifikace odpovědnosti států soustředila jen na sekundární pravidla s vyloučením pravidel primárních (materiálních),

⁷ Viz AUST, H. Ph. – FEIHLE, P. Due Diligence in the History of the Codification of the Law of State Responsibility. In: KRIEGER, H. et al. (eds). *Due Diligence in the International Legal Order*, s. 42 an.

⁸ UN Doc. A/CN.4/96 (1956).

⁹ Second Report on State Responsibility, A/CN.4/106 (1957), s. 121 (draft article 10).

¹⁰ Ibidem, s. 122, § 7. Fifth Report on State Responsibility, A/CN.4/125 (1960), § 88.

¹¹ Viz *The Work of the International Law Commission*. 9th edition. Vol. 1, New York: United Nations, 2017, s. 209.

kteřá stanoví práva a povinnosti států v různých oblastech mezinárodního práva, nelze tvrdit, že by v první verzi návrhů článků úplně chyběly některé prvky staršího přístupu, který reflektoval určité odlišnosti primárních závazků.¹² Ke změně, která tento přístup dotáhla až do důsledků a vymazala zbytky dřívějšího rozlišování typů porušených závazků, došlo až mnohem později, a to při projednávání návrhu článků v 2. čtení.

V konečné verzi, kterou Komise přijala v 2. čtení (2001), totiž chybějí některé články, které se dostaly do návrhu článků z 1. čtení (1996), pocházející převážně ještě z období, kdy byla práce ILC silně ovlivněna tehdejšími zvláštními zpravodajem Robertem Ago. I když prof. Ago opustil Komisi již v roce 1978, velká část prozatímně přijatých článků vycházela právě z jeho návrhů. Tyto změny (spočívající ve vyškrtnutí několika článků) se týkají jak subjektivního, tak objektivního prvku mezinárodně protiprávního chování.

K jedné důležité změně došlo v kapitole II první části návrhu článků, věnované chování státu, respektive tomu, jaké chování se státu přičítá podle mezinárodního práva. Právě tato přičitatelnost tvoří tzv. subjektivní prvek, který ovšem nemá nic společného se subjektivní odpovědností založenou na zavinění. Přes tuto „objektivizaci“ mezinárodní odpovědnosti zůstal v této kapitole návrh článku 11, který vedle negativního pravidla (*non-attribution*) vztahujícího se k chování jednotlivců (soukromých osob) připouštěl alternativní základ pro odpovědnost státu. Šlo o každé jiné chování (tj. orgánů státu) v souvislosti s chováním osoby nebo skupiny osob, které nejednají jménem státu.¹³ Jen ze zprávy je zřejmé, že Ago měl na mysli zanedbání povinnosti prevence nebo potrestání určitých činů soukromých osob,¹⁴ ale v samotném znění čl. 11 odst. 2 tato idea, korespondující se standardem *due diligence*, nebyla obsažena. To také vedlo posledního zvláštního zpravodaje ILC (J. Crawford) k návrhu na vyškrtnutí celého návrhu článku 11 jako zbytečného.¹⁵

Jedná se však především o obsah kapitoly III první části návrhu článků (Porušení mezinárodního závazku), a to články 20 a 21. Právě zde vnesla pod Agovým vlivem Komise do návrhu rozlišení dvou typů závazků, považované za zásadní.¹⁶ Jde o závazky požadující určité konání (*obligation of conduct*) v návrhu článku 20¹⁷ a závazky znějící na dosažení výsledku (*obligation of result*) v návrhu článku 21.¹⁸ V prvním případě závazek požaduje

¹² Viz AUST, H. Ph. – FEIHLE, P. *Due Diligence in the History of the Codification of the Law of State Responsibility*, s. 47.

¹³ Čl. 11 – Chování osob, jež nejednají jménem státu: „1. Chování osoby nebo skupiny osob, které nejednají jménem státu, se nepokládá podle mezinárodního práva za chování státu. 2. Odstavec 1 však nebrání tomu, aby se státu přičítalo každé jiné chování, které má souvislost s chováním osoby nebo skupiny osob, o němž se mluví v prvním odstavci; toto jiné chování se musí pokládat za chování státu podle článků 5 až 10.“ Viz POTOČNÝ, M. – ONDŘEJ, J. *Obecné mezinárodní právo v dokumentech*. Praha: C. H. Beck, 2000, s. 8.

¹⁴ Viz *Yearbook of the ILC*. 1972, Vol. II, s. 97, § 65: “If it was established that, since the offender was a private individual, the State was not accused of having violated the inviolability of the embassy but of having breached a totally different obligation—namely to ensure, with due diligence, that such crimes do not occur—the inferences of that finding should be coherently drawn. The State would not be held responsible for the action of the individual but for the omission committed in connexion with that action by the organs responsible for surveillance.”

¹⁵ Viz AUST, H. Ph. – FEIHLE, P. *Due Diligence in the History of the Codification of the Law of State Responsibility*, s. 48.

¹⁶ Viz *Yearbook of the ILC*. 1996, Vol. II, Part 2, s. 134.

¹⁷ Art. 20 – Breach of an international obligation requiring the adoption of a particular course of conduct: “There is a breach by a State of an international obligation requiring it to adopt a particular course of conduct when the conduct of that State is not in conformity with that required of it by that obligation.”

¹⁸ Art. 21 – Breach of an international obligation requiring the achievement of a specified result: “1. There is a breach by a State of an international obligation requiring it to achieve, by means of its own choice, a specified result if, by the conduct adopted, the State does not achieve the result required of it by that obligation.”

od státu specifické konání a k porušení dojde vždy, když chování státu není v souladu s tímto závazkem, ať už došlo či nedošlo k nějaké újmě. Takovýto závazek se tudíž jeví dokonce jako přísnější než závazky znějící na výsledek. Jde totiž o takový výsledečný závazek, který je charakterizován tím, že povinný stát má volbu prostředků k dosažení cíle. V tehdejší komentáři k návrhu čl. 21 odst. 1 byly uváděny příklady, které by mohly představovat spíše závazky na konání, které však byly právě tou možností volby interpretovány jako závazky znějící na výsledek.¹⁹ Toto pojetí bylo ještě zvýrazněno v čl. 21 odst. 2, který upravoval možnost napravit původní porušení (když zvolený prostředek nevedl k výsledku) následným chováním, kterým stát dosáhl výsledku požadovaného závazkem nebo ekvivalentního výsledku.²⁰

Jde o velmi specifické situace, kdy povaha primárního závazku vůbec připouští dodatečnou nápravu či ekvivalentní plnění. Takové závazky nejsou v mezinárodním právu až tak běžné, nejvíce připadají v úvahu tam, kde k jejich implementaci dochází ve vnitrostátních právních řádech, jako je tomu při zacházení s jednotlivci. Takovým zvláštním případem může být zejména pravidlo vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků, které se vyvinulo v rámci institutu diplomatické ochrany, ale jako smluvní pravidlo se uplatňuje i pro mechanismy k ochraně lidských práv. To v Agově pojetí vyjadřoval návrh článku 22 (1. čtení).²¹ Jak je vidět, jeho pojetí závazku na dosažení výsledku je navíc spojeno s koncepcí vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků jako hmotněprávního pravidla namísto procesního pravidla.²²

Třebaže na první pohled a zejména názvem se tato kategorizace závazků podobá dělení závazků v systémech evropského kontinentálního práva (*civil law*), ovlivněných tradicí římského práva, při bližším zkoumání vykazuje Agova koncepce značné odlišnosti. Právě možností volby prostředků a následnými pokusy o dosažení požadovaného nebo ne zcela stejného, ale ekvivalentního výsledku se závazek na dosažení výsledku stal podstatně měkčím oproti závazku na konání. Právě to bylo již v době, kdy Komise přijala prozatímně tyto články (v prvním čtení), předmětem kritiky.²³ Jde o to, že Agovo pojetí bylo téměř významově opačné ke stejně pojmenovaným závazkům v tradiční civilistické koncepci, k níž se však hlásí i někteří internacionalisté. V tomto pojetí totiž závazek na konání

¹⁹ ECONOMIDES, C. P. Content of the obligation: Obligation of means and obligation of result. In: CRAWFORD, J. – PELLET, A. – OLLESON, S. (eds). *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 376.

²⁰ “2. When the conduct of the State has created a situation not in conformity with the result required of it by an international obligation, 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 State also fails by its subsequent conduct to achieve the result required of it by that obligation.”

²¹ Art. 11 – Exhaustion of local remedies: “When the conduct of a State has created situation not in conformity with the result required of it by an international obligation concerning the treatment 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.”

²² Ke kritice Agova pojetí viz např. PISILLO MAZZESCHI, R. Le chemin étrange de la due diligence: d'un concept mystérieux à un concept surévalué. In: CASSELA, S. (ed.). *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, s. 326–327; PISILLO MAZZESCHI, R. Exhaustion of Domestic Remedies and State Responsibility for Violation of Human Rights. *The Italian Yearbook of International Law*. 2000, Vol. 10, s. 36–42.

²³ COMBACAU, J. Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponse. In: *Le droit international, unité et diversité: Mélanges offerts à Paul Reuter*. Paris: Pedone, 1981, s. 194; DUPUY, P.-M. Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation State Responsibility. *European Journal of International Law*. 1999, Vol. 10, s. 375–378.

(*obligation of means, obligation de comportement*) obvykle znamená závazek snažit se, respektive vynaložit potřebné úsilí k dosažení nějakého výsledku. Přitom není nutné, aby k tomu výsledku došlo, rozhodující je prokázat rozumně očekávané úsilí. Naopak závazek na výsledek požaduje, aby bylo výsledku skutečně dosaženo, jinak je porušen a nastoupí odpovědnost (ledaže by došlo k liberaci vzhledem k některé z okolností vylučujících protiprávnost).

Jako příklad takového závazku (který ostatně vyjadřuje i koncept *due diligence*) lze uvést povinnost lékaře ve vztahu k pacientovi, kdy musí učinit všechny rozumné a vědecky zdůvodněné kroky v péči o pacienta, ale nelze mluvit *stricto sensu* o povinnosti uzdravit (tj. závazku na výsledek). V oblasti mezinárodního práva, zvláště v současném právu, také existují závazky státu, které nepředstavují absolutní povinnost dosáhnout nějakého výsledku (nebo zabránit určité škodě), ale spíše povinnost využít všechny vhodné prostředky, které má k dispozici. Může jít o závazek zabránit znečištění mezinárodní řeky ze zdrojů na území státu nebo zabránit tomu, aby činnosti soukromých aktérů působících na jeho území zapříčinily škodu jinému státu.²⁴

Nemusí jít jen o závazky bdělosti vztahující se k využívání vlastního území (obecné pravidlo *sic utere tuo ut alienum non laedas*), ale i o preventivní závazky ve vztahu k mezinárodním prostorům. Příkladem může být čl. 194 odst. 1 Úmluvy OSN o mořském právu (1982).²⁵ U podobných závazků, které požadují nezbytná opatření k dosažení cílů, kterými je předcházení, omezení nebo kontrola znečišťování (tj. jak cíl, tak prostředky), není dost dobře možné je jednoznačně klasifikovat jako závazky na specifické konání nebo na výsledek podle někdejších návrhů článků 20 a 21. Podle jejich kritiků je tomu tak proto, že byly koncipovány jako příliš rigidní a zároveň příliš neurčité.²⁶

Kromě toho na mnohé takto formulované závazky se nehodí ani příliš striktně formulovaný návrh článku 23, který se zabývá závazky zabránit určité události (tj. prevenci), tak, že k porušení závazku vždy dochází, nevedlo-li chování státu k dosažení tohoto výsledku.²⁷ I když v praxi k liberaci často stačí, že stát prokáže, že přijal rozumná preventivní opatření, ale přesto k určité události (škodě) došlo, podle původního návrhu čl. 23 by stát stejně nesl odpovědnost. Vyplývá to právě z Agovy koncepce, podle níž jsou preventivní závazky určitým typem závazků na dosažení výsledku, v tomto případě negativně vymezeného tím, že k určité události nedojde. Pozornost se tak upíná k výsledku, ale nerozlišuje se, zda a jaké prostředky k zabránění škody stát přijal. Dovedeno *ad absurdum*, stát, který pro prevenci nic neudělal, by na tom byl z hlediska odpovědnosti stejně jako stát, který vynaložil veškerou možnou péči k zabránění události, která ale přesto nastala. To ovšem nijak nestimuluje státy k preventivním opatřením.

Ač si lze představit, že někdy by mohla být nastavena odpovědnost státu jako striktní odpovědnost za výsledek (*strict liability*), smluvní praxe ani judikatura mezinárodních

²⁴ Viz DUPUY, P.-M. *Reviewing the Difficulties of Codification*, s. 375.

²⁵ „1. Státy učiní všechna nezbytná opatření, která jsou v souladu s touto Úmluvou, k předcházení, omezení a kontrole znečišťování mořského prostředí z jakéhokoliv zdroje; k tomu účelu použijí, podle svých schopností a podle potřeby, buď individuálně, nebo společně nejúčinnější prostředky, které mají k dispozici, a budou koordinovat za tím účelem svoje úsilí.“ (viz sdělení MZV č. 24/0/1996 Sb.).

²⁶ DUPUY, P.-M. *Reviewing the Difficulties of Codification*, s. 377.

²⁷ “When the result required of a State by an international obligation is the prevention, by means of its own choice, of the occurrence of a given event, there is a breach of that obligation only if, by the conduct adopted, the State does not achieve that result.”

soudů a tribunálů toto nepotvrzuje. Spíše to tak dává za pravdu kritickým hlasům, podle nichž preventivní závazky jsou naopak subkategorií závazků na konání (*obligations of conduct*).²⁸

Na základě kritiky původních článků 20 až 23, zejména rozlišování činnostních a výsledných závazků, nejen ze strany nauky, ale i od některých států²⁹ doznal návrh článků v rámci druhého čtení (s novým zvláštním zpravodajem J. Crawfordem) podstatné změny. Komise nevyužila možnosti tyto články přepracovat, ale na návrh zvláštního zpravodaje je zcela vypustila. Tím z konečné verze článků o odpovědnosti států (2001) zmizelo rozlišování závazků podle jejich znění na konání nebo na dosažení výsledku. Tohoto vypuštění je možné litovat, protože různá formulace mezinárodních závazků je objektivní fakt, který má vliv na způsob a časový moment jejich porušení. Určité reziduum této klasifikace zůstalo pouze v komentáři k článku 12,³⁰ kde bylo připomenuto, že znění článku („bez ohledu na jeho původ nebo povahu“). Podle komentáře byly v praxi přijaté různé klasifikace mezinárodních závazků, např. rozlišování mezi závazky na konání a závazky na výsledek. Toto rozlišení může pomoci při určení, kdy nastalo porušení, avšak není to výlučné dělení. Proto se podle komentáře ILC nezdá, že by s sebou neslo specifické důsledky pro tyto články.³¹

Je možné připustit, že formulace mezinárodních závazků je věcí konkrétních primárních pravidel, a tudíž nemusí být řešena na úrovni obecných pravidel o odpovědnosti států.³² Na druhé straně ovšem s vyloučením jak Agovy, tak tradiční (civilistické) koncepce třídění závazků došlo k určitému teoretickému ochuzení finální podoby návrhu článků. Na to, že dnes chybějící rozlišování závazků by bylo užitečné, ostatně poukazují i někteří z kritiků Agovy koncepce.³³ Z praktického pohledu tato mezera pak nepomáhá ani vysvětlit pojem náležitá péče (*due diligence*). Avšak určitý ohlas na vypuštěné články, které upravovaly porušení ve vztahu k určitým typům závazků, zůstal přítomen ve zhuštěné úpravě časové dimenze porušení mezinárodních závazků v článku 14 odst. 3. Zbyla zde ale jen kategorie závazků zabránit určité události. A právě v komentáři k tomuto ustanovení se na jediném místě objevuje pojetí, které do jisté míry relativizuje obsah toho ustanovení, protože připomíná (v duchu *due diligence*), že závazky prevence jsou obvykle formulovány jako závazky na vynaložení úsilí (*best efforts*), ne na výsledek.³⁴

I když tak v nejznámějších kodifikačních dokumentech ILC, tedy člancích o odpovědnosti států (2001) a člancích o odpovědnosti mezinárodních organizací (ARIO, 2011), není rozpracován, pojem *due diligence* se nakonec objevuje v návrhu článků o prevenci přeshraničních škod vyplývajících z nebezpečných činností. Právě zde, v komentáři k návrhu

²⁸ DUPUY, P.-M. *Reviewing the Difficulties of Codification*, s. 379–380.

²⁹ Své připomínky k tomu poslaly zejména Dánsko, Francie, Německo a Velká Británie. Viz UN Doc. A/CN.4/488, s. 46, 66, 67.

³⁰ Art. 12 – Existence of a breach of an international obligation: “There is a breach of an international obligation by a State when an act of that State is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character.”

³¹ Viz *Yearbook of the ILC*. 2001, Vol. II, Part 2, s. 56, § 11.

³² Srov. KOLB, R. *The International Law of State Responsibility: An Introduction*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017, s. 43–45.

³³ COMBACAU, J. – SUR, S. *Droit international public*. Paris: Domat, 2008, s. 550.

³⁴ *Yearbook of the ILC*. 2001, Vol. II, Part 2, s. 62, § 14: “Obligations of prevention are usually construed as best efforts obligations, requiring States to take all reasonable or necessary measures to prevent a given event from occurring, but without warranting that the event will not occur.”

článku 3 (Prevence),³⁵ je podrobněji popsána povaha závazku předcházet přeshraniční škodě jako *due diligence*.³⁶ Je to celkem pochopitelné, protože závazky tohoto typu (bdělosti, náležitá péče) se často objevují ve smlouvách týkajících se přeshraničního znečišťování či obecněji ochrany životního prostředí.

Není to však zdaleka jediná oblast, kde se vyskytují preventivní závazky úzce spojené s pojmem náležitá péče. O tom svědčí pohled na judikaturu mezinárodních soudů.

2. „Náležitá péče“ jako standard aplikovaný mezinárodními soudy

2.1 Vznik standardu

Pojem *due diligence* není rozhodně omezen na jednu konkrétní oblast mezinárodního práva. Z historického pohledu se tento pojem poprvé objevil v 19. století, a to v kontextu právního režimu neutrality.³⁷ Je spojen se slavným případem *Alabama* mezi USA a Velkou Británií (1872), kde šlo o to, zda bylo povinností neutrálního státu nedovolit na svém území výstavbu a vyzbrojení válečných lodí, když tyto lodě se měly zapojit do ozbrojeného konfliktu. Na základě podmínek a otázek obsažených ve zvláštní dohodě (*compromis*) se arbitrážní tribunál vyslovil k otázce *due diligence*. Ve svém rozhodnutí tribunál zdůraznil, že požadovaný standard péče je v proporci k rizikům, jež vznikají válčící straně v důsledku opomenutí neutrála a prostředkům, které má neutrální stát k omezení soukromých aktivit na svém území.³⁸

Podstatně častěji se však požadovaný standard péče, i když různě nazývaný, objevoval v arbitrážních sporech z diplomatické ochrany, kde šlo o škodu utrpěnou cizími občany na území žalovaného státu, často též v kontextu povstání. Klíčovou otázkou bylo, zda stát neporušil minimální standard zacházení s cizinci, který zahrnuje i povinnost ochrany cizinců a přijetí všech potřebných a dostupných preventivních opatření. Z mnoha rozhodnutí je možné jako příklad zmínit případ *Prats* (1868)³⁹ nebo *Spanish Zone of Morocco Claims* (1925).⁴⁰ V posledně uvedeném nálezu rozhodce Max Huber přímo spojil požadovanou péči s prostředky (*means*), které má stát k dispozici. Stát tudíž není povinen použít prostředky, které nemá, protože to by šlo nad rámec toho, co bylo možné od něho rozumně očekávat. Jde mimo jiné o promítnutí obecné právní zásady *ad impossibile nemo tenetur*.

Tento argument je zásadní pro pochopení pojmu náležitá péče. Objevuje se pak v novějších dokumentech (např. ILC články o prevenci přeshraničních škod) a v judikatuře Mezinárodního soudního dvora a některých dalších tribunálů.

³⁵ “The State of origin shall take all appropriate measures to prevent significant transboundary harm or at any event to minimize the risk thereof.”

³⁶ Yearbook of the ILC. 2001, Vol. II, Part 2, s. 154, § 7: “The obligation of the State of origin to take preventive or minimization measures is one of due diligence. It is the conduct of the State of origin that will determine whether the State has complied with its obligation under the present articles. The duty of due diligence involved, however, is not intended to guarantee that significant harm be totally prevented, if it is not possible to do so. In that eventuality, the State of origin is required, as noted above, to exert its best possible efforts to minimize the risk. In this sense, it does not guarantee that the harm would not occur.”

³⁷ KOLB, R. *The International Law of State Responsibility*, s. 62–63.

³⁸ MOORE, J. B. *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*. Vol. I. Washington, 1898, s. 654–655.

³⁹ US/Mexico Claims Commission; viz MOORE, J. B. *History and Digest of the International Arbitrations*. Vol. III, s. 2893–2894.

⁴⁰ UN Reports on International Arbitral Awards. Vol. II, s. 644.

V souvislosti s tímto pojmem se často uvádí také rozsudek MSD ve věci Korfského průlivu (*Corfu Channel*, 1949).⁴¹ V tomto poměrně stručném výroku, na který se ale velmi často odkazuje v různých souvislostech, nešlo ani o aplikaci práva neutrality,⁴² ani o tehdy sotva vznikající právo životního prostředí. Hlavní důraz byl položen na zásadu svobodné námořní plavby a na „závazek každého státu vědomě nepřipustit, aby jeho území bylo využíváno pro jednání odporující právům jiných států“.⁴³ Soud konstatoval, že albánské úřady neučinily všechny kroky nezbytné k tomu, aby varovaly lodě v blízkosti nebezpečné oblasti. Z toho, že neučinily nic, aby tragédii zabránily, tedy opomenutí (*omissions*), byla dovozena mezinárodní odpovědnost Albánie.

I když citovaný rozsudek nerozebírá podrobněji povahu závazku znějícího na prevenci, ani výslovně nepojmenovává *due diligence*, tento pojem tam je implicitně obsažen. Proto na něj mohl MSD navázat ve své novější judikatuře.

2.2 Využití pojmu náležitě péče v oblasti práva životního prostředí

První výrazným příkladem jeho převzetí a konkretizace je rozsudek MSD ve věci *Pulp Mills* (2010).⁴⁴ Soud zde konstatoval, že „zásada prevence jakožto obyčejové pravidlo nachází svůj původ v péči požadované (*due diligence*) od státu na jeho území“. Stát je tak povinen uplatnit všechny prostředky, které má k dispozici, aby vyloučil, že aktivity, jež se odehrávají na jeho území nebo v každé oblasti podléhající jeho jurisdikci, nezpůsobí významnou škodu na životním prostředí jiného státu.⁴⁵

Soud tak vyvodil dedukci ze zásady prevence a s odkazem na pojem *due diligence* poměrně dalekosáhlé povinnosti státu v ochraně životního prostředí, a to včetně povinnosti provést studii vlivu na životní prostředí (*environmental impact assessment*), a to ještě před povolením plánované průmyslové činnosti, která může způsobit významnou přeshraniční škodu.⁴⁶ Jak je zřejmé, MSD dokázal využít konceptu náležitě péče k interpretaci jak obyčejové zásady prevence, tak smlouvy upravující režim řeky Uruguay, aby dovedl některá nová konkrétní pravidla.⁴⁷

V tomto nastoupeném trendu pak MSD pokračoval ve spojeném případě mezi Kostarikou a Nicaraguou (2015).⁴⁸ Soud zde s odkazem na *due diligence* rozšířil povinnost provést studii vlivu pro každou činnost, která může mít významný přeshraniční vliv na životní prostředí, a dále dovedl závazek informovat a konzultovat v dobré víře se státem, který může být dotčen, pokud to je nezbytné k určení vhodných opatření k prevenci nebo omezení tohoto rizika.⁴⁹

⁴¹ *Corfu Channel case (UK v. Albania)*. ICJ Reports 1949, s. 4.

⁴² Právě proto, že k poškození britských lodí minami nedošlo v rámci ozbrojeného konfliktu, MSD založil své zdůvodnění na základních ohledech lidskosti (*elementary considerations of humanity*), určitých obecných a všeobecně uznaných zásadách, které platí v době míru stejně jako v době války.

⁴³ *Ibidem*, s. 22.

⁴⁴ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*. Judgment, ICJ Reports 2010, s. 14 an.

⁴⁵ *Pulp Mills on the River Uruguay*, *ibidem*, § 101.

⁴⁶ *Ibidem*, § 204.

⁴⁷ Srov. KERBRAT, Y. Le standard de due diligence, catalyseur d'obligations conventionnelles et coutumières pour les Etats. In: CASSELA, S. (ed.). *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, s. 34–36.

⁴⁸ *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*. ICJ Reports, s. 665.

⁴⁹ *Ibidem*, § 141.

Kromě Mezinárodního soudního dvora s pojmem *due diligence* pracují i některé jiné mezinárodní soudy a tribunály. Významným způsobem přispěl k jeho interpretaci a aplikaci také Mezinárodní tribunál pro mořské právo. Jeho senát pro spory týkající se mořského dna vydal v roce 2011 posudek k otázce týkající se právních povinností států, smluvních stran Úmluvy OSN o mořském právu vzhledem k jimi sponzorovaným činnostem osob v Oblasti mořského dna.⁵⁰ Jedná se o skutečně důkladný rozbor jak povahy samotného pojmu, tak jeho důsledků pro povinnosti státu sponzorujícího soukromé aktivity v Oblasti, včetně jeho odpovědnosti za tímto způsobené škody. Tribunál nejprve konstatoval, že *due diligence* je variabilní pojem, jehož obsah se může měnit ve světle nového vědeckého poznání a vzhledem k rizikům spojeným s činností.⁵¹

Podle názoru Tribunálu pak závazek náležitě péče „vyžaduje od sponzorujících států, aby přijaly všechna vhodná opatření k zabránění škody, která by mohla vzniknout z činností kontraktorů, které sponzorují“. Nadto pak posudek z tohoto závazku dovozuje povinnost státu přijmout předběžnou opatrnost (*precautionary approach*), tedy uplatnit ta opatření i v situacích, kde jsou nedostatečné vědecké důkazy o rozsahu a možném negativním účinku dotyčných aktivit, ale existují věrohodné indicie možných rizik. Proto by „sponzorující stát nesplnil svou povinnost náležitě péče, kdyby neval v úvahu tato rizika“.⁵²

Ve výrokové části pak posudek opět uvádí, že závazek státu zajistit, aby kontraktóři dodržovali podmínky kontraktu a povinnosti podle Úmluvy, je závazkem „náležitě péče“. Sponzorující stát je zavázán vynaložit nejlepší možné úsilí (*best possible efforts*) k zajištění, aby to kontraktóři dodržovali. Legislativní a administrativní opatření, která stát musí ve svém právním řádu přijmout, mají být „rozumně přiměřená“ (*reasonably appropriate*).⁵³

Stát rovněž neodpovídá za škodu způsobenou soukromým subjektem (kontraktorem), jehož žádost o průzkum či těžbu sponzoroval podle čl. 153 odst. 2(b), kterýžto kontraktor neplní závazky, „jestliže tento účastnický stát přijal právní předpisy a učinil správná opatření, které jsou v rámci jeho právního systému v rozumné míře vhodné pro zajištění plnění závazků osobami pod jeho jurisdikcí“ (čl. 4 odst. 4 Přílohy III).

Pokud jde o otázku odpovědnosti sponzorujícího státu, ta je podle posudku podmíněna porušením *due diligence* a vznikem škody. To, že sponzorovaný kontraktor porušil své závazky, samo o sobě nevede ke vzniku odpovědnosti na straně státu. Odpovědnost sponzorujícího státu vznikne jen tehdy, když je jeho zanedbání povinností náležitě péče v příčinné souvislosti (*causal link*) se vzniklou škodou.⁵⁴

Třebaže jde o odpověď na velmi specifickou otázku týkající se odpovědnosti za činnost v Oblasti mořského dna, tato konstrukce se může uplatnit i v mnoha dalších oblastech mezinárodního práva, kde určitá škoda byla způsobena nikoli samotným chováním státu, ale v souvislosti s porušením preventivního závazku založeného na standardu náležitě péče.

⁵⁰ *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area* (Advisory Opinion, 1 February 2011), ITLOS Reports 2015.

⁵¹ *Ibidem*, s. 34, § 117: “The content of “due diligence” obligations may not easily be described in precise terms. Among the factors that make such a description difficult is the fact that “due diligence” is a variable concept. It may change over time as measures considered sufficiently diligent at a certain moment may become not diligent enough in light, for instance, of new scientific or technological knowledge. It may also change in relation to the risks involved in the activity.”

⁵² *Ibidem*, s. 46, § 131.

⁵³ *Ibidem*, s. 74, § 242 (3).

⁵⁴ *Ibidem*, s. 76, § 242 (4).

2.3 Náležitá péče a prevence genocidy

Nehledě na svůj původ v oblasti cizineckých režimů a později širšího uplatnění v mezinárodním právu životního prostředí, jedním z nejznámějších příkladů uplatnění pojmu *due diligence* v judikatuře Mezinárodního soudního dvora se stal jeho rozsudek ve věci *Bosnia Genocide*, týkající se aplikace Úmluvy o předcházení a trestání zločinu genocidia.⁵⁵ Je pochopitelné, že tam obsažená analýza má význam pro výklad tohoto konceptu.⁵⁶

V tomto případě MSD nejprve potvrdil, že na základě článku IX Úmluvy (1948)⁵⁷ má pravomoc rozhodovat o tomto sporu, a to včetně otázky odpovědnosti státu (Srbska) za spáchání genocidy.⁵⁸ Poté Soud konstatoval, že má-li být stát odpovědný za porušení závazku nespáchat genocidu, musí být prokázáno, že byla spáchána genocida, jak je definována v Úmluvě.⁵⁹ Po důkladném zkoumání situace v Bosně a Hercegovině, včetně využití důkazů z případů rozhodovaných Mezinárodním trestním tribunálem pro bývalou Jugoslávii (ICTY), došel MSD k závěru, že události ve Srebrenici v červenci 1995, naplnily znaky genocidy.⁶⁰

Následně Soud zkoumal, zda může být dovozena mezinárodní odpovědnost žalovaného státu (Srbska) v souvislosti s masakry spáchanými v oblasti Srebrenice. K tomu MSD potřeboval zjistit, zda činy (představující genocidu nebo další formy trestné součinnosti uvedené v článku III Úmluvy) byly spáchány orgány nebo osobami, jejichž jednání se přičítá žalovanému státu podle obvyčejových pravidel o odpovědnosti států.⁶¹

MSD nejprve vyloučil odpovědnost za činy ve Srebrenici založenou na přímé či nepřímé účasti armády nebo jiných orgánů Svazové republiky Jugoslávie (SRJ, předchůdce Srbska) na vojenských operacích bosenskými Srby. Následně zkoumal možnost přičitatelnosti

⁵⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Judgment, I.C.J. Reports 2007, s. 43.

⁵⁶ Viz např. VAN DEN HERIK, L. – IRVING, E. *Due Diligence and the Obligation to Prevent Genocide and Crimes Against Humanity*. In: KRIEGER, H. et al. (eds). *Due Diligence in the International Legal Order*, s. 200–216; FORLATI, S. *L'objet des différentes obligations primaires de diligence: prévention, cessation, répression...?* In: CASSELA, S. (ed.). *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, s. 41–44.

⁵⁷ „Spory mezi smluvními stranami týkající se výkladu, provádění nebo plnění této Úmluvy, včetně sporů týkajících se odpovědnosti státu za genocidium nebo za kterýkoli z ostatních činů vypočtených v článku III, předkládají se na žádost kterékoli sporné strany k projednání Mezinárodnímu soudnímu dvoru.“ (viz vyhl. MZV č. 32/1955 Sb.).

⁵⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Judgment, I.C.J. Reports 2007, § 166: “Under Article I the States parties are bound to prevent such an act, which it describes as “a crime under international law”, being committed. The Article does not expressis verbis require States to refrain from themselves committing genocide. However, in the view of the Court, taking into account the established purpose of the Convention, the effect of Article I is to prohibit States from themselves committing genocide. Such a prohibition follows, first, from the fact that the Article categorizes genocide as “a crime under international law”: by agreeing to such a categorization, the States parties must logically be undertaking not to commit the act so described. Secondly, it follows from the expressly stated obligation to prevent the commission of acts of genocide. That obligation requires the States parties, inter alia, to employ the means at their disposal, in circumstances to be described more specifically later in this Judgment, to prevent persons or groups not directly under their authority from committing an act of genocide or any of the other acts mentioned in Article III. It would be paradoxical if States were thus under an obligation to prevent, so far as within their power, commission of genocide by persons over whom they have a certain influence, but were not forbidden to commit such acts through their own organs, or persons over whom they have such firm control that their conduct is attributable to the State concerned under international law. In short, the obligation to prevent genocide necessarily implies the prohibition of the commission of genocide.”

⁵⁹ *Ibidem*, § 180.

⁶⁰ *Ibidem*, § 290.

⁶¹ *Ibidem*, § 379.

jednání ozbrojených sil bosenských Srbů na základě principu kontroly SRJ (orgánů v Bělehradě). Soud aplikoval standard „efektivní kontroly“ a dovedl, že se neprokázalo, že masakry ve Srebrenici byly spáchány podle pokynů nebo pod vedením orgánů žalovaného státu, nebo že žalovaný stát vykonával efektivní kontrolu nad operacemi, během nichž byly spáchány masakry.⁶²

V situaci, kdy Soud nemohl dovést přičitatelnost genocidy ve Srebrenici žalovanému státu podle pravidel mezinárodního práva, musel vyloučit odpovědnost Srbska na tomto základě. Proto MSD pak obrátil pozornost k odpovědnosti státu za porušení závazku zabránit zločinu genocidia podle článku I Úmluvy.

V tomto kontextu se Soud nejdříve zabýval povahou tohoto závazku. Podle Soudu je jasné, že příslušný závazek je závazek na konání, a nikoliv na dosažení výsledku v tom smyslu, že stát nemůže mít povinnost za všech okolností uspět v zabránění genocidii. Závazek států znamená spíše využít všech dostupných prostředků, aby pokud možno zabránil genocidě.⁶³ Podle MSD tak stát nenese odpovědnost jen proto, že nebylo dosaženo požadovaného výsledku, avšak odpovědnost vznikne, pokud stát zjevně opomenul přijmout všechna opatření, která byla v jeho moci a jimiž mohl přispět k zabránění genocidě.⁶⁴

V tomto rozsudku tak Soud zdůraznil význam pojmu *due diligence* ve vztahu k závazku zabránit zločinu genocidia. Význam rozsudku však spočívá nejen v obecném potvrzení tohoto standardu pro odpovědnost státu za činy spáchané jednotlivci nebo ozbrojenými skupinami, jejichž chování se státu nepřičítá ani na základě jejich kontroly. Soud totiž při aplikaci standardu *in concreto* blíže nastínil, co a za jakých podmínek může být od státu požadováno, aby prokázal náležitou péči, kterou se může zbavit své mezinárodní odpovědnosti.

Při posuzování toho, zda se stát náležitě zhostil své povinnosti, se musí posoudit více parametrů. Na prvním místě mezi ně patří schopnost účinně ovlivnit (*capacity to influence effectively*) jednání osob, které mohou spáchat nebo již spáchaly genocidu. Tato schopnost závisí mimo jiné na geografické vzdálenosti dotyčného státu od místa událostí, síle politických vazeb i jiných vazeb mezi orgány státu a hlavními aktéry událostí. Jak ale připomněl MSD, je jasné, že každý stát může jednat pouze v mezích dovolených mezinárodním právem. Na druhé straně není z hlediska případné odpovědnosti relevantní, zda stát tvrdí nebo dokonce prokáže, že i kdyby využil všechny dostupné prostředky, nebyly by dostatečné k zabránění spáchání genocidy.⁶⁵

Další podmínkou pro odpovědnost státu za zanedbání prevence je, že genocida byla skutečně spáchána.⁶⁶ Soud zde odkázal na obecné pravidlo mezinárodního práva, formulované v článku 14 odst. 3 ILC článků o odpovědnosti států, které řeší časový moment

⁶² Ibidem, § 386, 391, 400, 413.

⁶³ Ibidem, § 430: “the obligation in question is one of conduct and not one of result, in the sense that a State cannot be under an obligation to succeed, whatever the circumstances, in preventing the commission of genocide: the obligation of States parties is rather to employ all means reasonably available to them, so as to prevent genocide so far as possible.”

⁶⁴ Ibidem, § 430: “A State does not incur responsibility simply because the desired result is not achieved; responsibility is however incurred if the State manifestly failed to take all measures to prevent genocide which were within its power, and which might have contributed to preventing the genocide.”

⁶⁵ Ibidem, § 430.

⁶⁶ Ibidem, § 431.

porušení mezinárodního závazku.⁶⁷ Tato podmínka pro vznik odpovědnosti za zanedbání prevence však neznamená, že tato povinnost zabránit genocidě státu vzniká až v okamžiku, kdy začíná páchání genocidy. To by bylo absurdní, protože smyslem prevence je alespoň pokusit se zabránit, aby k činu došlo. Ve skutečnosti povinnost státu vzniká v okamžiku, kdy se stát dozví nebo by se normálně měl dozvědět o vážné hrozbě, že dojde ke genocidě.⁶⁸

Na tomto základě pak Soud zhodnotil fakta případu. Nejprve konstatoval, že v rozhodném období měla SRJ takový vliv na bosenské Srby, kteří naplánovali a provedli genocidu ve Srebrenici, jak žádná jiná smluvní strana Úmluvy, vzhledem k silným politickým, vojenským a finančním vazbám.⁶⁹ Dále Soud poznamenal, že SRJ byla vázána velmi specifickými závazky na základě dvou nařízení (*Orders*) o prozatímních opatřeních vydaných MSD v roce 1993.⁷⁰ Konečně Soud připomněl, že ač o tom nenašel zcela jisté důkazy, orgány v Bělehradě stěžejí mohly nevědět o vážné hrozbě genocidy, jakmile se ozbrojené síly Republiky Srbské v Bosně rozhodly obsadit srebrenickou enklávu.⁷¹ Přesto žalovaný stát neprokázal, že podnikl jakékoliv kroky, aby zabránil masakrům v Srebrenici.⁷²

Pro úplnost je vhodné dodat, že MSD se poté ještě zabýval druhou složkou závazku, kterou je vedle prevence i trestání zločinu genocidia. Soud konstatoval, že vzhledem k znění článku VI Úmluvy (teritoriální jurisdikce) nemůže být Srbsko obviněno z toho, že se nepokusilo soudit před svými soudy osoby podezřelé ze spáchání genocidy v Srebrenici, tedy mimo jeho vlastní území.⁷³ Srbsko však nesplnilo povinnost spolupracovat s „mezinárodním trestním tribunálem“ zmíněným v článku VI, což byl prakticky ICTY. Na základě prozkoumaných důkazů pak MSD došel k závěru, že žalovaný stát nesplnil svou povinnost plně spolupracovat s ICTY.⁷⁴

Z analýzy MSD tak vyplývá, co znamená povinnost náležitě péče ve vztahu k prevenci určité události. Jde o závazek na konání, ne na dosažení výsledku. Povinnost státu vzniká v okamžiku, kdy se dozvěděl o riziku. Odpovědnost mu však vznikne při splnění několika podmínek: měl určité prostředky, jak se pokusit o zabránění události, ale nevyužil všechny rozumně použitelné (a současně legální) prostředky, a navíc k události, v tomto případě ke spáchání genocidy, skutečně došlo.

Třebaže tento rozsudek MSD se týká výkladu specifického závazku k prevenci genocidy, obsaženého v článku I Úmluvy (1948), je ve své analýze ve shodě s jinými judikáty mezinárodních soudů, které se zabývají závazky prevence a *due diligence* v jiných oblastech, včetně ochrany životního prostředí. Proto je možné v další části tohoto příspěvku přistoupit k pokusu o syntézu a formulaci pracovních závěrů.

⁶⁷ “3. The breach of an international obligation requiring a State to prevent a given event occurs when the event occurs and extends over the entire period during which the event continues and remains not in conformity with that obligation.”

⁶⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, ibidem, § 431: “In fact, a State’s obligation to prevent, and the corresponding duty to act, arise at the instant that the State learns of, or should normally have learned of, the existence of a serious risk that genocide will be committed.”

⁶⁹ Ibidem, § 434.

⁷⁰ Ibidem, § 435.

⁷¹ Ibidem, § 436.

⁷² Ibidem, § 431: “Yet the Respondent did not show that it took any initiative to prevent what happened, or any action on its part to avert the atrocities which were committed.”

⁷³ Ibidem, § 442.

⁷⁴ Ibidem, § 443–449.

3. Zhodnocení povahy a perspektiv pojmu náležitě péče

Ačkoliv se obecně uznává, že pojem náležitě péče vznikl v oblastech práva neutrality a úpravy zacházení s cizinci, postupně se rozšířil do mnoha dalších oblastí mezinárodního práva. Nejčastěji se s ním lze setkat v mezinárodním právu životního prostředí, včetně mořského práva, úpravy využívání mezinárodních vodních toků, nebo právní regulace klimatických změn.⁷⁵ V modifikované podobě má však uplatnění také v ochraně lidských práv,⁷⁶ mezinárodním humanitárním právu a mezinárodním trestním právu, včetně úpravy boje proti terorismu, a právu mezinárodní bezpečnosti.⁷⁷ Kromě toho se promítá také do mezinárodního ekonomického práva, od mezinárodního obchodu, financí až po ochranu mezinárodních investic.⁷⁸

Je zřejmé, že specifické aspekty *due diligence* v jednotlivých odvětvích mezinárodního práva zasluhují zvláštní pozornost. Tento příspěvek se ale více zaměřil na vznik a vývoj konceptu z hlediska pravidel o odpovědnosti státu za mezinárodně protiprávní chování.

Přes jeho narůstající výskyt a oblibu ve smluvní a soudní praxi však zůstává na teoretické úrovni poměrně obtížně zařaditelným pojmem. Nejčastěji se označuje jako koncept, popřípadě standard, neboť je stěží uchopitelný jako princip nebo pravidlo, a to i přesto, že zpráva Studijní skupiny ILA a někteří autoři naznačují, že jde o obecnou zásadu.⁷⁹ Je tomu tak proto, že *due diligence* nemá povahu samostatné normy mezinárodního práva, která by státům ukládala bezprostředně působící povinnost chování. Místo toho je tento pojem obsažen v primárních normách, které požadují od státu bdělost či náležitou péči, zpravidla v rámci závazku prevence určité škody nebo obávané události.⁸⁰

Z toho pak vyplývá, že tento pojem závisí jak na konkrétní úpravě (v dané primární normě), tak na posouzení *in concreto* všech okolností případu, zda dané chování státu bylo rozumné a přiměřené za těchto okolností. Je třeba posuzovat státem přijatá, nebo nepřijatá, ale žádoucí opatření ve světle faktických okolností a možností daného státu.

Na druhé straně standard *due diligence* představuje normativní příkaz požadované péče, bdělosti či opatrnosti, jehož porušení má právní následky. Proto při hledání odpovědi na otázku, zda patří pouze k obsahu speciálních primárních pravidel v určitých oblastech, nebo k obecným sekundárním pravidlům, jež upravují vznik odpovědnosti států, se mohou úspěšně hájit různé názory. O tom koneckonců svědčí také fluktuace názorů při kodifikaci pravidel o odpovědnosti v Komisi pro mezinárodní právo. Výsledná kom-

⁷⁵ Viz např. VIÑUALES, J. E. *Due Diligence in International Environmental Law: A Fine-grained Cartography*. In: KRIEGER, H. et al. (eds). *Due Diligence in the International Legal Order*, s. 111 an.; FITZMAURICE, M. *Due Diligence in the Use of International Watercourses*, ibidem, s. 129 an.

⁷⁶ Viz např. BAADE, B. *Due Diligence and the Duty to Protect Human Rights*. In: KRIEGER, H. et al. (eds). *Due Diligence in the International Legal Order*, s. 92 an.; RASPAIL, H. *Due diligence et droits de l'homme*. In: CASSELA, S. (ed.). *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, s. 107 an.

⁷⁷ Viz např. LANGOBARDO, M. *Due Diligence in International Humanitarian Law*. In: KRIEGER, H. et al. (eds). *Due Diligence in the International Legal Order*, s. 183 an.; WHITE, N. D. *Due Diligence, the UN, and Peacekeeping*. In: KRIEGER, H. et al. (eds). *Due Diligence in the International Legal Order*, s. 217 an.

⁷⁸ Viz např. KRAJEWSKI, M. *Due Diligence in International Trade Law*. In: KRIEGER, H. et al. (eds). *Due Diligence in the International Legal Order*, s. 312 an.; RAJPUT, A. *Due Diligence in International Investment Law: From the Law of Aliens to Responsible Investment*, ibidem, s. 273 an.

⁷⁹ Viz ILA Study Group on Due Diligence in International Law, Second Report (2016), s. 3. KOIVUROVA, T. *What is the Principle of Due Diligence*. In: PETMAN, J. – KOSKENNIEMI, M. (eds). *Nordic Cosmopolitanism: Essays in International Law for Marti Koskeniemi*. Leiden, 2003, s. 341 an.

⁸⁰ Viz KOLB, R. *The International Law of State Responsibility: An Introduction*, s. 64–65.

promisní podoba článků o odpovědnosti států byla spojena se škrtáním a vyloučením klasifikace (teorie) mezinárodních závazků do sféry konkrétních primárních pravidel. Tím došlo k určitému ochuzení kodifikačního návrhu (oproti tomu, co předkládali zvláštní zpravodajové García Amador a Ago).

Na formulaci závazků přece jen záleží, kdy a jakým konáním nebo opomenutím státu bylo naplněno porušení, které zakládá jeho odpovědnost. Přes velkou pestrost primárních závazků představuje *due diligence* obecnou formuli či standard. Vedle toho tam jsou proměnné prvky (*elements of flexibility*), jež tvoří zejména stupeň kontroly nad územím, výše rizika, nebo znalosti o činnosti a možném nebezpečí.⁸¹

Proto lze hovořit o společném základu a flexibilním obsahu tohoto pojmu, který se pohybuje na rozhraní primárních a sekundárních pravidel mezinárodního práva. Je poměrně pružným nástrojem, který umožňuje stanovit, anebo také vyloučit odpovědnost státu.

Zdá se, že tento poměrně dávno vzniklý pojem je velmi dobře použitelný dnes i v budoucnosti. S tím, jak se rozšiřuje záběr mezinárodněprávní regulace, přibývá závazků států i ve vztahu k činnostem (nové technologie a rizika), prostorům (mořské dno, kosmický prostor) a osobám (jednotlivci, soukromé korporace), které státy mohou jen stěží efektivně kontrolovat. Současně není reálné, aby státy v takových situacích přijímaly přísné závazky (na dosažení výsledku) a akceptovaly objektivní odpovědnost (*strict liability*). Naopak závazky znějící na konání v podobě vynaložení úsilí v kombinaci se standardem „náležitá péče“ ze strany státních orgánů jsou flexibilním řešením, které současné mezinárodní právo často využívá. Vnášejí do jinak objektivizované konstrukce mezinárodní odpovědnosti potřebný subjektivní prvek, avšak v moderním pojetí, které se nemusí vracet k tradičnímu pojetí zavinění, jež se pro odpovědnost států nehodí.⁸²

Tyto závazky dovolují rozvíjet mezinárodní spolupráci v různých oblastech při respektování principu svrchované rovnosti států. I když se někdy mohou jevit jako měkké závazky, jindy jsou naopak cestou k posílení odpovědnosti států. Proto lze předpokládat, že pro pojem náležitá péče (*due diligence*) v mezinárodním právu bude široké uplatnění i v budoucnosti.

⁸¹ PISILLO MAZZESCHI, R. *Le chemin étrange de la due diligence: d'un concept mystérieux à un concept surévalué*, s. 333.

⁸² *Ibidem*, s. 336–337.

“Due Diligence” in International Law: a General Concept with Variable Content

Pavel Šturma

Abstract: Although it is generally acknowledged that the concept of due diligence originated in the areas of the law of neutrality and the regulation of the treatment of aliens, it has gradually spread to many other areas of international law, including international environmental law or investment law. It is clear that specific aspects of due diligence in individual sectors of international law deserve special attention. However, this paper focused more on the origins and development of the concept in terms of rules on the responsibility of States for internationally wrongful acts. However, despite its growing occurrence and popularity in treaty practice and case law, it remains a relatively difficult concept to classify at the theoretical level. This is because due diligence is not by its nature an alone standing rule of international law which would impose an immediate duty of conduct on States. Instead, this concept is included in primary rules, which require due care from the State, usually as part of an obligation to prevent a certain damage. It follows that the content of responsibility depends both on the specific obligation (in the given primary rule) and on the assessment in concreto of all circumstances of the case, whether the given conduct of the State (means or efforts adopted) was reasonable and proportionate in these circumstances. It is a general concept with flexible content that allows for the determination or exclusion of State responsibility.

Key words: due diligence, International Law Commission, obligations of conduct, obligations of result, prevention, state responsibility