



## ÚLOHA KOMPARATIVNÍHO VÝKLADU V OCHRANĚ LIDSKÝCH PRÁV

Komparativní (srovnávací) výklad je založen na analýze obdobné právní úpravy nebo právního výkladu v jiných zemích. Jinými slovy, komparativní výklad zkoumá, jak je věcně stejná či obdobná problematika upravena a interpretována v jiných právních řádech, nebo v jiných právních systémech. Srovnávací výklad patří k poměrně málo používaným formám právního výkladu. Skutečnost, že v jiné zemi či právním systému existuje určitá právní úprava nebo interpretace, nemá přímý vliv na použití a výklad platných právních předpisů. Existují však také situace a právní otázky, které bez srovnávacího výkladu budeme řešit jen obtížně. Jak se potom stane, že závěry srovnávacího výkladu na platné právo nebo na jeho interpretaci vliv mají? Naším cílem bude takové situace identifikovat, podívat se k čemu lze komparativní výklad v praxi využít, a analyzovat konkrétní příklady jeho použití v právní praxi.

### OTÁZKY K ČETBĚ:

1. Co to je a k čemu se hodí komparativní výklad v právu? V jakých situacích, za jakým účelem byste jej použili? Které jsou naopak jeho nedostatky?
2. Jaké přednosti má komparativní výklad pro právní interpretaci v oblasti ochrany lidských práv?
3. Jaké právní otázky měly soudy v uvedených případech posoudit?
4. Dovedete uvést důvody, proč soudy nepoužívají za účelem právního posouzení přímo vnitrostátní právo? Jaký cíl sledují soudy použitím srovnávacího výkladu v těchto kauzách?
5. Jaký okruh právních pramenů si zvolily soudy v uvedených příkladech jako východisko srovnávací analýzy? Jaký je vztah těchto pramenů k platnému vnitrostátnímu právu?
6. V čem spočívají výsledky srovnávací analýzy v uvedených věcech a jak ovlivnily řešení právních otázek, o nichž soudy rozhodovaly?
7. V čem spočívají podle Vašeho názoru negativa a v čem pozitiva použití srovnávacího právního výkladu k rozhodnutí věcí se silným politickým podtextem?

HCJ 769/02, The Public Committee against Torture in Israel and another v. The Government of Israel and others

The Supreme Court of Israel Sitting as the High Court of Justice

[December 11 2005]

## **JUDGMENT**

### **President (Emeritus) A. Barak:**

The Government of Israel employs a policy of preventative strikes which cause the death of terrorists in Judea, Samaria, or the Gaza Strip. It fatally strikes these terrorists, who plan, launch, or commit terrorist attacks in Israel and in the area of Judea, Samaria, and the Gaza Strip, against both civilians and soldiers. These strikes at times also harm innocent civilians. Does the State thus act illegally? That is the question posed before us.

### **1. Factual Background**

In February 2000, the second *intifada* began. A massive assault of terrorism was directed against the State of Israel, and against Israelis, merely because they are Israelis. This assault of terrorism differentiates neither between combatants and civilians, nor between women, men, and children. The terrorist attacks take place both in the territory of Judea, Samaria, and the Gaza Strip, and within the borders of the State of Israel. They are directed against civilian centers, shopping centers and markets, coffee houses and restaurants. Over the last five years, thousands of acts of terrorism have been committed against Israel. In the attacks, more than one thousand Israeli citizens have been killed. Thousands of Israeli citizens have been wounded. Thousands of Palestinians have been killed and wounded during this period as well. 2. In its war against terrorism, the State of Israel employs various means. As part of the security activity intended to confront the terrorist attacks, the State employs what it calls "the policy of targeted frustration" of terrorism. Under this policy, the security forces act in order to kill members of terrorist organizations involved in the planning, launching, or execution of terrorist attacks against Israel. During the second *intifada*, such preventative strikes have been performed across Judea, Samaria, and the Gaza Strip. According to the data relayed by petitioners, since the commencement of these acts, and up until the end of 2005, close to three hundred members of terrorist organizations have been killed by them. More than thirty targeted killing attempts have failed. Approximately one hundred and fifty civilians who were proximate to the location of the targeted persons have been killed during those acts. Hundreds of others have been wounded. The policy of targeted killings is the focus of this petition.

[...]

21. Our starting point is that the law that applies to the armed conflict between Israel and the terrorist organizations in the *area* is the international law dealing with armed conflicts. So this Court has viewed the character of the conflict in the past, and so we continue to view it in the petition before us. According to that view, the fact that the terrorist organizations and their members do not act in the name of a state does not turn the struggle against them into a purely internal state conflict (*see* CASSESE, at p. 420). Indeed, in today's reality, a terrorist organization is likely to have considerable military capabilities. At times they have military capabilities that exceed those of states. Confrontation with those dangers cannot be restricted within the state and its penal law. Confronting the dangers of terrorism constitutes a part of the international law dealing with armed conflicts of international character. A number of other possibilities have been raised in the legal literature (*see* DUFFY, at p. 218; EMANUEL GROSS, DEMOCRACY'S STRUGGLE AGAINST TERRORISM; LEGAL AND MORAL ASPECTS 585 (2004) [MA'AVAKA SHEL DEMOCRATIA BETEROR: HEIBETIM MISHPATI'IM VEMUSARI'IM] hereinafter GROSS; Orna Ben-Naftali & Keren R. Michaeli, 'We Must Not Make a Scarecrow of the Law': a Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings, 36 CORNELL INTERNATIONAL LAW JOURNAL 233 (2003), hereinafter "Ben-Naftali & Michaeli"; Derek Jinks, *September 11 and the Law of War* 28 YALE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 1 (2003), hereinafter "Jinks"). According to the approach of Professor Kretzmer, that armed conflict should be categorized as a conflict which is not of purely internal national character, but also not of international character, rather is of a mixed character, to which both international human rights law and international humanitarian law apply (*see* David Kretzmer, *Targeted Killing of*

*Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?* 16 EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 171 (2000), hereinafter "Kretzmer"); Respondents' counsel presented those possibilities to us, and pointed out their problems, without taking any stance on the issue. As stated, for years the starting point of the Supreme Court – and also of the State's counsel before the Supreme Court – is that the armed conflict is of an international character. In this judgment we continue to rule on the basis of that view. It should be noted that even those who are of the opinion that the armed conflict between Israel and the terrorist organizations is not of international character, think that international humanitarian or international human rights law applies to it (*see* Kretzmer, at p. 194; BEN-NAFTALI & SHANI, at p. 142), as well as Hamdan v. Rumsfeld, 165 L. Ed. 2d 729 (2006); and Prosecutor v. Tadic, ICTY, case no. IT-94-1, para. 127, hereinafter *Tadic*; regarding armed conflict which is not international, *see* YORAM DINSTEIN, CHARLES H. B. GARRAWAY & MICHAEL N. SCHMITT, THE MANUAL ON NON-INTERNATIONAL ARMED CONFLICT: WITH COMMENTARY (2006).

[...]

27. In the oral and written arguments before us, the State asked us to recognize a third category of persons, that of unlawful combatants. These are people who take active and continuous part in an armed conflict, and therefore should be treated as combatants, in the sense that they are legitimate targets of attack, and they do not enjoy the protections granted to civilians. However, they are not entitled to the rights and privileges of combatants, since they do not differentiate themselves from the civilian population, and since they do not obey the laws of war. Thus, for example, they are not entitled to the status of prisoners of war. The State's position is that the terrorists who participate in the armed conflict between Israel and the terrorist organizations fall under this category of unlawful combatants.

28. The literature on this subject is comprehensive (Richard R. Baxter, *So-Called 'Unprivileged Belligerency': Spies, Guerrillas and Saboteurs*, 28 BRITISH YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 323 (1951); Kenneth Watkin, *Warriors without Rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and Struggle over Legitimacy*, 11 HARVARD PROGRAM ON HUMANITARIAN POLICY AND CONFLICT RESEARCH (2005), hereinafter "Watkin"; Jason Callen, *Unlawful Combatants and the Geneva Conventions*, 44 VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 1025 (2004); Michael H. Hoffman, *Terrorists Are Unlawful Belligerents, Not Unlawful Combatants: A Distinction With Implications for the Future of International Humanitarian Law*, 34 CASE WESTERN RESERVE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 227 (2002); Shlomy Zachary, *Between the Geneva Conventions: Where Does the Unlawful Combatant Belong?* 38 ISRAEL LW REVIEW 378 (2005); Nolte; Dormann). We shall take no stance regarding the question whether it is desirable to recognize this third category. The question before us is not one of desirable law, rather one of existing law. In our opinion, as far as existing law goes, the data before us are not sufficient to recognize this third category. That is the case according to the current state of international law, both international treaty law and customary international law (*see* CASSESE, at pp. 408, 470). It is difficult for us to see how a third category can be recognized in the framework of the *Hague* and *Geneva Conventions*. It does not appear to us that we were presented with data sufficient to allow us to say, at the present time, that such a third category has been recognized in customary international law. However, new reality at times requires new interpretation. Rules developed against the background of a reality which has changed must take on a dynamic interpretation which adapts them, in the framework of accepted interpretational rules, to the new reality (*see Jami'at Ascan*, at p. 800; *Ajuri*, at p. 381). In the spirit of such interpretation, we shall now proceed to the customary international law dealing with the status of civilians who constitute unlawful combatants.

## **6. Civilians who are Unlawful combatants**

### **A. The Basic Principle: Civilians Taking a Direct Part in Hostilities are not Protected at Such Time they are Doing So**

29. Civilians enjoy comprehensive protection of their lives, liberty, and property. "The protection of the lives of the civilian population is a central value in humanitarian law" (*The "Early Warning" Procedure*, at paragraph 23 of my judgment). "The right to life and bodily integrity is the basic right standing at the center of the humanitarian law intended to protect the local population" (HCJ 9593/04 *Yanun Village Council Head v. The Commander of IDF Forces in Judea and Samaria* (yet unpublished)). As opposed to combatants, whom one can harm due to their status as combatants, civilians are not to be harmed, due to their status as civilians. A provision in this spirit is determined in article 51(2) of *The First Protocol*, which constitutes customary international law: "The civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack. . ." Article 8(2)(b)(i)-(ii) of the Rome Statute of the International Criminal Court determines, in the same spirit, in defining a war crime, that if an order to attack civilians is given intentionally, that is a crime. That crime applies to those civilians who are "not taking direct part in hostilities". In addition, civilians are not to be harmed in an indiscriminate attack; in other words, in an attack which, *inter alia*, is not directed against a particular military objective (*see* §51(4) of *The First Protocol*, which constitutes customary international law: *see* HENCKAERTS & DOSWALDBECK, at p. 37). That protection is granted to all civilians, excepting those civilians taking a direct part in hostilities. Indeed, the protection from attack is not granted to unlawful combatants who are taking a direct part in the hostilities. I discussed that in one case, stating: "The fighting is against the terrorists. The fighting is not against the local population" (*Physicians for Human Rights*, at p. 394). What is the source and the scope of that basic principle, according to which the protection of international humanitarian law is removed from those who take an active part in hostilities at such time that they are doing so?

#### **B. The Source of the Basic Principle and its Customary Character**

30. The basic principle is that the civilians taking a direct part in hostilities are not protected from attack upon them at such time as they are doing so. This principle is manifest in §51(3) of *The First Protocol*, which determines: "Civilians shall enjoy the protection afforded by this section, unless and for such time as they take a direct part in hostilities." As is well known, Israel is not party to *The First Protocol*. Thus, it clearly was not enacted in domestic Israeli legislation. Does the basic principle express customary international law? The position of The Red Cross is that it is a principle of customary international law (HENCKAERTS & DOSWALD-BECK, at p. 20). That position is acceptable to us. It fits the provision Common Article 3 of *The Geneva Conventions*, to which Israel is party and which, according to all, reflects customary international law, pursuant to which protection is granted to persons "[T]aking no active part in the hostilities." The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia determined that article 51 of *The First Protocol* constitutes customary international law (*see* Struger ICTY IT-OT-42-T-22 (2005)). In military manuals of many states, including England, France, Holland, Australia, Italy, Canada, Germany, the United States (Air Force), and New Zealand, the provision has been copied verbatim, or by adopting its essence, according to which civilians are not to be attacked, unless they are taking a (direct) part in the hostilities. The legal literature sees that provision as an expression of customary international law (*see* DINSTEIN, at p. 11; Kretzmer, at p. 192; Ben-Naftali & Michaeli, at p. 269; CASSESE, at p. 416; *and* Marco Roscini, *Targeting and Contemporary Aerial Bombardment*, 54 INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 411, 418 (2005), hereinafter "Roscini"; Vincent-Jöel Proulx, *If the Hat Fits Wear It, If the Turban Fits Run for Your Life: Reflection on the Indefinite Detention and Targeted Killings of Suspected Terrorists*, 56 HASTINGS LAW JOURNAL 801, 879 (2005); George Aldrich, *Laws of War on Land*, 94 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 42, 53 (2000)). Respondents' counsel stated before us that in Israel's opinion, not all of the provisions of article 51(3) of *The First Protocol* reflect customary international law. According to the State's position, "all that is determined in customary international law is that it is forbidden to harm civilians in general, and it expressly determines that it is permissible to harm a civilian who 'takes a direct part in hostilities.' Regarding the period of time during which such harm is permitted, there is no restriction" (supplement to summary on behalf of the State Attorney (of January 26 2004), p. 79).

Therefore, according to the position of the State, the non-customary part of article 51(3) of *The First Protocol* is the part which determines that civilians do not enjoy protection from attack "for such time" as they are taking a direct part in hostilities. As mentioned, our position is that all of the parts of article 51(3) of *The First Protocol* express customary international law. What is the scope of that provision? It is to that question that we now turn.

### **C. The Essence of the Basic Principle**

31. The basic approach is thus as follows: a civilian – that is, a person who does not fall into the category of combatant – must refrain from directly participating in hostilities (*see* FLECK, at p. 210). A civilian who violates that law and commits acts of combat does not lose his status as a civilian, but as long as he is taking a direct part in hostilities he does not enjoy – during that time – the protection granted to a civilian. He is subject to the risks of attack like those to which a combatant is subject, without enjoying the rights of a combatant, *e.g.* those granted to a prisoner of war. True, his status is that of a civilian, and he does not lose that status while he is directly participating in hostilities. However, he is a civilian performing the function of a combatant. As long as he performs that function, he is subject to the risks which that function entails and ceases to enjoy the protection granted to a civilian from attack (*see* Kenneth Watkin, *Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict*, 98 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 1 (2004), hereinafter "Watkin"). Gasser discussed that, stating: "What are the consequences if civilians do engage in combat? . . . Such persons do not lose their legal status as civilians. . . . However, for factual reasons they may not be able to claim the protection guaranteed to civilians, since anyone performing hostile acts may also be opposed, but in the case of civilians, only for so long as they take part directly in hostilities" (FLECK, at p. 211, paragraph 501). The Red Cross Manual similarly states: "Civilians are not permitted to take direct part in hostilities and are immune from attack. If they take a direct part in hostilities they forfeit this immunity" (MODEL MANUAL ON THE LAW OF ARMED CONFLICT FOR ARMED FORCES, at paragraph 610, p. 34 (1999)). That is the law regarding unlawful combatants. As long as he preserves his status as a civilian – that is, as long as he does not become part of the army – but takes part in combat, he ceases to enjoy the protection granted to the civilian, and is subject to the risks of attack just like a combatant, without enjoying the rights of a combatant as a prisoner of war. Indeed, terrorists who take part in hostilities are not entitled to the protection granted to civilians. True, terrorists participating in hostilities do not cease to be civilians, but by their acts they deny themselves the aspect of their civilian status which grants them protection from military attack. Nor do they enjoy the rights of combatants, *e.g.* the status of prisoners of war.

32. We have seen that the basic principle is that the civilian population, and single civilians, are protected from the dangers of military activity and are not targets for attack. That protection is granted to civilians "unless and for such time as they take a direct part in hostilities" (§51(3) of *The First Protocol*). That provision is composed of three main parts. The first part is the requirement that civilians take part in "hostilities"; the second part is the requirement that civilians take a "direct" part in hostilities; the third part is the provision by which civilians are not protected from attack "for such time" as they take a direct part in hostilities. We shall discuss each of those parts separately.

### **D. The First Part: "Taking . . . part in hostilities"**

33. Civilians lose the protection of customary international law dealing with hostilities of international character if they "take . . . part in hostilities." What is the meaning of that provision? The accepted view is that "hostilities" are acts which by nature and objective are intended to cause damage to the army. Thus determines COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS, published by the Red Cross in 1987: "Hostile acts should be understood to be acts which by their nature and purpose are intended to cause actual harm to the personnel and equipment of the armed forces" (Y. SANDOZ et al. COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS 618 (1987)). A similar approach was accepted by the Inter-American Commission on Human Rights, and is positively referred to in HENCKAERTS & DOSWALD-BECK (p. 22). It seems that acts which by nature and objective are intended to cause damage to civilians should be added to that definition. According to the accepted definition, a civilian is taking part in hostilities when using weapons in an armed

conflict, while gathering intelligence, or while preparing himself for the hostilities. Regarding taking part in hostilities, there is no condition that the civilian use his weapon, nor is there a condition that he bear arms (openly or concealed). It is possible to take part in hostilities without using weapons at all. COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS discussed that issue: "It seems that the word 'hostilities' covers not only the time that the civilian actually makes use of a weapon, but also, for example, the time that he is carrying it, as well as situations in which he undertakes hostile acts without using a weapon" (p. 618-619). As we have seen, that approach is not limited merely to the issue of "hostilities" toward the army or the state. It applies also to hostilities against the civilian population of the state (*see* Kretzmer, at p. 192).

#### **E. Second Part: "Takes a Direct Part"**

34. Civilians lose the protection against military attack, granted to them by customary international law dealing with international armed conflict (as adopted in *The First Protocol*, §51(3)), if "they take a direct part in hostilities". That provision differentiates between civilians taking a direct part in hostilities (from whom the protection from attack is removed) and civilians taking an indirect part in hostilities (who continue to enjoy protection from attack). What is that differentiation? A similar provision appears in Common Article 3 of *The Geneva Conventions*, which uses the wording "active part in hostilities". The judgment of the International Criminal Tribunal for Rwanda determined that these two terms are of identical content (*see* *The Prosecutor v. Akayesu*, case no. ICTR-96-4-T (1998)). What is that content? It seems accepted in the international literature that an agreed upon definition of the term "direct" in the context under discussion does not exist (*see* DIRECT PARTICIPATION IN HOSTILITIES UNDER INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, REPORT PREPARED BY THE INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (2003); DIRECT PARTICIPATION IN HOSTILITIES UNDER INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW (2004)). HENCKAERTS & DOSWALD-BECK rightly stated that— "It is fair to conclude . . . that a clear and uniform definition of direct participation in hostilities has not been developed in state practice" (p. 23). In that state of affairs, and without a comprehensive and agreed upon customary standard, there is no escaping going case by case, while narrowing the area of disagreement (*compare Tadic*). On this issue, the following passage from COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS is worth quoting: "Undoubtedly there is room here for some margin of judgment: to restrict this concept to combat and active military operations would be too narrow, while extending it to the entire war effort would be too broad, as in modern warfare the whole population participates in the war effort to some extent, albeit indirectly" (p. 516). Indeed, a civilian bearing arms (openly or concealed) who is on his way to the place where he will use them against the army, at such place, or on his way back from it, is a civilian taking "an active part" in the hostilities (*see* Watkin, at p. 17). However, a civilian who generally supports the hostilities against the army is not taking a direct part in the hostilities (*see* DUFFY, at p. 230). Similarly, a civilian who sells food or medicine to unlawful combatants is also taking an indirect part in the hostilities. The third report of the Inter-American Commission on Human Rights states: "Civilians whose activities merely support the adverse party's war or military effort or otherwise only indirectly participate in hostilities cannot on these grounds alone be considered combatants. This is because indirect participation, such as selling goods to one or more of the armed parties, expressing sympathy for the cause of one of the parties or, even more clearly, failing to act to prevent an incursion by one of the armed parties, does not involve acts of violence which pose an immediate threat of actual harm to the adverse party" (IACHR THIRD REPORT ON HUMAN RIGHTS IN COLOMBIA, par. 53, 56 (1999)). And what is the law in the space between these two extremes? On the one hand, the desire to protect innocent civilians leads, in the hard cases, to a narrow interpretation of the term "direct" part in hostilities. Professor CASSESE writes: "The rationale behind the prohibition against targeting a civilian who does not take a direct part in hostilities, despite his possible (previous or future) involvement in fighting, is linked to the *need to avoid killing innocent civilians*" (p. 421, emphasis original). On the other hand, it can be said that the desire to protect combatants and the desire to protect innocent civilians leads, in the hard cases, to a wide interpretation of the "direct" character of the hostilities, as thus civilians are encouraged to stay away from the hostilities to the extent possible. Schmitt writes: "Gray areas should be interpreted liberally, i.e., in favor of finding direct participation. One

of the seminal purposes of the law is to make possible a clear distinction between civilians and combatants. Suggesting that civilians retain their immunity even when they are intricately involved in a conflict is to engender disrespect for the law by combatants endangered by their activities. Moreover, a liberal approach creates an incentive for civilians to remain as distant from the conflict as possible – in doing so they can better avoid being charged with participation in the conflict and are less liable to being directly targeted" (Michael N. Schmitt, *Direct Participation in Hostilities and 21st Century Armed Conflict*, in H. FISCHERR (ed.), *CRISIS MANAGEMENT AND HUMANITARIAN PROTECTION: FESTSCHRIFT FÜR DIETER FLECK* 505-509 (2004), hereinafter "Schmitt").

35. Against the background of these considerations, the following cases should also be included in the definition of taking a "direct part" in hostilities: a person who collects intelligence on the army, whether on issues regarding the hostilities (*see* Hays Parks, *Air War and the Law of War*, 32 AIR FORCE LAW REVIEW 1, 116 (1990), hereinafter "Parks"), or beyond those issues (*see* Schmitt, at p. 511); a person who transports unlawful combatants to or from the place where the hostilities are taking place; a person who operates weapons which unlawful combatants use, or supervises their operation, or provides service to them, be the distance from the battlefield as it may. All those persons are performing the function of combatants. The function determines the directness of the part taken in the hostilities (*see* Watkin, at p. 17; Roscini). However, a person who sells food or medicine to an unlawful combatant is not taking a direct part, rather an indirect part in the hostilities. The same is the case regarding a person who aids the unlawful combatants by general strategic analysis, and grants them logistical, general support, including monetary aid. The same is the case regarding a person who distributes propaganda supporting those unlawful combatants. If such persons are injured, the State is likely not to be liable for it, if it falls into the framework of collateral or incidental damage. This was discussed by Gasser: "Civilians who directly carry out a hostile act against the adversary may be resisted by force. A civilian who kills or takes prisoners, destroys military equipment, or gathers information in the area of operations may be made the object of attack. The same applies to civilians who operate a weapons system, supervise such operation, or service such equipment. The transmission of information concerning targets directly intended for the use of a weapon is also considered as taking part in hostilities. Furthermore, the logistics of military operations are among the activities prohibited to civilians . . . [N]ot only direct and personal involvement but also preparation for a military operation and intention to take part therein may suspend the immunity of a civilian. All these activities, however, must be proved to be directly related to hostilities or, in other words to represent a direct threat to the enemy . . . However, the term should not be understood too broadly. Not every activity carried out within a state at war is a hostile act. Employment in the armaments industry for example, does not mean, that civilian workers are necessarily participating in hostilities... Since, on the other hand, factories of this industry usually constitute lawful military objectives that may be attacked, the normal rules governing the assessment of possible collateral damage to civilians must be observed" (FLECK, at p. 232, paragraphs 517, 518). In the international literature there is a debate surrounding the following case: a person driving a truck carrying ammunition (*see* Parks, at p. 134; Schmitt, at p. 507; ANTHONY P. V. ROGERS, *LAW ON THE BATTLEFIELD* 8 (1996), hereinafter ROGERS; *and* Lisa L. Turner & Lynn G. Norton, *Civilians at the Tip of the Spear*, 51 AIR FORCE LAW REVIEW 1, 31 (2001); John R. Heaton, *Civilians At War: Re-examining the Status of Civilians Accompanying the Armed Forces*, 57 AIR FORCE LAW REVIEW 155, 171 (2005)). Some are of the opinion that such a person is taking a direct part in the hostilities (and thus he can be attacked), and some are of the opinion that he is not taking a direct part (and thus he cannot be attacked). Both opinions are in agreement that the ammunition in the truck can be attacked. The disagreement regards the attack upon the civilian driver. Those who think that he is taking a direct part in the hostilities are of the opinion that he can be attacked. Those who think that he is not taking a direct part in the hostilities believe that he cannot be attacked, but that if he is wounded, that is collateral damage caused to civilians proximate to the attackable military objective. In our opinion, if the civilian is driving the ammunition to the place from which it will be used for the purposes of hostilities, he should be

seen as taking a direct part in the hostilities (*see* DINSTEIN, at p. 27; Schmitt at p. 508; ROGERS, at p. 7; ANTHONY .P .V. ROGERS & P. MALHERBE, MODEL MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT 29 (ICRC, (1999)). 36. What is the law regarding civilians serving as a "human shield" for terrorists taking a direct part in the hostilities? Certainly, if they are doing so because they were forced to do so by terrorists, those innocent civilians are not to be seen as taking a direct part in the hostilities. They themselves are victims of terrorism. However, if they do so of their own free will, out of support for the terrorist organization, they should be seen as persons taking a direct part in the hostilities (*see* Schmitt, at p. 521 and Michael N. Schmitt, *Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees*, 5 CHICAGO JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 511, 541 (2004))

37. We have seen that a civilian causing harm to the army is taking "a direct part" in hostilities. What says the law about those who enlist him to take a direct part in the hostilities, and those who send him to commit hostilities? Is there a difference between his direct commanders and those responsible for them? Is the "direct" part taken only by the last terrorist in the chain of command, or by the entire chain? In our opinion, the "direct" character of the part taken should not be narrowed merely to the person committing the physical act of attack. Those who have sent him, as well, take "a direct part". The same goes for the person who decided upon the act, and the person who planned it. It is not to be said about them that they are taking an indirect part in the hostilities. Their contribution is direct (and active) (*see* Schmitt, at p. 529).

#### **F. The Third Part: "For Such Time"**

38. Article 51(3) of *The First Protocol* states that civilians enjoy protection from the dangers stemming from military acts, and that they are not targets for attack, unless "and for such time" as they are taking a direct part in hostilities. The provisions of article 51(3) of *The First Protocol* present a time requirement. A civilian taking a part in hostilities loses the protection from attack "for such time" as he is taking part in those hostilities. If "such time" has passed – the protection granted to the civilian returns. In respondents' opinion, that part of article 51(3) of *The First Protocol* is not of customary character, and the State of Israel is not obligated to act according to it. We cannot accept that approach. As we have seen, all of the parts of article 51(3) of *The First Protocol* reflect customary international law, including the time requirement. The key question is: how is that provision to be interpreted, and what is its scope?

39. As regarding the scope of the wording "takes a direct part" in hostilities, so too regarding the scope of the wording "and for such time" there is no consensus in the international literature. Indeed, both these concepts are close to each other. However, they are not identical. With no consensus regarding the interpretation of the wording "for such time", there is no choice but to proceed from case to case. Again, it is helpful to examine the extreme cases. On the one hand, a civilian taking a direct part in hostilities one single time, or sporadically, who later detaches himself from that activity, is a civilian who, starting from the time he detached himself from that activity, is entitled to protection from attack. He is not to be attacked for the hostilities which he committed in the past. On the other hand, a civilian who has joined a terrorist organization which has become his "home", and in the framework of his role in that organization he commits a chain of hostilities, with short periods of rest between them, loses his immunity from attack "for such time" as he is committing the chain of acts. Indeed, regarding such a civilian, the rest between hostilities is nothing other than preparation for the next hostility (*see* Daniel Statman, *Targeted Killing*, 5 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 179, 195 (2004)).

40. These examples point out the dilemma which the "for such time" requirement presents before us. On the one hand, a civilian who took a direct part in hostilities once, or sporadically, but detached himself from them (entirely, or for a long period) is not to be harmed. On the other hand, the "revolving door" phenomenon, by which each terrorist has "horns of the altar" (1 Kings 1:50) to grasp or a "city of refuge" (Numbers 35:11) to flee to, to which he turns in order to rest and prepare while they grant him immunity from attack, is to be avoided (*see* Schmitt, at p. 536; Watkin, at p. 12; Kretzmer, at p. 193; DINSTEIN, at p. 29; and Parks, at p. 118). In the wide area between those two possibilities, one finds the "gray" cases, about which customary international law has not yet

crystallized. There is thus no escaping examination of each and every case. In that context, the following four things should be said: first, well based information is needed before categorizing a civilian as falling into one of the discussed categories. Innocent civilians are not to be harmed (*see CASSESE*, at p. 421). Information which has been most thoroughly verified is needed regarding the identity and activity of the civilian who is allegedly taking part in the hostilities (*see Ergi v. Turkey*, 32 EHRR 388 (2001)). *CASSESE* rightly stated that – "[I]f a belligerent were allowed to fire at enemy civilians simply suspected of somehow planning or conspiring to plan military attacks, or of having planned or directed hostile actions, the basic foundations of international humanitarian law would be seriously undermined. The basic distinction between civilians and combatants would be called into question and the whole body of law relating to armed conflict would eventually be eroded" (p. 421). The burden of proof on the attacking army is heavy (*see Kretzmer*, at p. 203; *GROSS* at p. 606). In the case of doubt, careful verification is needed before an attack is made. *HENCKAERTS & DOSWALD-BECK* made this point: "[W]hen there is a situation of doubt, a careful assessment has to be made under the conditions and restraints governing a particular situation as to whether there are sufficient indications to warrant an attack. One cannot automatically attack anyone who might appear dubious" (p. 24). Second, a civilian taking a direct part in hostilities cannot be attacked at such time as he is doing so, if a less harmful means can be employed. In our domestic law, that rule is called for by the principle of proportionality. Indeed, among the military means, one must choose the means whose harm to the human rights of the harmed person is smallest. Thus, if a terrorist taking a direct part in hostilities can be arrested, interrogated, and tried, those are the means which should be employed (*see Mohamed Ali v. Public Prosecutor* [1969] 1 A.C. 430). Trial is preferable to use of force. A rule-of-law state employs, to the extent possible, procedures of law and not procedures of force. That question arose in *McCann v. United Kingdom*, 21 E.H.R.R. 97 (1995), hereinafter *McCann*. In that case, three terrorists from Northern Ireland who belonged to the IRA were shot to death. They were shot in the streets of Gibraltar, by English agents. The European Court of Human Rights determined that England had illegally impinged upon their right to life (§2 of the European Convention on Human Rights). So wrote the court: "[T]he use of lethal force would be rendered disproportionate if the authorities failed, whether deliberately or through lack of proper care, to take steps which would have avoided the deprivation of life of the suspects without putting the lives of others at risk" (p. 148, at paragraph 235). Arrest, investigation, and trial are not means which can always be used. At times the possibility does not exist whatsoever; at times it involves a risk so great to the lives of the soldiers, that it is not required (*see ALAN DERSHOWITZ, PREEMPTION: A KNIFE THAT CUTS BOTH WAYS* 230 (2005)). However, it is a possibility which should always be considered. It might actually be particularly practical under the conditions of belligerent occupation, in which the army controls the area in which the operation takes place, and in which arrest, investigation, and trial are at times realizable possibilities (*see §5 of The Fourth Geneva Convention*). Of course, given the circumstances of a certain case, that possibility might not exist. At times, its harm to nearby innocent civilians might be greater than that caused by refraining from it. In that state of affairs, it should not be used. Third, after an attack on a civilian suspected of taking an active part, at such time, in hostilities, a thorough investigation regarding the precision of the identification of the target and the circumstances of the attack upon him is to be performed (retroactively). That investigation must be independent (*see Watkin*, at p. 23; *DUFFY*, at p. 310; *CASSESE*, at p. 419; *see also Colin Warbrick, The Principle of the European Convention on Human Rights and the Responses of State to Terrorism*, *EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW REVIEW* 287, 292 (2002); *McCann*, at pp. 161, 163; *as well as McKerr v. United Kingdom*, 34 E.H.R.R. 553, 559 (2001)). In appropriate cases it is appropriate to pay compensation as a result of harm caused to an innocent civilian (*see CASSESE*, at pp. 419, 423, and §3 of *The Hague Regulations*; §91 of *The First Protocol*). Last, if the harm is not only to a civilian directly participating in the hostilities, rather also to innocent civilians nearby, the harm to them is collateral damage. That damage must withstand the proportionality test. We shall now proceed to the examination of that question.

[...]

## **Conclusion**

61. The State of Israel is fighting against severe terrorism, which plagues it from the *area*. The means at Israel's disposal are limited. The State determined that preventative strikes upon terrorists in the *area* which cause their deaths are a necessary means from the military standpoint. These strikes at times cause harm and even death to innocent civilians. These preventative strikes, with all the military importance they entail, must be made within the framework of the law. The saying "when the cannons roar, the muses are silent" is well known. A similar idea was expressed by Cicero, who said: "during war, the laws are silent" (*silent enim legis inter arma*). Those sayings are regrettable. They reflect neither the existing law nor the desirable law (*see* Re. Application Under s.83.28 of the Criminal Code [2004] 2 S.C.R. 248, 260). It is when the cannons roar that we especially need the laws (*see* HCJ 168/91 *Murkus v. The Minister of Defense*, 45(1) PD 467, 470, hereinafter *Murkus*). Every struggle of the state – against terrorism or any other enemy – is conducted according to rules and law. There is always law which the state must comply with. There are no "black holes" (*see* JOHAN STEYN, *DEMOCRACY THROUGH LAW: SELECTED SPEECHES AND JUDGMENTS* 195 (2004)). In this case, the law was determined by customary international law regarding conflicts of an international character. Indeed, the State's struggle against terrorism is not conducted "outside" of the law. It is conducted "inside" the law, with tools that the law places at the disposal of democratic states.

[...]

63. The question is not whether it is possible to defend ourselves against terrorism. Of course it is possible to do so, and at times it is even a duty to do so. The question is how we respond. On that issue, a balance is needed between security needs and individual rights. That balancing casts a heavy load upon those whose job is to provide security. Not every efficient means is also legal. The ends do not justify the means. The army must instruct itself according to the rules of the law. That balancing casts a heavy load upon the judges, who must determine – according to the existing law – what is permitted, and what forbidden. I discussed that in one case, stating: "The role of decision has been placed at our door, and we must fulfill it. It is our duty to preserve the legality of government, even when the decisions are difficult. Even when the cannons roar and the muses are silent, the law exists, and acts, and determines what is permissible and what is forbidden; what is legal and what is illegal. As the law exists, so exists the Court, which determines what is permissible and what is forbidden, what is legal and what is illegal. Part of the public will be happy about our decision; the other part will oppose it. It may be that neither part will read our reasoning. But we will do our job" (HCJFH 2161/96 *Sharif v. GOC Home Front Command*, 50(4) PD 485, 491). Indeed, decision of the petition before us is not easy; "We are members of Israeli society. Although we are sometimes in an ivory tower, that tower is in the heart of Jerusalem, which is not infrequently hit by ruthless terrorism. We are aware of the killing and destruction wrought by the terrorism against the State and its citizens. As any other Israelis, we too recognize the need to defend the country and its citizens against terrorism's severe blow. We are aware that in the short term, this judgment will not make the State's struggle against those rising up against her easier. That knowledge is difficult for us. But we are judges. When we sit in trial, we stand trial. We act according to our best conscience and understanding. Regarding the State's struggle against the terror that rises up against her, we are convinced that at the end of the day, a struggle according to law (and while complying with the law) strengthens her and her spirit. There is no security without law. Satisfying the provisions of the law is a component of national security" (*Beit Sourik*, at p. 861).

64. In one case we decided the question whether the State is permitted to order its interrogators to employ special methods of interrogation which involve the use of force against terrorists, in a "ticking bomb" situation. We answered that question in the negative. In my judgment, I described the difficult security situation in which Israel finds itself, and added: "We are aware that this judgment of ours does not make confronting that reality any easier. That is the fate of democracy, in whose eyes not all means are permitted, and to whom not all the methods used by her enemies are open. At times democracy fights with one hand tied behind her back. Despite that, democracy has the upper hand, since preserving the rule of law and recognition of individual liberties

constitute an important component of her security stance. At the end of the day, they strengthen her and her spirit, and allow her to overcome her difficulties (HCJ 5100/94 *The Public Committee against Torture in Israel v. The State of Israel*, 53(4) PD 817, 845).

Let it be so.

[...]

Thus it is decided that it cannot be determined in advance that every targeted killing is prohibited according to customary international law, just as it cannot be determined in advance that every targeted killing is permissible according to customary international law. The law of targeted killing is determined in the customary international law, and the legality of each individual such act must be determined in light of it.

Given today, 23 Kislev 5767 (13 December 2006)

### **Rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR ve věci návrhu na rozpuštění Dělnické strany (sp. zn. Pst 1/2008 – 66) – z odůvodnění**

[...]

[37] Zdrojem veškeré státní moci, vykonávané prostřednictvím orgánů moci zákonodárné, výkonné a soudní, je lid (článek 2 odst. 1 Ústavy). Jen výjimečně ovšem lid vykonává státní moc přímo (článek 2 odst. 2 Ústavy). Účast občanů na politickém životě společnosti, zejména na vytváření zákonodárných sborů a orgánů samosprávy, je zajištěna především prostřednictvím politických stran a hnutí (článek 5 Ústavy, články 20, 22 Listiny, § 1 odst. 1 zákona o politických stranách). Ty jsou svorníkem mezi občany a státem, aktivizujícím občany a zapojujícím je do veřejných záležitostí, nezbytným článkem zprostředkujícím občanům podíl na politické moci (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 4. 2005, č. j. Pst 2/2003 – 69). V této funkci a svou rolí při tvorbě politické vůle ve státě se politické strany podílejí na formování státních orgánů.

[38] Vzniku demokratických státních orgánů musí předcházet volná soutěž na státu nezávislých politických stran. Teprve ve výsledcích této soutěže se utvářejí politické obrysy a proporce státu (srov. nálezy Ústavního soudu ze dne 18. 10. 1995, sp. zn. Pl. ÚS 26/94, příp. odlišné stanovisko soudců JUDr. Vojena Gütlera a JUDr. Františka Duchoně k nálezu Ústavního soudu ze dne 19. 1. 2005, sp. zn. Pl. ÚS 10/03, všechna citovaná rozhodnutí ÚS jsou dostupná na <http://nalus.usoud.cz>). Ústava vychází z principu reprezentativní (zastupitelské) demokracie, politický systém je založen na svobodném a dobrovolném vzniku a volné soutěži politických stran, respektujících základní demokratické principy a odmítajících násilí jako prostředek k prosazování svých zájmů (článek 5 Ústavy). Volná soutěž politických stran představuje natolik zásadní hodnotu, že její ochraně Ústava i Listina podřizují zákonnou úpravu všech politických práv a svobod (srov. nálezy ÚS ze dne 15. 5. 1996, sp. zn. Pl. ÚS 3/96). Právě tyto principy představují úhelné kameny demokratického právního státu, samo nezměnitelné jádro jeho politického zřízení (článek 9 odst. 2 Ústavy).

[39] Politické strany jsou přes svůj nepochybný veřejnoprávní význam odděleny od státu, nesmějí vykonávat funkce státních orgánů ani tyto orgány nahrazovat a nesmějí řídit státní orgány ani ukládat povinnosti osobám, které nejsou jejich členy (§ 5 odst. 1 zákona o politických stranách). Politické strany jsou *largo sensu* právními osobami soukromého práva (§ 3 odst. 1 zákona o politických stranách, § 18 odst. 2 písm. a) občanského zákoníku]. Členství v nich není výsledkem aktu veřejné moci, ale volného rozhodnutí jednotlivců (§ 3 odst. 2 zákona o politických stranách), strany nemají veřejnoprávní statut a požívají proto ochrany základních práv a svobod v rozsahu, v němž je lze vztáhnout na právní osoby. Přesto však nemůže být ústavněprávní postavení politických stran definováno jako prostý výsledek zjištění, že nemají statut státního orgánu a v důsledku toho nejsou ničím jiným, než soukromoprávními spolky (srov. nálezy ÚS sp. zn. Pl. ÚS 26/94).

[40] Účelem existence politických stran je totiž politická reprezentace odpovídající části veřejnosti, účast ve volbách a snaha získat jejich prostřednictvím zastoupení ve volených orgánech veřejné moci (srov. nálezy ÚS sp. zn. Pl. ÚS 3/96). V povaze politických stran je, že jako jediné subjekty mohou v zastupitelské formě demokracie získat politickou moc a ovlivnit režim v zemi jako celku. Předkládáním politického programu a možností uskutečnit své návrhy, přijdou-li k moci, se politické strany liší od jakéhokoliv jiného subjektu působícího v politickém životě (srov. rozsudek velkého senátu Evropského soudu pro lidská práva ze dne 13. 2. 2003, *Refab Partisi a další proti Turecku*, stížnosti č. 41340/98, 41342/98, 41343/98 a 41344/98, bod 87, všechna citovaná rozhodnutí ESLP jsou dostupná na [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)).

[41] V období po druhé světové válce byl právně zohledněn faktický význam politických stran, který hrály již dříve a ve vyspělých demokraciích došlo k uznání veřejné role, již mají strany ve státě a vůči státu, aniž by současně samy byly státem, či měly státní resp. veřejnoprávní povahu [viz odst. 55]. Politické strany plní v souladu s Ústavou veřejné úkoly nezbytné pro život státu, založeného na reprezentativní demokracii (srov. nálezy ÚS sp. zn. Pl. ÚS 26/94). Zároveň je ovšem možné říci, že s právním uznáním a dokonce ústavněprávním zakotvením politických stran a s jejich akceptovaným privilegovaným postavením ve vztahu k jiným formám realizace sdružovacího práva, vzrostla i jejich odpovědnost a také potřeba kontroly.

[42] Úloha, existence a činnost politických stran vedou nejen ke shora vyjádřenému závěru, že samotné politické strany požívají ochrany základních práv a svobod, ale zároveň samy představují výkon základních lidských práv a svobod jednotlivců. Právo sdružovat se v politických stranách je součástí obecného sdružovacího práva, ať již vyjádřené výslovně (článek 20 odst. 2 Listiny), nebo v obecném sdružovacím právu implicitně obsažené [článek 11 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod - sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí, č. 209/1992 Sb. (dále jen „Úmluva“)]. Toto právo pak bezprostředně souvisí s výkonem dalších politických práv, zejm. práva shromažďovacího (článek 19 Listiny, příp. článek 11 Úmluvy) a práva na svobodu projevu (článek 17 Listiny, příp. článek 10 Úmluvy, srov. také rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 30. 1. 1998, *Sjednocená komunistická strana Turecka a další proti Turecku*, stížnost č. 19392/92, body 42, 43).

[...]

[43] Vzhledem ke klíčové úloze, kterou hrají politické strany pro demokratické zřízení, vyžadují tyto subjekty zvýšenou ochranu a ztíženou rozpustitelnost ve srovnání s jinými organizacemi či sdruženími. Nikoliv náhodně proto např. zákonodárce svěřil rozhodování o rozpuštění politických stran vrcholnému soudu, nikoliv správnímu orgánu (Ministerstvo vnitra), jako je tomu u ostatních sdružení ve smyslu zákona č. 83/1990 Sb., o sdružování občanů, ve znění pozdějších předpisů. Přezkum rozhodnutí Nejvyššího správního soudu o rozpuštění, příp. pozastavení činnosti politické strany je pak ve zvláštním druhu řízení svěřen Ústavnímu soudu [čl. 87 odst. 1 písm. j) Ústavy].

[44] Ústava klade na politické strany dva základní požadavky: respekt k základním demokratickým principům a odmítání násilí k prosazování svých zájmů (článek 5 Ústavy). Politická strana může usilovat o změnu právního i ústavního pořádku, pokud jsou (resp. mají být) použité prostředky nenásilné, zákonné a demokratické a cílená změna je sama o sobě slučitelná se základními principy demokratického právního státu.

[45] Zároveň ovšem nelze vyloučit možnost demokratického politického systému zasáhnout, kdyby absolutní uplatnění jeho pravidel mohlo vést k sebedestrukci. Jinými slovy, přes význam volné soutěže politických stran lze připustit diskvalifikaci některého z hráčů, směřuje-li v rozporu

s pravidly k vyřazení ostatních soutěžících subjektů nebo v konečném výsledku k popření soutěže jako takové. Demokratický právní stát má právo a povinnost aktivně bránit své demokratické zřízení. Prosazování konceptu demokracie schopné se bránit je legitimním cílem zákonodárství každého demokratického státu a naplňování této myšlenky dovoluje v přiměřených mezích omezit práva garantovaná ústavním pořádkem i Úmluvou [srov. nálezy Ústavního soudu ČSFR ze dne 26. 11. 1992, Pl. ÚS 1/92, Sb. n. u. ÚS ČSFR, str. 56 a násl., nálezy ÚS ze dne 5. 12. 2001, sp. zn. Pl. ÚS 9/01; a rozsudky ESLP ze dne 16. 3. 2006 (velký senát), *Ždanoka proti Lotyšsku*, stížnost č. 58278/00, bod 100; a ze dne 26. 9. 1995, *Vogt proti Německu*, stížnost č. 17851/91, bod 59].

[46] Politická strana, která vyzývá k násilí nebo jejíž politický projekt nerespektuje pravidla demokracie, usiluje o jejich zničení nebo směřuje k porušování uznávaných práv a svobod, proto nepoživá ochrany před sankcemi, které jí za to hrozí [srov. nálezy ÚS sp. zn. Pl. ÚS 26/94; nebo rozsudky ESLP ze dne 9. 4. 2002, *Yaşar a další proti Turecku*, stížnosti č. 22723/93, 22724/93, 22725/93, bod 49; *Refah Partisi a další proti Turecku*, bod 98; ze dne 3. 2. 2005, *Partidul Comunistilor (Nepeceřisti) a Ungureanu proti Rumunsku*, stížnost č. 46626/99, bod 46; nebo ze dne 25. 5. 1998, *Socialistická strana a další proti Turecku*, stížnost č. 21237/93, body 46, 47].

[47] V souladu s tím Listina připouští omezení sdružovacího práva (včetně práva na sdružování v politických stranách) na případy stanovené zákonem, jestliže je to v demokratické společnosti nezbytné pro bezpečnost státu, ochranu veřejné bezpečnosti a veřejného pořádku, předcházení trestným činům nebo pro ochranu práv a svobod druhých (článek 20 odst. 3 Listiny). Podobně Úmluva umožňuje uvalit na výkon shromažďovacího a sdružovacího práva omezení, jsou-li stanovena zákonem a jsou v demokratické společnosti nezbytná v zájmu národní bezpečnosti, veřejné bezpečnosti, předcházení nepokojům a zločinnosti, ochrany zdraví nebo morálky nebo ochrany práv a svobod jiných (článek 11 odst. 2 Úmluvy).

[48] Nepřípustné je také zneužití práva. Nikdo, ani politická strana, kdo svou činností reálně ohrožuje nebo porušuje základní práva a svobody jiných, se nemůže v odpovídajícím rozsahu účinně dovolávat ochrany svých vlastních základních práv a svobod. Výkladovým vodítkem je v tomto směru článek 17 Úmluvy, podle něž nic v Úmluvě nemůže být vykládáno tak, jako by dávalo státu, skupině nebo jednotlivci jakékoliv právo vyvíjet činnost nebo dopouštět se činů zaměřených na zničení kteréhokoliv práva a svobody přiznané Úmluvou nebo na omezování těchto práv a svobod ve větším rozsahu, než to Úmluva stanoví (srov. např. rozhodnutí ESLP o nepřijatelnosti ze dne 20. 2. 2007, *Pavel Ivanov proti Rusku*, stížnost č. 35222/04).

[49] Vzhledem k zásadní roli, kterou politické strany hrají v řádně fungující demokracii, a s ohledem na jejich mimořádný a nezastupitelný význam v zastupitelské formě vlády, musí stát nakládat velmi obezřetně s pravomocí zasahovat do jejich činnosti. Výjimky umožňující zásah státu do svobody sdružovací musí být vykládány restriktivně. Pouze přesvědčivé a závažné důvody proto mohou ospravedlnit omezení svobody sdružování v politických stranách. Smluvní strany Úmluvy, včetně České republiky, navíc mají omezenou míru posuzovací volnosti, zda byla naplněna podmínka nezbytnosti ve smyslu článku 11 odst. 2 Úmluvy, a rozhodování jejich orgánů podléhá dohledu Evropského soudu pro lidská práva [srov. rozsudky ESLP ze dne 13. 4. 2006, *Tsonev proti Bulharsku*, stížnost č. 45963/99, bod 51; ze dne 8. 12. 1999 (velký senát), *Strana svobody a demokracie (ÖZDEP) proti Turecku*, stížnost č. 23885/94, bod 44; nebo ze dne 7. 12. 2006, *Linkov proti České republice*, stížnost č. 10504/03, bod 35].

[50] Pojem nezbytnosti ve smyslu článku 11 odst. 2 Úmluvy (a ostatně i ve smyslu článku 20 odst. 3 Listiny) vyžaduje splnění dvou podmínek – zásah do odpovídajícího základního práva (zde svobody sdružování v politických stranách) musí být nevyhnutelný pro ochranu demokratické společnosti a přiměřený sledovaným legitimním cílům, resp. odpovídat zásadě proporcionality [srov. rozsudky ESLP *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) a Ungureanu proti Rumunsku*, bod 47; a (velký senát) *Refah Partisi a další proti Turecku*, body 133, 134].

[51] Potřeba ochrany demokratické společnosti je opět podmíněna splněním několika podmínek. Především je třeba zabývat se tím, zda jsou vytýkané jednání a projevy přičitatelné dané politické straně. Dále je třeba zkoumat, zda jednání a projevy, které jsou přičitatelné politické straně, tvoří celek dostatečně jasně vypovídající o cílech, o které daná strana usiluje, a zda je tento obraz v rozporu se základními principy demokratické společnosti. Konečně je pak třeba zabývat se také tím, zda existují přesvědčivé důkazy o dostatečně bezprostředním riziku ohrožení demokracie [srov. např. rozsudek ESLP (velký senát) *Refah Partisi a další proti Turecku*, bod 104].

[52] Zásadně je vždy nutné zabývat se tím, zda je zkoumané jednání přičitatelné politické straně, nebo zda se jedná pouze o excesy některých jejích příznivců či členů. V tomto směru mohou mít relevanci i takové skutečnosti, zda dané jednání odpovídá proklamovaným cílům a záměrům strany, jakkoliv v tomto ohledu nelze vycházet pouze z jejích stanov a programu. Ty musí být vždy porovnávány s jednáním a názory, které zastávají její představitelé a které strana i jinak šíří. Nelze vyloučit, že politický program strany skrývá cíle a úmysly, které se od těch proklamovaných liší a zkušenost ukazuje, že politické strany, jejichž cíle odporovaly základním principům demokracie, neodhalily tyto cíle dříve, než se chopily moci. Přičitatelnost jednání politické straně Evropský soud pro lidská práva dovedl ve vztahu k jednání jejích vůdců (předsedy, místopředsedů) vždy, ve vztahu k projevům poslanců a lokálních politiků potud, pokud se od nich strana oficiálně nedistancovala [srov. rozsudek ESLP (velký senát) *Refah Partisi a další proti Turecku*, bod 115].

[53] Neslučitelnost ústavního či politického systému, o který politická strana usiluje, se základními principy demokratické společnosti je nutno posuzovat případ od případu. V úvahu připadají např. kritéria respektování (či nerespektování) základních principů právního a ústavního pořádku státu, odkaz (či jeho absence) na zásady demokracie, politickou pluralitu a volnou účast na politickém životě, jednání či projevy, které by mohly být vykládány jako výzvy k násilí, povstání, či jiné formě odmítnutí demokratických principů, přihlášení se k (či distancování se od) ideologii subjektů, na které strana ve své politice navazuje a které hrály v dějinách a politické zkušenosti daného státu určitou roli. Zároveň je však nutné zdůraznit, že nelze postihnout politickou stranu jen pro její kritiku právního a ústavního pořádku státu (při respektu k jejich základním zásadám) [srov. rozsudek ESLP *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) a Ungureanu proti Rumunsku*, body 54, 55] nebo protože se v jejich stanovách objeví výraz „revoluční“ (srov. rozsudek ESLP *Tsonev proti Bulharsku*, bod 59). Ostatně, v tomto kontextu lze doplnit, že pojem revoluce představuje zásadní, podstatnou změnu určitého systému, zhusta, nikoliv však ze své podstaty a vždy, násilnou. Jedná se tedy o typický případ situace, kdy užití tohoto termínu nabádá k pozornosti a podrobnému zkoumání dalších projevů přičitatelných politické straně, ale kdy užití tohoto pojmu samo o sobě, bez zasazení do širších souvislostí, nevyklučuje respektování základních demokratických principů stranou, která jej užívá.

[54] Zásah proti politické straně je podmíněn existencí bezprostředního rizika ohrožení demokracie. Stát pochopitelně může zabránit realizaci politického projektu, neslučitelného s Úmluvou, dříve, než bude uveden v život konkrétními akty, které mohou ohrozit občanský smír a demokratický režim v zemi, tato možnost je však podmíněna reálným potenciálem politické

strany realizovat změnu [srov. rozsudek ESLP (velký senát) *Refah Partisi a další proti Turecku*, body 102, 103, 107 – 110 a 132] – musí tedy existovat skutečné a bezprostřední nebezpečí ohrožení demokracie. Přístup ke stejné straně se tak může lišit v návaznosti na její vlastní politické postavení a potenciál realizovat zamýšlené společenské změny, ale také podle objektivních vnějších podmínek, kterými mohou být např. stabilita demokracie v tom kterém státě nebo změna mezinárodních podmínek.

[55] Jako historický příklad lze v tomto směru užít situaci první československé republiky. Ta formálně nepřiznávala politickým stranám status právnických osob a považovala je za non subjekty, byť praxe současně připouštěla, že některé veřejnoprávní předpisy přiznávaly politickým stranám jistá práva a povinnosti (Srov. Bohuslav A 6884/1927). V roce 1933 v souvislosti s uchopením moci v Německu Adolfem Hitlerem a stranou NSDAP přestala být vnímána činnost zejména německých nacionálně orientovaných stran (např. DNSAP) na československém území jako tolerovatelná a Národní shromáždění schválilo zákon č. 201/1933 Sb., o zastavování činnosti a o rozpouštění politických stran. Důvodová zpráva k tomuto zákonu zdůraznila skutečnost, že se dosavadní liberální praxe ve vztahu k politickým stranám dostala mj. v důsledku mezinárodní situace do rozporu s požadavky ochrany demokracie a že nezbytnou podmínkou fungování politických stran je jejich oddanost ideálům demokracie. V důsledku trvající potřeby ochrany demokracie byla účinnost tohoto zákona opakovaně prodlužována (viz zákony č. 132/1936 Sb. a č. 317/1936 Sb.). Současnejší příklad lze nalézt v situaci turecké strany Refah Partisi, u níž byla bezprostřednost hrozby pro demokratický systém shledána v okamžiku, kdy získala v parlamentu postavení umožňující jí realizovat jí prosazovaný společenský model [srov. rozsudek Evropského soudu pro lidská práva (velký senát) *Refah Partisi a další proti Turecku*, body 107 – 110].

[56] Při hodnocení bezprostřednosti rizika ohrožení demokracie je nutné zabývat se i aktuálností hrozby. Rozpuštění strany není jen reakcí na její chování v minulosti, ale je především do budoucna namířeným aktem bránící se demokracie proti reálně existujícímu nebezpečí. Pro hodnocení činnosti politické strany, spojené se snahou získat úplný obraz o jejích aktivitách, může být relevantní i jednání této strany v minulosti. Podle konkrétních okolností tak může být např. důležité, zda a jakým způsobem se strana distancovala od svých dřívějších činů, jak se změnila její členská základna a zejména vedení, zda došlo k zásadnímu programovému posunu apod.

[57] V souladu se zásadou proporcionality musí být zásah do práva sdužovat se v politických stranách přiměřený sledovaným legitimním cílům. Rozpuštění politické strany je třeba považovat za jednu z nejprísnejších sankcí, resp. zásahů, které politické straně hrozí, krajní řešení, které je třeba vyhradit nejzávažnějším případům. Typicky v situaci, kdy bude politické straně vytýkáno neplnění určitých povinností, vynutitelných různými sankcemi např. v rámci správního trestání, nebude v případě neplnění těchto povinností na místě bez dalšího rozpouštění dané strany, resp. nebude na místě zejména v situaci, kdy by se stát o vynucení povinností mírnějšími prostředky vůbec nepokusil. V případě návrhu na rozpouštění politické strany bude vždy třeba zkoumat, zda existovaly mírnější prostředky, jichž mohlo být proti dané straně použito, a zda rozpouštění svým právním významem odpovídá důvodu, pro který je navrhováno, resp. zda je ekvivalentní hodnotě či cíli, které mají být chráněny. V zásadě je nutné přijmout tezi, že nikoliv každé banální porušení práva nebo ohrožení právem chráněných hodnot může vést k zásahu do práva na sdužování v politických stranách, ale že se musí jednat o intenzivní porušení či ohrožení těchto hodnot. Pouze zájem na ochraně ohrožených práv, která jsou svojí hodnotou srovnatelná s právem sdužovat se v politických stranách, může vyvážit zásah do tohoto práva (srov. nález ÚS sp. zn. Pl. ÚS 26/94).

[58] Lze proto shrnout, že politické strany mají v reprezentativní demokracii svůj nezastupitelný význam, proto požívají zvýšené ochrany. Zásah do práva sdružovat se v politických stranách je možný pouze na základě zákona v zájmu bezpečnosti státu, veřejné bezpečnosti a veřejného pořádku, předcházení trestným činům nebo pro ochranu práv a svobod druhých. Zároveň se musí jednat o zásah, který je v demokratické společnosti nezbytný.

[...]

[67] Na tomto místě argumentace lze tedy dílčím způsobem uzavřít, že politické strany mají v zastupitelské formě demokracie svůj nezastupitelný význam, proto požívají zvýšené ochrany. Zásah do práva sdružovat se v politických stranách je možný pouze na základě zákona, v zájmu bezpečnosti státu, veřejné bezpečnosti a veřejného pořádku, předcházení trestným činům nebo pro ochranu práv a svobod druhých. Vždy se musí jednat o zásah, který je nezbytný v demokratické společnosti.

[68] Důvod k rozpuštění politické strany tedy vyplývá z kumulativního splnění několika podmínek: 1) zjištěné chování politické strany je protiprávní, 2) je této straně přičitatelné, 3) představuje dostatečně bezprostřední hrozbu pro demokratický právní stát a 4) zamýšlený zásah je přiměřený sledovanému cíli, tzn. není narušena proporcionalita mezi omezením práva sdružovat se v politických stranách a zájmem společnosti na ochraně jiných hodnot.

[69] Vláda nese v řízení o návrhu na rozpuštění politické strany břemeno tvrzení a břemeno důkazní. Její povinností spojenou s aktivní legitimací je, aby konkrétní poznatky o činnosti politické strany neslučitelné s § 4 zákona o politických stranách dostatečně věrohodně a přesvědčivě s návrhem konkrétních důkazů prokazujících její tvrzení předložila soudu. Ten je přes formální neexistenci dispoziční zásady v daném typu řízení rozsahem návrhu vázán, přičemž výjimku z této vázanosti představuje např. posouzení skutečností, které vyjdou najevo až při projednávání návrhu.

[...]