

Pravna fakulteta
Univerza v Ljubljani

ZBORNİK ZNANSTVENIH RAZPRAV

2018

LETNIK LXXVIII

Zbornik znanstvenih razprav
Letnik 78 (2018) / Volume 78 (2018)
December 2018

To delo je ponujeno pod licenco Creative Commons
Priznanje avtorstva-Brez predelav 4.0 Mednarodna. /
This work is licensed under a Creative Commons Attri-
bution-NoDerivatives 4.0 International License.

Več na spletni strani: / For further information visit:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/>



Spletna stran / Web page:
<http://zbornik.pf.uni-lj.si>
<http://journal.pf.uni-lj.si>

*Marko Krajnc**

Mednarodnopravno upravičenje države do odškodnine za stroške sprejema migrantov

1. Uvod

Obsežni migracijski tokovi, ki smo jim priča v zadnjih letih po vsem svetu, so danes eden glavnih izzivov, s katerimi se sooča celotna mednarodna skupnost. Po podatkih Visokega komisariata Združenih narodov za begunce (UNHCR) je trenutno po svetu prisilno razseljenih približno 66 milijonov ljudi, od tega jih je več kot 20 milijonov beguncev oziroma prisilcev za mednarodno zaščito.¹ Razlogi za beg iz države izvora so seveda različni in z moralnega vidika jih je težko razdeliti med manj in bolj utemeljene, pa najsi gre za čisto ekonomske razloge ali za razloge, povezane z begom pred preganjanjem. Ne glede na razlog migracij pa to neizogibno pomeni, da je precej držav, ki migrante gostijo, finančno zelo obremenjenih, pogosto onkraj svojih zmožnosti. Ena takih držav je danes na primer tudi Bangladeš, ki gosti skoraj milijon pripadnikov ljudstva Rohinga, ki množično bežijo pred etničnim nasiljem oblasti v Mjanmaru.² Povsem nesporno je, da je močna podpora držav gostiteljic s strani mednarodne skupnosti zelo pomembna, toda

* Magister prava, LL.M. (Leiden), asistent za mednarodno pravo na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani; marko.krajnc@pf.uni-lj.si. Članek je za objavo prirejena avtorjeva magistrska diplomska naloga (*cum laude*), ki je bila nagrajena s priznanjem Pravne fakultete Univerze v Ljubljani za vrhunsko magistrsko diplomsko nalogo. Posebna zahvala gre mentorici izr. prof. dr. Vasilki Sancin za vse neprecenljive nasvete pri nastajanju tega dela.

¹ UNHCR, Figures at a Glance, URL: <http://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>.

² Bearak, Bangladesh is now home to almost 1 million Rohingya refugees, URL: https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2017/10/25/bangladesh-is-now-home-to-almost-1-million-rohingya-refugees/?utm_term=.7d464ce940eb.

temeljno vprašanje, ki se pri tem odpira, je, ali imajo te države po mednarodnem pravu *iztožljivo* pravico do odškodnine oziroma do povračila stroškov, ki jih imajo s sprejemom migrantov.

Slednje je torej neposredno povezano z mednarodnopравnim institutom odškodnine, ki predpostavlja natančno (in pogosto zahtevno) konstrukcijo mednarodne odgovornosti države, od katere se odškodnina zahteva. V kontekstu tega članka bo to država, ki je primarno odgovorna za določen val migrantov, tj. država izvora, ki s svojimi ravnanji neposredno ali posredno prisili ljudi k begu v državo gostiteljico. Vzpostavitev njene mednarodne odgovornosti za potrebe odškodnine pa je vse prej kot samoumevna. Srž problema je v tem, da ni povsem jasno, na kakšni podlagi je odškodnino od države izvora sploh mogoče zahtevati, saj na trenutni stopnji razvoja mednarodnega prava ni nedvoumnega pravila o prepovedi povzročanja množičnih valov migrantov. V luči navedenega bo glavni namen tega članka predstavitev dveh možnih mednarodnopравnih podlag, ki bi bili lahko v praksi izhodišče za uveljavljanje odškodnine s strani države gostiteljice.

Zato bodo v članku najprej opredeljeni temeljni pojmi, ki so bistveni za razpravo o pravici države do odškodnine za stroške v zvezi s sprejemom migrantov. Tako bo osvetljeno odškodninsko načelo, po katerem je odškodninski zahtev utemeljen le v primeru kršitve mednarodnega prava, ter pojasnjena namerna uporaba izraza »migrant« (in ne »begunec«). V skladu s tem bo članek naslovil osrednji problem, in sicer možni podlagi ter druge s tem povezane predpostavke za uspešno uveljavljanje odškodnine po mednarodnem pravu s strani države gostiteljice v primeru, ko je ta soočena z množičnim valom migrantov. V okviru tega bo članek najprej poskušal opredeliti protipravno ravnanje države izvora, ki je razlog za beg ljudi v državo gostiteljico. Slednje bo pripeljalo do razprave o dveh možnih podlagah za uveljavljanje odškodnine. Prva možna podlaga je kršitev obveznosti, ki je državi gostiteljici dolgovana posamično, tj. obveznost nepovzročanja množičnih valov migrantov, izpeljane iz temeljnih načel suverene enakosti držav in nepovzročanja škode drugim državam (*sic utere tuo ut alienum non laedas*). Druga možna podlaga pa so same kršitve človekovih pravic, kot obveznosti *erga omnes partes*, pri čemer se država gostiteljica šteje za »še posebej prizadeto državo«. Na podlagi tega bo na koncu naslovljen tudi nastanek škode, v tem primeru stroški sprejema migrantov.

2. Začetna pojasnila

2.1. Odškodninsko načelo v mednarodnem pravu

Osnovno načelo mednarodne odgovornosti držav zahteva, da obveznost (popolne) reparacije³ nastane samo v primeru kršitve mednarodnega prava,⁴ za kar se v tuji literaturi

³ Reparacija mora kar najbolj izbrisati vse posledice protipravnega ravnanja in vnoč vzpostaviti stanje, ki bi najverjetneje obstajalo, če takega ravnanja ne bi bilo; glej *Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, Merits, PCIJ Reports, Ser. A, No. 17 (1928), str. 47.

⁴ *Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, Jurisdiction, PCIJ Reports, Ser. A, No. 9 (1927), str. 21.

uporablja izraz reparacijsko načelo,⁵ v slovenski pa odškodninsko načelo.⁶ Slednji sicer ni najbolj natančen, saj napotuje na odškodnino, ki je kot ena od treh oblik reparacije⁷ na voljo za povračilo finančno ugotovljive škode le, če povrnitev v prejšnje stanje ni mogoča oziroma ne izbriše vseh škodnih posledic.⁸ Oškodovana država ima zato mednarodno-pravno iztožljivo pravico do odškodnine samo, če druga država s svojim ravnanjem krši mednarodno pravo.

Čeprav se v praksi mestoma pojavlja tudi koncept povračila škode za ravnanja, ki niso protipravna,⁹ ta ni splošno sprejet.¹⁰ Njegovo uporabo naj bi zahtevali primeri čezmejne (okoljske) škode,¹¹ vendar je na trenutni stopnji razvoja mednarodnega prava še nemo-goče sklepati, da je koncept *lex lata*.¹² Obstaja le na področju prava vesolja, na katerem so se države za tako možnost izrecno dogovorile.¹³ Če torej posamezna država s svojim ravnanjem ne krši mednarodnega prava, oškodovana država nima iztožljive pravice do odškodnine. Lahko pa se državi dogovorita za plačilo *ex gratia*.

2.2. Terminološko pojasnilo o uporabi termina »migrant«

Splošni termin »migrant« je namesto pravnega termina »begunec« namenoma uporabljen zato, ker ne implicira nikakršnega pravnega statusa osebe, ki v državo gostiteljico prebeži, kar ga naredi pomensko širšega. Begunec je namreč po mednarodnem pravu oseba, ki kumulativno izpolnjuje kriterije po Konvenciji o statusu beguncev (Konvencija) in njenem Protokolu,¹⁴ migrant pa je oseba, ki spreminja stalno ali začasno prebivališče iz

⁵ Stern, *The Obligation to Make Reparation* (2010), str. 563.

⁶ Türk, *TEMELJI MEDNARODNEGA PRAVA* (2015), str. 222.

⁷ Poleg povrnitve v prejšnje stanje in zadoščenja.

⁸ Člen 36 Pravil o odgovornosti držav, aneks k resoluciji Generalne skupščine Združenih narodov A/56/83 (2001).

⁹ Angl. *State liability*.

¹⁰ Crawford, *BROWNIE'S PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* (2012), str. 561.

¹¹ Glej Osnutek načel o razporeditvi izgub v primeru čezmejne škode, nastale z nevarno dejavnostjo, s komentarji, Poročilo Komisije za mednarodno pravo, A/61/10 (2006), str. 110 in nasl.

¹² Boyle, *Liability for Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law* (2010), str. 104.

¹³ Glej II. člen Konvencije o mednarodni odškodninski odgovornosti za škodo, ki jo povzročijo vesoljski objekti, 961 UNTS 187 (1972).

¹⁴ Konvencija o statusu beguncev, 189 UNTS 137 (1951), s Protokolom o statusu beguncev, 606 UNTS 267 (1967). V skladu s členom 1(A)(2) Konvencije je begunec oseba, ki se »zaradi utemeljenega strahu pred preganjanjem, utemeljenim na rasi, veri, narodni pripadnosti, pripadnosti določeni družbeni skupini ali določenem političnem prepričanju, nahaja zunaj države, katere državljan je, in ne more ali zaradi takega strahu noče uživati varstva te države«; ali oseba, ki »nima državljanstva in se nahaja zunaj države, kjer je imela običajno prebivališče, pa se zaradi takih dogodkov ne more ali zaradi omenjenega strahu noče vrniti v to državo« (prevod M. K.).

različnih razlogov, zaradi česar morda ne izpolnjuje vseh konvencijskih kriterijev za status begunca. Toda skupino migrantov, ki jo ta članek obravnava, so osebe, ki so bile prisiljene zapustiti državo izvora,¹⁵ kar je ključna okoliščina. Pravni status migranta namreč ni odločilen za nastanek stroškov njegove oskrbe, kajti obveznost države gostiteljice, da migrante ustrezno obravnava, izhaja že iz splošne obveznosti držav, da na svojem ozemlju spoštujejo in zagotavljajo človekove pravice, k čemur jih zavezuje mednarodno pravo človekovih pravic.¹⁶ Vendarle pa je v praksi precej pogosto tako, da ravnanja države izvora, ki ljudi prisilijo k begu, hkrati pomenijo tudi preganjanje v smislu Konvencije, kar je eden od temeljnih kriterijev za status begunca po mednarodnem pravu.

Ker Konvencija beguncem daje tudi določene pravice, ki so človekovim pravicam komplementarne (kar ob doslednem spoštovanju Konvencije še poveča obveznosti države gostiteljice), je pomembno poudariti, da status begunca po mednarodnem pravu zaobjema tudi prosilce za mednarodno zaščito, ki se do dokončne odločitve nacionalnega organa o njihovem statusu štejejo za domnevne begunce¹⁷ z vsemi pripadajočimi pravicami.¹⁸ Odločitev nacionalnega organa je namreč le deklaratorne narave,¹⁹ kajti oseba postane begunec po mednarodnem pravu takoj, ko izpolnjuje vse konvencijske kriterije.²⁰ Država gostiteljica je zato dolžna migrantu zagotoviti vse relevantne pravice iz Konvencije že s trenutkom, ko ta zaprosi za mednarodno zaščito.

3. Predpostavke za uspešno uveljavljanje odškodnine

3.1. Ravnanje države izvora, ki pomeni razlog za beg ljudi iz države

Za potrebe uveljavljanja odškodnine za stroške sprejema migrantov je treba najprej opredeliti ravnanje države izvora, ki dejansko prisili ljudi k begu iz države, kajti od tega je odvisen obstoj vzročne zveze med ravnanji države izvora in begom ljudi iz nje. Tu gre predvsem za situacije, v katerih je država izvora ključni akter, ki sproži celoten niz tragičnih dogodkov, ki vodi v beg določene skupine ljudi v državo gostiteljico.²¹ Taka ravnanja države izvora so zato po učinku enaka ali zelo podobna izgonu ljudi iz države. Pri razjasnitvi termina »izgon« nam lahko pomaga opredelitev Komisije za mednarodno

¹⁵ V tuji strokovni literaturi se za tako osebo pogosto uporablja izraz »prisiljeni migrant« (angl. *forced migrant*).

¹⁶ Odbor za človekove pravice, Splošni komentar št. 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), tč. 3.

¹⁷ UNHCR, Note on International Protection, A/AC.96/815 (1993), str. 5, tč 11.

¹⁸ Hathaway, *THE RIGHTS OF REFUGEES UNDER INTERNATIONAL LAW* (2005), str. 158–159.

¹⁹ Zimmermann, Mahler, Article 1 A para. 2 (2011), str. 299.

²⁰ UNHCR, Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status (2011), str. 9, tč. 28, URL: <http://www.refworld.org/docid/4f33c8d92.html>.

²¹ Tomuschat, *State Responsibility and the Country of Origin* (1996), str. 59.

pravo, ki je akt izгона, čeprav v kontekstu prava izгона tujcev, ki je svojevrstno pravno področje,²² opredelila ne le kot formalno odločitev države, s katero posameznika prisili k zapustitvi države, temveč tudi kot vsako njeno ravnanje, ki povzroči enake učinke.²³ V praksi se je izoblikovalo stališče, da je država izvora dejansko prisilila ljudi k begu, če jih je izpostavila tako skrajno obupnim in grozečim pogojem za življenje, da je bil beg njihova edina razumna možnost.²⁴ Slednje smiselno enako velja tudi za situacije, v katerih so take pogoje za življenje ustvarili nedržavni akterji, pa država izvora ni ustrezno ukrepala, da bi to preprečila, čeprav bi lahko.²⁵ Ključno pri tem je, da je take razmere bolj ali manj *načrtno* povzročila oziroma dopustila država izvora, in da te niso bile posledica dejavnikov zunaj njenega nadzora, kot so to na primer naravne katastrofe.

Razmer, v katerih je beg iz države ljudem edina razumna možnost, je v vseh njihovih pojavnih oblikah nemogoče opredeliti vnaprej, saj je njihov obstoj odvisen od presoje vseh okoliščin vsakega primera posebej. Kljub temu pa je na splošno mogoče določiti nekatere situacije, ki se nedvomno kvalificirajo kot take. Ker splošno nespoštovanje človekovih pravic v neki državi samo po sebi ni samoumeven razlog za beg ljudi iz države, gre tu predvsem za izjemne situacije, v katerih so ljudem sistematično kršene njihove osnovne človekove pravice. Vsesplošno slabe življenjske razmere v državi izvora se bodo zato le stežka štele kot ravnanje, ki bi ljudem načrtno kršilo osnovne človekove pravice, razen če se v izjemno slabih življenjskih razmerah posamezna skupina ljudi znajde zaradi sistemske diskriminacije. Situacija državljanske vojne je prav tako izključena, pa ne zato, ker bi ljudje lahko ostali v državi izvora, ampak zato, ker v takem primeru beg ljudi ni bil sprožen zaradi načrtnih ravnanj države izvora, marveč prav zaradi nezmožnosti njenih organov, da bi vzdrževali javni red in mir.²⁶ Navsezadnje je v situaciji notranjega oboroženega spopada nemogoče povzročitev razlogov za beg, tj. posledic vojne, pripisati izključno samo eni strani v spopadu.

Na koncu je treba opozoriti še na dvojje. Prvič, po pravilu *de minimis* je upoštevno le tisto ravnanje države izvora, katerega posledica je množičen val migrantov. Ta je opredeljen z znatnim številom oseb, ki pridejo na državno mejo, s hitrostjo njihovega prihoda, z neustrezno odzivno sposobnostjo države gostiteljice ter njeno nezmožnostjo obravnave

²² Gre za specifično pravno področje, ki odpira tudi druga pravna vprašanja, katerih obravnava tukaj ni potrebna.

²³ Osnutek pravil o izgonu tujcev s komentarji, Poročilo Komisije za mednarodno pravo, A/69/10 (2014), str. 20, tč. 2; glej tudi ILA Declaration of Principles of International Law on Mass Expulsion (1986).

²⁴ Komisija za medsebojne zahtevke Eritreje in Etiopije, Civilian Claims – Ethiopia's Claim No. 5, Partial Award, (2004), XXVI RIAA 249, tč. 126; glej tudi Brower, Brueschke, THE IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL (1998), str. 343–365.

²⁵ Henckaerts, MASS EXPULSION IN MODERN INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE (1995), str. 114.

²⁶ Hofmann, Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility (1985), str. 703.

podanih prošenj za mednarodno zaščito.²⁷ Drugič, ni pomembna le vzročna zveza med ravnanjem države izvora in begom ljudi iz nje, temveč tudi med ravnanjem države izvora in destinacijo, kamor migranti prebežijo. V praksi bi zato odškodnino najlažje zahtevale zgolj sosednje oziroma (naj)bližje države, saj »se za njih lahko razumljivo predvideva, da bodo soočene z valom [migrantov], če bi bili ti prisiljeni zapustiti državo izvora«.²⁸

3.2. Možni podlagi za odškodnino

Država lahko po mednarodnem pravu uspešno uveljavlja odškodnino za škodo, ki jo je utrpela, le, če se opre na katero od podlag za uveljavljanje mednarodne odgovornosti države kršiteljice.²⁹ Pri tem ima glavno vlogo koncept prizadete države,³⁰ kajti temeljna predpostavka za uspešen odškodninski zahtevek oškodovane države je, da ravnanje države kršiteljice krši mednarodno *obveznost, ki ji je dolgovana*, sicer se ta ne šteje za prizadeto državo in zato ne more zahtevati odškodnine v svojem imenu.³¹ V kontekstu odškodninskega zahtevka za stroške v zvezi s sprejemom migrantov mora država gostiteljica zato izkazati, da je ravnanje države izvora, ki je povzročilo beg ljudi, kršilo določeno obveznost, ki ji jo država izvora dolguje. Na podlagi tega se državi gostiteljici kot prizadeti državi ponujata dve možni podlagi za uveljavljanje odškodnine, in sicer na podlagi kršitve obveznosti nepovzročanja množičnih valov migrantov, ki ji je dolgovana posamično, in na podlagi kršitev človekovih pravic, kot obveznosti *erga omnes partes*.

Pred razpravo o možnih podlagah uveljavljanja odškodnine je pomembno poudariti dvoje. Prvič, v situacijah, ko ljudje iz države izvora bežijo zaradi množičnih kršitev človekovih pravic, in pri tem državi gostiteljici ne nastane nikakršna materialna škoda, država gostiteljica odškodnine za same kršitve človekovih pravic ne more zahtevati v svojem imenu. Obveznosti, ki izhajajo iz človekovih pravic, so namreč primarno dolgovane posameznikom in ne državam, zaradi česar lahko država zahteva odškodnino za njihove kršitve le v imenu svojih državljanov v okviru instituta diplomatske zaščite, za kar pa v takih situacijah pogoji niso izpolnjeni. Drugič, čeprav država gostiteljica lahko uveljavlja odgovornost države izvora tudi kot neprizadeta država,³² pri tem ne more zahtevati odškodnine.³³

²⁷ UNHCR, EXCOM Conclusion No. 100 – International Cooperation, and Burden and Responsibility Sharing in Mass Influx Situations (2004), tč. a.

²⁸ Krajnc, Sancin, Mednarodnopravne možnosti države za uveljavljanje povračila stroškov za sprejem prebežnikov (2017), str. 22.

²⁹ Glej 42. člen Pravil o odgovornosti držav.

³⁰ Crawford, Overview of Part Three of the Articles on State Responsibility (2010) str. 932.

³¹ Osnutek pravil o odgovornosti držav s komentarji, Poročilo Komisije za mednarodno pravo, A/56/10 (2001), str. 117, tč. 2.

³² V okviru 48. člena Pravil o odgovornosti držav.

³³ Gaja, States Having an Interest in Compliance with the Obligation Breached (2010), str. 961.

3.2.1. Kršitev obveznosti ne-povzročanja množičnih valov migrantov

Osnovno pravilo o uveljavljanju mednarodne odgovornosti držav določa, da se država šteje za prizadeto, če ravnanje druge države krši obveznost, ki ji je dolgovana posamično.³⁴ V kontekstu te razprave to pomeni, da ravnanje države izvora prizadene uživanje oziroma izvajanje pravic države gostiteljice, ki izvirajo iz nekega splošnega mednarodnopravnega pravila³⁵ – v tem primeru obveznosti nepovzročanja množičnih valov migrantov, izpeljane iz temeljnega načela suverene enakosti držav³⁶ oziroma obveznosti nepovzročanja škode drugim državam (*sic utere tuo ut alienum non laedas*).³⁷ Tako se bo tu kot relevanten protipraven akt razumel izgon ljudi *zaradi* množičnih kršitev njihovih človekovih pravic in ne same kršitve le-teh.

Misel o protipravnosti prisilnega izгона ljudi iz države sega že v leto 1891, ko je *l'Institut de droit international* zapisal, da kakršenkoli prisilen izgon ljudi, katerega posledica je obremenitev drugih držav, pomeni kršitev mednarodnega prava.³⁸ Vendar pa zamisel o povračilu stroškov v zvezi s sprejemom migrantov sega v leto 1936, ko je Odbor za mednarodno pomoč beguncem v svojem poročilu Svetu Društva narodov zapisal, da je:

»glede na izjemno obremenjenost držav gostiteljic treba ugotoviti, da ima država izvora mednarodno obveznost, da državi gostiteljici vsaj deloma pomaga ublažiti bremena, ki jih predstavlja prisotnost beguncev na njenem ozemlju.«³⁹

Kmalu zatem je profesor Jennings v svojem pionirskem delu trdil, da je ravnanje države, ki ljudi prisili k odhodu iz nje, kršitev mednarodnega prava, saj naj bi to pomenilo zlorabo pravic v kontekstu načela *sic utere tuo ut alienum non laedas*, čemur naj bi sledila obveznost pomoči državi gostiteljici.⁴⁰ Na tej podlagi so nato v osemdesetih letih 20. stoletja sledile tudi druge teoretične razprave,⁴¹ ki so si avtorji prizadevali tako stališče razviti dalje.

Naslednje pomembno delo na tem področju je osnutek Deklaracije o načelih mednarodnega prava o odškodninah za begunce in države gostiteljice, ki ga je leta 1990 sprejelo

³⁴ Točka (a) 42. člena Pravil o odgovornosti držav.

³⁵ Crawford, *STATE RESPONSIBILITY* (2013), str. 543.

³⁶ To vključuje suvereno pravico vsake države do nadzora vstopa tujcev na njeno ozemlje.

³⁷ Krajnc, Sancin, nav. delo, str. 21.

³⁸ *Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. XI, Session de Hambourg (1891), str. 278–279, tč. XI.

³⁹ Poročilo Odbora Društva narodov za mednarodno pomoč beguncem, LN Doc. C.2 M.2 1936 XII (1936) (prevod M. K.).

⁴⁰ Jennings, *Some International Law Aspects of the Refugee Question* (1939), str. 110–114.

⁴¹ Hofmann, nav. delo, str. 704–709; Garvey, *Toward a Reformulation of International Refugee Law* (1985), str. 494–499; Akhavan, Bergsmo, *The Application of the Doctrine of State Responsibility to Refugee Creating States* (1989), str. 244–248.

Združenje za mednarodno pravo,⁴² in katerega *spiritus agens* je bil profesor Lee.⁴³ Med načeli, ki zasledujejo stališče, da bi morale države pri izvajanju svoje suverenosti storiti vse, da preprečijo nove množične valove migrantov,⁴⁴ je še posebej relevantno deveto načelo, ki določa, da naprtitev bremena oskrbe migrantov drugi državi pomeni kršitev njene suverenosti oziroma obveznosti vzdržati se vsakega ravnanja, ki onemogoča normalno uživanje suverenih pravic drugih držav, in deseto načelo, po katerem je pravica države gostiteljice do odškodnine utemeljena s finančnimi, socialnimi in drugimi vrstami bremen, ki jih mora nositi na podlagi kvazikontraktnega razmerja med njo in državo izvora.⁴⁵ Vendarle pa je večina članov odbora menila, da ta načela spadajo v domeno *lex ferenda*, zaradi česar je upravičeno sklepati, da je prav to razlog, zakaj je Združenje za mednarodno pravo dve leti pozneje v novo sprejeti deklaraciji⁴⁶ opustilo del, ki se je nanašal na odškodnine državam gostiteljicam.

Avtorji novejših razprav⁴⁷ ugotavljajo, da ravnanje države izvora, ki ljudi prisili k begu, tako da sistematično krši njihove osnovne človekove pravice, in pri tem obremeni druge države, pomeni kršitev suverenosti države gostiteljice oziroma obveznosti nepovzročanja škode drugim državam, toda pri tem poudarjajo tudi kršitve človekovih pravic, ki naj bi državi gostiteljici prav tako dajale podlago za odškodnino. V teoriji torej obstaja prepričanje, da države ne smejo izvajati svoje oblasti tako, da povzročajo množične valove migrantov, ki obremenjujejo druge države, saj to pomeni kršitev mednarodnega prava. Kaj pa pravi praksa?

Z vidika obveznosti nepovzročanja množičnih valov migrantov so posebej relevantne zadeve, povezane s povzročanjem čezmejne škode. Zato je treba najprej omeniti zadevo *Trail Smelter*, ki se pogosto pojavlja kot referenčna zadeva glede prepovedi povzročanja čezmejne škode. V njej je arbitražni tribunal odločil, da je Kanada odgovorna za okoljsko škodo na ozemlju ZDA, ki jo je povzročil dim iz tovarne na ozemlju Kanade, kajti:

»na podlagi načel tako mednarodnega prava kot tudi nacionalnega prava ZDA nobena država nima pravice uporabljati oziroma dovoliti uporabo svojega ozemlja

⁴² ILA Draft Declaration of Principles of International Law on Compensation to Refugees and Countries of Asylum (1990).

⁴³ Glej Lee, *The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum* (1986), str. 552–560.

⁴⁴ *International Co-operation to Avert New Flows of Refugees: Note by the Secretary-General, A/41/324* (1986), tč. 66(c).

⁴⁵ *Draft Declaration of Principles of International Law on Compensation to Refugees and Countries of Asylum: Report of the Committee* (1990), str. 348–352.

⁴⁶ *ILA Declaration of Principles of International Law on Compensation to Refugees* (1992).

⁴⁷ Nanda, *International Law and the Refugee Challenge: Mass Expulsion and Internally Displaced People* (1992), str. 796–801; Garry, *The Right to Compensation and Refugee Flows: A 'Preventive Mechanism' in International Law?* (1998), str. 101–113; Giustiniani, *The Obligations of the State of Origin of Refugees: An Appraisal of a Traditionally Neglected Issue* (2015), str. 173–176.

tako, da dim, ki izvira iz njenega ozemlja, povzroči škodo na ozemlju druge države«. ⁴⁸

Največja težava uporabe tega načela v primerih množičnih valov migrantov je, da oseb nikakor ne moremo primerjati z dimom in da je načelo neposredno uporabljivo le na področju mednarodnega okoljskega prava.

Splošno dikcijo obveznosti nepovzročanja škode drugim državam zasledimo v zadevi *Corfu Channel*. Tu je sodišče odločalo o tem, ali je bila Albanija dolžna obvestiti in opozoriti vojaške ladje Velike Britanije, ki so plule skozi njeno teritorialno morje v Krfski ožini, o tam prisotnih morskih minah. Sodišče je zapisalo, da take obveznosti izhajajo:

»iz določenih *splošnih in široko priznanih* načel, in sicer [...] obveznosti vsake države, da ne dovoli, da bi se njeno ozemlje uporabljalo za ravnanja, ki kršijo pravice drugih držav, če zanje ve oziroma bi mogla vedeti.« ⁴⁹

Ker je sodišče temu načelu pripisalo splošno veljavnost, je njegova uporaba teoretično možna tudi v primerih množičnih valov migrantov.

Vendar pa je treba dodati, da je Meddržavno sodišče doslej obveznost nepovzročanja škode drugim državam izrecno priznalo zgolj v kontekstu mednarodnega okoljskega prava. V svojem svetovalnem mnenju o zakonitosti grožnje ali uporabe jedrskega orožja je zapisalo, da je splošna obveznost spoštovanja okolja drugih držav del korpusa mednarodnega okoljskega prava. ⁵⁰ Slednje je sodišče pozneje potrdilo v zadevi *Pulp Mills*, v kateri je odločalo o kršitvah Statuta reke Urugvaj, ki naj bi jih predstavljal projekt izgradnje dveh obratov za proizvodnjo celuloze. Sodišče je jasno zapisalo, da je država dolžna uporabiti vsa sredstva, ki jih ima na voljo, da prepreči ravnanja na svojem ozemlju, ki povzročajo znatno okoljsko škodo drugi državi. ⁵¹ Toda pri tem je zelo pomembno, da je sodišče poudarilo, da splošno načelo preprečevanja, ki je del običajnega mednarodnega prava, izvira iz dolžne skrbnosti ravnanja države na svojem ozemlju, pri čemer se je izrecno oprlo na svoj prej omenjeni odlomek v zadevi *Corfu Channel*. ⁵² V skladu s stališči prakse mednarodnih sodišč in tribunalov lahko torej ugotovimo, da podlaga za obveznost nepovzročanja množičnih valov migrantov obstaja, pa čeprav zgolj implicitno.

Prav tako je treba obravnavati tudi prakso držav, pri čemer lahko ugotovimo, da primerov, ko bi država izvora plačala določen znesek odškodnine državi gostiteljici za stroške sprejema migrantov, praktično ni. V literaturi se kot edini tak primer prakse

⁴⁸ *Trail Smelter (USA/Canada)*, Award, (1941), III RIAA 1938, str. 1965 (prevod M. K.).

⁴⁹ *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, Merits, ICJ Reports 1949, str. 4 in 22 (prevod in poudarek M. K.).

⁵⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, str. 226, tč. 29.

⁵¹ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports 2010, str. 14, tč. 101. To načelo je sodišče dodatno potrdilo v poznejših združenih zadevah: *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* and *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, ICJ Reports 2015, str. 665, tč. 118.

⁵² Prav tam.

držav pojavlja plačilo treh milijard nekdanjih nemških mark Zvezne republike Nemčije Izraelu, in sicer kot povračilo visokih stroškov za sprejem beguncev, ki so zbežali pred preganjanjem v nacistični Nemčiji,⁵³ toda šlo je za plačilo *ex gratia*.⁵⁴ Nekoliko pogostejši so primeri, ko je država gostiteljica, soočena z množičnim valom migrantov, protestirala zoper ravnanja države izvora. Kot taki primeri se v literaturi navajajo protest ZDA zoper preganjanje judov v Rusiji s konca 20. stoletja, protest Nemčije zoper izgon etničnih Nemcev iz Francije po prvi svetovni vojni, protest Indije zoper vojaško posredovanje Pakistana proti bangladeškim borcem za svobodo leta 1971 ter protest Indije zoper vojaško posredovanje Šrilanke proti tamilskim upornikom leta 1986.⁵⁵ Ni pa jasno, ali so države gostiteljice v teh primerih protestirale zaradi ščitenja svojih suverenih pravic ali zgolj zaradi neugodne situacije, s katero so se soočale.

Dodaten vpogled v prakso držav ponuja tudi aktualen in vzorčen primer obravnavane problematike, v katerem je ljudstvo Rohinga množično zbežalo v sosednji Bangladeš pred etničnim nasiljem oblasti v svoji državi Mjanmar. Čeprav je v le nekaj mesecih v Bangladeš zaradi preganjanja prebežalo skoraj milijon pripadnikov ljudstva Rohinga, Bangladeš (še) ni zahteval odškodnine za stroške njihove oskrbe, niti ni uradno protestiral zoper protipravna ravnanja Mjanmara.

Bolj kot se premikamo od teorije k praksi, se obstoj obveznosti nepovzročanja množičnih valov migrantov zdi manj verjeten, čeprav ni popolnoma jasno, ali redkost prakse držav izhaja iz pomanjkanja okoliščin, ki bi resnično zahtevale odziv držav gostiteljic, ali dejanskega nepriznavanja take obveznosti. Toda, ali je vendarle možen drugačen zaključek kot ta, da je obravnavana obveznost zgolj teoretični konstrukt oziroma da je v najboljšem primeru *in statu nascendi*?

Treba je poudariti, da je temeljno načelo, na podlagi katerega je praksa mednarodnih sodišč in tribunalov razvila obveznost nepovzročanja znatne čezmejne okoljske škode, splošno načelo nepovzročanja škode drugim državam, kot ga je Meddržavno sodišče deklariralo v zadevi *Corfu Channel*. Glede na to, da je *ratio* obveznosti nepovzročanja množičnih valov migrantov enak, tj. nepovzročanje škode drugim državam, pravzaprav ne gre za drugo – novo – obveznost, temveč za že obstoječo obveznost, ki prepoveduje povzročanje specifične pojavnne oblike čezmejne škode, tj. stroškov v zvezi z oskrbo migrantov. Dejstvo je, da vseh pojavnih oblik čezmejne škode *in abstracto* ni mogoče predvideti vnaprej,⁵⁶ zato ne bi bilo smiselno vsakokrat na novo vzpostavljati posebno obveznost za vsako pojavno obliko čezmejne škode.

⁵³ Draft Declaration of Principles of International Law on Compensation to Refugees and Countries of Asylum: Report of the Committee, str. 351–352.

⁵⁴ Prav tam, str. 357.

⁵⁵ Glej prav tam, str. 351; Lee, nav. delo, str. 560–562.

⁵⁶ Osnutek pravil o preprečevanju čezmejne škode, ki izvira iz nevarnih dejavnosti, s komentarji, Poročilo Komisije za mednarodno pravo, A/56/10 (2001), str. 153, tč. 9.

Iz tega torej izhaja, da obveznost nepovzročanja množičnih valov migrantov v mednarodnem pravu pravzaprav implicitno že obstaja, in sicer kot del mednarodnega običajnega prava, in da ni čisti teoretični konstrukt. Če država zaradi svojih ravnanj povzroči množični val migrantov, s tem državi gostiteljici dejansko povzroči škodo, saj prizadene njeno suverenost z bremenom oskrbe migrantov. Kljub temu pa bi država gostiteljica verjetno težko uspela z odškodninskim zahtevkom na tej podlagi, saj bi taka razlaga temeljne obveznosti o nepovzročanju čezmejne škode zahtevala kar nekaj sodniškega poguma.

3.2.2. Kršitev človekovih pravic, kot obveznosti *erga omnes partes*

Država prav tako lahko uveljavlja odškodnino kot prizadeta država, če ravnanje druge države krši obveznost, ki je dolgovana posamezni skupini držav, katere del je tudi država, ki jo je kršitev še posebej prizadela.⁵⁷ Pri tem gre za tako imenovane kolektivne obveznosti, ki jih država ne dolguje drugi državi posamično, temveč jih dolguje posamezni skupini držav kot celoti – bodisi skupini držav pogodbenic mednarodne pogodbe (*erga omnes partes*) bodisi celotni mednarodni skupnosti (*erga omnes*).⁵⁸ Spoštovanje slednjih pomeni skrb vseh držav, zaradi česar imajo vse države pravni interes za zagotovitev njihovega uresničevanja.⁵⁹ Toda ker v mednarodnem pravu ni povsem jasno, katere te obveznosti dejansko so,⁶⁰ bo poudarek dan na obveznosti *erga omnes partes*, ki jih vsaka država pogodbenica posamezne mednarodne pogodbe dolguje vsem preostalim državam pogodbenicam, tako da ima vsaka od njih pravni interes za zagotovitev njihovega spoštovanja.⁶¹ Vendar pa tudi tu identifikacija ni povsem samoumevna, saj obveznosti *erga omnes partes* ne izhajajo prav iz vsake multilateralne mednarodne pogodbe. Ključna okoliščina je, da imajo države pogodbenice skupen interes za uresničitev predmeta in cilja konkretne mednarodne pogodbe,⁶² zaradi česar so obveznosti, ki izhajajo iz pogodb o človekovih pravicah, primer *par excellence* obveznosti *erga omnes partes*.⁶³

Čeprav so človekove pravice, ki izhajajo iz mednarodnih pogodb, obveznosti *erga omnes partes*, to še ne pomeni, da njihove kršitve samodejno dajejo drugim državam pogodbenicam pravico, da v primeru njihovih kršitev lahko uveljavljajo odškodnino v svojem imenu. Da se v primeru kršitev obveznosti *erga omnes partes* posamezna država šteje za prizadeto, je najpomembnejše dejstvo, da je ta z njimi »še posebej prizadeta«,

⁵⁷ Točka (b)(i) 42. člena Pravil o odgovornosti držav.

⁵⁸ Osnutek pravil o odgovornosti držav s komentarji, str. 118, tč. 11.

⁵⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. (Belgium v. Spain)*, ICJ Reports 1970, str. 3, tč. 33.

⁶⁰ Kot take so danes izrecno priznane prepovedi agresije, genocida, suženjstva, rasne diskriminacije in mučenja ter pravica do samoodločbe.

⁶¹ *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, ICJ Reports 2012, str. 422, tč. 68.

⁶² Okowa, *Issues of Admissibility and the Law on International Responsibility* (2014), str. 496–497.

⁶³ *Armed Activities on the Territory of the Congo (DR Congo v. Uganda)*, ICJ Reports 2005, Separate Opinion of Judge Simma, str. 334, tč. 35.

kar pomeni, da sama pravna škoda ni zadosten kriterij, ki bi drugo državo pogodbenico kvalificiral kot prizadeto. Pri kršitvah takih obveznosti mora zato državi gostiteljici nujno nastati tudi dejanska škoda, kar je Komisija za mednarodno pravo slikovito ponazorila s primerom onesnaženja na odprtem morju, ki prizadene obalo posamezne države⁶⁴ – gre za ravnanje v nasprotju s Konvencijo Združenih narodov o pomorskem mednarodnem pravu,⁶⁵ ki ima še posebej škodljive posledice za dotično obalno državo. V situaciji množičnega vala migrantov, ki izvira iz množičnih kršitev človekovih pravic kot obveznosti *erga omnes partes*, se »posebna prizadetost« države gostiteljice kaže v čezmejni škodi, tj. stroških v zvezi z oskrbo migrantov. Sicer pa se situacije »posebne prizadetosti« presojajo primeroma, kjer ima odločilno vlogo dejstvo, da kršitev obveznosti *erga omnes partes* prizadene dotično državo tako, da jo je zaradi posledic kršitev dejansko možno razločiti od preostalih držav pogodbenic.⁶⁶

Iz tega sledi, da če sta država izvora in država gostiteljica pogodbeni stranki kate-re od pogodb o človekovih pravicah, država gostiteljica lahko na tej podlagi zahteva odškodnino od države izvora, če bi ji zaradi kršitev take mednarodne pogodbe nastale znatne ekonomske posledice oziroma znatni stroški v povezavi z oskrbo migrantov, kajti v takem primeru se država gostiteljica lahko kvalificira za »še posebej prizadeto« državo.⁶⁷ Protipraven akt v tem primeru torej ni posreden izgon ljudi zaradi sistematičnih kršitev človekovih pravic, temveč *same* kršitve človekovih pravic, kot izhajajo iz mednarodnih pogodb o človekovih pravicah. Ker pa še ni mednarodne sodne ali arbitražne prakse, v kateri bi država uveljavljala mednarodno odgovornost druge države na podlagi kršitev obveznosti *erga omnes partes* in pri tem zahtevala odškodnino v svojem imenu, ni prav jasno, kakšne so praktične možnosti za uspeh, če bi država gostiteljica od države izvora zahtevala odškodnino na tej podlagi. Ne glede na to pa se vendarle zdi, da ima država gostiteljica boljše možnosti za uspeh, če uveljavlja odškodnino na tej podlagi, saj je teo-retično prepričljivejša.

3.3. Nastanek škode

Eden od osnovnih pogojev za uspešno uveljavljanje odškodnine je tudi nastanek dejanske škode, ki jo v situaciji množičnega vala migrantov tipično predstavljajo izdatki države gostiteljice v zvezi s postavitvijo in ustreznim vodenjem ter vzdrževanjem nastanitvenih centrov za migrante, izdatki za izredna popravila in vzdrževanje javne infrastrukture, izdatki v zvezi z integracijo tistih, ki se kvalificirajo kot begunci, ter povečani izdatki

⁶⁴ Osnutek pravil o odgovornosti držav s komentarji, str. 119, tč. 12.

⁶⁵ Glej 194. člen Konvencije Združenih narodov o pomorskem mednarodnem pravu, 1833 UNTS 3 (1982).

⁶⁶ Osnutek pravil o odgovornosti držav s komentarji, str. 119, tč. 12.

⁶⁷ Krajnc, Sancin, nav. delo, str. 21–22.

za vzdrževanje javnega reda in miru ter nadzora državnih meja. Taki izdatki nastanejo oziroma se povečajo tudi v luči dejstva, da mora država gostiteljica pri oskrbi migrantov spoštovati in zagotavljati njihove človekove pravice ter pravice, ki jim pripadajo po Konvenciji.⁶⁸ Tu je treba poudariti, da ne glede na to, da so ti stroški strogo formalno gledano strošek izpolnjevanja mednarodnih obveznosti države gostiteljice, dejstvo ostaja – in to je odločilno⁶⁹ –, da je država gostiteljica podvržena tem ekonomskim posledicam zaradi protipravnih ravnanj države izvora. Tako sklepanje je v skladu tudi s splošno sprejetim širokim pojmovanjem »dejanske škode«, ki zaobjema vsako materialno posledico, ki je rezultat protipravnega ravnanja.⁷⁰

Ob nastanku dejanske škode sta pri uveljavljanju odškodnine pomembna še dva pogoja, in sicer da povrnitev v prejšnje stanje ne odpravi vseh škodnih posledic in da je škoda finančno ugotovljiva.⁷¹ Če torej povrnitev v prejšnje stanje ne more izbrisati vseh škodnih posledic protipravnega ravnanja, je država kršiteljica dolžna plačati tudi odškodnino, kar je v primerih izdatkov v zvezi s škodo na javni infrastrukturi in drugih s tem povezanih izdatkih običajno.⁷² Škoda pa je finančno ugotovljiva, če jo je možno oceniti v finančnem smislu,⁷³ kar stroške v povezavi s sprejemom migrantov nedvomno je.

Če migranti v času odškodninskega zahtevka še vedno prihajajo, tako da škoda še vedno nastaja, je država gostiteljica upravičena do odškodnine za škodo, ki ji nastane do časa odločanja o odškodninskem zahtevku.⁷⁴ Lahko pa država gostiteljica poleg odškodninskega zahtevka hkrati od države izvora zahteva tudi prenehanje protipravnega ravnanja,⁷⁵ s čimer bi lahko dosegla ustavitev množičnega vala migrantov.

3.3.1. (Ne)možnost preprečitve vstopa migrantov v državo

Tukaj se postavi vprašanje, ali je država gostiteljica sploh dolžna sprejeti migrante oziroma ali jih sme na meji zaustaviti in jim ne dovoliti vstopa, tako da se stroškom za njihovo oskrbo izogne? To pravno vprašanje je zelo pomembno, saj neposredno vpliva na *obseg* odškodnine, ki jo država gostiteljica lahko zahteva od države izvora. Če bi država gostiteljica smela preprečiti vstop migrantov v državo (pod predpostavko, da bi to dejansko lahko tudi storila), bi to nedvomno vplivalo na samo višino odškodnine. Pri odločanju o višini odškodnine ima namreč pomembno vlogo tudi element prispevka

⁶⁸ Glej Hathaway, *What's in a Label?* (2003), str. 4.

⁶⁹ Krajnc, Sancin, nav. delo, str. 22.

⁷⁰ Osnutek pravil o odgovornosti držav s komentarji, str. 91–92, tč. 5.

⁷¹ Prvi in drugi odstavek 36. člena Pravil o odgovornosti držav.

⁷² Glej na primer *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, Compensation, ICJ Reports 1949, str. 244 in 248–250.

⁷³ Osnutek pravil o odgovornosti držav s komentarji, str. 99, tč. 5.

⁷⁴ *Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, Merits, PCIJ Reports, Ser. A, No. 17 (1928), str. 47–48.

⁷⁵ Točka a 30. člena Pravil o odgovornosti držav.

oškodovane države,⁷⁶ ki je v mednarodni sodni praksi široko priznan.⁷⁷ Državi izvora v takem primeru torej dejansko ne bi bilo treba plačati odškodnine, saj bi država gostiteljica ekonomske posledice v zvezi s sprejemom migrantov lahko v celoti preprečila.

Ker pravica do dostopa do ozemlja oziroma do azilnega postopka kot taka v mednarodnem pravu ni izrecno zagotovljena – v temeljnih dokumentih mednarodnega prava človekovih pravic in beguncev ta ni izrecno zapisana – je odgovor na zgoraj postavljeno vprašanje odvisen od razlage obveznosti nevračanja (tako imenovani *non-refoulement*), ki naj bi vključevala tudi obveznost sprejema oziroma nezavrnitve na meji. Zato je treba obveznost nevračanja podrobneje analizirati tako v okviru mednarodnega prava človekovih pravic kot tudi mednarodnega prava beguncev, iz česar bo sledil sklep o njenem dometu.

Na eni strani je mednarodno pravo človekovih pravic splošen okvir obveznosti nevračanja, kjer ta izhaja iz pravice do življenja in prepovedi mučenja,⁷⁸ zaradi česar jo mora država spoštovati v razmerju do vsakega posameznika v njeni pristojnosti,⁷⁹ ne glede na njegov pravni status. Obveznost nevračanja državi torej prepoveduje, da bi posameznika predala v državo, v kateri bi bilo njegovo življenje lahko ogroženo oziroma bi bil tam lahko podvržen mučenju, nečloveškemu ali ponižujočemu ravnanju.⁸⁰ Pravni okvir obveznosti nevračanja v okviru mednarodnega prava človekovih pravic so Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah, Konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter Konvencija proti mučenju in drugim krutim, nečloveškim ali poniževalnim kaznim ali ravnanju.⁸¹ Prav tako pa je obveznost nevračanja danes sprejeta kot del splošno zavezujočega mednarodnega običajnega prava.⁸²

Tukaj je treba poudariti tudi vprašanje, kdaj država dejansko postane zavezana z obveznostjo nevračanja posameznika. Slednje se na prvi pogled zdi sicer trivialno, vendar so se v nedavni praksi držav (v kontekstu tako imenovane politike *pushback*) pokazale situacije, ki na uporabljivost človekovih pravic mečejo senco dvoma, saj država migrante obrav-

⁷⁶ Člen 39 Pravil o odgovornosti držav.

⁷⁷ Glej na primer *S.S. "Wimbledon" (France et al. v. Germany; Poland intervening)*, PCIJ Reports, Ser. A, No. 1 (1923), str. 31; *LaGrand (Germany v. USA)*, ICJ Reports 2001, str. 466, tč. 116.

⁷⁸ Lauterpacht, Bethlehem, *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion* (2003), str. 151.

⁷⁹ Prvi odstavek 2. člena Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah, 999 UNTS 171 (1966); 1. člen Evropske konvencije o človekovih pravicah, 213 UNTS 222 (1950).

⁸⁰ Odbor za človekove pravice, Splošni komentar št. 20, HRI/GEN/1/Rev.1 (1992), tč. 9; Rodley, *Integrity of the person* (2014), str. 183; Schabas, *THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS* (2015), str. 127. Sodbi Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) v zadevah *Saadi proti Italiji*, št. 37201/06, z dne 28. februarja 2008, tč. 125; in *Orhman (Abu Qatada) proti Združenemu kraljestvu*, št. 8139/09, z dne 17. januarja 2012, tč. 185.

⁸¹ Konvencija proti mučenju in drugim krutim, nečloveškim ali poniževalnim kaznim ali ravnanju, 1465 UNTS 85 (1984).

⁸² Lauterpacht, Bethlehem, nav. delo, str. 158.

nava zunaj svojega ozemlja. Temeljno načelo mednarodnega prava o pristojnosti držav določa, da je njihova pristojnost primarno teritorialna,⁸³ kar pomeni, da mora država spoštovati obveznost nevračanja v razmerju do posameznikov, ki so na njenem ozemlju. Situacije, ko je migrant enkrat že na meji, ampak mu vstop v državo ni dovoljen, tako nesporno spadajo v teritorialno pristojnost države, saj je migrant že na njenem ozemlju. Bolj vprašljive so situacije, ko država fizično prepreči, da bi migranti sploh lahko prišli na njeno ozemlje. Na morju države to počnejo tako, da ladje z migranti prestrežejo že na odprtem morju,⁸⁴ na kopnem pa tako, da mejo fizično zaprejo in s tem onemogočijo dostop do svojega ozemlja.⁸⁵ V obeh primerih je uporabljivost obveznosti nevračanja postavljena pod vprašaj, kajti osnovno – teritorialno – načelo pristojnosti ni uporabljivo, saj v prvem primeru država ravna ekstrateritorialno, v drugem pa ima njeno ravnanje ekstrateritorialno posledico. Toda mednarodna sodna⁸⁶ in kvazisodna⁸⁷ praksa se je razvila tako, da je država izjemoma dolžna spoštovati človekove pravice, in s tem obveznost nevračanja, tudi zunaj svojega ozemlja, če se posameznik tam znajde pod njeno dejansko oblastjo (tako imenovani *effective control*).⁸⁸

Če država na odprtem morju prestreže ladjo tako, da migrante vkrca na svojo ladjo, se po mednarodnem pravu morja šteje, da so migranti na tej ladji v izključni pristojnosti države, pod katere zastavo ladja pluje (pristojnost se vzpostavi *ex lege*).⁸⁹ Če pa država ladjo prestreže tako, da nad ladjo z migranti sama prevzame nadzor, se šteje, da so migranti pod njeno dejansko oblastjo in s tem prav tako v njeni pristojnosti (pristojnost se vzpostavi *ex facto*).⁹⁰ Situacija je nekoliko drugačna, če država na kopnem mejo fizično zapre, saj z ravnanji na *svojem* ozemlju povzroči, da migranti ne morejo dostopiti do nje-nega ozemlja, tako da bi prišli v njeno teritorialno pristojnost. Toda tako ravnanje ima ekstrateritorialno posledico (tj. preprečitev vstopa v državo, ki lahko ogrozi migrantovo življenje oziroma migranta lahko izpostavi mučenju, nečloveškemu ali ponižujočemu ravnanju), kar je zadostna okoliščina za vzpostavitev pristojnosti države. To stališče je

⁸³ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, str. 136, tč. 109; sklep ESČP v zadevi *Banković in drugi proti Belgiji in 16 drugim državam pogodbenicam*, št. 52207/99, z dne 12. decembra 2001, tč. 59.

⁸⁴ Kot je to počela Italija, ko je prestrezala ladje z migranti in jih vračala v Libijo.

⁸⁵ Kot je to storila Makedonija, ko je z ograjo fizično zaprla mejo z Grčijo za vse migrante.

⁸⁶ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, str. 136, tč. 109; sodbe ESČP v zadevah *Loizidou proti Turčiji*, št. 15318/89, z dne 18. decembra 1996, tč. 52; *Öcalan proti Turčiji*, št. 46221/99, z dne 12. maja 2005, tč. 91; in *Al-Skeini in drugi proti Združenemu kraljestvu*, št. 55721/07, z dne 7. julija 2011, tč. 133.

⁸⁷ Odbor za človekove pravice, Splošni komentar št. 31, CCPR/C/Rev.1/Add.1326 (2004), tč. 10.

⁸⁸ Glej tudi Odbor proti mučenju, Splošni komentar št. 4, CAT/C/GC/4 (2017), tč. 10.

⁸⁹ Sodba ESČP v zadevi *Hirsi Jamaa in drugi proti Italiji*, št. 27765/09, z dne 23. februarja 2012, tč. 77.

⁹⁰ Sodba ESČP v zadevi *Medvedev in drugi proti Franciji*, št. 3394/03, z dne 29. marca 2010, tč. 67.

Evropsko sodišče za človekove pravice izrecno potrdilo v zadevi *Andreou*, v kateri je odločilo, da je tožba pritožnice zoper Turčijo dopustna, čeprav je pritožnica posledice strelav turških agentov utrpela na ozemlju, nad katerim Turčija ni izvajala nikakršne oblasti.⁹¹

Na drugi strani mednarodno pravo beguncev tvori poseben pravni okvir obveznosti nevračanja, kjer ta izhaja neposredno že iz Konvencije, in sicer iz prvega odstavka njenega 33. člena. Zato se obveznost nevračanja v tem kontekstu uporablja samo za begunce oziroma prosilce za mednarodno zaščito, pri čemer dejstvo, da je migrant prišel na ozemlje države nezakonito,⁹² ni pomembno.⁹³ Državi pogodbenici je prepovedano, da bi begunca kakorkoli:

»izgnala ali prisilno vrnila na meje ozemlja, kjer bi bilo njegovo življenje ali svoboda ogrožena na račun njegove rase, vere, državljanstva, pripadnosti določeni družbeni skupini ali političnega prepričanja.«⁹⁴

Vendar pa se na to obveznost:

»ne more sklicevati begunec, ki pomeni resno grožnjo za varnost države, v kateri se nahaja, ali begunec, ki zaradi pravnomočne obsodbe za posebno težko kaznivo dejanje, pomeni nevarnost za skupnost te države.«⁹⁵

Prav tako se na konvencijsko obveznost nevračanja ne more sklicevati begunec, za katerega obstajajo izključitveni razlogi.⁹⁶ Čeprav je obveznost nevračanja v tem kontekstu del mednarodnega pogodbenega prava, je vendarle vredno omeniti, da je splošno sprejeto, da načelo *non-refoulement* v tem okviru odseva tudi mednarodno običajno pravo.⁹⁷

Vprašanje, ali je država dejansko zavezana s konvencijsko obveznostjo nevračanja tudi v zgoraj obravnavanih primerih z ekstrateritorialnim elementom, je enako. Čeprav tu ni nobene mednarodne sodne ali kvazisodne prakse, ki bi pojasnila, ali se Konvencija lahko uporablja tudi ekstrateritorialno, se je med najuglednejšimi strokovnjaki s tega področja uveljavila razlaga, ki sledi načinu uporabe mednarodnih pogodb o človekovih pravicah, kot je predstavljen zgoraj, saj ima Konvencija na načelni ravni enak – humanitaren⁹⁸ – značaj.⁹⁹ Iz tega sledi, da se konvencijska obveznost nevračanja primarno uporablja

⁹¹ Sklep ESČP o dopustnosti v zadevi *Andreou proti Turčiji*, št. 45653/99, z dne 3. marca 2008, str. 10–11.

⁹² Ker po sili razmer večina prosilcev za mednarodno zaščito ne more pravočasno urediti zahtevanih potovalnih dokumentov, jih večina vstopi nezakonito, za kar pa jih na podlagi 31. člena Konvencije o statusu beguncev države ne smejo kaznovati; glej Nabergoj, Krajnc, Nekaznovanje beguncev, ki so nezakonito v državi sprejema (2015), str. 21–23.

⁹³ Hathaway, nav. delo (2005), str. 171.

⁹⁴ Prvi odstavek 33. člena Konvencije o statusu beguncev (prevod M. K.).

⁹⁵ Drugi odstavek 33. člena Konvencije o statusu beguncev (prevod M. K.).

⁹⁶ Člen 1F Konvencije o statusu beguncev.

⁹⁷ Kälén, Caroni, Heim, Article 33, para. 1 (2011), str. 1345.

⁹⁸ McAdam, Interpretation of the 1951 Convention (2011), str. 86.

⁹⁹ Lauterpacht, Bethlehem, nav. delo, str. 111.

za situacije na ozemlju države gostiteljice, izjemoma pa tudi v primerih zunaj njenega ozemlja, če tam nad beguncem izvaja dejansko oblast ali ga s svojimi ravnanji neposredno prizadene.¹⁰⁰

Na podlagi opravljene analize obveznosti nevračanja je treba ovrednotiti, ali pod njen domet spada tudi obveznost sprejema oziroma nezavrnitve na meji, pri čemer je treba opozoriti, da čeprav se obveznost nevračanja pojavlja v dveh (sorodnih) pravnih režimih, zaradi česar se njena vsebina nekoliko razlikuje glede na kontekst, se obravnavana pravna režima ne izključujeta, temveč dopolnjujeta.

V okviru mednarodnega prava človekovih pravic je pravico do dostopa do ozemlja oziroma do azilnega postopka možno izpeljati iz tega, da je *vsakršno ravnanje*, ki posameznika izpostavi nevarnosti mučenja, nečloveškega ali ponižujočega ravnanja, v neskladju z obveznostjo nevračanja,¹⁰¹ saj je prepoved mučenja, nečloveškega ali ponižujočega ravnanja absolutna človekova pravica, ki državo zavezuje tudi v primeru množičnega vala migrantov.¹⁰² V okviru evropskega prava človekovih pravic pa se je ta pravica razvila tudi v sklopu prepovedi kolektivnega izгона tujcev.¹⁰³ Države tako ne smejo avtomatično vračati migrantov, ne da bi preverile okoliščine posameznega primera v ustreznem postopku, na primer v azilnem postopku.¹⁰⁴ Država gostiteljica je zato dolžna migrante sprejeti vsaj za čas danega postopka.

V okviru mednarodnega prava beguncev je pravica do dostopa do ozemlja oziroma do azilnega postopka odvisna od razlage obveznosti nevračanja, kot je opredeljena v prvem odstavku 33. člena Konvencije. V skladu s splošnim pravilom razlage mednarodnih pogodb¹⁰⁵ se pogodbo razlaga v dobri veri, po običajnem pomenu uporabljenih izrazov, v njihovem kontekstu ter v luči predmeta in cilja pogodbe. Z uporabo jezikovne razlage lahko ugotovimo, da določba obveznosti sprejema ne omenja, kajti zasnovana je negativno, tako da določa, česa država ne sme storiti. Iz tega izhaja, da določba ne spodkopava klasičnih suverenih pravic države in da država načeloma nima obveznosti sprejema begunca. Vendar pa razlaga v skladu s kontekstom, predvsem pa predmetom in ciljem Konvencije, ki stremi k temu, da »beguncem zagotovi najširše možno uživanje človekovih pravic«,¹⁰⁶ kaže na to, da *kadar* bi bila posledica nesprejema vrnitev begunca

¹⁰⁰ UNHCR, Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of *Non-Refoulement* Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol (2007), tč. 35; Goodwin-Gill, McAdam, *THE REFUGEE IN INTERNATIONAL LAW* (2007), str. 248.

¹⁰¹ Lauterpacht, Bethlehem, nav. delo, str. 159.

¹⁰² Sodbi ESČP v zadevah *M.S.S. proti Belgiji in Grčiji*, št. 30696/09, z dne 21. januarja 2011, tč. 223; in *Khlaifia in drugi proti Italiji*, št. 16483/12, z dne 15. decembra 2016, tč. 184.

¹⁰³ Člen 4 Četrtega Protokola (1968) k Evropski konvenciji o človekovih pravicah.

¹⁰⁴ Sodbi ESČP v zadevah *Hirsi Jamaa in drugi proti Italiji*, št. 27765/09, z dne 23. februarja 2012, tč. 185; in *Sharifi in drugi proti Italiji in Grčiji*, št. 16643/09, z dne 21. oktobra 2014, tč. 215.

¹⁰⁵ Prvi odstavek 31. člena Dunajske konvencije o pravu mednarodnih pogodb.

¹⁰⁶ Preambula Konvencije o statusu beguncev (prevod M. K.).

v državo, v kateri bi bil podvržen tveganju, da bi bil preganjan na osnovi rase, vere, državljanstva, pripadnosti določeni družbeni skupini ali političnega prepričanja, obveznost nevračanja vključuje tudi *de facto* obveznost sprejema, kajti to je edini način, da država begunca »na nikakršen način« ne izžene ali prisilno ne vrne na meje ozemlja, kjer bi bila njegovo življenje ali svoboda ogrožena.¹⁰⁷ Taka razlaga je smiselna in splošno sprejeta med najuglednejšimi strokovnjaki s tega področja.¹⁰⁸

Skupaj s kontekstom se pri razlagi mednarodnih pogodb upoštevajo tudi vsak poznejši dogovor med pogodbenicami in vsaka njihova poznejša dejanska uporaba te pogodbe.¹⁰⁹ Glede poznejših dogovorov je treba omeniti Zaključek št. 6 Izvršilnega odbora UNHCR, ki jasno potrjuje pomembnost spoštovanja obveznosti nevračanja tako znotraj ozemlja držav kot tudi na njihovih mejah.¹¹⁰ Dodati je treba tudi Zaključek št. 22, ki nedvoumno določa, da mora biti temeljna obveznost nevračanja, vključno z nezavrnitvijo na meji, strogo spoštovana v vsakršni situaciji,¹¹¹ čeprav tako razumevanje obveznosti nevračanja sloni na predpostavki mednarodne solidarnosti in deljenja bremen.¹¹² Glede poznejše dejanske uporabe Konvencije pa je treba ugotoviti, da države migrantom precej pogosto vstop preprečujejo,¹¹³ toda to avtomatično ne pomeni, da je taka praksa držav lahko tudi upoštevana, saj se je večina takih primerov štela za kršitev obveznosti nevračanja,¹¹⁴ zaradi česar ta praksa držav ni relevantna praksa, ki bi lahko potrjevala tako razumevanje obveznosti nevračanja.¹¹⁵ Še več, obstaja tudi nasprotna praksa držav,¹¹⁶ zaradi česar je težko sklepati, da bi poznejša dejanska uporaba Konvencije izključevala tako razlago. Navsezadnje, če praksa držav v zvezi s poznejšo uporabo multilateralne mednarodne pogodbe ni zares enotna, je ta le stežka zanesljivo sredstvo za razlago obveznosti, ki enako zavezuje vse pogodbene stranke.¹¹⁷

Okoliščine ob nastanku pogodbe in njena pripravljala dela (*travaux préparatoires*) so prav tako razlagalna sredstva mednarodnih pogodb, vendar zgolj dopolnilna, kar pomeni, da se uporabljajo samo, če je treba razlago, ki izhaja iz uporabe splošnih razlagalnih

¹⁰⁷ Hathaway, nav. delo (2005), str. 301.

¹⁰⁸ Glej na primer Kälin, Caroni, Heim, nav. delo (2011), str. 1367.

¹⁰⁹ Točki a in b 3. odstavka 31. člena Dunajske konvencije o pravu mednarodnih pogodb.

¹¹⁰ UNHCR, EXCOM Conclusion No. 6 – *Non-Refoulement* (1977), tč. c.

¹¹¹ UNHCR, EXCOM Conclusion No. 22 – *Protection of Asylum-Seekers in Situations of Large-Scale Influx* (1981), tč. II(A)2.

¹¹² Prav tam, tč. IV(1).

¹¹³ Glej Hathaway, nav. delo (2005), str. 279–300.

¹¹⁴ Glej prav tam, str. 355–363.

¹¹⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA)*, Merits, ICJ Reports 1986, str. 14, tč. 186.

¹¹⁶ Glej Lauterpacht, Bethlehem, nav. delo, str. 121.

¹¹⁷ *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Para. 2, of the Charter)*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1962, Separate Opinion of Judge Spender, str. 182 in 191.

metod, potrditi, ali če je ta dvoumna oziroma privede do nesmiselnega ali nerazumnega rezultata.¹¹⁸ Zato pripravljala dela *per se* ne morejo odločujoče vplivati na razlago konvencijske obveznosti. Kljub temu pa je treba poudariti, da sta Švica in Nizozemska med sklepanjem Konvencije izrecno izrazili stališče, da obveznost nevračanja v nobenem primeru ne zajema obveznosti sprejema,¹¹⁹ zaradi česar je bilo v angleško besedilo, ki je eno od avtentičnih jezikov Konvencije, dodan tudi francoski izraz *refouler*, da besedna zveza »izgnati ali prisilno vrniti« ne bi imela širšega pomena.¹²⁰ V luči tega je veliko držav zagovarjalo stališče, da imajo v izjemnih primerih množičnih valov migrantov pravico migrante na meji zavrniti, če bi bilo to nujno za zaščito njihovih vitalnih nacionalnih interesov, toda soglasje o tem ni bilo doseženo in taka možnost je ostala nezapisana.¹²¹ Pripravljala dela Konvencije nedvomno ponujajo dober vpogled v nastanek Konvencije in namene njenih držav pogodbenic, ki jih ne gre zanemariti, toda hkrati tudi razkrivajo, da pogledi držav vendarle niso bili tako enotni.

Na koncu je vredno osvetliti tudi načelo sodobne razlage mednarodnih pogodb, ki se še posebej uporablja za razlago pogodb s humanitarnim značajem. V skladu s tem načelom razlaga ne more ostati nezaznamovana s poznejšim razvojem mednarodnega prava, zaradi česar je treba pogodbo razlagati v kontekstu celotnega mednarodnopravnega sistema, ki obstaja v času razlage.¹²² Posledično razlaga obveznosti nevračanja ne more in ne sme biti ozka in s tem izvzeta iz neposredno povezanega okvira mednarodnega prava človekovih pravic, za katerega je značilna evolutivna razlaga,¹²³ ki teži k temu, da človekove pravice niso le teoretične in iluzorne, ampak tudi praktične in učinkovite.¹²⁴

Na podlagi tega je mogoče skleniti, da obveznost nevračanja tudi v kontekstu mednarodnega prava beguncev zajema obveznost sprejema, ki ostaja nespremenjena tudi v situacijah množičnih valov migrantov, če bi osebi zaradi nesprejema grozilo preganjanje ali druge posledice, ki jih obveznost nevračanja skuša preprečiti. Iz tega izhaja, da država gostiteljica migrantov, ki jih država izvora dejansko prisili k begu, na meji ne sme zavrniti oziroma jim ne dovoliti vstopa, kar pomeni, da se stroškom sprejema migrantov ne more izogniti.

¹¹⁸ Člen 32 Dunajske konvencije o pravu mednarodnih pogodb.

¹¹⁹ Glej Goodwin-Gill, McAdam, nav. delo, str. 206.

¹²⁰ Glej Hathaway, nav. delo (2005), str. 357.

¹²¹ Glej prav tam.

¹²² *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, str. 16, tč. 53.

¹²³ Sodba ESČP v zadevi *Tyrer proti Združenemu kraljestvu*, št. 5856/72, z dne 25. aprila 1978, tč. 31.

¹²⁴ Sodbi ESČP v zadevah *Airey v. Ireland*, št. 6289/73, z dne 9. oktobra 1979, tč. 24; in *Marckx proti Belgiji*, št. 6833/74, z dne 13. junija 1979, tč. 31.

3.3.2. Vprašanje vzročne zveze med protipravnim ravnanjem in škodo

Pri konstruiranju mednarodne odgovornosti države izvora za potrebe uveljavljanja odškodnine za stroške sprejema migrantov je nazadnje nujno treba obravnavati tudi vprašanje vzročne zveze med protipravnim ravnanjem in škodo, pri čemer mora biti to vprašanje jasno ločeno od vprašanj vzročne zveze, ki so bila obravnavana že zgoraj.¹²⁵ Tako bo tukaj relevantno vprašanje, kateri stroški sprejema migrantov so lahko povrnjeni: zgolj neposredni ali tudi posredni?

V mednarodnem pravu odgovornosti držav na splošno velja, da se odškodninsko načelo razteza samo na tisto škodo, ki je bila povzročena s protipravnim ravnanjem,¹²⁶ kar pomeni, da je vzročna zveza med protipravnim ravnanjem države in nastalo škodo vzpostavljena, če med njima obstaja dovolj neposredna povezava.¹²⁷ Škodo zato sestavljajo posledice, ki so pripisljive protipravnemu ravnanju, in ne vsaka posledica, ki kakorkoli izvira iz protipravnega ravnanja.¹²⁸ Iz tega izhaja, da so postranski ali posredni stroški praviloma izključeni iz odškodnine, toda če ti niso preveč oddaljeni od zahtevanega kavzalnega razmerja, tako da so še vedno razumno povezani z glavnimi ali neposrednimi stroški, so tudi ti stroški lahko del odškodnine.¹²⁹ Sicer pa ocena pripisljivosti škode konkretnemu protipravnemu ravnanju ni povsod enaka, saj glede na pravno področje precej variira.¹³⁰

V situaciji, v kateri je država gostiteljica soočena s prihodom množičnega vala migrantov, se zdi ustrezno, da odškodnina za njene stroške v zvezi s sprejemom migrantov ne bi zajemala zgolj neposrednih stroškov, kot so na primer izdatki za vzdrževanje nastanitvenih centrov in javne infrastrukture, ampak tudi posredne stroške, kot so na primer izdatki za različne osnovne socialne storitve in dajatve. Taki stroški bi namreč državi gostiteljici nastali izključno zato, ker bi ljudje vanjo prebežali iz države izvora. Zato je pravično, da bi v poštev prišli tudi vsi tisti posredni stroški, ki bi nastali zaradi tega dejstva in bi bili z njim razumno povezani. Po drugi strani pa odškodnina v nobenem primeru ne bi smela zajemati povračila nerazumno visokih stroškov, ki bi presegali izdatke za doseganje minimalnih standardov zagotavljanja osnovnih človekovih pravic in drugih komplementarnih pravic po Konvenciji.

¹²⁵ Glej razdelek 3.1.

¹²⁶ Člen 31 Pravil o odgovornosti držav.

¹²⁷ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, ICJ Reports 2007, str. 43, tč. 462.

¹²⁸ Osnutek pravil o odgovornosti držav s komentarji, str. 92, tč. 9.

¹²⁹ Glej na primer Tribunal za medsebojne zahtevke Irana in ZDA, *General Electric Company v. Iran*, (1991), 26 Iran-US CTR 148, tč. 56–60 in 67–69; Komisija Združenih narodov za odškodnine, *First Instalment of "E2" Claims*, S/AC.26/1998/7 (1998), tč. 133, 153 in 249.

¹³⁰ Shelton, *Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility* (2002), str. 846.

4. Sklep

V času, ko se o množičnih prisilnih migracij po vsem svetu poroča vsakodnevno, se postavlja veliko mednarodnopравnih vprašanj, na katera ni preprostih odgovorov. Med njimi je zagotovo tudi vprašanje kritja stroškov države gostiteljice v zvezi s sprejemom migrantov, saj je danes precej držav soočenih z velikim bremenom oskrbe številnih migrantov, ki pa ga morajo, žal, večinoma nositi same. Že res, da (finančna) pomoč mednarodne skupnosti v praksi ni redka, vendar je ta pogosto daleč od nujno potrebne. Zato so se porodile različne (nekatero prav zanimive)¹³¹ pravne rešitve, med katere spada tudi možnost uveljavljanja odškodnine od države izvora, kar že samo po sebi lahko deloma pomeni dodaten pritisk na državo izvora, da pri izvajanju svoje oblasti ne krši mednarodnega prava, saj se v nasprotnem primeru lahko sooči tudi z odškodninskim zahtevkom države gostiteljice.

S stališča mednarodnega prava je po eni strani praktična pomanjkljivost te možnosti ta, da predpostavlja kompleksno konstrukcijo mednarodne odgovornosti države izvora. To pomeni, da bi v nekaterih odmevnih primerih države gostiteljice le stežka prišle do povračila stroškov oskrbe migrantov, saj bi v praksi glede na posebnosti vsakega primera težko dokazale določene temeljne predpostavke za uveljavljanje odškodnine, kot na primer vzročno zvezo med ravnanji države izvora in begom ljudi v državo gostiteljico (na primer Italija za migrante iz nekaterih afriških držav)¹³² ali da so bila prav ravnanja države izvora tista, ki so ljudi prisilila k begu (na primer v primeru vojne v Siriji). Po drugi strani pa je pomembna praktična prednost uveljavljanja odškodnine od države izvora ta, da predvideva uporabo klasičnih mednarodnopравnih institutov, ki državi gostiteljici dajejo iztožljivo pravico do odškodnine, kajti primeri, v katerih bi država gostiteljica lahko izkazala obstoj predpostavk za uveljavljanje odškodnine, obstajajo (na primer Bangladeš v primeru prebega ljudstva Rohingya iz Mjanmara). Pomembno je, da v takih primerih kritje stroškov oskrbe migrantov ni odvisno od neiztožljive doktrine, kot je *burden-sharing*.¹³³

Na podlagi natančne analize možnosti toženja za povračilo stroškov od države izvora je mogoče skleniti naslednje. *Prvič*, beg ljudi iz države izvora mora biti posledica njenega ravnanja, ki ga lahko enačimo s posrednim izgonom. Tako ravnanje so tipično množične

¹³¹ Glej na primer Blocher, Gulati, *Competing for Refugees: A Market-Based Solution to a Humanitarian Crisis* (2016), str. 53.

¹³² V primerih, ko migranti potujejo skozi več držav, se postavlja novo vprašanje, ki zahteva posebno obravnavo, in sicer ali lahko država gostiteljica uveljavlja odškodnino tudi od tranzitne države, ki za migrante ni poskrbela, ampak jim je zgolj omogočila prost prehod v naslednjo državo – državo gostiteljico.

¹³³ Schuck, *Refugee Burden-Sharing: A Modest Proposal* (1997), str. 272; Ineli-Ciger, *Will the Global Compact on Refugees Address the Gap in International Refugee Law Concerning Burden Sharing?*, URL: <https://www.ejiltalk.org/will-the-global-compact-on-refugees-address-the-gap-in-international-refugee-law-concerning-burden-sharing/>.

in sistematične kršitve osnovnih človekovih pravic, pri čemer so situacije oboroženih spopadov izključene, saj v takih primerih beg ljudi ni sprožen zaradi načrtnih ravnanj države izvora, ki bi jih bilo mogoče v celoti pripisati njej. *Drugič*, če se ugotovi, da je množični val migrantov pripisljiv državi izvora, sta državi gostiteljici na voljo dve podlagi za uveljavljanje odškodnine za stroške sprejema migrantov. Ena možna podlaga je kršitev obveznosti nepovzročanja množičnih valov migrantov, ki jo država izvora dolguje državi gostiteljici posamično. Osrednji problem pri tej podlagi je, da omenjena obveznost v mednarodnem pravu obstaja le implicitno, kot izvedenka splošne obveznosti nepovzročanja škode drugim državam. Druga možna podlaga pa so same kršitve človekovih pravic, kot obveznosti *erga omnes partes*, ki jih država izvora dolguje skupini držav, del katere je tudi država gostiteljica, ki so jo te kršitve še posebej prizadele. Čeprav je uveljavljanje odškodnine na tej podlagi teoretično prepričljivejše, je problem dejstvo, da za zdaj še ni prakse, po kateri bi neka država uveljavljala mednarodno odgovornost druge države za kršitve takih obveznosti in pri tem v svojem imenu zahtevala tudi odškodnino. *Tretjič*, v situaciji množičnega vala migrantov so škoda tudi stroški njihove oskrbe, saj je odločilno to, da so ekonomske posledice nastale zaradi protipravnega ravnanja države izvora. Poleg tega pa se država gostiteljica tem stroškom ne more izogniti, saj če bi to migrante izpostavilo tveganju izgube življenja ali mučenju, nečloveškemu ali ponižujočemu ravnanju oziroma preganjanju, je v skladu z obveznostjo nevrčanja migrante dolžna sprejeti vsaj za določen čas.

Ali bodo države gostiteljice v prihodnosti dejansko uveljavljale povračilo stroškov oskrbe migrantov, ni jasno. Toda čeprav do takih odškodninskih zahtevkov morda nikoli ne bo prišlo na mednarodnem sodišču, je najpomembneje to, da so države s to možnostjo seznanjene, tako da se nanjo lahko sklicujejo tudi v okviru pogostejših zunajsodnih načinov reševanja sporov. Že samo poznavanje take možnosti uveljavljanja odškodnine pa krepi tudi zavedanje, da množične in sistematične kršitve osnovnih človekovih pravic nimajo negativnih posledic le za posameznike, temveč tudi za države in s tem za celotno mednarodno skupnost.

Literatura in viri

- Akhavan, Payam; Bergsmo, Morten: The Application of the Doctrine of State Responsibility to Refugee Creating States, v: *Nordic Journal of International Law*, 58 (1989), str. 243–256.
- Bearak, Max: Bangladesh is now home to almost 1 million Rohingya refugees, URL: https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2017/10/25/bangladesh-is-now-home-to-almost-1-million-rohingya-refugees/?utm_term=.c60cc5543d69 (22. 6. 2018).

- Blocher, Joseph; Gulati, Mitu: Competing for Refugees: A Market-Based Solution to a Humanitarian Crisis, v: *Columbia Human Rights Law Review*, 48 (2016), str. 53–111.
- Boyle, Alan: Liability for Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law, v: *THE LAW OF INTERNATIONAL RESPONSIBILITY* (ur. J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson), Oxford University Press, Oxford 2010, str. 95–104.
- Brower, Charles N.; Brueschke, Jason D.: *THE IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL*, Martinus Nijhoff Publishers, Haag 1998.
- Crawford, James: *BROWNIE'S PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW*, Oxford University Press, Oxford 2012.
- Crawford, James: Overview of Part Three of the Articles on State Responsibility, v: *THE LAW OF INTERNATIONAL RESPONSIBILITY* (ur. J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson), Oxford University Press, Oxford 2010,
- Crawford, James: *STATE RESPONSIBILITY – THE GENERAL PART*, Cambridge University Press, Cambridge 2013.
- Gaja, Giorgio: States Having an Interest in Compliance with the Obligation Breached, v: *THE LAW OF INTERNATIONAL RESPONSIBILITY* (ur. J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson), Oxford University Press, Oxford 2010,
- Garry, Hannah R.: The Right to Compensation and Refugee Flows: A 'Preventive Mechanism' in International Law?, v: *International Journal of Refugee Law*, 10 (1998), str. 97–117.
- Garvey, Jack I.: Toward a Reformulation of International Refugee Law, v: *Harvard International Law Journal*, 26 (1985), str. 483–500.
- Giustiniani, Flavia Z.: The Obligations of the State of Origin of Refugees: An Appraisal of a Traditionally Neglected Issue, v: *Connecticut Journal of International Law*, 30 (2015), str. 171–208.
- Goodwin-Gill, Guy S.; McAdam, Jane: *THE REFUGEE IN INTERNATIONAL LAW*, Oxford University Press, Oxford 2007.
- Hathaway, James C.: *THE RIGHTS OF REFUGEES UNDER INTERNATIONAL LAW*, Cambridge University Press, Cambridge 2005.
- Hathaway, James C.: What's in a Label?, v: *European Journal of Migration and Law*, 5 (2003), str. 1–21.
- Henckaerts, Jean-Marie: *MASS EXPULSION IN MODERN INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague 1995.

- Hofmann, Rainer, Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility, v: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 45 (1985), str. 694–713.
- Ineli-Ciger, Meltem: Will the Global Compact on Refugees Address the Gap in International Refugee Law Concerning Burden Sharing?, URL: <https://www.ejiltalk.org/will-the-global-compact-on-refugees-address-the-gap-in-international-refugee-law-concerning-burden-sharing/> (22. 6. 2018).
- Jennings, Robert Y.: Some International Law Aspects of the Refugee Question, v: *British Year Book of International Law*, 20 (1939), str. 98–114.
- Kälin, Walter; Caroni, Martina; Heim, Lukas: Article 33, para. 1, v: *THE 1951 CONVENTION RELATING TO THE STATUS OF REFUGEES AND ITS 1967 PROTOCOL: A COMMENTARY* (ur. A. Zimmermann), Oxford University Press, Oxford 2011, str. 1327–1395.
- Krajnc, Marko; Sancin, Vasilka: Mednarodnopravne možnosti države za uveljavljanje povračila stroškov za sprejem prebežnikov, v: *Pravna praksa*, 36 (2017) 41–42, str. 21–23.
- Lauterpacht, Elihu; Bethlehem, Daniel: The scope and content of the principle of *non-refoulement*. Opinion, v: *REFUGEE PROTECTION IN INTERNATIONAL LAW: UNHCR'S GLOBAL CONSULTATIONS ON INTERNATIONAL PROTECTION* (ur. E. Feller, V. Türk, F. Nicholson), Cambridge University Press, Cambridge 2003, str. 87–177.
- Lee, Luke T.: The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum, v: *American Journal of International Law*, 80 (1986), str. 532–567.
- McAdam, Jane: Interpretation of the 1951 Convention, v: *THE 1951 CONVENTION RELATING TO THE STATUS OF REFUGEES AND ITS 1967 PROTOCOL: A COMMENTARY* (ur. A. Zimmermann), Oxford University Press, Oxford 2011, str. 75–115.
- Nabergoj, Miha; Krajnc, Marko: Nekaznovanje beguncev, ki so nezakonito v državi sprejema, v: *Pravna praksa*, 34 (2015) 3–4, str. 21–23.
- Nanda, Ved P.: International Law and the Refugee Challenge: Mass Expulsion and Internally Displaced People, v: *Willamette Law Review*, 28 (1992), str. 791–809.
- Okowa, Phoebe: Issues of Admissibility and the Law on International Responsibility, v: *INTERNATIONAL LAW* (ur. M. D. Evans) (4. izdaja), Oxford University Press, Oxford 2014, str. 477–508.

- Rodley, Nigel S: Integrity of the person, v: INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW (ur. D. Moeckli, S. Shah, S. Sivakumaran) (2. izdaja), Oxford University Press, Oxford 2014, str. 174–194.
- Schabas, William A.: THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: A COMMENTARY, Oxford University Press, Oxford 2015.
- Schuck, Peter H.: Refugee Burden-Sharing: A Modest Proposal, v: Yale Journal of International Law, 22 (1997), str. 243–297.
- Shelton, Dinah: Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility, v: American Journal of International Law, 96 (2002), str. 833–856.
- Stern, Brigitte: The Obligation to Make Reparation, v: THE LAW OF INTERNATIONAL RESPONSIBILITY (ur. J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson), Oxford University Press, Oxford 2010, str. 563–571.
- Tomuschat, Christian: State Responsibility and the Country of Origin, v: THE PROBLEM OF REFUGEES IN THE LIGHT OF CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW ISSUES (ur. V. Gowlland-Debbas), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague 1996.
- Türk, Danilo, TEMELJI MEDNARODNEGA PRAVA (2. izdaja), GV Založba, Ljubljana 2015.
- UNHCR, Figures at a Glance, URL: <http://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html> (22. 6. 2018).
- UNHCR: Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status (2011), URL: <http://www.refworld.org/docid/4f33c8d92.html> (22. 6. 2018).
- Zimmermann, Andreas; Mahler, Claudia: Article 1 A para. 2, v: THE 1951 CONVENTION RELATING TO THE STATUS OF REFUGEES AND ITS 1967 PROTOCOL: A COMMENTARY (ur. A. Zimmermann), Oxford University Press, Oxford 2011.

Entitlement of States under International Law to Compensation for the Costs Relating to Admission of Forced Migrants

(Summary)

Massive migration flows around the globe nowadays are one of the main issues of the entire international community, and regardless of the reasons behind them, many countries are faced with a huge financial burden as they host a significant number of forced migrants. Against this background, the article addresses the question as to whether host countries have a right under international law to obtain compensation from countries of origin for the costs relating to the admission of people who were forced to flee from their country of origin.

At the outset, two preliminary considerations are made. First, a state is entitled to compensation under international law only in the case of breach of international law, which is when the corresponding obligation to make reparation arises. Since the concept of state liability for acts not prohibited by international law does not exist, unless explicitly agreed to, it is of paramount importance for the host country to establish that the country of origin breached international law. Second, the usage of the non-legal term “forced migrant” instead of the legal term “refugee” is intentional because the former does not imply any legal status of the person that arrives at the host country, which makes it broader as it includes persons who might not qualify as a “refugee” under international law, but who were nevertheless forced to leave their country of origin. Such a determination is necessary because the legal status of those persons is not decisive for incurring the costs relating to their admission – the host country’s obligation to admit and accommodate “forced migrants” arises irrespective of their legal status, namely out of the general obligation of states to respect and ensure human rights to all individuals within their respective territories.

To claim compensation for the costs incurred related to the admission of forced migrants successfully, the host country first needs to establish that the flight of people from the country of origin to the host country was a result of the acts of the former so as to establish the causal link between the acts of the country of origin and the flight of people to the host country. A classic example of such acts are systematic violations of fundamental human rights because they tend to create conditions so extreme as to give people no reasonable alternative but to leave their country of origin. However, if the creation of such conditions cannot be attributed to the country of origin, it cannot be held responsible for a large-scale flow of forced migrants that resulted therefrom. It also needs to be stressed that pursuant to the *de minimis* rule, the country of origin shall not be responsible for a flow of forced migrants that is not massive.

Then, the host country needs to present a valid ground for the claim for compensation, whereby it has to demonstrate that it is an injured state. Accordingly, there are

two possibilities. First, the host country's claim for compensation may be based on the violation of the obligation not to cause large-scale flows of forced migrants, which the country of origin owes to the host country individually. Relevant wrongful acts here are not the violations of human rights themselves, but an indirect expulsion of people due to those human rights violations. Although the obligation not to cause large-scale flows of forced migrants is not explicitly enshrined in present international law, it may be derived from the fundamental principles of international law, namely the principle of sovereign equality of states and the no-harm principle, stipulating an obligation not to cause significant transboundary harm (*sic utere tuo ut alienum non laedas*). Second, the host country's claim for compensation may also be based directly on violations of human rights as *erga omnes partes* obligations, which the country of origin owes to a particular group of states, including the host country that is specially affected by those violations of human rights. Notwithstanding that both these grounds for the claim for compensation are theoretically sound, the lack of international judicial, arbitral, and state practice, unfortunately, casts a shadow on the actual potential of such a claim to be successful.

Finally, the host country needs to demonstrate that it incurred actual damage, which in such cases takes the form of all the costs relating to the admission of forced migrants that are of sufficient causal proximity to the wrongful acts of the country of origin. Even though those costs, strictly speaking, represent the costs of implementation of the host country's own international obligations, they are – and this is crucial – caused by internationally wrongful acts of the country of origin. It is important to emphasise that the host country cannot avoid those costs which, in turn, would absolve the country of origin from the obligation to pay the compensation by relying on the doctrine of “contributory negligence”. The customary obligation of *non-refoulement* prohibits states not only to return forced migrants to places where their life would be endangered or where they would be exposed to torture, inhuman or degrading treatment, but also not to deny them entry on the border if that would give rise to the same situations which the obligation of *non-refoulement* aims to prevent.

