

**ZBORNÍK ŠTUDENTSKÝCH
PRÍSPEVKOV**



**VYBRANÉ OTÁZKY
MEDZINÁRODNÉHO PRÁVA
Číslo 4**

Univerzita Komenského v Bratislave
Právnická fakulta
2023

Recenzenti/ Reviewers:

Prof. JUDr. PhDr. Miroslav Slašťan, PhD.
Doc. JUDr. Andrej Beleš, PhD.
Doc. JUDr. Katarína Burdová, PhD.
Doc. JUDr. Peter Lysina, PhD.
Doc. Mgr. Liudmyla Golovko, PhD.
JUDr. Lukáš Mareček, PhD.
Mgr. Ondrej Ružička, PhD.
Mgr. Sandra Žatková, PhD.

Zostavovatelia/Assemblers:

Laura Bugajová
Lilla Ozoráková

Vybrané otázky medzinárodného práva súkromného a verejného: zborník študentských príspevkov / zostavovatelia: Laura Bugajová, Lilla Ozoráková - 1. vyd. – Bratislava : Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2023. – 79 s.
ISBN 978-80-7160-682-6

- Medzinárodné právo súkromné
- Medzinárodné právo verejné
- Zborníky

Príspevky neboli redakčne a jazykovo upravené.

Zborník je výstupom študentov Univerzity Komenského v Bratislave, Právnickej fakulty za letný semester roku 2021/2022 a zimný semester roku 2022/2023.

OBSAH

Medzinárodné právo súkromné

Ján Keselý

Obchádzanie zákona v slovenskom medzinárodnom práve súkromnom

Damián Palašta

Právo členských štátov určiť podmienky pre využívanie svojich energetických zdrojov (čl. 194 ZFEÚ)

Medzinárodné právo verejné

Ján Keselý

Zásada pacta sunt servanda v praxi

Ján Ševčík

Okolnosti vylučujúce protiprávnosť v medzinárodnom práve verejnom

Elisa Andreolli

Assessing the Italy-Libya Memorandum of Understanding (2017): A Critical Evaluation of Successes and Challenges amidst Socio-Political Complexity

Marek Janček

The International Criminal Court and the conflict between the Russian Federation and Ukraine

Damián Palašta

Territorial disputes in the South China Sea

Malachy Tuohy

War crimes, international law and the urgent need for reform

MEDZINÁRODNÉ PRÁVO SÚKROMNÉ

OBCHÁDZANIE ZÁKONA V SLOVENSKOM MEDZINÁRODNOM PRÁVE SÚKROMNOM

Ján Keselý

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Abstract: The aim of this work is to stimulate further discussions about the institute of circumvention of the law in Slovak private international law, and to contribute to it with our views on the issue. After the introductory part and a brief description of this institute, we analyze it from the perspective of its possible forms, requirements and legal consequences.

Abstrakt: Cieľom tejto práce je podnietiť ďalšie diskusie o inštitúte obchádzania zákona v slovenskom medzinárodnom práve súkromnom, a prispieť do nej aj svojim pohľadom na danú problematiku. Po úvodnej časti a stručnej charakteristike tohto inštitútu, analyzujeme obchádzanie slovenského medzinárodného práva súkromného z perspektívy jeho možných podôb, náležitostí a právnych následkov.

Keywords: circumvention of law, private international law, simulation of legal acts, absolute invalidity

Kľúčové slová: obchádzanie zákona, medzinárodné právo súkromné, simulovanie právnych úkonov, absolútna neplatnosť

1. ÚVOD

Obchádzanie zákona je z hľadiska práva nežiadúcim javom. Do určitej miery je však pre ľudskú povahu takéto konanie príznačné. Zrejme vždy totiž budú existovať aj také subjekty práva, ktoré budú pre dosiahnutie svojich cieľov ochotné pohybovať sa aj na hranici zákona, prípadne zájsť ešte ďalej. Vzhľadom na to, že záväzné pramene práva nie sú schopné predpokladať úplne všetky situácie, ktoré môžu nastať, právna úprava má stále slabé miesta, ktoré sa niektoré subjekty snažia využiť vo svoj prospech. Je úlohou zákonodarcu a orgánov verejnej moci oprávnených záväzne vykladať právo, aby sa vedeli s takýmito praktikami čo najefektívnejšie vysporiadať. Táto práca sa orientuje na osobitosti inštitútu obchádzania zákona v slovenskom medzinárodnom práve súkromnom. Po jeho stručnej charakteristike sa venujeme možným schémam, v ktorých sa prejavuje, a ich vzájomným odlišnosťami, zaoberáme sa jeho náležitosťami, vzťahom k slovenskému súkromnému právu ako takému, a otázkou právnych následkov takéhoto konania. Samostatná podkapitola je venovaná simulovaniu právnych úkonov v slovenskom medzinárodnom práve súkromnom a jeho vzťahu k inštitútu obchádzania medzinárodného súkromného práva. Syntézu vyjadrení jednotlivých autorov a poukazovanie na ich názorové kontradiKCie na vybraných miestach dopĺňame aj svojim pohľadom na problematiku. V práci čerpáme aj zo starších diel v úmysle podporiť význam prezentovaných myšlienok pohľadom odborníkov z minulého storočia.

2. VŠEOBECNÁ CHARAKTERISTIKA

Obchádzanie zákona (lat. konanie in fraudem legis)¹ vo všeobecnosti spočíva vo vylúčení právne záväzného pravidla zámerným použitím prostriedkov, ktoré samy o sebe nie sú zákonom zakázané, v dôsledku čoho sa z hľadiska pozitívneho práva nastolený stav javí ako nenapadnuteľný. Konajúci subjekt sa teda chová formálne podľa práva, ale tak, aby zámerne dosiahol výsledok právnu normou nepredvídaný a nežiadúci. Takýmto právnym úkonom sa v konečnom dôsledku sleduje, aby zákon nebol dodržaný, lebo síce nie je v priamom rozpore so zákonom, ale smeruje k dôsledkom, ktorých neprípustnosť je možné vyvodiť zo zmyslu a účelu zákonnej úpravy (ratio legis).² Právny úkon totiž musí spĺňať zákonom požadované náležitosti aj vo svojej celosti,

¹ Angl. evasion, rus. обход закона (obchod zakona), nem. Gesetzumgehung alebo Umgehung des Gesetzes, fran. fraude á la loi, špan. fraude de ley, tal. violazione di norme di legge – SINGER, E.: Právo v zahraničnom obchode. Praha : nakladateľství Orbis, 1966, s. 24.; Pozri aj: LYSINA, P., ĎURIŠ, M., HAŤAPKA, M. a kol.: Medzinárodné právo súkromné. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2016, s. 142.

² Rozhodnutie ÚS SR sp. zn. III. ÚS 314/07-35; CSACH, K., GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, Ľ. JÚDOVÁ, E.: Úvod do štúdia medzinárodného práva súkromného a procesného. 2. vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2018, s. 61; GYÁRFÁŠ, J. § 39 [Neplatnosť právneho úkonu pre rozpor so zákonom alebo jeho obchádzanie alebo pre rozpor s dobrými mravmi]. In: BAJÁNKOVÁ, J., DULAK, A., FEČÍK, M., SEDLAČKO, F., ŠTEVČEK, M., TOMAŠOVIČ, M. a kol.: Občiansky zákonník I. 2. vydání.

medzi ktoré patrí aj jeho dovoľenosť. Pokiaľ sa však prieči účelu, resp. cieľu zákona, dovoľený nie je.³ V tomto ohľade teda nepostačuje len gramatický výklad zákona. Významnú úlohu tu hrá najmä teleologický výklad.⁴

Obchádzaním zákona v medzinárodnom práve súkromnom (ďalej aj ako „MPS“) rozumieme vo všeobecnosti také konanie účastníkov súkromnoprávneho vzťahu, ktorým umelo manipulujú so skutkovým stavom relevantným pre použitie kolíznej normy, v úmysle ovplyvniť výber rozhodného práva vo svoj prospech, pričom si uvedomujú, že týmto konaním napíňajú skutkovú podstatu obchádzania zákona v MPS.⁵ Toto konanie môže mať formu manipulácie s nadviazaním, pri ktorom sa umelo splní kolízne kritérium, čo vedie k použitiu právneho poriadku, o aplikáciu ktorého majú účastníci záujem. Môže mať aj formu manipulácie s kvalifikáciou, teda úmyselnom konštruovaní právneho vzťahu tak, aby spadol pod rozsah kolíznej normy, ktorá nadväzuje na želaný právny poriadok (napr. účastníci simulujú uzavretie obchodnoprávnej zmluvy, v skutočnosti však ich vôľa smeruje k uzavretiu pracovnoprávnej zmluvy, ktorá je v tomto prípade disimulovaným právnym úkonom, t. j. zastretým).⁶

Niektorí autori zaraďujú pod obchádzanie zákona v MPS aj obchádzanie zákona v medzinárodnom práve procesnom, t. j. také vedomé umelé ovplyvňovanie skutkového stavu účastníkmi právneho vzťahu, ktoré je významné pre založenie právomoci toho-ktorého súdu v danej veci, čomu zodpovedá aj úmysel účastníkov.⁷ V tejto práci sa však tomuto typu obchádzania zákona nebudeme podrobnejšie venovať.

Samotné konanie účastníkov súkromnoprávneho vzťahu, ktorým sledujú zámer podriadiť svoj právny vzťah pod normy toho právneho poriadku, ktorý im najviac vyhovuje, však nie je protiprávne, pokiaľ príslušná kolízna norma ponecháva výber rozhodného práva na voľbu účastníkov. Totiž pokiaľ určitá kolízna norma predpokladá výber rozhodného práva voľbou, zvolením konkrétneho rozhodného práva účastníci konajú v súlade

Praha : C. H. Beck, 2019, s. 293; FEKETE, I.: Občiansky zákonník 1. zväzok (Všeobecná časť). Veľký komentár, 3. aktualizované a rozšírené vydanie. Bratislava : Eurokódex, 2017, s. 503, 509; VOJČÍK, P. a kol.: Občiansky zákonník. Stručný komentár. Tretie, doplnené a prepracované vydanie. Bratislava : Iura edition, 2010, s. 132-133; Pozri napr. aj: Rozhodnutie NS SSR sp. zn. 2 Cz 113/73 (R 35/1975).

³ LUBY, Š.: Výber z diela a myšlienok. Bratislava : IURA EDITION, 1998, s. 181; GYÁRFÁŠ, J. § 39 [Neplatnosť právneho úkonu pre rozpor so zákonom alebo jeho obchádzanie alebo pre rozpor s dobrými mravmi]. In: BAJÁNKOVÁ, J., DULAK, A., FEČÍK, M., SEDLAČKO, F., ŠTEVČEK, M., TOMAŠOVIČ, M. a kol.: Občiansky zákonník I. 2. vydání. Praha : C. H. Beck, 2019, s. 276; SINGER, E.: Právo v zahraničnom obchode. Praha : nakladateľství Orbis, 1966, s. 110; FEKETE, I.: Občiansky zákonník 1. zväzok (Všeobecná časť). Veľký komentár, 3. aktualizované a rozšírené vydanie. Bratislava : Eurokódex, 2017, s. 503; LAZAR, J. a kol.: Občianske právo hmotné. 1. zväzok (Všeobecná časť. Rodinné právo. Vecné práva. Dedičské právo). Druhé, doplnené a prepracované vydanie. Bratislava : Iuris libri, 2018, s. 136; ŠPAČEK, V., ANDRES, B., GLOS, J., LUBY, Š. a KNAPP, V.: Učebnice občianskeho a rodinného práva. Svazek I. Druhé doplnené vydání. Praha : nakladateľství Orbis, 1955, s. 226; LUBY, Š.: Základy všeobecného súkromného práva. Svazok I. II. Vydanie. Bratislava : Ústav všeobecného súkromného práva Právnickej fakulty Slovenskej univerzity, 1947, s. 79-80.

⁴ CSACH, K., GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, L. a JÚDOVÁ, E.: Úvod do štúdia medzinárodného práva súkromného a procesného. 2. vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2018, s. 64; GYÁRFÁŠ, J. § 39 [Neplatnosť právneho úkonu pre rozpor so zákonom alebo jeho obchádzanie alebo pre rozpor s dobrými mravmi]. In: BAJÁNKOVÁ, J., DULAK, A., FEČÍK, M., SEDLAČKO, F., ŠTEVČEK, M., TOMAŠOVIČ, M. a kol.: Občiansky zákonník I. 2. vydání. Praha : C. H. Beck, 2019, s. 293; FEKETE, I.: Občiansky zákonník 1. zväzok (Všeobecná časť). Veľký komentár, 3. aktualizované a rozšírené vydanie. Bratislava : Eurokódex, 2017, s. 509, 515.

⁵ LYSINA, P., ĎURIŠ, M., HAŤAPKA, M. a kol.: Medzinárodné právo súkromné. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2016, s. 139-140; KUČERA, Z.: Mezinárodní právo soukromé. 6. opravené a doplnené vydání. Brno : nakladateľství Doplněk, 2004, s. 175-176.

⁶ CSACH, K., GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, L. a JÚDOVÁ, E.: Úvod do štúdia medzinárodného práva súkromného a procesného. 2. vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2018, s. 62; KUČERA, Z.: Mezinárodní právo soukromé. 6. opravené a doplnené vydání. Brno : nakladateľství Doplněk, 2004, s. 174; Dochádza teda k vedomej nezhode vôle s prejavom - LAZAR, J. a kol.: Občianske právo hmotné. 1. zväzok (Všeobecná časť. Rodinné právo. Vecné práva. Dedičské právo). Druhé, doplnené a prepracované vydanie. Bratislava : Iuris libri, 2018, s. 136; Podľa § 41a ods. 2 zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník (ďalej len ako „Občiansky zákonník“ alebo „OZ“) ak má byť *právnym úkonom zastretý iný právny úkon, platí tento iný úkon, ak to zodpovedá vôli účastníkov a ak sú splnené všetky jeho náležitosti. T. j. dochádza k tzv. konverzii právneho úkonu* - LAZAR, J. a kol.: Občianske právo hmotné. 1. zväzok (Všeobecná časť. Rodinné právo. Vecné práva. Dedičské právo). Druhé, doplnené a prepracované vydanie. Bratislava : Iuris libri, 2018, s. 141; *Neplatnosť simulovaného právneho úkonu sa však nemožno dovoliť voči subjektu, ktorý ho považoval za nezastretý.* Singer uvádza, že „*Nejčasteji ovšem simulují strany právní úkon proto, aby zakryly nezákonný úkon. V takovém případě smlouva ovšem neplatí, protože její obsah by byl nedovolený*“ - SINGER, E.: Právo v zahraničnom obchode. Praha : nakladateľství Orbis, 1966, s. 111 a 114; Podobne sa vyjadruje aj Luby, pozri: LUBY, Š.: Výber z diela a myšlienok. Bratislava : IURA EDITION, 1998, s. 172; Kolektív autorov pod vedením Ciráka a Ficovej k tomu dopĺňajú, že *v takom prípade nejde o neplatnosť pre disimuláciu, ale pre rozpor so zákonom alebo dobrými mravmi* - CIRÁK, J., FICOVÁ, S. a kol.: Občianske právo, Všeobecná časť. Šamorín : Heuréka, 2009, s. 210, 216 a 217; Podobne sa vyjadriť aj Luby - pozri LUBY, Š.: Výber z diela a myšlienok. Bratislava : IURA EDITION, 1998, s. 172; Pozri aj: ŠPAČEK, V., ANDRES, B., GLOS, J., LUBY, Š. a KNAPP, V.: Učebnice občianskeho a rodinného práva. Svazek I. Druhé doplnené vydání. Praha : nakladateľství Orbis, 1955, s. 223 a 224; Pozri aj: LUBY, Š.: Základy všeobecného súkromného práva. Svazok I. II. Vydanie. Bratislava : Ústav všeobecného súkromného práva Právnickej fakulty Slovenskej univerzity, 1947, s. 79; Pozri aj: LAZAR, J. a kol.: Občianske právo hmotné. 1. zväzok (Všeobecná časť. Rodinné právo. Vecné práva. Dedičské právo). Druhé, doplnené a prepracované vydanie. Bratislava : Iuris libri, 2018, s. 133

⁷ KUČERA, Z.: Mezinárodní právo soukromé. 6. opravené a doplnené vydání. Brno : nakladateľství Doplněk, 2004, s. 175; CSACH, K., GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, L. a JÚDOVÁ, E.: Úvod do štúdia medzinárodného práva súkromného a procesného. 2. vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2018, s. 62, 64; BŘÍZA, P.: § 5 Obcházení zákona. In: BŘÍZA, P., BŘICHÁČEK, T., FIŠEROVÁ, Z., HORÁK, P., PTÁČEK, L., SVOBODA, J.: Zákon o mezinárodním právu soukromém. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2014, s. 34-35.

s právom.⁸ K obchádzaniu zákona v MPS dochádza iba v prípade, že účastníci konajú so zámerom zvoliť si rozhodné právo napriek príslušným kolíznym normám, ktoré výber rozhodného práva voľbou neumožňujú a nepredpokladajú, resp. aj v prípade, keď vzhľadom k rýdzo vnútroštátnej povahe určitého súkromnoprávneho vzťahu výber rozhodného práva neprichádza do úvahy, keďže v ňom absentuje cudzí prvok.⁹ Csach vylučuje obchádzanie pravidiel MPS aj vtedy, keď tieto pravidlá „umožňujú účastníkom vlastnou vôľou a bez obmedzenia pôsobiť na určenie toho právneho poriadku, ktorému chce účastník podriadiť svoj právny vzťah“.¹⁰

3. SPÔSOBY OBCHÁDZANIA ZÁKONA V MEDZINÁRODNOM PRÁVE SÚKROMNOM

V praxi sa možno stretnúť najmä s dvoma spôsobmi obchádzania zákona v MPS. Pre účel tejto práce sme sa ich rozhodli označiť ako „prvá schéma“ a „druhá schéma“.¹¹ V tretej podkapitole sa budeme stručne venovať aj simulovaniu právnych úkonov v MPS.

3.1. Prvá schéma

Účastníci súkromnoprávneho vzťahu s cudzím prvkom, ktorým nevyhovuje právna úprava štátu, pod ktorú by ich právny vzťah mal podľa príslušných kolízných noriem spadať, umelo ovplyvnia skutočnosťou rozhodujúce pre nadviazanie na určitý právny poriadok tak, aby príslušné kolízne normy určili ako rozhodné právo právny poriadok iného štátu. Títo účastníci v úmysle vytvoria si priaznivejšie podmienky pre ich právny vzťah účelovo vygenerujú určitú skutočnosť, resp. skutočnosť s vedomím, že na základe kritérií v nadväzovacej časti príslušnej kolíznej normy táto určí ako rozhodné právo právny poriadok iného štátu, než by určila v prípade absencie tohto umelého zásahu. Takto konajú s cieľom podriadiť svoj právny vzťah právnej úprave, ktorá im vyhovuje.¹²

V praxi subjekty zväčša nemajú v úmysle len „zbaviť“ svoj právny vzťah pôsobnosti nevyhovujúcej právnej úpravy toho-ktorého štátu, ale súčasne majú záujem podriadiť svoj právny vzťah takému právnemu poriadku, ktorý je pre nich v konečnom dôsledku najvýhodnejší. Preto sa usilujú vygenerovať také skutočnosti, ktoré sú rozhodujúce pre nadviazanie práve na takýto právny poriadok.¹³

Tento jav sa v praxi prejavuje najmä vo veciach týkajúcich sa rodinného práva, či dedičského práva. Zmluvných záväzkov sa týka najmä druhá schéma.¹⁴ V súvislosti s rodinným právom môže napr. nastať situácia, kedy občan štátu A, ktorého právny poriadok nepripúšťa rozvod manželstva, zámerne nadobudne štátnu príslušnosť štátu B len za tým účelom, aby dosiahol nadviazanie podľa hraničného určovateľa štátnej príslušnosti na právny poriadok, ktorý rozvod pripúšťa.¹⁵

Zaujímavou môže byť situácia účelového založenia obchodnej spoločnosti na území cudzieho štátu. Napr. obchodná spoločnosť, ktorá má v čase svojho založenia sídlo na území štátu A, pričom svoju činnosť tiež plánuje vykonávať prevažne na tomto území, sa založí podľa právneho poriadku štátu B, aby sa vyhla menej priaznivému právnemu prostrediu, ktoré by pre ňu vyplývalo z právneho poriadku štátu A. Následne fakticky vykonáva svoju činnosť v štáte A ako cudzia obchodná spoločnosť. Otázka protiprávnosti takéhoto konania je predmetom diskusií. Podľa názoru Súdneho dvora Európskej únie (ďalej len ako „EÚ“) využitie slobody usadzovania sa a zvolenie si takého práva pre inkorporáciu obchodnej spoločnosti, ktoré je pre zakladateľa najvýhodnejšie, nie je zneužitím

⁸ Podobne sa vyjadruje Kučera ku kolíznym dispozitívnym normám, keď uvádza, že „u dispozitívnych norem nepriechádza v úvahu, neboť je zbytočné, obchádzať zákona“ – KUČERA, Z.: Mezinárodní právo soukromé. 6. opravené a doplněné vydání. Brno : nakladatelství Doplněk, 2004, s. 114.

⁹ LYSINA, P., ĎURIŠ, M., HAŤAPKA, M. a kol.: Mezinárodní právo soukromé. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2016, s. 139-140; KUČERA, Z.: Mezinárodní právo soukromé. 6. opravené a doplněné vydání. Brno : nakladatelství Doplněk, 2004, s. 175; BŘÍZA, P.: § 5 Obcházení zákona. In: BŘÍZA, P., BŘICHÁČEK, T., FIŠEROVÁ, Z., HORÁK, P., PTÁČEK, L., SVOBODA, J.: Zákon o mezinárodním právu soukromém. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2014, s. 35.

¹⁰ Ako príklad uvádza, že ak sa formálne požiadavky na právny úkon „spravujú právom miesta, kde sa úkon uskutočnil“, nepovažuje za správne, ak by boli konajúci potrestaní „iba za, že právny úkon uskutočnili v určitej krajine práve preto, aby sa dostali do výhody miestneho práva (tzv. forum shopping). Zákonodarca totiž takúto možnosť výslovne uznal“. Uvádza, že „samotná skutočnosť, že určitá kolízna norma existuje, nemôže brániť stranám, ak jej splnenie cielene sledujú“ - CSACH, K., GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, L. a JÚDOVÁ, E.: Úvod do štúdia medzinárodného práva súkromného a procesného. 2. vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2018, s. 62 a 63.

¹¹ LYSINA, P., ĎURIŠ, M., HAŤAPKA, M. a kol.: Mezinárodní právo soukromé. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2016, s. 140.

¹² Tamže, s. 139-140; KUČERA, Z.: Mezinárodní právo soukromé. 6. opravené a doplněné vydání. Brno : nakladatelství Doplněk, 2004, s. 174; CSACH, K., GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, L. a JÚDOVÁ, E.: Úvod do štúdia medzinárodného práva súkromného a procesného. 2. vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2018, s. 62;

¹³ LYSINA, P., ĎURIŠ, M., HAŤAPKA, M. a kol.: Mezinárodní právo soukromé. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2016, s. 140-141.

¹⁴ Tamže, s. 143; KUČERA, Z.: Mezinárodní právo soukromé. 6. opravené a doplněné vydání. Brno : nakladatelství Doplněk, 2004, s. 174.

¹⁵ LYSINA, P., ĎURIŠ, M., HAŤAPKA, M. a kol.: Mezinárodní právo soukromé. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2016, s. 140-141; CSACH, K., GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, L. a JÚDOVÁ, E.: Úvod do štúdia medzinárodného práva súkromného a procesného. 2. vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2018, s. 63.

práva, ale využitím možnosti cielene danej normotvorcom. Rovnako ani Csach nepovažuje takéto konanie za obchádzanie zákona v MPS.¹⁶ Lysina je však opačného názoru.¹⁷ Tak isto aj Singer.¹⁸

3.2. Druhá schéma

Druhá schéma obchádzania zákona v MPS sa týka umelého generovania cudzieho prvku v rýdzo vnútroštátnom súkromnoprávnom vzťahu. Pokiaľ sú všetky prvky súkromnoprávneho vzťahu späté len s jedným a tým istým právnym poriadkom, nedostávajú sa tu do kolízie právne poriadky dvoch, či viacerých štátov, a teda nie je dôvod aplikovať kolízne normy. Takýto právny vzťah sa bude *ex lege* riadiť právnym poriadkom toho štátu, s ktorým súvisí. Účastníci takétoho právneho vzťahu však niekedy dospejú k záveru, že by pre nich bolo výhodnejšie, keby sa tento ich vzťah spravoval iným právnym poriadkom. Preto sa niekedy uchylujú k umelému generovaniu cudzieho prvku v úmysle sprístupniť si možnosť podriadiť svoj právny vzťah aj pod iný právny poriadok, než je ten ich vnútroštátny. Obsiahnutím cudzieho prvku sa tak ich vzťah stáva súkromnoprávnym vzťahom s cudzím prvkom, a vzniká potreba určenia rozhodného práva.¹⁹

V prípade zmluvných záväzkov sa obchádzanie zákona v MPS vyskytuje najčastejšie práve v tejto podobe. Pri zmluvných súkromnoprávných záväzkoch s cudzím prvkom sa totiž výber rozhodného práva uskutočňuje spravidla voľbou, t. j. účastníci majú *ex lege* možnosť zvoliť si právnú úpravu toho štátu, ktorého právnou úpravu považujú pre ich zmluvný vzťah za najvýhodnejšiu, a teda nemajú dôvod uchýľovať sa k obchádzaniu zákona.²⁰ Preto v prípade zmluvných záväzkov dochádza k obchádzaniu zákona v MPS najčastejšie vtedy, keď v zmluvnom záväzku rýdzo vnútroštátnej povahy, jeho účastníci za účelom jeho ukotvenia do priaznivejšieho právneho prostredia, umelo vygenerujú cudzí prvok, ktorý im sprístupní aj právne úpravy iných štátov.²¹ Vzhľadom k uvedenému nesúhlasíme s názorom, že obchádzanie zákona v MPS je v prípade zmluvných právnych vzťahov vylúčené.

Túto problematiku možno ilustrovať na názornom príklade. Predstavme si situáciu, kedy sa dvaja občania štátu A rozhodnú uzatvoriť spolu zmluvu, ktorej predmet je spätý s právnym poriadkom štátu A. Jeho právnou úpravou však podmieňuje účinnosť takejto zmluvy jej registráciou v príslušnom verejnom registri, ktorá je navyše spoplatnená. Na rozdiel od právnej úpravy štátu A, právnou úpravou štátu B takúto podmienku neukladá. Zmluvné strany preto dospejú k záveru, že by pre nich bolo výhodnejšie, keby ich zmluva podliehala právnej úprave štátu B. Žiaľ, vzhľadom k tomu, že tento ich právny vzťah v sebe neobsahuje cudzí prvok, nedochádza v ňom ku kolízii právnych poriadkov, a teda sa musí riadiť právnou úpravou toho štátu, s ktorým sú jeho prvky späté (právnou úpravou štátu A). Strany teda len pre účel podpisu zmluvy vycestujú na územie štátu B, a tam zmluvu podpíšu. Podpisom zmluvy na území štátu B vznikne medzi zmluvnými stranami súkromnoprávny vzťah s cudzím prvkom, keďže v ňom dochádza ku kolízii právnych poriadkov štátu A a štátu B. Následne využijú možnosť výberu rozhodného práva voľbou, a zvolia si právnou úpravu štátu B, čím sa vyhnú registračnej a poplatkovej povinnosti, ktorú by im ukladala právnou úpravou štátu A.²² Na tomto príklade možno vidieť, že aj v prípade zmluvných záväzkov môže dochádzať k obchádzaniu zákona v MPS.

Samozrejme, teoreticky môžu subjekty obchádzajúce zákon v MPS dosiahnuť svoj cieľ aj opačným postupom. Predstavme si súkromnoprávny vzťah, ktorý by za normálnych okolností, t. j. bez obchádzania práva jeho účastníkmi, obsahoval cudzí prvok. V záujme podriadenia tohto právneho vzťahu právnemu poriadku určitého štátu, účastníci umelo ovplyvnia rozhodujúce skutočnosti tak, aby v tomto vzťahu cudzí prvok obsiahnutý nebol, a všetky jeho prvky boli späté len s právnou úpravou jedného štátu- toho, o ktorého právnou úpravu majú účastníci záujem. V takom prípade už pôjde o súkromnoprávny vzťah bez cudzieho prvku, a bude sa spravovať vnútroštátnou právnou úpravou toho štátu, s ktorým sú späté všetky jeho prvky. V súlade s názorom Břízu, aj takáto vedomá manipulácia so skutkovým stavom v úmysle podriadiť právny vzťah priaznivejšej právnej úprave je obchádzaním zákona v MPS. Keďže pri zmluvných záväzkoch sa v MPS výber rozhodného práva uskutočňuje spravidla voľbou, tento postup by sa mohol objavovať skôr napr. v rodinnom, či dedičskom práve.²³

¹⁶ CSACH, K., GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, L. a JÚDOVÁ, E.: Úvod do štúdia medzinárodného práva súkromného a procesného. 2. vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2018, s. 62-63;

¹⁷ LYSINA, P., ĎURIŠ, M., HAŤAPKA, M. a kol.: Medzinárodné právo súkromné. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2016, s. 196.

¹⁸ SINGER, E.: Právo v zahraničnom obchode. Praha : nakladatelství Orbis, 1966, s. 24.

¹⁹ Tamže; LYSINA, P., ĎURIŠ, M., HAŤAPKA, M. a kol.: Medzinárodné právo súkromné. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2016, s. 138-140.

²⁰ LYSINA, P., ĎURIŠ, M., HAŤAPKA, M. a kol.: Medzinárodné právo súkromné. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2016, s. 139; BŘÍZA, P.: § 5 Obcházení zákona. In: BŘÍZA, P., BŘICHÁČEK, T., FIŠEROVÁ, Z., HORÁK, P., PTÁČEK, L., SVOBODA, J.: Zákon o mezinárodním právu soukromém. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2014, s. 35.

²¹ LYSINA, P., ĎURIŠ, M., HAŤAPKA, M. a kol.: Medzinárodné právo súkromné. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2016, s. 143; SINGER, E.: Právo v zahraničnom obchode. Praha : nakladatelství Orbis, 1966, s. 24.

²² LYSINA, P., ĎURIŠ, M., HAŤAPKA, M. a kol.: Medzinárodné právo súkromné. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2016, s. 140, 143.

²³ Tamže, s. 139 a 143.

3.3. Simulovanie právnych úkonov v medzinárodnom práve súkromnom

Na tomto mieste treba spomenúť aj simulované právne úkony v MPS. Niektorí autori tento inštitút zaraďujú pod obchádzanie zákona v MPS, ako jeho subkategóriu.²⁴ Simulovanie právnych úkonov v MPS a obchádzanie zákona v MPS ako také majú skutočne viacero podobností. V oboch prípadoch sa totiž účastníci súkromnoprávneho vzťahu svojim konaním usilujú umelo prispôbiť podmienky pre určenie rozhodného práva tak, aby sa tento ich vzťah spravoval právnou úpravou toho štátu, ktorého právna úprava im vyhovuje najviac.

Tieto dva inštitúty sa však líšia v spôsobe akým subjekty ovplyvňujú podmienky rozhodujúce pre nadviazanie na právny poriadok toho-ktorého štátu. Na rozdiel od obchádzania zákona v MPS ako takého, kedy subjekty umelo vytvárajú reálne skutočnosti s cieľom ovplyvniť výber rozhodného práva, v prípade simulovania právnych úkonov v MPS subjekty tieto skutočnosti len predstierajú. V tomto smere súhlasíme s názorom právnikov, ktorí simulovanie právnych úkonov v MPS označujú ako kvalifikované obchádzanie zákona; ide teda o akýsi vyšší level obchádzania zákona v MPS, keďže subjekty v úmysle nadviazať na priaznivejšiu právnu úpravu nielenže vedome manipulujú so skutočnosťami, na základe ktorých sa má určiť rozhodné právo, ale tieto dokonca predstierajú, t. j. vytvárajú klamlivý obraz o skutkovom stave.²⁵

Podobne, ako obchádzanie zákona v MPS ako také, aj simulovanie právnych úkonov v MPS sa prejavuje viac-menej dvoma spôsobmi. Buď majú účastníci súkromnoprávneho vzťahu s cudzím prvkom simulovaním právnych úkonov v MPS v úmysle podriaďiť tento vzťah právnej úprave iného štátu, než je tá, ktorej by bol podriadený bez simulácie, alebo účastníci čisto vnútroštátneho súkromnoprávneho vzťahu v úmysle podriaďiť ho priaznivejšej právnej úprave predstierajú nepravdivé skutočnosti, ktoré do tohto vzťahu inkorporujú cudzí prvok (prípadne sa usilujú transformovať právny vzťah s cudzím prvkom na čisto vnútroštátny právny vzťah). Vždy však konajú s cieľom vytvoriť priaznivejšie prostredie pre svoj právny vzťah.

Následkom simulácie v MPS je neplatnosť nadviazania na ten-ktorý právny poriadok, ktoré bolo dosiahnuté predstieraním skutočností. Súd by mal preskúmať právny úkon ako tzv. nezastretý, teda neprihliadať na simulovanú skutočnosť a posúdiť právny úkon tak, ako skutočne (reálne) nastal. Na tom základe by mal určiť rozhodné právo a podľa neho právny úkon posudzovať ďalej.²⁶

4. ZNAKY OBCHÁDZANIA ZÁKONA V MEDZINÁRODNOM PRÁVE SÚKROMNOM

Zo schém načrtnutých v tretej kapitole možno abstrahovať pojmové znaky obchádzania zákona v MPS, resp. jeho náležitosti. Tieto sú spoločným menovateľom všetkých načrtnutých schém. Na to, aby sme určité konanie mohli kvalifikovať ako obchádzanie zákona v MPS, musia v ňom byť kumulatívne zastúpené nasledovné znaky. Musí ísť o:

1. konanie účastníkov súkromnoprávneho vzťahu,
2. ktorým umelo ovplyvňujú skutkový stav rozhodujúci pre nadviazanie na rozhodné právo,
3. v úmysle podriaďiť svoj právny vzťah pod právnu úpravu, ktorá je pre ich právny vzťah priaznivejšia,
4. s vedomím, že sa tým dopúšťajú obchádzania zákona,
5. pričom táto právna úprava aj skutočne vytvára priaznivejšie právne prostredie pre tento právny vzťah.²⁷

Musí teda ísť o konanie účastníkov (prípadne ich zástupcov) toho právneho vzťahu, o ktorého podriadenie pod určitý právny poriadok sa jedná.²⁸ Musí sa však jednať o súkromnoprávny vzťah. V prípade právnych vzťahov verejného práva je teda obchádzanie zákona v MPS vylúčené.²⁹ Na rozdiel od obchádzania zákona v súkromnom

²⁴ BŘÍZA, P.: § 5 Obcházení zákona. In: BŘÍZA, P., BŘICHÁČEK, T., FIŠEROVÁ, Z., HORÁK, P., PTÁČEK, L., SVOBODA, J.: Zákon o mezinárodním právu soukromém. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2014, s. 34-35; KUČERA, Z.: Mezinárodní právo soukromé. 6. opravené a doplněné vydání. Brno : nakladatelství Doplněk, 2004, s. 174-175.

²⁵ KUČERA, Z.: Mezinárodní právo soukromé. 6. opravené a doplněné vydání. Brno : nakladatelství Doplněk, 2004, s. 175; CSACH, K., GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, L. a JÚDOVÁ, E.: Úvod do štúdia medzinárodného práva súkromného a procesného. 2. vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2018, s. 64.

²⁶ LYSINA, P., ĎURIŠ, M., HAŤAPKA, M. a kol.: Mezinárodní právo soukromé. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2016, s. 144, 146-148; KUČERA, Z.: Mezinárodní právo soukromé. 6. opravené a doplněné vydání. Brno : nakladatelství Doplněk, 2004, s. 176; CSACH, K., GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, L. a JÚDOVÁ, E.: Úvod do štúdia medzinárodného práva súkromného a procesného. 2. vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2018, s. 64; Por. BŘÍZA, P.: § 5 Obcházení zákona. In: BŘÍZA, P., BŘICHÁČEK, T., FIŠEROVÁ, Z., HORÁK, P., PTÁČEK, L., SVOBODA, J.: Zákon o mezinárodním právu soukromém. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2014, s. 36.

²⁷ CSACH, K., GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, L. a JÚDOVÁ, E.: Úvod do štúdia medzinárodného práva súkromného a procesného. 2. vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2018, s. 62.

²⁸ LYSINA, P., ĎURIŠ, M., HAŤAPKA, M. a kol.: Mezinárodní právo soukromé. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2016, s. 142.

²⁹ Tamže, s. 139.

práve vo všeobecnosti, sa pre naplnenie skutkovej podstaty obchádzania zákona v MPS vyžaduje vedomosť konajúcich o tom, že sa svojim konaním dopúšťajú obchádzania zákona.³⁰ Tu môžeme badať výnimku zo zásady „*neznalosť zákona neospravedlňuje*“, ktorá má korene už v rímskom práve.³¹ To znamená, že pokiaľ by z nejakého dôvodu tieto subjekty nemali vedomosť o tom, že svojim konaním obchádzajú zákon, obchádzania zákona v MPS sa nedopúšťajú.³² Vzhľadom k tomu, že ide o určitý vnútorný psychický vzťah konajúcich k náležitosti tohto deliktu, dokázať tento vzťah v konkrétnom prípade môže byť náročné.

Nevyhnutnou náležitosťou je aj úmysel účastníkov týmto konaním obísť určitú právnu úpravu, resp. celý právny poriadok.³³ Vedomá nedbanlivosť v tomto prípade teda nie je postačujúca. Ďalej, toto konanie musí spočívať práve v umelom ovplyvňovaní skutkového stavu, ktoré im umožní podriadiť právny vzťah pod právny poriadok najviac zodpovedajúci ich predstavám.

Podobne ako Lysina, aj my zastávame názor, že táto právna úprava musí byť pre tento právny vzťah skutočne priaznivejšia, oproti tej, ktorá by sa na daný právny vzťah inak vzťahovala.³⁴ Ak by boli naplnené všetky ostatné náležitosti obchádzania zákona v MPS, ale z nejakého dôvodu (napr. kvôli nedostatočnej znalosti práva) by subjekty týmto svojim konaním zapríčinili nadviazanie na takú právnu úpravu, ktorá pre nich výhodnejšia nie je, nešlo by o obchádzanie zákona v MPS.

5. NÁSLEDKY OBCHÁDZANIA ZÁKONA V MEDZINÁRODNOM PRÁVE SÚKROMNOM NA PLATNOSŤ PRÁVNEHO ÚKONU

Pokiaľ ide o následky obchádzania zákona v slovenskom MPS, na rozdiel od českého zákona o MPS, slovenský zákon o MPS tento problém nerieši explicitne.³⁵ V prípade slovenského MPS sa teda postupuje podobne, ako sa postupovalo v podmienkach českej právnej úpravy do momentu, než sa na území Českej republiky stal platným a účinným zákon č. 91/2012 Sb. O medzinárodnom právu súkromom z dňa 25. januára 2012. Keďže lex generalis v súkromnom práve je Občiansky zákonník, na prípady obchádzania zákona v MPS sa primerane použije ustanovenie jeho § 39, ktoré ako následok obchádzania zákona sankcionuje právny úkon absolútnou neplatnosťou.³⁶ Absolútna neplatnosť nastáva *ex lege, ex tunc*, takže prípadné rozhodnutie súdu o neplatnosti tohto právneho úkonu je v tomto prípade len deklaratórne.³⁷ Absolútne neplatný právny úkon nemá v celom rozsahu alebo v príslušnej časti nijaké právne následky. Súd sa touto neplatnosťou musí zaoberať *ex offio*, teda aj bez návrhu, pričom návrh môže podať ktokoľvek, nielen subjekt dotknutý touto neplatnosťou. Vo všeobecnosti síce nie je žiaduce, aby sa neplatnosti dovoľával subjekt, ktorý svojim protiprávnym konaním túto neplatnosť zapríčinil, to však nič nemení na tom, že aj keby bol súd upozornený na túto neplatnosť takýmto subjektom, musí sa ňou zaoberať.³⁸ Lysina uvádza, že ak by súd v konaní dospel k záveru, že účastníci právneho vzťahu naplnili skutkovú podstatu obchádzania zákona v MPS, právny úkon, ktorým sa uskutočňuje obídienie zákona, súd vyhlási za

³⁰ Tamže, s. 142; Por. napr.: FEKETE, I.: Občiansky zákonník 1. zväzok (Všeobecná časť). Veľký komentár, 3. aktualizované a rozšírené vydanie. Bratislava : Eurokódex, 2017, s. 509-510.

³¹ lat. napr. *ignorantia iuris nocet, ignorantia legis neminem excusat*, atď. - HENDRYCH, Dušan a kol.: Právnický slovník. 2. rozšírené vydání. Praha : C. H. Beck, 2003, s. 249.

³² LYSINA, P., ĎURIŠ, M., HAŤAPKA, M. a kol.: Medzinárodné právo súkromné. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2016, s. 142.

³³ Tamže; CSACH, K., GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, L. a JÚDOVÁ, E.: Úvod do štúdia medzinárodného práva súkromného a procesného. 2. vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2018, s. 62.

³⁴ LYSINA, P., ĎURIŠ, M., HAŤAPKA, M. a kol.: Medzinárodné právo súkromné. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2016, s. 142-143; V súlade s uvedeným vnímame aj vyjadrenie NS SR v rozhodnutí sp. zn. 4 Cz 38/1991 (R 24/1993): „*Nemožno spájať prípadný úmysel právnym úkonom obísť zákon s dôsledkami neplatnosti právneho úkonu, ak podľa platného práva nemohli byť dosiahnuté také právne dôsledky, ktoré osoba, robíaca úkon, mylne predpokladala*“.

³⁵ Por. § 5 zákona č. 91/2012 Sb. o medzinárodnom právu súkromom s názvom „*Obcházení zákona*“: „*Nepřihlíží se ke skutečnostem vytvořeným nebo předstíraným záměrným jednáním v úmyslu, aby se těch ustanovení tohoto zákona, od nichž se nelze odchyliť ujednáním stran, nepoužilo nebo aby se jich použilo jinak, než kdyby takto vytvořené nebo předstírané skutečnosti nebyly*“.

³⁶ § 39 OZ: „*Neplatný je právny úkon, ktorý svojim obsahom alebo účelom odporuje zákonu alebo ho obchádza alebo sa prieči dobrým mravom*“; LYSINA, P., ĎURIŠ, M., HAŤAPKA, M. a kol.: Medzinárodné právo súkromné. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2016, s. 144; Pozri aj: KUČERA, Z.: Medzinárodní právo soukromé. 6. opravené a doplnené vydání. Brno : nakladatelství Doplněk, 2004, s. 31, 176; Pozri aj: GYÁRFÁŠ, J. § 39 [Neplatnosť právneho úkonu pre rozpor so zákonom alebo jeho obchádzanie alebo pre rozpor s dobrými mravmi]. In: BAJÁNKOVÁ, J., DULAK, A., FEČÍK, M., SEDLAČKO, F., ŠTEVČEK, M., TOMAŠOVIČ, M. a kol.: Občiansky zákonník I. 2. vydání. Praha : C. H. Beck, 2019, s. 278; Podobne tomu bolo aj v československom práve, pozri: SINGER, E.: Právo v zahraničném obchodu. Praha : nakladatelství Orbis, 1966, s. 122-123.

³⁷ GYÁRFÁŠ, J. § 39 [Neplatnosť právneho úkonu pre rozpor so zákonom alebo jeho obchádzanie alebo pre rozpor s dobrými mravmi]. In: BAJÁNKOVÁ, J., DULAK, A., FEČÍK, M., SEDLAČKO, F., ŠTEVČEK, M., TOMAŠOVIČ, M. a kol.: Občiansky zákonník I. 2. vydání. Praha : C. H. Beck, 2019, s. 298-299; FEKETE, I.: Občiansky zákonník 1. zväzok (Všeobecná časť). Veľký komentár, 3. aktualizované a rozšírené vydanie. Bratislava : Eurokódex, 2017, s. 503-504.

³⁸ FEKETE, I.: Občiansky zákonník 1. zväzok (Všeobecná časť). Veľký komentár, 3. aktualizované a rozšírené vydanie. Bratislava : Eurokódex, 2017, s. 515-516; CIRÁK, J., FICOVÁ, S. a kol.: Občianske právo, Všeobecná časť. Šamorín : Heuréka, 2009, s. 215; LUBY, Š.: Výber z diela a myšlienok. Bratislava : IURA EDITION, 1998, s. 152; ŠPAČEK, V., ANDRES, B., GLOS, J., LUBY, Š. a KNAPP, V.: Učebnice občanského a rodinného práva. Svazek I. Druhé doplnené vydání. Praha : nakladatelství Orbis, 1955, s. 236.

neplatný, a následne vo veci samej rozhodne podľa právneho poriadku toho štátu, ktorého právnu úpravu sa účastníci pokúsili obísť, resp. ktorého právny poriadok príslušné kolízne normy prikazujú použiť.³⁹

Treba však spomenúť, že v súkromnom práve platí zásada: „čo nie je zakázané, je dovolené“. Zmyslom ochrany zákonnosti v súkromnoprávnej sfére nie je len ochrana záujmov štátu, ale najmä súkromnoprávných vzťahov, teda predovšetkým ochrana zmluvných vzťahov podľa zásady *pacta sunt servanda*. Každý zákonný zásah do tejto sféry je teda potrebné vnímať ako obmedzenie ľudskej slobody, a preto je nevyhnutné vykladať ustanovenie § 39 o neplatnosti právnych úkonov reštriktívne, nie extenzívne.⁴⁰ V súlade s uvedeným vnímame aj názor Csacha a Kučeru, že v prípade preukázania obídienia medzinárodného práva súkromného by mal súd postupovať tak, že neprihliadne ku skutočnostiam, ktoré subjekty umelo vytvorili, alebo ktoré len predstierajú v úmysle ovplyvniť výber rozhodného práva vo svoj prospech, a vo veci rozhodne podľa rozhodného práva určeného na základe skutkového stavu „očisteného“ od takýchto umelých zásahov. To, aký dopad bude mať uvedené na konkrétny právny vzťah, už potom bude závisieť od noriem rozhodného práva.⁴¹ Z tohto vyjadrenia abstrahujeme, že výklad § 39 OZ, ktorým by sa určil takýto právny úkon ako celok za absolútne neplatný, by mal byť vnímaný ako *ultima ratio*, a teda pokiaľ to skutkový stav umožňuje, súd by mal uprednostniť zachovanie platnosti takéhoto právneho úkonu, pred jeho neplatnosťou.⁴² V súlade s tým je aj vyjadrenie Lubyho, že „čo do rozsahu neplatnosti platí zásada, že neplatná je len tá časť právneho úkonu, ktorá je postihnutá dôvodom neplatnosti, a že celý právny úkon je neplatný len vtedy, ak sa priamo postihnutá časť nedá oddeliť od ostatného obsahu, alebo ak sa dôvod neplatnosti týka celého právneho úkonu“.⁴³ Fekete uvádza, že „ustanovenie § 39 OZ je možné aplikovať subsidiárne iba v tých prípadoch, keď konkrétna vada úkonu nie je postihnuteľná podľa iných ustanovení zákona; to platí najmä za situácie keď takéto ustanovenie obsahuje miernejší sankčný následok, než je absolútna neplatnosť právneho úkonu“.⁴⁴ V podmienkach MPS medzi iné ochranné mechanizmy Csach zaraďuje napr. výhradu verejného poriadku, imperatívne normy vrátane neposkytnutia právnej ochrany zneužitiu práva. Je navyše toho názoru, že obchádzanie zákona v MPS by malo byť postihované (len) tam, kde „existuje určitá závažná okolnosť odôvodňujúca tento postih (typicky snaha o obchádzanie iných, súvisiacich verejnoprávných pravidiel“, pričom považuje za potrebné, aby sa na individuálnej báze skúmalo, „či kolízna norma, ktorú mali subjekty úmyselne obísť, má za cieľ zabrániť takémuto obchádzaniu“.⁴⁵

Každopádne, postihovanie protiprávneho správania subjektov, ktorým sa dopúšťajú obchádzania medzinárodného práva súkromného, má svoj význam. Tento spočíva napr. v ochrane tretích osôb, na ktoré má v konkrétnom prípade obchádzanie MPS negatívny dopad.⁴⁶ Napokon, netreba opomenúť, že v prípade simulovania právneho úkonu v MPS môže byť naplnená aj skutková podstata podvodu podľa § 221 zákona č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon, čo môže mať za následok trestnoprávny postih.⁴⁷

³⁹ LYSINA, P., ĎURIŠ, M., HAŤAPKA, M. a kol.: Medzinárodné právo súkromné. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2016, s. 144.

⁴⁰ „nadužívanie tohto ustanovenia môže zakladať až ústavne nekonformný zásah do zmluvnej autonómie“ - GYÁRFÁŠ, J. § 39 [Neplatnosť právneho úkonu pre rozpor so zákonom alebo jeho obchádzanie alebo pre rozpor s dobrými mravmi]. In: BAJÁNKOVÁ, J., DULAK, A., FEČÍK, M., SEDLAČKO, F., ŠTEVČEK, M., TOMAŠOVIČ, M. a kol: Občiansky zákonník I. 2. vydání. Praha : C. H. Beck, 2019, s. 279; FEKETE, I.: Občiansky zákonník 1. zväzok (Všeobecná časť). Veľký komentár, 3. aktualizované a rozšírené vydanie. Bratislava : Eurokódex, 2017, s. 503, 515.

⁴¹ „Ak v konkrétnej veci zistíme obchádzanie medzinárodného práva súkromného, za jeho právny následok by sme mali považovať odhládnutie od skutočnosti, ktorou sa zákon obišiel“ - CSACH, K., GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, L. a JÚDOVÁ, E.: Úvod do štúdia medzinárodného práva súkromného a procesného. 2. vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2018, s. 63-64; KUČERA, Z.: Mezinárodní právo soukromé. 6. opravené a doplněné vydání. Brno : nakladatelství Doplněk, 2004, s. 176; Por. aj BŘÍZA, P., BŘICHÁČEK, T., FIŠEROVÁ, Z., HORÁK, P., PTÁČEK, L., SVOBODA, J.: Zákon o mezinárodním právu soukromém. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2014, s. 34, 36; Por. aj LYSINA, P., ĎURIŠ, M., HAŤAPKA, M. a kol.: Medzinárodné právo súkromné. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2016, s. 147-148.

⁴² Ústavný súd SR sa vo svojom rozhodnutí sp. zn. I. ÚS 242/07 vyjadril: „Ďalším základným princípom výkladu zmlúv je prioritá výkladu, ktorý nezakladá neplatnosť zmluvy, pred takým výkladom, ktorý neplatnosť zmluvy zakladá, ak sú možné obidva výklady. Je tak vyjadrený a podporovaný princíp autonómie zmluvných strán, povaha súkromného práva a s ním spojená spoločenská a hospodárska funkcia zmluvy. Neplatnosť zmluvy má byť teda výnimkou, a nie zásadou. Nie je teda ústavne konformné a v rozpore s princípmi právneho štátu vyplývajúcim z čl. 1 ústavy je taká prax, keď všeobecné súdy preferujú celkom opačnú tézu uprednostňujúcu výklad vedúci k neplatnosti zmluvy pred výkladom neplatnosť zmluvy nezakladajúcim.“

⁴³ LUBY, Š.: Výber z diela a myšlienok. Bratislava : IURA EDITION, 1998, s. 153; „Kdy tvoří právní úkon takovýto celek, jenž nemůže být postižen částečnou, nýbrž jen úplnou neplatností, zjistí se výkladem projevů vůle“ - ŠPAČEK, V., ANDRES, B., GLOS, J., LUBY, Š. a KNAPP, V.: Učebnice občanského a rodinného práva. Svazek I. Druhé doplněné vydání. Praha : nakladatelství Orbis, 1955, s. 238.

⁴⁴ FEKETE, I.: Občiansky zákonník 1. zväzok (Všeobecná časť). Veľký komentár, 3. aktualizované a rozšírené vydanie. Bratislava : Eurokódex, 2017, s. 503.

⁴⁵ CSACH, K., GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, L. a JÚDOVÁ, E.: Úvod do štúdia medzinárodného práva súkromného a procesného. 2. vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2018, s. 63.

⁴⁶ Tamže.

⁴⁷ LYSINA, P., ĎURIŠ, M., HAŤAPKA, M. a kol.: Medzinárodné právo súkromné. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2016, s. 148.

6. ZÁVER

Predmetom tejto práce bolo skúmanie inštitútu obchádzania zákona v slovenskom medzinárodnom práve súkromnom, jeho vzťahu so slovenským súkromným právom, jeho možných foriem a právnych následkov. Tak, ako mnoho ďalších právnych inštitútov, aj obchádzanie zákona v medzinárodnom práve súkromnom je fenomén, ktorý si pravidelne vyžaduje pozornosť. Právne prostredie, v ktorom sa tento inštitút prejavuje, sa totiž prirodzeným vývojom mení, a obchádzanie zákona sa mu usiluje prispôbiť, aby v nových podmienkach „prežilo“ a mohlo fungovať ďalej. Tak sa obchádzanie zákona v praxi tvaruje do nových podôb, ktoré je pre čo najefektívnejšie bránenie ich realizácii potrebné čo najdôkladnejšie spoznať, a prispôbiť tomu právnou úpravu, resp. jej výklad. Navyše, aj bez jeho ďalších mutácií je vo vzťahu k niektorým aspektom obchádzania zákona v medzinárodnom práve súkromnom názorová pluralita. Mali sme možnosť vidieť to napr. v prípade otázky jeho právnych následkov, výpočtu okolností vylučujúcich klasifikáciu určitého konania ako obchádzania zákona, atď. Touto prácou sme chceli prispieť do diskusie, ktorá je podľa nášho názoru užitočným nástrojom pre stále lepšie spoznávanie tohto inštitútu.

Použitá literatúra:

Knižné publikácie:

- BŘÍZA, Petr, BŘICHÁČEK, Tomáš, FIŠEROVÁ, Zuzana, HORÁK, Pavel, PTÁČEK, Lubomír, SVOBODA, Jiří: Zákon o mezinárodním právu soukromém. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2014, 767 s., ISBN 978-80-7400-528-2
- CIRÁK, Ján, FICOVÁ, Svetlana a kol.: Občianske právo, Všeobecná časť. Šamorín : Heureka, 2009, 359 s., ISBN 978-80-89122-51-6
- CSACH, Kristián, GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, Ľubica a JÚDOVÁ, Elena: Úvod do štúdia medzinárodného práva súkromného a procesného. 2. vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2018, 314 s., ISBN 978-80-8168-783-9
- FEKETE, Imrich: Občiansky zákonník 1. zväzok (Všeobecná časť). Veľký komentár, 3. aktualizované a rozšírené vydanie. Bratislava : Eurokódex, 2017, 1112 s., ISBN 978-80-8155-073-7
- BAJÁNKOVÁ, Jana, DULAK, Anton, FEČÍK, Marián, SEDLAČKO, František, ŠTEVČEK, Marek, TOMAŠOVIČ, Marek a kol.: Občiansky zákonník I. 2. vydání. Praha : C. H. Beck, 2019, 1754 s., ISBN 978-80-7400-770-5
- HENDRYCH, Dušan a kol.: Právnícký slovník. 2. rozšířené vydání. Praha : C. H. Beck, 2003, 1320 s., ISBN 80-7179-740-5
- KUČERA, Zdeněk: Mezinárodní právo soukromé. 6. opravené a doplněné vydání. Brno : nakladatelství Doplněk, 2004, 458 s., ISBN 80-7239-166-6 (brož.), ISBN 80-7239-167-4 (váz.)
- LAZAR, Ján a kol.: Občianske právo hmotné. 1. zväzok (Všeobecná časť. Rodinné právo. Vecné práva. Dedičské právo). Druhé, doplnené a prepracované vydanie. Bratislava : Iuris libri, 2018, 726 s., ISBN 978-80-89635-35-1
- LUBY, Štefan: Výber z diela a myšlienok. Bratislava : IURA EDITION, 1998, 496 s., ISBN 80-88715-31-8
- LUBY, Štefan: Základy všeobecného súkromného práva. Sväzok I. II. Vydanie. Bratislava : Ústav všeobecného súkromného práva Právnickej fakulty Slovenskej univerzity, 1947, 287 s
- LYSINA, Peter, ĎURIŠ, Michal, HAŤAPKA, Miloš a kol.: Medzinárodné právo súkromné. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2016, 510 s., ISBN: 978-80-89603-43-5
- SINGER, Erik: Právo v zahraničnom obchode. Praha : nakladatelství Orbis, 1966, 589 s
- ŠPAČEK, Vincenc, ANDRES, Bedřich, GLOS, Josef, LUBY, Štefan a KNAPP, Viktor: Učebnice občanského a rodinného práva. Svazek I. Druhé doplněné vydání. Praha : nakladatelství Orbis, 1955, 441 s
- VOJČÍK, Peter a kol.: Občiansky zákonník. Stručný komentár. Tretie, doplnené a prepracované vydanie. Bratislava: Iura edition, 2010, 1282 s., ISBN 978-80-8078-368-6.

Právne predpisy

- zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník
- zákon č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon
- zákon č. 91/2012 Sb. o mezinárodním právu soukromém

Rozhodnutia

- Rozhodnutie Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. III. ÚS 314/07-35 z dňa 16. decembra 2008
- Rozhodnutie Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. I. ÚS 242/07 3. z dňa 3. júla 2008
- Rozhodnutie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 4 Cz 38/1991 (R 24/1993) z dňa 31.10. 1991
- Rozhodnutie Najvyššieho súdu SSR sp. zn. 2 Cz 113/73 (R 35/1975) z dňa 31.01. 1974

Kontaktné údaje:

Bc. Ján Keselý

kesely2@gmail.com

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Šafárikovo nám. č. 6

811 01 Bratislava

Slovensko

PRÁVO ČLENSKÝCH ŠTÁTOV URČIŤ PODMIENKY PRE VYUŽÍVANIE SVOJICH ENERGETICKÝCH ZDROJOV (ČL. 194 ZFEÚ)

Damián Palašta

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Abstract: The present academic paper examines, in particular at a theoretical level, the possibilities for Member States to invoke the derogation under Article 194(2)2 TFEU and its relationship with the primary law of the European Union. The aim of the present article is to highlight the development in the subject area, to analyse the legal issues in the context of the recent case law of the Court of Justice of the European Union and to identify the various unexplored possibilities for the application of the right to its own energy mix within the energy sector of the EU Member States.

Abstrakt: Predkladaný odborný článok skúma najmä v teoretickej rovine možnosti členských štátov na uplatnenie výnimky na základe článku 194(2)2 ZFEÚ a jeho vzťah k primárnemu právu Európskej únie. Cieľom predkladaného článku je poukázať na vývoj v predmetnej problematike, analýza právnych otázok v súvislosti s recentnou judikatúrou Súdneho dvora Európskej únie a vymedzenie jednotlivých nepreskúmaných možností aplikácie práva na svoj vlastný energetický mix v rámci energetiky členských štátov EÚ.

Keywords: EU law, division of competences, energy law, Article 194 TFEU, legal basis of secondary law, energy sovereignty, nuclear energy

Kľúčové slová: právo EÚ, rozdelenie právomocí, energetické právo, článok 194 ZFEÚ, právny základ sekundárneho práva, suverenita v oblasti energetiky, jadrová energetika

1. ÚVOD

Počiatky európskej integrácie siahajú do dávnych čias, s myšlienkou spojenej Európy sa pohrával aj Dante Alighieri v knihe *Monarchia*, ktorá obhajovala nadnárodnú moc, ktorá rešpektuje kultúry a tradície rôznych národov, zatiaľ čo dielo Pierra Duboisa obhajovalo kresťanskú republiku. Victor Hugo sa v roku 1849 vyslovil za paneurópsku integráciu, v ktorej by národy kontinentu zostali navzájom odlišné.⁴⁸ V roku 1930 vydal Aristide Briand, francúzsky premiér, memorandum, ktoré pojednávalo o spojenej Európe, avšak bez toho, aby bola akýmkoľvek spôsobom narušená suverenita štátov v takejto asociácii. Až v roku 1950 vydal Robert Schuman jeho známu deklaráciu, ktorá slúžila ako základný ideologický dokument pre nadchádzajúce spojenie *odveky súperiacich štátov*. Samotný predchodcovia Európskej únie („EÚ“) sa zameriavali predovšetkým na energetické oblasti, keď v roku 1951 založili Európske spoločenstvo pre uhlie a oceľ, a neskôr v roku 1957 založili Európske spoločenstvo pre atómovú energiu, ktoré už priamo pracuje s ideou spolupráce v energetických záležitostiach.

Takéto spoločenstvo bolo vo svojich začiatkoch krehké a dochádzalo k vyvažovaniu moci medzi Spoločenstvom a členskými štátmi. Je potrebné poznamenať, že aj právo Európskej únie prešlo významným vývojom, pretože o priamom účinku a prednosti práva Spoločenstva nie je v zakladajúcich zmluvách explicitná zmienka. Významným je rozsudok Súdneho dvora („SDEÚ“) 6-64 *Costa v. ENEL*, ktorý zakotvil aplikačnú prednosť práva Spoločenstva v prípade existencie konfliktu medzi (takmer) akýmkoľvek vnútroštátnym právom a právom Spoločenstva. Vzhľadom na nasledovný vývoj po Luxemburskom kompromise medzi rokmi 1966 až 1986 bola aplikácia a tvorba práva v oblasti energetiky na európskej úrovni viac sporadická ako pravidelná.⁴⁹ Počas predmetného obdobia nasledoval vývoj sekundárneho práva, trendy v primárnom práve EÚ. Členské štáty často váhajú, či delegovať rozhodovacie právomoci v oblasti energetickej politiky na EÚ, a to z dôvodu obáv o národnú bezpečnosť, historického vývoja infraštruktúry a jedinečných charakteristík energetických trhov. Tieto faktory sťažujú prijatie univerzálneho prístupu k energetickej politike a niektoré členské štáty („ČŠ“) sa môžu zdráhať prenechať kontrolu nad svojimi energetickými zdrojmi nadnárodnému subjektu. Napriek týmto výzvam EÚ dosiahla

⁴⁸ Baldwin, R., & Wyplosz, C. (2021). *The Economics of European Integration 6e* (6th ed.). McGraw-Hill Interamericana de España S.L.

⁴⁹ Huhta, K. (2021). The scope of state sovereignty under article 194(2) TFEU and the evolution of EU competences in the energy sector. *International and Comparative Law Quarterly*, 70(4), 991–1010. <https://doi.org/10.1017/s0020589321000269>. s. 992.

pokrok vo vývoji koordinovanej energetickej politiky, ktorá rešpektuje národnú suverenitu a zároveň podporuje integrovanejší a udržateľnejší prístup k energetickým zdrojom.⁵⁰

Pred Lisabonskou zmluvou sa prejavila obava jednotlivých členských štátov, či delegovať rozhodovacie právomoci v oblasti energetických zdrojov na EÚ. Prijatím Lisabonskej zmluvy sa však EÚ v primárnom práve výslovne zaoberala energetikou ako jednou zo svojich spoločných právomocí, a to prostredníctvom článku 194 ZFEÚ. Je dôležité poznamenať, že podobná klauzula bola zahrnutá aj v plánovanej Zmluve o Ústave pre Európu, ale do primárneho práva EÚ sa pretavila až prijatím Lisabonskej zmluvy. Prijatie Lisabonskej zmluvy celkovo znamenalo významný krok smerom k integrovanejšiemu a koordinovanejšiemu prístupu k energetickej politike v EÚ. Tým, že sa EÚ výslovne zaoberala energetikou ako spoločnou právomocou, poskytla právny rámec na rozvoj súdržnejšej a udržateľnejšej energetickej politiky vo všetkých členských štátoch.

Prijatie článku 4 ZFEÚ znamenalo významný moment pre energetické právo v EÚ. Prvýkrát bola oblasť energetiky jasne vymedzená v primárnom práve a práve v tejto oblasti sa ustanovila právomoc EÚ. Energetika bola zaradená do spoločných právomocí EÚ, čo znamenalo, že jej uplatňovanie malo svoje špecifiká, ktoré sa vzťahovali na všetky oblasti v rámci spoločných právomocí. Tento vývoj poskytol EÚ právny rámec na vytvorenie koordinovaného a integrovaného prístupu k energetickej politike. Znamenal tiež posun smerom k väčšej spolupráci medzi členskými štátmi v oblasti energetiky, keďže EÚ teraz mohla v energetických otázkach vystupovať ako ústredný orgán. V prípade využitia tohto článku ako právneho základu je potrebné rešpektovať tri hlavné zásady, zakotvené v ZFEÚ, teda zásadu prenesenia právomocí, proporcionality a nakoniec zásadu subsidiarity.⁵¹

Okrem iného Lisabonská zmluva zaviedla aj nový právny základ pre energetickú politiku v článku 194 ZFEÚ. V tomto článku sa uvádzajú tri hlavné ciele súvisiace s energetickou politikou v EÚ.⁵² Hlavným cieľom článku 194 ZFEÚ je stanoviť ciele európskej energetickej politiky a legislatívny proces tvorby sekundárnych právnych predpisov, ktoré podporujú tieto ciele v rámci práva EÚ. Jedným zo základných prvkov tohto článku je odsek 2, ktorý znie nasledovne: „*Nie je nimi dotknuté právo členských štátov určiť podmienky pre využívanie svojich energetických zdrojov, jeho voľba medzi rôznymi zdrojmi energie a všeobecná štruktúra jeho zásobovania bez toho, aby bol dotknutý článok 192 ods. 2 písm. c)*“. V článku 194 ZFEÚ sa ustanovuje právo členských štátov vybrať si svoje zdroje energie na základe vnútroštátnych potrieb. Právo EÚ sa však interpretuje rôzne, čo má vplyv na to, ako sa tento článok môže uplatňovať v jednotlivých členských štátoch. V tomto článku sa skúmajú tieto možnosti s cieľom poskytnúť väčšiu istotu o tom, ako je možné uplatňovať článok 194 ZFEÚ na podporu energetických politík členských štátov a zároveň podporovať širšie ciele EÚ v oblasti energetiky.

2. DOKTRINÁLNY POHĽAD

Rozdelenie právomocí v rámci EÚ bolo dlhodobo spornou oblasťou najmä kvôli chýbajúcemu katalógu, ktorý by jednoznačne vymedzil hranice medzi jednotlivými oblasťami. Takáto absencia v prípade právomocí viedla aj k častej kritike, pretože vzhľadom na teleologický výklad dochádzalo k širokej interpretácii právomocí EÚ v rámci jednotlivých oblastí.⁵³ Korektívom predmetnej kritiky sú články 2 až 6 Lisabonskej zmluvy, ktoré systematizovali jednotlivé oblasti a definovali základné princípy pri aplikácii jednotlivých typoch právomocí. Životné prostredie a energetika majú zásadný význam pre ciele článku 194 ZFEÚ, ako aj článkov 191 až 194 ZFEÚ. Rozdielne interpretácie týchto článkov však môžu viesť ku konfliktom pri ich uplatňovaní, ktoré je ťažké definovať pomocou štandardného systematického výkladu právnych textov. Tieto konflikty môžu vzniknúť v dôsledku rôzneho výkladu práva EÚ a zložitosti právneho rámca, ktorým sa riadi energetická a environmentálna politika, ktorá sa do veľkej miery prekrýva. Preto je dôležité starostlivo zväziť uplatňovanie týchto článkov v praxi, aby sa zabezpečilo, že sa budú uplatňovať spôsobom, ktorý podporuje ciele jednotlivých členských štátov, ako aj širšie ciele energetickej a environmentálnej politiky EÚ.⁵⁴

Z hľadiska systematiky ZFEÚ výslovne uznáva životné prostredie a energetiku ako spoločné oblasti právomocí podľa článku 4 ods. 2 písm. e) a článku 4 ods. 2 písm. i). To znamená, že EÚ vykonáva tieto právomoci spoločne s členskými štátmi. Je však dôležité poznamenať, že spoločné právomoci podliehajú kľúčovým zásadám, ako je prenesenie právomocí, subsidiarita a proporcionality. To znamená, že EÚ musí konať v medziach svojich právomocí a rešpektovať práva členských štátov na výkon ich vlastných právomocí. Okrem toho musí EÚ zabezpečiť, aby jej činnosť bola primeraná cieľom, ktoré sa snaží dosiahnuť, a aby neporušovala zásadu subsidiarity, ktorá vyžaduje, aby sa rozhodnutia prijímali na čo najnižšej úrovni.

⁵⁰ Tamže. s. 992.

⁵¹ Schütze, R. (2021). *European Constitutional Law* (3rd ed.). Oxford University Press. s. 280.

⁵² Huhta, K. (2021). The scope of state sovereignty under article 194(2) TFEU and the evolution of EU competences in the energy sector. *International and Comparative Law Quarterly*, 70(4), 991–1010. <https://doi.org/10.1017/s0020589321000269>. s. 993.

⁵³ Okrem iného napríklad známy rozsudok Súdneho dvora z 5. mája 1981, Komisia Európskych spoločenstiev proti Spojenému kráľovstvu Veľkej Británie a Severného Írska, Vec 804/79, ECLI:EU:C:1981:93

⁵⁴ Fehling, M. (2021). Energy Transition in the European Union and its Member States: Interpreting Federal Competence Allocation in the Light of the Paris Agreement. *Transnational Environmental Law*, 1–25. doi:10.1017/s2047102521000066. s. 3.

2.1 Aplikácia a interpretácia článkov 192 a 194 ZFEÚ

Ako uvádzame v úvode predkladaného článku, energetika ako právomoc EÚ bola odjakživa citlivou, avšak neopomenuteľnou témou, a preto bolo potrebné v súlade s prirodzeným vývojom vtedajšieho Spoločenstva vyčkať na dostatočnú politickú zhodu v rámci EÚ. Napriek pomyselne jasnému rozdeleniu právomocí medzi ČŠ a EÚ zostáva veľa neodkrytého, pretože SDEÚ posúva doktrínu a pohľad na predmetné ustanovenia a právomocí neustále vopred.⁵⁵ Na prvý pohľad sa môže zdať, že umiestnenie alebo systematika článku 194 ZFEÚ je nesystematická, preto považujeme za vhodné objasniť čitateľom dôvod vzniku predmetného článku. V rámci EÚ existuje zhoda na klimatických cieľoch a znížení dopadu klimatickej krízy na životné prostredie⁵⁶, avšak problematická je cesta a technologické možnosti výroby elektrickej energie v jednotlivých členských štátoch.

Podobný článok obsahovala aj Zmluva o Ústave pre Európu, tento článok bol prevzatý do Lisabonskej zmluvy s menšími úpravami, avšak vo všeobecnosti sa nevie, ktorý členský štát bol pôvodcom úprav.⁵⁷ V prípade slovného spojenia „v duchu solidarity medzi členskými štátmi“⁵⁸ je známe, že pôvodcom predmetnej časti vety je Poľsko. Poľsko týmto ustanovením sledovalo hlavne vymožiteľnosť opatrení v oblasti energetiky, a to z dôvodu, že zrejme nepovažovali za dostatočný princíp zlepšovanie spojenia v oblasti európskej energetickej siete. Tento prídavok sa odzrkadlil aj na judikatúre SDEÚ, ktorý v spore medzi Poľskom a Komisiou⁵⁹ explicitne uviedol, že princíp solidarity medzi členskými štátmi je právne záväzným princípom európskeho energetického práva.

Právny výklad článku 194 ZFEÚ čiastočne závisí od cieľov energetickej politiky zákonodarcov. Vzhľadom na politický kompromis medzi členskými štátmi nebolo prijatie tohto článku veľmi systematické, čo vytvára určitú mieru nejednoznačnosti v jeho výklade. Členské štáty sa pravdepodobne obávali straty štátnej suverenity v oblasti energetiky, ktorá je kľúčovou pre národnú a európsku bezpečnosť.⁶⁰

Cieľom prijatia právnych predpisov v oblasti energetiky bolo aj začlenenie judikatúry SDEÚ v energetických otázkach, ktorá spája právomocí v oblasti energetiky so spoločným trhom EÚ. Prvým dôležitým judikátom, ktorý vytvoril SDEÚ v roku 1968, a priniesol definíciu tovaru ako výrobky, ktoré majú peňažnú hodnotu a s ktorými možno obchodovať. Táto definícia bola relevantná pre ustanovenia Rímskej zmluvy o voľnom pohybe tovaru, a teda aj pre elektrickú energiu, ktorá vyhovuje uvedenej definícii.⁶¹ V prípade *Almelo*⁶² SDEÚ potvrdil, predchádzajúcu domnienku, že elektrická energia v rámci práva EÚ je tovarom, pričom svoju argumentáciu podporil nasledovnými tvrdeniami. Prvým dôležitým faktom bolo, že takýto názor bol rozšírený a známy v práve EÚ, ďalej bol takto prijatý aj v predpisoch členských štátov, nakoniec použil argument, že elektrická energia je uvedená v colnej nomenklatúre ako výrobok. Taktiež takéto rozhodnutie nachádzalo oporu aj v prípade *Costa v ENEL*⁶³, hoci súd explicitne neadresoval oblasť definície, avšak implicitne sa vyvodilo, že elektrická energia sa považuje za výrobok. Pokiaľ ide o elektrickú energiu, ktorá sa tradične nepovažuje za hmotnú vec, viedli sa právne diskusie o tom, či spadá pod definíciu "veci" alebo "výrobku" v zmysle Rímskej zmluvy. Generálny advokát Fennelly však tvrdil, že elektrická energia by sa mala považovať za osobitný prípad vzhľadom na jej funkciu ako zdroja energie, ktorá ju stavia do konkurencie s inými zdrojmi energie, ako sú plyn a ropa. Tento výklad poukazuje na dôležitosť zohľadnenia špecifických vlastností a funkcií tovaru alebo výrobkov pri uplatňovaní právnych definícií a rámcov.⁶⁴

Prepojenie medzi oblasťami energetiky a životného prostredia, ktoré sú upravené článkami 192 a 194 ZFEÚ, je kľúčovým aspektom právneho výkladu. Pri dôkladnej právnej analýze je dôležité zohľadniť vzťah medzi týmito článkami, pretože hoci majú spoločné črty, v rámci práva existujú rozdiely v ich uplatňovaní. Najprv považujeme za vhodné spomenúť ich spoločné vlastnosti, teda v prípade oboch článkov platí nasledovné. Oba články vyjadrujú a definujú tieto oblasti ako oblasť so spoločnou právomocou, a v bežnom prípade stačí na prijatie príslušného sekundárneho práva štandardný legislatívny proces najmä v súlade článkami 289 a 294 ZFEÚ. Rozdiely medzi článkami 192 a 194 ZFEÚ majú významné dôsledky, najmä pokiaľ ide o možnosť zaviesť prísnejšie vnútroštátne štandardy. Takýto prístup je v súlade s právom EÚ založený na právomoci v oblasti životného prostredia ako právnom základe, a to napriek rozdielom v uplatňovaní článkov. Tento vzťah medzi oboma článkami je nevyhnutné

⁵⁵ Öberg, J. (2017). The Rise of the Procedural Paradigm: Judicial Review of EU Legislation in Vertical Competence Disputes. *European Constitutional Law Review*, 13(2), 248–280. <https://doi.org/10.1017/s1574019617000086>. s. 252.

⁵⁶ Napr. *Parížska dohoda* - Rámcový dohovor Organizácie Spojených národov o zmene klímy

⁵⁷ Huhta, K. (2021). The scope of state sovereignty under article 194(2) TFEU and the evolution of EU competences in the energy sector. *International and Comparative Law Quarterly*, 70(4), 991–1010. <https://doi.org/10.1017/s0020589321000269>. s. 1002.

⁵⁸ Článok 194(1) ZFEÚ

⁵⁹ Rozsudok Všeobecného súdu z 10. septembra 2019, Poľská republika proti Európskej komisii, Vec T-883/16, ECLI:EU:T:2019:567

⁶⁰ Schmidt-Felzmann, A. (2016). The breakdown of the EU's strategic partnership with Russia: from strategic patience towards a strategic failure. *Cambridge Review of International Affairs*, 29(1), 99–127. <https://doi.org/10.1080/09557571.2015.1130096>.

⁶¹ Rozsudok Súdneho dvora z 10. decembra 1968, Komisia Európskych spoločenstiev proti Talianskej republike, Vec 7-68, ECLI:EU:C:1968:51

⁶² Rozsudok Súdneho dvora z 27. apríla 1994, *Gerechthof Arnhem* – Holandsko, Vec C-393/92, ECLI:EU:C:1994:171

⁶³ Rozsudok Súdneho dvora z 15. júla 1964, *Flaminio Costa* proti E.N.E.L., Vec 6-64, ECLI:EU:C:1964:66

⁶⁴ Fennelly, N. (1999). EUR-Lex - 61998CC0097 - EN - EUR-Lex. EURlex. Retrieved June 7, 2022, from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/?uri=CELEX:61998CC0097>.

zohľadniť v právnej analýze, keďže upravujú vzájomne prepojené oblasti energetiky a životného prostredia. Najvýznamnejším rozdielom v prípade jednotlivých článkov je výnimka, ktorá vyplýva zo suverenity členských štátov, v prípade aplikácie práva na základe energetiky ako právneho základu je potrebné rešpektovať výnimku v súlade s článkom 194(2)ZFEÚ, ktorá je súčasťou primárneho práva a nemožno ju obísť. V prípade aplikácie práva na základe právomoci životného prostredia v súlade s článkom 192(2) ZFEÚ je potrebné nasledovať mimoriadny legislatívny postup po porade s určenými subjektmi, teda nejedná sa o absolútnu, ale relatívnu výnimku, ktorá nehatí prijatie príslušného sekundárneho práva.⁶⁵

3. PRÁVNÝ ZÁKLAD AKO LIMITÁCIA VYUŽITIA ČLÁNKU 194(2)2 ZFEÚ

Argumentačnou prekážkou v oblasti práva EÚ a jeho platnosti je možnosť aplikácie rôznych právnych základov na reguláciu rôznych odvetví. Vzhľadom na vzájomnú prepojenosť medzi odvetviami životného prostredia a energetiky je výber správneho právneho základu v dnešnom prepojenom svete kľúčový, ale zároveň aj náročný. Zmena významného parametra v jednom odvetví bude mať určite dôsledky v druhom odvetví, či už pozitívne alebo negatívne. Preto je na zabezpečenie účinných a dlhodobo udržateľných politík potrebná dôkladná analýza právneho rámca a jeho dôsledkov pre obe oblasti.

V prípade vývoja súdnej kontroly existuje viacero známych rozsudkov SDEÚ, ktoré postupne vytvárajú doktrínu ťažiskového prístupu, a to najmä z dôvodov poskytnutia právneho usmernenia pre normotvorcu v oblasti delimitácie hraníc medzi jednotlivými právomocami a taktiež z dôvodu zvýšenia právnej istoty v oblasti práva EÚ.⁶⁶ V praxi sa totižto častokrát vyskytujú jednotlivé právomoci, ktoré sa vzájomne prekrývajú a neposkytujú v rámci vnútornej štruktúry právnej normy pravidlo logickej delimitácie, avšak je možné na základe teleologického výkladu určiť ich význam a cieľ. Prvým prípadom významným pre ťažiskovú doktrínu bol Titanium Dioxide,⁶⁷ v ktorom bolo explicitne uvedené, že cieľ opatrenia zahŕňa najmä želaný výsledok a samotný obsah opatrenia. V nasledujúcej judikatúre sa vyvinulo doktrínálne pravidlo, ktoré môžeme charakterizovať nasledovne. Hlavný účel opatrenia predstavuje ťažisko, na základe ktorého sa vyberá právny základ podľa ktorého sa postupuje v predmetnom legislatívnom procese. Avšak vedľajší účinok nepovažujeme za rozhodujúci pre výber právneho základu.⁶⁸ Toto rozlišovanie medzi hlavným cieľom a vedľajšími účinkami predstavuje tzv. ťažiskovú teóriu, podľa ktorej normotvorca prijíma opatrenie podľa jeho hlavného cieľa, pričom neberie do úvahy vedľajšie účinky.⁶⁹

Ak sa zameriame na nový rozmer Lisabonskej zmluvy, ktorá posunula trojpilierové vnímanie práva EÚ na nový nadnárodný právny systém a prispela aj k relatívne presnému rozdeleniu právomocí medzi EÚ a ČS, môže vzniknúť problém najmä v súvislosti s rôznymi stupňami právomocí a rozličnými legislatívnymi postupmi aj v rámci identických právomocí, avšak pre potreby predkladaného článku sa budeme venovať právnemu základu ako fundamentálnej časti legislatívneho procesu, nakoľko sú právomocí v oblasti energetiky životného prostredia v skupine spoločných právomocí a teda nie je potrebné analyzovať tieto právomoci v kontexte rôznych typov právomocí EÚ.

V prípade energetiky a právneho základu článku 194 ZFEÚ bolo vyslovené SDEÚ, že ak neexistujú konkrétnejšie právomoci, článok 194 ZFEÚ je „*právny základom určeným na uplatnenie pre všetky akty prijaté Úniou v oblasti energetiky, ktoré svojou povahou umožňujú uskutočnenie týchto cieľov s výhradou, ako možno vyvodit' z formulácie „bez toho, aby bolo dotknuté uplatňovanie ostatných ustanovení zmlúv“ na začiatku odseku 2 článku 194 ZFEÚ, špecifickjších ustanovení stanovených Zmluvou o FEÚ a ktoré sa týkajú energetiky.*“⁷⁰

Z doslovnej verzie článku 194 ZFEÚ, však vyplýva, že by sa mal aplikovať iba „*bez toho, aby bolo dotknuté uplatňovanie ostatných ustanovení zmlúv.*“ To značí, že v prípade regulácie energetiky prichádza do úvahy aj uplatňovanie iných právnych základov, pokiaľ predmetné sekundárne právo ovplyvňuje energetiku iba ako dôsledok inej regulácie. V prípade argumentácie nepriamym efektom na oblasť energetiky by sme v dôsledku ťažiskovej doktríny museli zrejme dokázať vplyv hraničiaci s maximálnou zmenou, teda pravdepodobne by nepriamy efekt musel zmeniť odvetvie energetiky v štruktúrálnej oblasti takmer stopercentne, aby sme mohli vytvoriť pádny argument, avšak v súčasnosti neexistuje rozsudok, ktorý by pojednával o konkrétnych podmienkach. Na základe uvedeného máme za to, že bremeno dôkazu zmeny by musel dokazovať subjekt odvolávajúci sa na článok 194(2)ZFEÚ.

⁶⁵ Fehling, M. (2021). Energy Transition in the European Union and its Member States: Interpreting Federal Competence Allocation in the Light of the Paris Agreement. *Transnational Environmental Law*, 1–25. <https://doi.org/10.1017/s2047102521000066> s. 18.

⁶⁶ Engel, A. (2018). *The Choice of Legal Basis for Acts of the European Union*. Springer Publishing. s. 14.

⁶⁷ Rozsudok Súdneho dvora z 11. júna 1991, Komisia Európskych spoločenstiev proti Rade Európskych spoločenstiev, Vec C-300/89, ECLI:EU:C:1991:244

⁶⁸ Toto rozlíšenie bolo po prvýkrát spomenuté v Nariadení Rady (Euratom) č. 3954/87 z 22. decembra 1987, stanovujúce najvyššie povolené hodnoty rádioaktivity v potravinách a krmivách, spôsobenej jadrovou haváriou alebo iným prípadom rádiologického núdzového stavu

⁶⁹ Engel, A. (2018). *The Choice of Legal Basis for Acts of the European Union*. Springer Publishing. s. 15.

⁷⁰ Rozsudok Súdneho dvora zo 6. septembra 2012, Európsky parlament proti Rade Európskej únie, Vec C-490/10, ECLI:EU:C:2012:525, para. 67

Výnimočne potvrdil SDEÚ v prípade aplikácie dvojakých právnych základov názor, že „v prípade, ak ide o opatrenie, ktoré naraz sleduje viacero cieľov alebo ktoré má viac zložiek, ktoré sú nerozlučne spojené, a to bez toho, aby jeden cieľ alebo jedna zložka boli doplňujúcimi oproti ostatným, Súdny dvor rozhodol, že pokiaľ sa takto majú uplatniť rôzne ustanovenia Zmluvy, takéto opatrenie sa musí zakladať výnimočne na rôznych príslušných právnych základoch“⁷¹ avšak vylúčil možnosť aplikácie dvojakého právneho základu v prípade možnosti uplatnenia ťažiskovej doktríny. Je však neznáme aký vplyv by to malo na jednotlivé elementy, ktoré sú rozdielne v prípade aplikácie viacerých právnych základov, a to najmä s ohľadom na legislatívny proces a aplikáciu výnimky suverenity nad energetickými zdrojmi v členskom štáte.

4. JADROVÁ ENERGIA AKO ZDROJ STATUS QUO

Ako sme spomínali vyššie, v rámci EÚ existuje zhoda v oblasti klimatických cieľov a znížení dopadu klimatickej krízy na životné prostredie, avšak problematická je cesta a technologické možnosti energetiky. Tradične existujú členské štáty, ktoré vo veľkom podporujú rozvoj jadrovej energetiky ako nástroj dosiahnutia uhlíkovej neutrality, medzi tieto štáty tradične zaraďujeme Česko, Slovensko, Maďarsko, Rumunsko a Francúzsko, ktoré využívajú jadrovú energiu ako jeden zo základných zdrojov odvetvia.⁷² Avšak niektoré krajiny, ako napríklad Rakúsko sú takmer vždy proti akémukoľvek rozširovaniu jadra ako zdroja energie v rámci európskych krajín. Tieto protichodné postoje nám môžu pomôcť pochopiť existenciu samotného článku 194(2) (2) ZFEÚ.

Významným príkladom v oblasti jadrovej energetiky je nedávny rozsudok SDEÚ, ktorý pomohol čiastočne objasniť výklad článku 194(2) ZFEÚ, ako môžeme predpokladať, obsahom prípadu bola jadrová energetika. V krátkosti vysvetlené, prípad sa týkal štátnej pomoci pre plánovanú jadrovú elektrárňu vo Veľkej Británii, ktorú schválila Komisia. Rakúsko ako odporca jadrovej energetiky zažalovalo Komisiu a dožadovalo sa neplatnosti schválenia takejto podpory, pretože podľa analýzy vykonanej rakúskou stranou bola v rozpore s právom EÚ. V odseku 97 predmetného rozsudku Všeobecný súd Európskej únie konštatoval: „že Komisia sa nedopustila pochybenia, keď sa domnievala, že Spojené kráľovstvo bolo oprávnené vymedziť podporu jadrovej energie a konkrétnejšie podporu vytvárania nových kapacít pre výrobu jadrovej energie, ako cieľ verejného záujmu v zmysle článku 107 ods. 3 písm. c) ZFEÚ. Na jednej strane totiž tento cieľ súvisí s cieľom Spoločenstva Euratom spočívajúcim v uľahčení investícií v jadrovej oblasti a z článku 192 prvého odseku Zmluvy Euratom vyplýva, že členské štáty napomáhajú Spoločenstvu Euratom pri plnení jeho poslania. Na druhej strane z článku 194 ods. 2 druhého pododseku ZFEÚ vyplýva, že každý členský štát má právo zvoliť si medzi rôznymi zdrojmi energie tie, ktoré uprednostňuje.“ Súdny dvor rozhodol rovnako ako druhoinštančný súd, potvrdil rozsudok Všeobecného súdu, avšak potvrdil, že zásada ochrany životného prostredia, zásada obozretnosti, zásada znečisťovateľ platí za spôsobenú ujmu a zásada trvalej udržateľnosti vo všeobecnosti platia, ale nemôže na ich základe dôjsť k automatickému zamietnutiu štátnej pomoci na výstavbu alebo prevádzku jadrovej elektrárne.⁷³

Na základe vyššie uvedeného môžeme konštatovať, že predmetný článok sa zvyčajne aplikuje na oblasti jadrovej energetiky, ktorá je problematická najmä neexistenciou zhody v rámci EÚ v oblasti spôsobu znižovania uhlíkovej stopy.

⁷¹ Rozsudok Súdneho dvora zo 6. septembra 2012, Európsky parlament proti Rade Európskej únie, Vec C-490/10, ECLI:EU:C:2012:525, para. 46

⁷² Tvrdenie na základe rozsudku Všeobecného súdu z 12. júla 2018, Rakúska republika v. Európska komisia, Vec T-356/15, ECLI:EU:T:2018:439

⁷³ Rozsudok Súdneho dvora z 22. septembra 2020, Rakúska republika proti Európskej komisii, Vec C-594/18 P, ECLI:EU:C:2020:742, para. 49

5. ZÁVER

V predkladanom článku sme skúmali jednotlivé elementy podstatné pre právo členských štátov určiť podmienky pre využívanie svojich energetických zdrojov z viacerých hľadísk, ktoré sú podstatné pre nájdenie ultimátneho cieľa článku 194 ZFEÚ v súčasnosti. V prvom rade sme historicky poukázali na vývoj energetického práva na európskej úrovni, a to najmä z dôvodu, aby bola jasná faktická situácia a dôležité míľniky v európskom práve, ktoré nám môžu priniesť dôležité poznatky pre pochopenie cieľa tohto článku, teda rozvinú teleologické pochopenie.

Prvá časť prišla s dôležitou otázkou, a to do akej miery môže členský štát disponovať s právom na vlastný energetický mix. Zistením predkladaného článku je, že odpoveď nie je jednoduchá, avšak podarilo sa nám vytvoriť poznanie, ktoré by sme mohli definovať nasledovne. V prípade, ak sa štát odvoláva na právo určiť podmienky pre využívanie svojich energetických zdrojov je potrebné, aby príslušné sekundárne právo bolo založené na právnom základe článku 194 ZFEÚ, avšak je teoreticky možné, aby takéto opatrenie bolo založené na dvoch právnych základoch, pokiaľ by nebolo možné určiť cieľ na základe ťažiskovej teórie, pretože prepojenie životného prostredia a energetiky je markantné. V súvislosti s týmto zistením, je však nejasné do akej miery je možné uplatňovať pravidlá, ktoré upravujú odlišný procesný postup v rámci konkrétneho legislatívneho postupu na európskej úrovni.

Ďalším zistením v predmetnom článku je, že zásada ochrany životného prostredia, zásada obozretnosti, zásada znečisťovateľ platí a zásada trvalej udržateľnosti platia aj v oblasti energetiky, špecificky v oblasti jadrovej energetiky, avšak *en bloc* nebránia podpore jadrovej energetiky na úrovni štátnej pomoci. Taktiež sme dospeli k záveru, že existencia výnimky na základe článku 194 ZFEÚ, je čiastočne prejavom obáv o národnú bezpečnosť jednotlivých krajín, hoc všetky krajiny rešpektujú Parížsku dohodu, ich prostriedky na dosiahnutie jej cieľov sa výrazne odlišujú v oblasti jadrovej energie. Typickým príkladom opozita je pozícia Francúzska a Rakúska k predmetnej problematike a na základe tejto dvojice je možné sledovať rôznorodosť prístupu členských štátov a citlivo ju interpretovať. Záverom je dané, že možnosť uplatnenia podmienok pre využívanie svojich energetických zdrojov je limitovaná využitím rôzneho právneho základu pre príslušnú sekundárnu legislatívu, avšak nie nemožná.

V prípade, ak nedochádza ku kolízii alebo je kolízia minimálna, medzi životným prostredím a energetikou je štát absolútne slobodný vybrať si svoje zdroje energie. Naopak, v prípade ak existuje kolízia medzi životným prostredím a energetikou je predmetné právo členského štátu výrazne limitované, pretože ak je cieľom sekundárneho práva znížiť emisie, tak to zákonite ovplyvní aj energetickú infraštruktúru štátu. Ak existuje možnosť uplatnenia ťažiskovej teórie, vylučuje to použité výnimky na základe článku 194(2)2 ZFEÚ, ak je príslušná legislatíva prijatá na základe právomoci v oblasti životného prostredia. Avšak ak nepriamy efekt právneho základu je natoľko silný, že aplikácia ťažiskovej teórie je nemožná môže sa štát domáhať predmetné práva na základe článku 194(2)2 ZFEÚ, a teda určiť si svoj energetický mix nezávisle od sekundárneho práva EÚ, ktoré ovplyvňuje jeho výber.

Použitá literatúra:

- BALDWIN, R., & WYPLOSZ, C. (2021). *The Economics of European Integration 6e* (6th ed.). McGraw-Hill Interamericana de España S.L
- ENGEL, A. (2018). *The Choice of Legal Basis for Acts of the European Union*. Springer Publishing
- FEHLING, M. (2021). Energy Transition in the European Union and its Member States: Interpreting Federal Competence Allocation in the Light of the Paris Agreement. *Transnational Environmental Law*, 1–25. doi:10.1017/s2047102521000066
- FEHLING, M. (2021). Energy Transition in the European Union and its Member States: Interpreting Federal Competence Allocation in the Light of the Paris Agreement. *Transnational Environmental Law*, 1–25. <https://doi.org/10.1017/s2047102521000066>
- FENNELLY, N. (1999). EUR-Lex - 61998CC0097 - EN - EUR-Lex. EURlex. Retrieved June 7, 2022, from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/?uri=CELEX:61998CC0097>
- HUHTA, K. (2021). The scope of state sovereignty under article 194(2) TFEU and the evolution of EU competences in the energy sector. *International and Comparative Law Quarterly*, 70(4), 991–1010. <https://doi.org/10.1017/s0020589321000269>
- ÖBERG, J. (2017). The Rise of the Procedural Paradigm: Judicial Review of EU Legislation in Vertical Competence Disputes. *European Constitutional Law Review*, 13(2), 248–280. <https://doi.org/10.1017/s1574019617000086>
- SCHMIDT-FELZMANN, A. (2016). The breakdown of the EU's strategic partnership with russia: from strategic patience towards a strategic failure. *Cambridge Review of International Affairs*, 29(1), 99–127. <https://doi.org/10.1080/09557571.2015.1130096>

SCHÜTZE, R. (2021). *European Constitutional Law* (3rd ed.). Oxford University Press. s. 280

Kontaktné údaje:

Bc. Damián Palašta

palasta1@uniba.sk

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Šafárikovo nám. č. 6

810 00 Bratislava

Slovensko

MEDZINÁRODNÉ PRÁVO VEREJNÉ

ZÁSADA PACTA SUNT SERVANDA V PRAXI

Ján Keselý

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Abstract: The aim of this work is to stimulate further discussions about the content of the principle of pacta sunt servanda in international law, by examining its application in a specific case. After an introductory part and a brief introduction of the topic, we are analyzing the function of the principle of pacta sunt servanda in selected parts of the International Court of Justice judgment in the Gabčíkovo-Nagymaros waterworks dispute (Hungary / Slovakia) from 25 September 1997, through the prism of the intention of this work.

Abstrakt: Cieľom tejto práce je podnietiť ďalšie diskusie o obsahu zásady pacta sunt servanda v medzinárodnom práve, a to preskúmaním jej uplatňovania v konkrétnom prípade. Po úvodnej časti a stručnom uvedení do problematiky, v tomto článku analyzujeme funkciu zásady pacta sunt servanda vo vybraných častiach Rozhodnutia Medzinárodného súdneho dvora v spore o sústavu vodných diel Gabčíkovo-Nagymaros (Maďarsko/Slovensko) z 25. septembra 1997 cez prizmu cieľov tejto práce.

Keywords: pacta sunt servanda, international law, rebus sic stantibus, desuetudo

Kľúčové slová: pacta sunt servanda, medzinárodné právo, rebus sic stantibus, desuetudo

1. ÚVOD

Notoricky známa zásada pacta sunt servanda je nepopierateľne jednou z najvýznamnejších zásad medzinárodného práva. Je prítomná v každom medzinárodnom záväzku, a súdne orgány, zmluvné strany, či iné subjekty na ňu vo svojich argumentáciách často odkazujú. Táto práca sa orientuje na obsah tejto zásady, a na to, ako sa prejavuje v praxi. Po vymedzení stručnej charakteristiky zásady pacta sunt servanda budeme v Rozhodnutí Medzinárodného súdneho dvora v spore o sústavu vodných diel Gabčíkovo-Nagymaros (Maďarsko/Slovensko) z 25. septembra 1997 skúmať pôsobnosť, funkciu a limity tejto zásady. Osobitnú pozornosť venujeme otázke výnimiek zo zásady pacta sunt servanda, a tomu, čo by mal subjekt v danom prípade dodržať na to, aby bolo jeho konanie v súlade s touto zásadou, resp. kde je v danom prípade hranica (ne)konania, ktorú by povinný subjekt nemal prekročiť. Na záver venujeme niekoľko slov vzťahu zásady pacta sunt servanda so skončením platnosti zmluvy prostredníctvom desuetuda.

2. VEĽMI STRUČNE K ZÁSADĚ PACTA SUNT SERVANDA

Zásada pacta sunt servanda vyjadruje imperatív pre zaviazaný subjekt svedomito plniť a dodržiavať svoj záväzok, resp. záväzky. Jej korene siahajú až do Rímskeho práva.⁷⁴ Jej nedodržaním vzniká porušiteľovi *ex lege* medzinárodnoprávna zodpovednosť, ako následok porušenia povinnosti.⁷⁵ Z filozofického hľadiska je však žiadúce, aby na povinný subjekt pôsobila požiadavka naplnenia jeho povinnosti priamo z jeho vlastného vedomia a vôle, a nie z hrozby vzniku zodpovednosti.⁷⁶

⁷⁴ GRAMBLIČKOVÁ, B., PATAKYOVÁ, M.: Doktrína rebus sic stantibus ako prostriedok na ochranu výkonných umelcov. *Milníky práva v stredoeurópskom priestore 2017*, Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov organizovanej Univerzitou Komenského v Bratislave, Právnickou fakultou 30.3. – 1.4.2017, s. 296. [cit. 16. decembra 2021]. Dostupné na: https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Veda/Konferencie_a_podujatia/milniky_zborniky_2011_2018/Zbornik_Milniky_2017.pdf. ; Viac k histórii pacta sunt servanda pozri napr. v: MARJÁK, Dušan: Klauzula rebus sic stantibus. *Milníky práva v stredoeurópskom priestore 2012*, I. časť, Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov organizovanej Univerzitou Komenského v Bratislave, Právnickou fakultou 29. – 31. 3. 2012, s. 342, 343. [cit. 17. decembra 2021]. Dostupné na: https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Veda/Konferencie_a_podujatia/milniky_zborniky_2011_2018/Zbornik_Milniky_2012_1_cast.pdf.

⁷⁵ VRŠANSKÝ, P., VALUCH, J. a kol.: *Medzinárodné právo verejné, Všeobecná časť*. Bratislava : Wolters Kluwer SR s. r. o., 2015, s. 124.

⁷⁶ MARJÁK, Dušan: Klauzula rebus sic stantibus. *Milníky práva v stredoeurópskom priestore 2012*, I. časť, Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov organizovanej Univerzitou Komenského v

Zásada pacta sunt servanda má svoje významné miesto aj v rámci prevencie pred vznikom medzinárodných sporov a protiprávneho stavu, ktorá má v medzinárodnom práve sama o sebe dôležitú úlohu. Na medzinárodnej úrovni totiž absentujú donucovacie prostriedky, ktoré má štát k dispozícii na úrovni vnútroštátnej, a preto je svedomité plnenie záväzkov subjektmi medzinárodného práva jedným zo základných predpokladov fungovania medzinárodného spoločenstva.⁷⁷

Tak, ako to platí pre zásady medzinárodného práva vo všeobecnosti, aj zásada pacta sunt servanda sa od noriem medzinárodného práva odlišuje svojim vysokým stupňom všeobecnosti obsahu a abstraktnosti formulácie, pričom v praxi nachádza svoje vyjadrenie v rôznych podobách.⁷⁸

Zásada pacta sunt servanda patrí medzi všeobecné zásady medzinárodného práva, teda upravuje správanie celého medzinárodného spoločenstva a pôsobí *erga omnes*.⁷⁹ Zaraďujeme ju medzi tú skupinu všeobecných zásad medzinárodného práva, ktoré nazývame základné zásady medzinárodného práva⁸⁰. Tieto sa vzťahujú na všetky oblasti medzinárodného práva, sú spomedzi všeobecných zásad medzinárodného práva najdôležitejšie a tvoria akési ústavné piliere medzinárodného práva. To, ktoré konkrétne zásady sú základnými zásadami medzinárodného práva, je v odbornej verejnosti predmetom diskusií, avšak možno sa stotožniť s názorom, že sú to tie zásady, ktoré sú kodifikované Deklaráciou zásad týkajúcich sa priateľských vzťahov a spolupráce medzi štátmi, ktorú prijalo Valné zhromaždenie OSN 24. októbra 1970 (ďalej aj ako "Deklarácia zásad" alebo "Deklarácia"). Táto Deklarácia nadväzuje na čl. 2 Charty Organizácie Spojených národov (ďalej len ako "Charta OSN").⁸¹ V rámci Deklarácie zásad je takto vyhlásená aj zásada pacta sunt servanda.⁸² Jej záväznosť tak, ako aj záväznosť ostatných základných zásad vyhlásených v Deklarácii, však vyplýva z jej obyčajového pôvodu, a kodifikácia tejto zásady má len deklaratórny povahu.⁸³

Ako sme už naznačili, zásada pacta sunt servanda pramení z obyčajového práva. Má teda prirodzene nepísanú podobu, je vykonávaná ako stála prax štátov ako subjektov medzinárodného práva v ich vzájomnom styku a zachovanie tejto praxe je považované za právnu povinnosť (prvky *usus longaevus + opinio iuris*).⁸⁴

Zásada pacta sunt servanda má povahu *ius cogens*, teda sa od nej nemožno odchyliť, pokiaľ to neumožňuje norma/pravidlo rovnakej právnej sily.⁸⁵ Ani zásada pacta sunt servanda však neplatí absolútne.⁸⁶ „Jej dôsledné zachovávanie by koniec koncov mohlo v konkrétnej záležitosti viesť k nespravodlivosti záväzkového

Bratislave, Právnickou fakultou 29. – 31. 3. 2012, s. 342. [cit. 17. decembra 2021]. Dostupné na: https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Veda/Konferencie_a_podujatia/milniky_zborniky_2011_2018/Zbornik_Milniky_2012_1_c_ast.pdf.

⁷⁷ VRŠANSKÝ, P., VALUCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné, Všeobecná časť. Bratislava : Wolters Kluwer SR s. r. o., 2015, s. 56.

⁷⁸ Tamže, s. 140.

⁷⁹ Tamže, s. 133.

⁸⁰ SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz: Mezinárodní právo veřejné. Praha : nakladatelství ASPI, a. s., 2006, s. 81, 120.

⁸¹ Čl. 2 ods. 2 Charty OSN: "All Members, in order to ensure to all of them the rights and benefits resulting from membership, shall fulfill in good faith the obligations assumed by them in accordance with the present Charter". K tomu pozri: VRŠANSKÝ, P., RIŠOVÁ, M., SEMAN, R., VALUCH, J.: Praktická príručka na semináre z medzinárodného práva verejného. Bratislava : Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2012, s. 10.

⁸² VRŠANSKÝ, P., VALUCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné, Všeobecná časť. Bratislava : Wolters Kluwer SR s. r. o., 2015, s. 91; Pozri aj: NOVOTNÝ, Adolf: Slovník Mezinárodných vztahov. Bratislava : Magnet Press Slovakia, 2004, s. 46.

⁸³ VRŠANSKÝ, P., VALUCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné, Všeobecná časť. Bratislava : Wolters Kluwer SR s. r. o., 2015, s. 133, 141-142; Okrem toho je zásada pacta sunt servanda kodifikovaná aj v článku 26 Viedenského Dohovoru o zmluvnom práve z roku 1969, ktorý stanovuje: "Každá platná zmluva zaväzuje zmluvné strany a musí byť nimi plnená dobromyseľne". K tomu pozri: VRŠANSKÝ, P., VALUCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné, Osobitná časť. Bratislava : Wolters Kluwer SR s. r. o., 2016, s. 331; Pozri aj: VRŠANSKÝ, P., RIŠOVÁ, M., SEMAN, R., VALUCH, J.: Praktická príručka na semináre z medzinárodného práva verejného. Bratislava : Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2012, s. 248; Pozri aj: VRŠANSKÝ, P., VALUCH, J., BEDNÁR, D.: Dokumenty k štúdiu medzinárodného práva verejného, 1. časť. Bratislava : Wolters Kluwer SR s. r. o., 2018, s. 73.

⁸⁴ SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz: Mezinárodní právo veřejné. Praha : nakladatelství ASPI, a. s., 2006, s. 94; VRŠANSKÝ, P., VALUCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné, Všeobecná časť. Bratislava : Wolters Kluwer SR s. r. o., 2015, s. 92-93.

⁸⁵ BUCHTA, Tomáš: Vplyv judikatúry Európskeho súdu pre ľudské práva a Súdneho dvora EÚ na prístupenie EÚ k Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd. Milníky práva v stredoeurópskom priestore 2014, Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov organizovanej Univerzitou Komenského v Bratislave, Právnickou fakultou 27. – 29. 3. 2014, s. 695. [cit. 16. decembra 2021]. Dostupné na: https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Veda/Konferencie_a_podujatia/milniky_zborniky_2011_2018/Zbornik_Milniky_2014.pdf; VRŠANSKÝ, P., VALUCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné, Všeobecná časť. Bratislava : Wolters Kluwer SR s. r. o., 2015, s. 133.

⁸⁶ SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz: Mezinárodní právo veřejné. Praha : nakladatelství ASPI, a. s., 2006, s. 81; GRAMBLIČKOVÁ, B., PATAKYOVÁ, M.: Doktrína rebus sic stantibus ako prostriedok na ochranu výkonných umelcov. Milníky práva v stredoeurópskom priestore 2017, Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov organizovanej Univerzitou Komenského v Bratislave, Právnickou fakultou 30.3. – 1.4.2017, s. 296. [cit. 16. decembra 2021]. Dostupné na: https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Veda/Konferencie_a_podujatia/milniky_zborniky_2011_2018/Zbornik_Milniky_2017.pdf.

vzťahu, teda k tomu, čo starí Rimania označovali *summum ius summa iniuria*.⁸⁷ K prípustným odchýlkam z dodržiavania tejto zásady si povieme viac neskôr.

Aj v prípade, že zásada *pacta sunt servanda* nie je vyjadrená v rámci určitého záväzku *expressis verbis*, je v ňom obsiahnutá implicitne. V praxi máme v zásade neobmedzené množstvo názorných príkladov pôsobenia tejto zásady, keďže ju treba hľadať v každej medzinárodnej norme, ktorá je pre štát záväzná.⁸⁸

My sme si pre účel skúmania jej funkcie vybrali Rozhodnutie Medzinárodného súdneho dvora (ďalej aj ako "MSD" alebo "Súd") v spore o sústavu vodných diel Gabčíkovo-Nagymaros (Maďarsko/Slovensko) z 25. septembra 1997 (ďalej aj ako "Rozhodnutie" alebo "Rozhodnutie Gabčíkovo-Nagymaros"). MSD je medzinárodným súdnym orgánom s celosvetovou pôsobnosťou so sídlom v Haagu. Patrí medzi hlavné orgány OSN, a všetky členské štáty OSN sú ipso facto jeho účastníkmi, pričom aj iné štáty majú za určitých okolností možnosť nechať vo svojom spore rozhodovať MSD. Pre založenie jurisdikcie, resp. právomoci MSD k danej veci je potrebné splniť určité podmienky. V Rozhodnutí Gabčíkovo-Nagymaros to bola podmienka uzatvorenia kompromisu, resp. zmluvy o predložení už vzniknutého sporu tomuto súdu medzi stranami sporu. Čl. 38 Štatútu MSD (ďalej len ako "Štatút") určuje, podľa akých prameňov práva má MSD rozhodovať, pričom medzi ne zaraďuje aj medzinárodnú obyčaj, a teda aj zásadu *pacta sunt servanda*.⁸⁹ Aj v Rozhodnutí Gabčíkovo Nagymaros MSD rozhodoval predovšetkým na základe tejto zásady.

3. ROZHODNUTIE GABČÍKOVU-NAGYMAROS – SKUTKOVÝ STAV

Pre účely ďalšieho skúmania zásady *pacta sunt servanda* a jej možných limitov som vybral niektoré časti skutkového stavu Rozhodnutia Gabčíkovo-Nagymaros.

1. Dňa 16. septembra 1977 uzavrela Československá socialistická republika (ďalej aj ako "Československo") s Maďarskou ľudovou republikou (ďalej aj ako "Maďarsko") ako spoločnú investíciu Zmluvu o výstavbe a prevádzke Sústavy vodných diel Gabčíkovo - Nagymaros (ďalej aj ako "Zmluva z roku 1977" alebo "Zmluva"), ktorej cieľom bola výroba elektriny z vody, zlepšenie plavby na príslušnej časti Dunaja a protipovodňová ochrana brehov. Práce sa začali v roku 1978.
2. V roku 1989 bola priehrada v Gabčíkove (teda na Československej strane územia) dokončená na už 85%, zatiaľ čo v Nagymaros (Na Maďarskej strane územia) tomu tak nebolo. Maďarská vláda sa navyše rozhodla prerušiť a neskôr aj zanechať práce, a to primárne z ekonomických a sekundárne ekologických dôvodov. Následne začali rokovania medzi Československom a Maďarskom ohľadne ďalšieho postupu, pričom Československo navrhovalo ako alternatívne riešenie výstavbu tzv. Variantu C, ktorý mal byť "dočasným riešením" pre uvedenie vodného diela Gabčíkova do prevádzky. Tento mal spočívať v jednostrannom odklonení toku Dunaja na Československé územie. Práce na Variante C začali v novembri 1991.
3. Dňa 19. mája 1992 Maďarsko doručilo Československu verbálnu nótu, ktorou jednostranne ukončilo platnosť Zmluvy z roku 1977.
4. 15. októbra 1992 Československo začalo práce, aby umožnilo uzavrieť Dunaj a od 23. októbra pokračovalo v prehradzovaní rieky.
5. Dňa 1. januára 1993 vznikla Slovenská republika (ďalej aj ako "Slovensko") ako nezávislý štát, a ako nástupca Československa sa stalo sa zmluvnou stranou Zmluvy z roku 1977, čo neskôr v tomto Rozhodnutí potvrdil aj MSD.
6. V rámci rokovaní sa strany dohodli, že o spore nechajú rozhodnúť MSD. Dňa 7. apríla 1993 teda v Bruseli podpísali dokument s názvom „Osobitná dohoda o predložení sporu medzi Maďarskou republikou a Slovenskou republikou o Projekte Gabčíkovo-Nagymaros Medzinárodnému súdnemu dvoru“, a požiadali MSD, aby rozhodol o týchto troch otázkach:

⁸⁷ MARJÁK, Dušan: Klauzula *rebus sic stantibus*. Milníky práva v stredoeurópskom priestore 2012, I. časť, Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov organizovanej Univerzitou Komenského v Bratislave, Právnickou fakultou 29. – 31. 3. 2012, s. 343. [cit. 17. decembra 2021]. Dostupné na: https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/VedaKonferencie_a_podujatia/milniky_zborniky_2011_2018/Zbornik_Milniky_2012_1_cast.pdf.

⁸⁸ VRŠANSKÝ, P., VALUCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné, Všeobecná časť. Bratislava : Wolters Kluwer SR s. r. o., 2015, s. 91, 124, 154.

⁸⁹ Tamže, s. 110, 271, 273-275.

- I. Bola Maďarská republika oprávnená prerušiť a následne zanechať v roku 1989 práce na projekte Nagymaros a časti projektu Gabčíkovo, za ktoré podľa Zmluvy zodpovedala ?
- II. Bola Česká a Slovenská Federatívna Republika oprávnená pristúpiť v novembri 1991 k „dočasnému riešeniu“ a uvedeniu tohto systému do prevádzky od októbra 1992, ako je opísané v Správe pracovnej skupiny nezávislých expertov Komisie Európskych spoločenstiev Českej a Slovenskej Federatívnej Republiky a Maďarskej republiky z 23. novembra 1992 (prehradenie Dunaja na riečnom kilometri 1851, 7 na česko-slovenskom území a z toho vyplývajúce dôsledky na vodný tok a plavebnú dráhu) ?
- III. Aké sú právne účinky notifikácie z 19. mája 1992 o skončení Zmluvy Maďarskou republikou ?⁹⁰

4. ZASÁDA PACTA SUNT SERVANDA V PRÍPADE ROZHODNUTIA GABČÍKOVA-NAGYMAROS

V tomto článku sa budeme venovať prvej a čiastočne tretej otázke, ktoré boli Súdu položené (viď. 6. bod kapitoly „ROZHODNUTIE GABČÍKOVO-NAGYMAROS - SKUTKOVÝ STAV“). Hneď na úvod je potrebné spomenúť, že MSD sa v tomto rozhodnutí vysporiadaval aj s tým, či možno na daný prípad aplikovať Viedenský dohovor o zmluvnom práve (Viedeň, 1969, vyhl. ministra zahraničných vecí č. 15/1988) (ďalej aj ako „Viedenský dohovor“). Na tomto mieste je možné všimnúť si pôsobnosť obyčajového práva prostredníctvom jeho kodifikovaného znenia, ktorú som popisoval vyššie. Keďže Viedenský dohovor bol Československom a aj Maďarskom ratifikovaný až po uzavretí Zmluvy z roku 1977, túto zmluvu Súd nemohol posudzovať podľa Viedenského dohovoru ako takého. Ale vzhľadom na to, že niektoré ustanovenia Viedenského dohovoru kodifikujú už existujúce obyčajové právo, ktoré bolo pre zmluvné strany záväzné už v čase uzatvárania Zmluvy z roku 1977, MSD posudzoval daný prípad aj podľa týchto ustanovení Viedenského dohovoru.⁹¹

4.1. K prvej otázke

Pokiaľ ide o oprávnenosť prerušenia a následného zanechania prác na projekte Nagymaros a časti projektu Gabčíkovo Maďarskom v roku 1989, Maďarsko argumentovalo tým, že práce prerušilo a následne zanechalo z dôvodu „stavu ekologickej núdze“, ktorý podľa Maďarska existuje od roku 1989.⁹² Maďarsko bolo teda toho presvedčenia, že stav ekologickej núdze v tomto prípade predstavuje výnimku z povinnosti dodržiavať zásadu pacta sunt servanda. K tomu MSD uviedol, že medzinárodné obyčajové právo uznáva stav núdze ako dôvod na vylúčenie protiprávnosti konania, ktoré je v rozpore s medzinárodným záväzkom, avšak takýto dôvod na vylúčenie protiprávnosti je možné akceptovať len výnimočne.⁹³ Aj toto vyjadrenie MSD má vzťah k zásade pacta sunt servanda. Keďže táto zásada je prítomná v každom medzinárodnoprávnom záväzku, tak konanie, ktoré je s týmto záväzkom v rozpore, je súčasne v rozpore aj so zásadou pacta sunt servanda.⁹⁴ Pokiaľ však medzinárodné obyčajové právo uznáva stav núdze ako výnimku z povinnosti dodržiavania medzinárodného záväzku, táto výnimka sa v danom prípade dotýka aj dodržiavania zásady pacta sunt servanda. MSD sa vo svojom rozhodnutí vyjadril, že podľa medzinárodného obyčajového práva sa stavu núdze možno dovoliavať len za nasledovných prísne vymedzených podmienok, ktoré musia byť úhmnne splnené:

1. stav núdze musí byť vyvolaný „podstatným záujmom“ štátu, ktorý sa dopustil konania odporujúceho niektorému z jeho medzinárodných záväzkov, pričom tento záujem musí byť ohrozený „vážnym a bezprostredným ohrozením“, a

⁹⁰ ELBERT, Ľudmila, GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, Ľubica a kol.: Prípady z medzinárodného práva verejného. Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Vydavateľstvo ŠafárikPress, 2019, s. 83-84 [cit. 16. decembra 2021]. Dostupné na: <https://unibook.upjs.sk/img/cms/2019/pravf/pripady-medzinarodneho-prava-verejneho.pdf>.

⁹¹ KORONCZIOVÁ, A., KAČALJAK, M.: Problematika výkladu medzinárodných zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia. Milníky práva v stredoeurópskom priestore 2017, Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov organizovanej Univerzitou Komenského v Bratislave, Právnickou fakultou 30.3. – 1.4.2017, s. 104. [cit. 16. decembra 2021]. Dostupné na:

https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Veda/Konferencie_a_podujatia/milniky_zborniky_2011_2018/Zbornik_Milniky_2017.pdf; VRŠANSKÝ, P., VALUCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné, Všeobecná časť. Bratislava : Wolters Kluwer SR s. r. o., 2015, s. 106; ELBERT, Ľudmila, GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, Ľubica a kol.: Prípady z medzinárodného práva verejného. Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Vydavateľstvo ŠafárikPress, 2019, s. 84-85 [cit. 16. decembra 2021]. Dostupné na: <https://unibook.upjs.sk/img/cms/2019/pravf/pripady-medzinarodneho-prava-verejneho.pdf>.

⁹² ELBERT, Ľudmila, GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, Ľubica a kol.: Prípady z medzinárodného práva verejného. Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Vydavateľstvo ŠafárikPress, 2019, s. 85 [cit. 16. decembra 2021]. Dostupné na: <https://unibook.upjs.sk/img/cms/2019/pravf/pripady-medzinarodneho-prava-verejneho.pdf>.

⁹³ Tamže.

⁹⁴ VRŠANSKÝ, P., VALUCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné, Všeobecná časť. Bratislava : Wolters Kluwer SR s. r. o., 2015, s. 91, 124, 154.

2. konanie, proti ktorému sa namieta:
 - a. musí byť „jediným prostriedkom“ ochrany tohto záujmu,
 - b. nesmie „vážne poškodiť podstatný záujem“ štátu, voči ktorému záväzok existuje, a
 - c. štát, ktorý sa dopustil tohoto konania, nesmie „prispiet k vzniku stavu núdze“.⁹⁵

V optike uvedených podmienok Súd uznal, že obavy Maďarska o životné prostredie sa týkajú „podstatného záujmu“ štátu. Uznal aj, že medzi situácie, ktoré môžu spôsobiť stav núdze, možno zahrnúť aj vážne ohrozenie ochrany životného prostredia celého územia štátu, alebo jeho častí. Upozornil však na to, že stav núdze nemohol existovať bez toho, aby sa „ohrozenie“ v príslušnom čase patrične preukázalo, a teda len obava z možného „ohrozenia“ v tomto smere nestačí. Toto tvrdenie podporil aj tým, že „ohrozenie“, ktoré vytvára stav núdze, musí byť zároveň aj „vážne“ a „bezprostredné“, pričom „bezprostredné“ je synonymom „okamžitého“ alebo „časovej aproximácie“, a ďaleko presahuje pojem „možnosti“. A keďže sa podľa Súdu ani v najmenšej miere nedokázalo, že v roku 1989 reálne existovalo „vážne“ a „bezprostredné“ nebezpečenstvo, a že prerušenie a zastavenie prác Maďarskom boli v tom čase jediným možným prostriedkom, ktorým mohlo Maďarsko reagovať na takto vnímané nebezpečenstvá, Súd argument Maďarska o stave núdze odmietol uznať. Svoj postoj podporil aj skutočnosťou, že v roku 1989 Maďarsko požiadalo o urýchlenie prác, pričom už o tri mesiace neskôr sa rozhodlo práce prerušiť a neskôr aj zastaviť s odvolaním sa na stav ekologickej núdze, ku ktorému však podľa Súdu Maďarsko svojim konaním samo prispelo, a preto sa naňho nemôže odvolávať ako na dôvod pre vlastné nedodržanie zmluvných záväzkov.⁹⁶ Tu Súd opäť aplikoval Viedenský Dohovor, resp. obyčajové právo kodifikované vo Viedenskom Dohovore (čl. 62 ods. 2 písm. b)).⁹⁷

Neskôr, v bode 142. tohto Rozhodnutia, MSD uvádza, že pravidlo *pacta sunt servanda*, tak ako je vyjadrené v článku 26 Viedenského dohovoru, v tomto spore vyžaduje, aby strany dospeli na základe dohody k riešeniu v rámci spolupráce, ktorú predvída Zmluva. Uvedené platí pre akýkoľvek problém týkajúci sa Zmluvy z roku 1977. Pri vykladaní a následnom plnení ustanovení Zmluvy sú teda strany povinné sledovať jej účel a úmysel strán pri jej uzatváraní, namiesto formalistického doslovného výkladu jej ustanovení.⁹⁸ Z toho vyplýva, že na to, aby Maďarsko konalo v súlade s medzinárodným právom, malo v prípade vzniku stavu ekologickej núdze aplikovať ustanovenia Zmluvy z roku 1977, ktoré sú určené na riešenie takejto situácie, a to v súlade s účelom tejto zmluvy.

Z dôkladného vymedzenia a následnej aplikácie podmienok, splnením ktorých by bolo možné v danom prípade vylúčiť protiprávnosť konania Maďarska, je zrejmé, že k výnimkám zo zásady *pacta sunt servanda* MSD v danom prípade pristupoval veľmi opatrne, a v konečnom dôsledku uznal jej dodržiavaniu prednosť.

4.2. K tretej otázke

K tretej otázke, ktorú zmluvné strany položili Súdu, Maďarsko predložilo päť argumentov na podporu svojho tvrdenia, že oznámenie Maďarska z 19. mája 1992 o skončení platnosti Zmluvy zo 16. septembra 1977 malo právny účinok skončenia zmluvy:

1. existencia stavu núdze,
2. nemožnosť plniť Zmluvu,
3. výskyt podstatnej zmeny okolností,
4. podstatné porušenie Zmluvy Československom, a
5. vývoj nových noriem medzinárodného práva životného prostredia.⁹⁹

Súd sa vyjadril jednotlivo ku každému z uvedených argumentov a v zásade všetky odmietol. My si však priblížime iba tretí argument spočívajúci v podstatnej zmene okolností. Posúdime aj možnosť skončenia platnosti zmluvy prostredníctvom desuetuda.

4.2.1. Tretí argument

⁹⁵ ELBERT, Ludmila, GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, Ľubica a kol.: Prípady z medzinárodného práva verejného. Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Vydavateľstvo ŠafárikPress, 2019, s. 85 [cit. 16. decembra 2021]. Dostupné na: <https://unibook.upjs.sk/img/cms/2019/pravf/pripady-medzinarodneho-prava-verejneho.pdf>.

⁹⁶ Tamže, s. 85-86.

⁹⁷ VRŠANSKÝ, P., VALUCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné, Všeobecná časť. Bratislava : Wolters Kluwer SR s. r. o., 2015, s. 106, 154; Súd ešte dodal, že podľa správy z 31. októbra 1992 trojstrannej vyšetrovacej misie vyplýva, že nevyužívanie Sústavy vodných diel Gabčíkovo-Nagymaros by viedlo nielen k značným finančným stratám, ale mohlo by spôsobiť aj vážne problémy životnému prostrediu, čo tiež odporuje argumentácii Maďarska.

⁹⁸ ELBERT, Ludmila, GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, Ľubica a kol.: Prípady z medzinárodného práva verejného. Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Vydavateľstvo ŠafárikPress, 2019, s. 90 [cit. 16. decembra 2021]. Dostupné na: <https://unibook.upjs.sk/img/cms/2019/pravf/pripady-medzinarodneho-prava-verejneho.pdf>.

⁹⁹ Tamže, s. 87.

MSD upozornil na to, že Zmluva z roku 1977 neobsahuje žiadne ustanovenie o skončení platnosti, ba naopak, stanovuje dlhodobý a trvalý režim spoločnej investície a spoločnej prevádzky. V dôsledku toho, pokiaľ sa strany vzájomným súhlasom nedohodnú na ukončení platnosti zmluvy, platnosť Zmluvy sa podľa Súdu môže skončiť iba na základe obmedzených dôvodov uvedených vo Viedenskom dohovore (čl. 42 ods. 2 a čl. 54 Viedenského dohovoru).¹⁰⁰ Tento názor nachádza v odbornej verejnosti aj svojich odporcov, k tomu si však povieme viac v podkapitole "3.2.2. *Desuetudo a pacta sunt servanda*". Zaujímavý názor má aj Ignaz Seidl-Hohenveldern, ktorý uvádza, že "Shody o ukončení smlouvy může být dosaženo také tím, že jeden nebo ostatní partneri neprotestují proti jednostrannému prohlášení, které prohlašuje smluvní ustanovení za obsolentní".¹⁰¹ Ignaz Seidl-Hohenveldern teda v danom prípade prirovnáva neprotestovanie ku konkludentnému súhlasu.

Maďarsko tvrdilo, že jedným z dôvodov skončenia platnosti zmluvy je množstvo udalostí, ktoré v súhrne vyvolali podstatnú zmenu okolností oproti stavu, ktorý existoval v čase uzavretia Zmluvy z roku 1977.¹⁰² Argumentácia Maďarska teda spočívala v doktríne rebus sic stantibus, ktorá pripúšťa upustenie od plnenia záväzku v prípade podstatnej zmeny okolností, resp. pomerov.¹⁰³ Takúto zmenu je potrebné hodnotiť objektívne. To, či možno v tom-ktorom prípade uplatniť klauzulu rebus sic stantibus, sa posudzuje podľa toho, či je zmena týchto okolností natoľko významná, že by za daných okolností zmluvné strany o uzavretie zmluvy nemali záujem. Ako hovorí Ignaz Seidl-Hohenveldern: "Jedná se zde tedy o zprostředkování hypotetické vůle stran".¹⁰⁴ Clausula rebus sic stantibus je akousi ručnou brzdou povinnosti dodržiavania zásady pacta sunt servanda pre prípady vzniku nepredvídateľných a nepredvídaných okolností.¹⁰⁵ Podľa nášho názoru má logika tejto klauzuly spoločného menovateľa s vyjadrením Štefana Lubyho, že „na zaviazaného musí pôsobiť už samotné vedomie, že je povinný plniť“.¹⁰⁶ V tomto názore vnímame predpoklad určitého vnútorného presvedčenia povinného subjektu o jeho povinnosti plniť si svoj záväzok. Táto vnútorná motivácia by, prirodzene, mohla byť podstatnou zmenou pomerou strán oslabená.

MSD sa však vyjadril, že stabilita zmluvných vzťahov si vyžaduje, aby sa dovolávanie na podstatnú zmenu okolností použilo len vo výnimočných prípadoch¹⁰⁷. Po posúdení jednotlivých udalostí dospel k záveru, že zmena

¹⁰⁰ ELBERT, Ľudmila, GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, Ľubica a kol.: Prípady z medzinárodného práva verejného. Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Vydavateľstvo ŠafárikPress, 2019, s. 87-88 [cit. 16. decembra 2021]. Dostupné na: <https://unibook.upjs.sk/img/cms/2019/pravf/pripady-medzinarodneho-prava-verejneho.pdf>.

¹⁰¹ SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz: Mezinárodní právo veřejné. Praha : nakladatelství ASPI, a. s., 2006, s. 86-87.

¹⁰² ELBERT, Ľudmila, GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, Ľubica a kol.: Prípady z medzinárodného práva verejného. Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Vydavateľstvo ŠafárikPress, 2019, s. 88 [cit. 16. decembra 2021]. Dostupné na: <https://unibook.upjs.sk/img/cms/2019/pravf/pripady-medzinarodneho-prava-verejneho.pdf>.

¹⁰³ „K doktrínálnemu uchopeniu vplyvu zmeny pomerov na záväzkový vzťah došlo na počiatku 16. storočia v teórii clausula rebus sic stantibus, ktorá znamená, že každá zmluva je uzavretá pod mlčky vyjadrenou klauzulou (výhradou), že budú zachované pomery, za ktorých bola zmluva uzatvorená“ - MARJÁK, Dušan: Klauzula rebus sic stantibus. *Milníky práva v stredoeurópskom priestore* 2012, I. časť, Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov organizovanej Univerzitou Komenského v Bratislave, Právnickou fakultou 29. – 31. 3. 2012, s. 344. [cit. 17. decembra 2021]. Dostupné na:

https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Veda/Konferencie_a_podujatia/milniky_zborniky_2011_2018/Zbornik_Milniky_2012_1_c_ast.pdf; Por. GRAMBLIČKOVÁ, B., PATAKYOVÁ, M.: Doktrína rebus sic stantibus ako prostriedok na ochranu výkonných umelcov. *Milníky práva v stredoeurópskom priestore* 2017, Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov organizovanej Univerzitou Komenského v Bratislave, Právnickou fakultou 30.3. – 1.4.2017, s. 296-297, 301. [cit. 16. decembra 2021]. Dostupné na: https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Veda/Konferencie_a_podujatia/milniky_zborniky_2011_2018/Zbornik_Milniky_2017.pdf.

¹⁰⁴ SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz: Mezinárodní právo veřejné. Praha : nakladatelství ASPI, a. s., 2006, s. 82.

¹⁰⁵ Tamže, s. 83; Por. GRAMBLIČKOVÁ, B., PATAKYOVÁ, M.: Doktrína rebus sic stantibus ako prostriedok na ochranu výkonných umelcov. *Milníky práva v stredoeurópskom priestore* 2017, Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov organizovanej Univerzitou Komenského v Bratislave, Právnickou fakultou 30.3. – 1.4.2017, s. 296. [cit. 16. decembra 2021]. Dostupné na: https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Veda/Konferencie_a_podujatia/milniky_zborniky_2011_2018/Zbornik_Milniky_2017.pdf.

¹⁰⁶ MARJÁK, Dušan: Klauzula rebus sic stantibus. *Milníky práva v stredoeurópskom priestore* 2012, I. časť, Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov organizovanej Univerzitou Komenského v Bratislave, Právnickou fakultou 29. – 31. 3. 2012, s. 342. [cit. 17. decembra 2021]. Dostupné na: https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Veda/Konferencie_a_podujatia/milniky_zborniky_2011_2018/Zbornik_Milniky_2012_1_c_ast.pdf.

¹⁰⁷ Aj Panos Merkouris v súvislosti s posudzovaním Rozhodnutia Gabčíkovo-Nagymaros uviedol, že negatívna a podmienená formulácia článku 62 Viedenského dohovoru je jasným náznakom toho, že stabilita zmluvných vzťahov si vyžaduje, aby sa námietka rebus sic stantibus uplatňovala len vo výnimočných prípadoch. In: MERKOURIS, Panos: Termination of Treaties. The Contribution of the Gabčíkovo-Nagymaros Judgment. *Trici-Law Research Paper Series No. 002/2019*. University of Groningen Faculty of Law. Brill/Martinus Nijhoff, 2020, s. 14. [cit. 16.10. 2022]. Dostupné na: <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=44100400510302511507510509206508111303207203604005706007308408506900506510302401311105903912501202712300810911208812712202112311703702102304602409301509608812602507007>

okolností, ktorú popísalo Maďarsko, nie je takej povahy, a to ani jednotlivu ani súhrmne, že by jej účinok mal zásadne zmeniť rozsah záväzkov.¹⁰⁸

MSD opäť vychádzal z čl. 62 Viedenského Dohovoru, keď konštatoval, že podstatná zmena okolností by musela byť nepredvídateľná, a muselo by sa jednať o okolnosti, ktoré v čase uzavretia Zmluvy predstavovali podstatný základ súhlasu strán viazaných zmluvou.¹⁰⁹ Zásada *pacta sunt servanda* teda aj v tomto prípade prevážila nad argumentmi Maďarska.

4.2.2. *Desuetudo a pacta sunt servanda*

Na záver, Maďarsko tvrdilo, že svojím správaním obe strany odmietli Zmluvu z roku 1977, a že dvojstranná zmluva, ktorú obe strany odmietli, nemôže prežiť. MSD však vyjadril názor, že takéto vzájomné protiprávne správanie nespôsobuje skončenie platnosti Zmluvy, ani nie je dôvodom na jej skončenie. Súd by inak vytvoril precedens so znepokojujúcimi dôsledkami pre zmluvné vzťahy a pravidlo *pacta sunt servanda*, ak by dospel k záveru, že z dôvodu vzájomného nedodržovania zmluvy je možné jednostranne skončiť platnosť zmluvy medzi štátmi, keď ju strany vo veľkom rozsahu s vysokými nákladmi viac rokov realizovali.¹¹⁰

V rozpore s týmto názorom je skončenie medzinárodnej zmluvy prostredníctvom tzv. *desuetudo*. *Desuetudo* je stála prax štátov schopná zmeniť, resp. zrušiť existujúci záväzok.¹¹¹ Pokiaľ zaviazané štáty konajú v rozpore so svojim medzinárodnoprávnym záväzkom, resp. nekonajú v súlade s ním, prestane byť pre nich tento záväzok, resp. časť, ktorú tieto štáty porušujú, záväzná.¹¹² To však platí jedine v prípade, že toto konanie má prvky *usus longaevis a opinio iuris*. *Desuetudo* je v podstate prípad opačného obyčajového práva.¹¹³ V odbornej verejnosti je predmetom diskusií otázka, či uvedené platí iba pre medzinárodnú obyčaj, alebo aj pre medzinárodné zmluvy.¹¹⁴ Podľa názoru MSD vyjadreného v Rozhodnutí Gabčíkovo-Nagymaros toto pravidlo nemožno aplikovať na záväzky plynúce z medzinárodných zmlúv. Ignaz Seidl-Hohenveldern naopak uvádza, že *“Pokud smluvní partneri po dlouhou dobu nepoužívají smlouvu vůbec nebo zčásti, tak smlouva, resp. její příslušná ustanovení zanikají”*.¹¹⁵ Podobný názor má aj Malenovský.¹¹⁶ MSD zrejme opäť vychádzal z Viedenského dohovoru, ktorý medzi spôsoby umožňujúce ukončenie platnosti medzinárodnej zmluvy, *desuetudo* nezaraďuje. Kolektív autorov pod vedením Petra Vršanského a Jozefa Valucha však upozorňujú na to, že Viedenský dohovor jednak nie je úplnou kodifikáciou medzinárodného obyčajového práva, a jednak v ňom nič štátom nebráni, aby platnosť zmluvy ukončili jej nevykonávaním.¹¹⁷ Christina Binder a Jane Hofbauer sa vyjadrili, že vzhľadom na to, že medzinárodné zmluvné záväzky odvodzujú svoju silu od vôle štátov, ktoré ich uzatvárajú, domnievajú sa, že Zmluva z roku 1977 už neexistuje, keďže bola zrušená postojom strán.¹¹⁸

1038078087085117114088011064099123030000127015026118099092119068071109122104110088085&EXT=pdf&INDEX=TRUE.

¹⁰⁸ SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz: Mezinárodní právo veřejné. Praha : nakladatelství ASPI, a. s., 2006, s. 82-83; Použitie námietky *rebus sic stantibus* je podľa Merkourisa potrebné vnímať ako *ultima ratio*. In: Tamže, str. 12.

¹⁰⁹ VRŠANSKÝ, P., VALUCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné, Všeobecná časť. Bratislava : Wolters Kluwer SR s. r. o., 2015, s. 154; ELBERT, Ľudmila, GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, Ľubica a kol.: Prípady z medzinárodného práva verejného. Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Vydavateľstvo ŠafárikPress, 2019, s. 88 [cit. 16. decembra 2021]. Dostupné na: <https://unibook.upjs.sk/img/cms/2019/pravy/pripady-medzinarodneho-prava-verejneho.pdf>.

¹¹⁰ ELBERT, Ľudmila, GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, Ľubica a kol.: Prípady z medzinárodného práva verejného. Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Vydavateľstvo ŠafárikPress, 2019, s. 89 [cit. 16. decembra 2021]. Dostupné na: <https://unibook.upjs.sk/img/cms/2019/pravy/pripady-medzinarodneho-prava-verejneho.pdf>; VRŠANSKÝ, P., VALUCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné, Všeobecná časť. Bratislava : Wolters Kluwer SR s. r. o., 2015, s. 108.

¹¹¹ SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz: Mezinárodní právo veřejné. Praha : nakladatelství ASPI, a. s., 2006, s. 96.

¹¹² VRŠANSKÝ, P., VALUCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné, Všeobecná časť. Bratislava : Wolters Kluwer SR s. r. o., 2015, s. 107.

¹¹³ SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz: Mezinárodní právo veřejné. Praha : nakladatelství ASPI, a. s., 2006, s. 86; VRŠANSKÝ, P., VALUCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné, Všeobecná časť. Bratislava : Wolters Kluwer SR s. r. o., 2015, s. 107.

¹¹⁴ SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz: Mezinárodní právo veřejné. Praha : nakladatelství ASPI, a. s., 2006, s. 110; VRŠANSKÝ, P., VALUCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné, Všeobecná časť. Bratislava : Wolters Kluwer SR s. r. o., 2015, s. 107.

¹¹⁵ SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz: Mezinárodní právo veřejné. Praha : nakladatelství ASPI, a. s., 2006, s. 86.

¹¹⁶ MALENOVSKÝ, J.: Mezinárodní právo veřejné (jeho obecná část) a poměr k vnitrostátnímu právu, zvláště k právu českému ... cit. Díelo, s. 172.

¹¹⁷ VRŠANSKÝ, P., VALUCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné, Všeobecná časť. Bratislava : Wolters Kluwer SR s. r. o., 2015, s. 108; Na tomto mieste sa žiada pripomenúť, že pôvodný návrh článkov na kodifikáciu medzinárodného zmluvného práva navrhnutých Komisiou OSN pre medzinárodné právo bol obsiahlejší, ako jeho finálne znenie vo Viedenskom dohovore o zmluvnom práve.

¹¹⁸ BINDER, Christina, HOFBAUER, Jane: The Pacta Sunt Servanda Principle or the Limits of Interpretation. The Gabčíkovo-Nagymaros Case Revisited. The Gabčíkovo-Nagymaros Judgment and its Contribution to the Development of International Law. Brill, Forthcoming, 2020, s. 15. [cit. 16.10. 2022]. Dostupné na: <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=086103007084118097093017006102123069000031020044032070010082071112003005077007090100034041051001058005046075108093125116000070009054033038035011020093081001029080003085092011075110070017026004089120093124097125102005012117107072083122019070095117085029&EXT=pdf&INDEX=TRUE>.

Je otázne, či možno považovať desuetudo za výnimku zo zásady pacta sunt servanda. V jeho prípade totiž konanie zviazaných subjektov, ktoré je v rozpore s ich záväzkom, nie je považované za oprávnené, a je teda protiprávne. Až dostatočne dlhou praxou zviazaných subjektov dôjde k zániku neplnenej povinnosti, a predmetné (ne)konanie prestane byť protiprávne ex nunc. Teda pokiaľ záväzok platí, a teda platí aj v ňom obsiahnutá zásada pacta sunt servanda, konanie v rozpore s ním je protiprávne, a prestane byť protiprávne až zánikom záväzku. Je to paradoxný jav, kedy v dôsledku protiprávneho stavu nastane právny stav. Tým sa desuetudo líši od výnimiek zo zásady pacta sunt servanda, ktoré od počiatku (ex tunc) predmetného konania vylučujú jeho protiprávnosť, pričom však platnosť záväzku ostáva zachovaná (pozastaví sa iba jeho účinnosť)¹¹⁹.

5. ZÁVER

Predmetom tejto práce bolo skúmanie pôsobnosti, funkcie a limitov zásady pacta sunt servanda, ako aj výnimiek z jej dodržiavania. Pre tento účel sa Rozhodnutie Medzinárodného súdneho dvora v spore o sústavu vodných diel Gabčíkovo-Nagymaros (Maďarsko/Slovensko) z 25. septembra 1997 osvedčilo ako užitočný materiál. V ňom sme mali možnosť vidieť schopnosť zásady pacta sunt servanda, ako pravidla obyčajového pôvodu, právne zaviazat' subjekt medzinárodného práva aj tými ustanoveniami medzinárodnej zmluvy, ktoré by pre daný subjekt inak záväzné neboli. Okrem toho, daný prípad bol názornou ukázkou významu zásady pacta sunt servanda ako bazálneho prvku nielen Zmluvy z roku 1977, ale aj každého iného medzinárodného záväzku. Aj v tomto rozhodnutí je možné pozorovať, ako Medzinárodný súdny dvor kládol dôraz na povinnosť plnenia predmetného záväzku, a výnimky z tejto povinnosti pripúšťal len za prísneho dodržania určených podmienok. Tým skôr, priamoúmerne s významom zásady pacta sunt servanda, rastie aj význam klauzuly rebus sic stantibus, ako prvku, ktorý do určitej miery vyvažuje právnu silu a široký záber pôsobnosti tejto zásady. Na záver sme posúdili vzťah zásady pacta sunt servanda aj so skončením platnosti zmluvy prostredníctvom desuetuda. Cieľom tejto práce je podnietiť ďalšie diskusie na túto tému. Všeobecný charakter tejto zásady v kombinácii s permanentným vývojom spoločnosti neustále generuje nové záväzkové vzťahy, ktorých elementárnym prvkom je aj táto zásada. Táto dynamika záväzkových vzťahov prináša nové výzvy v skúmaní zásady pacta sunt servanda, keďže máme možnosť spoznávať ju stále v novom prostredí.

Použitá literatúra:

Knižné publikácie:

BINDER, Christina, HOFBAUER, Jane: The Pacta Sunt Servanda Principle or the Limits of Interpretation. The Gabčíkovo-Nagymaros Case Revisited. The Gabčíkovo-Nagymaros Judgment and its Contribution to the Development of International Law. Brill, Forthcoming, 2020, 16 s. [cit. 16. októbra 2022]. Dostupné na: <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=086103007084118097093017006102123069000031020044032070010082071112003005077007090100034041051001058005046075108093125116000070009054033038035011020093081001029080003085092011075110070017026004089120093124097125102005012117107072083122019070095117085029&EXT=pdf&INDEX=TRUE>

ELBERT, Ľudmila, GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, Ľubica a kol.: Prípady z medzinárodného práva verejného. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Vydavateľstvo ŠafárikPress, 2019, 145 s. [cit. 16. decembra 2021]. ISBN 978-80-8152-824-8. Dostupné na: <https://unibook.upjs.sk/img/cms/2019/pravf/pripady-medzinarodneho-prava-verejneho.pdf>

MALENOVSKÝ, J.: Mezinárodní právo veřejné (jeho obecná část) a poměr k vnitrostátnímu právu, zvláště k právu českému ... cit. Díelo, 552 s. ISBN 9788072392186

NOVOTNÝ, Adolf: Slovník Mezinárodných vztahov. Bratislava : Magnet Press Slovakia, 2004, 346 s. ISBN 80-89169-01-5

SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz: Mezinárodní právo veřejné. Praha : nakladatelství ASPI, a. s., 2006, 417 s., ISBN 80-7357-178-1

VRŠANSKÝ, P., VALUCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné, Všeobecná časť. Bratislava : Wolters Kluwer SR s. r. o., 2015, 405 s. ISBN 978-80-8168-316-9, ISBN 978-80-7160-404-4.

VRŠANSKÝ, P., RIŠOVÁ, M., SEMAN, R., VALUCH, J.: Praktická príručka na semináre z medzinárodného práva verejného. Bratislava : Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2012, 410 s., ISBN 978-80-7160-335-1

¹¹⁹ ELBERT, Ľudmila, GREGOROVÁ-ŠIRICOVÁ, Ľubica a kol.: Prípady z medzinárodného práva verejného. Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Vydavateľstvo ŠafárikPress, 2019, s. 88 [cit. 16. decembra 2021]. Dostupné na: <https://unibook.upjs.sk/img/cms/2019/pravf/pripady-medzinarodneho-prava-verejneho.pdf>.

VRŠANSKÝ, P., VALUCH, J., BEDNÁR, D.: Dokumenty k štúdiu medzinárodného práva verejného, 1. časť. Bratislava : Wolters Kluwer SR s. r. o., 2018, 331 s., ISBN 978-80-8168-874-4, ISBN 978-80-7160-461-7
VRŠANSKÝ, P., VALUCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné, Osobitná časť. Bratislava : Wolters Kluwer SR s. r. o., 2016, 531 s. ISBN 978-80-8168-376-3, ISBN 978-80-7160-412-9.

Príspevky v zborníkoch:

BUCHTA, Tomáš: Vplyv judikatúry Európskeho súdu pre ľudské práva a Súdneho dvora EÚ na prístupie EÚ k Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd. Miľníky práva v stredoeurópskom priestore 2014, Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov organizovanej Univerzitou Komenského v Bratislave, Právnickou fakultou 27. – 29. 3. 2014, 866 s. [cit. 16. decembra 2021]. ISBN 978-80-7160-371-9. Dostupné na:

https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Veda/Konferencie_a_podujatia/milniky_zborniky_2011_2018/Zbornik_Milniky_2014.pdf

GRAMBLIČKOVÁ, B., PATAKYOVÁ, M.: Doktrína rebus sic stantibus ako prostriedok na ochranu výkonných umelcov. Miľníky práva v stredoeurópskom priestore 2017, Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov organizovanej Univerzitou Komenského v Bratislave, Právnickou fakultou 30.3. – 1.4.2017, 857 s. [cit. 16. decembra 2021], ISBN 978-80-7160-445-7. Dostupné na: https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Veda/Konferencie_a_podujatia/milniky_zborniky_2011_2018/Zbornik_Milniky_2017.pdf

KORONCZIOVÁ, A., KAČALJAK, M.: Problematika výkladu medzinárodných zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia. Miľníky práva v stredoeurópskom priestore 2017, Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov organizovanej Univerzitou Komenského v Bratislave, Právnickou fakultou 30.3. – 1.4.2017, 857 s. [cit. 16. decembra 2021]. ISBN 978-80-7160-445-7. Dostupné na: https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Veda/Konferencie_a_podujatia/milniky_zborniky_2011_2018/Zbornik_Milniky_2017.pdf

MARJÁK, Dušan: Klausula rebus sic stantibus. Miľníky práva v stredoeurópskom priestore 2012, I. časť, Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov organizovanej Univerzitou Komenského v Bratislave, Právnickou fakultou 29. – 31. 3. 2012, 1010 s., [cit. 17. decembra 2021]. ISBN 978-80-7160-317-7. Dostupné na: https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Veda/Konferencie_a_podujatia/milniky_zborniky_2011_2018/Zbornik_Milniky_2012_1_cast.pdf

Odborné články

MERKOURIS, Panos: Termination of Treaties. The Contribution of the Gabčíkovo-Nagymaros Judgment. Tricilaw Research Paper Series No. 002/2019. University of Groningen Faculty of Law. Brill/Martinus Nijhoff, 2020, 22 s. [cit. 16. októbra 2022]. E-Book ISBN: 9789004428676. Dostupné na:

<https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=441004005103025115075105092065081113032072036040057060073084085069005065103024013111059039125012027123008109112088127122021123117037021023046024093015096088126025070071038078087085117114088011064099123030000127015026118099092119068071109122104110088085&EXT=pdf&INDEX=TRUE>

Právne predpisy, medzinárodné zmluvy, dohovory, deklarácie

Charta Organizácie Spojených národov

Deklarácia zásad týkajúcich sa priateľských vzťahov a spolupráce medzi štátmi, ktorú prijalo Valné zhromaždenie OSN 24. októbra 1970

Viedenský dohovor o zmluvnom práve (Viedeň, 1969, vyhl. ministra zahraničných vecí č. 15/1988)

Rozhodnutia

Rozhodnutie Medzinárodného súdneho dvora v spore o sústavu vodných diel Gabčíkovo-Nagymaros (Maďarsko/Slovensko) z 25. septembra 1997

Kontaktné údaje:

Bc. Ján Keselý

kesely2@gmail.com

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Šafárikovo nám. č. 6

811 01 Bratislava

Slovensko

OKOLNOSTI VYLUČUJÚCE PROTIPRÁVNOSŤ V MEDZINÁRODNOM PRÁVE VEREJNOM

Ján Ševčík

Univerzita Komenského v Bratislavě, Právnická fakulta

Abstract: The work, for a closer acquaintance with the issues, first deals with the basic characteristics of liability in public international law and its division on the basis of various criteria. Then explains the importance and place of the circumstances precluding wrongfulness in the domain of the international law, as well as the history of their understanding and efforts towards their codified form. Finally, attention is paid to each of these circumstances separately, taking into account their specifics and methods of application.

Abstrakt: Práca sa, pre bližšie oboznámenie s problematikou, najprv venuje základnej charakteristike zodpovednosti v medzinárodnom práve verejnom a jej deleniu na základe rozličných kritérií. V nadväznosti na to vysvetľuje význam a miesto samotných okolností vylučujúcich protiprávnosť vo sfére medzinárodného práva, ako aj históriu ich chápania a snahy smerujúce ku kodifikovanej forme. Napokon je upriamená pozornosť k jednotlivým týmto okolnostiam samostatne s prihliadnutím na ich špecifiká a spôsob aplikácie.

Keywords: Liability, circumstances precluding wrongfulness, action, consent, self-defense, countermeasures, force majeure, distress, necessity, codification, resolution

Klíčová slova: Zodpovednosť, okolnosti vylučujúce protiprávnosť, konanie, súhlas, sebaobrana, protiopatrenia, vyššia moc, tieseň, stav núdze, kodifikácia, rezolúcia.

1. ÚVOD

Zodpovednosť v medzinárodnom práve verejnom by sme mohli, podobne ako vo sfére vnútroštátneho práva, charakterizovať ako akúsi povinnosť subjektov medzinárodného práva verejného stáť následky protiprávneho stavu, ktorý bol vyvolaný ich protiprávnym správaním alebo účinkom udalosti, ktorá nebola závislá od ich vôle.¹²⁰ Takáto definícia nám však v zásade poskytuje všeobecné rozdelenie zodpovednosti na subjektívnu a objektívnu. Objektívna zodpovednosť v právnej vede označuje absolútnu zodpovednosť viažúcu sa na činnosti medzinárodným právom dovolené, s ktorými je spojený zvýšený stupeň rizika v oblasti napríklad jadrovej energie, kozmického priestoru a podobne.¹²¹ Z hľadiska vzniku, realizácie a obsahu zodpovednosti, rozoznávame zodpovednosť za dodržiavanie medzinárodných záväzkov, zodpovednosť za porušenie medzinárodných záväzkov a zodpovednosť za následky takého konania, ktoré nie je medzinárodným právom zakázané. Na základe tohto delenia môžeme identifikovať tiež zodpovednosť pozitívnu a negatívnu. Pričom pozitívna zodpovednosť predstavuje povinnosť štátu plniť záväzky vyplývajúce mu z medzinárodnoprávných noriem. Naopak negatívna zodpovednosť vyjadruje povinnosť štátu odstrániť všetky škodlivé následky prameniace z porušenia medzinárodného práva. Tiež by sme mohli spomenúť zodpovednosť individuálnu, zaväzujúcu konkrétny subjekt medzinárodného práva a zodpovednosť solidárnu. Vtedy hovoríme spoločnej zodpovednosti štátu a medzinárodnej organizácie. Z hľadiska subjektu môže ísť o zodpovednosť štátu, zodpovednosť medzinárodných organizácií a zodpovednosť iných subjektov.¹²²

Navzdory prvotnej podobnosti medzinárodnoprávnej zodpovednosti a vnútroštátnej je medzi nimi niekoľko zásadných rozdielov. V prvom rade treba dodať, že medzinárodné právo je právom kompromisu a vzťahy vznikajúce medzi štátmi ako subjektami medzinárodného práva majú predovšetkým horizontálny a koordinačný charakter. Teda právne vzťahy vznikajú zväčša na základe vzájomných dohôd v záujme spoločného skordinovania činností za účelom dosiahnutia vymedzených cieľov. Rovnako tak žiaden zo subjektov nemá voči tomu druhému nadriadené postavenie a nemôže imperatívne ukladať povinnosti, ako je to v rámci vnútroštátneho práva, v súvislosti so vzťahom štátu a jednotlivca (vertikálny vzťah), kde štát disponuje donucovacou mocou. Napriek vyššie

¹²⁰ VÁLKOVÁ, K., NOVÁČKOVÁ, D., PITOŇÁK, A.: Vybrané kapitoly z medzinárodného práva verejného. Bratislava: Ekonóm, 2003, 31 s.

¹²¹ POŠIVÁKOVÁ, L.: Zodpovednosť štátov v medzinárodnom práve, International legal responsibility of states. In *STUDIA IURIDICA Cassoviensia*. 3. roč. Košice: Univerzita P.J. Šťárika, Právnická fakulta, 2015, 119 s.

¹²² VRŠANSKÝ, P., VALÚCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné. Všeobecná časť. Bratislava: EUROKÓDEX, 2012, 294 s., 298-230 s.

uvedenému aj vo sfére medzinárodného práva dochádza k realizácii zodpovednosti, pričom jej obsah je často upravený normami obyčajového práva. Ide najmä o upustenie od porušovania záväzku, náhrada materiálnej škody, obnova pôvodného stavu, poskytnutie záruk neopakovania porušovania právneho záväzku. Rovnako tak existujú aj určité formy donútenia, či už s použitím sily (demonštrácia, blokáda..) alebo bez použitia sily (upozornenie Bezpečnostnej rady OSN, prerušenie hospodárskych stykov...). Môže však nastať situácia kedy aj napriek tomu, že bol naplnený objektívny aj subjektívny prvok zodpovednosti, štát za svoje správanie nebude niesť zodpovednosť z dôvodu existencie určitej okolnosti, ktorá protiprávnosť činu vylučuje.¹²³

2. OKOLNOSTI VYLUČUJÚCE PROTIPRÁVNE SPRÁVANIE ŠTÁTOV

Medzinárodnoprávna prax rozlišuje niektoré situácie, respektíve okolnosti, ktoré keď nastanú vylučujú protiprávnosť konania štátu a tým teda aj vznik zodpovednosti štátu.¹²⁴ Tejto problematike venovala pozornosť aj Komisia pre medzinárodné právo (ďalej len „Komisia“), ktorej snahy vyústili až do podoby dokumentu s názvom Návrh článkov o zodpovednosti štátov za medzinárodne protiprávne konanie¹²⁵ (ďalej len „Návrh“), v nadväznosti na čo ho v roku 2001 predložila Valnému zhromaždeniu Organizácie spojených národov (ďalej len „OSN“) a v súlade s článkom 23 Štatútu, odporučila vziať Návrh na vedomie. Vzhľadom na závažnosť tejto problematiky sa Komisia tiež rozhodla odporučiť Valnému zhromaždeniu OSN, aby neskôr zväžila aj možnosť zvolania medzinárodnej konferencie a uzavretie medzinárodného dohovoru. Následne bol návrh článkov prijatý do rezolúcie Valného zhromaždenia OSN nesúceho označenie A/RES/56/83 (ďalej len „Rezolúcia“). Pričom bola vylúčená úprava zodpovednosti medzinárodných organizácií za protiprávne správanie a tiež zodpovednosť jednotlivcov.¹²⁶ V rámci Rezolúcie je problematika okolností vylučujúcich protiprávnosť upravená v piatej kapitole, pričom jednotlivé okolnosti vylučujúce protiprávnosť sú stručným spôsobom obsiahnuté v článkoch 20 až 25. Takýmito okolnosťami sú: súhlas (čl. 20), sebaobrana (č. 21), legálne protiopatrenia (čl. 22), vyššia moc (čl. 23), tieseň (čl. 24), stav núdze (čl. 25). Všeobecne vo vzťahu ku všetkým vyššie menovaným okolnostiam platí, že nie je možné sa na ne odvolávať, ak by malo dôjsť k porušeniu kogentných noriem medzinárodného práva. (čl. 26)¹²⁷

Pôvodne bol súčasťou tejto kapitoly Návrhu aj článok, ktorý sa zaoberal otázkou výhrady týkajúcej sa odškodnenia. Napriek tomu, že okolnosti vylučujúce protiprávnosť sú spôsobilé vylúčiť protiprávnosť chovania štátu, nevylučujú, aby si poškodený štát nárokoval jemu spôsobenú škodu zo strany druhého štátu, vo vzťahu k vzniknutým hmotným škodám. Z dikcie článku boli výslovne vyňaté legálne protiopatrenia a sebaobrana, ktoré zároveň obidve predstavujú subjektívne právo štátu. Celý zostávajúci komplex otázok v súvislosti s náhradou hmotnej škody vrátane zmluvnej problematiky medzinárodnej zodpovednosti za škodlivé následky činností nezakázaných medzinárodným právom, sa Komisia rovnako pokúsila čiastočne kodifikovať.¹²⁸

2.1. Cesta a snahy smerujúce ku kodifikácii

Treba však dodať, že k súčasnej podobe okolností vylučujúcich protiprávne správanie štátov a vôbec celkovej právnej úprave zodpovednosti štátov, predchádzala dlhá a nejednoduchá cesta. V rámci Európy sa úplne prvé snahy o kodifikáciu problematiky zodpovednosti začali objavovať ešte v období činnosti Spoločnosti národov. V roku 1924 prijalo Zhromaždenie spoločnosti národov rezolúciu, ktorou žiadalo Radu Spoločnosti národov o vytvorenie tímu expertov, ktorí sa budú aktívne venovať vypracovaniu zoznamu otázok hodných úpravy v medzinárodných dohodách. Na základe tohto podnetu sa v roku 1925 v Ženeve uskutočnilo zasadnutie Výboru expertov pre progresívnu kodifikáciu, ktorý v rámci ustanovovania podvýborov pre rôzne otázky, ustanovil aj taký, ktorý sa mal venovať práve problematike zodpovednosti. V rámci kodifikačných činností je treba poukázať na Kodifikačnú konferenciu v Haagu v roku 1930, kedy Výbor posúdil otázky týkajúce sa zodpovednosti a následne aj prijal 10 článkov. Avšak ku konečnému vypracovaniu návrhu dohovoru nedošlo.

Rovnako tak sa skúmala problematika medzinárodnoprávnej zodpovednosti aj v rámci medzinárodných konferencií amerických štátov, pričom niekoľkokrát došlo aj k prijatiu príslušnej rezolúcie.¹²⁹ Avšak rovnako ako aj

¹²³ VRŠANSKÝ, P., VALÚCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné. Všeobecná časť. Bratislava: EUROKÓDEX, 2012, 51-52 s., 310 s.

¹²⁴ MRÁZ, S., POREDOŠ, F., VRŠANSKÝ, P.: Medzinárodné verejné právo. Učebné texty právnickej fakulty. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2003, 93 s.

¹²⁵ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001 (ku dňu 9.11.2021 https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)

¹²⁶ GIERTL, A.: Zodpovednosť medzinárodných organizácií za protiprávne správanie a jej uplatňovanie. In: *STUDIA IURIDICA Cassoviensia*. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, roč.3., 2015, 80-81 s.

¹²⁷ Responsibility of States for internationally wrongful acts (A/RES/56/83) (dostupne k 9.11.2021 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/477/97/PDF/N0147797.pdf?OpenElement>)

¹²⁸ ČEPELKA, Č., ŠTROUMA, P.: Medzinárodné právo verejné. Praha: EUROLEX BOHEMIA, 2003, 655-656 s.

¹²⁹ KOLOSOV, J., M.: Zodpovednosť v medzinárodnom práve. Preložil: CÚTH, J., TOMKO, J., VRŠANSKÝ, P., Bratislava: Pravda, 1978, 86 s., 88 s., 91 s.

na konferenciách organizovaných v Európe sa vychádzalo z koncepcie zodpovednosti štátu za materiálnu škodu spôsobenú cudzincom, z požiadavky zabezpečiť náhradu materiálnej škody prostredníctvom diplomatickej ochrany štátnych príslušníkov v cudzine. Všetky kodifikačné snahy založené na tomto základe tak rovnako neskočili úspešne.¹³⁰

Ďalším medzníkom na ceste ku kodifikácii medzinárodnoprávnej zodpovednosti štátov bol rok 1949, kedy Komisia OSN pre medzinárodné právo, na svojom vôbec prvom zasadnutí, konštatovala nevyhnutnosť potreby kodifikácie zásad zodpovednosti štátov a to v nadväznosti na udalosti druhej svetovej vojny, rozhodnutí prijatých veľmocami protihitlerovskej koalície, ako aj rozsudkoch Norimberského a Tokijského vojenského tribunálu. V roku 1953 prijalo Valné zhromaždenie OSN rezolúciu 799 (VIII), v ktorom dalo podnet Komisii k takejto kodifikácii. Prvotný postup Komisie sa rovnako, ako za čias existencie Spoločnosti národov, zameriaval na zodpovednosť štátu za materiálnu škodu spôsobenú cudzincom. V roku 1962 prijala Komisia na svojom zasadnutí rozhodnutie o zaradení problematiky medzinárodnoprávnej zodpovednosti štátov medzi tri prvoradé oblasti na preštudovanie. Za týmto účelom vytvoril spravodajca Komisie Garcia Amador Podvýbor pre otázky zodpovednosti štátov (ďalej len „Podvýbor“) skladajúci sa z 10 členov. Podvýbor sa jednomyseľne uzniesol odporučiť Komisii, aby riešila najprv všeobecné normy upravujúce medzinárodnú zodpovednosť štátov s prihliadnutím na ciele a zásady vyhlásené v Charte OSN, čo Valne zhromaždenie na svojom zasadnutí aj odsúhlasilo a odporučilo Komisii ďalej pokračovať v riešení týchto otázok. Až v tomto období sa teda začala meniť koncepcia medzinárodnoprávnej zodpovednosti štátov a k tejto problematike sa začalo pristupovať s oveľa širším záberom, ako v predchádzajúcich rokoch. Reálne sa však začala Komisia aktívne venovať otázkam zodpovednosti štátov až na zasadnutí v roku 1973.¹³¹ Samotné okolnosti vylučujúce protiprávnosť správania štátu však neboli komplexne skúmané a nebola im venovaná osobitná pozornosť. Až v rokoch 1979 a 1980 Komisia zverejnila svoj postoj k tejto veci v rámci prvého čítania a s menšími úpravami bol ako taký následne prevzatý do už spomínaného Návrhu článkov o zodpovednosti štátov za medzinárodne protiprávne konanie.¹³²

2.2. Súhlas poškodeného

„*Platne daný súhlas s protiprávnym správaním sa iného štátu vylučuje jeho protiprávnosť voči štátu, ktorý súhlas udelil, pokiaľ správanie sa štátu zostalo v medziach udeleného súhlasu.*“ Tak znie jeden z neoficiálnych prekladov článku 20 Rezolúcie.¹³³ Ako to dikcia ustanovenia naznačuje predpokladom, aby súhlas poškodeného vyvolal aj právne účinky je jeho právoplatnosť. Takýto súhlas teda nemôže byť udelený napríklad v situácii, kedy plnenie záväzku vyplýva z kogentnej normy všeobecného medzinárodného práva.¹³⁴ Taktiež z hľadiska platnosti je dôležité, aby bol súhlas daný orgánom štátu, ktorý je z pohľadu medzinárodného práva príslušný takýto súhlas udeliť. Dôležitá je aj vôľová zložka prejaveneho súhlasu, ako aj samotný spôsob prejavu. A teda, že musí byť vyjadrený slobodne a jednoznačne. Ďalšou podmienkou je, že poškodený štát musí vysloviť svoj súhlas pred uskutočnením konania zo strany druhého štátu. Súhlas daný *ex post* nie je okolnosťou vylučujúcou protiprávnosť, avšak môže byť relevantný pre prípad vylúčenia použitia zodpovednostných pravidiel.¹³⁵ Rovnako tak je nevyhnutné, aby bol súhlas náležite preukázaný. Len za splnenia všetkých týchto požiadaviek je súhlas poškodeného právoplatne daný a dochádza ním k derogácii primárneho dispozitívneho pravidla. Následkom čoho je, že v konkrétnom prípade nemôže dôjsť k protiprávnosti a teda ani k *ex lege* zodpovednosti.¹³⁶ Čo sa týka formy udelenia súhlasu, nie vždy je nevyhnutné, aby bol súhlas udelený výslovne ústnym vyhlásením, či písomne. V praxi sa často vyskytujú prípady kedy bol súhlas udelený konkludentne. Jedným z takýchto prípadov bol aj prípad Savakar. V júly 1910 sa príslušníkovi vtedajšej Britskej Indie, hinduistovi Savakarovi podarilo utiecť z anglickej lode Morea pri pobreží Marseille, v ktorej mal byť transportovaný do Indie za účelom jeho súdneho procesu pre obvinenie z navádzania na vraždu. Zatiaľ čo bol počas jeho úteku prenasledovaný britskými policajtami bol zadržaný francúzskym policajným dôstojníkom, ktorý ho nasledujúci deň odovzdal späť na palubu lode. Francúzsko v tomto smere videlo porušenie medzinárodného práva, *in concreto*, že Britskí policajti bez predchádzajúceho súhlasu vykonávali na území Francúzska vyšetrovanie za účelom zatknutia väzňa na úteku. Celý prípad sa dostal až pred Stály arbitrážny dvor, ktorý skonštatoval že Francúzsko udelilo súhlas s výkonom policajných právomocí britským

¹³⁰ MRÁZ, S., POREDOŠ, F., VRŠANSKÝ, P.: Medzinárodné verejné právo. Učebné texty právnickej fakulty. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2003, 91 s.

¹³¹ KOLOSOV, J., M.: Zodpovednosť v medzinárodnom práve. Preložil: CÚTH, J., TOMKO, J., VRŠANSKÝ, P., Bratislava: Pravda, 1978, 96-97 s., 104-107 s.

¹³² VRŠANSKÝ, P., VALÚCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné. Všeobecná časť. Bratislava: EUROKÓDEX, 2012, 310 s.

¹³³ POŠIVÁKOVÁ, L., GIERTL, A.: Medzinárodné právo verejné. Materiály k štúdiu. Košice: Univerzita P.J. Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, 2013, 79 s.

¹³⁴ MRÁZ, S., POREDOŠ, F., VRŠANSKÝ, P.: Medzinárodné verejné právo. Učebné texty právnickej fakulty. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta. 2003, 93 s.

¹³⁵ KLUČKA, J.: Medzinárodné právo verejné, všeobecná časť. Bratislava: IURA EDITION, 2004, 182 s., 180-181 s.

¹³⁶ DAVID, V., SLADKÝ, P., ZBOŘIL, F.: Medzinárodné právo verejné. 3. přepracované a doplnené vydání. Praha: LINDE PRAHA, 2006, 335 s.

policijným príslušníkom konkludentne. A to prostredníctvom samotnej skutočnosti, že francúzsky policajný dôstojník pri zatýkaní Savakara britským policajtom aktívne pomáhal.¹³⁷

2.3. Sebaobrana

V prípade, ak dôjde k ozbrojenému útoku, článok 51 Charty OSN priznáva štátom právo na individuálnu, ako aj kolektívnu sebaobranu, až kým Bezpečnostná rada neurobí potrebné opatrenia na zachovanie medzinárodného mieru a bezpečnosti.¹³⁸ Charta OSN toto právo priznáva, respektíve deklaruje ako prirodzené právo každého zvrchovaného štátu. Pričom ale kladie povinnosť brániacemu sa štátu bezodkladne informovať Bezpečnostnú radu OSN o aktoch sebaobrany a podriať sa jej neskorším rozhodnutiam. Sebaobrana teda nepredstavuje iba okolnosť, ktorá vylučuje protiprávne správanie štátu, ale tiež je možné na ňu nazerať optikou sankcie v medzinárodnom práve. Nakoľko úlohou sebaobrany je prinúť útočníka, aby upustil od protiprávneho konania a napravil škodlivé následky svojho konania, pričom na rozdiel od iných druhov sankcii, ako napríklad represálií má obrannú povahu.¹³⁹ Čo treba chápať pod pojmom „ozbrojený útok“ objasnil Medzinárodný súdny dvor v rozsudku v rámci sporu medzi USA a Nikaraguy. Podľa neho treba pod týmto pojmom rozumieť, nie len akcie pravidelných ozbrojených síl presahujúce hranice štátov, ale aj štátom, alebo v jeho mene vysielané nepravidelné ozbrojené sily (žoldnieri a podobné jednotky). V danom prípade však treba dodať, že aj napriek tomu, že USA poskytovala rebelom pomoc vo forme zaobstarania zbraní, logistickej a inej podpory, nevykonávala nad týmito jednotkami priamu ani inú kontrolu, neorganizovala útoky týchto jednotiek a nedávala im rozkazy. Z tohto dôvodu Medzinárodný súdny dvor dospel k záveru, že útoky rebelov nie sú pričítateľné USA. V tomto rozsudku súdny dvor rovnako potvrdil aj existenciu predchádzajúceho ozbrojeného útoku ako podmienku použitia inštitútu sebaobrany.¹⁴⁰

Čiste z hľadiska okolností vylučujúcich protiprávnosť článok 21 Návrhu ustanovuje: „*Protiprávnosť štátu je vylúčená, pokiaľ predstavuje zákonné opatrenie sebaobrany v súlade s Chartou OSN*“¹⁴¹ Sebaobrana teda predstavuje legálne použitie sily, ktoré je reakciou na ozbrojený útok zo strany iného štát. Je teda výnimkou zo všeobecného kogentného zákazu použitia ozbrojenej sily zakotveného v článku 2 odseku 4 Charty OSN.¹⁴² Sebaobrana však nie je bezhraničná. Nakoľko je jej cieľom priamo vynútiť zastavenie agresie zo strany iného štátu je potrebné od sebaobrany upustiť v momente kedy sa tento cieľ podarí dosiahnuť. Neprihádza teda do úvahy napríklad snažiť sa prostredníctvom sebaobrany dospieť k úplnej reparácii škôd spôsobených útočiacim štátom. Je tiež nevyhnutné celý čas prihliadať na zásadu primeranosti vo vzťahu k aktom útočníka. Taktiež samotná sebaobrana neospravedlňuje medzinárodne protiprávne konanie zo strany brániaceho štátu. Napokon treba dodať, že inštitút sebaobrany nie je možné využiť za účelom zisku určitého územia¹⁴³ V súčasnosti veľmi aktuálnym prípadom legitímneho použitia inštitútu sebaobrany je jeho aplikácia zo strany Ukrajiny, ktorá od 24. februára 2022 čelí priamym ozbrojeným útokom zo strany Ruskej federácie (ďalej len „Rusko“). Keďže Ukrajina pristúpila k sebaobrane ako reakcii na agresiu Ruska môžeme považovať prvú podmienku za splnenú. Zachovaná je aj podmienka primeranosti (prihliadnuc aj na skutočnosť, že zo strany Ruska, s najväčšou pravdepodobnosťou dochádza/lo k porušovaniu humanitárneho práva).¹⁴⁴ Rovnako je zachovaná aj podmienka časového obmedzenia, keďže ozbrojené útoky naďalej trvajú, oprávnené trvá aj sebaobrana a to až dokým agresia nepominie. Pre úplnosť treba dodať, že vzhľadom na to, že Rusko je stálym členom Bezpečnostnej rady OSN disponuje tzv. právom *vetá*, ktoré v danom konflikte neváha použiť.¹⁴⁵ To prakticky znemožňuje Bezpečnostnej rade OSN, ako jedinému orgánu OSN oprávnenému prijímať záväzné opatrenia na zabezpečenie medzinárodného mieru a bezpečnosti, aby

¹³⁷ The Savakar Case (Great Britain, France), Reports of International arbitral awards, Vol. XI pp. 243-255. (dostupné ku 15.08.2022 https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XI/243-255.pdf)

¹³⁸ Charta Organizácie spojených národov, článok 51 (dostupne ku 12.11.2021 na <https://cloud2n.edupage.org/cloud/Charta-OSN.pdf?z%3A2QVVF9gstAiiK%2Fbn%2BwNv8SDBWpl5UqUjEWZdkh9SYqGevsuB7UjGviZe8dNihhmD>)

¹³⁹ MRÁZ, S., POREDOŠ, F., VRŠANSKÝ, P.: Medzinárodné verejné právo. Učebné texty právnickej fakulty. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2003, 99 s.,101 s.

¹⁴⁰ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, bod. 195, 93-94.s. (dostupné ku 20.11.2021 <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>)

¹⁴¹ POŠIVÁKOVÁ, L., GIERTL, A.: Medzinárodné právo verejné. Materiály k štúdiu. Košice: Univerzita P.J. Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, 2013, 79 s.

¹⁴² Charta Organizácie spojených národov, článok 2 ods. 4 (dostupne ku 12.11.2021 na <https://cloud2n.edupage.org/cloud/Charta-OSN.pdf?z%3A2QVVF9gstAiiK%2Fbn%2BwNv8SDBWpl5UqUjEWZdkh9SYqGevsuB7UjGviZe8dNihhmD>)

¹⁴³ VRŠANSKÝ, P., VALÚCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné. Všeobecná časť. Bratislava: EUROKÓDEX, 2012, 311-313 s.

¹⁴⁴ United Nations, Meeting Coverage and Press Releases, SC/14951, (dostupné ku 14.08.2022 <https://press.un.org/en/2022/sc14951.doc.htm>)

¹⁴⁵ United Nations, Meeting Coverage and Press Releases, SC/14808, (dostupné ku 14.08.2022 <https://press.un.org/en/2022/sc14808.doc.htm>)

pristúpila k účinným akciám. Z tohto dôvodu predstavuje sebaobrana v súčasnosti najefektívnejší prostriedok ako možno prinútiť agresora, aby upustil od svojho protiprávneho konania.

2.4. Legálne opatrenia

Táto okolnosť vylučujúca protiprávnosť spočíva v aktívnom konaní štátu a to ako reakcia na protiprávne konanie iného štátu. Pričom podmienku „reakcie“, respektíve existenciu predchádzajúceho protiprávneho konania iného štátu ako základného predpokladu pre legálne použitie protiopatrení konštatoval aj Medzinárodný súdny dvor v spore z 25. septembra 1997 medzi Maďarskom a Slovenskou republikou o sústave vodných diel Gabčíkovo-Nagymaros.¹⁴⁶

Tento právny inštitút spočíva v tom, že poškodený štát môže požadovať od porušujúceho štátu, aby upustil od svojho konania a prípadne nahradil spôsobenú škodu. Komisia úmyselne nepoužila v Návrhu pojem sankcia, ale pojem protiopatrenia. Pravdepodobne z dôvodu, že takéto označenie má širší záber. Nakoľko jednak ho môžeme chápať v individuálnom zmysle ako represálie realizované poškodeným štátom. A jednak ich môžeme chápať aj ako sankcie realizované skupinou štátov na základe rozhodnutia orgánu príslušnej medzinárodnej organizácie.

Legálne protiopatrenia predstavujú teda svojpomocný donucovací prostriedok, ktorý je subjektívnym právom poškodeného štátu a ktorého uplatnenie by za normálnych okolností bolo protiprávne. Pre jeho použitie však platia určité limity. Takéto protiopatrenie totiž musí byť nenásilné, bez použitia sily a primerané. Nemôže mať formu ozbrojenej represálie. Musí sa od neho upustiť v momente ako splní svoj účel. Ako subjektívne právo poškodeného štátu musí bezvýnimčne smerovať voči zodpovednému subjektu.¹⁴⁷ Celkové použitie je ale časovo limitované trvaním protiprávneho konania druhého štátu. Je nevyhnutné, aby sa jednalo o opatrenia medzinárodným právom dovolené. A samozrejme na ne treba nazerať v istom zmysle ako na prostriedok *ultima ratio* a k ich použitiu treba pristúpiť až ako ku krajnému prostriedku na vynútenie nesplnenej zodpovednostnej povinnosti.

Pred ich samotným použitím je ale potrebné splniť procesné podmienky výkonu protiopatrení, ktoré majú v zásade notifikačnú funkciu a sú zvýraznením protiopatrení, v zmysle prostriedku *ultima ratio*. Prvou podmienkou je povinnosť poškodeného vyzvať porušiteľa k náležitému plneniu svojho záväzku. Druhou podmienkou je povinnosť poškodeného informovať porušiteľa a ponúknuť mu možnosť rokovania o rozhodnutí poškodeného použiť určité protiopatrenia.¹⁴⁸

Z hľadiska aplikácie legálnych protiopatrení je veľmi dôležitá aj otázka aktívnej legitímácie. Tú možno demonštrovať na nedávnom incidente z mája 2021, kedy došlo v bieloruskom vzdušnom priestore k nútenému pristátiu lietadla spoločnosti Ryanair pre podozrenie, že na palube lietadla je bomba, pričom sa preukázalo, že išlo politicky motivované, úmyselne nepravdivé tvrdenia.¹⁴⁹ Ako reakcia na túto udalosť Európska rada vyzvala členské štáty Európskej únie, aby uplatnil voči Bielorusku určité protiopatrenia, respektíve sankcie.¹⁵⁰ Tu sa však treba pozastaviť. Napriek tomu, že bolo preukázané, že ustanovenia tzv. Chicagskeho dohovoru oprávňujúce štát prinútiť civilné lietadlo pristáť boli zneužit¹⁵¹ a teda takéto konanie nebolo legálne, išlo len o porušenie záväzku vyplývajúceho z dispozitívnych noriem medzinárodného práva a nie noriem *ius cogens*. Na rozdiel od kogentných noriem medzinárodného práva, pri ktorých je celé medzinárodné spoločenstvo oprávnené a zároveň povinné dovoliavať sa medzinárodnoprávnej zodpovednosti voči porušiteľovi, pri dispozitívnych normách je aktívne legitimovaný len konkrétny dotknutý subjekt, či subjekty. Ak by sa teda nezainteresované štáty rozhodli v rámci „sankčnej solidarity“ použiť určité sankcie proti Bielorusku bez rezolúcie Bezpečnostnej rady OSN, tak práve takéto konanie by bolo v rozpore s medzinárodným právom.¹⁵²

2.5. Vyššia moc

Vyššia moc, označovaná aj ako *vis maior*, či *force majeure* je potrebné chápať ako akúsi nepredvídateľnú, nekontrolovateľnú vonkajšiu udalosť vymykajúcu sa kontrole štátu, ktorá musí byť spôsobilá zapríčiniť reálnu nemožnosť plnenia medzinárodného záväzku, prípadne znemožniť zisteniu, že určité konanie bolo v rozpore so

¹⁴⁶ Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, bod. 83, 52 s. (dostupné ku 12.11.2021 na <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf>)

¹⁴⁷ DAVID, V., BUREŠ, P., FAIX, M. SLADKÝ, P., SVAČEK, O.: Medzinárodné právo verejné s kazuistikou. Praha: Leges, 2011, 335 s.

¹⁴⁸ KLUČKA, J.: Medzinárodné právo verejné, všeobecná časť. Bratislava: IURA EDITION, 2004, 181-182 s., 206 s.

¹⁴⁹ <https://svet.sme.sk/c/22965446/vynutene-pristatie-lietadla-ryanairu-v-bielorusku-bolo-nezakonne.html> (dostupné ku 14.08.2022)

¹⁵⁰ <https://www.consilium.europa.eu/media/49791/2425-05-21-euco-conclusions-en.pdf> (dostupné ku 14.08.2022)

¹⁵¹ Čl. 3 *bis* písm. b) Dohovor o mezinárodnom civilnom letectve (Chicagsky dohovor) (dostupné ku 14.08.2022 https://www.icao.int/publications/Documents/7300_cons.pdf)

¹⁵² MAREČEK, L.: Pokyny lietadlu pristáť – Akt leteckého pirátstva? In: *Aktuálne bezpečnostné výzvy a medzinárodné právo*. Zborník. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2021, 131 – 135 s.

záväzkom. Táto okolnosť však nemá účinok, ak sám štát prispel k vzniku danej materiálnej nemožnosti.¹⁵³ Čo konkrétne sa tým rozumie by sme v zásade mohli rozdeliť do viacerých skupín. Môže ísť o udalosť prírodnej povahy, ako sú napríklad prírodné katastrofy, zemetrasenia, suchá, záplavy. Alebo môže ísť o udalosti majúce pôvod v ľudskej činnosti, ako príklad možno uviesť stratu mocenskej kontroly nad určitým územím, okupáciu. V každom prípade však platí, že takáto vyššia moc spôsobuje objektívnu nemožnosť štátu, aby si plnil svoje záväzky vyplývajúce mu z medzinárodného práva, teda záväzok sa stáva nerealizovateľným a to buď natrvalo alebo dočasne. A preto aj chovanie daného subjektu, ktoré je v rozpore s takýmto záväzkom je zbavené protiprávnosti v rozsahu a trvaní, v ktorom ho nie je možné realizovať. V praxi dochádza k uplatneniu vyššej moci ako okolnosti vylučujúcej protiprávnosť najčastejšie v pri porušení morských a vzdušných štátnych hraníc z dôvodu nepriaznivého počasia.¹⁵⁴

V praxi je však možné stretnúť s mnohým prípadmi kedy sa štáty snažili „zbaviť“ zodpovednosti odvolávajúc sa na vyššiu moc pri udalostiach majúcej povahu v ľudskom konaní. Reč je napríklad o nečakaných útokoch rebelov, či povstalcov. Podobne tomu bolo aj v prípade pána Johna Gilla, v ktorého mene si uplatňovala nárok na náhradu škody Veľká Británia od Spojených štátov Mexických (ďalej len „Mexiko“). Pán Gill pracoval ako zamestnanec elektrárne v dedine Sultepec v Mexiku, v ktorej žil aj s manželkou a deťmi. V noci 1 septembra 1912 došlo k útoku revolučných jednotiek na elektrárne a pán Gill aj s jeho rodinou bol nútený opustiť svoj domov a utiecť v snahe zachrániť si životy. Celá táto udalosť mala za následok, že pán Gill utrpel šok, vyžadujúci si lekársku starostlivosť a rovnako prišiel aj o množstvo osobného majetku, ktoré v tom čase mali doma. Stály arbitrážny dvor nakoniec, neuznal námietku vyššej moci, respektíve náhodnej udalosti a náhradu škody priznal. Dôvodom bolo že aj napriek tomu, že Sultepec sa nachádza neďaleko hlavného mesta a mexická vláda sa o útokoch dozvedela, tak nijak ďalej nekonala. Aj keď útokom zabrániť nemohla, mala sa ich aspoň pokúsiť potlačiť, činy vyšetriť a páchateľov náležite potrestať.¹⁵⁵

2.6. Tiesneň

Protiprávnosť konania je vylúčená, pokiaľ ten, kto sa takéhoto konania dopustil nemal v danej situácii žiadnu inú možnosť a takýto postup predstavoval jediný rozumný spôsob akým bolo možné zachrániť si vlastný život, alebo život osôb zverených do starostlivosti.¹⁵⁶ Pre túto okolnosť je špecifické, že v ohrození sa nachádza jednotlivec, či viacero osôb a nie štát ako celok, ako je tomu v prípade stavu núdze. Samozrejme nejde o akéhokoľvek jednotlivca, ale takého ktorý má postavenie štátneho alebo obdobného orgánu, prípadne iných osôb zverených mu do starostlivosti. Osobitosťou tohto inštitútu je tiež to, že táto ohrozená osoba mala v danom momente možnosť sa rozhodnúť určitým spôsobom, ktorý síce je v rozpore s medzinárodným právom, avšak bolo tým možné zachrániť život, či už vlastný alebo tejto osobe zverený.¹⁵⁷ Teda do popredia sa dostáva subjektívna stránka konania, nakoľko na rozdiel od situácie, ktorá by spadala pod okolnosť vyššej moci, má v prípade tiesne táto osoba možnosť slobodnej voľby. Pri tejto okolnosti však platia určité obmedzenia. Existuje tu rovnaká zásada ako v súvislosti s vyššou mocou, a to taká, že sa nemožno dovolávať tiesne pokiaľ ju štát sám spôsobil alebo sa na jej vzniku značným spôsobom podieľal. Rovnako je tu obmedzenie týkajúce následku, spočívajúce v tom, že sa nie je možné dovolávať tiesne, ak by uplatnením nastalo porovnateľné alebo ešte väčšie nebezpečenstvo než to, ktoré vyvolalo potrebu uplatnenia tejto okolnosti. Dá sa teda povedať, že tu z hľadiska aplikácie dochádza k porovnávaniu hodnôt. Na jednej strane život danej osoby v postavení štátneho orgánu, prípadne jej zverených osôb a na druhej strane hodnota, ktorá by mohla byť uplatnením ohrozená, napríklad životy väčšieho množstva ľudí, či riziko enormného znečistenia životného prostredia.¹⁵⁸ Aplikácia tohto inštitútu by sa dala napríklad demonštrovať na hypotetickom prípade nelegálnej výroby vakcín proti koronavírusu Covid-19. Samozrejme na to, aby vôbec mohlo dôjsť k aktivácii niektorej z okolností vylučujúcej protiprávnosť, musí najprv dôjsť k protiprávnemu konaniu, ktoré je prítelateľné štátu. Subjektívny prvok zodpovednosti by sme mohli považovať za naplnený, ak by výrobu realizovala osoba (fyzická alebo právnická) v postavení štátneho orgánu. Ak by vakcíny vyrábala súkromná osoba, za takéto konanie bude zodpovedný štát, ak túto výrobu sám riadil alebo ju uznal, či prijal za svoju vlastnú, pritom takéto uznanie môže byť dané aj implicitne. Čo sa týka naplnenia objektívneho prvku musí dôjsť k porušeniu medzinárodného práva. Môžeme uvažovať o tom, že nelegálnou výrobou vakcín dochádza k porušovaniu práv duševného vlastníctva súkromných farmaceutických spoločností, obzvlášť práv chránených patentom. Teda za predpokladu,

¹⁵³ MRÁZ, S., POREDOŠ, F., VRŠANSKÝ, P.: Medzinárodné verejné právo. Učebné texty právnickej fakulty. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta. 2003, 93-94 s.

¹⁵⁴ DAVID, V., SLADKÝ, P., ZBOŘIL, F.: Medzinárodné právo verejné. 3. přepracované a doplnené vydání. Praha: LINDE PRAHA, 2006, 336 – 337 s.

¹⁵⁵ The John Gill Case (Great Britain, United Mexican States) Reports of International arbitral awards, Vol. V, pp. 157 – 162. (dostupné ku 21.08.2022 https://legal.un.org/riaa/cases/vol_V/157-162_Gill.pdf)

¹⁵⁶ KLUČKA, J.: Medzinárodné právo verejné, všeobecná časť. Bratislava: IURA EDITION, 2004, 182 s.

¹⁵⁷ VRŠANSKÝ, P., VALÚCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné. Všeobecná časť. Bratislava: EUROKÓDEX, 2012, 316 s.

¹⁵⁸ KLUČKA, J.: Medzinárodné právo verejné, všeobecná časť. Bratislava: IURA EDITION, 2004, 183 s.

že daný štát je členským štátom Rady Európy a signatárom Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd vrátane Protokolu č. 1 poskytujúcemu ochranu vlastníctvu majetku, do ktorého judikatúra Európskeho súdu pre ľudské práva zahŕňa aj duševné vlastníctvo, pripadá do úvahy porušenie pozitívneho záväzku štátu aktívne konať a zamedziť porušovaniu, respektíve poskytnúť ochranu oprávnenému. Čo sa týka už samotného protiprávneho konania, bola by to vláda, ktorá by nelegálnej výrobe vakcín nezabránila v záujme zachrániť jej zverenú osobu, t.j. občanov štátu. Pandémia Covid-19 by v danej situácii, vzhľadom aj na vysokú mortalitu predstavovala životohrožujúcu situáciu a keďže v súčasnosti nie je k dispozícii účinný liek, môžeme považovať za splnenú aj podmienku, že „neexistuje žiadna iná možnosť“ a to obzvlášť, ak by išlo o menej rozvinutú krajinu, ktorá by sa v dohľadnej dobe nedočkala dodávky certifikovaných vakcín. Až na jeden štát by bola splnená aj podmienka, že k vzniknutej situácii štát sám neprispel.¹⁵⁹

2.7. Stav núdze

Inštitút stavu núdze sa vyformoval v prirodzenoprávnej náuke v snahe obmedziť niekdajšiu voľnosť v tradičnom medzinárodnom práve vo vzťahu k používaniu sily. Právo krajnej núdze sa stalo jedným zo základných práv každého štátu. Podľa takejto koncepcie sa však štát mohol dovoľávať stavu núdze, vždy keď sám nadobudol presvedčenie, že sú ohrozené jeho prirodzené snahy k sebazáchove. Z titulu krajnej núdze by tak štát mohol kedykoľvek na základe vlastného presvedčenia, jednať v rozpore s medzinárodným právom a „beztrestne“ zasahovať do právnej sféry iných štátov, pričom akékoľvek predchádzajúce konanie iného štátu by bolo vo vzťahu k použitiu tejto okolnosti irelevantné. Takéto chápanie okolnosti krajnej núdze v praxi často vyúsťovalo k tomu, že štáty takto odôvodňovali ozbrojené opatrenia na území iných štátov, najčastejšie v období nepokojov či občianskych vojen. Avšak rovnako sa odvolávanie na túto okolnosť zneužívalo na uskutočnenie rôznych politických cieľov. Takáto koncepcia krajnej núdze je v súčasnom medzinárodnom práve neprípustná už len z dôvodu existencie kogentného ustanovenia zákazu použitia ozbrojenej sily.

Rovnaký prístup k tejto otázke zvolila aj Komisia, pričom dbala na to, aby čo najviac znemožnila možnosť zneužitia tohto inštitútu. Vytýčila medze jeho aplikovateľnosti a rovnako situácie, za ktorých sa štát nemôže dovoľávať stavu núdze.¹⁶⁰ Podľa neoficiálneho prekladu jej aplikáciu vymedzila nasledovne: „(1) Štát sa nemôže dovoľávať stavu núdze ako okolnosti vylučujúcej protiprávnosť správania sa, ktoré nie je v súlade s jeho medzinárodným záväzkom, iba ak takéto jeho správanie sa A) je jediným spôsobom ochrany jeho podstatného záujmu proti závažnej a bezprostrednému nebezpečenstvu a B) takéto jeho správanie závažným spôsobom nepostihne podstatné záujmy, alebo štátov, vo vzťahu ku ktorým je medzinárodný záväzok v platnosti, alebo podstatné záujmy medzinárodného spoločenstva ako celku. (2) Stav núdze sa však nemožno dovoľávať, A) ak medzinárodný záväzok vylučuje možnosť dovoľávať sa stavu núdze, alebo ak B) štát sám prispel k stavu núdze.“¹⁶¹

Platí, že všetky vyššie stanovené podmienky musia byť splnené kumulatívne a samozrejme v súlade so všeobecnou podmienkou súladu s kogentnými normami medzinárodného práva. Komisia v snahe vytýčiť limity použitia okolnosti stavu núdze, vôbec nevenovala pozornosť tomu, čo pod stavom núdze vôbec treba rozumieť a kedy k nemu dochádza. Odpoveď na tú otázku ako aj bližšiu špecifikáciu je možné nájsť v komentároch k ustanoveniam o stave núdze, ktoré sú súčasťou samotného Návrhu. Ten pojem „núdza“ vykladá ako výnimočný prípad, kedy jediná možnosť ako môže štát ochrániť svoje základné záujmy, ktoré sú vážne a bezprostredne ohrozené je v danej situácii nevykonať nejaký iný medzinárodný záväzok nižšej váhy, avšak za splnenia stanovených podmienok. Zároveň komentár tiež poukazuje na dôležitú skutočnosť, a to takú, že stav núdze si nekladie za podmienku predchádzajúce protiprávne konanie iného štátu. Jeho posúdenie je plne v dispozícii štátu, ktorý sa cíti byť ohrozený. Tiež je dôležité, že musia byť ohrozené záujmy štátu ako celku, nestačí napríklad, aby bol v ohrození jednotliviec.¹⁶² Typickým príkladom úspešnej aplikácie stavu núdze je v prípade havarovaného ropného tankera Torrey Canyon z roku 1967. Tento libérijský tanker nešťastne naplával na skaly skryté pod hladinou vody neďaleko oblasti Cornwall mimo teritoriálnych vôd Veľkej Británie. Kolízia so skalami spôsobila, že ropa začala unikať do mora a bezprostredne ohrozovala anglické pobrežie. Celá situácia hrozila ohromnou environmentálnou katastrofou. Po tom ako zlyhali všetky snahy o nápravu britská vláda sa rozhodla pristúpiť ku krajnému riešeniu a loď bombardovať. Týmto spôsobom sa podarilo spáliť všetku unikajúcu ropu a odvrátiť tak katastrofu. Britská vláda odôvodnila svoje konanie existenciou extrémneho nebezpečenstva a zároveň zdôraznila, že k bombardovaniu pristúpila až po tom ako všetky ostaté prostriedky zlyhali. Zaujímavosťou tohto prípadu je, že

¹⁵⁹ MAREČEK, L.: Neoprávnená výroba vakcín a zodpovednosť štátu v čase pandémie. In: *Bratislavské právnické fórum 2021*. Zborník. Bratislava: Univerzita Komenského, Právnická fakulta, 2021, 75 – 82 s.

¹⁶⁰ DAVID, V., BUREŠ, P., FAIX, M. SLADKÝ, P., SVAČEK, O.: *Medzinárodné právo verejné s kazuistikou*. Praha: Leges, 2011, 336-338 s.

¹⁶¹ POŠIVÁKOVÁ, L., GIERTL, A.: *Medzinárodné právo verejné. Materiály k štúdiu*. Košice: Univerzita P.J. Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, 2013, 79-80 s.

¹⁶² Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, 80-81 s. (ku dňu 18.11.2021 https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)

medzinárodné spoločenstvo stav núdze v danom prípade mlčky akceptovalo nakoľko žiaden štát voči konaniu Veľkej Británie neprotestoval ani nevzniesol žiadne námietky.¹⁶³

3. ZÁVER

Vyvodzovanie zodpovednosti za protiprávne správanie je nevyhnutým predpokladom pre udržanie poriadku a zákonnosti v medzinárodnom práve, ako aj samotného mierového spolunažívania jednotlivých štátov. Nebolo by však spravodlivé a akceptovateľné, ak by štáty zodpovedali za svoje protiprávne konanie v situáciach, ktoré práve okolnosti vylučujúce protiprávnosť opisujú, nakoľko sa jedná o výnimočné situácie, pri ktorých nemožno od štátov rozumne očakávať, že medzinárodné záväzky neporušia.

Je nepochybné, že snaha o kodifikáciu zodpovednosti štátov a v rámci nej aj ustanovenia týkajúce sa okolností vylučujúcich protiprávnosť, predstavuje obrovský pokrok v oblasti medzinárodného práva, keďže do tohto momentu sa otázky zodpovednosti riadili v zásade len nepísaným obyčajovým právom, ktorého normy mohli byť vykladané štátmi rozdielne.

Ďalším významným posunom je aj skutočnosť, že otázky zodpovednosti sa vďaka snahám Komisie, začali uplatňovať v kodifikovanej forme aj v súvislosti s protiprávnym konaním medzinárodných organizácií. Komisia pre medzinárodné právo totiž ukončila práce na Návrhu článkov o zodpovednosti medzinárodných organizácií v roku 2011 a následne Návrh článkov o zodpovednosti medzinárodných organizácií predložila Valnému zhromaždeniu OSN,¹⁶⁴ ktoré ho v decembri 2011 prijalo v rámci Rezolúcie o zodpovednosti medzinárodných organizácií s označením A/RES/66/100. Okolnosti vylučujúce protiprávnosť sú obsiahnuté v piatej kapitole a sú nimi súhlas (čl. 20), sebaobrana (čl. 21), protiopatrenia (čl. 22), vyššia moc (čl. 23) stav núdze (čl. 24), pričom podmienky ich aplikácie sú s určitými odchýlkami obdobné ako v prípade okolností vylučujúcich protiprávne správanie štátov.¹⁶⁵

Použitá literatúra:

- ČEPELKA, Č., ŠTROUMA, P.: Medzinárodné právo verejné. Praha: EUROLEX BOHEMIA, 2003
- DAVID, V., BUREŠ, P., FAIX, M. SLADKÝ, P., SVAČEK, O.: Medzinárodné právo verejné s kazuistikou. Praha: Leges, 2011
- DAVID, V., SLADKÝ, P., ZBOŘIL, F.: Medzinárodné právo verejné. 3. prepracované a doplnené vydání. Praha: LINDE PRAHA, 2006
- GIERTL, A.: Zodpovednosť medzinárodných organizácií za protiprávne správanie a jej uplatňovanie. In: *STUDIA IURIDICA Cassoviensia*. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, roč.3., 2015
- KLUČKA, J.: Medzinárodné právo verejné, všeobecná časť. Bratislava: IURA EDITION, 2004
- KOLOSOV, J., M.: Zodpovednosť v medzinárodnom práve. Preložil: CÚTH, J., TOMKO, J., VRŠANSKÝ, P., Bratislava: Pravda, 1978
- MAREČEK, L.: Neoprávnená výroba vakcín a zodpovednosť štátu v čase pandémie. In: *Bratislavské právnické fórum 2021*. Zborník. Bratislava: Univerzita Komenského, Právnická fakulta, 2021
- MAREČEK, L.: Pokyny lietadlu pristáť – Akt leteckého pirátstva? In: *Aktuálne bezpečnostné výzvy a medzinárodné právo*. Zborník. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2021
- MRÁZ, S., POREDOŠ, F., VRŠANSKÝ, P.: Medzinárodné verejné právo. Učebné texty právnickej fakulty. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2003
- POŠIVÁKOVÁ, L., GIERTL, A.: Medzinárodné právo verejné. Materiály k štúdiu. Košice: Univerzita P.J. Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, 2013
- POŠIVÁKOVÁ, L.: Zodpovednosť štátov v medzinárodnom práve, International legal responsibility of states. In *STUDIA IURIDICA Cassoviensia*. 3. roč. Košice: Univerzita P.J. Šafárika, Právnická fakulta, 2015
- VÁLKOVÁ, K., NOVÁČKOVÁ, D., PITOŇÁK, A.: Vybrané kapitoly z medzinárodného práva verejného. Bratislava: Ekonóm, 2003
- VRŠANSKÝ, P., VALÚCH, J. a kol.: Medzinárodné právo verejné. Všeobecná časť. Bratislava: EUKÓDEX, 2012

Charta Organizácie spojených národov (dostupne ku 12.11.2021 na <https://cloud2n.edupage.org/cloud/Charta-OSN.pdf?z%3A2QVVf9gstAiik%2Fbn%2BwNv8SDBWpl5UgUjEWZdkh9SYqGevsuB7UjGvZe8dNIhhmD>)

¹⁶³ <https://www.theguardian.com/environment/from-the-archive-blog/2017/mar/18/torrey-canyon-spill-disaster-1967> (ku dňu 19.08.2022)

¹⁶⁴ Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries 2011 (ku dňu 20.11.2021 https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf)

¹⁶⁵ Responsibility of international organizations (A/RES/66/100) (ku dňu 20.11.2021 <https://undocs.org/en/A/RES/66/100>)

Dohovor o mezinárodnom civilnom letectve (Chicagsky dohovor) (dostupné ku 14.08.2022 na https://www.icao.int/publications/Documents/7300_cons.pdf)

Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries 2011 (dostupné ku 20.11.2021 na https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf)

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001 (dostupné ku 9.11.2021 https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)

Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997. (dostupné ku 12.11.2021 na <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf>)

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, (dostupné ku 20.11.2021 na <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>)

Responsibility of international organizations (A/RES/66/100) (dostupné ku 20.11.2021 na <https://undocs.org/en/A/RES/66/100>)

Responsibility of States for internationally wrongful acts (A/RES/56/83) (dostupné ku 9.11.2021 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/477/97/PDF/N0147797.pdf?OpenElement>)

The John Gill Case (Great Britain, United Mexican States) Reports of International arbitral awards, Vol. V, pp. 157–162. (dostupné ku 21.08.2022 https://legal.un.org/riaa/cases/vol_V/157-162_Gill.pdf)

The Savakar Case (Great Britain, France), Reports of International arbitral awards, Vol. XI pp. 243-255. (dostupné ku 15.08.2022 https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XI/243-255.pdf)

United Nations, Meeting Coverage and Press Releases, SC/14951, (dostupné ku 14.08.2022 <https://press.un.org/en/2022/sc14951.doc.htm>)

United Nations, Meeting Coverage and Press Releases, SC/14808, (dostupné ku 14.08.2022 <https://press.un.org/en/2022/sc14808.doc.htm>)

<https://svet.sme.sk/c/22965446/vynutene-pristatie-lietadla-ryanairu-v-bielorusku-bolo-nezakonne.html> (dostupné ku dňu 14.08.2022)

<https://www.consilium.europa.eu/media/49791/2425-05-21-euco-conclusions-en.pdf> (dostupné ku 14.08.2022)

Kontaktné údaje:

Bc. Ján Ševčík
sevcik56@uniba.sk
Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta
Šafárikovo námestie 6
814 99 Bratislava
Slovenská republika

ASSESSING THE ITALY-LIBYA MEMORANDUM OF UNDERSTANDING (2017): A CRITICAL EVALUATION OF SUCCESSES AND CHALLENGES AMIDST SOCIO-POLITICAL COMPLEXITY

Elisa Andreolli

University of Trento, Faculty of Law

Abstract: Recently, the EU has been very concerned with the issue of irregular immigration of thousands of people coming every year to Europe. Many immigration policies have been adopted at EU level as well as at national level, and not always respecting human rights and dignity. This paper is going to focus on the central Mediterranean migration route, i.e., migration of people mostly coming from Sub-Saharan Africa, whose path touches Libya, the Mediterranean Sea and lastly Malta and Italy. Attention is going to be paid on the Memorandum concluded between Italy and Libya in 2017 for fighting against this widely spread phenomenon and on its consequences. I am going to assess NGOs' position, which have contested this pact intensively, stressing how migrants have to bear degrading and inhuman treatments, such as sexual abuses, forced labor, terrible living conditions and illegal murders. Lastly, challenges and possible solutions to the current problem will be proposed. I think that this topic is very important, as it directly affects the life of thousands of people, and we, as citizens, must be aware of what our state is doing in its external relations, and be ready to react if the solutions adopted are not in conformity with basic requirements of human dignity and security.

Key words: irregular migration, memorandum, Italy, Libya, cooperation, human rights

1. INTRODUCTION

Migration has always existed, and Europeans were not excluded from this phenomenon. Contrarily, they were, starting from the 15th century, the ones who mostly moved in search of a better life, for example to America but also to Australia and New Zealand. It was only with the 1960s' economic boom that Europe became destination, instead of starting point, of migration flows.¹⁶⁶

The root causes of irregular migration and forced displacement result from state fragility and insecurity, as well as from demographic, economic and environmental trends¹⁶⁷. Situations of poverty, war, bad governance, lack of the rule of law make people look for better living conditions and flee from their country of origin, even though they love their motherland. No other option is possible for them. There can be many reasons why migrants are irregular, i.e., they don't have the correct documents: the hosting state might refuse to actually host them due to lack of certain requirements, or, more often, there is no national institution in their home country that delivers the necessary documents, perhaps due to lack of stability within the state institutions or due to discrimination of minorities.

Immigration from Sub-Saharan Africa, one of the main starting points of migration routes to Europe (50% of the total number of migrants comes from there) has been experiencing a growing trend in the last 10 years, as we can see in the graphic below.

¹⁶⁶ it.gariwo.net, „Migrations“ (article in Italian, translated)

¹⁶⁷ Valletta summit on migration, 11-12.11.2015, Political Declaration



Graph 1: Refugee population by country or territory of origin – Sub-Saharan Africa¹⁶⁸

During their migration flows, people often go through Libya or Sudan: there, they are either jailed because considered illegal migrants or subjected to human traffickers, who promise them to bring them to Europe in exchange of huge sums of money. When they manage to find such amount of money, they have to bear terrible treatments, such as travelling for hours in a too crowded truck, without windows, in the middle of the desert, or suffering torture or rape, as well as having to wait, maybe even for months, for the right moment to leave by boat and cross the Mediterranean. When the occasion actually arrives, problems are not overcome: as a matter of fact, the boats used are often too small or even broken, or it may happen that the fuel is not enough for the whole crossing, or that there is a storm in the middle of the sea. It is, unfortunately, not unusual that the news talk about shipwrecks which cause tens or hundreds of deaths every time. For example, on October 3rd, 2013, a ship wrecked off the coast of Lampedusa, and 368 people lost their lives.

States, and the European Union as well, have adopted many immigration policies, among which the Memorandum between Italy and Libya, signed in 2017. Did this international agreement succeed in its goals? How has the situation changed since then? What consequences did it bring about? In the following paragraphs, I will examine these questions, reflecting on possible ways to make the agreement more successful, both from the point of view of the results it brings about and of the respect of human rights.

2. THE MEMORANDUM OF UNDERSTANDING BETWEEN ITALY AND LIBYA

According to the 23rd Italian Report on Migrations, the number of people in the Italian territory having an irregular immigration status increased by 85000 from January 1st, 2015, to January 1st, 2017. Of course, this is only an estimate, as it is impossible to count all the people irregularly living in a state: the only way to do that is to have them registered through some official documents, which they don't have. The calculation considers the number of non-authorized entries, the estimated number of people who didn't present asylum application, the number of repatriations and the estimated number of people who managed to relocate to another country. The most part of these irregular foreigners is formed of those who, after arriving illegally by sea, remained on the Italian soil and have not been able or have not wanted to seek a permit to stay.

Irregular immigrants cannot insert themselves in the official work marketplace nor, due to that, integrate properly into the society. This doesn't mean that they don't work at all, but they work under the table and are exploited by employers, who take advantage of their position of need and of irregularity. The medium salaries are affected by this situation of low-cost labor, in a phenomenon called "social depreciation". Moreover, many illegal immigrants end up working for organized criminality, where they carry out the lowest level but most risky tasks.

For these reasons, irregular migration is detrimental both for immigrants and for the hosting states. As a matter of fact, not only immigrants live in a hostile environment, but the nationals of the hosting states consider them as "enemies" who are making them poorer and less safe.

¹⁶⁸ The World Bank Data (data.worldbank.org)

Precisely to face the emergency of people illegally landing on the Italian territory from the Libyan coasts, on February 2nd, 2017, a memorandum was signed between the Italian government, headed by Paolo Gentiloni, and Fayez Mustapa Serraj, the head of the Libyan Government of National Accord (recognized by the EU and by Italy).

2.1 The Memorandum and its content

A Memorandum of Understanding (MoU) is an agreement between two or more parties which expresses the intent of the parties of a negotiation. It indicates that the parties have reached an understanding and are willing to move forward together, for example by concluding a treaty or by forming a new partnership, but it is not legally binding nor formal. However, it is more formal than a simple handshake: as a matter of fact, it sets all the terms, requirements and responsibilities the parties plan to meet so that their goals may be accomplished, and it also carries weight in court if someone fails to live up to its terms.¹⁶⁹

Through the “Memorandum of understanding on cooperation in the fields of development, the fight against illegal immigration, human trafficking and fuel smuggling and on reinforcing the security of borders between the State of Libya and the Italian Republic”, the two parties firstly agree on their determination “to work in order to face all the challenges that have negative repercussions on peace, security and stability within the two countries”.¹⁷⁰ They recognize that irregular immigration and human trafficking could compromise the positive relationship between the two states, and thus are willing to cooperate in order to find urgent solutions to the problem of irregular migrants who cross Libya to reach Europe through the sea. This commitment is translated into the willingness to implement the already existing treaties undersigned by the parties, among which the Treaty of Friendship, Partnership and Cooperation¹⁷¹ signed in Benghazi on August 30th, 2008, and the Tripoli Declaration of January 21st, 2012, as well as other agreements and memoranda on the subject.

Fundamental pillars within this memorandum are the completion of the border control in Southern Libya, as well as Italian support to Libyan security and military institutions in charge of the fight against illegal immigration through the help and intervention of the Italian border guard and coast guard. The parties also agree on the creation and/or improvement of temporary reception camps in Libya, under the exclusive control of the Libyan Ministry of Home Affairs, pending voluntary or forced return to the countries of origin, while collaborating with the latter with a view for them to accept the return of their own citizens. Furthermore, the parties commit themselves to eliminate the causes of illegal migration by sustaining the migrants’ countries of origin, as well as to start development programs within the Libyan regions affected by illegal immigration phenomena, human trafficking and fuel smuggling as “income replacement”, thus trying to discourage them by offering better income possibilities. Respect of international conventions different than international customary law, however, is not mentioned.¹⁷²

2.2 Why was the form of memorandum chosen?

As said before, treaties regulating the cooperation between the two countries were already existing. Why, then, did the two governments decide to sign a memorandum as well? Weren’t the already existing treaties enough? The answer to these questions can be found directly in the text of the Memorandum, which identifies the implementation of the Treaty of Friendship and the Tripoli Declaration as its objective. It should also be noted that the Treaty of Benghazi has a much broader scope if compared to the Memorandum: as a matter of fact, the latter only refers to irregular migration, topic which is being coped with only in art.19 of the Treaty, which is also dealing with other forms of cooperation, such as scientific, cultural, economic, industrial and energetic cooperation, direct contacts between universities and research institutes, disarmament and international political cooperation.¹⁷³

Although the money and the interventions Italy promised in the Treaty of Benghazi were being provided, it is evident that migration flows did not decrease after its ratification in 2008, as shown in Graph 1. Additionally, the EU was not aiding Italy with the redistribution of immigrants, leaving the latter to feel isolated in dealing with the issue. Consequently, it was decided that further action was necessary to attempt to halt the irregular migration flow, which was seen as the primary obstacle to effective cooperation between the two countries.

¹⁶⁹ KENTON, Will: Memorandum of Understanding (MOU) Defined, What’s In It, Pros/Cons, MOU v MOA. In Investopedia.com (2022)

¹⁷⁰ From the text of the Memorandum (translation in English by USELLI, Sandra).

¹⁷¹ The text of the Treaty in Italian only is annexed to the law authorizing the ratification and implementation (Law no. 7 of February 6 2009)

¹⁷² TOALDO, Mattia: The EU deal with Libya on migration: a question of fairness and effectiveness. The European Council of Foreign Migrations, available at

https://ecfr.eu/article/commentary_the_eu_deal_with_libya_on_migration_a_question_of_fairness_a/

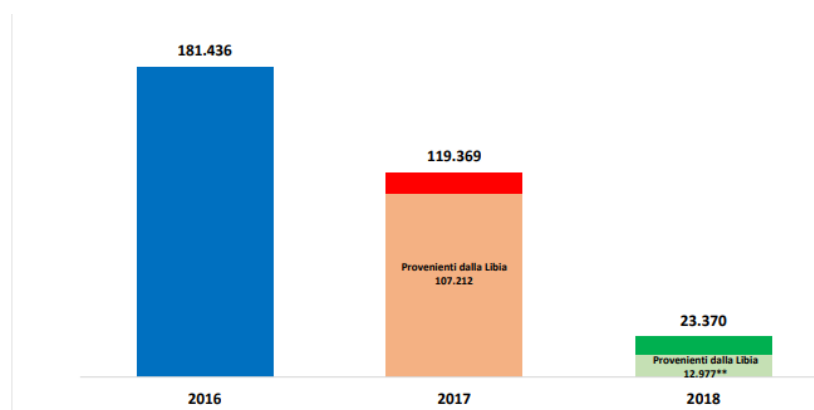
¹⁷³ https://documenti.camera.it/_dati/leg16/lavori/schedela/apritelecomando_wai.asp?codice=16pd0017390 (document in Italian)

In conclusion, the form of Memorandum was chosen because the ratification of another treaty was not felt as necessary: in fact, sources of binding international law were already existing. However, the two countries wanted to confirm and strengthen the commitments already in place, in order to make them more effective and to render cooperation more efficient and successful.

2.3 The Memorandum and its consequences

As promised in the Memorandum, Italy, together with the European Union, has been providing economic aid and technical support to the Libyan authorities for almost six years now. The Italian financing to coastal guards and detention centres has cost more than 44 million euros, and every year there has been an increase in the funds of more or less 10 million euros. Moreover, within the EU Trust Fund for Africa, other 46 million euros have been allocated.¹⁷⁴

As we can see in the graph below, this has brought to some results: since 2017, the number of irregular immigrants entering into Italian territory has visibly decreased (even if the number is still high).



Graph 2: Number of immigrants landed in Italy in the years 2016, 2017 and 2018 ¹⁷⁵

We could say that the Memorandum is being effective in its purposes, but there is always the other side of the coin: human rights violations in Libyan centres for refugees are widespread and well-documented. Amnesty International¹⁷⁶, Human Rights Watch¹⁷⁷, the UNHCR¹⁷⁸ and the UN Support Mission in Libya¹⁷⁹, among others, have been pointing out the inhumane conditions to which refugees and migrants are subjected: they suffer various forms of abuses, such as torture, sexual violence, forced labour, arbitrary detention. Moreover, many of them are also trafficked and exploited by smugglers and criminal networks operating in Libya, where the political situation is unstable and thus criminal organizations can easily proliferate.¹⁸⁰

The abuses allegedly committed against migrants in detention camps as human rights violations concern art.2 and 3 of the European Convention on Human Rights¹⁸¹; art.6 and 7 of the International Covenant on Civil

¹⁷⁴ CAPITANI Giulia: Memorandum Italy-Libya, on October 26th we say #idontagree. In: ilfattoquotidiano.it (2022) (original article in Italian)

¹⁷⁵ Italian Ministry of Home Affairs, daily statistics about the phenomenon of arrival and welcoming of immigrants, December 31st, 2018

¹⁷⁶ Nowhere Safe: Cycle of Abuses against Refugees and Migrants in Libya - <https://www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2020/09/nowhere-safe-cycle-of-abuses-against-refugees-and-migrants-in-libya/>

¹⁷⁷ Libya. Events of 2019 – Migrants, Refugees and Asylum Seekers. <https://www.hrw.org/world-report/2020/country-chapters/libya>

¹⁷⁸ Thousands of Refugees and Migrants Suffer Extreme Rights Abuses on Journeys to Africa's Mediterranean Coas, new UNHCR/MMC Report Shows (2020) <https://www.unhcr.org/news/press/2020/7/5f1ee9314/thousands-refugees-migrants-suffer-extreme-rights-abuses-journeys-africas.html>

¹⁷⁹ UN Reports Urges End to Inhuman Detention of Migrants in Libya (2016) <https://unsmil.unmissions.org/un-report-urges-end-inhuman-detention-migrants-libya>

¹⁸⁰ Italy-Libya: Eliminate the Memorandum of understanding (amnesty.it, article in Italian)

¹⁸¹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe (1950). https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf

and Political Rights¹⁸², art.1 and 2 of the Convention against Torture¹⁸³, all of them dealing with the right to life and the prohibition of torture.

The situation in Libyan centres for refugees has been a matter of concern for international organizations, governments, and human rights groups for years. Many NGOs, including Amnesty International and Save the Children, have been highlighting the human rights violations that are taking place in Libya, with the help of Italian authorities, and have also protested, through the hashtag #NonSonoDaccordo (“I don’t agree”), to the renewal of the agreement, which is automatically taking place every three years if no written declaration saying otherwise is submitted. Nonetheless, the Memorandum will still be effective at least until 2025 now.

Italy does not exercise effective control over the Libyan territory where these violations occur, nor it has control over the victims, but its assistance to the Libyan Coastal Guard is linked to these violations: material and technical support from Italy has enabled the Libyan Coastal Guard to intercept thousands of people at sea. It then returns people to arbitrary, indefinite detention in facilities where they face a high risk of exploitation and violence.¹⁸⁴ If complicity in human rights violations falls under the scope of the three international treaties, which seems to be the case in the practice of the Human Rights Committee, the ECtHR and the Committee against Torture, then the abovementioned non-governmental organizations may be right and Italy should withdraw from the understanding, or at least change the terms of it.¹⁸⁵

3. CHALLENGES AND POSSIBLE SOLUTIONS

The Memorandum, despite the partial successes it has brought about, such as the reduction of the number of irregular immigrants entering into the Italian territory, is a quite weak international declaration, mostly due to the political instability in Libya. As a matter of fact, the country lacks a strong central authority capable of exerting control over its territory¹⁸⁶: the government of Serraj barely manages to control its own capital, and it’s always struggling for power against the Libyan National Army (LNA), which is controlling the eastern part of the country. This is why the understanding between Italy and Libya was not as successful as the Statement of Cooperation concluded between the EU and Turkey in 2016, which is dealing with preventing irregular migrants to enter into the EU territory as well. Secondly, the human rights situation in Libya was more preoccupying than in Turkey at the time of adoption of the EU-Turkey declaration. As a matter of fact, Libya is not a signatory of the 1951 Geneva Convention on the Status of Refugees¹⁸⁷, nor there is any national protection framework ensuring that migrants who would enjoy international protection are not returned to their country of origin.¹⁸⁸ This means that there is no differentiation between migrants and asylum seekers in domestic law. Italy, and the EU, should intervene in this field and find some agreement in order to give protection at least to the people who really need it: they cannot be left there with the constant threat of being brought back to their country of origin.

The fact that the word “right” is mentioned only once in the Memorandum is explanatory: the two states weren’t able to find a common point of view on the matter, because of their different positions in international law. This aspect makes the document weaker, since human rights protection is central in the settlement of the issue.

Moreover, the memorandum doesn’t contain any resettlement component, the only innovative aspect of the EU-Turkey deal¹⁸⁹. The implementation of the detention and return schemes, commonly discussed in terms of the externalization of asylum, does not actually relocate the asylum procedures outside the EU’s external borders, but

¹⁸² International Covenant on Civil and Political Rights (1966). <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

¹⁸³ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1984). <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading>

¹⁸⁴ Italy: Halt Abusive Migration Cooperation with Libya. As Abuse Is Known, Assistance Makes Rome Complicit. *Human Rights Watch*. <https://www.hrw.org/news/2020/02/12/italy-halt-abusive-migration-cooperation-libya>

¹⁸⁵ PIZZUTI, Alessandro: The Memorandum of Understanding between Italy and Libya: Does It Create Human Rights Obligations on the Part of Italy? Available on <http://opiniojuris.org/2021/08/05/the-memorandum-of-understanding-between-italy-and-libya-does-it-create-human-rights-obligations-on-the-part-of-italy/>

¹⁸⁶ HERMANIN, Costanza: Immigration Policy in Italy: Problems and Perspectives. Istituto Affari Internazionali (IAI) (2017)

¹⁸⁷ 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, <https://www.unhcr.org/3b66c2aa10>

¹⁸⁸ PALM, Anja: The Italy-Libya Memorandum of Understanding: The baseline of a policy approach aimed at closing all doors to Europe? Available on <https://eumigrationlawblog.eu/the-italy-libya-memorandum-of-understanding-the-baseline-of-a-policy-approach-aimed-at-closing-all-doors-to-europe/>

¹⁸⁹ This means that for each irregular immigrant sent back from the Greek islands to Turkey, the EU will accept the resettlement of one Syrian refugee from Turkey to the EU.

rather deprives asylum seekers of the possibility of accessing asylum determination procedure¹⁹⁰. These policies, implemented to deter irregular migratory flows into Europe and combat smuggling in migrants, might paradoxically result in “illegalizing” the movement of migrants between Libya and the neighbouring African states and in increasing the involvement of smuggling networks.

The problems I just exposed could be solved by revising the document. I personally don't agree with policies aimed at simply closing the border, because they merely push people towards illicit trafficking networks. Nevertheless, I understand it's an important matter for all the EU member states and for Italy, one of the countries having to cope the most with irregular immigrants.

Maybe, one possible solution could be to focus more on the regular way of entering into Europe, matter which is already dealt with in the Memorandum but takes second place to the effort put in keeping immigrants in detention centers and away from Europe. The human rights situation in Libya should also be monitored more strictly: it is not acceptable that Italy, a country which has ratified all the conventions regarding human rights, is financing a country which continuously commits breaches. I know this is very difficult, and if we stuck only to countries which are respecting human rights all the time, we would have no one to conclude agreements with, but I think there must be a threshold. Italy has enough international power to oblige Libya to observe at least some basic requirements respecting human dignity, but it's refraining from doing that, because it is easier and more convenient this way.

Another challenging point is the fact that the understanding is in the form of soft law: it does not follow the ordinary law-making process and for this reason it's difficult to assess its legal effectivity. Many NGOs claim that art.80 of the Italian Constitution, saying that the Parliament shall authorize by law the ratification of international agreements of political nature or entailing spending, should have been followed. The justification brought about by the government on the matter is that the Memorandum is not a political agreement and there is no spending entailed, because all the funds involved were already existing. Despite of this, maybe a hard law instrument would be more effective and, above all, more enforceable and could therefore be the right choice in such a delicate matter.

Alternative policies are possible if European leaders are ready to make more pragmatic but also politically riskier decisions¹⁹¹, providing a broader framework of intervention with the cooperation of all the member states, not only involving the states where irregular immigrants arrive.

4. CONCLUSION

Throughout this paper, the Memorandum of Understanding between Italy and Libya has been analyzed, with a focus on its criticalities. From a legal and political perspective, I have outlined the reasons why I do not agree with the way in which this document addresses the issue of irregular migration. The topic of international declarations such as this is of fundamental importance, as it reveals the views of the signatory states on critical issues such as migration. It is essential not to be content with a superficial reading but instead to seek for different perspectives. This is a challenging task, but an important one for every citizen in a democratic society. It is crucial to continuously question whether the policies being adopted are acceptable, to what extent, and to actively participate in the political discourse by remaining informed about the state of affairs. Only then can we have a well-functioning democracy that protects the interests of all citizens, including the less fortunate. It is my hope that this paper has contributed to a deeper understanding of the Memorandum of Understanding between Italy and Libya and the need for continued critical evaluation of international agreements

Bibliography

<https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-rubriche/archivio-rubriche-2017/419-fonti-dell-unione-europea-e-internazionali/1840-osf-3-2017-int-3>

<https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/migration-flows/>

BOSWELL, Christina & D'AMATO, Gianni: *Illegal migration in modern society: Consequences and problems of national European migration policies*. In: *Immigration and Social Systems: Collected Essays of Michael Bommers*, chapter 7, pp.157-176. *Amsterdam University Press* (2012).

https://www.jstor.org/stable/j.ctt46mtgj.12?searchText=illegal+migration&searchUri=%2Faction%2FdoBasicSearch%3FQuery%3Dillegal%2Bmigration%26sd%3D2010%26ed%3D2022&ab_segments=0%2Fbasic_search_gsv2%2Fcontrol&refreqid=fastly-default%3Aaea4b987fd1d993ea745334ed9e6aca0#metadata_info_tab_contents

¹⁹⁰ ANDRIJASEVIC, Rutvica: *How to balance Rights and Responsibilities on Asylum at the EU's Southern Border of Italy and Libya*. *COMPAS, University of Oxford* (2006)

¹¹⁸ TOALDO, Mattia: *The EU deal with Libya on migration: a question of fairness and effectiveness*. The European Council of Foreign Migrations, available at https://ecfr.eu/article/commentary_the_eu_deal_with_libya_on_migration_a_question_of_fairness_a/

CZAIKA Mathias & DE HAAS Hein: The Effectiveness of Immigration Policies. In: Population and Development Review, Vol.39, No.3 (September 2013), pp.487-508

https://www.jstor.org/stable/23655336?searchText=illegal+migration&searchUri=%2Faction%2FdoBasicSearch%3FQuery%3Dillegal%2Bmigration%26sd%3D2010%26ed%3D2022&ab_segments=0%2Fbasic_search_gsv%2Fcontrol&refreqid=fastly-default%3A0ecfa99bf341f6364f347bcb5b72f555&seq=1#metadata_info_tab_contents

<https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/TCMirregularmigration.pdf>

<https://it.gariwo.net/educazione/approfondimenti/migrazioni-21494.html#:~:text=Le%20pi%C3%B9%20grandi%20migrazioni%20nella%20Storia&text=Prima%20la%20Spagna%20e%20il,Australia%20e%20la%20Nuova%20Zelanda>

Memorandum of understanding on cooperation in the fields of development, the fight against illegal immigration, human trafficking and fuel smuggling and on reinforcing the security of borders between the State of Libya and the Italian Republic, signed in Rome on the 02/02/2017 (1/2017)

23rd Italian Report on Migrations
ANDRIJASEVIC, RUTVICA: How to balance Rights and Responsibilities on Asylum at the EU's Southern Border of Italy and Libya. *COMPAS, University of Oxford* (2006)

<http://oro.open.ac.uk/12652/>

HERMANIN, Costanza: Immigration Policy in Italy: Problems and Perspectives. *Istituto Affari Internazionali (IAI)* (2017)

https://www.jstor.org/stable/resrep17528?searchText=memorandum+italy+libya&searchUri=%2Faction%2FdoBasicSearch%3FQuery%3Dmemorandum%2Bitaly%2Blibya%26sd%3D2017&ab_segments=0%2Fbasic_search_gsv%2Fcontrol&refreqid=fastly-default%3Acf34f8c56faa297cf87cbd7dd7bb4b82&seq=13#metadata_info_tab_contents

TOALDO, Mattia: Don't Close Borders, Manage Them: How to Improve EU Policy on Migration through Libya. European Council on Foreign Relations (2017)

https://www.jstor.org/stable/resrep21557?searchText=memorandum+italy+libya&searchUri=%2Faction%2FdoBasicSearch%3FQuery%3Dmemorandum%2Bitaly%2Blibya%26sd%3D2017&ab_segments=0%2Fbasic_search_gsv%2Fcontrol&refreqid=fastly-default%3A80bbf53bc72d6c0fa4b2a6ed3336b06b&seq=9#metadata_info_tab_contents

VARI, Elisa: Italy-Libya Memorandum of Understanding: Italy's International Obligations. In: *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol.43, Issue 1 (2020), pp.105-[i]

https://heinonline-org.ezp.biblio.unitn.it/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/hasint43&div=7&start_page=105&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults

REVIGLIO, Martino: Externalizing Migration Management through Soft Law: The Case of the Memorandum of Understanding between Libya and Italy. In: *Global Jurist*, Vol.20, Issue 1 (2020), pp.1-12

<https://www-degruyter-com.ezp.biblio.unitn.it/document/doi/10.1515/gj-2019-0018/html>

Contact information:

Elisa Andreolli

elisa.andreolli@studenti.unitn.it

University of Trento

38121, Trento

Italy

THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND THE CONFLICT BETWEEN THE RUSSIAN FEDERATION AND UKRAINE

Marek Janček

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Abstract: According to numerous experts on international law and in light of the United Nations General Assembly Resolution ES- 11/1, the military attack launched by the Russian Federation against Ukraine as a sovereign state has plausibly fulfilled all assumptions to be classified as an act of aggression. Although an investigation is still being conducted, there are strong grounds to assume that severe violations of international humanitarian law have been committed. Consequently, such acts might establish individual criminal liability of direct perpetrators but might even give a rise to the prosecution of initiators in terms of politicians or high-ranked military officers. The main aim of this paper is therefore to analyze what role could the International Criminal Court play in the ongoing conflict. In order to determine this role, the emphasis is put on the examination of its jurisdiction, taking into consideration related legal and practical obstacles in its exercising. Additionally, the paper tries to explain the International Criminal Court's background in pursuit of a better contextual understanding of its activities. Furthermore, in light of so-far collected evidence, the paper deals with the question of the potential commission of the crime of genocide specifically regarding the allegations of forcible transferring of Ukrainian children. Mindful of the fog of war, it aims to summarize the allegations raised either by Ukrainians, or Russians while trying to express its own opinion based on interviews with renowned experts, witness statements, and other public-made evidence.

Key words: the ICC, the Rome Statute, the Russian federation, Ukraine, jurisdiction, international crimes, genocide, war crimes, crimes against humanity, investigation, prosecution

1. INTRODUCTION

In order to categorize different periods of the modern history of mankind, historians usually tend to divide them with respect to important occasions which had a worldwide impact. By applying this approach, it is generally accepted that the history of the 20th century was marked by several turning points. Of course, under these points are meant mainly two world conflicts and the period of the Cold War. On 24 February 2022, the world witnessed another breaking event that marks the beginning of a new era. The full-scale invasion of Ukrainian territory claimed by Russian politicians as a "special military operation" surprised the whole civilized world and brought back the "hot war" type of conflict to the territory of Europe once again. However, the currently raging conflict is by no means only a bolt from the blue. On the contrary, it signifies a new phase in a long-lasting conflict that has already started since the Russian Federation (hereinafter "RF") invaded and subsequently annexed the Crimean Peninsula in 2014. Later that year, the Russian separatists in eastern Ukraine (Ukraine hereinafter "UE") proclaimed the establishment of the Donetsk People's Republic and the Luhansk People's Republic.¹⁹²

Despite the fact that numerous international treaties, commonly referred as the Law of the Hague and the Law of Geneva, establish international legal standards for humanitarian treatment in war, atrocities are being committed in every armed conflict.¹⁹³ The ongoing conflict in eastern Europe is no exception and is under the surveillance of several international organizations and their organs such as the UN Human Rights Monitoring Mission in Ukraine¹⁹⁴, Human Rights Watch¹⁹⁵, OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine¹⁹⁶, or Amnesty

¹⁹² KALUZHNA O., SHUNEVYCH K. *Liability Mechanisms for War Crimes Committed as a Result of Russia's Invasion of Ukraine in February 2022: Types, Chronicle of the First Steps, and Problems* 2022. In *Justice in Eastern Europe* 178-193. 2022 Available at: <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.2-n000324>

¹⁹³ ICRC. *Law of Geneva and law of the Hague* [online]. 2022. Available from: <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/article/other/57jrlq.htm> [Accessed 20/10/2022].

¹⁹⁴ UN. *Ukraine: Monitoring the devastating impact of the war on civilians*. [online]. 2022. Available from: <https://www.ohchr.org/en/stories/2022/05/ukraine-monitoring-devastating-impact-war-civilians> [Accessed 22/10/2022].

¹⁹⁵ HRW. *Intense and Lasting Harm Cluster Munition Attacks in Ukraine*. [online]. 2022. Available from: <https://www.hrw.org/report/2022/05/11/intense-and-lasting-harm/cluster-munition-attacks-ukraine> [Accessed 22/10/2022].

¹⁹⁶ OSCE. *OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine*. [online]. 2022. Available from: <https://www.osce.org/special-monitoring-mission-to-ukraine> [Accessed 22/10/2022].

International.¹⁹⁷ Regular reports issued by these subjects clearly proved many severe violations of human rights committed since 2014, while after February of 2022 the situation accelerated ominously. In the light of this evidence, the crucial competencies are exercised by the International Criminal Court (hereinafter “ICC”) which has the capacity to investigate and prosecute individuals who commit the gravest crimes, concretely genocide, war crimes, crimes against humanity, and the crime of aggression (commonly also as “international crimes”).¹⁹⁸

The aim of this article is to provide the readers with a basic knowledge of the role of the ICC in the ongoing conflict in UE by explaining its jurisdiction, competencies, and overall position in the system of international law. To do so, the paper also tries to review step-by-step evolution of the conflict given the presumption that the Russo-Ukrainian war is being waged since February 2014. Moreover, the emphasis is put on the analysis of evidence that arguably suggests the existence of international crimes committed on the territory of UE. However, because of the limited scope, most of the attention is focused on the crime of genocide.

2. THE RELATION BETWEEN ICC AND UA

The scope of jurisdiction of the ICC regarding the conflict in UE is a bit more complicated since neither UE nor the RF is a party to the Rome Statute of the International Criminal Court (hereinafter “Rome Statute”). Referring to UE, in pursuit of understanding the current relation, it is first necessary to explain the political background that has influenced the position of UE towards the ratification of the Rome Statute. Already before the ratification of the Rome Statute, there was a fear of some Ukrainian politicians that they could be held accountable before the ICC. It related to scandals such as the alleged selling of Kolchuha passive sensors to Iraq in breach of the United Nations embargo in 2000 or the alleged involvement in the murder of the journalist Georgiy Gongadze in the same year. However, these fears had no reasonable basis given the jurisdiction of *ratione temporis*.¹⁹⁹ Eventually, the Ukrainian government signed the Rome Statute on 20 January 2000. Nevertheless, UE has never become a party since the Constitutional Court of UE held in the judgment N 1-35/2001 on 11 July 2001 that the ratification would be unconstitutional.²⁰⁰ The reasoning was based on the alleged conflict between the principle of complementarity and the domestic criminal justice system: “*To declare the Rome Statute of International Criminal Court ... as not corresponding to Constitution of Ukraine in the part, concerning the provisions of paragraph ten of the preamble and article 1 of the Statute, whereas "International criminal court ... supplements national organs of criminal justice"*.”²⁰¹ At the time of issuing the decision, the Rome Statute did not even enter into force. Therefore, there was generally a lack of jurisprudence regarding the clear interpretation of its provisions. Obviously, the Constitutional Court of UE has been examining the compliance of the Rome Statute with Ukraine's Constitution. Interestingly, it made a comparison between the relationship of Ukraine's Constitution with international judicial organs such as the European Court of Human Rights on the one hand, and with the ICC on the another. It argues that the European Court of Human Rights (and international judicial organs in general) “*initiate investigation only following petitions from persons, whereas the person may petition them only after all national remedies for legal protection have been exhausted*”²⁰², which is in accordance with the article 55 of Ukraine's Constitution. But regarding the ICC, it puts into question the conformity of its principle of complementarity with Ukraine's Constitution. It argues that “*the ICC accepts for its handling those cases, referred to it not only by application of the participating state, but according to its own initiative, when the state of jurisdiction for the crime-suspect, as stipulated by the Statute, does not wish nor capable of conducting investigation or institution of criminal proceedings in due course*”.”²⁰³ Based on that, it finds the ICC's principle of complementarity not in compliance with Ukraine's Constitution since it allegedly supplements the system of national jurisdiction contrary to the Article 124 of Ukraine's Constitution. This ruling by the Constitutional Court of UE was overall criticized as a clear misinterpretation, nonetheless, it had no impact on further efforts to change it in sense of adopting constitutional amendments.

The approach towards the ICC dramatically changed just after the events of the so-called “*Euromaidan*”. UE as not a state party found itself in a complicated position and resolved it by exercising its prerogatives to accept the ICC's jurisdiction pursuant to Article 12 (3) of the Rome Statute. In fact, UE has recognized the ICC's jurisdiction

¹⁹⁷ AMNESTY INTERNATIONAL. *Ukraine: Ukrainian fighting tactics endanger civilians*. [online]. 2022. Available from: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/08/ukraine-ukrainian-fighting-tactics-endanger-civilians/> [Accessed 22/10/2022].

¹⁹⁸ ICC. *About the Court*. [online]. 2022. Available from: <https://www.icc-cpi.int/about/the-court> [Accessed 22/10/2022].

¹⁹⁹ MASOL S. *Ukraine and the International Criminal Court: Between Realpolitik and Post-truth Politics*. In *Journal of International Criminal Justice*, Pages 167–190. 2022. Available from: <https://academic.oup.com/jici/article/20/1/167/6580701>

²⁰⁰ [ibid]

²⁰¹ Conclusion of the Constitutional Court on the conformity of the Rome Statute with the Constitution of Ukraine, Case N 1-35/2001, 11 July 2001.

²⁰² [ibid]

²⁰³ [ibid]

already twice. Firstly, in respect of alleged crimes committed from 21 November 2013 to 22 February 2014.²⁰⁴ But more importantly the second declaration of recognition of the ICC's jurisdiction that is based on the open-ended basis from 20 February 2014 onwards.²⁰⁵ It entails that all international crimes committed on the territory of UE, except the crime of aggression²⁰⁶, are being investigated and could be prosecuted by the ICC's prosecutors.²⁰⁷

Although UE is in ongoing conflict since at least 2014 and the invasion just worsened the situation, the UE's attitude towards ratifying the Rome Statute stays ambivalent. There are several reasons to explain this attitude but due to the limited scope of this paper, it is not possible to examine them all. According to expert Sergii Masol, one of the plausible explanations might relate to UE's possibility of having more space for manoeuvres and better control over prospective investigations and prosecutions of international crimes. Based on the indications by credible reports, Ukrainian forces have also committed violations of international humanitarian law²⁰⁸ although to a much smaller extent than the RF. Therefore, he suggests that: "*If the ICC does not meet the government's expectations about indictments or verdicts, Ukraine might withdraw or invalidate its ad hoc declarations.*"²⁰⁹ But still it is necessary to point out that even after the ratification of the Rome Statute, UE (or any other party) would be entitled to a withdrawal.

Additionally, the current role of the ICC in this conflict was ever more accelerated after 24 February 2022 when the Office of the Prosecutor announced the opening of further investigations after a coordinated group of States Parties submitted a joint referral (including the Slovak republic).²¹⁰ In my view, with respect to the potential ratification of the Rome Statute, the situation would not alter dramatically, taking into account mainly the principle of jurisdiction *ratione temporis*. Moreover, regarding the prospective withdrawal due to ICC's potential investigations of Ukrainian soldiers, it is more likely not to expect it. Since the international support is provided mainly by Western states, UE is undoubtedly aware of the political consequences of such withdrawal. Given these reasons, it is much more plausible to expect UE to maintain the status quo of its current relationship with the ICC.

On the contrary, the RF's stance towards the creation of the ICC was from the beginning positive even supportive. The RF even put its signature to the Rome Statute on 13 September 2000, although it has never proceeded to ratification meaning never became a party. Later, in 2016 the signature was withdrawn following the ICC Prosecutor's annual report suggesting that the situation in eastern UE shall be regarded as "*an international armed conflict between Ukraine and the Russian Federation.*"²¹¹

2.1 The ICC's jurisdiction over the crimes under international law

The ICC as a permanent international criminal court exercises its jurisdiction only over the gravest crimes of concern to the international community, thus genocide, war crimes, crimes against humanity, and the crime of aggression. However, this jurisdiction is not all-encompassing. On the one hand, it is based on principles of territoriality and the active personality which relate to membership. It entails that crimes appear to be committed on the territory of a state that is a party to the Rome Statute or person accused of the crimes is a national of a state that is a party to the Rome Statute.²¹² However, the Rome Statute counts with two additional ways how to exercise the jurisdiction over crimes committed on the territory of non-member states. The first one relates to the referral of the United Nations Security Council to the ICC's prosecutor which has only been exercised twice in history.²¹³ The ICC in such a case exercise its jurisdiction independently from the place of commission or nationality of the perpetrator.²¹⁴ As regards the last option, a state that is not a party to the Rome Statute is entitled to recognize the

²⁰⁴ ICC. *Jurisdiction in the general situation*. [online]. 2022. Available from: <https://www.icc-cpi.int/ukraine> [Accessed 22/10/2022].

²⁰⁵ [ibid]

²⁰⁶ Article 15 bis (5) of the Rome Statute: "*In respect of a State that is not a party to this Statute, the Court shall not exercise its jurisdiction over the crime of aggression when committed by that State's nationals or on its territory.*"

²⁰⁷ MASOL S. *Ukraine and the International Criminal Court: Between Realpolitik and Post-truth Politics*. In *Journal of International Criminal Justice*, Pages 167–190. 2022. Available from: <https://academic.oup.com/jicj/article/20/1/167/6580701>

²⁰⁸ UN. *UN Commission has found an array of war crimes, violations of human rights and international humanitarian law have been committed in Ukraine* [online]. 2022. Available from: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/10/un-commission-has-found-array-war-crimes-violations-human-rights-and> [Accessed 21/11/2022].

²⁰⁹ MASOL S. *Ukraine and the International Criminal Court: Between Realpolitik and Post-truth Politics*. In *Journal of International Criminal Justice*, Pages 167–190. 2022. Available from: <https://academic.oup.com/jicj/article/20/1/167/6580701>

²¹⁰ ICC. *Jurisdiction in the general situation*. [online]. 2022. Available from: <https://www.icc-cpi.int/ukraine> [Accessed 22/10/2022].

²¹¹ EJIL. *Russia's Withdrawal of Signature from the Rome Statute Would not Shield its Nationals from Potential Prosecution at the ICC*. [online]. 2016. Available from: <https://www.ejiltalk.org/russias-withdrawal-of-signature-from-the-rome-statute-would-not-shield-its-nationals-from-potential-prosecution-at-the-icc/> [Accessed 27/10/2022].

²¹² WERLE G., JESSBERGER F. *Principles of International Criminal Law, Third Edition*. Oxford: Oxford University Press, 2014. 675 p. ISBN 978-0-19-870360-0, P.96

²¹³ [ibid] P.97

²¹⁴ [ibid] P.77

jurisdiction of the ICC.²¹⁵ As it was already indicated in section 2, UE has availed itself of the opportunity and has lodged the ICC's jurisdiction by a unilateral declaration pursuant to Article 12 (3) of the Rome Statute. Due to this recognition, the two afore-mentioned principles are applied, meaning that all international crimes committed on the territory of UE or by all its nationals are subject to ICC's investigation.

Furthermore, in accordance with the Rome Statute, the current role of the ICC with respect to investigation and prosecution is based on the principle of complementarity. The same principle that the Constitutional court of UE viewed as a legal obstacle to ratification of the Rome Statute in 2001. Nevertheless, this principle is initially enshrined in the preamble of the Rome Statute as follows: "*Emphasizing that the International Criminal Court established under this Statute shall be complementary to national criminal jurisdictions,*".²¹⁶ Essentially, this principle is based on two corresponding principles. On one hand, the principle of respect for the national jurisdiction and on the other the principle of productivity and efficiency.²¹⁷ The idea behind the latter is to ensure the speed of criminal proceedings that are conducted more effectively by national courts.²¹⁸ Taking into account that affected state is the closest to the crimes in sense of accessibility to the witnesses, perpetrators, or to crime scenes. Consequently, the main burden to investigate and prosecute lies on the shoulders of Ukrainian authorities. Besides, the states are generally assumed to have a greater extent of capacities in comparison to the ICC in terms of limited human resources.²¹⁹ The problem of underfunding of the ICC is about to be the subject of criticism later in this paper.

To summarize, the precedence is taken by national courts of UE whereas the ICC conducts merely a supporting role. The exception might occur if the UE was unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution²²⁰ but given the efforts of Ukrainian police and prosecutors such as the first war crimes trial²²¹, this scenario is highly unlikely. Additionally, to provide a comprehensive picture of instances in which the ICC is so to speak "*pushed aside*", the issue of universal jurisdiction is slightly involved. Since international crimes represent the most serious crimes of concern to the international community, the individual third states are allowed (or even have the duty) to prosecute them regardless of the territory where they took place.²²² Subsequently, it is possible to divide two potential scenarios of involving of third states. Firstly, if the RF was willing to prosecute the crimes committed on the territory of Ukraine. However, it is much more realistic to expect prosecution of Ukrainian soldiers taken captive while the Russian crimes go unnoticed. Of course, this might further give rise to a question of the objectivity of such trials. In fact, the RF has already opened investigations against at least 1,100 prisoners of war for alleged "*crimes against peace*". The fears of show trials are multiplied by the fact that those prisoners include members of the Azov regiment.²²³ Secondly, other third states have the authority to prosecute based on customary international law in relation to genocide, crimes against humanity and war crimes in international armed conflicts.²²⁴ At least 12 countries have so far opened investigations under universal jurisdiction on the crimes in Ukraine including the Slovak Republic.²²⁵ It is needed to stress that the principle of universal jurisdiction provides third states only with the authority to prosecute. It must be distinguished from the duty to prosecute which is enshrined in the Geneva Conventions and obliges states to prosecute all war crimes committed in international armed conflicts. Regarding

²¹⁵ HRW. *Russia, Ukraine & International Law: On Occupation, Armed Conflict and Human Rights* [online]. 2022. Available from: <https://www.hrw.org/news/2022/02/23/russia-ukraine-international-law-occupation-armed-conflict-and-human-rights> [Accessed 27/10/2022].

²¹⁶ Preamble of the Rome Statute

²¹⁷ KALUZHNA O., SHUNEVYCH K. *Liability Mechanisms for War Crimes Committed as a Result of Russia's Invasion of Ukraine in February 2022: Types, Chronicle of the First Steps, and Problems* 2022. In *Justice in Eastern Europe* 178-193. 2022 Available from: <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.2-n000324>

²¹⁸ WERLE G., JESSBERGER F. *Principles of International Criminal Law, Third Edition*. Oxford: Oxford University Press, 2014. 675 p. ISBN 978-0-19-870360-0, P.94-95

²¹⁹ KALUZHNA O., SHUNEVYCH K. *Liability Mechanisms for War Crimes Committed as a Result of Russia's Invasion of Ukraine in February 2022: Types, Chronicle of the First Steps, and Problems* 2022. In *Justice in Eastern Europe* 178-193. 2022 Available from: <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.2-n000324>

²²⁰ Article 17 (1) (a) of the Rome Statute

²²¹ BBC. *Ukraine begins first war crimes trial of Russian soldier*. [online]. 2022. Available from: <https://www.bbc.com/news/world-europe-61441907> [Accessed 26/10/2022].

²²² WERLE G., JESSBERGER F. *Principles of International Criminal Law, Third Edition*. Oxford: Oxford University Press, 2014. 675 p. ISBN 978-0-19-870360-0, P.73

²²³ NYT. *Russia Opens 1,100 Cases Against Ukrainian P.O.W.s, Raising Fears of Show Trials* [online]. 2022. Available from: <https://www.nytimes.com/2022/06/09/world/europe/russia-trials-ukrainian-soldiers.html> [Accessed 22/11/2022].

²²⁴ WERLE G., JESSBERGER F. *Principles of International Criminal Law, Third Edition*. Oxford: Oxford University Press, 2014. 675 p. ISBN 978-0-19-870360-0, P.75

²²⁵ EUROPEAN PRAVDA. *How Universal Jurisdiction Can Punish Putin and His Minions for War Crimes in Ukraine* [online]. 2022. Available from: <https://www.eurointegration.com.ua/eng/news/2022/06/6/7140690/> [Accessed 22/11/2022].

the crimes against humanity and genocide, the prevailing opinion is that there is no such duty, although the question is still open.²²⁶

2.2 Limited capacities of the ICC

Even though the ICC is a formally apolitical judicial institution, its functioning relies on state donations. In order to estimate what role could the ICC hold in the ongoing conflict, first it is needed to take into consideration what are its capacities. It is an indisputable fact that even in such a grave matter as prosecuting the most serious crimes of concern, the role of finance is a key factor of success or failure. Traditionally among the largest funders of the ICC's budget belonging France, Germany, Britain, Italy, and Japan but it must be pointed out that the ICC is long-term underfunded.²²⁷ Research conducted by Stuart Ford in 2017 shows that the ICC has available much fewer resources in comparison to most domestic mass atrocity investigations. It could be illustrated by concrete numbers when the ICC's investigative teams do not usually exceed 35 personnel out of which an average of 13 are actually investigators, whereas: "...for example, more than 1,500 personnel worked on the Lockerbie investigation, more than 2,600 worked on the Oklahoma City bombing, and more than 1,300 worked on the MH17 crash investigation.²²⁸ In many cases, the actual numbers of investigators assigned to the domestic investigations may well be higher than these numbers suggest."²²⁹ As explained below, the current investigative team of the ICC in UE consists of 42 member personnel. Consequently, these limits are then reflected in the capacity to conduct a proper investigation. It might be exemplified by the number of witness statements which is on average just around 170.²²⁹ On the other hand, in domestic cases of particular importance: "...more than 10,000 witnesses were interviewed during the Lockerbie investigation, 28,000 were interviewed during the Oklahoma City investigation, and more than 30,000 were interviewed during the London investigation."²³⁰

Moreover, the ICC is generally challenged by further issues, particularly by a lack of international cooperation that was most clearly embodied in the case of Darfur.²³¹ Basically, Sudanese authorities refused to cooperate with the ICC in the investigation of the possible commission of international crimes in Darfur. Subsequently, due to the lack of support from the international community, the ICC's prosecutor must have admitted at that time the dead end to the case.²³²

Given the afore-mentioned problems and experience that ICC has challenged, it is of utmost importance to prevent them from happening again, not only in the case of UE. In the light of currently made statements of political leaders from all around the world, the ICC is supposed to have enough resources to conduct a proper investigation. For instance, the EU announced on 8 June 2022 that is prepared to provide the ICC's investigation with € 7.25 million.²³³ Moreover, some of the countries have already also promised support in terms of human resources. As such an example could serve the UK which announced on 6 June 2022 that a specialist legal and police team will be providing support to the investigation of the ICC.²³⁴ Thanks to the fact that some of the states are backing their words with real actions and generously donating the investigation, the threat of the lack of capacities seems to be overcome. Although proper financing and other resources do not guarantee the conviction of the perpetrators, it must be admitted that without them justice cannot be served.

Finally, according to the announcement of ICC's Prosecutor Karim A.A. Khan QC on 17 May 2022, ICC has deployed a team of 42 investigators, forensic experts, and support personnel to UE. Their focus is aimed at the investigation of international crimes committed on the territory of UE in accordance with its jurisdiction. They are also supposed to provide support to Ukrainian investigators. In fact, this team represents the largest ever single

²²⁶ WERLE G., JESSBERGER F. *Principles of International Criminal Law, Third Edition*. Oxford: Oxford University Press, 2014. 675 p. ISBN 978-0-19-870360-0, P.82

²²⁷ FORD S. *How Much Money Does the ICC Need?* 2015. In *The Law and Practice of the International Criminal Court* (Carsten Stahn ed., Oxford University Press 2015). Available at: <https://ssrn.com/abstract=3371046>

²²⁸ FORD S. *What Investigative Resources Does the International Criminal Court Need to Succeed?: A Gravity-Based Approach*, 2017. In *Washington University Global Studies Law Review*. Available from: https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol16/iss1/5

²²⁹ [ibid]

²³⁰ [ibid]

²³¹ ICC. *Darfur, Sudan*. [online]. 2022. Available from: <https://www.icc-cpi.int/darfur> [Accessed 19/10/2022].

²³² FORD S. *The ICC and the Security Council: How Much Support is There for Ending Impunity?* 2016. In *Indiana International & Comparative Law Review*. Available from: <https://journals.iupui.edu/index.php/iiclr/article/view/21267>

²³³ EC. *Russian war crimes in Ukraine: EU supports the International Criminal Court investigation with €7.25 million*. [online]. 2022. Available from: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_3543 [Accessed 20/10/2022].

²³⁴ GOV.UK. *UK provides lawyers and police to support ICC war crimes investigation*. [online]. 2022. Available from: <https://www.gov.uk/government/news/uk-provides-lawyers-and-police-to-support-icc-war-crimes-investigation> [Accessed 20/10/2022].

field deployment in ICC's history.²³⁵ In the following lines, the focus is put on the determination if so-far collected evidence might prove the commission of the crime of genocide took place.

3. THE CRIME OF GENOCIDE

The crime of genocide as one of the four crimes under international law enjoys a special position either because of the historical context, seriousness, and the volume of victims it generally afflicts. Thus, it is no surprise that genocide is being referred to as the "*crime of crimes*".²³⁶ This seriousness is then also reflected in carefulness in public statements regarding the commission of genocide and rather referring to crimes against humanity.²³⁷ Article 6 of the Rome Statute as well as Article 2 of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (hereinafter "Genocide Convention") provide the definitions of the term genocide which are principally identical. However, it should be noted that despite neither the RF nor UE being parties to the Rome Statute, both are signatories of the Genocide Convention and therefore should adhere to the same definition. Although there are certain differences in the scope of acts that shall be punishable since the Rome Statute does not recognize conspiracy to commit genocide as a crime of genocide.

In order to consider a certain act as genocide, the defining elements must be met. The definition is based on the enumeration of acts that must be intended to destroy a national, ethnical, racial, or religious group either in whole or in part.²³⁸ Putting it straight, the elements in accordance with the definition are as follows:

- 1) protected group;
- 2) the prohibited acts – *actus reus*;
- 3) intent and knowledge;
- 4) specific intent to destroy.²³⁹

In practice some actions might overlap and also constitute a responsibility for committing war crimes or crimes against humanity. But unlike those, the crime of genocide comprises *dolus specialis*, or special intent to destroy a particular group wholly or partially. This is the characteristic that makes genocide such an evil act but also complicates its proving.²⁴⁰ However, the term "*or in part*"²⁴¹ indicates that the commission of genocide does not require an extreme case of exterminating *de facto* an entire group, such as the Holocaust. The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (hereinafter "ICTY") already said that an extermination of a substantial part of the group is sufficiently enough to commit a crime of genocide. In the ground-breaking judgements, the ICTY held that:

Prosecutor v. Krstić, Appeals Chamber, Judgment, 19 April 2004, IT-98-33-A, paras. 8-9:

Para. 8: "*It is well established that where a conviction for genocide relies on the intent to destroy a protected group "in part," the part must be a substantial part of that group. The aim of the Genocide Convention is to prevent the intentional destruction of entire human groups, and the part targeted must be significant enough to have an impact on the group as a whole.*"

Para 9: "*the intent to destroy must be, at least, an intent to destroy a substantial part of the group.*"

Prosecutor v. Jelisić, Trial Chamber, Judgment, 14 December 1999, IT-95-10-T, para. 82: "*Genocidal intent may therefore be manifest in two forms. It may consist of desiring the extermination of a very large number of the members of the group, in which case it would constitute an intention to destroy a group en masse. However, it may also consist of the desired destruction of a more limited number of persons selected for the impact that their disappearance would have upon the survival of the group as such. This would then constitute an intention to destroy the group "selectively."*

²³⁵ ICC. ICC Prosecutor Karim A.A. Khan QC announces deployment of forensics and investigative team to Ukraine, welcomes strong cooperation with the Government of the Netherlands. [online]. 2022. Available from: <https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-announces-deployment-forensics-and-investigative-team-ukraine> [Accessed 20/10/2022].

²³⁶ CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON., WILMSHURST E. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure – Third Edition*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. 615 p. ISBN 978-1-107-69883-3, P.205

²³⁷ JS. *Is Genocide Occurring in Ukraine? An Expert Explainer on Indicators and Assessments*. [online]. 2022. Available from: <https://www.justsecurity.org/80998/is-genocide-occurring-in-ukraine-an-expert-explainer-on-indicators-and-assessments/> [Accessed 20/10/2022].

²³⁸ Article 6 of the Rome Statute

²³⁹ WERLE G., JESSBERGER F. *Principles of International Criminal Law, Third Edition*. Oxford: Oxford University Press, 2014. 675 p. ISBN 978-0-19-870360-0, P.295-308

²⁴⁰ MCKEE M., ATTARAN M., LINDER J. *How can the international community respond to evidence of genocide in Ukraine?* [online]. 2022. Available from: <https://www.sciencedirectcom.are.uab.cat/science/article/pii/S2666776222000977> [Accessed 20/10/2022].

²⁴¹ Article 6 of the Rome Statute

This selective extermination of the group was already recognized in the notoriously known case of the Srebrenica massacre where the Bosnian Serb forces intentionally killed over 8,300 Bosnian-Muslim men and boys.²⁴² Although the number of victims was little compared to the Holocaust, the ICTY still held that the most important is to determine what had been the intended effect of an act or acts (today also defined in Article 6 of the Rome Statute). Thus, whether the act is presupposed to have an impact, in the future, on a very existence of a particular group. This selective extermination was, as already mentioned, proved in the case *Prosecutor v. Krstić*, where the ICTY concluded that the intended disappearance of two or three generations of men was aimed at exterminating the Bosnian Muslim population.²⁴³

Being aware that investigation is still being conducted, further in the text the attempt is made to determine, if so-far collected evidence indicates that the above-mentioned elements might have been met to give a rise to prosecution.

3.1 Russian allegations

Since the very beginning of the conflict both fighting parties have been asserting to the international community that genocide is being committed whether on one side or another. The particular importance of this crime is underlined by the fact that these allegations served as a pretext for a full-scale invasion on 24 February 2022.²⁴⁴ Citing the reasoning of the invasion by the President of the RF: “*protection of people who for eight years have been subjected to abuse, **genocide** by the Kyiv regime*”²⁴⁵. As it is indicated in the above-mentioned statement, it was not the first time Russian officials raised similar claims. The RF had been claiming genocide of the Russian-speaking population of UE by the Ukrainian government ever since the events of the so-called “*Euromaidan*”.²⁴⁶

But it is necessary to be explained that from the Russian point of view the claims are divided into two groups. First deals with the alleged killings of Russian-speaking people in the Donbas and Luhansk regions. Notwithstanding the legitimacy of Russian allegations in general, if such atrocities have been committed in the Eastern UE, it might give a rise to prosecution by the ICC under article 6 (a) of the Rome Statute. Given the fact that a significant minority of the Russian-speaking people have been living there, the first defining element of the ethnic group would be met. In order to determine whether other elements have been present, a comprehensive investigation is necessary to be conducted. Mindful that the ICC has jurisdiction over the international crimes committed on the territory of UE and taking into account that since 2013 there is an ongoing investigation, it is guaranteed that also Russian allegations of commission of genocide are being properly examined.

Moreover, to piece together a comprehensive picture of the validity of the Russian allegations, the attention could be focused on the eloquent announcement of the Office of the Prosecutor of ICC from 11 December 2020 that “*there was a reasonable basis to believe that a broad range of conduct constituting **war crimes and crimes against humanity** within the jurisdiction of the Court have been committed in the context of the situation in Ukraine.*”²⁴⁷ As it is obvious from the statement, during the pre-invasion phase of the conflict the ICC’s investigators did not find any reasonable grounds which might have proven the crime of genocide happened.

The second group of claims relates to the effects of Ukraine’s language policy and several other laws aimed at reducing the influence of the RF in UE. These long-lasting complaints refer to measures such as:

- 1) the Law on condemning the communist and National Socialist (Nazi) totalitarian regimes and prohibiting propaganda of their symbols from 2015;
- 2) the Laws on television and radio broadcasting and Ukrainian language from 2018;
- 3) the Law on Education from 2017;
- 4) the Law of on Supporting the Functioning of the Ukrainian Language as the State Language from 2019.²⁴⁸

²⁴² REMEMBERING SREBRENICA. *Bosnian War- A Brief Overview*. [online]. 2022. Available from: <https://srebrenica.org.uk/what-happened/bosnian-war-a-brief-overview> [Accessed 15/02/2023].

²⁴³ WERLE G. *Principles of International Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005. 485 p. ISBN 90-6704-196-3, P.210

²⁴⁴ BBC. *Why has Russia invaded Ukraine and what does Putin want?* [online]. 2022. Available from: <https://www.bbc.com/news/world-europe-56720589> [Accessed 26/10/2022].

²⁴⁵ FORTUIN, E. *Ukraine commits genocide on Russians: the term “genocide” in Russian propaganda*. 2022. In Russ Linguist. Available from: <https://doi.org/10.1007/s11185-022-09258-5>

²⁴⁶ BILÍKOVÁ, V. *Konflikt na Ukrajině z pohledu mezinárodního práva, část III. Trestní postih pachatelů závažných zločinů* [online]. 2022. Available from: <https://www.iir.cz/konflikt-na-ukrajine-z-pohledu-mezinarodniho-prava-cast-iii-trestni-postih-pachatelu-zavaznych-zlocinu> [Accessed 26/10/2022].

²⁴⁷ ICC. *Information for victims*. [online] 2022. Available from: <https://www.icc-cpi.int/victims/ukraine> [Accessed 26/10/2022].

²⁴⁸ FORTUIN, E. *Ukraine commits genocide on Russians: the term “genocide” in Russian propaganda*. Russ Linguist [online] 2022. Available from: <https://doi.org/10.1007/s11185-022-09258-5> [Accessed 26/10/2022].

Consequently, the Russian propaganda machine describes these measures as the concept of cultural genocide of Russian-speaking citizens committed by the Ukrainian government. But what does the term cultural genocide actually stand for? The textbooks of International Criminal Law commonly refer to Article 6 (e) “*Forcibly transferring children of the group to another group*” as genocide of cultural type.²⁴⁹ Obviously, none of the afore-mentioned laws have something in common with transferring children. Although Russian propaganda might seem weak at first glance, it is not overly pointless. Regarding cultural destruction, the ground-breaking judgment of *Prosecutor v. Al Mahdi*, 27 September 2016, Case No. ICC-01/12-01/15²⁵⁰ was held at the ICC. It was for the first time the ICC recognized “*the link between an attack on a group’s cultural heritage and its destruction.*”²⁵¹ However, following the interpretation, the judgment *Prosecutor v. Al Mahdi* refers to Article 8 (2) (e) (iv) of the Rome Statute as part of war crimes, not invoking the crime of genocide.²⁵² Nevertheless, the attacks on group’s cultural heritage could be considered as circumstantial evidence of *dolus specialis*. It means that if the prohibited act is committed in conjunction with attacks on the group’s cultural heritage, it could contextually point to the presence of genocidal intention. Hypothetically, if there was evidence (but there is not) that the Ukrainian government was forcibly transferring children of the Russian-speaking population while at the same time forbidding them to learn the Russian language, it could indicate the special intention to commit genocide. Despite of historical efforts such as the concept of the crime of cultural genocide presented by Raphael Lemkin²⁵³, today’s legal definition of the crime of genocide does not recognize other forms of cultural genocide, except the already mentioned forced transfer of children.²⁵⁴ Based on these arguments, therefore, from a legal point of view, the Russian arguments regarding the existence of cultural genocide should be assumed false with a merely plausible aim at misleading the public awareness.

Besides everything already mentioned, the consideration of the credibility of Russian allegations should take into account also the action respectively inaction of the RF regarding the legal mechanisms adopted to deal with such allegations. Notably, the RF did not search for non-military ways of resolving the problem such as an investigation which, by the way, had been taking place since 21 March 2014 when “*the OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine was deployed following a request to the OSCE by Ukraine’s government and a consensus decision by all 57 OSCE participating States.*”²⁵⁵ Instead by virtue of its military power and under referring to the principle of Responsibility to Protect²⁵⁶, they launched the full-scale military invasion justified as protection of the Russian-speaking population from genocide. They have decided so irrespectively of the report of the OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine that non-evidence of systematic extermination had been found.²⁵⁷

3.2 Ukrainian allegations

On the other hand, the Ukrainian government instituted proceedings against the RF before the International Court of Justice (hereinafter “ICJ”) on 26 February 2022. This application contends the allegations that a crime of genocide has occurred in the Eastern UE and asserts that the RF “*has no lawful basis to take action in and against Ukraine for the purpose of preventing and punishing any purported genocide.*” Whereas UE itself accused the RF of “*planning acts of genocide*”.²⁵⁸ The ICJ then issued, in a relatively short time - on 16 March 2022, an order on provisional measures to suspend the military operations by the RF on the territory of UE. By doing so, the ICJ

²⁴⁹ WERLE G., JESSBERGER F. *Principles of International Criminal Law, Third Edition*. Oxford: Oxford University Press, 2014. 675 p. ISBN 978-0-19-870360-0, P.307

²⁵⁰ The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. 27 September 2016. Case No. ICC-01/12-01/15. Available from: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/12-01/15-171>

²⁵¹ BILSKY L., KLAGSBRUN R., *The Return of Cultural Genocide? In European Journal of International Law*, Volume 29. 2018, Pages 373–396, <https://doi.org/10.1093/ejil/chy025>

²⁵² HARVARD LAW REVIEW. *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*. [online]. 2016. Available from: <https://harvardlawreview.org/2017/05/prosecutor-v-ahmad-al-faqi-al-mahdi/> [Accessed 27/10/2022].

²⁵³ MOSES, A. DIRK., *Raphael Lemkin, Culture, and the Concept of Genocide*. In *The Oxford Handbook of Genocide Studies* (2010; online edn, Oxford Academic, 18 Sept. 2012), available from: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199232116.013.0002> [Accessed 29/10/2022].

²⁵⁴ BILSKY L., KLAGSBRUN R., *The Return of Cultural Genocide? In European Journal of International Law*, Volume 29. 2018, Pages 373–396, <https://doi.org/10.1093/ejil/chy025>

²⁵⁵ OSCE. *OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine*. [online]. 2022. Available from: <https://www.osce.org/special-monitoring-mission-to-ukraine> [Accessed 26/10/2022].

²⁵⁶ USIP. *How the Kremlin Distorts the ‘Responsibility to Protect’ Principle*. [online]. 2022. Available from: <https://www.usip.org/publications/2022/04/how-kremlin-distorts-responsibility-protect-principle> [Accessed 26/10/2022].

²⁵⁷ OSCE. *OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine*. [online]. 2022. Available from: <https://www.osce.org/special-monitoring-mission-to-ukraine> [Accessed 26/10/2022].

²⁵⁸ ICJ. *Ukraine institutes proceedings against the Russian Federation and requests the Court to indicate provisional measures*. [online]. 2022. Available from: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-PRE-01-00-EN.pdf> [Accessed 29/10/2022].

proved to be responsive when the situation requires.²⁵⁹ Unlike in the case of the RF, allegations by UE of genocide being committed started after the invasion. Since then, on a daily basis, numerous investigative teams have been reporting cases of grave concern including widespread rape, mass killings of civilian populations, or deportations of Ukrainian women and children. However, the current situation seems to be connected, more likely, to the issue of infringement of the principle of the prohibition on the use of force rather than to the application of the provisions of the Genocide Convention.²⁶⁰ Nevertheless, the focus of this paper is put on individual criminal liability for the crime of genocide under the Rome Statute. In further lines, I am going to review the allegations with the aim to determine whether there are serious grounds that might serve as evidence of genocidal acts by the Russian military forces.

3.2.1 Material Elements

Primarily, the material elements of genocide include protected group and individual acts. In the case of UE, the assumed group is constituted on the principle of nationality, so the targeted group is Ukrainian nationals. The definition of the national group was provided in the judgement *Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, Judgment, 2 September 1998, ICTR-96-4-T* as follows: “a collection of people who are perceived to share a legal bond based on common citizenship, coupled with reciprocity of rights and duties.”²⁶¹ Despite the presented opinions such as one of the Russian President – “*On the Historical Unity of Russians and Ukrainians*”²⁶² - asserting that Ukrainians and Russians are in fact one people, there are no doubts the Ukrainians form a single national group.²⁶³ Moving to the second material element, the targets of attacks are individual members of the Ukrainian nation.²⁶⁴ These attacks are exhaustively defined as various classes of actions falling under provisions (a) – (e) of article 6 of the Rome Statute. They encompass the killing of Ukrainians under provision (a) which should be interpreted as intentional murder²⁶⁵ which undoubtedly has been and is still happening. The clearest examples are already notoriously known mass graves in Bucha and Hostomel, the city of Mariupol, or more recently in the liberated town of Izium.²⁶⁶ Further, acts under the provision of (d) relating to measures intended to prevent births which have been reported by Ukraine’s Human Rights Commissioner after a systematic rape of 25 girls: “*Russian soldiers told them they would rape them to the point where they wouldn’t want sexual contact with any man, to prevent them from having Ukrainian children.*”²⁶⁷

3.2.2 Material Elements – The Forcible Transferring of Ukrainian Children

In addition, there have been allegations under provision (e) of forcible transferring of Ukrainian children to the RF.²⁶⁸ The estimations of the number of transferred children vary significantly. For instance, according to Ukraine’s Human Rights Commissioner, more than 121,000 children have been forcibly deported to the RF²⁶⁹ or according to Mikhail Mizintsev, the head of the National Defence Management Centre of the Russian Federation: “a total of 1,936,911 Ukrainians have been deported to Russia since the beginning of the war; 307,423 of whom

²⁵⁹ MAREČEK, L. (2022). ICJ: Ukraine v. Russian Federation (Order of 16 March 2022 in the Case Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide). *Bratislava Law Review*, 6(2), 139-148. Available from: <https://doi.org/10.46282/blr.2022.6.2.307>

²⁶⁰ [ibid]

²⁶¹ The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement), ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 September 1998, available at: https://www.refworld.org/cases/ICTR_40278fbb4.html [accessed 21/11/2022].

²⁶² KREMLIN. Article by Vladimir Putin “On the Historical Unity of Russians and Ukrainians”. [online]. 2021. Available from: <http://en.kremlin.ru/events/president/news/66181> [Accessed 29/10/2022].

²⁶³ DÜBEN B.A. “There is no Ukraine”: Fact-Checking the Kremlin’s Version of Ukrainian History. [online] 2020 Available from: <https://blogs.lse.ac.uk/lseih/2020/07/01/there-is-no-ukraine-fact-checking-the-kremlins-version-of-ukrainian-history/>

²⁶⁴ WERLE G., JESSBERGER F. *Principles of International Criminal Law, Third Edition*. Oxford: Oxford University Press, 2014. 675 p. ISBN 978-0-19-870360-0, P.302

²⁶⁵ CASSESE A. *Casses’s International Criminal Law – Third Edition*. Oxford: Oxford University Press, 2013. 413 p. ISBN 978-0-19-969492-1, P.115

²⁶⁶ USIP. *Is Russia Committing Genocide in Ukraine?* [online]. 2022. Available from: <https://www.usip.org/publications/2022/09/russia-committing-genocide-ukraine> [Accessed 29/10/2022].

²⁶⁷ BBC. *Ukraine conflict: ‘Russian soldiers raped me and killed my husband’*. [online]. 2022. Available from: <https://www.bbc.com/news/world-europe-61071243> [Accessed 29/10/2022].

²⁶⁸ THE GUARDIAN. *Ukraine crisis: claims Mariupol women and children forcibly sent to Russia*. [online]. 2022. Available from: <https://www.theguardian.com/world/2022/mar/20/ukraine-crisis-claims-mariupol-women-and-children-forcibly-sent-to-russia> [Accessed 29/10/2022].

²⁶⁹ FORBES. *Ukrainian Children Forcibly Transferred And Subjected To Illegal Adoptions*. [online]. 2022. Available from: <https://www.forbes.com/sites/ewelinaochab/2022/04/10/ukrainian-children-forcibly-transferred-and-subjected-to-illegal-adoptions/?sh=55814e530e0f> [Accessed 29/10/2022].

are children.²⁷⁰ On the other hand, Daria Herasymchuk, Ukraine's top children's rights official, estimates that "only" 11,000 Ukrainian children have been abducted.²⁷¹ Probably the most comprehensive report on this issue (at the time of writing of this article) was published on 14 February 2023 (almost a year after the start of the full-scale invasion) by the Conflict Observatory. The title reads "*Russia's systematic program for the re-education and adoption of Ukraine's children*" which indicates that around 6,000 children have been systematically relocated to the RF.²⁷² But why is it, from a legal point of view, so important to know an exact number of transported children? In order to determine whether a crime of genocide has been committed, it is necessary to prove that such an act has affected a substantial part of the group. As already mentioned earlier in judgements of *Prosecutor v. Jelisić* and *Prosecutor v. Krstić*, extermination of a group could be perpetrated with an intention to destroy a group en masse or by the means of a selective extermination which would eventually have an impact on the survival of the group as such. As it is obvious, the form of en masse extermination has not been pursued by the Russian military forces but rather numerous acts of crimes against humanity have been perpetrated.²⁷³ However, as regards the children, most of them have been transported, logically, from the occupied territories in Eastern UE, namely Kherson, Zaporizhzhia, Donetsk, and Luhansk oblasts. Moreover, in order to commit genocide, it is not necessary to affect the whole population of a specific group, meaning that not all the Ukrainians living on a territory of UE must be affected by genocidal acts. As it was determined in the judgement of *Prosecutor v. Krstić* para. 15:

"Although this population constituted only a small percentage of the overall Muslim population of Bosnia and Herzegovina at the time, the importance of the Muslim community of Srebrenica is not captured solely by its size... Without Srebrenica, the ethnically Serb state of Republica Srpska they sought to create would remain divided into two disconnected parts, and its access to Serbia proper would be disrupted.²⁸ The capture and ethnic purification of Srebrenica would therefore severely undermine the military efforts of the Bosnian Muslim state to ensure its viability, a consequence the Muslim leadership fully realized and strove to prevent. Control over the Srebrenica region was consequently essential to the goal of some Bosnian Serb leaders of forming a viable political entity in Bosnia, as well as to the continued survival of the Bosnian Muslim people. Because most of the Muslim inhabitants of the region had, by 1995, sought refuge within the Srebrenica enclave, the elimination of that enclave would have accomplished the goal of purifying the entire region of its Muslim population."

Drawing an analogy to the situation in Eastern UE, on the 21st of February 2022 the Russian President signed a decree recognizing the self-proclaimed "Donetsk People's Republic" and the "Luhansk People's Republic" as independent.²⁷⁴ Although the initial objectives of the full-scale invasion are still shrouded in mystery, some of them might have seemed obvious from a very beginning. Before the invasion, the Crimean Peninsula was still only an exclave that had been connected to the Russian mainland only via a bridge over the Kerch Strait that had been opened in 2018. By conquering the South-Eastern part of UE, and particularly Mariupol, the second-largest city in the Donbas, the RF has secured a land bridge from Russia to Crimea which is of utmost importance for the geopolitics goals of the RF since there are located the Black Sea ports.²⁷⁵ Furthermore, the Slovak professor Alexander Duleba stresses that the importance of the South-Eastern part of UE lies in the geopolitical objectives of the Kremlin and in the somewhat symbolic and historic value of regions in question. He has repeatedly pointed out, in many interviews, that without the Donbas and the South-Eastern part of UE, there will never be the revived Great Russian Empire allegedly pursued by the Russian President.²⁷⁶ Therefore, as in the case of Srebrenica, the whole population of UE is not required to be affected but only regions vital for achieving the strategic goals such as the surface connection of the Crimean Peninsula with the RF or more questionable objectives of alleged Russian imperialism.

²⁷⁰ UKRAINSKA PRAVDA. *Russia says more than 300,000 Ukrainian children "deported"* [online]. 2022. Available from: <https://www.pravda.com.ua/eng/news/2022/06/19/7353366/> [Accessed 15/02/2023].

²⁷¹ WASHINGTON POST. *Russia's abductions of Ukrainian children are a genocidal crime* [online]. 2022. Available from: <https://www.washingtonpost.com/opinions/2022/12/27/russia-genocide-ukraine-children/> [Accessed 15/02/2023].

²⁷² CNBC. *Russian forces have relocated at least 6,000 Ukrainian children to camps since start of war, new report says* [online]. 2023. Available from: <https://www.cnbc.com/2023/02/14/ukraine-war-news-russia-has-relocated-more-than-6000-children.html> [Accessed 15/02/2023].

²⁷³ U.S. DEPARTMENT OF STATE. *Crimes Against Humanity in Ukraine*. [online]. 2023. Available from: <https://www.state.gov/crimes-against-humanity-in-ukraine/> [Accessed 26/02/2022].

²⁷⁴ DW. *Russia recognizes independence of Ukraine separatist regions* [online]. 2023. Available from: <https://www.dw.com/en/russia-recognizes-independence-of-ukraine-separatist-regions/a-60861963> [Accessed 26/02/2022].

²⁷⁵ WASHINGTON POST. *Why Ukraine's Donbas Region Matters to Putin* [online]. 2023. Available from: https://www.washingtonpost.com/business/energy/why-ukraines-donbas-region-matters-to-putin/2022/09/12/3bd4a4f4-3285-11ed-a0d6-415299bfebd5_story.html [Accessed 26/02/2022].

²⁷⁶ AKTUALITY.SK. *Duleba: Igor Matovič sa stal tzv. užitočným idiotom ruskej propagandy* [online]. 2023. Available from: <https://ranonahlas.libsyn.com/duleba-igor-matovi-sa-stal-tzv-uitonm-idiotom-ruskej-propagandy> [Accessed 26/02/2022].

In addition, another significant factor determining the number of Ukrainians affected relates to the actual population of these regions. According to official statistics of the Ukrainian Government from 2021²⁷⁷, the population of the Donbas region was 4,100,280 and the population of Kherson Oblast was approximately 1 million citizens.²⁷⁸ Currently, significant parts of Donetsk, Luhansk, Kherson, and Zaporizhia oblasts are still occupied by the Russian military forces. In the wake of the invasion, at least 12 million people have fled their homes according to the United Nations.²⁷⁹ Consequently, it is very difficult, if not impossible, to determine the current state. Nevertheless, compared to Srebrenica where, at the time of an attack, was concentrated approximately 40,000 people out of which 8,300 were killed as an act of genocide.²⁸⁰ However, there is no general equation that would determine, for instance in terms of percentage, what population is needed to be affected in order to amount to an act of genocide. It must be sufficiently enough to have an impact on the future existence of the Ukrainians as such within a certain geographic area.²⁸¹

3.2.3 Mental Elements

Turning to mental elements to commit genocide, the definition requires intent and knowledge, as well as specific intent to destroy the protected group as such wholly or partially.²⁸² With respect to the first one, the intent and knowledge are defined under Article 30 of the Rome Statute. Here, the strict case-by-case approach must be applied since there are higher and lower mental requirements between individual acts. For instance, given the accusations of forcible deportment of Ukrainian children, *it is enough that perpetrators "should have known" that the victims transferred to another group were minors.*²⁸³ Secondly, relating to specific intent to destroy, it is the core element that makes genocide such an evil crime but on the other hand also causes the most troubles to prove. It must be part of the perpetrator's preliminary goal that the individual act is being committed in pursuit of the destruction of the group.²⁸⁴ Witnessed actions of the Russian soldier aiming at preventing Ukrainian women from having children or intercepted talks of Russian soldiers regarding indiscriminate killings of Ukrainian soldiers and civilians.²⁸⁵ Many of these partial examples might suggest the presence of special intent to destroy the Ukrainians as the nation.

3.2.4 Mental Elements - The Forcible Transferring of Ukrainian Children

Specifically, regarding the children who were relocated to the RF, the necessary mental element requires that it must have been done with an aim to estrange them from their cultural identity. Such an act would imply the gradual removal of the Ukrainian language, traditions, and characteristics inherent to these children as being Ukrainians. Although, *"Russian law prohibits the adoption of foreign children without consent of the home country, which Ukraine has not given."*²⁸⁶ But in May 2022, the President of the RF signed a decree making it easier for Russian families to adopt and give citizenship to Ukrainian children without parental care. Moreover, there is a register of suitable Russian families for Ukrainian children, there are organized summer camps for Ukrainian orphans or even a hotline to pair Russian families with children. Obviously, the majority of children are from the Donbas region since those are the longest-occupied territories. In fact, the allegations of abductions of children have been made since 2014 when the RF annexed the Crimean Peninsula and more than 80 children from Luhansk were stopped at checkpoints and abducted.²⁸⁷ Moreover, UE has sued the RF for this act at the European Court of Human Rights which has declared on 25 January 2023 the application admissible together with the Netherland's

²⁷⁷ KYIV: State Statistics Service of Ukraine. [Number of Present Population of Ukraine, as of January 1, 2021] (PDF) (in Ukrainian and English). [online]. 2023. Available from: https://ukrstat.gov.ua/druk/publicat/kat_u/2021/zb/05/zb_chuselnist%202021.pdf [Accessed 26/02/2022].

²⁷⁸ KYIV: State Statistics Service of Ukraine. [Number of Present Population of Ukraine, as of January 1, 2022] (PDF) (in Ukrainian and English). [online]. 2022. Available from: https://ukrstat.gov.ua/druk/publicat/kat_u/2022/zb/05/zb_%D0%A1huselnist.pdf [Accessed 26/02/2022].

²⁷⁹ BBC. *How many Ukrainian refugees are there and where have they gone?* [online]. 2023. Available from: <https://www.bbc.com/news/world-60555472> [Accessed 26/02/2023].

²⁸⁰ REMEMBERING SREBRENICA. *Bosnian War- A Brief Overview*. [online]. 2022. Available from: <https://srebrenica.org.uk/what-happened/bosnian-war-a-brief-overview> [Accessed 26/02/2023].

²⁸¹ WERLE G. *Principles of International Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005. 485 p. ISBN 90-6704-196-3, P.210

²⁸² [ibid] P.312

²⁸³ [ibid] P.313

²⁸⁴ [ibid] P.314

²⁸⁵ WASHINGTON POST. *Germany intercepts Russian talk of indiscriminate killings in Ukraine*. [online]. 2022. Available from: <https://www.washingtonpost.com/world/2022/04/07/bucha-german-intelligence-radio-bnd-russia/> [Accessed 29/10/2022].

²⁸⁶ AP. *How Moscow grabs Ukrainian kids and makes them Russians* [online]. 2023. Available from: <https://apnews.com/article/ukrainian-children-russia-7493cb22c9086c6293c1ac7986d85ef6> [Accessed 26/02/2023]

²⁸⁷ [ibid]

application regarding the notorious 2014 downing of the MH17 airliner over UE.²⁸⁸ The RF's explanation is that it is doing acts of generosity by providing orphans with new safe homes. There are even regular announcements of the arrivals of orphans from UE by military planes.²⁸⁹ The Russian President even confirmed in his annual New Year's speech that a variety of social schemes are used to transfer Ukrainian children to the RF under the justification of "taking them on holidays".²⁹⁰ The issue is even more aggravated by the fact that many of those children are not orphans.²⁹¹ This then leads to allegations that these children are transferred with a specific intent to destroy Ukrainians as a group in particular occupied territories in Eastern UE. In order to determine whether *dolus specialis* has been present upon transferring the children, other acts committed at the same time such as causing serious bodily or mental harm or killing the Ukrainians might help to indicate its presence.²⁹² Unless *dolus specialis* is identified, the transferring of Ukrainian children to the RF could only be possibly subsumed under provision (d) of Article 7 of the Rome Statute referring to deportation or forcible transfer of population.

The process of investigating and proving that *dolus specialis* was or was not present in certain acts committed on a territory of UE might take years. Nonetheless, some experts are already convinced such as the Ukrainian Prosecutor General who on 20 September 2022 said: "*We are moving closer to understanding that what was and is committed by [the] Russian aggressor in Ukraine is genocide of [the] Ukrainian nation.*"²⁹³ Of course, as regards similar statements, it is always necessary to take into account their possible political background intentions. However, these allegations have strong support also in legal expert communities and spurred intense debates since the number of evidence is rising on a daily basis.²⁹⁴

3.3 Incitement to commit genocide

Moreover, individuals who directly and publicly incite others to commit genocide could be either held accountable.²⁹⁵ In order to commit this incitement the perpetrator is required to call for the commission of genocide, however, it could be addressed to the audience by metaphorical or euphemistic rhetoric.²⁹⁶ Such rhetoric could be identified under graduating narratives of main Russian state news agencies²⁹⁷ and many top-ranking politicians including the President itself²⁹⁸ relating to "*denazification*" of UE. These provocative expressions need to be direct appeals to commit genocidal acts under Article 6 of the Rome Statute, otherwise the material element is not fulfilled.²⁹⁹ Such appeals might be considered the repeating claims by the RF that UE is needed to be "*denazified*".³⁰⁰ But still the question of utmost importance is to determine whether these claims are aimed at a non-

²⁸⁸ EJIL. *The European Court's Admissibility Decision in Ukraine and the Netherlands v Russia: The Good, the Bad and the Ugly – Part I*. [online]. 2022. Available from: <https://www.ejiltalk.org/the-european-courts-admissibility-decision-in-ukraine-and-the-netherlands-v-russia-the-good-the-bad-and-the-ugly-part-i/> [Accessed 26/02/2023]

²⁸⁹ [ibid]

²⁹⁰ EUROMAIDANPRESS. *Putin confirms Russia's use of schemes to justify transfer of Ukrainian children to Russia – ISW*. [online]. 2022. Available from: <https://euromaidanpress.com/2023/01/04/putin-confirms-russias-use-of-schemes-to-justify-transfer-of-ukrainian-children-to-russia-isw/> [Accessed 26/02/2023]

²⁹¹ AP. *How Moscow grabs Ukrainian kids and makes them Russians* [online]. 2023. Available from: <https://apnews.com/article/ukrainian-children-russia-7493cb22c9086c6293c1ac7986d85ef6> [Accessed 26/02/2023] AP. *How Moscow grabs Ukrainian kids and makes them Russians* [online]. 2023. Available from: <https://apnews.com/article/ukrainian-children-russia-7493cb22c9086c6293c1ac7986d85ef6> [Accessed 26/02/2023]

²⁹² WERLE G. *Principles of International Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005. 485 p. ISBN 90-6704-196-3, P.205

²⁹³ JS. *Is Genocide Occurring in Ukraine? An Expert Explainer on Indicators and Assessments*. [online]. 2022. Available from: <https://www.justsecurity.org/80998/is-genocide-occurring-in-ukraine-an-expert-explainer-on-indicators-and-assessments/> [Accessed 28/10/2022].

²⁹⁴ CNN. *Exclusive: Leading experts accuse Russia of inciting genocide in Ukraine and intending to 'destroy' Ukrainian people*. [online]. 2022. Available from: <https://edition.cnn.com/2022/05/27/europe/russia-ukraine-genocide-warning-intl/index.html> [Accessed 30/10/2022].

²⁹⁵ Article 25 (3) (e) of the Rome Statute.

²⁹⁶ WERLE G., JESSBERGER F. *Principles of International Criminal Law, Third Edition*. Oxford: Oxford University Press, 2014. 675 p. ISBN 978-0-19-870360-0, P.323

²⁹⁷ THEGUARDIAN. *Fears genocidal language in Russian media may prompt more war crimes*. [online]. 2022. Available from: <https://www.theguardian.com/world/2022/apr/07/russian-media-coverage-ukraine-genocidal-streak> [Accessed 29/10/2022].

²⁹⁸ NYT. *Word by Word and Between the Lines: A Close Look at Putin's Speech*. [online]. 2022. Available from: <https://www.nytimes.com/2022/02/23/world/europe/putin-speech-russia-ukraine.html> [Accessed 29/10/2022].

²⁹⁹ WERLE G., JESSBERGER F. *Principles of International Criminal Law, Third Edition*. Oxford: Oxford University Press, 2014. 675 p. ISBN 978-0-19-870360-0, P.323

³⁰⁰ JS. *Russia's Eliminationist Rhetoric Against Ukraine: A Collection*. [online]. 2022. Available from: <https://www.justsecurity.org/81789/russias-eliminationist-rhetoric-against-ukraine-a-collection/> [Accessed 30/10/2022].

individualizable group because then it might lead to the uncontrolled commission of crimes.³⁰¹ Here lies the problem which, in my view, requires deeper examination. Particularly, the difference between claims that UE is filled with “Nazis” given that the Russian political discourse was mostly aimed at rendering the Ukrainian government as full of Nazis. As long as I am aware, there are no statements of top-ranking Russian representatives labelling all Ukrainians as Nazis. On top of that, another question arises, if it is even needed to differentiate since some of the Russian troops are intentionally killing ordinary Ukrainian civilians in the name of denazification.³⁰² Consequently, the efforts of ICC’s prosecutors should be focused on proving that the aims of Russia’s claims were fundamentally directed against Ukrainians indistinctly otherwise the required material element of incitement is not met.

4. CONCLUSION

As this paper proves, the role of the ICC in the ongoing raging conflict on the territory of UE is unquestionable. The idea of investigating and prosecuting individuals for committing the gravest crimes of international concern is nowadays embodied in the ICC. But still, the role of the ICC is limited regarding its very own principle of complementarity which puts the ICC into a position of supporting force, not a driving power with respect to the current investigations and possible future prosecutions. Additionally, it is fully reflected in budgetary and personal means over which the ICC disposes. Nonetheless, the ICC’s presence is without any doubt a guarantee of impartial and objective inquiry given the fact that its teams consist of professionals from all around the world.

Although a lot of evidence has been made public, talking about the crime of genocide in case of the ongoing conflict in UE is problematic, not even mentioning the still present fog of war. As regards the Russian allegations, there is no direct evidence suggesting that genocide of the Russian-speaking population took place. Rather there are strong indications that these allegations were aimed at the domestic audience in order to use them as a pretext for invasion. On the contrary, multiple savage acts committed on Ukrainian nationals after the invasion strongly point to suspicions of genocidal intentions. The horror footage of mass graves reminding the long-forgotten crime scenes such as Srebrenica or Babi Yar, and an additional list of atrocities might potentially prove the presence of the key mental element of genocide. It means the special intent to destroy the Ukrainians as the nation. Moreover, such intent has to be always interpreted following the context in which the crimes are committed such as the Russian narrative that it is necessary to “denazify” UE.

The issue which is now still needed to be properly determined is whether a substantial part of the Ukrainian population was affected by the acts under Article 6 of the Rome Statute. As it is already clear, there is no form of extermination with an intention to destroy Ukrainians en mass such as in the Holocaust. Rather, only fragmented suspicions of some of the atrocities perpetrated by the Russian armed forces point to a possibility of a selective extermination approach. Particularly the issue regarding the transferring of children raises warning signals mainly due to the number of children in question, albeit the precise estimation is very much unclear. Moreover, commissions of several different acts under Article 6 of the Rome Statute, with *dolus specialis*, could together amount to a commission of the crime of genocide even though separately constitute “only” crimes against humanity or war crimes.

At a first glance, one might say that the so-far collected evidence is step-by-step suggesting that the atrocities are not only “*collateral damage*” of the raging war but rather the mirror of the same crimes seen on this exact territory in 1941. However, the issue of genocide was, is, and always will be complex and requires a deeper inquiry since it depends, to a great extent, on *dolus specialis* and the number of people affected. One way of another, I would argue that, as it was repeatedly proved in the history of mankind, the conclusion will be possible to provide only when the guns go silent.

Bibliography

Book Literature:

CASSESE A. *Casses’s International Criminal Law – Third Edition*. Oxford: Oxford University Press, 2013. 413 p. ISBN 978-0-19-969492-1

³⁰¹ WERLE G., JESSBERGER F. *Principles of International Criminal Law, Third Edition*. Oxford: Oxford University Press, 2014. 675 p. ISBN 978-0-19-870360-0, P.323

³⁰² THE SCOTSMAN. *Ukraine-Russia: Russian forces told Ukrainian woman they were 'here to free them from the Nazis', before killing her husband*. [online]. 2022. Available from: <https://www.scotsman.com/news/world/ukraine-russia-russian-forces-told-ukrainian-woman-they-were-here-to-free-them-from-the-nazis-before-killing-her-husband-3662585> [Accessed 31/10/2022].

CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON., WILMSHURST E. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure – Third Edition*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. 615 p. ISBN 978-1-107-69883-3
WERLE G., JESSBERGER F. *Principles of International Criminal Law, Third Edition*. Oxford: Oxford University Press, 2014. 675 p. ISBN 978-0-19-870360-0
WERLE G. *Principles of International Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005. 485 p. ISBN 90-6704-196-3

Scientific Papers:

BILÍKOVÁ. V. *Konflikt na Ukrajině z pohledu mezinárodního práva, část III. Trestní postih pachatelů závažných zločinů* [online]. 2022. Available from: <https://www.iir.cz/konflikt-na-ukrajine-z-pohledu-mezinarodniho-prava-cast-iii-trestni-postih-pachatelu-zavaznych-zlocinu>

BILSKY L., KLAGSBRUN R., *The Return of Cultural Genocide? In European Journal of International Law*, Volume 29. 2018, Pages 373–396. Available from: <https://doi.org/10.1093/ejil/chy025>

DÜBEN B. A. “There is no Ukraine”: Fact-Checking the Kremlin’s Version of Ukrainian History. [online] 2020. Available from: <https://blogs.lse.ac.uk/lseih/2020/07/01/there-is-no-ukraine-fact-checking-the-kremlins-version-of-ukrainian-history/>

FORD S. *How Much Money Does the ICC Need?* 2015. In *The Law and Practice of the International Criminal Court* (Carsten Stahn ed., Oxford University Press 2015). Available from: <https://ssrn.com/abstract=3371046>

FORD S. *The ICC and the Security Council: How Much Support is There for Ending Impunity?* 2016. In *Indiana International & Comparative Law Review*. Available from: <https://journals.iupui.edu/index.php/iiclr/article/view/21267>

Ford S. *What Investigative Resources Does the International Criminal Court Need to Succeed?: A Gravity-Based Approach*, 2017. In *Washington University Global Studies Law Review*. Available from: https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol16/iss1/5

FORTUIN, E. *Ukraine commits genocide on Russians: the term “genocide” in Russian propaganda*. *Russ Linguist* (2022). Available from: <https://doi.org/10.1007/s11185-022-09258-5>

HARVARD LAW REVIEW. *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*. [online]. 2016. Available from: <https://harvardlawreview.org/2017/05/prosecutor-v-ahmad-al-faqi-al-mahdi/>

KALUZHNA O., SHUNEVYCH K. *Liability Mechanisms for War Crimes Committed as a Result of Russia’s Invasion of Ukraine in February 2022: Types, Chronicle of the First Steps, and Problems* 2022. In *Justice in Eastern Europe* 178-193. 2022 Available from: <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.2-n000324>

MAREČEK, L. (2022). *ICJ: Ukraine v. Russian Federation (Order of 16 March 2022 in the Case Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)*. *Bratislava Law Review*, 6(2), 139-148. Available from: <https://doi.org/10.46282/blr.2022.6.2.307>

MASOL S. *Ukraine and the International Criminal Court: Between Realpolitik and Post-truth Politics*. In *Journal of International Criminal Justice*, Pages 167–190. 2022. Available from: <https://academic.oup.com/ijc/article/20/1/167/6580701>

MCKEE M., ATTARAN M., LINDER J. *How can the international community respond to evidence of genocide in Ukraine?* [online]. 2022. Available from: <https://www.sciencedirectcom.are.uab.cat/science/article/pii/S2666776222000977>

MOSES, A. DIRK. *Raphael Lemkin, Culture, and the Concept of Genocide*. In *The Oxford Handbook of Genocide Studies* (2010; online edn, Oxford Academic, 18 Sept. 2012). Available from: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199232116.013.0002>

Sources of Laws:

Rome Statute of the International Criminal Court

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide

Judgements:

The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement), ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 September 1998, available from: <https://www.refworld.org/cases,ICTR,40278fbb4.html>

Prosecutor v. Jelisič, ICTY (Trial Chamber), judgement of 14 December 1999, para. 82. Available from: <https://www.icty.org/x/cases/jelisic/tjug/en/>

Conclusion of the Constitutional Court on the conformity of the Rome Statute with the Constitution of Ukraine, Case N 1-35/2001, 11 July 2001

Prosecutor v. Krstić, Appeals Chamber, Judgment, 19 April 2004, IT-98-33-A, paras. 8-9. Available from: <https://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/>

The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi (Judgement), Case No. ICC-01/12-01/15-171, International Criminal Court, 27 September 2016, available from: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/12-01/15-171>

Electronic Sources:

AKTUALITY.SK. *Duleba: Igor Matovič sa stal tzv. užitočným idiotom ruskej propagandy* [online] 2023. Available from: <https://ranonahlas.libsyn.com/duleba-igor-matovi-sa-stal-tzv-uitonm-idiotom-ruskej-propagandy>

AMNESTY INTERNATIONAL. *Ukraine: Ukrainian fighting tactics endanger civilians*. [online]. 2022. Available from: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/08/ukraine-ukrainian-fighting-tactics-endanger-civilians/>

AP. *How Moscow grabs Ukrainian kids and makes them Russians* [online] 2023. Available from: <https://apnews.com/article/ukrainian-children-russia-7493cb22c9086c6293c1ac7986d85ef6>

BBC. *How many Ukrainian refugees are there and where have they gone?* [online]. 2023. Available from: <https://www.bbc.com/news/world-60555472> [Accessed 26/02/2023].

BBC. *Ukraine begins first war crimes trial of Russian soldier*. [online]. 2022. Available from: <https://www.bbc.com/news/world-europe-61441907>

BBC. *Ukraine conflict: 'Russian soldiers raped me and killed my husband'*. [online]. 2022. Available from: <https://www.bbc.com/news/world-europe-61071243>

BBC. *Why has Russia invaded Ukraine and what does Putin want?* [online] 2022. Available from: <https://www.bbc.com/news/world-europe-56720589>

CNBC. *Russian forces have relocated at least 6,000 Ukrainian children to camps since start of war, new report says* [online] 2023. Available from: <https://www.cnbc.com/2023/02/14/ukraine-war-news-russia-has-relocated-more-than-6000-children.html>

CNN. *Exclusive: Leading experts accuse Russia of inciting genocide in Ukraine and intending to 'destroy' Ukrainian people* [online] 2022. Available from: <https://edition.cnn.com/2022/05/27/europe/russia-ukraine-genocide-warning-intl/index.html>

DW. *Russia recognizes independence of Ukraine separatist regions* [online] 2023. Available from: <https://www.dw.com/en/russia-recognizes-independence-of-ukraine-separatist-regions/a-60861963>

EC. *Russian war crimes in Ukraine: EU supports the International Criminal Court investigation with €7.25 million*. [online] 2022. Available from: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_3543

EJIL. *Russia's Withdrawal of Signature from the Rome Statute Would not Shield its Nationals from Potential Prosecution at the ICC*. [online]. 2016. Available from: <https://www.ejiltalk.org/russias-withdrawal-of-signature-from-the-rome-statute-would-not-shield-its-nationals-from-potential-prosecution-at-the-icc/>

EJIL. *The European Court's Admissibility Decision in Ukraine and the Netherlands v Russia: The Good, the Bad and the Ugly – Part I* [online] 2022. Available from: <https://www.ejiltalk.org/the-european-courts-admissibility-decision-in-ukraine-and-the-netherlands-v-russia-the-good-the-bad-and-the-ugly-part-i/>

EUROMAIDAN PRESS. *Putin confirms Russia's use of schemes to justify transfer of Ukrainian children to Russia – ISW* [online] 2022. Available from: <https://euromaidanpress.com/2023/01/04/putin-confirms-russias-use-of-schemes-to-justify-transfer-of-ukrainian-children-to-russia-isw/>

EUROPEAN PRAVDA. *How Universal Jurisdiction Can Punish Putin and His Minions for War Crimes in Ukraine* [online] 2022. Available from: <https://www.euointegration.com.ua/eng/news/2022/06/6/7140690/>

FORBES. *Ukrainian Children Forcibly Transferred And Subjected To Illegal Adoptions* [online] 2022. Available from: <https://www.forbes.com/sites/ewelinaochab/2022/04/10/ukrainian-children-forcibly-transferred-and-subjected-to-illegal-adoptions/?sh=55814e530e0f>

FORTUIN, E. *Ukraine commits genocide on Russians: the term "genocide" in Russian propaganda* [online] 2022. In Russ Linguist. Available from: <https://doi.org/10.1007/s11185-022-09258-5>

GOV.UK. *UK provides lawyers and police to support ICC war crimes investigation*. [online]. 2022. Available from: <https://www.gov.uk/government/news/uk-provides-lawyers-and-police-to-support-icc-war-crimes-investigation>

HRW. *Intense and Lasting Harm Cluster Munition Attacks in Ukraine*. [online] 2022. Available from: <https://www.hrw.org/report/2022/05/11/intense-and-lasting-harm/cluster-munition-attacks-ukraine>

HRW. *Russia, Ukraine & International Law: On Occupation, Armed Conflict and Human Rights* [online] 2022. Available from: <https://www.hrw.org/news/2022/02/23/russia-ukraine-international-law-occupation-armed-conflict-and-human-rights>

HRW. *Sudan: ICC Holds First Darfur Trial*. 2022. Available from: <https://www.hrw.org/news/2022/03/29/sudan-icc-holds-first-darfur-trial>

ICC. *About the Court*. [online] 2022. Available from: <https://www.icc-cpi.int/about/the-court>

ICC. *Darfur, Sudan*. [online] 2022. Available from: <https://www.icc-cpi.int/darfur>

ICC. *ICC Prosecutor Karim A.A. Khan QC announces deployment of forensics and investigative team to Ukraine, welcomes strong cooperation with the Government of the Netherlands*. [online] 2022. Available from: <https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-announces-deployment-forensics-and-investigative-team-ukraine>

ICC. *Information for victims*. [online] 2022. Available from: <https://www.icc-cpi.int/victims/ukraine>

ICC. *Jurisdiction in the general situation*. [online] 2022. Available from: <https://www.icc-cpi.int/ukraine>

ICC. *Jurisdiction in the general situation*. [online] 2022. Available from: <https://www.icc-cpi.int/ukraine>

ICJ. *Ukraine institutes proceedings against the Russian Federation and requests the Court to indicate provisional measures*. [online] 2022. Available from: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-PRE-01-00-EN.pdf>

ICRC. *Law of Geneva and law of the Hague* [online] 2022. Available from: <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/article/other/57jrlq.htm>

JS. *Is Genocide Occurring in Ukraine? An Expert Explainer on Indicators and Assessments*. [online] 2022. Available from: <https://www.justsecurity.org/80998/is-genocide-occurring-in-ukraine-an-expert-explainer-on-indicators-and-assessments/>

JS. *Is Genocide Occurring in Ukraine? An Expert Explainer on Indicators and Assessments*. [online]. 2022. Available from: <https://www.justsecurity.org/80998/is-genocide-occurring-in-ukraine-an-expert-explainer-on-indicators-and-assessments/>

JS. *Russia's Eliminationist Rhetoric Against Ukraine: A Collection*. [online] 2022. Available from: <https://www.justsecurity.org/81789/russias-eliminationist-rhetoric-against-ukraine-a-collection/>

KREMLIN. *Article by Vladimir Putin "On the Historical Unity of Russians and Ukrainians"* [online] 2021. Available from: <http://en.kremlin.ru/events/president/news/66181>

KYIV: State Statistics Service of Ukraine. *[Number of Present Population of Ukraine, as of January 1, 2021] (PDF) (in Ukrainian and English)* [online] 2023. Available from: https://ukrstat.gov.ua/druk/publicat/kat_u/2021/zb/05/zb_chuselnist%202021.pdf

KYIV: State Statistics Service of Ukraine. *[Number of Present Population of Ukraine, as of January 1, 2022] (PDF) (in Ukrainian and English)* [online] 2023. Available from: https://ukrstat.gov.ua/druk/publicat/kat_u/2022/zb/05/zb_%D0%A1huselnist.pdf

NYT. *Russia Opens 1,100 Cases Against Ukrainian P.O.W.s, Raising Fears of Show Trials* [online] 2022. Available from: <https://www.nytimes.com/2022/06/09/world/europe/russia-trials-ukrainian-soldiers.html>

NYT. *Word by Word and Between the Lines: A Close Look at Putin's Speech*. [online] 2022. Available from: <https://www.nytimes.com/2022/02/23/world/europe/putin-speech-russia-ukraine.html>

OSCE. *OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine*. [online] 2022. Available from: <https://www.osce.org/special-monitoring-mission-to-ukraine>

OSCE. *OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine*. [online] 2022. Available from: <https://www.osce.org/special-monitoring-mission-to-ukraine>

OSCE. *OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine*. [online]. 2022. Available from: <https://www.osce.org/special-monitoring-mission-to-ukraine>

REMEMBERING SREBRENICA. *Bosnian War- A Brief Overview*. [online] 2022. Available from: <https://srebrenica.org.uk/what-happened/bosnian-war-a-brief-overview>

THE GUARDIAN. *Fears genocidal language in Russian media may prompt more war crimes*. [online] 2022. Available from: <https://www.theguardian.com/world/2022/apr/07/russian-media-coverage-ukraine-genocidal-streak>

THE GUARDIAN. *Ukraine crisis: claims Mariupol women and children forcibly sent to Russia* [online] 2022. Available from: <https://www.theguardian.com/world/2022/mar/20/ukraine-crisis-claims-mariupol-women-and-children-forcibly-sent-to-russia>

THE SCOTSMAN. *Ukraine-Russia: Russian forces told Ukrainian woman they were 'here to free them from the Nazis', before killing her husband*. [online]. 2022. Available from: <https://www.scotsman.com/news/world/ukraine-russia-russian-forces-told-ukrainian-woman-they-were-here-to-free-them-from-the-nazis-before-killing-her-husband-3662585>

U.S. DEPARTMENT OF STATE. *Crimes Against Humanity in Ukraine* [online] 2023. Available from: <https://www.state.gov/crimes-against-humanity-in-ukraine/>

UKRAINSKA PRAVDA. *Russia says more than 300,000 Ukrainian children "deported"* [online] 2022. Available from: <https://www.pravda.com.ua/eng/news/2022/06/19/7353366/>

UN. *Ukraine: Monitoring the devastating impact of the war on civilians*. [online] 2022. Available from: <https://www.ohchr.org/en/stories/2022/05/ukraine-monitoring-devastating-impact-war-civilians>

UN. *UN Commission has found an array of war crimes, violations of human rights and international humanitarian law have been committed in Ukraine* [online] 2022. Available from: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/10/un-commission-has-found-array-war-crimes-violations-human-rights-and>

USIP. *How the Kremlin Distorts the 'Responsibility to Protect' Principle*. [online] 2022. Available from: <https://www.usip.org/publications/2022/04/how-kremlin-distorts-responsibility-protect-principle>

USIP. *Is Russia Committing Genocide in Ukraine?* [online] 2022. Available from: <https://www.usip.org/publications/2022/09/russia-committing-genocide-ukraine>

WASHINGTON POST. *Germany intercepts Russian talk of indiscriminate killings in Ukraine* [online] 2022. Available from: <https://www.washingtonpost.com/world/2022/04/07/bucha-german-intelligence-radio-bnd-russia/>

WASHINGTON POST. *Russia's abductions of Ukrainian children are a genocidal crime* [online] 2022. Available from: <https://www.washingtonpost.com/opinions/2022/12/27/russia-genocide-ukraine-children/>

WASHINGTON POST. *Why Ukraine's Donbas Region Matters to Putin* [online]. 2023. Available from: https://www.washingtonpost.com/business/energy/why-ukraines-donbas-region-matters-to-putin/2022/09/12/3bd4a4f4-3285-11ed-a0d6-415299bfebd5_story.html

Contact details

Bc. Marek Janček
Comenius University Bratislava, Faculty of Law
Šafárikovo nám. č. 6,
811 01 Bratislava
Slovakia

TERRITORIAL DISPUTES IN THE SOUTH CHINA SEA

Damián Palašťa

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Abstract: The aim of this paper is to explain one of the most critical cases of China's contribution to international law and the law of the sea. The presented territorial disputes were resolved in the South China Sea arbitration case by China's legal defeat. The arbitration began with a claim by the Republic of the Philippines against the People's Republic of China over the question of the rights of the sea in the South China Sea. The award of relevant tribunal ruled in favour of the Philippines, the issue of jurisdiction and admissibility of the tribunal was decided in October 2015 and later the case's merit in July 2016. Unfortunately, China has refused to accept the jurisdiction of the tribunal, in this case, stating that the final award is null and void and illegal. The present paper examines the views on the case, and the two main legal aspects of the case, including (1) the Tribunal's award on jurisdiction and admissibility, and (2) the final award on the merit of the case. The present paper tries to examine the topic independently.

Key words: South China Sea Arbitration; Law of the Sea; China; Philippines; International Law; Rule of Law, Jurisdiction; Legitimacy; Merit

1. INTRODUCTION

One of the recent most famous rulings of the Tribunal between China and the Philippines is the case of the South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines versus The People's Republic of China). Awards in a given case are a landmark for international law and the law of the sea. In the presented case arbitral Tribunal takes a strong stance on the interpretation of the rights and obligations of the parties of the United Nations Convention on the Law of the Sea (hereinafter UNCLOS or the Convention).³⁰³ Currently, the South China Sea area has significant economic and strategic importance to each participating country, and this dispute includes the following countries: Brunei, the People's Republic of China, Taiwan, Indonesia, Malaysia, the Philippines, and Vietnam. It is anticipated that approximately one-third of the world's maritime trade passes through the South China Sea³⁰⁴, which is why this area is an object of exceptional interest. The presented long-standing conflict over this disputed territory between the aforementioned states, respectively before their predecessors, involving both territorial and maritime claims in the South China Sea, serves as the foreground to the dispute in question. The area in question is approximately 3.7 million square kilometres in size.³⁰⁵ The territory in question is traditionally divided into 3 archipelagos, which are traditionally referred to in the relevant literature. Historically, the longest-standing dispute between China and Vietnam is over ownership of the "Paracel islands", however, in the recent past other disputes have arisen concerning, at least, the Spratly Islands, usually due to Chinese activity in the area in question.

The dispute has been going on for a very long time and only came to the attention of The Permanent Court of Arbitration in 2013. Because in January 2013, the Philippine government brought arbitration proceedings against China to settle long-standing disputes between the two countries. In October 2016 the Arbitral Tribunal (hereinafter the Tribunal) issued its first award ruling that it had jurisdiction over the case³⁰⁶ and later in July 2016 the Tribunal ruled on the merit³⁰⁷ in favour of the Philippines. China due to the absence of an agent and representation suffered a significant defeat. China has also long boycotted the Tribunal on various fronts. From the very beginning, China did not participate in the dispute and denied the jurisdiction of the Tribunal. Mainly on political and, in the opinion of some international law experts, also on legal grounds, but in the award on the merit of the arguments of the Chinese

³⁰³ *The South China Sea Arbitration (the Republic of Philippines v. the People's Republic of China)*. Cases. (n.d.). Retrieved April 14, 2022, from <http://www.pcacases.com/web/view/7>

³⁰⁴ *How much trade transits the South China Sea?* ChinaPower Project. (2021, January). Retrieved April 14, 2022, from <https://chinapower.csis.org/much-trade-transits-south-china-sea/>

³⁰⁵ Encyclopædia Britannica, inc. (n.d.). *Economic aspects*. Encyclopædia Britannica. Retrieved April 14, 2022, from <https://www.britannica.com/place/South-China-Sea/Economic-aspects>

³⁰⁶ *The South China Sea Arbitration Award on Jurisdiction and Admissibility (The Republic of Philippines vs. The People's Republic of China)*, PCA Case No. 2013-19, 29 October 2015 (hereinafter the "SCS Jurisdiction Award").

³⁰⁷ *The South China Sea Arbitration Award (The Republic of Philippines vs. The People's Republic of China)*, PCA Case No. 2013-19, 12 July 2016 (hereinafter the "SCS Merit Award").

side fell apart based on the UNCLOS Convention. China vehemently defended its position by issuing various documents in support of its claims in the domestic and international environment. 308 However, outside China and its political allies, the prevailing view was that China's actions in the South China Sea were in deep violation of the principles of international law and the UNCLOS Convention.

The present document therefore critically approaches and evaluates the different legal opinions, paying more attention to the final award of the Tribunal. The paper is organised as follows. The first part discusses a general overview of the case, so that the reader has a basic understanding. In the second part, we examine the legitimacy and jurisdiction of the Tribunal, and finally we examine the final award in the case, then conclude with our findings.

2. GENERAL OVERVIEW OF THE CASE AND DISPUTE SETTLEMENT UNDER UNCLOS CONVENTION

The UNCLOS Convention recognized that the problems connected to interpretation and application might arise among States and other international entities. Convention part XV in article 279 states as follows: “*States Parties shall settle any dispute between them concerning the interpretation or application of this Convention by peaceful means in accordance with Article 2, paragraph 3, of the Charter of the United Nations and, to this end, shall seek a solution by the means indicated in Article 33, paragraph 1, of the Charter*”

It follows that states have an obligation to resolve disputes by peaceful means. First, under Article 280 of UNCLOS, a dispute can be settled by any peaceful means the parties choose, if the parties have not reached any settlement and thus the mechanism has failed, we will proceed under Article 281. If, after negotiations under Article 282 et seq. have failed, the procedure under Article 286 et seq follows. The final award under the procedure is binding and constitutes a binding award on the merit of the case.³⁰⁹

Under the UNCLOS Convention, the Philippines began arbitration proceedings with China in January 2013 to settle maritime disputes in the South China Sea. The SCS Tribunal was established in June 2013 despite China's Note Verbale in February 2013. PCA named the new arbitral registry for South China Sea disputes in July 2013. Arbitration rules were adopted on August 27, 2013. China has expressed its opposition to the Tribunal's jurisdiction publicly and through diplomatic notes. In total, the Philippines submitted 15 special final submissions, which the Tribunal grouped into four categories of interrelated stuff. First of all, the Philippines wanted a declaration from the Tribunal that China's maritime claims could not go beyond UNCLOS. Philippine lawyers argued that China's claim to sovereignty and jurisdiction, and historic rights within the "nine-dash line"³¹⁰ marked on Chinese maps were unlawful because they exceeded the UNCLOS entitlements. As for the Philippines, they asked the Tribunal to rule that both China and the Philippines claimed the same features in the Spratly Islands and Scarborough Shoal were either flooded shores or low-water elevations that couldn't give rise to a claim to an exclusive economic zone (EEZ) or continental shelf. Thirdly, the Philippines asked the court to resolve a series of disputes between China and the Philippines over the legality of China's actions in the South China Sea. These were the actions that obstructed the Philippines in the exercise of its rights within and outside its EEZ and continental shelf, and actions that caused serious harm to the marine environment by supporting fishing of Chinese fishermen and land reclamation. Ultimately, the arbitral Tribunal had to determine that certain actions by China during this arbitration had worsened and widened the disputes between the parties.^{311 312}

The Jurisdiction and Admissibility award was issued by the Tribunal on 29 October 2015. Essentially, the Tribunal finds that the Tribunal was properly constituted in accordance with Annex VII of the UNCLOS Convention, that China's non-appearance in these proceedings does not deprive the Tribunal of jurisdiction, and among other things that the 2002 China–ASEAN Declaration do not preclude, under Articles 281 or 282 of the Convention, recourse to the compulsory dispute settlement procedures available under Section 2 of Part XV of the

³⁰⁸ Position Paper of the Government of the People's Republic of China on the Matter of Jurisdiction in the South China Sea Arbitration Initiated by the Republic of the Philippines, 14 April 2022, English version available at http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/zxxx_662805/t1217147.shtml (hereinafter the “PRC Position Paper”).

³⁰⁹ Boyle, A. E. (1997). Dispute settlement and the law of the sea convention: Problems of fragmentation and jurisdiction. *International and Comparative Law Quarterly*, 46(1), 37–54. <https://doi.org/10.1017/s0020589300060103>

³¹⁰ The nine-dash line, also described as the ten-dash line and the eleven-dash line (by the Republic of China), is a collection of line segments on several maps that accompany the claims in the South China Sea of the People's Republic of China (PRC, “mainland China”) and the Republic of China (ROC, “Taiwan”). This dashed line was adapted from Chinese maps in the 1940s and indicates Beijing's claim to the sea and all land features within the line. According to both the Chinese and the Taiwanese, each dash marks the median line between the South China Sea's islands and the major landmasses that constitute the sea's littorals.

³¹¹ SCS Merit Award, paras. 7-10. See also SCS Jurisdiction Award, paras. 4-6.

³¹² *The source of the data and the division of the Party's claims for the entire paragraph*: Wang, J. (2017). Legitimacy, jurisdiction and merits in the South China Sea arbitration: Chinese perspectives and international law. *Journal of Chinese Political Science*, 22(2), 185–210. <https://doi.org/10.1007/s11366-017-9472-0>

Convention.³¹³ China has refused to respect this award, despite being a party to the UNCLOS Convention. In its statement China said that the Jurisdiction award is null and void and has no binding effect on China.³¹⁴

Although the Tribunal held a Merit Hearing in November 2015, its award was finalized by the end of July 2016. The Tribunal released the Merit award, which was again unanimous.³¹⁵ In its award, the Tribunal declares that China has violated its obligations under Articles 279, 296, and 300 of the Convention, as well as general international law. The Tribunal finds that China's claims in the South China Sea do not include a claim to "historic title" within the meaning of Article 298(1)(a)(i) of the Convention, over the waters of the South China Sea.³¹⁶ China's reaction was not surprising and again summarised and restated its previous claims of invalidity.

3. JURISDICTION AND ADMISSIBILITY AWARD, LEGITIMACY OF THE TRIBUNAL

In the presented case, China frequently misused the legitimacy of the Tribunal as the main argument why the Jurisdiction and Admissibility award is void and illegal. China issued numerous statements outlining its position on the award, using harsh language against the Tribunal in order to undermine its credibility.³¹⁷

Chinese officials issued a statement the day after the final award, essentially raising four main questions about the legitimacy of the tribunal and the arbitrators. We will carefully examine the basic line of argument that was presented in Liu Zhenmin's³¹⁸ statement.³¹⁹

Firstly, in the presented Chinese statement China refused to admit that the Tribunal was a proper "international court" as understood by international law. The main argument was that the Tribunal did not have any connection with the International Court of Justice (hereinafter ICJ) and it was not part of the International Tribunal for the Law of the Sea (hereinafter ITLOS) established under UNCLOS, and also it was not in the system of the PCA. Secondly, Liu argued that the composition of the Tribunal was a political award because the Japanese President of the Tribunal selected most of arbiters. Thirdly, they disapproved arbiters of the Tribunal for being unrepresentative because of their eurocentrism. The main reason was that four of five arbiters were from Europe and one from Ghana but permanently lived in Europe. Besides that, they also criticised what arbiters can know about Asian cultures, it is unusual that the party of the UNCLOS Convention based their argument on cultural differences, neither on arbiter education nor knowledge. Lastly, they complained about inconsistency in the views of some parties of the arbitration, supported by the claim that one witness changes his opinion about islands in Nansha Qundao. As far as we are concerned about the topic, Chinese statements use emotive language without strong arguments which can support China's stance toward the arbitration.³²⁰

The very first question about the Tribunal's illegitimacy lies in the nature of the Tribunal itself. The Tribunal was established only for the special purpose of settling disputes in the South China Sea between parties of the arbitration according to the UNCLOS Convention thus the Tribunal itself is legitimate because that is the simple way how disputes are handled on the international level. Secondly, they strongly criticised the president of the Tribunal who was Japanese. It is important to mention that according to Article 3 in Annex VII of the UNCLOS Convention which deals with the constitution of a special arbitral tribunal China did not participate in arbitration so the president of the Tribunal in compliance with Article 3 appointed four other arbiters. In case the party of the arbitration could achieve an agreement, the president of the court will be without the power to do so. In case China had decided to be an active part of the arbitration according to the UNCLOS Convention it could appoint one of the Tribunals arbitrators and with cooperation with the other party of the dispute they could name three other arbiters to the Tribunal. In conclusion, China's official arguments about the First and Final award in the view of the procedure of the constitution of the Tribunal look like a position of "*chutzpah*"³²¹. In addition, the third Chinese argument about the eurocentrism of arbiters taking into consideration the previous statement about the constitution of the Tribunal also has the appearance of "*chutzpah*". As far as we know the last Chinese argument concerning the inconsistency of the

³¹³ The partially quoted from SCS Jurisdiction Award para. 413

³¹⁴ PRC Ministry of Foreign Affairs, 30 October 2015, quoted in the SCS Jurisdiction Award, para. 61.

³¹⁵ SCS Merit Award, para 1201.

³¹⁶ SCS Merit Award, para. 1201.

³¹⁷ For example: 中华人民共和国外交部. (2016, July 26). Retrieved April 19, 2022, from <https://www.mfa.gov.cn/ce/cohk/eng/Topics/scs/t1384647.html>

³¹⁸ Liu Zhenmin (Chinese: 刘振民; born August 1955) is a Chinese diplomat currently serving as the Under-Secretary-General for the United Nations Department of Economic and Social Affairs.

³¹⁹ Liu Renmin's Remarks on SCS Final Award, para 11 in Wang, J. (2021). China and international dispute settlement. *China and International Dispute Resolution in the Context of the 'Belt and Road Initiative'*, 280–316. <https://doi.org/10.1017/9781108561976.013>

³²⁰ *Id.*

³²¹ It is useful to point our attention to Yiddish word "*chutzpah*" which we can translate with simple description of that. *Chutzpah* can be characterised as the young man who murders both his parents in cold blood and then throws himself on the mercy of the court because he is an orphan, that is "*chutzpah*"

interpretation of the UNCLOS Convention is misleading, we will address the given argument in the next chapter of the presented paper.

China held strong position of non-participation during the whole arbitration on the grounds of legitimacy of the Tribunal which we discussed in previous paragraph. The China was using the art of the fallacious arguments during that time, they challenged the jurisdiction of the Tribunal over the given case. China propose three leading arguments against the jurisdiction of the Tribunal. First argument is based on that *"the subject-matter of the Philippines' claims is in essence one of territorial sovereignty over several maritime features in the South China Sea, which is beyond the scope of the Convention and does not concern the interpretation or application of the Convention. Consequently, the Arbitral Tribunal has no jurisdiction over the claims of the Philippines for arbitration"*³²² Secondly, *"China and the Philippines have agreed, through bilateral instruments and the Declaration on the Conduct of Parties in the South China Sea, to settle their relevant disputes through negotiations. By unilaterally initiating the present arbitration, the Philippines has breached its obligation under international law"*³²³ The last of the three main arguments was based on China's view that arbitration is not determined by the interpretation or application of UNCLOS. They argued, however, that the present matter was part of the maritime boundary delimitation process between China and the Philippines and therefore fell within the scope of the declaration submitted by China in 2006, which excluded maritime boundary delimitation disputes from compulsory arbitration.³²⁴

The Tribunal was challenged with a territorial sovereignty argument and answer in paragraph 153 of the SCS Jurisdiction award and develop a test if sovereignty can be taken into consideration of the Tribunal. The first option is that the resolution of the Philippines' claims would require the Tribunal to first render a award on sovereignty and secondly, the actual objective of the Philippines' claims was to advance its position in the Parties' dispute over sovereignty.³²⁵ According to the Tribunal, neither the first option nor the second one happened. Wang in conformity with the Jurisdiction award argues that the Tribunal's analysis of the sovereignty nature of the dispute was inadequate and as result, it had weakened the jurisdiction of the Tribunal over the case.³²⁶

Chinese second approach to challenge the Tribunal's jurisdiction was based on the settlement of the dispute by other means in compliance with article 281 of the UNCLOS Convention. China and the Philippines signed Declaration on the Conduct of Parties in the South China Sea where they agree to undertake an obligation to settle disputes through friendly consultations and negotiations and therefore agreed to seek settlement of the dispute by a peaceful means of their own choice. The Tribunal refute the Chinese argument on the simple basis that the abovementioned Declaration is not a legally binding agreement in the presented matter concerning the fact that the Declaration does not exclude any further procedure.³²⁷

China's last significant objection to the Tribunal's jurisdiction was a declaration under Article 298 of UNCLOS *"the purpose and the effect of China's 2006 Declaration is such that the disputes listed therein are fully excluded from the compulsory settlement procedures under the Convention."*³²⁸ However, China considers the Philippines' claim in question to be an integral part of maritime delimitation between them. China has also invited the Philippines, in case of any doubt about the claim in question, to first try to express their views jointly with a view to achieving a reasonable solution. The Tribunal stated in paragraphs 156 and 157 in SCS Jurisdiction award that *"a dispute concerning the existence of an entitlement to maritime zones is distinct from a dispute concerning the delimitation of those zones in an area where the entitlements of parties overlap."*³²⁹ The Tribunal ultimately held that the objection in question by China was not purely preliminary in nature and would therefore be decided only in the SCS Merit award on the ground that the objection in question could prejudice Merit of the dispute.³³⁰

4. THE MERIT AWARD

In the last and final merit award, the Tribunal ruled in favour of the Philippines and hence ended a dispute in which the Tribunal was dealing mainly with the nine-dash line issues, which are mainly linked to Chinese claims to historic rights to the region in question. The second essential part of the dispute was the assessment of the status

³²² PRC Position Paper, para 9. Chinese government . (2016, July 26). *Position paper of the PRC*. Position Paper of the government of the people's republic of china on the matter of jurisdiction in the South China Sea Arbitration initiated by the Republic of the Philippines. Retrieved April 19, 2022, from https://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/wjdt_665385/2649_665393/201412/t20141207_679387.html (hereinafter PRC Position paper)

³²³ PRC Position Paper, para 3.

³²⁴ *Id.*

³²⁵ SCS Jurisdiction Award, para. 15.

³²⁶ Wang, J. (2021). China and International Dispute Settlement. China and International Dispute Resolution in the Context of the "Belt and Road Initiative," 280–316. <https://doi.org/10.1017/9781108561976.013>. p. 20

³²⁷ *Id.* p. 22.

³²⁸ PRC Position Paper, para 53.

³²⁹ SCS Jurisdiction Award, para. 156.

³³⁰ SCS Jurisdiction Award, para. 380 and 390.

of features, as the assessments affected China's rights concerning the UNCLOS Convention and the South China Sea.³³¹

The Nine-Dash Line and Historic Rights in the South China Sea were historically derived by China from the 1948 official map of China, which established the eleven-dash line. Later in 1952, after the legal transfer of the Gulf of Tonkin to Vietnam, the map was changed to the present-day Nine-Dash Line. China, however, has never sufficiently explained its position in the area in question, and given recent developments in undersea technology, the arguments used by the Chinese side seem unjustified. It is also not clear, given China's historical arguments, whether China claims sovereignty over the islands or even over the area in a particular context. Professor Tanaka highlights the conclusions of The Merit award in his landmark publication. For a successful understanding of the controversy in question, it is also necessary to look at the past, because the approach where the seas were free was still prevalent in the world until recently, and only recent inventions have made it possible to explore and extract natural resources from the seabed. According to the Tribunal and prof. Tanaka's historical titles refer specifically to historical sovereignty over the land or maritime areas. As opposed to this, historic rights that are not tied to sovereignty are distinguished from historic titles. This is especially relevant when it comes to optional exceptions to the compulsory procedures of international dispute settlement under Article 29 of the UNCLOS Convention.³³² It is appropriate to note that the Tribunal in paragraph 255 of the Merit award made an exceptional distinction between the disputed concepts. *"The term 'historic rights' is general in nature and can describe any rights that a State may possess that would not normally arise under the general rules of international law, absent historical circumstances. Historic rights may include sovereignty, but may equally include more limited rights, such as fishing rights or rights of access, that fall well short of a claim of sovereignty"*

Also, the Chinese side in 1958 did not attribute, at the time of the Nine-Dash Line, the characteristic of a national border, which in turn can be confirmed by the Declaration of the Government of the People's Republic of China on China's Territorial Sea, which stated as follows: *"the Dongsha Islands, the Xisha Islands, the Zhongsha Islands, the Nansha Islands and all other islands belonging to China which are separated from the mainland and its coastal islands by the high seas."*³³³

According to the Tribunal, China's claims to historical rights, or other sovereign rights or jurisdictions in the maritime areas of the South China Sea that are included in the relevant part of the 'nine-dash line', are in violation of the UNCLOS Convention.³³⁴

One of the most significant issues of the Merit Award was the decision on the status of features. The relevant part is also an important source of the law of the sea, as it partially clarifies the concept of an island following Article 121 of the UNCLOS. In terms of the law of the sea, the determination of the type of geological feature has significant implications for the rights of the sovereign. The UNCLOS Convention primarily recognizes three types of geological features at sea, namely: islands, rocks, and low-tide elevations. The most significant is the island as it has rights that include territorial sea, contiguous zone, exclusive economic zone, and even continental shelf. In the case of the rock, attention should be drawn to the disparity in the case of rights. While islands enjoy the above-mentioned rights, rocks are only entitled to territorial seas. The UNCLOS Convention in Article 121(3) states that: *"Rocks which cannot sustain human habitation or economic life of their own shall have no exclusive economic zone or continental shelf."* In the case of low-tide elevations, these unlike islands do not have any maritime zones.

It is atypical for the ICJ to have the legal status of maritime features determined primarily by the application of Article 121(3) of the UNCLOS Convention. Notable cases include *Greenland v. Jan Mayen* (1933), *Nicaragua v. Colombia* (2012) and *Costa Rica v. Nicaragua* (2018). So far, however, the ICJ has not made an extensive interpretation of the article of the Convention in question. In the case presented in the paper, the Tribunal has made an extensive interpretation that, in the view of some authors, the Tribunal too restrictively interpreted the abovementioned article.³³⁵ In the Merit Award, the Tribunal focused mainly on the qualitative and temporal requirements. In the case of the qualitative requirements, when interpreting Article 121(3), the concepts of capacity to sustain "human habitation" or "economic life of their own" must be examined, which are the key to determining whether the feature in question possesses the right to island privileges under the law of the sea.³³⁶ *"The requirement in Article 121(3) that the feature itself sustain human habitation or economic life clearly excludes a dependence on external supply. A feature that is only capable of sustaining habitation through the continued delivery of supplies from outside does not meet the requirements of Article 121(3)."*³³⁷ In interpreting the concept of 'human habitation'

³³¹ Tanaka, Y. (2019) *The International Law of the Sea*. 3. Cambridge : Cambridge University Press. p. 68

³³² Tanaka, Y. (2019) *The International Law of the Sea*. 3. Cambridge : Cambridge University Press. p. 68

³³³ People's Republic of China, Declaration of the Government of the People's Republic of China on China's Territorial Sea (4 September 1958), in Collection of the Sea Laws and Regulations of the People's Republic of China (3rd ed. 2001)

³³⁴ SCS Merit Award, para. 271

³³⁵ Wang, J. (2021). China and International Dispute Settlement. *China and International Dispute Resolution in the Context of the "Belt and Road Initiative,"* 280–316. <https://doi.org/10.1017/9781108561976.013>. p. 34

³³⁶ SCS Merit Award, para. 545

³³⁷ *Id.* para. 547

provided by Article 121(3), the temporal requirements are important. We must take note of two factors. Firstly, the inhabitation is 'non-transient' in nature.³³⁸ In addition, a maritime feature must provide some essential needs for the survival of people.³³⁹ In terms of values, the Merit Award is based on a concept of interpretation that is less typical in the post-World War II period. Unilateral extensions of the territorial seas have led to the adoption and support of the UNCLOS Convention; however, the Tribunal has emphasised a universalist conception of the interpretation of the law of the sea and therefore this Merit Award needs to be examined with great care to ensure that there is no diversion from the actual jurisprudential practice.³⁴⁰

The Tribunal recognised the following features as rocks in the Award of Merit: in this case, Scarborough Shoal Reef, Johnson Reef, Cuarteron Reef, and Fiery Cross Reef. For the low-tide elevations, they recognized Subi Reef, Hughes Reef, Mischeif Reef, and Second Thomas Shoal. Thus, the tribunal confirmed that all of the features on the Spratly Islands were rocks.³⁴¹

5. CONCLUSION

In conclusion, it is worth noting that the case was exceptional for international law and the law of the sea. The award analytically discussed the relevant definitions in the application of the UNCLOS Convention, in particular to minimise the disputed areas in the South China Sea by establishing that the maritime features in the Spratly group of islands could not form an exclusive economic zone (EEZ) or a continental shelf. It also established the basis for the delimitation of overlapping maritime zones in these areas. It has contributed to the clarification of the concepts contained in UNCLOS. However, given the power of China, this judgement is not actively respected. From the author's point of view, the award is also significant for explaining the limitations on specific types of proceedings in compulsory arbitration, it also provides a coherent perspective on determining how to proceed in the case of adjudication of maritime features in international and law of the sea cases. China's position starkly disregards previous practice in areas of the law of the sea, and without providing sound counterarguments, such a course of action is contrary to international law and may affect other entities such as China that have similar geography.

Bibliography

Boyle, A. E. (1997). Dispute settlement and the law of the sea convention: Problems of fragmentation and jurisdiction. *International and Comparative Law Quarterly*, 46(1), 37–54. <https://doi.org/10.1017/s0020589300060103>

China Sea Arbitration Initiated by the Republic of the Philippines, 14 April 2022, English version available at http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/zxxx_662805/t1217147.shtml (hereinafter the "PRC Position Paper").

Encyclopædia Britannica, inc. (n.d.). *Economic aspects*. Encyclopædia Britannica. Retrieved April 14, 2022, from <https://www.britannica.com/place/South-China-Sea/Economic-aspects>

How much trade transits the South China Sea? China Power Project. (2021, January). Retrieved April 14, 2022, from <https://chinapower.csis.org/much-trade-transits-south-china-sea/>

Liu Renmin's Remarks on SCS Final Award, para 11 in Wang, J. (2021). China and international dispute settlement. *China and International Dispute Resolution in the Context of the 'Belt and Road Initiative'*, 280–316. <https://doi.org/10.1017/9781108561976.013>

People's Republic of China, Declaration of the Government of the People's Republic of China on China's Territorial Sea (4 September 1958), in Collection of the Sea Laws and Regulations of the People's Republic of China (3rd ed. 2001)

Position Paper of the Government of the People's Republic of China on the Matter of Jurisdiction in the South China Sea Arbitration Initiated by the Republic of the Philippines. (2016, July 26). *Position paper of the PRC*. Position Paper of the government of the people's republic of China on the matter of jurisdiction in the South China Sea Arbitration initiated by the Republic of the Philippines. Retrieved April 19, 2022, from https://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/wjdt_665385/2649_665393/201412/t20141207_679387.html (hereinafter PRC Position paper)

Tanaka, Y. (2019) *The International Law of the Sea*. 3. Cambridge : Cambridge University Press. p. 68
The South China Sea Arbitration (the Republic of Philippines v. the People's Republic of China). Cases. (n.d.). Retrieved April 14, 2022, from <http://www.pcacases.com/web/view/7>

³³⁸ *Id.* para. 550

³³⁹ Tanaka, Y. (2019) *The International Law of the Sea*. 3. Cambridge : Cambridge University Press. p. 83

³⁴⁰ *Id.* p. 83

³⁴¹ SCS Merit Award, para. 554 - 640

The South China Sea Arbitration Award (The Republic of Philippines vs. The People's Republic of China), PCA Case No. 2013-19, 12 July 2016 (hereinafter the "SCS Merit Award").

The South China Sea Arbitration Award on Jurisdiction and Admissibility (The Republic of Philippines vs. The People's Republic of China), PCA Case No. 2013-19, 29 October 2015 (hereinafter the "SCS Jurisdiction Award").

Wang, J. (2017). Legitimacy, jurisdiction and merits in the South China Sea arbitration: Chinese perspectives and international law. *Journal of Chinese Political Science*, 22(2), 185–210. <https://doi.org/10.1007/s11366-017-9472-0>

Wang, J. (2021). China and International Dispute Settlement. China and International Dispute Resolution in the Context of the "Belt and Road Initiative," 280–316. <https://doi.org/10.1017/9781108561976.013>. p. 20

Wikipedia contributors. (2022, March 17). Chutzpah. Wikipedia. <https://en.wikipedia.org/wiki/Chutzpah>

中华人民共和国外交部. (2016, July 26). Retrieved April 19, 2022, from <https://www.mfa.gov.cn/ce/cohk//eng/Topics/scs/t1384647.html>

Contact details

Bc. Damián Palašta

Comenius University Bratislava, Faculty of Law

Šafárikovo nám. č. 6,

811 01 Bratislava

Slovakia

WAR CRIMES, INTERNATIONAL LAW AND THE URGENT NEED FOR REFORM

Malachy Tuohy

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Abstract: This paper highlights the fundamental failings of the current international legal framework in preventing and prosecuting war crimes in times of conflict and the paramount urgency for reform. It argues that the heart of the issue is the unresolvable geopolitical tension among the permanent five of the United Nations Security Council (UNSC); combined with the failure of the world's superpowers to accede to the additional protocols of the Geneva Conventions and to recognise the jurisdiction of the International Criminal Court (ICC). Through analysis of the current international legal framework and institutions, such as the UN charter and the special tribunals established under Chapter VII. The UNSC, the 'Right to Protect' doctrine (R2P), the four Geneva conventions and two additional protocols, the Rome Statute and the ICC; this paper illustrates the potential remedies available to victims and the glaring shortcomings of the law in this area. Furthermore, it offers practical suggestions for reform and peer-reviewed opinions on the role international law may play in the prevention and prosecution of war crimes going forward.

Key words: International Criminal Law, War Crimes, Geneva Conventions, Rome Statute, International Institutions, UN, UNSC, ICC, R2P, Reform.

1. INTRODUCTION

The United Nations has failed to *'prevent atrocities in Afghanistan, Syria, Libya, Yemen, Somalia, and Myanmar... now it is failing to protect civilians in Ukraine'*.³⁴² It is day thirty-five of the Russian invasion of Ukraine; the world is still shocked and dismayed at the war unfolding there. Real-time footage of graphic atrocities and war crimes are beamed into homes via social media and various world news and media outlets on a daily basis. Never before have the hopes of so many been pinned on the international institutions to provide protection, humanitarian intervention, accountability for the perpetrators and justice for the victims, and never before has a response been so underwhelming. Russia's invasion of Ukraine is a violation of Article 2 subsection (4) of the United Nations Charter³⁴³ and a violation of Article 8 bis (1) of the Rome Statute³⁴⁴; crime of aggression. It is posited that efforts are underway to create a special tribunal to investigate if Russia has committed the crime of aggression in Ukraine, a crime recognised in both the Ukrainian and Russian penal codes.³⁴⁵

However, this paper will not focus on the crime of aggression. It will focus on war crimes, particularly the crimes perpetrated in Ukraine, Syria, Palestine and Yemen. It will outline the current international legal framework and the legal instruments available in international law to instigate humanitarian intervention in international conflicts. It will investigate the available legal mechanisms in international criminal law that could be utilised to investigate and prosecute the war crimes committed by the individuals in these conflicts.

It will discuss the International tribunals of Rwanda and Yugoslavia and some pertinent cases from the ICC. It will illustrate the potential remedies available to the victims and also highlight the glaring shortcomings of the law in this area. It will discuss the UN charter and the special tribunals established under chapter VII, the UNSC, R2P, the four Geneva Conventions, the Rome Statute and the ICC. This paper will then highlight the fundamental failings and critical areas in need of urgent reform to deal with war crimes in times of conflict; it will argue that the heart of the issue is the unresolvable geopolitical tension among the permanent five (P5) of the UNSC and the paramount urgency for reform.

³⁴² The Conversation, 'Ukraine: the UN's 'responsibility to protect' doctrine is a hollow promise for civilians under fire' <https://theconversation.com/ukraine-the-uns-responsibility-to-protect-doctrine-is-a-hollow-promise-for-civilians-under-fire-178661> [accessed 11 March 2022].

³⁴³ United Nations, Charter of the United Nations, 24 October 1945, 1 UNTS XVI.

³⁴⁴ UN General Assembly, Rome Statute of the International Criminal Court (last amended 2010), 17 July 1998, ISBN No. 92-9227-227-6.

³⁴⁵ Financial Times, Holding Russia to Account For War Crimes, < <https://www.ft.com/content/aacc2e1d-d450-4345-bedf-2cfb1af60e8a>> [accessed 30 March 2022].

2. THE INTERNATIONAL FRAMEWORK

In the aftermath of World War II and in reaction to the horrors perpetrated by the Nazis, fifty 'countries came together to form an organisation to serve as a platform for cooperation, dialogue, and a shared action for peace.'³⁴⁶ The UN Charter³⁴⁷ was adopted in 1945 and is the foundation treaty of the United Nations (UN); it was followed by the United Nations Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948³⁴⁸, the Universal Declaration of Human Rights 1948³⁴⁹, and the Geneva Conventions of 1949³⁵⁰. Article 2 subsection (3) and (4) of the UN Charter stipulates that members shall refrain from the threat of the use of force and shall settle international disputes by peaceful means in a manner that does not endanger international peace and security; article 51 provides for an exception to the rule in matters of self-defence.

The four Geneva Conventions of 1949 and the additional protocols from 1977 set out the rules of war. A codification of the rules of armed conflict to reflect the universal values of ethical behaviour. These conventions are the core of humanitarian law. A body of International law aimed at limiting the horrors of war, although universally agreed upon, it is not universally respected³⁵¹, as evidenced by the tsunami of real-time footage flooding our social media feeds and television screens of the grave atrocities and blatant war crimes perpetrated on the civilian populations of Syria, Palestine, Yemen and Ukraine. Why are these laws not been respected? Perhaps the authority of the Conventions has been weakened by the US not acceding to Protocol I or II and Russia withdrawing from Protocol I through a declaration provided under Article 90 in 2019. The first and second Geneva conventions protect military personnel in wartime that are wounded and sick on land and wounded, sick and shipwrecked at sea. The third Geneva Convention protects prisoners of war. The fourth Geneva Convention protects civilians, including those in occupied territory. The Additional Protocols of 1977 address the conduct of hostilities and place limits on how wars are fought; Protocol I protects victims of international armed conflicts and contains rules to deal with 'grave breaches'. It specifies what constitutes a legitimate military target, protects all medical personnel (Arts. 8 -31), prohibits indiscriminate attacks on civilians (Arts. 48 and 51), civilian objects (Arts. 48 and 52), cultural objects and places of worship (Art. 53). indispensable objects (Art. 54), it prohibits weapons or tactics that cause superfluous injury or unnecessary suffering (Art. 35). It provides for an international fact-finding commission to investigate alleged grave breaches or other serious violations of the Conventions (Art. 90). Protocol II provides for the protection of victims of non-international armed conflicts; it expands on common Article 3, strengthens fundamental guarantees (Art. 4), lays down rights for persons deprived of their liberty (Arts. 5-6) and prohibits attacks on civilians (Art. 13) indispensable objects (Art. 14) and cultural objects and places of worship (Art. 15).

Concerning *jus ad Bellum*, it can be concluded that Article 2 subsection (3) of the UN Charter stipulating that members shall settle international disputes by peaceful means in a manner that does not endanger international peace and security; and subsection (4) stipulating that members shall refrain from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state has been breached.

Regarding *jus in Bello*, it can be concluded that Article 4 of the Fourth Geneva Convention defining protected persons; Common Article 1 of the Geneva Conventions, the obligation to "respect and ensure respect" to the conventions; Common Article 2 in connection with 'armed conflict'; Common Article 3 'the basic principles for protecting people in wartime' and Additional Protocol I and II 1977³⁵² in relation to 'grave breaches', have all been flagrantly breached in regards to the conflicts in Yemen, Syria and Ukraine.³⁵³

In respect of the rules of international customary law *jus cogens*, the peremptory norms of international public policy from which no derogation is permitted, as stated in Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 (VCLT), have also been breached. *Jus cogens* crimes include genocide, crimes against humanity, war crimes, crimes of aggression, piracy, slavery and torture.³⁵⁴ Therefore, as war crimes are being perpetrated, contrary to customary international law, it follows that *jus cogens*, which holds the highest standing in international

³⁴⁶ Kimberly Richter, United Nations Foundation, 6 Facts about the charter of the united nations, <https://unfoundation.org/blog/post/6-facts-charter-united-nations/> [accessed 11 March 2022].

³⁴⁷ United Nations, Charter of the United Nations, 24 October 1945, 1 UNTS XVI.

³⁴⁸ UN General Assembly, Prevention and punishment of the crime of genocide, 9 December 1948, A/RES/260.

³⁴⁹ UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III).

³⁵⁰ International Committee of the Red Cross (ICRC), Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention), 12 August 1949, 75 UNTS 287.

³⁵¹ International Committee of the Red Cross, 'Geneva Conventions' < <https://www.icrc.org/en/document/geneva-conventions-even-wars-have-limits> > [accessed 11 March 2022].

³⁵² [ibid].

³⁵³ Lieber Institute Westpoint, 'Common Article 1 and the conflict' < <https://lieber.westpoint.edu/common-article-1-conflict-ukraine/> > [accessed 11 March 2022].

³⁵⁴ Ahmed, Anees, and Merryn Quayle. "Can genocide, crimes against humanity and war crimes be pardoned or amnestied?." *Amicus Curiae* 2009.79 (2009): 17.

legal norms and cannot be derogated from; provides that these war crimes are subject to universal jurisdiction and therefore allows any state to exercise jurisdiction in prosecuting these crimes, irrespective of where the crime was committed.

The Rome Statute 2002³⁵⁵ has defined and codified the core international crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and crimes of aggression. The question must then be asked, why are these atrocities still occurring? And why has there been no intervention? This paper will attempt to address this quagmire at a later point; however, let us discuss the Rome Statute and the ICC at this juncture. Unlike the International Court of Justice (ICJ), the UN's principal judicial organ, which deals with issues of state responsibility, the ICC can hold individuals accountable for crimes within its jurisdiction. The ICC also has a cooperative relationship with the UN under Article 15, 15 bis and Article 13 (b) of the Rome Statute, whereby the UNSC can refer a situation to the ICC to be investigated.³⁵⁶

3. THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

The ICC began operations in 2002 and was established through the Rome Statute³⁵⁷, which was adopted in 1998; it is the world's only permanent international criminal court, and its mandate is to investigate and prosecute individuals who participate in international atrocity crimes,³⁵⁸ Article 5 of the Rome Statute grants the ICC jurisdiction over the crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and crimes of aggression. War crimes are defined in Article 8 as '*grave breaches of the Geneva Conventions of 12 of August 1949*'. For the purpose of the analysis and arguments put forward in this paper, the war crimes listed here include wilful killing, taking of hostages, '*extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly*', intentionally directing attacks against civilians, civilian objects, hospitals, educational buildings and historical monuments, intentionally using starvation of civilians as a method of warfare and wilfully impeding relief supplies, launching attacks in the knowledge that such attacks will cause incidental loss of life and employing weapons that are inherently indiscriminate and in violation of the international law of armed conflict.³⁵⁹ The ICC has jurisdiction to investigate crimes committed in member countries, crimes committed by people from member countries and crimes the UNSC wants the ICC to investigate. It also has jurisdiction over individuals who have been accused of committing international crimes.³⁶⁰ One hundred and twenty-three countries are state parties to the Rome Statute of the ICC; although the US, Israel, Syria, Iran, Ukraine and Yemen have signed the Rome Statute, they have not ratified it; therefore, they are not bound by it. Furthermore, Russia, India and China are not parties to the treaty, further undermining its jurisdiction and global authority. It is also important to note that the key countries involved in the atrocities carried out in the Ukraine, Syria, Palestine and Yemen have not ratified the Rome Statute and therefore are not bound by the treaty.

Therefore, the ICC has limited jurisdiction in these conflicts, allowing the potential for the most heinous crimes to fall outside the jurisdiction of the court, such as the crimes of the past (Art. 11), crimes of a non-party state (Art. 12) and war crimes (Art. 8).³⁶¹ In many ways, the ICC is limited; its proceedings are slow, cumbersome and its prosecutions are, in the most part, ineffective.³⁶² It lacks resources, enforcement mechanisms, state cooperation and has low conviction rates.³⁶³ There is also a legitimate argument that the ICC is too afro-centric, and its imperialist nature reflects an unequal world. The court's relationship with the African Union has deteriorated following the arrest warrant of Sudanese president al-Bashir and the summons of President Kenyatta.³⁶⁴ However, its institutional importance lies in denying immunity to those responsible for violating international humanitarian law;

³⁵⁵ Rome Statute of the International Criminal 1998.

³⁵⁶ Crimes of Aggression, the ICC and the UN security council, < <https://crimeofaggression.info/role-of-the-icc/the-icc-and-the-un-security-council/> [accessed 13 March 2022].

³⁵⁷ Rome Statute of the International Criminal 1998.

³⁵⁸ International Criminal Court Project, 'About the ICC', <https://www.aba-icc.org/about-the-icc/about-the-icc/> [accessed 11 March 2022].

³⁵⁹ Rome Statute of the International Criminal 1998.

³⁶⁰ Ipleaders, 'Functional differences between the ICC and the ICJ', 2020, < <https://blog.ipleaders.in/functional-differences-icc-icj/> [accessed 11 March 2022].

³⁶¹ Rothe, Dawn, and Christopher W. Mullins. "The international criminal court and United States opposition." *Crime, law and social change* 45.3 (2006): P, 222.

³⁶² Chatham House, 'Strengthen the International Criminal Court', < <https://www.chathamhouse.org/2019/06/strengthen-international-criminal-court/> [accessed 11 March 2022].

³⁶³ Access Accountability, 'Criticisms and shortcomings of the ICC', < <https://accessaccountability.org/index.php/2019/09/26/criticisms-and-shortcomings-of-the-icc/> [accessed 11 March 2022].

³⁶⁴ Murithi, Tim. "Ensuring peace and reconciliation while holding leaders accountable: The politics of ICC cases in Kenya and Sudan." *Africa Development* 40.2 (2015): 95.

it fosters deterrence to major violations, provides criminal jurisdiction and acts as a court of last resort.³⁶⁵ To date, the ICC has issued thirty-five arrest warrants, and seventeen people have been detained and have appeared before the court.³⁶⁶ Ten have been convicted for war crimes, most notably Lubanga, Katanga, and al-Mahd³⁶⁷.

The call by the International community to hold Vladimir Putin accountable for the war crimes been carried out in Ukraine is growing louder by the day, and the chief prosecutor of the ICC has launched an investigation into Vladimir Putin for suspected war crimes.³⁶⁸ But can Vladimir Putin be held accountable for these war crimes? What are the potential steps and legal hurdles in securing a conviction for war crimes through the ICC? As mentioned, neither Russia nor Ukraine are state parties to the Rome Statute, and therefore Russia does not recognise the court's jurisdiction; however, the ICC may have jurisdiction in this situation because Ukraine has granted jurisdiction to the ICC by issuing a declaration under Article 12 (3) of the ICC Statute.³⁶⁹ However, State immunity is part of International customary law and violations of jus cogens do not deprive a state of its jurisdictional immunity, as ruled by the ICJ in *Germany v Italy*³⁷⁰. Furthermore, as president of the Russian Federation, Putin enjoys head of state immunity; international customary law prohibits criminal jurisdiction over foreign heads of State for acts performed in power, including violations of jus cogens, as ruled in *the Arrest Warrant Case*³⁷¹

Perhaps the creation of an ad hoc international criminal tribunal for the Ukraine with a mandate to investigate and prosecute the core International crimes of genocide, crimes of aggression, war crimes and crimes against humanity would have the advantage of holding the political and military leadership of the Russian Federation accountable. It could "have the power to issue international arrest warrants and not be limited by State immunity or the immunity of heads of State and government and other State officials"³⁷². If Putin is to face charges, it will be a lengthy process, plagued with legal challenges, the gathering and examining of vast amounts of evidence and witness statements will be a long, arduous, drawn-out process that will require state cooperation and may take years. Even then, if the ICC issues an arrest warrant, how could the ICC get Putin to the Hague without cooperation from the Russian State? A trial cannot take place in Putin's absence, and a prosecution will be challenging. Although it may be argued that a direct link must be established between the act committed by the military forces on the ground and the criminal responsibility and intent of the individual who had given the order.³⁷³ The doctrine of superior responsibility, codified in the Hague Conventions of 1899 and 1907, holds military commanders criminally responsible for war crimes carried out by subordinates even when the commander had no direct or personal part in the commission of the crime committed.³⁷⁴

In any case it will be a long wait for justice for the victims of this invasion, and all the while, indiscriminate dumb bombs, cluster bombs and missiles rain down on civilians, hospitals, schools and places of worship. Major cities are being reduced to rubble; at the time of writing this paper, this invasion has displaced over ten million Ukrainian civilians³⁷⁵; ordinary Europeans who were living everyday lives up until one month ago now find themselves fleeing for their lives as refugees to neighbouring European states. This is the reality for Europe in 2022. There is an old saying that 'all roads lead to Rome', and if this rationale were applied to the realm of international law and international criminal law, all roads would lead to the UN because a vast majority of international law's shortcomings lie at the door of the UNSC, perhaps Frederick Cowell summarises it best '*great power politics means that the Security Council retains a disproportionate power over international law and international criminal law.*'³⁷⁶

³⁶⁵ Meron, T. (1999-01-07). War Crimes Law Comes of Age. In War Crimes Law Comes of Age: Essays. : Oxford University Press. Retrieved 12 Mar. 2022,

³⁶⁶ International Criminal Court Project, 'About the ICC', <https://www.aba-icc.org/about-the-icc/about-the-icc/> [accessed 11 March 2022].

³⁶⁷ Coalition for the International Criminal Court, 'ICC in Numbers' <https://www.coalitionfortheicc.org/icc-numbers> [accessed 11 March 2022].

³⁶⁸ Al Jazeera, Tomas O Falk, Is Putin likely to face the ICC over Russia's actions in the Ukraine, <<https://www.aljazeera.com/news/2022/3/7/is-putin-likely-to-face-the-icc-over-russias-actions-in-ukraine>> [accessed 12 March 2022].

³⁶⁹ [ibid].

³⁷⁰ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), 2010 I.C.J.

³⁷¹ Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), International Court of Justice (ICJ), 14 February 2002.

³⁷² Council of Europe, PACE calls for an ad hoc international criminal tribunal to hold to account perpetrators of the crime of aggression against Ukraine, <https://www.coe.int/en/web/portal/-/pace-calls-for-an-ad-hoc-international-criminal-tribunal-to-investigate-war-crimes-in-ukraine> [accessed 18 August 2022].

³⁷³ Al Jazeera, Tomas O Falk, [n27].

³⁷⁴ Mettraux Guenael, *The Law of Command Responsibility*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2009.

³⁷⁵ Financial Times, 'Ukraine War has forced 10mn people to flee their homes says UN agency' <<https://www.ft.com/content/3a9dc1bb-e0c5-47b8-8533-2343c165976a>> [accessed 21 March 2022].

³⁷⁶ Cowell, Frederick. "Inherent imperialism: understanding the legal roots of anti-imperialist criticism of the International Criminal Court." *Journal of International Criminal Justice* 15.4 (2017): P.687.

4. THE UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL

The UNSC's primary responsibility is the maintenance of international peace and security. It has fifteen members, five of which are permanent, the US, Russia, France, Britain and China, and ten non-permanent members elected by the United Nations General Assembly (UNGA), each holding two-year terms. It has the power to enact sanctions, establish peacekeeping operations and authorise military action. One of the main criticisms and issues within the UN that has a significant bearing on the effectiveness of international law is the power to veto vested in the P5 of the UNSC; it has always been controversial. *'It is widely recognised that the veto power can be used for deterrence and coercive purposes without actually being cast.'*³⁷⁷ In the great colosseum of power politics, the P5 jostle for supremacy, driven by self-interest, geopolitical partnerships and strategic squabbling. *'Even when the veto is not actually used, it casts a shadow'*³⁷⁸ *'The lack of decisive action on the Syrian conflict as a result of the use of the veto has re-energised the call for a code of conduct to regulate the Council's response to atrocity crimes.'*³⁷⁹ Suggestions for reform include restraining or curtailing the veto when mass atrocities are taking place and humanitarian intervention is required, naming and shaming the council member that exercises its power of veto³⁸⁰ and making it a requirement *'for the P5 to provide a public explanation for any use of the veto.'*³⁸¹ The very nature of the P5 in the UNSC and this power to veto has a detrimental effect on the instruments that the UN can utilise. Instruments such as the R2P doctrine or the establishment of ad hoc tribunals that can convict guilty parties involved in perpetrating war crimes. Ad hoc tribunals such as the United Nations International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), established by resolution 827³⁸² by the UNSC in the face of serious violations of international humanitarian law and as a response to the threat to international peace and security. The ICTY was the first war crimes court created by the UN and the first international war crimes tribunal since the Nuremberg and Tokyo tribunals.³⁸³

5. THE RESPONSIBILITY TO PROTECT

The R2P Doctrine was adopted by consensus at the UN's 2005 World Summit.³⁸⁴ Based on the *'Just War Theory'*, R2P is an international commitment by governments to prevent and react to grave crises. This commitment places the onus of responsibility on every State to protect its own civilians from the atrocities of genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity.³⁸⁵ If a state is unable to protect its civilians from these atrocities, the responsibility then falls on the international community to intervene on humanitarian grounds and to assist at both a preventive and reactive stage. To engage when prevention has failed and when atrocities are imminent or happening.³⁸⁶ Set out in three pillars, (i) the responsibility to protect, (ii) the responsibility to assist and (iii) the responsibility to engage. It includes measures of diplomatic intervention, economic sanctions, threats of prosecution or, in the last resort, military intervention; it is a responsibility and a commitment to prevent, to react, to engage and to rebuild.³⁸⁷ R2P has had varied results; it was credited with preventing a potential genocide in Kenya in 2008 with UNSC Resolution 1189³⁸⁸ and preventing a potential genocide in the Ivory Coast in 2011 with UNSC Resolution 1975³⁸⁹. It is arguable if it was successful in Libya in 2011 with UNSC Resolution 1973.³⁹⁰ *'Legally*

³⁷⁷ Blatter, Ariela, and Paul D. Williams. "The Responsibility Not to Veto." *Global Responsibility to Protect*, vol. 3, no. 3, 2011, p. 301-322.

³⁷⁸ [Ibid].

³⁷⁹ Adediran, B. (2018). Reforming the Security Council through a Code of Conduct: A Sisyphean Task? *Ethics & International Affairs*, 32(4), 463-482.

³⁸⁰ [Ibid].

³⁸¹ Blatter (n36).

³⁸² UN Security Council, Security Council resolution 827 (1993) [International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)], 25 May 1993, S/RES/827.

³⁸³ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), Slobodan Milošević Trial - the Prosecution's case, < <https://www.icty.org/en/content/slobodan-milošević-trial-prosecutions-case>> [accessed 13 March 2022].

³⁸⁴ UN General Assembly, 2005 World Summit Outcome : resolution / adopted by the General Assembly, 24 October 2005, A/RES/60/1.

³⁸⁵ United Nations Office on Genocide Prevention and The Responsibility to Protect, UN.org, <https://www.un.org/en/genocideprevention/about-responsibility-to-protect.shtml> [accessed 11 March 2022].

³⁸⁶ UN General Assembly, 2005 World Summit Outcome : resolution / adopted by the General Assembly, 24 October 2005, A/RES/60/1.

³⁸⁷ [Ibid].

³⁸⁸ UN Security Council, Security Council resolution 1189 (1998) [Acts of international terrorism], 13 August 1998, S/RES/1189 (1998).

³⁸⁹ UN Security Council, Security Council resolution 1975 (2011) [on targeted sanctions against individuals meeting the criteria set out in resolution 1572 (2004) on arms embargo against Côte d'Ivoire], 30 March 2011, S/RES/1975(2011).

³⁹⁰ UN Security Council, Security Council resolution 1973 (2011) [on the situation in the Libyan Arab Jamahiriya], 17 March 2011, S/RES/1973(2011).

speaking, there can be no doubt that the present situation in Syria falls under the R2P concept requiring respective action by the UN security council.’³⁹¹ However, the UNSC has been restrained from taking action because China and Russia have exercised their power of veto, raising serious concerns over the responsibility not to veto.³⁹² Too frequently, ‘one of the five permanent members of the UN Security Council has made effective collective action virtually impossible by threatening a veto.’³⁹³ Syria highlights one of the inherent weaknesses of R2P; political will and the self-interest of States dictate its application, proving that it is a theoretical construct with ‘little practical utility, especially when there will be winners and losers in terms of national self-interest when regime change occurs. Meanwhile, hardship will persist for ordinary Syrians’.³⁹⁴ Furthermore, why has R2P not been triggered in Yemen and Myanmar? When there are crimes against humanity, genocide and war crimes occurring there today. This proves that its application is inconsistent, open to interpretation and wholly dependent on the political will and the unanimous consensus of the P5.

Ironically the right to protect is one of Russia’s arguments for their current invasion of Ukraine; they argue that they have a right to protect the Russian speakers in the Donbas and Luhansk regions. This argument suggests that Putin has cynically manipulated the rationale and founding principles of ‘the right to protect’, disguising alternative motives and self-state interest by entering a sovereign state with military force under the veil of R2P. Attempting to use R2P in this way is a reprehensible justification for an illegal invasion of Ukraine. Furthermore, there is no right to resort to military intervention unilaterally under R2P. Collective military action under the R2P doctrine can only be taken through the security council in accordance with the UN charter.

On March 16th 2022, the ICJ ordered Russia to immediately suspend its invasion of Ukraine, citing that there was no evidence that Ukraine was committing genocide against Russian speakers in eastern Ukraine and, therefore, no justification for the war.³⁹⁵ The order is binding; however, the ICJ has no enforcement powers, and Russia argue that the ICJ does not have jurisdiction in this matter and has chosen not to adhere to the order.

6. AN URGENT NEED TO PERFORM

The UN has always been deeply divided between humanitarian intervention and the infringement of state sovereignty.³⁹⁶ Article 2 of the UN Charter stipulates that all members shall refrain from the use of force against the territorial integrity and the political independence of states; however, ‘Article 2 (7) grants exception for the collective use of force under Chapter VII’.³⁹⁷ ‘However, with regards to the forceful intervention by a state or group of states aimed at the protection of the citizens of another state, the Charter is silent.’³⁹⁸

Reform of the International framework is of paramount importance if the rise of autocracy is to be stalled and international law is to be respected. Reform starts with the UN and, in particular, the UNSC; it must reflect the 21st century; its current composition is a dated representation of post-world war two politics; it needs to change; it must be enlarged and include a more balanced representation of world powers from all continents, including South America, the African Union, the Arab League, and Australasia and include countries such as Germany, Japan and India. The veto is an anachronism and needs to be abolished or fettered; this will require amendments to the UN charter. However, Articles 108 and 109 of the charter will make it difficult to abolish the veto entirely as it will require the P5 to relinquish their stranglehold of power and approve the removal of their veto, removal of the veto is paramount for the legitimacy, authority and future of the UN. The responsibility not to veto unanimously agreed by the UNSC at the world summit in 2005 is not working in practice. It is flagrantly abused and stifles any meaningful humanitarian intervention or timely justice at an international level.

Furthermore, as previously highlighted, R2P has inherent weaknesses. It is dependent on the political will of states, resources, and the power politics of the permanent five. Its application is inconsistent, and its results are varied and inconclusive. However, for all its flaws, it is an essential step forward, an ideal worth striving for, not only on moral grounds but for the security and survival of the international community.

The ICC needs the support of the US, Russia, China and India if it is to wholly achieve its purpose as an International Criminal Court. Realistically, this will require compromise on all sides; this may even require some modifications to the Rome Statute to alleviate some of the bigger nation’s concerns and encourage ratification. It is

³⁹¹ Blatter (n 36).

³⁹² Blatter (n 36).

³⁹³ Blatter (n 36).

³⁹⁴ Nasser-Eddine, M. (2012). How r2p failed Syria, pg 29.

³⁹⁵ UN, ‘International Court orders Russia to ‘immediately suspend’ military operations in Ukraine’<<https://news.un.org/en/story/2022/03/1114052>> [accessed 21 March 2022].

³⁹⁶ ‘Parliamentary Hearing at the United Nations, New York (November 2008) Background document: Session I, Pg 2 <http://archive.ipu.org/splz-e/unga08/s1.pdf>.

³⁹⁷ Nico, Smith. (2013) Evolution of the Responsibility to Protect, Pg 4.

³⁹⁸ [Ibid].

a vital step that must be taken as the ICC needs teeth in the way of state cooperation, pre-trial enforcement mechanisms and universal jurisdiction. One must only look at the request of the ICC to arrest and surrender Sudanese President Omar Al Bashir in 2009 for war crimes under Article 5 to see how the ICC is respected in practice; nineteen countries ignored the arrest warrant, nine of which were signatories to the Rome Statute.³⁹⁹ Furthermore, weak enforcement hinders the gathering of evidence.

The UNSC could establish international criminal tribunals to investigate and prosecute the war crimes committed by Bashar Hafez al-Assad in Syria, Vladimir Putin in Syria and Ukraine, the successive Israeli governments in Palestine for its repeated military operations and expansion of Jewish settlements in the occupied west bank and the Saudi prince Mohammed bin Salman for the Saudi led coalition in Yemen. Acting under Chapter VII, the UNSC could draft and adopt a resolution such as resolution 1315,⁴⁰⁰ which established the Special Court for Sierra Leone, which was relocated to the ICC and led to the trial and conviction of Charles Taylor in 2012 for war crimes carried out in Sierra Leone between 1989 and 1997. Moreover, the UN could establish an international criminal tribunal under chapter VII, such as the International Tribunal for Rwanda (ICTR) through UN resolution 955,⁴⁰¹ a tribunal established to prosecute high-ranking individuals for massive human rights violations, including genocide in Rwanda. Or as mentioned earlier, the ICTY established by resolution 827⁴⁰² in the former Yugoslavia to deal with the war crimes carried out during the Balkans conflicts in the 1990s; although the Yugoslavian president Slobodan Milosevic died in detention weeks before the trial's conclusion, the tribunal led to 161 indictments and ninety sentences including several of Slobodan Milosevic's co-perpetrators including Milan Martić, Milan Babić, Momčilo Krajišnik and Biljana Plavšić. Realistically, it is highly unlikely a unanimous consensus in the UNSC to establish a special tribunal or court to deal with any of the serious violations of international humanitarian law in Ukraine, Yemen, Syria or Palestine will be secured without one of the P5 exercising their veto; nor will a consensus be reached to respond to the imminent threat to international peace and security in Ukraine because of political self-interest and geopolitics.

7. CONCLUSION

This paper has outlined the current international legal framework and the legal instruments available in international law to deal with humanitarian intervention in international conflicts, and the available legal mechanisms in international criminal law that can be utilised to investigate and prosecute the war crimes committed in these conflicts. This paper has focused primarily on the war crimes perpetrated in Syria, Palestine, Ukraine and Yemen to illustrate the potential remedies available to the victims and the glaring shortcomings of the law in this area and to demonstrate and support some of the arguments herein. From the UN charter and the special tribunals established under chapter VII to the UNSC and the P5, from R2P, the four Geneva conventions and two additional protocols to the Rome Statute and the ICC, it is blatantly evident that many of international law's glaring shortcomings are linked to the power politics of the permanent five in the UNSC, the abusive use of the veto and the failure of the worlds superpowers to accede to the additional protocols of the Geneva Conventions and to recognise the jurisdiction of the ICC. It is clear from the verified flood of video evidence and media coverage that fills our social media timelines and television screens that every explicitly listed war crime under Article 8 of the Rome Statute and Geneva protocols is being flagrantly violated. From intentional, wilful killing, targeting of civilians, hospitals, schools, historical monuments and places of worship, laying waste to entire cities, intentionally using starvation of civilians as a method of warfare and wilfully impeding relief supplies and employing weapons that are inherently indiscriminate and in violation of the international law of armed conflict.⁴⁰³

Where is the intervention? The UNSC, the international institution charged with the maintenance of international peace and security, appears to be standing idly by, paralysed by self-interest, geopolitical partnerships, strategic squabbling and indecision while millions of civilians are trapped in siege conditions, without access to food, water or electricity, their historic cities and towns reduced to rubble, their families torn apart, victims of war crimes, displaced and murdered in cold blood. It is abundantly clear that an overhaul of the UN charter and reform of the UNSC is of paramount importance.

Furthermore, accountability for these war crimes is far from certain without the political will to establish a special tribunal through Chapter VII of the UN charter or without the required recognition, universal jurisdiction or

³⁹⁹Access Accountability, 'Criticisms and shortcomings of the ICC', <<https://accessaccountability.org/index.php/2019/09/26/criticisms-and-shortcomings-of-the-icc/>> [accessed 11 March 2022].

⁴⁰⁰ UN Security Council, *Security Council resolution 1315 (2000) [on establishment of a Special Court for Sierra Leone]*, 14 August 2000, S/RES/1315 (2000).

⁴⁰¹ UN Security Council, *Security Council resolution 955 (1994) [Establishment of the International Criminal Tribunal for Rwanda]*, 8 November 1994, S/RES/955 (1994).

⁴⁰² UN Security Council, *Security Council resolution 827 (1993) [International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)]*, 25 May 1993, S/RES/827 (1993).

⁴⁰³ Rome Statute of the International Criminal 1998.

enforcement mechanisms required by the ICC. The path to justice and accountability is fraught with obstacles, from state cooperation, to gathering evidence, to an arrest, a trial and a conviction. It has been done before, but the path is long and arduous. When *'never again'* becomes *'time and again'*, what does it say about the fundamental spirit and principles of the UN charter? To the merits of international law and international values? Accountability matters; it provides justice for victims and punishes the perpetrators.⁴⁰⁴ There is no doubt that the UN has and continues to contribute significantly to the international community, but still, questions must be asked; has the UNSC lost its way? Is the UN a victim of its own bureaucracy? Impeded by the permanent five and the veto. A mere shadow of its 1945 aspirations. An impotent bellwether?

Bibliography

- Access Accountability, 'Criticisms and shortcomings of the ICC', < <https://accessaccountability.org/index.php/2019/09/26/criticisms-and-shortcomings-of-the-icc/>>
- Adediran, B. (2018). Reforming the Security Council through a Code of Conduct: A Sisyphean Task? *Ethics & International Affairs*, 32(4), 463-482.
- Ahmed, Anees, and Merryn Quayle. "Can genocide, crimes against humanity and war crimes be pardoned or amnestied?." *Amicus Curiae* 2009.79 (2009): 17.
- Al Jazeera, Tomas O Falk, Is Putin likely to face the ICC over Russia's actions in Ukraine, < <https://www.aljazeera.com/news/2022/3/7/is-putin-likely-to-face-the-icc-over-russias-actions-in-ukraine>> .
- Blatter, Ariela, and Paul D. Williams. "The Responsibility Not to Veto." *Global Responsibility to Protect*, vol. 3, no. 3, 2011, p. 301-322.
- Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), International Court of Justice (ICJ), 14 February 2002.
- Chatham House, 'Strengthen the International Criminal Court', < <https://www.chathamhouse.org/2019/06/strengthen-international-criminal-court>>.
- Coalition for the International Criminal Court, 'ICC in Numbers' <https://www.coalitionfortheicc.org/icc-numbers>.
- Cowell, Frederick. "Inherent imperialism: understanding the legal roots of anti-imperialist criticism of the International Criminal Court." *Journal of International Criminal Justice* 15.4 (2017): P.687.
- Crimes of Aggression, the ICC and the UN security council, < <https://crimeofaggression.info/role-of-the-icc/the-icc-and-the-un-security-council/>>.
- Council of Europe, PACE calls for an ad hoc international criminal tribunal to hold to account perpetrators of the crime of aggression against Ukraine, <https://www.coe.int/en/web/portal/-/pace-calls-for-an-ad-hoc-international-criminal-tribunal-to-investigate-war-crimes-in-ukraine>.
- Guenael, Mettraux. "The Law of Command Responsibility"*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2009.
- Financial Times, 'Ukraine War has forced 10mn people to flee their homes says UN agency' < <https://www.ft.com/content/3a9dc1bb-e0c5-47b8-8533-2343c165976a>.
- International Committee of the Red Cross (ICRC), Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention), 12 August 1949, 75 UNTS 287.
- International Committee of the Red Cross, 'Geneva Conventions' < <https://www.icrc.org/en/document/geneva-conventions-even-wars-have-limits>>.
- International Criminal Court Project, 'About the ICC', <https://www.aba-icc.org/about-the-icc/about-the-icc/>.
- International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), Slobodan Milošević Trial - the Prosecution's case, < <https://www.icty.org/en/content/slobodan-milošević-trial-prosecutions-case>>.
- Ipleaders, 'Functional differences between the ICC and the ICJ', 2020, < <https://blog.ipleaders.in/functional-differences-icc-icj/>>.
- Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), 2010 I.C.J.
- Kimberly Richter, United Nations Foundation, 6 Facts about the charter of the united nations, JUNE 26, 2017, <https://unfoundation.org/blog/post/6-facts-charter-united-nations/>.
- Lieber Institute Westpoint, 'Common Article 1 and the conflict' < <https://lieber.westpoint.edu/common-article-1-conflict-ukraine/>>.
- Manfred, Nowak. (2011). Responsibility to Protect: Is International law moving from Hobbes to Locke.
- Meron, T. (1999-01-07). War Crimes Law Comes of Age. In *War Crimes Law Comes of Age: Essays*. : Oxford University Press, [accessed 12 Mar. 2022].

⁴⁰⁴ United Nations Human Rights Officer of the High Commissioner, Genocide: "Never again" has become "time and again", < <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/Genocide0918-7808.aspx>> [accessed 11 March 2022].

Murithi, Tim. "Ensuring peace and reconciliation while holding leaders accountable: The politics of ICC cases in Kenya and Sudan." *Africa Development* 40.2 (2015): 95.

Nasser-Eddine, M. (2012). How r2p failed Syria, pg 29.

Nico, Smith. (2013) Evolution of the Responsibility to Protect, Pg 4.

Parliamentary Hearing at the United Nations, New York (November 2008) Background document: Session I, Pg 2 <http://archive.ipu.org/splz-e/unga08/s1.pdf> .

Rothe, Dawn, and Christopher W. Mullins. "The international criminal court and the United States opposition." *Crime, law and social change* 45.3 (2006): P, 222.

The Conversation, 'Ukraine: the UN's 'responsibility to protect' doctrine is a hollow promise for civilians under fire'<https://theconversation.com/ukraine-the-uns-responsibility-to-protect-doctrine-is-a-hollow-promise-for-civilians-under-fire-178661>.

UN General Assembly, 2005 World Summit Outcome: resolution / adopted by the General Assembly, 24 October 2005, A/RES/60/1.

UN General Assembly, Prevention and punishment of the crime of genocide, 9 December 1948, A/RES/260.

UN General Assembly, Rome Statute of the International Criminal Court (last amended 2010), 17 July 1998, ISBN No. 92-9227-227-6.

UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III), available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3712c.html>.

UN Security Council, Security Council resolution 1189 (1998) [Acts of international terrorism], 13 August 1998, S/RES/1189 (1998).

UN Security Council, *Security Council resolution 1315 (2000) [on establishment of a Special Court for Sierra Leone]*, 14 August 2000, S/RES/1315 (2000).

UN Security Council, Security Council resolution 1973 (2011) [on the situation in the Libyan Arab Jamahiriya], 17 March 2011, S/RES/1973(2011).

UN Security Council, Security Council resolution 1975 (2011) [on targeted sanctions against individuals meeting the criteria set out in resolution 1572 (2004) on arms embargo against Côte d'Ivoire], 30 March 2011, S/RES/1975(2011).

UN Security Council, Security Council resolution 827 (1993) [International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)], 25 May 1993, S/RES/827 (1993).

UN Security Council, Security Council resolution 955 (1994) [Establishment of the International Criminal Tribunal for Rwanda], 8 November 1994, S/RES/955 (1994).

United Nations Human Rights Officer of the High Commissioner, Genocide: "Never again" has become "time and again", < <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/Genocide0918-7808.aspx>>.

United Nations Office on Genocide Prevention and The Responsibility to Protect, UN.org, <https://www.un.org/en/genocideprevention/about-responsibility-to-protect.shtml>.

United Nations, Charter of the United Nations, 24 October 1945, 1 UNTS XVI.

Contact details

Malachy Tuohy
Comenius University Bratislava, Faculty of Law
Šafárikovo nám. č. 6,
811 01 Bratislava
Slovakia