

**UNIVERZA V LJUBLJANI
FAKULTETA ZA DRUŽBENE VEDE**

Sandra Palamar

Kodifikacija diplomatske zaštite

Diplomsko delo

Ljubljana, 2010

**UNIVERZA V LJUBLJANI
FAKULTETA ZA DRUŽBENE VEDE**

Sandra Palamar

Mentor: doc. dr. Milan Brglez

Kodifikacija diplomatske zaštite

Diplomsko delo

Ljubljana, 2010

IGNORANTIA IURIS NOCET.

Nepoznavanje prava škoduje.

Latinski pregovor

Najlepša hvala mentorju doc. dr. Milanu Brglezu za nesebično pomoč in strokovne nasvete ter spodbudo pri nastajanju tega diplomskega dela.

Hvala iz srca tudi mojim dragim staršem, ki sta mi ne le ob nastajanju diplomskega dela temveč tudi skozi celoten študij stala ob strani in me spodbujala.

Prav tako se zahvaljujem vsem ostalim, ki so mi kakorkoli pomagali pri študiju in nastajanju diplomskega dela.

Kodifikacija diplomatske zaščite

Diplomsko delo analizira postopek kodifikacije diplomatske zaščite, ki predstavlja eno pomembnejših vprašanj sodobnega običajnega mednarodnega prava. Diplomatska zaščita je pravica države, da zaščiti svojega državljana (fizično ali pravno osebo), ko so bile kršene njegove pravice v tuji državi. Z diplomatsko zaščito država uveljavlja mednarodnopravno odgovornost druge države za kršitev mednarodnopravnih obveznosti, ki jih ima država do tujega državljana. V prvem delu spoznamo, kako je poskus kodifikacije diplomatske zaščite potekal v okviru kodifikacije mednarodnopravne odgovornosti držav in razloge za nedokončan proces kodifikacije. Medtem ko se pri prvem delu omejimo na postopek kodifikacije diplomatske zaščite pred sprejetjem Dunajske konvencije o diplomatskih odnosih, je drugi del posvečen raziskavi, kako je sprejetje Dunajske konvencije o diplomatskih odnosih vplivalo na kodifikacijo diplomatske zaščite. V tretjem delu se osredotočimo na vlogo Komisije Združenih narodov za mednarodno pravo pri kodifikaciji diplomatske zaščite in podrobneje analiziramo kompleksnost postopka kodifikacije kakor tudi kompleksnost same diplomatske zaščite.

Ključne besede: diplomatska zaščita, kodifikacija, mednarodnopravna odgovornost držav, diplomatsko pravo, Komisija Združenih narodov za mednarodno pravo.

Codification of the law of diplomatic protection

This graduate thesis analyses the codification process of diplomatic protection, which is one of the most important question of customary international law. Diplomatic protection is the right of the State to protect its national (natural or legal person), when his or her rights were violated in another State. Through diplomatic protection State invokes responsibility of another State for an injury caused by breach of international commitments that State has to foreign nationals. In the first part we become aware how attempt to codify diplomatic protection proceeded in the context of codification of the State Responsibility as well as reasons for incomplete process of codification. While in the first part we focus our attention to procedure of the codification of the law of diplomatic protection before the Vienna Convention on Diplomatic Relations came into force, the second part is dedicated to research how did admission of Vienna Convention on Diplomatic Relations affected the codification of the law of diplomatic protection. Through third part of this graduate thesis we focus our attention to the role of International Law Commission at the codification of the law of the diplomatic protection, we also analyze in greater detail the complexity of the procedure of the codification of the law of the diplomatic protection as well as complexity of the diplomatic protection itself.

Key words: diplomatic protection, codification, State Responsibility, diplomatic law, International Law Commission.

KAZALO

SEZNAM KRATIC	7
UVOD	8
1 KODIFIKACIJA DIPLOMATSKE ZAŠČITE PRED SPREJETJEM DUNAJSKE KONVENCIJE O DIPLOMATSKIH ODNOSIH.....	12
1.1 Kodifikacija diplomatske zaščite v okviru kodifikacije mednarodnopravne odgovornosti držav.....	12
1.2 Teorije obravnavanja tujcev.....	16
1.3 Oziri, ki so vplivali na kodifikacijo diplomatske zaščite	21
2 KODIFIKACIJA DIPLOMATSKE ZAŠČITE IN DUNAJSKA KONVENCIJA O DIPLOMATSKIH ODNOSIH	33
2.1 Kodifikacija Dunajske konvencije o diplomatskih odnosih	33
2.2 Pomen Dunajske konvencije o diplomatskih odnosih pri kodifikaciji diplomatske zaščite	39
2.3 Praksa po Dunajski konvenciji o diplomatskih odnosih	51
3 KODIFIKACIJA DIPLOMATSKE ZAŠČITE IN KOMISIJA ZA MEDNARODNO PRAVO	54
3.1 Kodifikacija diplomatske zaščite <i>strictu sensu</i>	54
3.2 Diplomatska zaščita in uporaba sile.....	63
3.3 Diplomatska zaščita kot pravica države.....	67
3.4 Diplomatska zaščita v primerih kršitve <i>jus cogens</i> norme.....	67
3.5 Zadeve državljanstva	68
3.6 Neutemeljenost nasprotne trditve	78
3.7 Calvo doktrina.....	79
3.8 <i>Denial of justice</i>	81
3.9 Diplomatska zaščita korporacij in delničarjev	83
3.10 <i>Lex specialis</i>	88
3.11 Diplomatska zaščita ostalih pravnih oseb	91
3.12 Razširitev teme diplomatske zaščite izven tradicionalnih okvirjev	93
3.13 Diplomatska zaščita na nadzorovanem ozemlju in delegacija diplomatske zaščite	94
3.14 Diplomatska zaščita in funkcionalna zaščita mednarodnih organizacij	97
3.15 Diplomatska zaščita in človekove pravice	100

3.16 Diplomatska zaščita posadke na ladji	102
3.17 Diplomatska zaščita posadk na letalih in vesoljskih ladjah	104
3.18 Doktrina »čistih rok«	106
3.19 Sprejetje osnutka členov o diplomatski zaščiti	108
4 ZAKLJUČEK	113
5 LITERATURA	117
6 PRILOGE.....	130
6.1 Priloga A: Seznam osnutka členov na različnih stopnjah obravnavanja s strani Komisije.....	130
6.2 Priloga B: Strukturiran intervju s prof. dr. Ernestom Petričem	132
6.3 Priloga C: Osnutek členov o diplomatski zaščiti	134

SEZNAM KRATIC

BIT	<i>bilateral investment treaty</i> (bilateralne investicijske pogodbe)
DKDO	Dunajska konvencija o diplomatskih odnosih
DKKO	Dunajska konvencija o konzularnih odnosih
DKPP	Dunajska konvencija o pogodbenem pravu
DN	Društvo narodov
ECJ	<i>European Court of Justice</i> (Sodišče Evropskih skupnosti)
ELSI	<i>Elettronica Sicula S.p.A.</i>
GS	Generalna skupščina
ICJ	<i>International Court of Justice</i> (Meddržavno sodišče), pomeni tudi <i>Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders of ICJ</i> (Poročila sodb, svetovalnih mnenj in sklepov Meddržavnega sodišča)
ICSID	<i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i> (Mednarodni center za reševanje investicijskih sporov)
ILC	<i>International Law Commission</i> (Komisija Združenih narodov za mednarodno pravo)
ILR	<i>International Law Reports</i> (Poročila mednarodnega prava)
KMP	Komisija za mednarodno pravo Združenih narodov
OZN	Organizacija združenih narodov
PCIJ	<i>Permanent Court of International Justice</i> (Stalno meddržavno sodišče)
PES	Pogodba o ustanovitvi Evropske skupnosti
PEU	Pogodba o Evropski uniji
UL OZN	Ustanovna listina Organizacije združenih narodov
UNCLOS	<i>United Nations Convention on the Law of the Sea</i> (Konvencija Združenih narodov o pravu morja)
UNHCR	<i>United Nations High Commissioner for Refugees</i> (Visoki komisariat Združenih narodov za begunce)
UNRIAA	<i>United Nations Report of International Arbitral Awards</i> (Poročilo Združenih narodov o mednarodnih arbitražnih odločbah)
UNTS	<i>United Nations Treaty Series</i> (Zbirka pogodb Združenih narodov)
ZDA	Združene države Amerike
ZN	Združeni narodi

UVOD

Čeprav ima diplomatska zaščita korenine že v sredini 18. stoletja, je še vedno pojem, ki ga marsikdo s težavo razume in ga pogosto zamenjuje z zaščito tujih diplomatskih in konzularnih predstavnikov, ki jim jo je po mednarodnem pravu dolžna nuditi država sprejemnica. To ni nič presenetljivega, če vemo, da gre za zapleteno vprašanje tako na področju meddržavnih odnosov kakor tudi na področju mednarodnega prava. Diplomatska zaščita temelji na fikciji, ki jo omenja že Vattel v svojem delu *The law of nations or the principles of National Law*, da je škoda povzročena tujemu državljanu pravzaprav škoda, povzročena njegovi državi. V kolikor prizadeti posameznik ni uspel povrniti škode, ima njegova država pravico do uveljavljanja zahtevka v oškodovančevem imenu, ki je nastal kot posledica kršitve mednarodnopravne obveznosti s strani države sprejemnice. Tako je diplomatska zaščita del prava mednarodne odgovornosti držav. Torej gre pri diplomatski zaščiti za uveljavljanje mednarodnopravne odgovornosti države zaradi kršitve mednarodnopravnih norm, zato so norme, ki se nanašajo na diplomatsko zaščito, sekundarne narave.

Prav tako sega v 2. polovico 18. stoletja ideja Jeremy Bentahama o kodifikaciji celotnega mednarodnega prava. Upanje, da bo zapisano mednarodno pravo z zapolnjevanjem obstoječih lukenj v pravu, kakor tudi z natančnejšo določitvijo splošnih načel, pripomoglo k odstranitvi negotovosti v mednarodnem običajnem pravu, je sprožilo val navdušenja po kodifikaciji mednarodnega prava (ILC 2010).

Zaradi široke obstoječe jurisprudence na področju diplomatske zaščite, je le-ta postala, kot pravi Amerasinghe (2008, 55), »glavna tarča«, ki bi bila primerna za kodifikacijo. Kljub prepričanju, da bo dokaj enostavno kodificirati diplomatsko zaščito zaradi že zgoraj omenjenega razloga in zaradi skrbno načrtovanih poskusov kodifikacije s strani strokovnjakov in vlad, do te ni prišlo. **Kako je potekal proces kodifikacije diplomatske zaščite in zakaj torej diplomatska zaščita ni bila takrat kodificirana in nenazadnje zakaj še vedno ni?** Ravno na to osrednje raziskovalno vprašanje bom postopoma odgovarjala skozi pričujočo diplomsko nalogo.

Diplomska naloga analizira postopek kodifikacije diplomatske zaščite, ki je eno pomembnejših vprašanj sodobnega običajnega mednarodnega prava. Kljub

okrepljenemu položaju posameznika v mednarodnem pravu ostaja država temeljni subjekt mednarodnega prava. Posameznik mora, preden se zateče k mednarodnim sredstvom, izkoristiti notranjepravna sredstva. Diplomatska zaščita je pravica države, da zaščiti svojega državljana v tuji državi, ko je prišlo do kršitev njegovih pravic oziroma minimalnih mednarodnih standardov, ki veljajo za vse države ne glede na njihov nacionalni standard. Tako lahko država uveljavlja mednarodno odgovornost druge države, ko je ta kršila mednarodnopravne obveznosti, ki jih ima do tujega državljana.

Poznavanje in razumevanje diplomatske zaščite ni le koristno za akademske kroge, mednarodne pravnike, diplomate, temveč za vse državljanke, ki se na kakršen koli način znajdejo v tuji državi, bodisi poslovno bodisi turistično ali kako drugače. Ne le za državljanke, temveč tudi za osebe brez državljanstva, za begunce, za mornarje na odprtem morju, za člane posadke na vesoljskih ladjah, za korporacije, za borce za človekove pravice, za mojo sestrično, ki ima slovensko državljanstvo, vendar že skoraj celo življenje živi v Švici in plačuje tam davke, in še bi lahko naštevali. Življenje je namreč vselej pestro in marsikdaj ne vemo, kaj nas čaka. Verjetno se počutimo najbolj ogrožene, ko se znajdemo po nesrečnih okoliščinah v tuji državi, ki ne spoštuje minimalnih mednarodnih standardov, v državi, kjer morda nimamo nikogar in se ne znamo sporazumeti, je znanje o diplomatski zaščiti dobrodošlo. Morda celo iz razloga, da nas odvrne od določenega ravnanja, ko smo seznanjeni na primer z oziri, ki vplivajo na neveljavljanje diplomatske zaščite.

Za preučevanje kodifikacije diplomatske zaščite in neobravnavanje diplomatske zaščite na splošno sem se odločila zaradi tega, ker sem želela doseči, da bi vsak, ki bo prebral pričujočo diplomsko nalogo, lahko razumel končni osnutek pravil o diplomatski zaščiti, ki ga prilagam na koncu diplomske naloge, in sicer zakaj so člani v določenem vrstnem redu, zakaj so uporabljene točno določene besedne zveze, zakaj nečesa ni v osnutku pravil o diplomatski zaščiti. S tem ko se osredotočimo na proces kodifikacije, katere namen je bolj jasno in pregledno oblikovati pravna pravila, se osredotočimo na vse tisto, kar je najpomembnejše in najbolj bistveno pri preučevanju diplomatske zaščite.

Kljub temu da so bili teoretični temelji diplomatske zaščite postavljeni že v 18. stoletju, mednarodno pravo posveča malo pozornosti diplomatski zaščiti. V literaturi največkrat najdemo le omembo o diplomatski zaščiti kot o področju, ki ga je potrebno še

kodificirati in s čimer bi bil sklenjen krog kodifikacije diplomatskega prava. Če primerjamo dostopne vire o diplomatski zaščiti z nekaterimi drugimi področji mednarodnega prava, na primer z mednarodnim pomorskim pravom, vidimo, da gre za relativno mlado področje mednarodnega prava. Še manj pozornosti je posvečeno analizi postopka kodifikacije diplomatske zaščite.

Poglobljene analize procesa kodifikacije diplomatske zaščite ne najdemo v slovenski literaturi, v tuji literaturi pa ji posvetijo le kratko poglavje, zato sem večinoma uporabljala analizo primarnih virov. Pri tem sem uporabljala več metod tolmačenja primarnih virov. Najprej sem uporabila zgodovinsko metodo, s katero sem razdelila kodifikacijo diplomatske zaščite v tri obdobja. Prvo obdobje zajema kodifikacijo diplomatske zaščite pred sprejetjem Dunajske konvencije o diplomatskih odnosih (DKDO), drugo obdobje opisuje, kaj se je dogajalo s kodifikacijo diplomatske zaščite s sprejetjem DKDO in v okviru tretjega obdobja opisujem proces kodifikacije diplomatske zaščite v okviru Komisije za mednarodno pravo. V vseh treh delih uporabljam različne metode razlage: tako zgodovinsko, jezikovno, logično, sistematično, funkcionalno kakor tudi primerjalno metodo razlage.¹ V skladu z 31. členom Dunajske konvencije o pogodbenem pravu (DKPP) sem pogodbe tolmačila v dobri veri, v skladu s pomenom in kontekstom obravnavane pogodbe ter v luči ciljev in namenov določene pogodbe. Klabbers (2002, 96) vidi v zgoraj opisanem splošnem pravilu interpretacije pogodb kompromis med jezikovno in teleološko metodo razlage. Nadalje razlaga, da DKPP dopušča možnost tolmačenja pogodb z zgodovinsko metodo v primerih, ko splošno pravilo interpretacije vodi do nerazumljivih ali nesmiselnih rezultatov. Kakor pravi Pavčnik (1997, 374–5): »/t/a medsebojna povezanost in tudi prepletenost posameznih razlagalnih argumentov je le dodaten razlog, da ni toliko pomembno, kje in na katerem mestu posamezne vidike obravnavamo in tematiziramo; ključno je, da se zavedamo strukturiranosti in večplastnosti zakona, ju vseskozi upoštevamo in ju naposled tudi ovrednotimo.« Poleg analize primarnih virov sem

¹ Metode interpretacije podrobneje opredelijo Kušej, Pavčnik in Perenič (Bučar, Šabič in Brglez 2000, 23–4): »jezikovna (ki se opira na semantiko, jezikoslovje in semiotiko ter išče ustrezne pomene za uporabljene besede v dokumentu), logična (ki preizkuša logično ustreznost rezultatov jezikovne razlage, pri čemer lahko uporabljamo tako formalno kot argumentativno logiko), sistematična (ki skuša odpravljati nasprotja med pomeni posameznih delov besedila glede na celoto mednarodne pogodbe, vključno s preambulo), zgodovinska (ki skuša pojasniti, kako je določen primarni vir nastal) in funkcionalna (ki skuša razložiti posamezen vir glede na njegov takratni ali današnji namen). Uporabna je tudi primerjalna metoda, še zlasti, če je izpolnjen pogoj primerljivosti (/na primer/ da primerjamo dve mednarodni pogodbi ali kako večstransko mednarodno pogodbo z notranjo zakonodajo kake države).«

uporabila tudi analizo in interpretacijo sekundarnih virov, v tretjem delu pa sem uporabila še metodo intervjuja.

Diplomska naloga je razdeljena v tri večje sklope na osnovi prelomnic, pomembnih za proces kodifikacije diplomatske zaščite. Tako se v prvem poglavju osredotočam na razvoj diplomatske zaščite in poskuse kodifikacije pred sprejetjem DKDO. Sprejetje DKDO kot pomemben mejnik sem si izbrala zato, ker kot pravi Denza (2008, 1) predstavlja DKDO temelj sodobnega mednarodnega pravnega reda, poleg tega pa velja kot pravita Bohte in Sancin (2006, 66) DKDO za najširše sprejeti, najpomembnejši in najcelovitejši pogodbeni vir diplomatskega prava. V drugem poglavju razkrivam pomen DKDO v procesu kodifikacije diplomatske zaščite, medtem ko v tretjem poglavju obravnavam vlogo Komisije za mednarodno pravo Združenih narodov (v nadaljevanju Komisija) pri kodifikaciji diplomatske zaščite. Zaključek je namenjen odgovoru na raziskovalno vprašanje, k diplomski nalogi pa smo priložili tudi osnutek členov o diplomatski zaščiti, ki za zdaj še vedno predstavlja končni izid poskusov kodifikacije diplomatske zaščite.

1 KODIFIKACIJA DIPLOMATSKE ZAŠČITE PRED SPREJETJEM DUNAJSKE KONVENCIJE O DIPLOMATSKIH ODNOSIH 1964

V prvem delu diplomskega dela bomo raziskovali začetke diplomatske zaščite in prve poskuse kodifikacije diplomatske zaščite ter ovire, ki so se pri tem pojavljale, vse tja do sprejetja DKDO.

Za lažje razumevanje kodifikacije diplomatske zaščite je potrebno pogledati začetke le te. Cerar (2001, 86–7) pravi, da je teoretične temelje diplomatske zaščite postavil že Emerich Vattel, ki v svoji knjigi *The law of nations or the principles of National Law* iz leta 1758 zapisal: »/da/ kdorkoli ravna slabo s tujcem, posredno škoduje njegovi državi, ki mora zaščititi svojega državljana.«

Kot sem že omenila v uvodu, je del mednarodnega prava, ki se ukvarja z diplomatsko zaščito, relativno mlado področje mednarodnega prava, kajti po Westphalskem miru 1648, ki ga opredeljujejo kot začetek sodobnega diplomatskega prava in v delih Vattelovega predhodnika Grotiusa ne zasledimo omenjanja diplomatske zaščite. Isto velja tudi za obdobje pred Westphalskim mirom, tako Amerasinghe (2008, 8) trdi, da ne najdemo pisnih dokazov o obstoju instituta diplomatske zaščite niti v klasični grški in rimski zgodovini, niti v zgodovini Kitajske ali Indije, kakor tudi ne v evropskem srednjeveškem obdobju.

1.1 KODIFIKACIJA DIPLOMATSKE ZAŠČITE V OKVIRU KODIFIKACIJE MEDNARODNOPRAVNE ODGOVORNOSTI DRŽAV

Tako kot Vattelovo pojmovanje diplomatske zaščite kakor tudi Benthamova ideja o kodifikaciji mednarodnega prava, ima tudi Komisija za mednarodno pravo svoje korenine že v osemnajstem stoletju. Komisija (ILC 1956, 281) se je prvotno ukvarjala z vprašanjem diplomatske zaščite v okviru teme mednarodnopravna odgovornost države sprejemnice za škodo tujim državljanom. Tako je Komisija že na svoji prvi seji uvrstila mednarodnopravno odgovornost države kot eno izmed 14 tem, primernih za kodifikacijo.²

² Na tem mestu bom obrazložila zakaj sem se pri preučevanju kodifikacije diplomatske zaščite najbolj opirala na primarne vire v obliki *Yearbooks of ILC*. Kajti tako kot Künzli (2007, 9) sem tudi sama

Cerar (2001, 8) razmerje med mednarodnopravno odgovornostjo držav in diplomatsko zaščito opredeli:

Norme mednarodnega prava, ki se nanašajo na diplomatsko zaščito praviloma niso primarne, ampak sekundarne narave. Diplomatska zaščita je namreč tesno povezana z uveljavljanjem mednarodne odgovornosti držav za kršitve mednarodnopravnih obveznosti. Točneje, za kršitev obveznosti do tujega državljana oziroma njegove osebe in premoženja. /.../ Naj jo pojmuje širše ali ožje, velja, da diplomatska zaščita predstavlja del področja mednarodne odgovornosti držav oziroma njenega uveljavljanja, je le komponenta prava odgovornosti držav.

Kasneje leta 1953 je Generalna skupščina Združenih narodov potrebo po kodifikaciji načel, ki se vežejo na mednarodnopravno odgovornost držav potrdila v resoluciji 799 (ILC 1957a, 52). Vendar se je že prej, pred Komisijo, v Društvu narodov (DN) izkazala potreba po kodifikaciji mednarodnopravne odgovornosti držav. Tako je na srečanju v Ženevi, ki je potekalo aprila 1925, Odbor strokovnjakov za progresivno kodifikacijo mednarodnega prava³, ali kot ga Petrič (2008, 12) imenuje »dejanska predhodnica /Komisije/« ustanovil pododbor, ki se bo ukvarjal z vprašanjem mednarodnopravne odgovornosti držav. Pododbor je imel nalogo raziskati, ali in v katerih primerih je lahko

ugotovila, da čeprav je bilo v zadnjih letih posvečeno nekaj znanstvene pozornosti diplomatski zaščiti, to večinoma ni bilo v obliki monografij. Murphy (2006, 475–486) v petnajstem poglavju *Principles of International Law* predstavi posebne tekstualne in elektronske vire, ki jih mednarodni pravniki uporabljajo pri raziskovanju prava. Delo Komisije za mednarodno pravo je opisano v treh virih, v *Yearbook of ILC, The Work of ILC in Analytical Guide to the Work of the ILC*. V *Yearbooks of ILC* (1949–) so reproducirani zapisniki srečanj, ki so potekala v določenem letu (Volumen I) in besedila važnejših poročil, ki so bila izdelana v določenem letu (Volumen II). Kot Murphy (2006, 486) poudarja: »/m/noge od teh znanstvenih raziskav, /ki so opisane v *Yearbook of ILC*/, so celovite pravne monografije, ki imajo pomembno praktično in znanstveno veljavo, in so kot take zelo koristen vir za mednarodne pravnike«.

³ Na tem mestu je primerno opredeliti razmerje med kodifikacijo in progresivnim razvojem. Kakor Petrič (2008, 11–12) ugotavlja, že samo ime odbora - Odbor strokovnjakov za progresivno kodifikacijo mednarodnega prava opredeljuje razmerje med kodifikacijo in progresivnim razvojem kot neločljivo, med sabo prepleteno, dopolnjujoče. Kakor v DN tudi danes v okviru Komisije prihaja pri ugotavljanju *de lege lata* (že obstoječega mednarodnega prava) in *de lege ferenda* (kaj naj bi mednarodno pravo postalo) prihaja do prepletanja obeh. Vseeno pa je potrebno poudariti, da tisti, ki ne vidijo razlike med kodifikacijo in progresivnim razvojem ostajajo v manjšini. Večina članov Komisije in tudi doktrina nakazujejo na vsebinske razlike med kodifikacijo na eni strani in progresivnim razvojem na drugi strani. Brglez (1998, 63) kot najbolj avtoritativen vir definicij obeh pojmov izpostavi 15. člen Statuta Komisije, v katerem se kodifikacijo mednarodnega prava opredeli kot »natančnejšo formulacijo in sistematizacijo pravil mednarodnega prava na področjih, kjer obstaja obsežna praksa držav, precedensi in doktrina«. Pri progresivnem razvoju mednarodnega prava pa gre za »pripravo osnutkov konvencij o predmetih, ki še niso bili urejeni z mednarodnim pravom, ali pa glede njih pravo ni bilo dovolj razvito v praksi držav.« Opozarja še, da je vsaka kodifikacija mednarodnega prava nujno povezana s progresivnim razvojem mednarodnega prava, medtem ko te vzročno posledične povezave v obratni smeri ni. V povezavi s kodifikacijo diplomatske zaščite pa je potrebno omeniti stališče Petriča (2008, 14), ki pravi, da je poudarek pri vprašanju diplomatske zaščite na kodifikaciji se pravi na ugotavljanju prava *de lege lata*.

država odgovorna za škodo (materialno in fizično), povzročeno na njenem ozemlju, tujcu. Poleg tega je bila naloga pododbora raziskati še, pod katerimi pogoji bi bilo mogoče pričakovati sklenitev mednarodne konvencije, s katero bi določili tista dejanja, ki bi vključevala odgovornost s strani države. Konvencija naj bi vsebovala tudi določila o tem, da je v primerih mednarodnopravne odgovornosti države prepovedano zatekanje k uporabi sile, preden so bila izčrpana sredstva mirnega reševanja sporov. Leta 1926 je Svet DN preučil poročila odbora in predlagal postavitev teme na dnevni red Skupščine. Tako se je Skupščina septembra 1927 odločila, da bo med drugim na prvi Kodifikacijski konferenci obravnavala tudi vprašanje mednarodnopravne odgovornosti držav za škodo, povzročeno tujcem na njenem ozemlju. Pripravljalni odbor se je srečal v Ženevi januarja in maja 1929, kjer je razpravljal o odgovorih vlad⁴ in pripravljajl osnovo za diskusijo. Kakorkoli že, na Kodifikacijski konferenci v Haagu leta 1930 se je z vprašanjem mednarodnopravne odgovornosti države ukvarjal tretji odbor, ki pa ni bil zmožen dokončati preučevanja vprašanja mednarodnopravne odgovornosti držav (ILC 1957b, 177–8). DN se je po Haški konferenci še vedno trudilo podpirati progresivni razvoj in kodifikacijo mednarodnega prava, vendar na področju mednarodnopravne odgovornosti držav s strani DN ni prišlo do novih pobud.

K nadaljnjemu razvoju in kodifikaciji mednarodnopravne odgovornosti držav so v veliki meri prispevale ameriške države. Tako je že na prvi konferenci v Washingtonu leta 1889 bilo sprejetih nekaj priporočil v zvezi z zahtevki in diplomatsko intervencijo, ki se navezujejo na uživanje državljanskih pravic in pravne pomoči za državljane s strani tujcev ter na dolžnosti in odgovornosti države. Na drugi konferenci, ki je potekala v Mexico Cityju 1902, je bila sprejeta konvencija, ki se nanaša na pravice tujcev. Kodifikacija mednarodnopravne odgovornosti držav je v Amerikah tesno povezana s kodifikacijo pravnega statusa tujcev. Ena pomembnejših konferenc je bila sedma konferenca v Montevideu leta 1933, na kateri se je celovito obravnavala mednarodnopravna odgovornost držav. Na konferenci so prišli do zaključka, da je potrebno to vprašanje zaupati pristojnim agencijam, ki se ukvarjajo z kodifikacijo, prav tako pa je potrebno uskladiti svoje delo z delom, ki je bilo narejeno pod okriljem DN.

⁴ Na drugi seji odbora leta 1926 je bil vladam posredovan med drugim tudi vprašalnik številka 4 v zvezi s temo mednarodnopravna odgovornost države za škodo povzročeno tujim državljanom. Leto kasneje je odbor na tretji seji preučil prejete odgovore vlad, ki so bili sledeči – 24 vlad je odgovorilo pritrdilno brez zadržkov, 5 jih je pritrdilo, vendar z določenimi zadržki in 4 so zavrnile predlog o sprejetju konvencije in jo označile kot neprimerno (ILC 1957b, 178).

Po pomembnosti izstopa tudi deseta konferenca v Caracasu leta 1954, ko je bila sprejeta resolucija o načelih mednarodnega prava v zvezi z mednarodnopravno odgovornostjo države, v kateri se poziva k tesnejšemu sodelovanju Komisije z ameriškimi organi, ki so zadolženi za nadaljnji razvoj in kodifikacijo prava na tem področju (ILC 1957b, 178–9).

Pomembni so osnutki v zvezi z mednarodnopravno odgovornostjo držav, ki so jih pripravila privatna telesa, ker so bili mišljeni kot pomoč pri nadaljnji kodifikaciji, ki bo potekala pod okriljem DN oziroma pod okriljem medameriških konferenc in organov.⁵ Leta 1925 je Ameriški inštitut za mednarodno pravo na povabilo Upravnega odbora Panameriške unije pripravil trideset projektov, ki so se ukvarjali s temami mednarodnega prava, med njimi sta bili tudi dve temi, ki sta se ukvarjali z vprašanji mednarodnopravne odgovornosti vlad in diplomatsko zaščito. Pri prvi je šlo bolj za kratko indikacijo nekih osnovnih postulatov, na katere se ta odgovornost nanaša, pri diplomatski zaščiti pa je šlo za bolj dodelano poročilo o načelih, ki se vežejo na mednarodnopravno odgovornost države v različnih možnih primerih in metodah mirnega reševanja mednarodnih sporov, če se ti pojavijo (ILC 1957b, 179–80). Inštitut za mednarodno pravo je med drugim obravnaval vprašanje mednarodnopravne odgovornosti države v celovitem osnutku *International responsibility of States for injuries on their territory to the person or property of foreigners* v namen kodifikacijske konference v Haagu. Osnutke konvencij pa ni pripravljala le Inštitut za mednarodno pravo, ampak tudi Harvard Research; tudi ta osnutek je bil mišljen kot pomoč na tehnični ravni na kodifikacijski konferenci v Haagu (ILC 1957b, 184).

Vidimo lahko, da je bil primarno fokus na sami vsebini mednarodnopravne odgovornosti, medtem ko je bil namen oziroma cilj postavljen v ozadje. Tako je Dunn (ILC 1957b, 184) poudarjal, da je do zdaj šlo bolj za neko »pravno analizo načel in pravil mednarodnega prava v zvezi z mednarodnopravno odgovornostjo držav ter da je potrebno preučevati mednarodnopravno odgovornost države kot prakso diplomatske zaščite /v smislu/ človešk/e/ institucij/e/ oblikovan/e/ za določene družbene namene«.

⁵ Amerasinhge (2008, 62) opozarja, da vendar »privatnih poskusov kodifikacije ne moremo upoštevati kot, da bi obsegali uradne poskuse kodifikacije, niti se ne morejo primerjati z uradnimi poskusi kodifikacije.« Prav zato je tudi v tej diplomski nalogi poudarek na uradnih poskusih kodifikacije diplomatske zaščite.

Medtem ko Jessup⁶ (1948, 95–105) poudarja, da zgodovina te veje mednarodnega prava med devetnajstim in dvajsetim stoletjem ponazarja pot, po kateri se telo običajnega prava razvijalo kot odgovor na potrebo po prilagoditvi nasprotujočih si interesov. Jessup prav tako poudarja, da gonilno moč za tem pravnim pojavom predstavlja želja vlad po političnem nadzoru v določenih državah, pehanje za trgi in surovinami. Tako Jessup (ILC 1957b, 184) izpostavi, da je »zgodovina razvoja mednarodnega prava na področju mednarodnopravne odgovornosti držav za škodo tujim državljanom vidik zgodovine ›imperializma‹ oziroma ›dolarske diplomacije‹. /Dodaja še, da je/ glavni namen prava mednarodnopravne odgovornosti držav primerna zaščita za tujce z namenom olajšanja trgovine, potovanj in stikov nasploh«.

1.2 TEORIJE OBRAVNAVANJA TUJCEV

Amador⁷ (1957, 199) v svojem poročilu obdela tudi diplomatsko zaščito in mednarodno priznanje temeljnih pravic človeka. Tradicionalno se mednarodnopravna odgovornost države za škodo, storjeno tujim državljanom, veže z dvema doktrinama, in sicer z doktrino minimalnega mednarodnega standarda in doktrino nacionalnega obravnavanja. Pri prvi gre za pravico države, da varuje svoje državljane v tujini, medtem ko gre pri drugi bolj za spodbijanje mednarodnopravne odgovornosti s strani države sprejemnice, ko je tujcem zagotovljeno enako obravnavanje ter pravna in sodna zaščita kakor državljanom države sprejemnice.

Teorijo nacionalnega obravnavanja oziroma standard nacionalnega obravnavanja zagovarjajo predvsem države v razvoju. Gre za to, da država obravnavna tujega

⁶ Jessup, P.C. (1948) *A Modern Law of Nations*. New York: Macmillan. V ILC (1957b, 184).

⁷ Kot lahko razberemo iz zgoraj napisanega – prizadevanja za kodifikacijo splošnih pravil o mednarodnopravni odgovornosti držav segajo že v obdobje DN, vendar so lahko bili prvi konkretniji ukrepi kot pravi Švarcova (2008, 74) storjeni šele, ko je Komisija leta 1949 že na svoji prvi seji uvrstila mednarodnopravno odgovornost države kot eno izmed 14 tem, primernih za kodifikacijo. F. V. Garcia Amador je bil prvi posebni poročevalec, ki ga je imenovala Komisija za preučevanje teme mednarodnopravna odgovornost držav. Sledili so mu še Robert Ago, Willem Riphagen, Gaetano Arangio Ruiz in James Crawford. V okviru mednarodnopravne odgovornosti držav se je Amador ukvarjal tudi z diplomatsko zaščito. Švarcova (2008, 76) poudarja, da se je »prvi posebni poročevalec, F. V. Garcia Amador v svojem petletnem delu (1956–1961) osredotočil na vsebinska (primarna) pravila mednarodnega prava diplomatske zaščite, kot so pravila o odgovornosti držav za škodo, povzročeno tujim državljanom in njihovi lastnini na državnem ozemlju, vendar njegova poročila na tem področju niso prinesla posebnega napredka.« Nadaljuje, da je »/d/rugi posebni poročevalec, Robert Ago, /.../ tok razprave povsem preusmeril k preučevanju in oblikovanju matrice splošnih sekundarnih pravil o kršitvah mednarodnih obveznosti in njihovih posledicah« (Švarc 2008, 76).

državljana enako kot svojega državljana. Poudarek je na tem, da se tujca ne diskriminira, kar posledično pomeni, da mu mora država nuditi enak nivo zaščite. Tako je Panama med razpravo o osnutku Deklaracije o pravicah in dolžnostih države med drugim predlagala osnutek sedmega člena, ki bi kot pravi Cerar (2001, 12) vseboval sledeče: »Tujci ne morejo zahtevati drugačnih ali širših pravic od tistih, ki jih uživajo domači državljani.«

Deveti člen Montevideo konvencije o pravicah in dolžnostih držav iz leta 1933 podobno določa: »Državljeni in tujci uživajo enako pravno zaščito. Tujci ne morejo zahtevati več ali širših pravic kot domači državljani« (prav tam). ZDA (Združene države Amerike) so svoj pridržek na deveti člen argumentirale tako, da ko tujec pride v državo sklenit nek posel, se mora podrediti nacionalnemu pravu in obravnavanju, ki so ga deležni domačini ter nenazadnje tudi notranjim razmeram v državi. Primer *Rose Gelbtrunk* (Združene države Amerike proti Salvador) iz leta 1902 ponazarja uveljavljanje te teorije v praksi. Tako je predsednik arbitražne komisije Salvadorja in ZDA dejal: »/s/matra se, da je državljan ene države, ki trguje na območju druge in pod katere zaščito je, svojo usodo povezal z usodo državljanov te druge države, kjer prebiva in kjer opravlja svoje posle« (prav tam).

Glavna pomanjkljivost te teorije je torej ravno ta, da če druga država ravna s tujcem kakor z lastnimi državljani, se ji ne glede na to da je morda to postopanje slabo in da gre za državo, kjer vlada pravni nered, ne more ničesar očitati. Tako Cerar (2001, 13) pojasnjuje: »/č/e bi ta splošni standard prevladal, bi bilo seveda težko govoriti o kakšni pomembnejši vlogi diplomatske zaščite. V vsaki državi bi veljalo drugačno obravnavanje tujcev. V okviru diplomatske zaščite bi se lahko zahtevalo le to, da se obravnavajo enako kot domačini.«

Amador meni, da so zlorabe diplomatske zaščite privedla do kontrareakcije. Tako argentinski pravnik Carlos Calvo (Amador 1957, 201) zagovarja, da so »/t/ujci, ki so se nastanili v /določeno tujo/ državo, upravičeni do enakih pravic in zaščite kot državljani. /N/e morejo /pa/ zahtevati večje stopnje zaščite.« Guerrero (prav tam) nadalje pojasnjuje »/m/aksimom, ki ga lahko tujec zahteva, je civilna enakost z državljani. To še ne pomeni, da je država obvezana izvajanja take obravnave tujcev, razen če je tako določeno s pogodbo. Iz tega sklepamo, da država prekorači svoje zapovedane dolžnosti,

ko tujcu nudi podobno obravnavanje kot svojim državljanom.« Teorijo nacionalnega obravnavanja so zagovarjali poleg Calva še Strupp, De Louter, Sibert, Nys, Alvarez in Yepes (Cerar 2001, 13).

Pri teoriji minimalnega mednarodnega standarda gre za preskok iz tega, da dolžnega ravnanja s tujimi državljani ne določa več konkretno notranje pravo, temveč mednarodno pravo. V principu gre, kot pravi Cerar (prav tam), za nekakšen »osnovni objektivni standard zagotavljanja pravic tujim državljanom, splošno sprejet s strani vseh civiliziranih držav in s tem za del mednarodnega običajnega prava.« Kako država ravna s svojimi državljani, ne vpliva na izvajanje tega standarda.

Povezava med teorijo minimalnega mednarodnega standarda in diplomatsko zaščito je dobro povzeta v primeru *Neer* (ZDA proti Mehiki). Po mnenju terjatvene komisije Mehike in ZDA velja:

prvič, da se vladna dejanja presojuje na podlagi mednarodnih standardov in drugič, da mora obravnavanje tujca, da bi predstavljalo mednarodni delikt, tako močno odstopati od mednarodnega standarda, da bi pomanjkljivost brez težav opazil vsak razumen in nepristranski človek. Pri tem ni važno, ali pomanjkljivost izhaja iz neustreznega izvrševanja sicer brezhibnih zakonov ali dejstva, da zakoni države niso prilagojeni mednarodnim standardom (Cerar 2001, 14).

Ista komisija je obravnavala še dva primera, ki sta pomembna za sam razvoj in nenazadnje tudi kodifikacijo diplomatske zaščite. Tako je v primeru *Hopkins* (ZDA proti Združenim državam Mehike) iz leta 1927 menila, da se, kakor opisuje Amador (1957, 200): »ne zgodi redko, da se pod pravili mednarodnega prava /.../ /od države zahteva, da s tujci ravna bolj liberalno/ kot s svojimi lastnimi državljani pod občinskimi zakoni.« V primeru *Roberts* je, kot pavi Cerar (2001, 14), terjatvena komisija menila »/.../ da v luči mednarodnega prava, dejstvo, da so tujci izenačeni z domačini, ni najpomembnejše. Odločilno je, ali so tujci obravnavani v skladu z običajnimi civilizacijskimi standardi.«

Sama pravica diplomatske zaščite izhaja iz pravice države, da varuje svoje državljane v tujini. Tako je tudi PCIJ (*Permanent Court of International Justice* – Stalno

meddržavno sodišče) v svoji sodbi v primeru *Mavrommatis Palestine Concession*⁸ izreklo:

Osnovni princip mednarodnega prava je, da je država upravičena do varovanja svojih subjektov, ko škoda nastane zaradi dejanj, ki jih izvrši druga država in so v nasprotju z mednarodnim pravom in od katere niso uspeli po običajnih poteh doseči sprave. S prevzetjem primera od enega njenih državljanov z zatekanjem k diplomatskim in mednarodnopravnim postopkom v imenu svojega državljana, država v resnici zagovarja svojo lastno pravico – pravico, da zagotovi v imenu svojega državljana spoštovanje pravil mednarodnega prava.

V primeru *Panevezys – Saldutiskis Railway* (1939) je sodišče pravico diplomatske zaščite povezalo s pravico države, da zahteva in zagotovi spoštovanje pravil mednarodnega prava. Sodišče je v tej isti sodbi še poudarilo, da je ta pravica omejena na ukrepanje države v imenu svojih državljanov, kajti ravno ta nacionalna vez daje državi pravico diplomatske zaščite. Med drugim je v sodbi še zapisano, da zahtevanje povrnitve škode državljanom neke druge države ne spada pod naslov diplomatske zaščite.

Iz navedenih primerov lahko povzamemo, da je država dolžna spoštovati minimalne mednarodne standarde, ne glede na to, ali so le-ti nižji od nacionalnih. Primarni pomen teh standardov je varovanje tujega državljana. Za kršenje oziroma nespoštovanje minimalnih mednarodnih standardov je država mednarodnopravno odgovorna.

Cerar (2001, 13–14) poudarja, da med državami obstajajo velike kulturne, civilizacijske in tudi druge razlike, ki velikokrat vodijo v razlike v vsebini in razumevanju mednarodnih minimalnih standardov. Izpostavi tudi, da so pravzaprav načela, na katerih sloni teorija minimalnega mednarodnega standarda, kapitalistična, lahko bi tudi rekli evropska načela. Dodaja še, da so ta načela podlaga današnji diplomatski zaščiti. Zagovorniki teorije minimalnega mednarodnega standarda so Brochard, Oppenheim, Gugenheim, de Visscher in Jessup.

⁸ Na začetku je šlo za spor med privatno osebo in državo, g. Mavrommatis proti Veliki Britaniji, nato je grška vlada prevzela primer, kar je posledično pomenilo spor med dvema državama, ne glede na to, da spor izvira iz kršenja privatnih interesov. *Mavrommatis Palestine Concession* (Grčija proti Veliki Britaniji), 1924 PCIJ A02 7 (30. avgust 1924).

Kljub temu da gre za nasprotujoči si teoriji, imata skupno točko, in sicer zaščito tujcev. Amador (1957, 199) meni, da če je v tradicionalnem smislu imelo razlikovanje med državljani in tujci še nek pomen, je to razlikovanje ob pojavu teorij človekovih pravic izgubilo pomen, posledično sta tudi oba principa izgubila svoje mesto v mednarodnem pravu.

Povezava med diplomatsko zaščito in statusom tujcev je dobro opisana v deklaraciji medameriške konference o problemih vojne in miru, ki je potekala v Mehiki leta 1945. Amador (1957, 202) izpostavi del deklaracije, ki se glasi: »Mednarodna zaščita temeljnih človekovih pravic bo odpravila zlorabo diplomatske zaščite državljanov v tujini, prakso, ki se je več kot enkrat /sprevrгла/ v kršitve nevmešavanja /v notranje zadeve/ in enakosti med državljani in tujci /.../«. Namen deklaracije ni bil odpraviti diplomatsko zaščito, temveč zlorabo le-te. Vseeno pa diplomatska zaščita ne predstavlja najučinkovitejšega sredstva za zaščito pravic tujcev. Razlog za to lahko najdemo v tem, da gre pri diplomatski zaščiti za diskrecijsko pravico države in ne dolžnost. Lahko pa o diplomatski zaščiti govorimo tako, kot pravi Brochard (1916, 29–30), kot o »moralni dolžnosti«.

Amador (1957, 203) nadalje pojasnjuje, da:

*/o/*menjeno novo načelo bi temeljilo na »univerzalnem spoštovanju in uresničevanju človekovih pravic in temeljnih svoboščin«, zapisanih v Ustanovni listini OZN in drugih splošnih, regionalnih in bilateralnih aktih. Cilj »internacionalizacije« teh pravic in svoboščin je, da se zagotovi zaščita legitimnih interesov človeškega bitja, ne glede na njegovo državljanstvo. Tako ni važno, ali je dotična oseba državljan ali tujec, gre za človeška bitja kot taka, ki so pod neposredno zaščito mednarodnega prava.

Kakorkoli že, treba je omeniti, da poleg delnega prikrivanja diplomatske zaščite in pravom človekovih pravic obstajajo pomemben razlike. Gre namreč za varovanje različnih pravic, tudi postopki so različni, pri diplomatski zaščiti gre za varovanje tako fizičnih kot tudi pravnih oseb. Cerar (2001, 17–19) pravi, da je poudarek predvsem na premoženjskih pravicah v nasprotju s svoboščinami posameznika, ki jih zagovarja pravo človekovih pravic. Poleg tega diplomatsko zaščito ureja običajno pravo, medtem ko pravo človekovih pravic urejajo večinoma konvencije. Kljub hitremu razvoju prava človekovih pravic gre po mnenju Cerarja (2001, 25) velikokrat bolj za »plemeniti cilj kot pa nekaj dejansko in univerzalno obstoječega«. Benko (2000, 267) pravi, da ne

glede na to, da so bile po drugi svetovni vojni deklarirane temeljne človekove pravice, se posameznik v globalnem mednarodnem pravnem redu še ni močneje uveljavil. Amador (1957, 203) zaključuje, da bi si bilo nesmiselno prizadevati za kodifikacijo načel nacionalnega obravnavanja in minimalnega mednarodnega standarda v okviru mednarodnopravne odgovornosti držav zaradi zastarelosti teh načel.

1.3 OZIRI, KI SO VPLIVALI NA KODIFIKACIJO DIPLOMATSKE ZAŠČITE

Petdeseta leta so bila zaznamovana z nasprotjem med potrebo po razvoju mednarodnih odnosov na eni strani in zastarelostjo in pomanjkljivostjo splošnih pravnih pravil o diplomatskem pravu na drugi strani. Zavedati se moramo, da je bil edini uradni dokument na področju diplomatskega prava že v marsičem zastarel pravilnik Dunajskega kongresa iz 1815.

Na samo uspešnost Komisije pri kodifikaciji diplomatske zaščite nenazadnje vpliva tudi njena sestava. Kot pravi Radovič (1990, 14) so bili: »prvotno člani Komisije ugledni strokovnjaki za mednarodno pravo, ki niso predstavljali svojih držav in ki naj bi delovali po svojem najboljšem prepričanju in vesti, ne pa po navodilih svojih vlad«. Petrič (2008, 14–15) še podrobneje razloži, da sestava Komisije posredno prispeva tudi k prepletanju kodifikacije in progresivnega razvoja pri delu Komisije. Če pogledamo določbe Statuta Komisije vidimo, da 2. člen Statuta določa, da naj bi bili njeni člani osebe s priznano strokovnostjo v mednarodnem pravu. Pomemben člen pri obravnavanju sestave Komisije je tudi 8. člen, ki določa, da naj bi bile v Komisiji zastopane vse oblike civilizacij in glavni pravni sistemi sveta. Pomembno dejstvo je, da v Komisiji ne gre za zastopanje države, temveč za ustrezno kvalificirane posameznike. Med štiriintridesetimi člani Komisije najdemo tako bivše in sedanje veleposlanike, praktike na področju mednarodnega prava, vodje mednarodnih pravnih služb v zunanjih ministrstvih in tudi profesorje mednarodnega prava. Raznolika sestava se odraža tudi v razgibanih razpravah, tako imamo na eni strani člane, ki so bolj zavzeti za progresivni razvoj mednarodnega prava, tu gre predvsem za člane iz akademskih krogov, po drugi strani pa imamo člane, ki so predstavniki svojih držav, ki poudarjajo prakso držav in njihovo suverenost⁹ in so pristaši *de lege lata*. V to skupino spadajo tudi tisti člani, ki

⁹ Na tem mestu bomo posvetili nekaj besed suverenosti držav. Razlaga tega pojma bo koristna za kasnejše razumevanje uresničevanja diplomatske zaščite. Andrassy (1987, 228–9) poleg teritorialne suverenosti

prihajajo iz okolij, kjer gre za še vedno močno prisoten pozitivistični pristop k mednarodnemu pravu, kajti ravno ti člani se najbolj oklepajo suverenosti držav. Prav tako igra vlogo tudi to, iz kakšnih pravnih sistemov prihajajo določeni člani. Člani, ki prihajajo iz okolij, kjer so sodbe sodišč poglavitni vir prava, tudi pri delu v okviru Komisije iščejo oporišča v nacionalni in mednarodni judikaturi.

Kodifikacija diplomatske zaščite je na začetku potekala v okviru mednarodnopravne odgovornosti držav. Pri tem je pomembno, da se zavedamo, da mednarodnopravno odgovornost v tem času večinoma ureja predvsem običajno mednarodno pravo. Komisija se je zato velikokrat opirala na same primere in končne sodbe. Potrebno je omeniti, da se je Amador Garcia pri svojem poročilu osredotočil predvsem na državljansko odgovornost in dolžnost povračila škode oziroma reparacije, medtem ko so bili proceduralni vidiki mednarodnopravne odgovornosti držav, kot so pogoj izčrpanja notranjih pravnih sredstev ali pa pogoj nacionalnosti – državljanstva, potisnjeni v ozadje (ILC 1957c, 154).

Amado (prav tam) poudarja, da gre pri mednarodnopravni odgovornosti za odnos med dvema državama, in da škoda, ki je bila povzročena posamezniku sama po sebi, ne bi mogla nikoli biti kršitev mednarodnega prava. Taka kršitev obstaja le takrat, ko neka država ne spoštuje dolžnosti do druge države, katere državljan ta posameznik je. Rousseau¹⁰ nadalje pravi: »Država, ki vloži zahtevo, uporablja svojo lastno pravico, posledice za prizadetega posameznika so tako le postranski izdatki«.

omenja še personalno suverenost. Degan (2000, 481) opredeli razmerje med teritorialno in personalno suverenostjo države. Pri teritorialni suverenosti države je posameznik pod oblastjo države v kateri biva, pri tem ima dolžnost spoštovanja njenih zakonov dokler se nahaja na njenem ozemlju. Vendar kljub temu, da se posameznik ne nahaja v svoji državi oziroma je v tujini, je po načelu personalne suverenosti, še vedno pod njeno oblastjo. V okviru personalne suverenosti ima posameznik dolžnosti do svoje države, tako Andrassy (1987, 229) navede kot primer, da ima posameznik vojaško dolžnost ali dolžnost plačevanja davkov. Degan (2000, 481) nadaljuje, da ima na osnovi tega posameznik v tujini pravico prositi za zaščito s strani svoje države. Tako lahko država posamezniku, čigar pravice so bile kršene s strani tuje države, nudi na osnovi mednarodnega prava diplomatsko zaščito. Brownlie (1998, 521–22) v zvezi z diplomatsko zaščito, ki jo uresničuje država v imenu svojih državljanov, dodaja še, da če je posameznik utrpel škodo ali izgubo za katero je pravno odgovorna druga država, lahko potemtakem država oškodovanega posameznika vloži zahtevek na mednarodni ravni, ne glede na to ali je bila škoda povzročena na ozemlju države, ki je oškodovala posameznika, na *res communis* ali *terra nullius*.

¹⁰ Charles Rousseau (1953) *Droit international public*. Paris: Librairie du Recueil Sirey. V ILC (1957c, 154).

Po drugi strani Padilla Nervo pojasnjuje, da je zgodovina mednarodnopravne odgovornosti držav, vsaj kar se tiče latinsko-ameriških držav, tesno povezana z zgodovino »ovir, ki so bile postavljene na poti novim latinsko-ameriškimi državam – oviram pri obrambi (v tistem času) njihove nedavne neodvisnosti, pri lastnini in razvoju svojih virov in pri družbeni integraciji. /.../ Pri mednarodnopravni odgovornosti držav /.../ so bila mednarodna pravila osnovana ne glede na male države, temveč proti njim /.../ ta pravila so bila skoraj v celoti osnovana na neenakem odnosu med velikimi silami in malimi državami« (ILC 1957c, 155–6). Nadalje pojasnjuje, da je bila večina primerov (skoraj 95 %) v zvezi z mednarodnopravno odgovornostjo držav, ravno med veliko industrializirano državo in malo novoustanovljeno državo. Konča z opazko, da »ni presenečenje, da je doktrina mednarodnopravne odgovornosti držav postala legalna pretveza za imperialistične interese mednarodne oligarhije med devetnajstim in na začetku dvajsetega stoletja« (ILC 1957c, 156). Rešitev vidi v tem, da je novim državam dovoljeno celovito sodelovanje pri oblikovanju mednarodnega prava.

Ago (prav tam) poudarja, da je vprašanje mednarodnopravne odgovornosti države na ozemlju, katere je bila povzročena škoda tujemu državljanu, pomemben vidik problema, katerega kodifikacija bi bila zelo koristna. Garcia Amador je dal poudarek na prejšnje poizkuse kodifikacije in se skliceval na tradicionalne doktrine, ki so prevladovale v mednarodnem pravu. Na zgodnejše poskuse kodifikacije sta pomembno vplivala dva dogodka. Konec 1. svetovne vojne je v Aziji sprožil, »da so velike množice kolonialnih sužnjev, ki jih je vodila revščina, vstopile v politično arena v iskanju neodvisnosti« (ILC 1957c, 158). Westlake (1910, 312) razlaga, da je bila posledično »geografija mednarodnega prava /.../ izpostavljena velikim spremembam. /M/ednarodno pravo tako ni bilo več skoraj ekskluzivna domena ljudi evropske krvi /.../«. Drugi dogodek, ki je zaznamoval razvoj in kodifikacijo mednarodnega prava, je bil konec 1. svetovne vojne v Evropi, ki je bil zaznamovan z velikim političnim prelomom. Posledice le-tega so se kazale v »rojstvu velikih sil s popolnoma drugačno ideologijo družbene pravičnosti, vključujoč popolnoma drugačne družbene in ekonomske sisteme, ki so med drugim ogrozili tudi obstoječi koncept privatne lastnine« (ILC 1957c, 158). Naloga Komisije je bila torej, da najde neko srednjo pot, ki bi zadovoljila vse strani.

Kakorkoli že, kodifikacija mednarodnopravne odgovornosti kljub jasno opredeljenim načelom, osnovanih na zelo obsežni sodni praksi številnih komisij in sodišč, ni bila

lahka naloga. Kodifikacija bi morala upoštevati tri sledeče točke: prvič – pri kodifikaciji bi morali poleg tradicionalnih virov nujno upoštevati še osnovna načela iz Ustanovne listine Združenih narodov (ULZN), drugič – zasnovana bi morala biti tudi na določenih resolucije Generalne skupščine 626, po katerih so naravne pravice ljudstev, da si lastijo in razvijajo lastne naravne vire, ter tretjič – kodificirana pravila bi morala biti v skladu z novoustanovljenim mednarodnim redom, ki izhaja iz ULZN, ne pa samo zagotavljanje interesov in *statusa quo*, ki bi lahko škodoval prijateljskim odnosom med ljudstvi, in ki ne bi služil mednarodnemu miru in sodelovanju (ILC 1957c, 158–67).

Bartoš (ILC 1957c, 167) poudarja, da je nekatere vidike mednarodnopravne odgovornosti držav že urejalo mednarodno pravo, vendar so bila le-ta zelo splošna, medtem ko po drugi strani lahko govorimo o obstoju zelo natančnih pravil, ki pa so jih nekatere države upoštevale, druge pa le tolerirale. Bartoš tako meni, da ta tema še vedno ni primerna za kodifikacijo v strogem smislu, ker je preveč polemična in še vedno v fazi razvoja, zato bi se Komisija morala truditi združiti samo kodifikacijo s progresivnim razvojem prava na tem področju. Spiropoulos (ILC 1957c, 168) poudari, da je Amador predstavil določene inovacije v povezavi z mednarodnopravno odgovornostjo držav, kot pomembnejšo izpostavi kršitev človekovih pravic, ki po njegovem mnenju ne glede na to, da gre za pomembno temo ni relevantna pri obravnavi mednarodnopravne odgovornosti držav in bi jo bilo zato bolje izpustiti. Yokota (ILC 1957c, 169) prav nasprotno trdi: »da je vprašanje temeljnih človekovih pravic /.../ tesno povezano z vprašanjem zaščite tujcev in na ta način tudi z mednarodnopravno odgovornostjo, celo v proceduralnem vidiku«. Er-Erian (prav tam) po drugi strani meni, da bi se bilo treba glede na dinamiko mednarodnega prava pri kodifikaciji posvetiti vprašanju, kot so pogoj nacionalnosti – državljanstva in pogoj izčrpanja notranjepravnih sredstev. Faris Bey El-Khoury je med drugim posebnemu odposlancu Amadorju očital, da mu ni uspelo videti točke, kjer se osebna zahteva spreobrne v mednarodno zahtevo, ko gre za tujce. Meni, da bi vsak tekst, ki bi dodelil take pravice tujcem, pomenil neposrečen vtis v njegovi državi oziroma po celotnem Bližnjem Vzhodu. Tako poudarja, da so bila »obča pravila glede teme osnovana na običajih devetnajstega stoletja, ki so jih vsilile imperialistične sile. /To stanje se je spremenilo, glede/ na tako veliko novih in majhnih držav, ustanovljenih pod zaščito Ustanovne listine Združenih narodov, da bi bilo nespametno kodificirati sistem, ki bi omogočil prenos osebnih zahtev na področje mednarodnopravne odgovornosti držav« (prav tam).

Veliko govornikov je razglašalo politične vidike problema, že sam Amador trdi, da je »malo tem v mednarodnem pravu, kjer bi se politična pozornost tako pogosto vpletala« (prav tam). Benko (2000, 306–8) zvezo med mednarodnim pravom in politiko opiše tako, da lahko pravo obstaja le v določenem političnem redu, nadalje razloži, da je pravo »funkcija določenega političnega reda v mednarodni skupnosti«. Opozarja še, da če v takem redu obstaja neenakomerna porazdelitev politične moči se to odraža tudi v pravu, kar pomeni da tako pravo odseva politične interese subjektov s prevladujočim položajem v mednarodni skupnosti. Prav tako ne zanika, da je mednarodno pravo, ki je nastalo v 18. in 19. stoletju bilo pod vplivom velikih zahodno evropskih držav, ter je kot tako odraz tistih sil v mednarodni skupnosti, ki se zavzemajo za ohranitev družbenega in političnega *statusa quo*. Benko (1997, 285) nadalje razloži, da med tem ko je mednarodna politika dinamična kategorija, je mednarodno pravo statična kategorija. To pomeni, da »mednarodno pravo sledi mednarodnim političnim procesom, poskuša posamezne pojave in stopnje družbenega in političnega izražanja pravno racionalizirati v prid smotrnejšemu in učinkovitejšemu funkcioniranju zunanjih politik v razmerah paralelnega obstoja držav« (prav tam).

Amador (ILC 1958b, 48) se v svojem tretjem poročilu o mednarodnopravni odgovornosti države sprejemnice za škodo tujim državljanom posveča temam, ki so bile v prvem poročilu izpuščene in kasneje predlagane s strani Komisije. To so teme kot olajševalne in obtežilne okoliščine pri ugotavljanju odgovornosti, izčrpanje notranjopravnih sredstev, predložitev mednarodnega zahtevka, značaj in stopnja reparacije.

Država ni odgovorna v primerih, ko gre za *force majeure*, za nujno stanje, ko mora država ukrepati tako, da zavaruje svoje vitalne interese, ali če gre za krivdo na strani tujca samega (ILC 1958b, 50). Dva primera posameznikove krivde, zaradi katerih država ni odgovorna, sta opredeljena v 6. členu 16. projekta ameriškega inštituta za mednarodno pravo z naslovom Diplomatska zaščita, kjer je zapisano: »Ameriška republika, katere je bil diplomatski zahtevek predstavljen, lahko zavrne sprejetje tega zahtevka, ko se je oseba, ki je vložila ta zahtevek, vmešavala v notranje ali zunanje zadeve vlade, proti kateri je vložila zahtevek. Prav tako lahko republika zavrne zahtevek, ko je tožnik izvršil sovražna dejanja proti sebi« (ILC 1957b, 227). Brochard

(Cerar 2001, 155) je razvrstil dejanja posameznika, ki odvrtaajo državo do nudenja diplomatske zaščite v sedem skupin, in sicer: »graje vredno obnašanje nasploh, prikrivanje državljanstva, lažno prikazovanje škodnega primera oziroma zahtevka, izogibanje državljanskim dolžnostim in še posebej vojaški službi, opravljanje nezakonitih dejanj v tujini, trgovanje s sovražnikom oziroma ukvarjanje z nezakonito trgovino, nenevtralnno obnašanje in neprijateljska – sovražna dejanja.« Brochard kot enega izmed razlogov za nenudenje diplomatske zaščite posamezniku vidi tudi v primeru, ko le-ta krši mednarodno pravo. Cerar (2001, 158) dodaja, da v praksi »vendarle velja, da je ravnanje države v marsičem odvisno od tega, za katerega oziroma kakšnega njenega državljana gre«.

Pogoj izčrpanja notranjepravnih sredstev, ki ga je Amador vključil v svoj osnutek, je pomemben pri nadaljnji kodifikaciji diplomatske zaščite. Tako 15. člen osnutka o mednarodnopravni odgovornosti držav za škodo, povzročeno tujim državljanom in njihovi lastnini na ozemlju te države, govori o splošnem načelu, da je dopustnost mednarodnega zahtevka odvisna od izčrpanja notranjih pravnih sredstev. V 16. člen najdemo določila o odpovedi diplomatske zaščite, medtem ko 17. člen govori o posebni situaciji, ki izhaja iz dogovora med dvema državama, ali med tujcem in obtoženo državo, ko se splošno načelo o izčrpanju notranjih pravnih sredstev ne uporablja (ILC 1958b, 55). Razlogi za potrebo pogoja izčrpanja notranjih pravnih sredstev so številni. Eden izmed razlogov je, da dokler zasebni tožnik ni izčrpal vseh postopkov, ki so predvideni z zakonodajo države sprejemnice, sploh ni mogoče določiti, ali gre dejansko za škodo in za kakšen obseg škode gre ter nenazadnje, ali je tujec dobil primerno ali neprimerno odškodnino z zatekanjem k tem pravnim sredstvom (prav tam).

Brochard (1916, 817–18) prav tako zagovarja, da tožnik, ki toži tujo vlado, ni upravičen do diplomatskega posredovanja svoje domače vlade, dokler ni izčrpal vseh možnih notranjepravnih sredstev države, ki jo toži. V nadaljevanju navede več razlogov za omejitve diplomatske zaščite:

prvič, za državljana, ki gre v tujino, se predvideva, da je upošteval sredstva, ki mu jih ponuja notranje pravo za povrnitev škode; drugič, pravica suverenosti in neodvisnosti pooblašča domačo državo pri zahtevi za svoja sodišča glede svobode pred vmešavanjem s predpostavko, da so sposobna izvrševanja pravice; tretjič, domača vlada prizadetega državljana mora dati toženi vladi priložnost narediti pravico oškodovani stranki na njen običajen način, in se pri tem izogniti, če je možno, vsem priložnostim za mednarodno

razpravo; četrtič, če je škodo povzročil posameznik ali nižji uradnik, je izčrpanje notranjih pravnih sredstev potrebno, da bi se prepričali, da je krivično dejanje ali *denial of justice* namerno dejanje države; petič, če je namerno dejanje države, da je država pripravljena pustiti krivico nepopravljeno. Tako je logično načelo, da ko obstaja sodno sredstvo, mora biti le-to uporabljeno.

Vidimo lahko, da je načelo izčrpanja notranjih pravnih sredstev osnovno načelo, ko govorimo o mednarodnopravni odgovornosti, ravno zato, ker bi brez tega predpogoja lahko prišlo do primerov, ko bi se lahko notranji zahtevek spreobrnil v mednarodnega samo zato, ker je tožnik tujec, ne glede na to, ali je država sploh bila prisotna pri kršitvi.

Na vprašanje, kdaj so sredstva notranjega prava izčrpana, odgovarjajo v glavnem tri teorije. Prva na to vprašanje odgovarja tako, da so sredstva notranjega prava izčrpana takrat, ko ni več potrebe, da bi se zatekli k istim sodiščem, če mora biti rezultat ponovitev že sprejete odločitve. Ta vidik je problematičen s tega stališča, da nekako dovoljuje državi tožnika, da sama presodi o učinkovitosti notranjepravnih sredstev tožene države in jo na nek način »avtorizira za izvajanje diplomatske zaščite, preden pozna odnos obtožene države« (ILC 1958b, 56–7). Drugi pogled na isto vprašanje odgovarja, da drži, da je bila dolžnost države glede pravne zaščite izpolnjena takrat, ko je tujcem dovoljen in omogočen dostop do nacionalnih sodišč. Drugi vidik je prav tako nesprejemljiv kakor prvi, predvsem zaradi tega, ker bi bilo nesmiselno »izključevati diplomatsko zaščito /le zato, ker/ imajo tujci prost dostop do lokalnih sodišč« (ILC 1958b, 57). Tretji pogled je dobro izražen v resoluciji Mednarodna odgovornost držav, sprejeti v Montevideu leta 1933 na sedmi mednarodni konferenci ameriških držav, in sicer da diplomatska zaščita ne more biti uporabljena, dokler niso bila izčrpana vsa notranja pravna sredstva v državi, razen v primerih očitnega zanikanja ali pretiranega odloga sojenja (ILC 1958b, 56–7). Tretji pogled je še najbolj v skladu s samim namenom načela izčrpanja notranjepravnih sredstev.

Osnovo postopka, ki omogoča tujcu predložitev mednarodnega zahtevka, potem ko so bila izčrpana notranje-pravna sredstva predstavlja 19. člen. Praksa podeljevanja *locus standi* privatnim osebam pred mednarodnimi organi je znana že iz primera iz leta 1922 *German-Polish Convention regarding Upper Silesia*. Med drugim so mnogi pravni strokovnjaki zagovarjali to prakso, tako je nenazadnje tudi Inštitut za mednarodno pravo na seji v New Yorku leta 1929 dejal, da »/obstajajo/ določeni primeri, pri katerih je zaželeno zagotoviti privatnim osebam pravico neposrednega pristopa do mednarodnih

sodišč /pod določenimi pogoji in glede na njihov spor z državo/« (ILC 1958b, 62). Novost, ki jo predstavlja 19. člen, je zagotovo možnost, da tujec in tožena država z dogovorom ustanovita mednarodni organ (ILC 1958b, 63). Zavedati pa se moramo, da je ta možnost v nasprotju s tradicionalno doktrino diplomatske zaščite¹¹, ki je temeljila na tem, da posameznik sam ne more nikakor uveljavljati mednarodnega zahtevka in je bil po tem, ko je izčrpal vsa notranje-pravna sredstva, odvisen od zaščite svoje države. Tako Amador (ILC 1961b, 56) poudarja, da je bila celotna doktrina diplomatske zaščite osnovana na predpostavki, da posameznik nima možnosti sodnega procesa na mednarodni ravni, dokler niso bila izčrpana notranjepravna sredstva. Tako je ostal posameznik brez kakršne koli zaščite proti *denial of justice* s strani države, od katere je posameznik zahteval odškodnino, zato je bila zaščita nacionalne države edina možnost posameznika. Sčasoma so tudi posamezniki dobili možnost direktne mednarodne obravnave njihovega primera. Tako lahko v poročilu ameriške veje Zveze za mednarodno pravo zasledimo predlog o modernizaciji pravila o izčrpanju notranjepravnih sredstev. Predlog se je nanašal predvsem na tiste primere, ko gre za slabo upravljanje pri sodnem postopku, uzakonitev določenih odredb, ki spreminjajo municipalno pravo in tako onemogočajo občinskim sodiščem, da bi oškodovanemu posamezniku zagotovili povračilo škode. Ravno v teh primerih bi se posameznik lahko zatekel k alternativni, in sicer mednarodnemu sodišču.

Priznanje novega osnutka o mednarodnopravni odgovornosti držav in možnost posameznika do uveljavljanja zahtevkov vsekakor pomenijo progresivni razvoj mednarodnega prava. Pomembna razlika med osnutkoma se nanaša ravno na izčrpanje notranjepravnih sredstev. V osnutku iz leta 1929 je v 6. členu zapisano, da država ni odgovorna za povračilo škode drugi državi, dokler oškodovani posameznik (tujec) ni izčrpal vseh notranjepravnih sredstev, ki so na voljo. Medtem ko novi osnutek v 2. odstavku 1. člena določa, da je izčrpanje notranjepravnih sredstev *sine qua non* pogoj za dopustnost mednarodnega zahtevka (ILC 1961a, 269).

¹¹ Škrk (2003, 185) pravi, da izhaja Komisija iz tradicionalnega pojmovanja diplomatske zaščite, kar pomeni, da se država zateče k diplomatski akciji ali drugim sredstvom mirnega reševanja sporov, pri tem pa uresničuje svojo pravico do povrnitve škode, v imenu svojega državljana (fizične ali pravne osebe), nastale z mednarodno protipravnim dejanjem druge države.

Gledano iz pravnega stališča ni možno dokazati, da pravica vložitve mednarodnega zahtevka pripada izključno državi, če pa gledamo na stvar iz nekega zgodovinskega stališča, lahko ugotovimo, da je to pravico izključno izvajala le država, in če jo je že izvajal posameznik, je bilo to zato, ker ga je država avtorizirala. Lahko bi celo rekli, da gre na nek način za posebno obliko Calvo doktrine, glede na to, da če se stranki, torej tožena država in posameznik, dogovorita o predložitvi spora mednarodnemu organu, ne more priti do ugovora, razen v primeru, ko so prizadeti interesi tretje stranke. Vidimo, da ta novost predstavlja določeno obliko odpovedi diplomatske zaščite, saj predstavlja možnost mednarodne poravnave, ko so notranjepravna sredstva odpovedala (ILC 1958b, 63).

O načelu kontinuitete govori 3. paragraf 19. člena, ki ga je že leta 1903 v primeru *Stevenson*¹² obravnavala britansko-venezuelska komisija. Po mnenju Cerarja (2001, 109) je glavni razlog za načelo kontinuitete, da bi se preprečilo zlorabe diplomatske zaščite in da bi se preprečilo prizadetemu posamezniku, da bi si s spremembo državljanstva poiskal močnejšega zaščitnika.¹³

V okviru 19. člena je v 4. paragrafu izrecno poudarjeno, da se pravica do uveljavljanja mednarodnega zahtevka ne nanaša na tuje pravne osebe, v katerih imajo državljani tožene države večinski delež. V 5. paragrafu najdemo določilo, da je tujec tisti, ki nima ali pa ni zaprosil za državljanstvo tožene države. Pomembno je še omeniti, da so pri pisanju osnutka razpravljali tudi o statusu oseb brez državljanstva (ILC 1958b, 64).

Določila o pravici države do uveljavljanja mednarodnega zahtevka najdemo v 20. členu. Mednarodni zahtevki se lahko uveljavljajo na dva načina; prvi je skozi predstavljanje svojih državljanov, drugi pa je skozi branjenje svojih lastnih pravic in interesov (prav

¹² Šlo je za primer, ko je prizadeti posameznik po tem, ko je utrpel škodo, umrl. Nekaj Stevensonovih dedičev je imelo britansko državljanstvo, medtem ko so imeli ostali venezuelsko. Glede na to, da je bil Stevenson britanski državljan, in da velja načelo, da »država, katere državljan je bil, lahko uveljavlja zahtevek le v primeru, da je tudi njegov dedič njen državljan,« so lahko zahtevke uveljavljali le tisti dediči, ki so bili britanski državljani (Cerar 2001, 108).

¹³ Tudi ameriško-nemška arbitražna komisija vidi razloge za načelo kontinuitete v tem, kot pravi Cerar (2001, 109): »da je država prizadeta preko škode svojega državljanca in le ona lahko zahteva reparacijo, saj državljani druge države niso prizadeti. V odnosih med državami velja, da bo država, ki je poškodbo povzročila, navadno poslušala le pritožbo prizadete države/.../. Vsako drugo pravilo bi široko odprlo vrata zlorab. Močna država bi kaj lahko postala terjatvena agencija v imenu vseh, ki so po nastanku škode prenesli zahtevke na njene državljane, ali zahvaljujoč njenim predpisom o naturalizaciji uspeli zagotoviti njen prevzem njihovih zahtevkov«.

tam). Za samo kodifikacijo diplomatske zaščite je vsekakor pomemben 21. člen, ki se nanaša na pogoj nacionalnosti oziroma državljanstva. Tako se člen glasi: »država ne more uveljavljati mednarodnega zahtevka v imenu osebe, ki nima njenega državljanstva« (ILC 1958b, 65). Čeprav iz sodbe ICJ *Reparation for injuries* (1949) lahko zasledimo izjemo, ki pravi, da obstajajo določeni primeri, v katerih lahko država izvaja zaščito tudi v imenu oseb, ki nimajo njenega državljanstva. Kakorkoli že, zavedati se moramo, da gre vsekakor prej za izjemo kot za ustaljeno pravilo. Tako se 8. člen 16. projekta ameriškega inštituta za mednarodno pravo glasi: »da bi bil diplomatski zahtevek dopusten, mora biti posameznik, v čigar imenu je /zahtevek/ predstavljen, državljan države, ki uveljavlja zahtevek, v času dejanja oziroma dogodka, ki je povzročil zahtevek, in v času, ko je bil zahtevek predstavljen« (ILC 1958b, 65).¹⁴ V primeru dvojnega ali večkratnega državljanstva 4. paragraf 21. člena določa, da bo pravico do uveljavljanja zahtevka izvajala le tista država, s katero ima posameznik najmočnejše in najbolj pristne vezi (ILC 1958b, 66). Tako je tudi ICJ v primeru *Nottebohm*¹⁵ podalo svoje mnenje o pogoju nacionalnosti, in sicer »da je glede na prakso držav, arbitražne in sodne odločitve ter mnenja teoretikov, državljanstvo pravna vez, ki pa temelji na družbeni pripadnosti, pristni povezanosti obstoja, interesov in čustev, skupaj z obstojem recipročnih pravic in dolžnosti«.

Garcia Amador (ILC 1959, 148) izrazi razočaranje v zvezi z napredkom Komisije pri kodifikaciji mednarodnopravne odgovornosti držav glede na to, da se je Generalna skupščina že leta 1953 v svoji resoluciji 799 zavzela za kodifikacijo načel mednarodnega prava na področju mednarodnopravne odgovornosti držav. Član Komisije Tunkin (ILC 1959, 149) je videl problem v osnutku in poročilu posebnega poročevalca Amadorja v tem, da se ne nanašata toliko na mednarodnopravno odgovornost držav, temveč bolj na same pravice posameznika, še posebej na tiste pravice, ki se vežejo na lastnino posameznika. Problem je videl v tem, da ne glede na to, da v svetu obstajata v glavnem dve gospodarski ureditvi, osnutek temelji na kapitalističnih premisah privatne lastnine in je praktično odraz pogleda Združenih držav Amerike. Poudaril je še, da se je o vprašanju mednarodnopravne odgovornosti držav v

¹⁴ Podobnega mnenja je bil tudi pripravljalni odbor na Haaški konferenci leta 1930, ki je menil, da »država ne more zahtevati povračila gmotne škode, ki jo je utrpel posameznik na ozemlju tuje države, razen če je oškodovana oseba njen državljan v času, ko je bila škoda povzročena in obdrži državljanstvo, dokler je o zahtevku določeno« (ILC 1958b, 65).

¹⁵ *Nottebohm* (Liechtenstein proti Gvatemali). 1951 ICJ 32 (6. april 1955).

30-ih in 40-ih letih 20. stoletja razpravljalo izključno iz enega vidika, zato bi bilo neprimerno sprejeti to kot običajno mednarodno pravo, upoštevati bi bilo potrebno tudi vidike socialističnih držav. V zvezi s samo kodifikacijo mednarodnopravne odgovornosti držav in posredno tudi diplomatske zaščite je Amador v svojem poročilu leta 1960 dejal, da »/o/čitno nista ne doktrina ne sodna praksa zavzela zaključnega stališča o mednarodnopravni odgovornosti« (ILC 1961a, 63). Gomez Robledo (ILC, 1961b, 266), opazovalec pri medameriškem sodnemu odboru, je poudaril, da se je:

/m/ednarodno pravo neustavljivo razvijalo v smeri mednarodne zaščite človekovih pravic in priznanja posameznika kot subjekta prava narodov. /Doseg teh ciljev skozi sprejetje človekovih pravic s strani vseh držav bi pripeljal do konca sporov o pravu zahtevkov. Minimalni mednarodni standardi bi veljali za vse, v primeru kršitve tega standarda bi se lahko tujec ali pa državljani pritožili na kompetentno mednarodno telo./ Ko bo ta proces zaključen, bo diplomatska zaščita nehala obstajati kot posebna pravna institucija.

Vidimo, da so se na začetku tako pojem diplomatske zaščite kakor tudi poskusi kodifikacije razvijali vzporedno ali pa kot del prava, ki ureja področje mednarodnopravne odgovornosti držav. Tako uradni poskusi kodifikacije s strani DN kot tudi poskusi privatnih teles niso bili dokončani. Razlogov je več. Prvi razlog je zagotovo prepad med malimi državami in velikimi silami, vsaka stran je namreč imela svoje mnenje o tem, kaj bi pravzaprav pomenila kodifikacija diplomatske zaščite. Velike sile so v kodifikaciji diplomatske zaščite videle zagotovitev pravil, ki bi omogočila boljše pogoje za mednarodne odnose nasploh, še posebej pa za mednarodne investicije in trgovino. Prav nasprotno male države niso imele interesa za zaščito tujcev. Najvažnejše v tistem obdobju jim je bilo zavarovati svojo neodvisnost in pa pravico do upravljanja na lastnem ozemlju ter preprečiti vmešavanje v notranje zadeve kot posledico zlorabe diplomatske zaščite. Osnutek posebnega poročevalca Komisije Amadorja o mednarodnopravni odgovornosti držav, ki vsebuje določila tudi o diplomatski zaščiti, ni bil kodificiran, ker so določeni člani Komisije menili, da osnutek izraža le kapitalistične ideje privatne lastnine in je skoraj v celoti odraz pogleda velesile in bi bilo nesmiselno sprejeti tak osnutek kot običajno mednarodno pravo; argument proti je bil tudi, da se osnutek namesto na mednarodnopravno odgovornost držav nanaša bolj na pravice posameznika, še posebej tiste, ki se vežejo na lastnino. Tako so videli v priznanju novega osnutka o mednarodnopravni odgovornosti držav, ki posamezniku dopušča možnost do uveljavljanja zahtevkov progresivni razvoj mednarodnega prava in ne kodifikacije. Drugi razlog je bil razvoj zaščite človekovih

pravic, ki naj bi v celoti nadomestil diplomatsko zaščito oziroma bi z razvojem zaščite človekovih pravic in s priznanjem posameznika kot subjekta mednarodnega prava diplomatska zaščita postala obsoletna.

2 KODIFIKACIJA DIPLOMATSKE ZAŠČITE IN DUNAJSKA KONVENCIJA O DIPLOMATSKIH ODNOSIH

V prvem delu diplomske naloge smo raziskali, kako je potekal proces kodifikacije diplomatske zaščite do sprejetja DKDO, v drugem delu diplomske naloge pa si bomo pogledali začetke kodifikacije diplomatskega prava in poskušali odgovoriti na vprašanje, kaj je pomenila DKDO v procesu kodifikacije diplomatske zaščite oziroma kako je vplivala nanj, prav tako bomo skušali ugotoviti, zakaj v procesu kodifikacije diplomatskega prava ni bila kodificirana tudi diplomatska zaščita.

2.1 KODIFIKACIJA DUNAJSKE KONVENCIJE O DIPLOMATSKIH ODNOSIH

Lahko bi rekli, da so bili največji diplomatski dosežki v zgodovini, kot na primer Dunajski kongres leta 1815, doseženi na vrhunskih srečanjih vladarjev ali drugače rečeno skozi diplomacijo na vrhu. Kot pravi Radovičeva (1990, 2) je v tistem času diplomacija na vrhu »/.../ nastopala s pozicij sile in moči, pogajanja pa so potekala v tajnosti. Odnosi med državami so bili bolj ali manj zasebna zadeva vladarskih hiš.« Z izjemo Dunajskega pravilnika o vrstnem redu diplomatskih predstavnikov iz leta 1815, ki je reguliral le vprašanje prvenstva med diplomatskimi predstavniki, je bilo diplomatsko pravo, dokler ni stopila v veljavo DKDO, del mednarodnega običajnega prava.

Diplomatsko pravo kot pravi Denza (2004, 1) »predstavlja proceduralni okvir za gradnjo mednarodnega prava in mednarodnih odnosov«. Nenazadnje zagotavlja učinkovitost in varnost celotnega mehanizma, ki ga države uporabljajo za izvajanje diplomacije, kar je pomembno, da brez tega mehanizma države ne bi mogle ustvariti prava le s pomočjo običajev ali pa le s sporazumi. Radovičeva (1990, 2) tako vidi v kodifikaciji diplomatskega prava »/.../ prekinitev stare prakse sprejemanja običajnopравnih pravil v lastnem interesu in na temelju recipročnosti.« Kljub tej trditvi pa se je potrebno zavedati tega, da je eden od razlogov za uspešnost DKDO vsekakor recipročnost, kar pomeni, da je vsaka država hkrati država pošiljateljica in država sprejemnica. Denza (2004, 2) tako vidi v recipročnosti »konstantno in učinkovito sankcijo pri izpolnjevanju /oziroma neizpolnjevanju/ skoraj vseh pravil iz konvencije.« Recipročnost ima tako prav poseben pomen pri izvrševanju konvencije, širina, ki ji jo

podeli DKDO, ji omogoča, da se uporablja kot »metoda, ki prisili deviantne države, da ravnajo zopet v skladu s konvencijo« (prav tam). Kodifikacija diplomatskega prava pa je bila med drugim tudi reakcija na vse pogostejše kršitve pravil mednarodnega običajnega prava in je nenazadnje, kot pravi Radovič (1990, 8): »/.../ pomenila odpiranje novih razvojnih poti diplomatskega prava«.

Vprašanje v zvezi s kodifikacijo diplomatskega prava na področju privilegijev in imunitet se je pojavljalo tudi v Društvu narodov, vendar zaradi nasprotovanja držav proti spremembam v obstoječi praksi se le-to ni obravnavalo na kodifikacijski konferenci leta 1930. Radovičeva (1990, 8) poudari, da je »kljub temu poskus Društva narodov pomenil napredek, saj je prispeval k temu, da je prišlo do opustitve teorije eksteritorialnosti kot osnove za dajanje diplomatskih privilegijev in imunitet.« Poleg neuspelega poskusa kodifikacije Društva narodov lahko zasledimo nekaj poskusov na regionalnem področju. Med te poskuse lahko štejemo Pravilnik o diplomatskih predstavnikih iz leta 1895, ki ga je izdelal Institut de Droit International, Osnutek konvencije o diplomatskih privilegijih in imunitetah, ki ga je izdelala Harvard Law School leta 1932, poskuse Ameriškega inštituta za mednarodno pravo in Interantional Law Association. Pomembno je še dodati, da navedeni poskusi niso imeli pravnega uradnega značaja. Kot uspešnejšo Radovič (1990, 9–10) lahko izpostavimo konferenco ameriških držav v Havani let 1928, ko je bila sprejeta Konvencija o diplomatskih agentih.

Za razliko od drugih poizkusov multilateralne kodifikacije, kot so na primer Dunajski kongres iz leta 1815, kjer so uredili razrede in vrstni red glav misij, resolucije Instituta za mednarodno pravo leta 1895 in 1929 ali pa Harvardski osnutek Konvencije o diplomatskih privilegijih in imunitetah iz leta 1932, je DKDO, kot pravi Denza (2004, 2) »celovito oblikovanje pravil modernega diplomatskega prava,« saj pokriva skoraj vsako točko, o kateri je obstajalo pravno pravilo. Berković (1997, 17) poudari, da je bila z DKDO ne le opravljena kodifikacija obstoječih pravil običajnega mednarodnega prava, temveč tudi določen del zakonodaje, ki je izražal določene nove mednarodnopravne odredbe, primarno se to nanaša na organe meddržavnih odnosov. Tudi Berković (1997, 17–18) navaja, da če določeno vprašanje ni urejeno v DKDO ali pa s posebnim dogovorom, se rešuje v skladu z mednarodnim običajnim pravom. To pomeni, da če določena država sprejemnica ni stranka DKDO in z državo pošiljateljico

nima posebnega dogovora, se bodo določna vprašanja reševala po mednarodnem običajnem pravu. Pri tem Berkovič (1997, 18) še poudarja: »da je Dunajska konvencija o diplomatskih odnosih pretežno opravila kodifikacijo pravil mednarodnega običajnega prava, tako da se lahko pri razlagi pravil mednarodnega običajnega prava lahko sklicuje na odločbe iz Dunajske konvencije o diplomatskih odnosih tudi pri tistih državah, ki niso članice konvencije«. Bohte in Sancin (2006, 80) dodata še, da to pomeni tudi, »da so države pogodbenice zavezane z DKDO, saj gre za njihovo pogodbeno pravo, države nepogodbenice DKDO pa so zavezane k spoštovanju mednarodnega običajnega prava, ki ga DKDO vsebuje. Vse države pogodbenice pa so kot druge države zavezane še s tistim veljavnim mednarodnim običajnim pravom, ki še ni kodificirano v DKDO«.

Zaključimo lahko, da je diplomatsko pravo kljub poskusom kodifikacije ostalo običajne narave vse do petdesetih let, ko je Komisija za mednarodno pravo med drugim kot vprašanje, potrebno za kodifikacijo, določila tudi pravila o diplomatskih odnosih. Vendar, kot pravi Radovič (1990, 14), mu za razliko od mednarodnopravne odgovornosti držav ni dala prioritete in skorajda brez razprave sklenila, da bo vprašanje diplomatskih odnosov in imunitet dala na začasno listo vprašanj, primernih za kodifikacijo.

Radovičeva (1990, 14–15) kot neposreden povod za kodifikacijo izpostavi krizo med Jugoslavijo in Sovjetsko zvezo ter ostalimi vzhodnoevropskimi socialističnimi državami. Hudi pritiski s strani Sovjetske zveze na Jugoslavijo so sprožili, da je le-ta začela izpostavljati vprašanje delovanja diplomatskih predstavništev in nedotakljivosti diplomatskih oseb. Predstavniki Jugoslavije je tako leta 1952 v obliki pisma in memoranduma, ki ju je poslal generalnemu sekretarju, pozval h kodifikaciji diplomatskih odnosov in imunitet. Dorđević in Mitić (2000, 22) prav tako kot osnovni razlog izpostavljata:

flagrantne kršitve vseh osnovnih obstoječih pravil diplomatskega prava proti diplomatskim misijam in konzulatom Jugoslavije in njihovem osebju s strani držav članic Kominforma, še posebej pa ignoriranje diplomatskih imunitet in privilegijev skozi maltretiranje, fizične napade, zapiranje, omejevanje svobode gibanja, odklanjanje medicinske in druge oskrbe, omejevanje oskrbe, ilegalni vstopi v prostore, misije, preprečevanje službenih stikov, cenzura, preprečevanje prejemanja pošte, časopisov in podobnih dejanj.

Kakor pravi Radovičeva (1990, 15) je bila Jugoslavija »/.../ sama bila žrtev vse pogostejšega kršenja mednarodnega prava na področju diplomatskih odnosov in imunitet in bi takšna praksa lahko poslabšala mednarodne odnose.« Predlog jugoslovanskega predstavnika je imel veliko podporo v Generalni skupščini. Med zasedanjem 6. odbora GS so predstavniki ZDA, podobno kot jugoslovanski predstavnik, izrazili nezadovoljstvo, saj naj bi tudi »/.../ ameriški diplomati in državljani trpeli maltretiranje »kominformskega režima«. /.../ takšen odnos je kršil osnovne smernice, ki so bile podane v Ustanovni listini OZN, in ogrožal ohranitev miru, zato je po njihovem mnenju zahteva po ureditvi pravil in prakse na področju diplomatskih odnosov več kot upravičena« (prav tam). Đorđević in Mitić (2000, 22–3) nadalje opisujeta, kako so Sovjetski in Poljski predstavniki reakcijo jugoslovanskih in ameriških predstavnikov označili kot »propagandni maneuver« ZDA in Jugoslavije. Celotna razprava je bila po njihovem mnenju umetno izzvana, ker »ni bilo pravega razloga za uvrščanje vprašanja diplomatskih odnosov in imunitet na prioriteten seznam Komisije, saj je ta problem tako ali tako vključen v program dela Komisije, ki vsebuje samo prioriteta vprašanja« (Radovič 1990, 16).

Generalna skupščina se je na poziv Jugoslovanskega predstavnika o nujni kodifikaciji odzvala konec leta 1952 v obliki resolucije 685 (VII), s katero je postalo vprašanje diplomatskih odnosov in imunitet prioriteto in primerno za kodifikacijo. Komisija je na 6. zasedanju za posebnega poročevalca za vprašanje diplomatskih odnosov in imunitet imenovala Sandströma. Komisija je nato leta 1957 na osnovi Sandströmovega poročila pripravila začasni osnutek. Naslednje leto je Komisija osnutek, ki je bil dopolnjen še s pripombami vlad in 6. odbora, podala na 13. zasedanju GS. Le-ta je v resoluciji 1288 (XIII) sklenila, da bo naslednje leto obravnavala, katero telo bo oblikovalo konvencijo in pozvala države k obravnavi osnutka. Tako je tudi bilo. Leta 1959 je Odbor predstavil osnutek predloga, pri katerem je sodelovalo dvajset držav. Konferenca je potekala na Dunaju, na njej je sodelovalo 320 delegatov iz 81 držav, od tega jih je bilo 75 članic OZN, druge države pa so bile članice specializiranih agencij OZN ali pa Statuta Mednarodnega sodišča. Konference so se udeležili tudi opazovalci iz dveh medvladnih organizacij in agencij OZN. Na konferenci 18. 4. 1961 je bila sprejeta Konvencija o diplomatskih odnosih skupaj z dvema opsijskima protokoloma. Sama Konvencija je začela veljati 24. 4. 1964 (Radovič 1990, 16–19). Enega pomembnejših razlogov za uspešnost DKDO vidi Denza (2004, 2) v tem, da so tisti, ki so v okviru

Komisije za mednarodno pravo začeli z samim pripravljalnimi procesom, ki se je končal v obliki konvencije, pa tudi predstavniki vlad na sami Dunajski konferenci vedno imeli v mislih to, da mora biti rešitev sprejemljiva za vse. Denza (2004, 3) prav tako izpostavi dejstvo, da je dialog med Komisijo za mednarodno pravo, vladnimi strokovnjaki in Šestim odborom Generalne skupščine potekal v duhu pozornega poslušanja kritike in iskanja kompromisa, ne pa z zasledovanjem kakršnihkoli političnih ciljev.

Države so večinoma sprejemale novosti, ki jih je predlagala Komisija in hkrati zavračale tiste amandmaje, ki so skušali ohranjati staro prakso. Kljub temu trdi Radovičeva (1990, 22), da je bila ta progresivnost relativna, kajti tiste pobude držav, ki so prehajale mejo, ki jo je svetovala Komisija, so največkrat propadle. Trdimo lahko tudi to, da je bila večina pravil sprejetih tako, da so bila v skladu z cilji in načeli UL OZN. Radovičeva (1990, 24) tako ugotavlja, da je DKDO zelo blizu zaključnemu tekstu Komisije, ki je bil nenazadnje tudi osnova za delo Konference. Poudari še, da so bile »/s/premembe minimalne, kljub temu da je bilo oddanih čez 200 sprememb in dopolnil, ki pa so bila zavrjena, ker je večina delegacij na Konferenci želela ostati pri tekstu Komisije. Tiste spremembe in dopolnila, ki pa so bila vseeno sprejeta, so se v glavnem nanašala na praktična in tehnična vprašanja in so predstavljala »dodelavo« načel, ki jih je predlagala Komisija« (prav tam). Eden izmed razlogov za široko formalno podporo kot tudi za visoko stopnjo izpolnjevanja Dunajske konvencije o diplomatskih odnosih je, kot pravi Denza (2004, 1) ta, da so pravila, ki so kodificirana z DKDO že dolgo stabilna. Kar pomeni, da so se že iz časov, ko jih je opisoval Vattel v svoji knjigi *Le Droit des Gens* iz leta 1758, razvijala kolikor je bilo mogoče brez pomoči mednarodnih dogovorov in so se obdržala kot taka več kot dvesto let.

Denza (2008, 1) za DKDO pravi, da je kodificirala pravila izmenjave med stalnimi predstavništvi suverenih držav. Ta pravila so omogočila nemoteno izvajanje diplomatskih funkcij, ki so najstarejša in hkrati najosnovnejša pravila mednarodnega prava. DKDO lahko potemtakem razumemo kot temelj sodobnega mednarodnega pravnega reda. Bohte in Sancin (2006, 78) tako kot Denza pravita, da je DKDO »/k/ot formalni pogodbeni vir /.../ kodifikacija skozi daljšo dobo v praksi držav izoblikovanih in ustaljenih pravil mednarodnega običajnega prava.« Poudarita, da je DKDO delno tudi izraz progresivnega razvoja mednarodnega diplomatskega prava in da je temelj tudi drugih konvencij kot mednarodno pogodbeno pravo. Tako Berković (1997, 15–16) trdi,

da je danes najpomembnejši del diplomatskega prava kodificiran v DKDO iz leta 1961, »ki je že obstoječe mednarodno običajno pravo pretočila v pogodbeno pisano obliko in je tako skupaj z Dunajsko konvencijo o konzularnih odnosih iz leta 1963 zmanjšala možnost kontradiktornega razlaganja snovi oziroma je vnesla več varnosti v meddržavne diplomatske odnose«.

Denza (2008, 1) DKDO vidi kot univerzalno Konvencijo, ki je veliko prispevala k progresivnemu razvoju običaja in razreševanju določene konfliktne prakse in je danes del ustaljenega prava. Nič nenavadnega ni, da so razvoj modernega pravnega reda suverenih držav spremljali poskusi utrditi pravila izmenjave in pravila za ravnanje z odposlanci kot običajno pravo. Denza (2008, 1) skozi primerjavo prve in tretje izdaje *Diplomatic Law* ugotavlja, da podpora DKDO po 43. letih veljave obsega 185 držav strank omenjene Konvencije, kar je za 73 držav več, kot jih je bilo strank pri prvi izdaji knjige. Nedvomno je bila DKDO že takrat široko sprejeta. Lahko bi rekli, da so DKDO sprejele že skoraj vse neodvisne države sveta.

Kot pravi Denza (2004, 4) je bilo pri ponovnem pregledovanju DKDO po več kot dvajsetih letih najbolj presenetljivo spoznanje, kako zelo je stabilizirala pravo na tem področju. Prav tako Bohte in Sancin (2006, 78–9) navajata, da je relativno malo mednarodnih kakor tudi domačih sodnih sporov glede razlage in izvajanja DKDO. Kakorkoli že, za pravi pomen predpisov v DKDO je še vedno pomembno pogledati nazaj v običajno pravo, omeniti je še potrebno, da je bilo veliko dvoumnosti v konvenciji razrešenih skozi dosledno prakso držav. Denza (2004, 5) še poudari, da »je v najbolj običajnem kontekstu konvencija postala pravo.« To potrjujejo mnogi primeri odločitev državnih sodišč, ki so v celoti zasnovani na DKDO ne glede na to, da morda ena od strank v sporu še ni bila podpisnica konvencije, kar dokazujejo med drugim tudi primeri medvladnih sporov. Denza (2004, 5–8) opaža tudi to, da se je konvencija izkazala za zelo odporno proti zunanjim napadom in raznim poskusom modifikacije. Razne študije istočasno kažejo na vse večjo fleksibilnost držav pri izvajanju diplomatskih odnosov, kajti vzpostavitev diplomatskih odnosov ne spremlja nujno ustanovitev stalne misije, poleg tega imajo države neke finančne omejitve, ki jih omejujejo pri vzpostavitvi stalnih misij v vseh državah. Med drugim pa tudi sama DKDO ponuja različne alternative, kot so na primer po 5. ali 6. členu večkratna akreditacija ali po 45. členu zaščita interesov, ko so bili le-ti prekinjeni. Vsekakor je

opazen porast uporabe naštetih alternativ. Bohte in Sancin (2006, 66) opisujeta DKDO kot »najpomembnejši, najcelovitejši in najširše sprejeti pogodbeni vir diplomatskega prava«, vprašanje diplomatske zaščite pa opredelita kot še nedokončan vidik procesa kodifikacije sodobnega diplomatskega prava. Bohte in Sancin (2006, 79) še dodata, da naj bi se s pravnim instrumentom o diplomatski zaščiti »zaokrožila kodifikacija in progresivni razvoj diplomatskega prava (*corpus diplomaticus*).«

2.2 POMEN DUNAJSKE KONVENCIJE O DIPLOMATSKIH ODNOSIH PRI KODIFIKACIJI DIPLOMATSKE ZAŠČITE

Za kodifikacijo diplomatske zaščite je pomemben 3. člen DKDO¹⁶, ki med drugim opredeli tudi glavne diplomatske funkcije, in sicer predstavljanje države pošiljateljice v državi sprejemnici, zaščita interesov države pošiljateljice in njenih državljanov v državi sprejemnici v mejah, ki jih dovoljuje mednarodno pravo, pogajanja z vlado države sprejemnice, obveščanje z vsemi dovoljenimi sredstvi o pogojih in razvoju dogodkov v državi sprejemnici in poročanje o tem vladi države pošiljateljice ter pospeševanje prijateljskih odnosov med državo pošiljateljico in državo sprejemnico in razvijanje medsebojnih gospodarskih, kulturnih in znanstvenih odnosov. Tako 2. odstavek 3. člena izrecno določa, da se nobena določba te konvencije ne more tolmačiti kot prepoved diplomatski misiji, da opravlja konzularne funkcije.¹⁷

¹⁶ *Vienna Convention on Diplomatic relations* – Dunajska konvencija o diplomatskih odnosih. Sestavljena na Dunaju 18. septembra 1961, veljati je začela 24. aprila 1964. 500 UNTS 95. Neuradni prevod v slovenščino je v Simoniti (1994, 31–43). Do 3. avgusta 2010 ima 187 pogodbenic. Dostopno prek: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-3&chapter=3&lang=en (3. avgust 2010).

¹⁷ Sama preambula DKDO izraža pet maksim, kot ugotavljata Bohte in Sancin (2006, 79). Prva govori o tem, da »narodi vseh držav od davnih časov priznavajo status diplomatskih agentov.« Bohte in Sancin (2006, 80) zapišeta, da se druga maksima nanaša na »upoštevanje ciljev in načel/ Ustanovne Listine OZN o suvereni enakosti držav, ohranitvi mednarodnega miru in varnosti ter o pospeševanju prijateljskih odnosov med narodi«. Bohte in Sancin (2006, 80) nadaljujeta, da tretja maksima poudari to, da »bi k temu pripomogla mednarodna konvencija o diplomatskih odnosih, privilegijih in imunitetah, ne glede na razlike v ustavnih in družbenih sistemih držav.« Kot najpomembnejši maksimi Bohte in Sancin izpostavljata četrto in peto. Četrta govori o tem, da so privilegiji in imunitete podeljeni z namenom uspešnega opravljanja funkcij diplomatskih misij in ne z namenom zagotavljanja neke prednosti posameznikom. Bohte in Sancin (prav tam) tako trdita, da je: »ta odstavek pomemben, ker odgovarja na dilemo o teoretičnih osnovah privilegijev in imunitet. Med tremi teorijami, in sicer teorijo eksteritorialnosti, teorijo reprezentance in funkcionalno teorijo, potrjuje prevlado funkcionalne teorije, pri čemer ne izključuje tudi teorije reprezentance v sodobnem vidiku, upoštevajoč predstavniki značaj vodje diplomatske misije.« Peto maksimo vidita kot zelo pomembno s stališča mednarodnega prava, »ker izrecno pojasnjuje odnos med določbami konvencije in pravili mednarodnega običajnega prava.« Gre predvsem za to, da se bodo tista vprašanja, ki niso izrecno urejena z DKDO, tudi nadalje urejala s pravili mednarodnega običajnega prava.

Če primerjamo 3. člen DKDO v angleščini in francoščini je vidnejša razlika opazna le pri uvodnem delu 3. člena, in sicer po delu stavka »Naloge diplomatske misije so /.../«, francoska različica se nadaljuje z besedo *notamment*, ki pomeni »posebno, predvsem ali zlasti«, medtem ko pri angleški različici DKDO sledi beseda *inter alia*, ki pomeni »med drugim«. Ostali deli 3. člena, med drugim tudi paragraf b (zaščita interesov države pošiljateljice in njenih državljanov v državi sprejemnici v mejah, ki jih dovoljuje mednarodno pravo), ki je najpomembnejši za analizo pomena DKDO pri kodifikaciji diplomatske zaščite, so si po pomenu zelo podobni oziroma ni večjih razlik med njimi. Sklepamo lahko torej, da francoska različica DKDO v primerjavi z angleško različico daje večji poudarek in pripisuje večji pomen funkcijam diplomatske misije, ki so naštetje v 3. členu.¹⁸

Trdimo lahko, da pred DKDO še v nobenem formalnem pravnem dokumentu ni bilo naštetih funkcij diplomatske misije. Tudi Konvencija o diplomatskih predstavnikih iz leta 1927 oziroma Havanska konvencija v okviru nalog diplomatskih predstavnikov ne našteva funkcij, temveč le prepoveduje vmešavanje v notranje zadeve države pošiljateljice in nalaga dolžnost komuniciranja le z Ministrstvom za zunanje zadeve (Denza 2004, 30).

Denza (2004, 19) tako ugotavlja, da so se funkcije diplomatske misije, če na njih gledamo malo širše, v zadnjih štiristo letih presenetljivo malo spremenile. Denza (2008, 1) tako poudarja, da so se poznejši razvoji funkcij vlad, upravljanja mednarodnih odnosov na različnih področjih, kot so trgovina, potovanja, komunikacija, le malenkost priredili v osnovne in hkrati glavne funkcije diplomatske misije. Med poglavitne funkcije diplomatske misije štejemo predstavljanje države pošiljateljice in zaščite njenih interesov ter interesov njenih državljanov, opazovanje in poročanje ter pogajanje z državo sprejemnico. Denza (2004, 1–2) še enkrat doda, da so se osnovna pravila, ki omogočajo izvrševanje naštetih funkcij, obdržala dokaj nespremenjena. Opazimo lahko tudi to, da vsi pisci diplomatskih priročnikov naštevajo tri tradicionalne funkcije, med katerimi je poleg pogajanja in opazovanja tudi zaščita interesov države pošiljateljice.

¹⁸ *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques – Dunajska konvencija o diplomatskih odnosih.* (Dunaj, 18. april 1961). 500 UNTS 95. *Vienna Convention on Diplomatic Relations – Dunajska konvencija o diplomatskih odnosih.* (Dunaj, 18. april 1961). 500 UNTS 95.

Tudi Sandström je v svojem prvotnem osnutku kot funkcije diplomatske misije opredelil poročanje vladi, zaščito interesov države pošiljateljice in interesov njenih državljanov, ter pogajanje z državo sprejemnico (ILC 1957c, 144). Komisija tako funkcije zaščite, pogajanja in poročanja opiše kot »klasične funkcije misije« (ILC 1958b, 90). Gerald Fitzmaurice, predstavnik Združenega kraljestva Velike Britanije in Severne Irske v Komisiji, pravi: »ne da bi se trudili biti izčrpn, ta člen reproducira dejansko prakso držav, ki je obstajala že zelo dolgo« (ILC 1957c, 201). Đorđević in Mitić (2000, 100) dodajata, da so v DKDO našete le tiste funkcije, ki so »izraz prakse držav in to v daljšem časovnem obdobju, to je kot običajno pravo.« Charles Rousseau (1980, 164)¹⁹ pravi, »da pristojnosti diplomatskih predstavnikov v resnici ustrezajo dvema idejama: oni so sprejeti posredniki med državo, ki akreditira in državo, pri kateri se akreditira diplomatski predstavnik z ene, in istočasno zagotavljajo zaščito državljanov države, ki pošilja diplomatskega predstavnika na ozemlje države, pri kateri se akreditira z druge strani.«

Satow kot funkcije diplomatske misije opredeli:

Funkcija diplomatske misije je predstavljanje države pošiljateljice, zaščita svojih interesov in interesov svojih državljanov, pogajanje z vlado, pri kateri je /misija/ akreditirana, poročanje vladi pošiljateljici o vseh zanjo pomembnih zadevah in vzpostavljanje prijateljskih odnosov na splošno med dvema državama. Poleg tega pa si morajo prizadevati za razvoj v skladu z navodili, ki jih prejmejo, sodelovanje, ki je koristno za njihove vlade pri zadevah kot so trgovina, finance, gospodarstvo, delovna sila, znanstvene raziskave in obramba (Denza 2004, 29).

Denza (2004, 30) navaja člene, ki se nanašajo na 3. člen. Ti so 1. člen, ki opredeli poslopje misije kot tisto, ki se uporablja za namene misije. Potem 25. člen, ki se sklicuje na funkcije diplomatske misije v delu »ki zahteva od države sprejemnice, da omogoči vse potrebno za izvajanje funkcij misije.« Člena 38 in 39 se nanašata na imuniteto, ki jo uživajo člani misije zaradi izvrševanja funkcij. Člen 41 pa prepoveduje zlorabo prostorov misije oziroma uporabo, ki je v nasprotju s funkcijami misije.

Na Dunajski konferenci je odstavek 3. člena, ki govori o »zaščiti interesov države pošiljateljice in interesov njenih državljanov v državi sprejemnici« sprožil dolgo debato o tem, ali bi to funkcijo omejili s sklicevanjem na mednarodno pravo. Ta predlog je

¹⁹ Rousseau, Charles, 1980, *Droit international public*, Paris. V Đorđević in Mitić (2000, 100).

prišel s strani predvsem tistih držav, ki so bile pogosto v situaciji obtoženk oziroma proti katerim so druge države vložile mednarodni zahtevek. Na ta način so želele predvsem zaradi političnih razlogov omejiti pravico diplomatske zaščite (Denza 2004, 30–1). Sen (1988, 336) poudarja, da se je konec 19. stoletja prav zaradi tega, ker je bil institut diplomatske zaščite odraz interesov in tudi predmet zlorab razvitih držav, pojavil odpor do diplomatske zaščite s strani latinsko ameriških držav in nekaterih držav tretjega sveta. Janković (1988, 132) razlaga, da sta v predhodnem stoletju tako evropska kot ameriška diplomacija zlorabljalale diplomatsko zaščito za različne intervencije v latinskoameriških državah. Zato ni presenetljivo, da je Mehika na Dunajski konferenci 1961 leta vložila amandma na 3. člen, ki gre tako: »v mejah, ki jih dovoljuje mednarodno pravo«. Amandma Mehike je bil sprejet, kar pomeni, da zaščita državljanov ne more presegati tega, kar določa mednarodno pravo.

Posebni poročevalec komisije za mednarodno pravo za urejanje področja diplomatskih odnosov in imunitet Sandström je v svojem poročilu zopet izpostavil, da je Komisija že od svojega začetka imela v načrtu kodifikacijo diplomatskih stikov in imunitet. Prav tako se je Generalna skupščina v svoji resoluciji 685 zavzela za čim prejšnjo kodifikacijo in obravnavanje omenjene teme kot prioriteto. Tako se je že leta 1957 Komisija za mednarodno pravo odločila za vključitev seznama diplomatskih funkcij z namenom, da bi le-ti bili v pomoč pri sami interpretaciji ostalih členov. (ILC 1957c, 2).

Eden prvih, ki se je zavzemal za vključitev in opredelitev funkcij v osnutek je bil Gerald Fitzmaurice, predstavnik Združenega kraljestva Velike Britanije in Severne Irske. Večina članov, med njimi na primer predstavniki Tajske in Grčije, bi bila za vključitev opredelitve funkcij v osnutek, v kolikor bi šlo za nekakšen vzorčni pravilnik ne pa za konvencijo. Nekateri drugi, na primer egipčanski predstavniki pa so se zavzemali za odložitev omenjenega vprašanja, medtem ko so drugi v tem vprašanju videli osnovo za nadaljnjo debato. Radhabinod Pal, predstavnik Indije, je tako med drugim dejal, da »... bi bila kakršnakoli definicija z opisovanjem, naštevanjem ali izključevanjem primerna le za zavajanje.« Po drugi strani pa je predstavnik Jugoslavije Milan Bartoš menil, da bi bila »definicija /funkcij diplomatskih predstavnikov/ malim državam, ki so se nedavno osamosvojile« v veliko pomoč (ILC 1957c, 49–50).

Egipčanski predstavnik El-Erian je videl najmanj štiri razloge za vsaj poskus opredelitve funkcij diplomatskih predstavnikov. Kot prvega navaja dejstvo, da so bile funkcije podvržene velikim spremembam v zadnjih letih. Drugi razlog vidi v sami racionalizaciji sistema imunitet, ki si ga razlaga s funkcionalno teorijo, zato bi bilo smiselno opredeliti, kaj sploh te funkcije obsegajo. Kot tretji razlog navaja, da se v drugih osnutkih členov sklicuje na funkcije. Četrti razlog leži v dejstvu, da v nekaterih državah imunitete diplomatskih predstavnikov ne sovpadajo s civilno zakonodajo, zato bi bilo nujno ločiti med dejanji, ki jih diplomat izvrši privatno in tistimi, ki jih izvrši v okviru svojih funkcij (ILC 1957c, 50).

V zvezi z odstavkom člena o funkcijah, ki govori o zaščiti interesov države pošiljateljice in interesov njenih državljanov ni bilo pri debati velikih nasprotovanj o vključitvi tega odstavka, za predstavnika Japonske Yokoto je bil problematičen vrstni red, saj je menil, da mora biti funkcija pogajanja, ki je bila navedena kot tretja, pred funkcijo zaščite, ki je bila navedena kot druga. Razlog za potrebo po spremembi vrstnega reda funkcij je videl v tem, da je funkcija pogajanja pomembnejša od funkcije zaščite (ILC 1957c, 200). Đorđević in Mitić (2000, 100) razlagata, da so funkcije, ki so naštet v DKDO, v nasprotju s preteklim poskusom kodifikacije v Havanski konvencij iz leta 1928, »brez posebnega /vrstnega/ reda in brez omejitev.«

Predstavnik Čila je predlagal, da bi 2. odstavek 2. člena osnutka členov o diplomatskih odnosih in imunitetah veljal le takrat, ko so bila izčrpana notranjepravna sredstva. Sandströmu se to ni zdelo potrebno, ker je ta odstavek bolj splošno mišljen in se ne nanaša izključno na postopek diplomatske zaščite, potem ko so bila izčrpana notranjepravna sredstva. Predstavnik Avstrije pri Komisiji je tako menil, da izhajajo opazke vlad Kolumbije, Čila in Urugvaja iz nesporazuma, na eni strani so »te vlade želele preprečiti kakršnokoli formalno diplomatsko tožbo, preden so bila izčrpana notranjepravna sredstva, medtem ko je Komisija med pisanjem osnutka člena 2 (b) imela v mislih prijateljske *démarche*, ki bi se lahko izvajali v odsotnosti kakršnegakoli sodnega procesa« (ILC 1958a, 91–2). Petrović (2004, 25) za funkcijo zaščite pravi, da je v skladu z mednarodnim pravom, ter da se odvija s pomočjo diplomatskih intervencij. Glede na to, da se mora v skladu z mednarodnim pravom spoštovati naslednja načela, in sicer nevmešavanje v notranje zadeve države, nedotakljivost suverenosti države, vzdržati se grožnje s silo, spoštovanje ustave in zakonov države sprejemnice ter na

splošno paziti na občutljivost države sprejemnice. Med drugim tudi 41. člen Dunajske konvencije o diplomatskih odnosih izrecno zahteva, da naj vse osebe, ne glede na privilegije in imunitete, ki jih uživajo, upoštevajo zgoraj naštetna načela.

Prav tako Đorđević in Mitić (2000, 101) pravita, da diplomatski predstavniki izvajajo diplomatske intervencije, s tem da so lahko diplomatski koraki različni, od ustnih ali pisnih oblik demarš, *ed memoarov*, do protestnih not. Pomembno je še omeniti, da je v primeru prekinitve diplomatskih odnosov zastopanje interesov države in njenih državljanov zaupano tretji državi ali sili zaščitnici, vendar le s soglasjem obeh držav, ki sta prekinili diplomatske odnose.«

Fitzmaurice (ILC 1958a, 92) razlaga, da »člen 2 (b) lahko pomeni samo to, da lahko diplomatska misija ščiti interese državljanov države pošiljateljice do mere, ki jo mednarodno pravo dovoljuje«. Berković (1997, 57) še izpostavi, da se funkcija zaščite interesov države pošiljateljice in njenih državljanov v državi sprejemnici v mejah, določenih z mednarodnim pravom, nanaša tudi na pravne osebe, se pravi podjetja, ustanove, organizacije oziroma tiste, ki jim notranje pravo podeljuje pravno osebnost in spadajo pod državo pošiljateljico. Padilla Nervo poudari, da gre v 2 (b) členu za »vsakodnevno pomoč in splošno zaščito, ki jo nudi diplomatska misija svojim državljanov, ne pa izključno za zadeve, ki so bile predmet spora« (ILC 1958a, 92).

Po mnenju Amadorja je vprašanje neintervencije, ki ga je sprožil predstavnik Kolumbije, že obravnavano v 33. členu osnutka, *ergo* člena ne moreta biti v nasprotju z načelom neintervencije. Opombe vlad Kolumbije, Čila in Urugvaja se lahko aplicirajo na diplomatsko zaščito v ožjem smislu, nasprotno pa se člen 2 (b) nanaša na širše področje zaščite, v smislu, da lahko diplomatska misija ščiti interese svojih državljanov tako s formalnimi kot z neformalnimi sredstvi, ki pa ne spadajo pod naslov diplomatske zaščite. Predlagal je še vključitev stavka v komentar o tem, da določbe iz 2 (b) člena ne bodo škodile načelom mednarodnega prava, ki urejajo področje diplomatske zaščite. Ostali člani so podprli Amadorjev predlog (prav tam).

Komisija je v komentarju poudarila, da se »mora funkcija, ki je omenjena v pododstavku (b) izvajati v skladu s pravili mednarodnega prava. /N/a veljavnost pravila iz 1. odstavka 40. člena, ki prepoveduje vmešavanje v notranje zadeve države

sprejemnice in /pravila/ izčrpanja notranje pravnih sredstev /.../ /ta člen/ nikakor ne vpliva« (ILC 1958b, 90). Fitzmaurice pa je poudaril, da »sta /v/prašnji izčrpanja notranjepravnih sredstev in *denial of justice* bolj povezana s temo mednarodnopravne odgovornosti držav kakor pa z vprašanjem diplomatskih funkcij« (prav tam).

Druga sporna točka glede 3. člena DKDO je bilo izvajanje konzularnih funkcij s strani diplomatske misije. Mnenja so se razdelila na dve strani, medtem ko so predvsem severne komunistične države zagovarjale stališče, da je izvajanje konzularnih funkcij s strani diplomatske misije, ki ni odvisno od strinjanja države sprejemnice, v skladu z običajnim mednarodnim pravom. Drugi strani pa je že notranje pravo prepovedovalo kaj takega, poleg tega pa so bile mnenja, da imajo pravico zavrniti oziroma neodobriti tako ravnanje (Denza 2004, 31). Amandma Španije, ki dovoljuje diplomatski misiji med drugim izvajanje konzularnih funkcij, je bil na konferenci prejet v bolj kompromisni obliki, in sicer da »konzularne funkcije niso običajne pri izvrševanju nalog diplomatske misije, vendar konvencija ne sme preprečevati izvajanja konzularnih funkcij v diplomatski misiji« (Radovič 1990, 24–5).

Dunajska konvencija o konzularnih odnosih²⁰ v 5. členu opredeli konzularne funkcije, ki obsegajo izdajanje potnih listov in potnih dokumentov državljanom države pošiljateljice ter vizumov in drugih ustreznih dokumentov osebam, ki želijo potovati v državo pošiljateljico, opravljanje notarskih in matičnih ter podobnih opravil kot udi opravljanja določenih administrativnih nalog, če to ni v nasprotju z zakoni in predpisi države sprejemnice, varstvo interesov državljanov, fizičnih in pravnih oseb države v zapuščinskih zadevah na ozemlju države sprejemnice, varstvo mladoletnih in opravilno nesposobnih oseb državljanov države pošiljateljice, zastopanje državljanov države pošiljateljice pred sodišči ali drugimi organi države sprejemnice, dostavljanje sodnih in nesodnih aktov ali uradnih zahtevkov v skladu z veljavnimi mednarodnimi sporazumi, uresničevanje pravice do nadzora in pregleda nad pomorskimi in rečnimi ladjami, ki plovejo pod zastavo države pošiljateljice, nad letali, registriranimi v državi pošiljateljici,

²⁰ *Vienna Convention on Consular Relations – Dunajska konvencija o konzularnih odnosih*. (Dunaj, 24. april 1963). 596 UNTS 261. Sestavljena na Dunaju 24. aprila 1964, veljati je začela 19. marca 1967. Neuradni prevod v slovenščino je v Simoniti (1994, 49–74). Do 3. avgusta 2010 ima 173 pogodbenic. Dostopno prek: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTS&tabid=2&mtdsg_no=III6&chapter=3&lang=en#Participants (3. avgust 2010).

kot tudi nad njihovo posadko, kakor tudi pomoč tem ladjam in pa opravljanje vseh drugih nalog, ki jih država pošiljateljica zaupa konzulatu in jih zakoni in predpisi države sprejemnice ne prepovedujejo ali jim država sprejemnica ne nasprotuje.

Bohte in Sancin (2006, 215) razdelita konzularne funkcije v štiri skupine: prva skupina obsega splošne funkcije zaščite državljanov države pošiljateljice, pod drugo skupino spadajo naloge na področju ekonomskih in gospodarskih odnosov, v tretjo skupino spadajo upravno-notarske funkcije, medtem ko četrto skupino predstavljajo funkcije, ki se nanašajo na mednarodni zračni in pomorski promet.

Jazbec (1998, 26) kot kriterij za klasifikacijo konzularnih funkcij postavi opredelitev, v čigavo korist opravljajo konzuli določeno funkcijo. V glavnem gre za tri skupine, prva skupina obsega funkcije, ki jih konzulati izvajajo v korist države pošiljateljice, gre predvsem za funkcije, kot so seznanjanje svoje države s stanjem v državi sprejemnici, dostavljanje dokumentov v mednarodni pravni pomoči, razvijanje prijateljskih, kulturnih, gospodarskih in drugih odnosov, zaščita interesov države pošiljateljice ter kontrola letal in plovil. V drugo skupino spadajo funkcije, ki jih konzulati izrecno izvajajo v korist svojih državljanov. Te funkcije so zaščita interesov državljanov, nudenje različnih vrst pomoči, izdajanje potnih listin in razni notarski posli. Tretja skupina obsega funkcije v korist državljanov države pošiljateljice, države sprejemnice in državljanov tretjih držav. Te funkcije obsegajo predvsem izdajanje vizumov, obvestil, potrdil.

V mislih moramo imeti, da je določanje pravnih pravil, ki urejajo področje izvajanja konzularnih funkcij s strani diplomatske misije, včasih težko prav zaradi zabrisane meje med diplomatskimi in konzularnimi funkcijami. Denza (2004, 33) pravi, da lahko »/veliko/ natančno opredeljenih funkcij, ki so našteje v 5. členu Dunajske konvencije o konzularnih odnosih, smatramo kot vidik zaščite interesov države pošiljateljice in njenih državljanov v državi sprejemnici, ki pa je ena izmed funkcij diplomatske misije«.

Tudi Bohte in Sancin (2006, 89) ugotavljata, da se je v zadnjih nekaj stoletjih »v mednarodni skupnosti izoblikovalo jedro funkcij diplomatskih misij, ki so bile v praksi držav tradicionalno potrjene kot običajno pravo in sprejete v DKDO /.../.« Nadalje označita funkcije, ki so našteje v 3. členu DKDO kot najpogostejše, najpomembnejše in

dovolj široko oblikovane. Izraze, kot so pogajanja, zbiranje podatkov, obveščanje in zaščita je možno široko razlagati. Bohte in Sancin (2006, 92) poudarita, da med funkcijami iz 3. člena ne moremo najti pravice jurisdikcije diplomatske misije nad lastnimi državljani. Razložita še, da bi izvajanje kazenske jurisdikcije pomenilo grobo kršitev suverenosti države sprejemnice in bi bilo v nasprotju z mednarodnim pravom.

Opazimo lahko, da je funkcija zaščite interesov države pošiljateljice in njenih državljanov v državi sprejemnici na drugem mestu v DKDO, medtem ko se funkcija zaščite v DKKO pojavlja na prvem mestu. Razlog za to je v tem, da je bila ta funkcija običajno zaupana konzulom. Kot smo že videli, pa DKDO dopušča možnost diplomatski misiji opravljanje konzularnih funkcij. Bohte in Sancin (2006, 95) razlagata, da je do tega prišlo »zaradi povečanega amalgamiranja diplomatskih in konzularnih uslug v večini držav.« Pomembno je dodati še, da se stroga delitev diplomatske funkcije zaščite in konzularne funkcije zaščite ne uporablja tako togo, saj je opazen trend, ko diplomatska predstavništva odpirajo konzularne oddelke (Bohte in Sancin 2006, 94–5).

Tudi Berković (1997, 58) opredeli funkcijo zaščite kot »eno od osnovnih dolžnosti diplomatskega predstavništva države pošiljateljice.« Doda še, »da se ta vprašanja primarno vežejo na konzularne funkcije in so potemtakem urejena v Dunajski konvenciji o konzularnih odnosih, kakor tudi s posameznimi dvostranskimi dogovori.« Pri tem seveda ne smemo pozabiti, da drugi odstavek 3. člena DKDO izrecno določa, da ima tudi diplomatsko predstavništvo kompetence za izvajanje konzularnih funkcij, prav tako lahko zasledimo v 3. členu DKKO, da lahko konzularne funkcije opravljajo tudi diplomatske misije v skladu s konvencijo (Berković 1997, 58–9).

Šlibarjeva (1997, 4) po razgovoru s Cerarjem zaključuje, da ni nekih bistvenih razlik med diplomatsko in konzularno zaščito, »če konzularno zaščito ne obravnavamo kot konzularno pomoč, temveč kot zaščito lastnega državljana pred kršitvami mednarodno pravnih obveznosti države sprejemnice. Lahko gre celo za prehajanje ene zaščite v drugo.«

Na tem mestu bi bilo primerno omeniti razliko med diplomatsko zaščito na eni strani in konzularno zaščito na drugi strani. Mednarodno pravo priznava dve vrsti zaščite, ki jo

lahko država izvaja v imenu svojih državljanov; to sta konzularna in diplomatska zaščita. V Yearbooku Komisije iz leta 1959 lahko že zasledimo razlikovanje med diplomatsko in konzularno zaščito. Verdross (ILC 1959, 175) tako glavno razliko med diplomatsko zaščito na eni strani in konzularno zaščito na drugi strani vidi v tem, da pri konzularni zaščiti »konzuli branijo pravice posameznikov /v okviru/ notranjega prava, vključujoč veljavne pogodbe v državi sprejemnici, medtem ko lahko diplomatski agenti branijo mednarodne pravice države pošiljateljice v imenu svojih državljanov šele potem, ko so bila izčrpana notranje-pravna sredstva«. Med tema dvema zaščitama obstajajo bistvene razlike, kljub temu pa lahko zasledimo tako pri državnih uradnikih kakor tudi pri pravnih strokovnjakih nejasno razlikovanje ali celo mešanje teh dveh zaščit. Tako na primer Denza (1998, 33) pravi: »/p/ri določanju pravnih pravil, ki veljajo za člane diplomatskih misij, ki izvajajo konzularne funkcije, moramo imeti v mislih, da ni nikakršne jasne ločnice med diplomatskimi in konzularnimi funkcijami«.

Künzli (2006, 331) izrecno poudarja, da čeprav se izvajata obe v korist državljanov, obstajajo temeljne razlike med njima. Dugard (2006, 7) opredeli razlike med zaščitama na vsaj treh ravneh, prvo razlikovanje se tiče bolj omejene narave konzularnih funkcij opredeljenih v DKKO v primerjavi z manj omejenimi funkcijami diplomatov, opredeljenih v DKDO, druga razlika se tiče same ravni predstavljanja med konzularno in diplomatsko zaščito, medtem ko se tretja razlika nanaša na razliko med preventivno naravo konzularne zaščite in odškodninsko naravo diplomatske zaščite. Omejitev konzularnih funkcij je jasno izražena v 55. členu DKKO, ki konzulom nalaga dolžnost nevmešavanja v notranje zadeve dotične države. Kar pomeni, da konzuli lahko predstavljajo interese svojih državljanov, ne pa tudi interesov svoje države. Konzularna zaščita s svojo preventivno naravo se uresničuje preden so bila izčrpana notranjepravna sredstva ali še preden je prišlo do kršitve mednarodnega prava. Künzli (2006, 333) nadaljuje, da lahko razumemo kot diplomatsko zaščito le tiste postopke, ki so prišli od te stopnje, da predstavljajo interese države in ne le posameznika. Tako obisk zadržanega posameznika, ali nudenje pravne pomoči posamezniku predstavlja konzularno zaščito, medtem ko intervencija ambasadorja pomeni diplomatsko zaščito, kajti ambasador primarno predstavlja državo.

Dugard (2006, 8) kot pomembno razliko navaja tudi to, da se konzularna zaščita primarno ukvarja z zaščito pravic posameznika, da bi se uresničila, je potrebno soglasje

ali zahtevkov posameznika, medtem ko pri diplomatski zaščiti posameznik ne more preprečiti svoji državi, da prevzame zahtevek ali nadaljuje z uresničevanjem diplomatske zaščite. Kljub temu da lahko najdemo jasne teoretske ločnice med dvema zaščitama v praksi, prihaja do sovpadanja ali prekrivanja obeh zaščit.²¹ Vseeno, kot pravi Künzli (2006, 350), je potrebno tudi v praksi obdržati ločnico, kajti neprimerna konzularna zaščita se lahko hitro sprevrže v kršitev suverenosti države prejemnice. Verjetno si sodobne države ne želijo biti predstavljene kot kolonialne sile.

Tudi Jazbec (1997, 14–15) pravi, da se je prvotno jasno in pregledno razlikovanje diplomatskih in konzularnih funkcij v zgodovinskem razvoju precej zblížalo. Diplomatske funkcije so bile najprej omejene v veliki meri na politične odnose in zaščito interesov države pošiljateljice. Kasneje pa so diplomatske funkcije poleg političnih odnosov zajele še gospodarske, trgovske, kulturne in druge odnose. Konzularne funkcije pa so tako prvotno zajemale le trgovske odnose, kasneje pa še kulturne in znanstvene odnose, ter zaščito interesov države pošiljateljice. Kljub zblíževanju funkcij pa poudarja Jazbec (1997, 17) obstajajo pomembne razlike. Kot eno izmed štirih pomembnejših, opredeli prav razliko med diplomatsko zaščito in konzularno zaščito. Konzularna zaščita naj bi skrbela predvsem za spoštovanje fizičnih in pravnih oseb države pošiljateljice na ozemlju države sprejemnice ter za pravilno uporabljanje zakonov države sprejemnice in splošno veljavnih mednarodnih predpisov in zakonov. Preventivna narava konzularnih funkcij se odraža v tem, da konzulat seznanja predstavnike lokalnih oblasti s temi predpisi, kakor tudi z uporabo vseh pravnih sredstev, ki jih predvidevajo te predpisi. Kar pomeni, da če pride do kršitve omenjenih predpisov države sprejemnice, konzulat pomaga fizičnim in pravnim osebam svoje države, na način, da skuša z uporabo predvidenih pravnih poti doseči popravilo

²¹ Na primer v *La Grande* primeru. V tem primeru je Nemčija vložila tožbo proti ZDA pred ICJ zaradi kršitve DKKO. V bistvu je šlo v primeru *La Grande* za uresničevanje oziroma neuresničevanje konzularne zaščite, medtem ko je bil mehanizem za uveljavljanje zahtevka pravzaprav diplomatska zaščita. V tem primeru je ICJ sprejel zahtevek Nemčije kot uresničevanje diplomatske zaščite in hkrati ugotovilo, da so tako Nemčija kot njeni državljani utrpeli neuresničevanje konzularne zaščite. Pomemben je protargument ZDA, ki je bil, da je potrebno zavrniti zahtevek Nemčije kot diplomatsko zaščito, ker Nemčija med seboj meša diplomatsko in konzularno zaščito, poleg tega pa se DKKO ne ukvarja z diplomatsko zaščito. ICJ je zavrnil argumente ZDA na osnovi tega, da v bistvu Opcijski protokol DKKO vsebuje določilo, ki ne preprečuje pogodbenici, da bi v imenu svojega državljana prevzela primer in sprožila mednarodni sodni postopek v imenu svojega državljana. ICJ je jasno razlikoval med diplomatsko in konzularno zaščito ter sprejel, da se lahko terja individualne pravice, ki izhajajo iz pogodbe o konzularnih odnosih skozi mehanizem diplomatske zaščite. Diplomatsko zaščito se lahko uresničuje, ko je prišlo do mednarodno protipravnega dejanja, ki je povzročilo škodo tujcu. Tako je neupoštevanje DKKO s strani ZDA povzročilo škodo nemškemu državljanom. *La Grande* (Nemčija proti ZDA). 1999 ICJ 189 (27. junij 2001).

storjenih kršitev. V primeru, da do popravilo kršitve ni doseženo, konzulat nima pravice, niti lahko zahteva od lokalnih oblasti popravilo kršitve. Vendar lahko to stori diplomatska misija, tako da preko centralnih oblasti zahteva, da te reagirajo v skladu s svojo zakonodajo, ter tako od lokalnih oblasti zahtevajo pravilno izpolnjevanje notranjih zakonskih norm in mednarodnih predpisov. Če povzamemo, je konzularna zaščita omejena z lokalnimi predpisi države sprejemnice, medtem ko se diplomatska zaščita lahko uresničuje na osnovi bilateralnih in multilateralnih mednarodnih norm.

Mednarodno pravo ločuje vsaj dve vrsti odnosov, diplomatske in konzularne odnose. Kar je razvidno iz dveh ločenih konvencij, DKDO in DKKO. Večina diplomatov in pravnih strokovnjakov bi hitro ugotovila ali gre pri izdajanju potnih listov, opravljanju notarskih in matičnih opravil, za konzularno ali diplomatsko funkcijo. Razlikovanje v praksi postane težje, ko primerjamo konzularno funkcijo kot je opredeljena v 5. a) členu DKKO²² in diplomatsko funkcijo, ki je opredeljena v 3. b) členu DKDO²³. Če zanemarimo eno pomensko razliko,²⁴ lahko trdimo, da ostalih pomenskih razlik med

²² »Consular functions consist in: a) protecting in the receiving State the interests of the sending State and of its nationals, both individuals and bodies corporate, within the limits permitted by international law;« *Vienna Convention on Consular Relations – Dunajska konvencija o konzularnih odnosih.* (Dunaj, 24. april 1963). 596 UNTS 261.

»Les fonctions consulaires consistent à: a) Protéger dans l'Etat de résidence les intérêts de l'Etat d'envoi et de ses ressortissants, personnes physiques et morales, dans les limites admises par le droit international;« *Convention de Vienne sur les relations consulaires – Dunajska konvencija o konzularnih odnosih.* (Dunaj, 24. april 1963). 596 UNTS 261.

²³ »The functions of a diplomatic mission consist inter alia in: b) protecting in the receiving State the interests of the sending State and of its nationals, within the limits permitted by international law;« *Vienna Convention on Diplomatic Relations – Dunajska konvencija o diplomatskih odnosih.* (Dunaj, 18. april 1961). 500 UNTS 95.

»Les fonctions d'une mission diplomatique consistent notamment à: b) Protéger dans l'Etat accréditaire les intérêts de l'Etat accréditant et de ses ressortissants, dans les limites admises par le droit international;« *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques – Dunajska konvencija o diplomatskih odnosih.* (Dunaj, 18. april 1961). 500 UNTS 95.

²⁴ Če primerjamo funkcijo zaščite državljanov, kot je opisana v DKKO, v angleščini in francoščini, lahko sklepamo, da ni razlik med njima. Medtem ko pri angleški verziji DKDO in DKKO ne opazimo večjih razlik, je po mojem mnenju med francosko verzijo DKDO in DKKO pomembna razlika. Ta razlika se tiče podčrtanih besed. V DKKO je govora o državi sprejemnici in državi pošiljateljici, medtem ko gre pri DKDO za državo akreditacije in državo, ki je akreditirala. Pravilo akreditacije pomembna razlika, ki bi jo bilo potrebno upoštevati pri razlikovanju med diplomatsko in konzularno zaščito, še posebej v kontekstu 20. člena Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti (PES). Brownlie (1998, 94) govori o vštetem priznanju (*implied recognition*) skozi ustanovitev konzulata. Kar pomeni, da ustanovitev konzulata na nepriznanih ozemljih še ne pomeni priznavanja tega ozemlja, medtem ko ustanovitev diplomatske misije, pri katerih so diplomati politični predstavniki držav, pomeni priznavanje tega ozemlja.

členoma ni. Künzli (2007, 80) meni, da sta »/.../ besedili 5(a) člena DKKO in 3(b) DKDO enaki«.

Bohte in Sancin vidita funkcijo zaščite interesov držav in njenih državljanov kot eno najpomembnejših. Pomen diplomatske zaščite, ko gre za kršitev pravic posameznikov in pravnih oseb, je med drugim razviden iz: »dejstva, da je komisija ZN za mednarodno pravo to pomembno problematiko diplomatskega prava začela na zahtevo Generalne skupščine OZN preučevati zaradi izpopolnitve že kar obsežne in zaokrožene kodifikacije in progresivnega razvoja diplomatskega in konzularnega prava« (Bohte in Sancin 2006, 95).

Dorđević in Mitić (2000, 101) razlagata, da diplomatska zaščita ni bila v celoti kodificirana zaradi »večplastne /.../ in neenotne prakse držav, še posebej sodne. /Diplomska zaščita/ ima pogosto politični prizvok, kajti od same države, ki akreditira, je odvisno, ali jo bo izvajala (ali ne) v vsakem posameznem primeru.«

2.3 PRAKSA PO DUNAJSKI KONVENCIJI O DIPLOMATSKIH ODNOSIH

Na funkcijo zaščite države pošiljateljice in njenih državljanov v državi sprejemnici, kot je opredeljuje DKDO, se veže tudi koncept, predstavljen leta 1993 v 8. c členu PEU (Pogodbe o Evropski uniji),²⁵ ki pravi: »Vsak državljan Unije ima na ozemlju tretje države, v kateri država članica, katere državljan je, nima predstavništva, pravico do zaščite diplomatskih ali konzularnih organov katere koli države članice pod enakimi pogoji, kakršni veljajo za državljane tiste države« (Pogodba o Evropski uniji, 8. čl.).

Načelo zaščite v tem primeru se nanaša na tako imenovano državljanstvo Evropske unije. Tisti, ki so sestavljali Maastrichtsko pogodbo, so imeli v mislih predvsem to, »da bo ta okrepila identiteto Unije, kot je vidijo v tretjih državah, ter okrepila idejo evropske solidarnosti, kot jo vidijo državljani EU.«²⁶

²⁵ Sedaj je to 20. člen PES. (Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti, 20. člen). Prav tako lahko iz 46. člena Listine o temeljnih pravicah Evropske unije razberemo, da gre za temeljno pravico (pravica iz 20. člena PES) državljana Evropske unije. (Listina o temeljnih pravicah Evropske unije, 46. člen).

²⁶ Evropska komisija. 2009. *Evropsko državljanstvo in diplomatska zaščita*. Dostopno prek: <http://ec.europa.eu/youreurope/nav/sl/citizens/citizenship/inside-eu-protection/index.html> (29. april 2009).

V isti pogodbi 12. člen določa, da se mora zaščita uresničevati pod enakimi pogoji kot za državljane te države. Temeljni pogoji, ki ga mora oseba izpolnjevati, da bi bila upravičena do zaščite je državljanstvo ene od držav članic EU, drugi pogoj je, da se posameznik znajde v stiski v tujini, tretji pogoj je, da je do stiske prišlo v državi nečlanici EU, kjer vaša država nima diplomatskega ali konzularnega predstavništva. Vrste pomoči, ki jih nudijo, se nanašajo na pomoč v primerih smrti, na pomoč v primerih hude nesreče ali resne bolezni, na pomoč v primerih priprtja ali pridržanja, na pomoč žrtvam nasilnih zločinov, na pomoč in repatriacijo državljanom Unije v stiski (prav tam).

Za kodifikacijo diplomatske zaščite pa je pomembna prelomnica 15. maj 1997, ko je Komisija v skladu z resolucijo Generalne skupščine 51/160 ustanovila Delovno skupino za diplomatsko zaščito. Delovna skupina je tako v svojem poročilu zapisala, da je potrebno razlikovati med diplomatsko zaščito, ki je formalni zahtevek države z ozirom na škodo, ki je bila povzročena njenemu državljanu in ni bila ustrezno popravljena skozi notranje pravna sredstva in določenimi dejanji pomoči in zaščite državljanov, kot so opredeljeni v 3. členu Dunajske konvencije o diplomatskih odnosih in v 5. členu Dunajske konvencije o konzularnih odnosih (ILC 2000a, 60).

Kajti če razumemo diplomatsko zaščito na zgoraj omenjen način, kot formalni zahtevek države proti drugi državi, zaradi nespoštovanja mednarodnih obveznosti s strani slednje, 8. člen PEU obsega le konzularno zaščito. Lužnik (2009, 53) ugotavlja, da: »/č/e naj bi države članice zagotavljale tako diplomatsko kot tudi konzularno zaščito, kot to izhaja iz 20. člena PES, potem ne upoštevamo temeljnih razlik med obema vrstama zaščite. /.../ Upoštevanje razlik med obema mehanizmoma zaščite, pomanjkanje jasnih pravnih pravil, potrebnih za uresničevanje diplomatske zaščite, kot tudi dosedanja praksa po mnenju večine držav članic kažejo na to, do so državljani EU v tretjih državah deležni samo konzularne zaščite oziroma pomoči.« Tako pravi Denza (2008, 45): »dejanska pravila, ki urejajo diplomatsko zaščito – katera morajo upoštevati tako vlade kakor tudi člane diplomatskih misij – oblikujejo del prava mednarodnopravne odgovornosti in so izraženi v osnutku členov, ki jih je oblikovala Komisija za mednarodno pravo /leta/ 2006.«

Diplomatsko pravo je ostalo običajne narave vse tja o petdesetih let, dokler se Komisija ni odločila, da je potrebno kodificirati vprašanje diplomatskih odnosov in imunitet. Komisija je imenovala posebnega poročevalca za vprašanje diplomatskih odnosov in imunitet, kasneje je Komisija na osnovi poročil posebnega poročevalca oblikovala osnutek konvencije. Sledila je konferenca na Dunaju leta 1961, na kateri je bila sprejeta Konvencija o diplomatskih odnosih, ki velja za najbolj celovit, najbolj široko sprejet kakor tudi najpomembnejši pogodbeni vir diplomatskega prava. Široka podpora, sprejetost in izpolnjevanje DKDO so zagotovo posledica tega, da je šlo za kodifikacijo že dolgo stabilnih pravil. Z DKDO naj bi bila kodificirana tista pravila, ki so se, kot pravi Denza (2004, 1), že iz časov, ko jih je opisoval Vattel v svoji knjigi *Le Droit des Gens* iz leta 1758, razvijala kolikor je bilo mogoče brez pomoči mednarodnih dogovorov in so se obdržala kot taka več kot dvesto let. Kot vemo že iz prvega dela diplomske naloge, je prav Vattel v tem istem delu postavil osnove diplomatski zaščiti. Lahko bi torej rekli, da DKDO delno kodificira področje diplomatske zaščite, v kolikor bi diplomatsko zaščito pojmovali široko v smislu funkcije diplomatske misije, to je kot zaščito interesov države pošiljateljice in njenih državljanov. V celoti diplomatska zaščita ni bila kodificirana zaradi večplastne prakse držav nasploh kakor tudi zaradi neenotne sodne prakse. Prav diskrecijska pravica države, da se odloči za uresničevanje ali ne uresničevanje diplomatske zaščite, je velikokrat ustvarila politični prizvok. Poleg tega pa se je razvoj diplomatske zaščite začel in kasneje tudi nadaljeval v okviru prava mednarodnopravne odgovornosti držav. Kot bomo videli v nadaljevanju, se je Komisija odločila za razlikovanje med diplomatsko zaščito, ki je formalni zahtevek države z ozirom na škodo, ki je bila povzročena njenemu državljanu in ni bila ustrezno popravljena skozi notranjepravna sredstva in določenimi dejanji pomoči in zaščite državljanov, kot so opredeljeni v tretjem členu DKDO in v petem členu DKKO.

3 KODIFIKACIJA DIPLOMATSKE ZAŠČITE IN KOMISIJA ZA MEDNARODNO PRAVO

V tretjem delu diplomske naloge bomo raziskovali proces kodifikacije diplomatske zaščite pod okriljem Komisije. Pogledali si bomo celoten postopek nastajanja in sprejemanja osnutka členov o diplomatski zaščiti, tako da bomo na koncu razumeli kompleksnost same diplomatske zaščite kakor tudi kompleksnost postopka kodifikacije. V tem delu naloge bomo obravnavali teme, ki so najbolj vplivale na proces kodifikacije. Gre za teme, o katerih se je najbolj razpravljalo oziroma se o nekaterih razpravlja še vedno. Teme si sledijo kronološko, v istem vrstnem redu, kot se je o njih razpravljalo v Komisiji. Obravnavamo dokaj specifične teme, eden od razlogov je ta, da bi se čim bolj osredotočili na to, kaj je pomembno za kodifikacijo diplomatske zaščite in ne diplomatsko zaščito nasploh. Menim namreč, da je o diplomatski zaščiti na splošno dostopnega dovolj gradiva in dovolj napisanega, da tega ni potrebno ponavljati, medtem ko je o samem postopku kodifikacije in temah, ki so vplivale na celoten proces, dostopnega malo gradiva, ki bi tako podrobno opisoval proces kodifikacije diplomatske zaščite, kot je opisan v tej diplomski nalogi.

3.1 KODIFIKACIJA DIPLOMATSKE ZAŠČITE *STRICTO SENSU*

Lahko bi rekli, da je v dvajsetem stoletju postala kodifikacija stalna značilnost dejavnosti mednarodnih organizacij. Kot smo videli, je bil že v DN ustanovljen Odbor strokovnjakov za progresivno kodifikacijo mednarodnega prava, vendar se je šele v okviru OZN pristopilo k vprašanju kodifikacije bolj celovito. Kajti, kot pravi Türk (2007, 65) ravno v UL OZN najdemo v 13. členu določilo, da je ena od nalog Generalne skupščine spodbujanje progresivnega razvoja in kodifikacije mednarodnega prava, v ta namen daje Generalna skupščina priporočila in pripravlja preučevanja. Türk (2007, 65–7) tako nadalje razlaga, da sta se iz tega izhodišča razvila kodifikacija in progresivni razvoj mednarodnega prava kot ena pomembnejših značilnosti dejavnosti OZN, hkrati pa je ta dejavnost OZN veliko pripomogla k njeni avtoriteti. Generalna skupščina je tako za pripravo predlogov kodifikacije in progresivnega razvoja ustanovila Komisijo za mednarodno pravo, se pravi, da je Komisija pomožni organ Generalne skupščine. Delo v Komisiji poteka na sledeč način; za vsako temo, ki je predmet kodifikacije, se imenuje posebnega poročevalca, ki je član Komisije. Naloga poročevalca je, da v zvezi s

predmetom kodifikacije pripravi predloge pravil in analizo predmeta kodifikacije. Na osnovi besedila posebnega poročevalca in po razpravi besedila v Komisiji Redakcijski odbor Komisije oblikuje osnutek pravil, ki se, če ga Komisija odobri, pošlje v nadaljnjo obravnavo Generalni skupščini. Komisijo pri svojem delu Generalna skupščina spremlja in usmerja skozi resolucije, pripravljene s strani šestega ali pravnega odbora Generalne skupščine. Po tem ko Generalna skupščina prejme celovit osnutek predmeta kodifikacije, opravi razpravo o osnutku in se na podlagi tega odloči o modaliteti nadaljnjega dela. Za kodifikacijo določenega predmeta se po navadi skliče posebno kodifikacijsko konferenco, na kateri potekajo pogajanja pooblaščenecv držav o osnutku Komisije. Pogajanja tako najpogosteje rezultirajo v eno ali celo več mednarodnih pogodb, konvencij, ki vsebujejo kodificirana pravila določenega predmeta iz mednarodnega prava Türk.

Pisanje osnutka členov o diplomatski zaščiti je bilo prvotno mišljeno v okviru teme mednarodnopravna odgovornost držav. Kakor smo že videli, je tudi prvi poročevalec Garcia Amador o mednarodnopravni odgovornosti držav vključil številne člene na temo diplomatske zaščite v svojih poročilih od leta 1956 do 1961 (*Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries*, 2006a).

»Kasnejša kodifikacija mednarodnopravne odgovornosti držav je posvečala malo pozornosti diplomatski zaščiti in končni osnutki členov na to temo izrecno določajo, da bo Komisija dve temi, ki sta ključni za diplomatsko zaščito – pogoj nacionalnosti oziroma državljanstva in pogoj izčrpanja notranje pravnih sredstev – obravnavala bolj široko kot ločeno temo« (prav tam).

Komisija za mednarodno pravo je leta 1995 na petinštirideseti seji glede na to, da so določene teme dosegle že napredno stopnjo, znova ustanovila delovno skupino, na predlog katere je v svoj dolgoročni program vključila tudi temo diplomatska zaščita. Komisija je menila, da bo to dopolnilo delo Komisije na področju mednarodnopravne odgovornosti držav ter da bi bilo to v interesu vseh držav. Med drugim bi lahko Komisija preučila še vsebino in obseg pogoja izčrpanja notranjepravnih sredstev in pogoj nacionalnosti (ILC 1998a, 111).

Tako je Generalna skupščina decembra 1995 v resoluciji 50/45 upoštevala predlog Komisije o vključitvi diplomatske zaščite v njen program in hkrati povabila vlade k predložitvi komentarjev, ki jih bo obravnaval Šesti odbor Generalne skupščine.²⁷

Komisija je leta 1996 dejala, da je kljub petdesetletnemu obstoju, v času katerega je obravnavala številne teme s področja mednarodnega javnega prava, še vedno veliko tem, ki jih je potrebno raziskati in so možne teme za kodifikacijo in progresivni razvoj prava in kot eno izmed treh pomembnejših je izpostavila diplomatsko zaščito (ILC 2008, 97–8).

Skupina za načrtovanje je oblikovala začasen osnutek, ki je mišljen kot pomoč vladam pri odločitvi o tem, ali odobravajo nadaljnje delo na to temo. Vsekakor lahko spremembe ali dopolnila predlagajo tako posebni odposlanci, vlade kakor tudi Šesti odbor GS. Kakorkoli že, študija bi lahko tradicionalno dobila obliko členov in komentarjev, odprto pa je bilo vprašanje končne oblike, ko ni bilo še jasno ali bo to konvencija. Skupina za načrtovanje se je nagibala bolj k neki obliki vodiča, ki bi lahko vladam služil pri upravljanju z mednarodnimi zahtevki (ILC 1998b, 137).

Začasni osnutek je sestavljalo sedem poglavij. Prvo poglavje je nosilo naslov Temelji in osnove diplomatske zaščite in je ostalo še čisto odprto, drugo poglavje se je nanašalo na osebe, ki zahtevajo diplomatsko zaščito in je bilo bolj razdelano. Osebe, ki zahtevajo diplomatsko zaščito so bile razdeljene v dve skupini, in sicer na fizične osebe in pravne osebe. Med fizične se šteje državljane, pri katerih je glavno vprašanje za diskusijo dokaz državljanstva in pristna vez, ter dvojne ali multiple državljane, pri katerih je bilo potrebno raziskati vlogo efektivnega državljanstva. Glede dvojnega državljanstva obstaja že ustaljena praksa, da je država, ki lahko vloži zahtevek proti tretji državi tista, katere državljan ima efektivno državljanstvo, pojavijo pa se tudi primeri, ko država zaradi efektivnega državljanstva ni zmožna nuditi pomoči, ali pa celo situacije, ko državljan z dvojnimi državljanstvom toži eno od teh dveh držav. Med fizične osebe spadajo tudi posamezniki v službi države, kot na primer tujci v oboroženih silah ali delavci na ambasadah. Glavno vprašanje, ki se postavlja je, ali v primerih, ko je

²⁷ GS. 1996. *Resolution adopted by the General Assembly – Resolucija Generalne skupščine, A/RES/50/54*. Sprejeta 11. decembra 1995. Dostopno prek: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N96/762/49/PDF/N9676249.pdf?OpenElement> (23. april 2010).

sestreljeno letalo ali ob potopu ladje, kjer prevladujejo državljani ene države, prisotna pa je tudi manjšina državljanov druge države, potrebno vložiti multiple zahteve, se pravi zahtevki s strani več držav ali pa lahko ena država prevzame reprezentativno vlogo. Osebe brez državljanstva in manjšina nadržavljanov v skupini državljanov tožnikov spadajo prav tako v skupino fizičnih oseb. Pravne osebe pa so zajemale korporacije, zveze in podobno, družbe in delničarske družbe. Kot največji problem pri pravnih osebah so izpostavili predvsem nejasnost prava družb in nerazvitost delničarskega prava (ILC 1998b, 137–8).

Tretje poglavje se je nanašalo na zaščito določenih oblik državne lastnine in le posledično tudi na posameznike. Gre za tri podskupine, te so stalna predstavništva, letala, ladje in vesoljska plovila v državni lasti in pa vojaške baze (ILC 1998b, 137).

Četrto poglavje obravnava predpogoje za diplomatsko zaščito. Le-ti se delijo na oblike zaščite, ki niso zahtevki in na uveljavljanje mednarodnega zahtevka. Pri slednjem je potrebno upoštevati relevantnost škode za nastop zahtevka, razmerje med diplomatsko zaščito s strani države in funkcionalno zaščito s strani mednarodne agencije, pogoj nacionalnosti zahtevka (pristno vez in trajnost ter izjeme), pogoj izčrpanja notranjepravnih sredstev, vpliv alternativnega mednarodnega leka, in sicer pravica zatekanja k telesom za varovanje človekovih pravic in Komisije za mednarodne zahteve. Vprašanje, ki je bilo aktualno, je – ali se s tem, ko obstajajo sredstva, ki nudijo možnost priziva posameznikom, tradicionalne oblike diplomatske zaščite začasno razveljavijo ali končajo. Drugo vprašanje, ki so si ga zastavljali, je bilo – koliko so ugotovitve teh drugih teles dokončne v primerjavi z bodočimi diplomatskimi zahtevki (ILC 1998b, 138).

Peto poglavje govori o mehanizmih diplomatske zaščite v odsotnosti diplomatskih odnosov in je bilo še popolnoma odprto. Šesto poglavje se osredotoča na formalne pogoje pri zahtevku za zaščito; obsega namreč tako dokazne pogoje, kot so državljanstvo in zadostnost zahtevka ter na pravočasnost. Zadnje, sedmo poglavje se nanaša na dokončnost sklepov zahtevkov. Pod tem poglavjem je posebej potrebno raziskati učinek na posameznika glede na sprejem ponudbe ali poravnave države, ki je vložila zahtevek. Drugi odstavek se nanaša na ureditev oziroma poravnavo zahtevka

preko mednarodnih komisij, arbitražo in podobno, potem še *lump sum* ureditve²⁸ ter učinek na poravnavo ob odkritju prevare ali novih dejstev (prav tam).

Generalna skupščina je januarja 1997 v svoji resoluciji 51/160 povabila Komisijo k nadaljnjemu raziskovanju teme Diplomatska zaščita, poleg tega naj še Komisija na podlagi komentarjev in opazovanj s strani Šestega odbora med razpravo poročila Komisije ter na podlagi pisnih komentarjev vlad, določi obseg in vsebino teme.²⁹

Tako je Komisija na podlagi resolucije Generalne skupščine 15. maja 1997 ustanovila delovno skupino za temo Diplomatska zaščita. Glede na obče običajni izvor diplomatske zaščite, katero je PCIJ v primeru *Marvommatis Palestine Concessions* označil kot temeljno načelo mednarodnega prava, glede na globalno povečan pretok ljudi in trgovine in glede na povečano število zahtevkov, ki jih vlagajo države v imenu svojih državljanov, je delovna skupina ocenila, da bo imelo področje diplomatske zaščite velik pomen za države. Poglavitni nalogi delovne skupine sta bili torej čim bolj jasno določiti obseg diplomatske zaščite in identificirati teme, ki spadajo v kontekst diplomatske zaščite in ki jih je potrebno preučiti. (ILC 2000b, 60).

Delovna skupina se je odločila, da bo obravnavala diplomatsko zaščito *stricto sensu*, kar pomeni, da se ne bo ukvarjala s škodo, ki jo povzroči ena država drugi oziroma z direktno škodo, temveč z indirektno škodo, povzročeno državi skozi fizične ali pravne osebe. Posledično tretje poglavje začasnega osnutka, ki se je nanašalo na zaščito določenih oblik državne lastnine in le posledično tudi na posameznike, ne spada pod diplomatsko zaščito *stricto sensu*. Kot sem že omenila, se je delovna skupina odločila tudi za razlikovanje med diplomatsko zaščito kot formalnim zahtevkom in zaščito državljanov, kot to opisujeta DKDO in DKKO (prav tam).

²⁸ *Lump sum* je vrsta odškodnine. Kot pravi Cerar (2001, 179–80) je odškodnina najpogostejša oblika reparacije. *Lump sum* pa opredeli kot sporazum o izplačilu globalne – pavšalne odškodnine. Cerar (2001, 186) pojasnjuje natančneje: »Kot posebno obliko uspešnega dogovarjanja o likvidiranju medsebojnih odškodninskih zahtevkov, običajno starejšega datuma, ki se nanašajo na večje število prizadetih posameznikov /.../ smo omenili sporazume o odškodnini v obliki globalne – pavšalne, okrogle vsote. Zdi se, da je ta način v novejšem času celo prevladujoč in da je nadomestil reševanje s pomočjo meddržavnih terjatvenih razsodišč«.

²⁹ GS. 1997. *General Assembly resolution – Resolucija Generalne skupščine, A/RES/51/160*. Sprejeta 30. januarja 1997. Dostopno prek: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/763/45/PDF/N9776345.pdf> (30. april 2009).

Delovna skupina se je odločila, da se bo pri raziskovanju diplomatske zaščite tako kot pri raziskovanju mednarodnopravne odgovornosti držav osredotočila na mednarodni delikt, ki je povzročil škodo državi posredno skozi državljana. Delovna skupina se je med drugim odločila tudi, da bo temo diplomatske zaščite omejila na kodifikacijo sekundarnih pravil. Tako kot je delovna skupina poudarila, obstaja razlika med pristopom, ki ga je uporabil Garcia Amador v povezavi s temo mednarodnopravna odgovornost držav, ki se celovito ukvarja z vprašanjem odgovornosti za škodo tujim državljanom in pristopom k temi diplomatska zaščita zdaj. Takrat je bil poudarek pri temi mednarodnopravna odgovornost držav na primarnih pravilih, medtem ko bo sedaj diplomatska zaščita omejena s sekundarnimi pravili. Pri obravnavanju zahteve po mednarodnemu deliktu države kot predpogoju, se ne bo obravnavalo specifične vsebine mednarodnopravne dolžnosti, ki je bila kršena ali v okviru običajnega ali pa pogodbenega prava (ILC 2000b, 61).

Glede same narave in definicije diplomatske zaščite je delovna skupina posebej izpostavila dejstvo, da gre za pravico države, ki jo dokazuje mednarodna sodna praksa. Državljanstvo je tudi iz zgodovinskega vidika osnova pravice, da država zaščiti svojega državljana. Kot smo pa že omenili, je možno tudi to, da država z mednarodno pogodbo pooblasti drugo državo, da ščiti njene državljane. Četrty člen *The Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws* iz leta 1930 določa, da država ne more nuditi diplomatske zaščite državljanu, ki ima tudi državljanstvo tiste države, proti kateri diplomatsko zaščito uveljavlja. V primeru, ko mednarodna organizacija izvaja zaščito, le-ta ne temelji na državljanstvu kot vezi, temveč na tem, ali je posameznik predstavnik te organizacije, tako kot je ICJ odločil v primeru *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (1949). Kakorkoli že, veliko vprašanj je ostalo še nerešenih (ILC 2000b, 61).

Delovna skupina je med drugim izpostavila tudi vprašanje indirektnih škod povzročenih državljanom. Ukvarjali so se tudi z vprašanjem, v katerih primerih povzročene škode lahko mednarodna organizacija zaščiti svojega uslužbenca, kajti delovna skupina se je zaradi povezave med zaščito s strani države in funkcionalno zaščito s strani mednarodne organizacije odločila, da bo preučevala tudi zaščito uslužbencev s strani

mednarodnih organizacij že v začetnih fazah in nato prepustila odločitev Komisiji za vključitev oziroma ne vključitev te teme (ILC 2000b, 61–2).

Delovna skupina je vsebino diplomatske zaščite razdelila na štiri področja, v okviru katerih je še dodatno opredelila bistvena vprašanja, ki zadevajo posamezno poglavje. Pod prvo poglavje je uvrstila osnove diplomatske zaščite, kot predmete razprave je pod omenjeno poglavje vključila vprašanje fizičnih oseb, znotraj tega vprašanje državljanstva, večkratnega državljanstva, vprašanje tujcev, oseb brez državljanstva, nedržavljanov, ki tvorijo manjšino, nedržavljanke pod okriljem mednarodne organizacije, vprašanje pravnih oseb, vprašanje primerov zaščite na ladjah, letalih ter vprašanje prenosljivosti zahtevkov (ILC 2000b, 62).

V okviru drugega poglavja se je delovna skupina osredotočila na stranke, obtoženca in tožitelja pri diplomatski zaščiti, poglavje so razdelili na štiri podnaslove, in sicer na države, mednarodne organizacije, regionalne gospodarske organizacije in druge entitete. Tretje poglavje govori o pogojih za diplomatsko zaščito; v prvem podpoglavju je poudarek na predhodnih premislekih v zvezi z dokazom o mednarodni kršitvi s strani države, pravilom »*clean hands*«, dokazih državljanstva, izčrpanjem notranjepravnih sredstev, *lis alibi pendens*, dostopnost alternativnih pravnih lekov v obliki teles za zaščito človekovih pravic ali pa mednarodnih sodišč na področju tujih investicij in nenazadnje tudi vprašanje pravočasnosti, v tem poglavju se izpostavi tudi vprašanje predstavitve zahtevka. V zadnjem poglavju se razpravlja o posledicah diplomatske zaščite (ILC 2000b, 62–3).

Tako je Komisija 11. julija 1997 na svojem 2510. srečanju imenovala posebnega poročevalca Mohameda Bennouna za temo diplomatska zaščita. Predlog Komisije za naslednjo sejo je bil, da posebni poročevalec predloži preliminarno poročilo na osnovi osnutka delovne skupine, poleg tega pa si je Komisija prizadevala končati prvo branje pred koncem prvega petletja (ILC 2000b, 63). Tudi Generalna skupščina v svoji resoluciji 52/156 v osmem paragrafu »odobri odločitev Komisije za mednarodno pravo za vključitev teme »Diplomatska zaščita« na njen dnevni red/.../«. ³⁰

³⁰ GS. 1998. *General Assembly resolution – Resolucija Generalne skupščine, A/RES/52/156*. Sprejeta 26. januarja 1998. Dostopno prek: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/762/31/PDF/N9876231.pdf> (26. januar 2010).

Leta 1998 je Komisija na 2519. srečanju določila dnevni red za petdeseto sejo, v katerega je bila vključena tudi diplomatska zaščita. Komisija je tako obravnavala preliminarno poročilo posebnega poslanca na temo diplomatske zaščite, in sicer predvsem na njeno pravno naravo diplomatske zaščite in s samo naravo pravil, ki jo urejajo. Po obravnavi je Komisija ustanovila delovno skupino za preučevanje možnih zaključkov na osnovi diskusije in za določitev smernic, ki jih je potrebno obdelati v drugem poročilu posebnega poročevalca (ILC 2001b, 14–15). Pri razpravljanju o diplomatski zaščiti je prišlo do vsesplošnega strinjanja o tem, »da tema, ki se ukvarja z zadevo, ki je kompleksna in ki ima velik praktičen pomen in je težko, da bi bila katerakoli druga tema tako zrela za kodifikacijo kot diplomatska zaščita /.../« (ILC 2001b, 45).

Delovna skupina se je po dveh srečanjih strinjala o sledečem:

- a) Običajni pravni pristop k diplomatski zaščiti naj bi oblikoval osnovo za delo Komisije na tej temi.
- b) Tema se bo ukvarjala s sekundarnimi pravili mednarodnega prava v povezavi z diplomatsko zaščito; primarna pravila bodo veljala le takrat, kjer je zjasnitev osnovna za določanje smernic pri jasni formulaciji specifičnega sekundarnega pravila.
- c) Izvajanje diplomatske zaščite je pravica države. Pri izvajanju te pravice mora država upoštevati pravice in interese svojih državljanov, katerim tudi izvaja diplomatsko zaščito.
- d) Delo v zvezi z diplomatsko zaščito mora vzeti v obzir tudi razvoj mednarodnega prava pri povečevanju priznavanja in zaščite pravic posameznikov in pri omogočanju večjega neposrednega in posrednega pristopa do mednarodnih forumov za uveljavitev njihovih pravic. Delovna skupina je bila mnenja, da bi moral biti dejanski in specifični učinek tega razvoja v kontekstu te teme, raziskan v luči prakse držav in v kolikor se nanašajo na vpletene specifične zadeve kot zahtevek nacionalne vezi;
- e) Diskrecijska pravica države za izvajanje diplomatke zaščite ne preprečuje državi, da bi poverila svojim državljanom izvajanje te pravice /.../.
- f) Delovna skupina je verjela, da bi bilo uporabno zahtevati od vlad, da priskrbijo Komisiji z najpomembnejšo nacionalno zakonodajo, odločitvami nacionalnih sodišč in prakso držav, ki je relevantna za diplomatsko zaščito /.../ (ILC 2001b, 49).

Delovna skupina je menila, da bi se moral posebni poročevalec pri drugem poročilu osredotočiti na zadeve iz prvega poglavja prvega poročila, in sicer na osnove o diplomatski zaščiti (ILC 2001b, 49). Sledila je resolucija Generalne skupščine, s katero je pozvala vlade k pomoči pri nadaljnjem delu na področju diplomatske zaščite, tako da predajo najpomembnejšo nacionalno zakonodajo odločitvam nacionalnih sodišč in

prakso držav v povezavi z diplomatsko zaščito.³¹ Potem ko je bil Bennouna izvoljen za sodnika pri Mednarodnem kazenskem sodišču za bivšo Jugoslavijo (ILC 2006c, 72), je leta 1999 Komisija na enainpetdeseti seji imenovala novega posebnega poročevalca Christopherja Johna Roberta Dugarda za diplomatsko zaščito (ILC 2003b, 17).

Na dvainpetdeseti seji leta 2000 je bilo predstavljeno prvo poročilo Dugarda, h kateremu je pristopil tako, da ga je predstavil v obliki osnutkov členov, saj naj bi s tem dosegel večjo osredotočenost pri diskusiji in prinašanju zaključkov. Izpostavil pa je tudi nekaj splošnih zadev, ki se pojavljajo v osnutkih členov. Prva zadeva, namenjena diskusiji, je bila pogled na diplomatsko zaščito kot sredstvo pospeševanja zaščite človekovih pravic. Zagovarjal je stališče, da: »diplomatska zaščita ostaja pomembno orožje v tovarni orožja zaščite človekovih pravic« (ILC 2006c, 73). Filozofija, na kateri je bilo osnovano poročilo Dugarda, je bilo sledeče, da v kolikor država ostaja dominantni akter v mednarodnih odnosih, ostaja možnost vlaganja zahtevkov s strani države za kršitev pravic svojih državljanov najbolj učinkovito sredstvo za zaščito človekovih pravic. Dugard na ta način zavrača očitke o tem, da je diplomatska zaščita preživeta fikcija in hkrati poziva k okrejitvi pravil, ki vključujejo diplomatsko zaščito (ILC 2006c, 72–3).

Druga zadeva, namenjena razpravi, je bila ta, da Dugard (ILC 2006c, 73) ni verjel prepričanju, da je diplomatska zaščita postala zastarela zaradi številnih mehanizmov poravnave sporov, h katerim lahko posamezniki zdaj pristopajo, kajti čeprav posamezniki sodelujejo v mednarodnem pravnem sistemu in jim mednarodno pravo zagotavlja določene pravice, so njihova sredstva omejena. Tretja zadeva za razpravo so bile vse kontroverzne zadeve, ki so se pojavljale že prej, to pa ravno zato, da bi se razrešile, še preden bi se nadaljevale. Šlo je predvsem o uporabi sile pri izvajanju diplomatske zaščite in o vprašanju dolžnosti države za izvajanje diplomatske zaščite.

Drugi del poročila so sestavljali osnutki predlogov členov. Posebni poročevalec je v 1. členu predlagal bolj opis kot pa samo definicijo teme. Pri debati o naravi diplomatske zaščite sta prevladovala dva različna pogleda. Prvi pogled obravnava diplomatsko

³¹ GS. 1999. *Résolution adoptée par L'Assemblée générale – Résolution Générale skupščine, A/RES/53/102*. Sprejeta 26. januarja 1999. Dostopno prek: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/762/32/PDF/N9976232.pdf> (26. januar 2010).

zaščito kot pravico posameznika, ta pogled podpirajo ustave številnih držav, ki podpirajo pravico državljanov do diplomatske zaščite. Ta pogled sledi razvoju človekovih pravic v sodobni mednarodni skupnosti. Drugi pogled uživa široko podporo same Komisije, gre pa za dojemanje diplomatske zaščite kot diskrecijsko pravico države. Pomembna razlika je v tem, da ima država pravico do vložitve zahtevka proti državi, ki je zagrešila nezakonito dejanje, državi sami ali pa njenemu državljanu, nima pa dolžnosti vlaganja zahtevkov v imenu svojih državljanov. Pomembno je še omeniti, da: »ustavna dolžnost razširitve diplomatske zaščite na državljane nima prave povezave z mednarodnim pravom glede na institucijo diplomatske zaščite« (ILC 2006c, 74).

3.2 DIPLOMATSKA ZAŠČITA IN UPORABA SILE

V 2. členu osnutka so predstavljena določila o grožnji ali uporabi sile kot sredstvu diplomatske zaščite. Primarno sicer člen prepoveduje uporabo sile, vendar v nadaljevanju našteva primere, v katerih se le-ta dopušča.³²

Uporaba sile kot skrajna oblika diplomatske zaščite ni bila tako redek pojav še v začetku 20. stoletja. Cerar (2001, 196) tako pravi, da »v/ kolikor država sprejemnica ni bila voljna ali sposobna izpolniti mednarodne obveznosti in diplomatska pogajanja niso bila uspešna, se je zatekanje k sili smatralo legitimno.« Tako pred in po drugi svetovni vojni lahko najdemo številne podpornike uporabe sile kot skrajne oblike diplomatske zaščite (ILC 2006c, 76).

V glavnem se niti ni razlikovalo med miroljubnimi dejanji in uporabo sile, pojem diplomatske zaščite je obsegal vse od »konzularnih aktivnosti, pogajanj, mediacije, sodnih in arbitražnih postopkov, represalij, retorzij, zaostritev mednarodnih odnosov, ekonomskega pritiska in na koncu celo do uporabe sile« (Amerasinghe 2008, 27–8).

³² »Grožnja ali uporaba sile je prepovedana kot sredstvo diplomatske zaščite, razen v primerih reševanja državljanov, kjer:

- (a) državi zaščitnici ni uspela varnost svojih državljanov z mirnimi sredstvi;
- (b) oškodovana država ni voljna ali ni sposobna zavarovati varnosti državljanov države zaščitnice;
- (c) so državljani države zaščitnice izpostavljeni neposredni grožnji njihovi osebi;
- (d) je uporaba sile sorazmerna z okoliščinami situacije;
- (e) je uporaba sile zaključena, in država zaščitnica umakne svoje sile, v kolikor so njeni državljani rešeni« (ILC 2006c, 75).

Zgodovina, tudi nedavna, je prepletena s primeri, ki so »pretvezo zaščite državljanov uporabljali za opravičevanje vojaških intervencij« (Amerasinghe 2008, 28). V primeru *Fisheries Jurisdiction*³³ je šlo za kanadsko zajetje ribiške ladje *Estai*, ki je pod špansko zastavo plula na odprtem morju 9. marca 1995. Španija se je odzvala tako, da je med drugim svoji ribiški ladji »poslala na pomoč vojno ladjo« (Cerar 2001, 196). Tudi Calvo doktrina zavračanja diplomatske zaščite je na nek način odgovor na vojaške intervencije v Latinski Ameriki (Amerasinghe 2008, 29).

Tako Drago doktrina iz leta 1902 kot tudi Porterjeva Konvencija iz leta 1907 oziroma *Convention respecting the limitation of Employment of force for Recovery of Contract Debts* sta doprinesli k temu, da je »prepoved grožnje ali uporabe sile bila ena od najpomembnejših vidikov razvoja pravice diplomatske zaščite« (ILC 2006c, 75).

V tej smeri je šlo tudi običajno mednarodno pravo, kar dokazuje 2. člen Ustanovne listine Združenih narodov, ki v četrtem paragrafu prepoveduje grožnjo s silo ali uporabo sile, ki bi bila naperjena proti teritorialni nedotakljivosti ali politični neodvisnosti katerekoli države, ali pa ki bi bila nezdržljiva s cilji Združenih narodov (Ustanovna listina Združenih narodov, 2. člen).

Cerar (2001, 196) se sprašuje v zvezi z uporabo sile in diplomatsko zaščito slednje: »/A/li lahko država, z ozirom na današnje mednarodno pravo, vendarle omejeno vojaško posreduje v drugi državi, da bi zavarovala ali rešila svoje državljane pred nevarnostjo/?/«

Na vprašanje se lahko odgovori z najmanj dvema odgovoroma. Prvič, če se omejimo na 2. člen UL OZN je jasno, da je gre za prepoved uporabe sile. Po drugi strani pa se zagovorniki in ne nazadnje tudi izvajalci vojaških posredovanj, kot so ZDA, Francija ali Izrael sklicujejo na 51. člen UL OZN, ki dovoljuje pravico do samoobrambe. Nikjer v členu ni zapisano, da se lahko posreduje s silo v korist lastnih državljanov. Vendar države, ki podpirajo ta pogled, pogosto uporabljajo kot argument to, da je lahko država prizadeta preko svojih državljanov (Cerar 2001, 197) .

³³ *Fisheries Jurisdiction* (Španija proti Kanadi), 1995 ICJ 45 (4. December 1998).

Prav zaradi številnih primerov že od leta 1945, ki jih uporablja vojaško posredovanje pri zaščiti državljanov, in kot pravi Amerasinghe (2008, 30) zaradi »neuspeha sodišč in političnih organov Združenih narodov pri obsodbi takih dejanj« težko oporekamo razširitvi prepovedi uporabe sile, ki jo omenja UL OZN za zaščito državljanov v tujini v kriznih časih.

Po drugi strani pa obstaja prevladujoče mnenje o zlorabi uporabe sile za zaščito državljanov. Eden izmed primerov je Ameriška vojaška intervencija v Panami 20. decembra 1989, kjer je kot enega izmed razlogov za intervencijo ameriški predsednik Bush navedel, da so Noriegove »predrzne grožnje in napadi na Američane v Panami /ustvarili/ neposredno nevarnost za 35.000 ameriških državljanov v Panami; /dodal je še/, da je njegova dolžnost kot predsednika zavarovati življenje ameriških državljanov« (Nanda 1990, 494).

Amerasinghe (2008, 30–1) prav tako opozarja na zlorabe v preteklosti in nadaljuje, da je to »pravica, ki je primerna za zlorabo«. Shaw (1997, 793) doda, da je zato potrebno pravico oblikovati tako, da »bo jasno oboje, to, da na more biti sprožena le za zaščito lastnine državljanov v tujini in da se lahko sproži le v nujnih primerih za opravičevanje reševanja tujih državljanov.«

Primer, ki ga lahko omenimo na tem mestu, je *Case concerning United States diplomatic and consular staff in Teheran*³⁴. Šlo je za zajetje ameriškega diplomatskega in konzularnega osebja in več kot dveh ameriških državljanov na ameriškem veleposlaništvu v Teheranu. 5. novembra 1979 je dejanja vojakov odobrila dominantna figura iranske revolucije Ayatollah Khomeini. Šlo je za neslišno dejanje v moderni mednarodni skupnosti, ki je s seboj prineslo močne in dolgoročne posledice ne le v povezavi s pravno, vendar tudi politično sfero. Mapp (1993, 6) nadalje pojasnjuje še, da se je vlada ZDA dokaj hitro zavedala, da bo za reševanje krize potrebna cela vrsta ukrepov proti Iranu od diplomatskih, gospodarskih, sodnih ter tudi vojaških ukrepov.

³⁴ *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran* (ZDA proti Iran), 1979 ICJ 106 (24. maj 1980).

Ko so ZDA uvidele, da ne bodo mogle krize zajetja talcev rešiti skozi diplomacijo, so posegle po vojaških sredstvih. ZDA so vojaško akcijo označile, kot navaja Mapp (1993, 10), za »reševalno misijo, ki potem takem ni kršitev »ozemeljske celovitosti ali politične neodvisnosti« Irana«, čeprav Mapp opozarja, da je šlo za jasno kršitev iranskega ozemlja. Opozarja, da je potrebno na misijo gledati kot na »kršitev členov 2(4) in 33 Listine Združenih narodov. Opravičevanje /v smislu/ samoobrambe po 51. členu je neprimerno, ker ni šlo za »oborožen napad« proti Združenim državam /.../« (Mapp 1993, 10).

Prav tako je ICJ v svoji sodbi v primeru *Case concerning United states diplomatic and consular staff in Teheran* izrazil zaskrbljenost v zvezi z vojaško operacijo ZDA konec aprila 1980 in jo dojel kot spodkopavanje spoštovanja do sodnih procesov v mednarodnih odnosih. Po mnenju sodnika Morozova so ZDA z vojaško akcijo proti Iranu izgubile pravno kot tudi moralno pravico do odškodnine.

Za samo kodifikacijo je pomembno stališče dela članov Komisije, ki so menili, da predlog drugega člena ne spada v okvir diplomatske zaščite, izrazili so tudi nestrinjanje s pogledom na uporabo sile za zaščito državljanov kot obliko samopomoči, ki se razlikuje od diplomatske zaščite na pravni in dejanski ravni. Zato so tudi menili, da bi s tem, ko bi zadržali 2. člen, ustvarili zmedo, zato so se odločili, da drugi člen ni sprejemljiv (ILC 2006c, 76).

Amerasinghe (2008, 31) poudarja, da uporaba sile pri zaščiti državljanov služi predvsem preprečevanju nadaljnje škode in ni dovoljena oblika povračilnega ukrepa. Nadaljuje, da je bistvo diplomatske zaščite doseči nadomestilo z mirnimi sredstvi. Zaključí s tem, da »uporabo sile pri zaščiti državljanov, ko je legalna, ne bi bilo potrebno in ne bi se smelo opisovati kot »diplomatsko zaščito.« Tudi Cerar (2001, 198) zavrača uporabo sile pri uresničevanju diplomatske zaščite, ki jo nenazadnje »današnje mednarodno pravo /.../ v zvezi z njo prepoveduje.«

Merrills (2005, 1) tako pravi, da so spori neizogiben del ne le človeških, temveč tudi mednarodnih odnosov. Pri tem je pomembno, na kakšen način se lotimo reševanja sporov, Merrills v svojem delu *International dispute settlement* opiše številne možnosti mirnega reševanja sporov (pogajanja, mediacijo, sodne preiskave, spravo, arbitražo in

druge). Kljub temu da obstajajo številne možnosti mirnega reševanja sporov, je po njegovem mnenju nerealistično pričakovati, da se bodo vsi spori rešili na miren način. Vseeno pa se sklicuje na moralno odgovornost ne le voditeljev in svetovalcev, temveč tudi državljanov in poziva k uporabi sredstev mirnega reševanja sporov.

3.3 DIPLOMATSKA ZAŠČITA KOT PRAVICA DRŽAVE

Predlog 3. člena osnutka govori o pravici države do uresničevanja diplomatske zaščite v imenu svojih državljanov. Predlog 3. člena razrešuje vprašanje, komu pripada pravica diplomatske zaščite – državljanu ali državi. Člen ni bil posebno kontroverzen glede na stoletno doktrino, ki je veljala pred tem, ki sta jo potrdila tako PCIJ in ICJ. V 3. členu se je skušalo kodificirati načelo diplomatske zaščite v svoji tradicionalni obliki, torej, da je diplomatska zaščita diskrecijska pravica države, ki jo lahko uresničuje, kadar koli je bil njen državljan protizakonito oškodovan s strani druge države. Pomembno je, da razumemo, da je v okviru tradicionalne teorije država tista, ki je prizadeta in je utrpela škodo skozi osebo svojega državljana. Tradicionalne doktrine niso omajale niti direktne posameznikove pravice, ki izhajajo ali iz varovanja investicij ali človekovih pravic (ILC 2006c, 76–7).

3.4 DIPLOMATSKA ZAŠČITA V PRIMERIH KRŠITVE *JUS COGENS* NORME

Predlog 4. člena določa pravno dolžnost države do uresničevanja diplomatske zaščite v imenu svojega državljana v primerih, ko je prišlo do resne kršitve *jus cogens* norme. Posebni poročevalec je takoj poudaril, da gre za kontroverzen člen, ki pa je mišljen kot predlog *de lege ferenda* na področju progresivnega razvoja mednarodnega prava in ne za kodifikacijo. Ponekod lahko tudi v državni praksi zasledimo pojmovanje diplomatske zaščite kot pravice posameznika, predvsem je tako pojmovanje vključeno v nekaterih ustavah držav. Vsekakor pa ne moremo trditi, da gre za *opinio juris*. Posebni poročevalec je menil, da je najbolje, da se Komisija že v začetnih fazah odloči, ali gre morda za preveč radikalne predloge. V zvezi s samim členom je bilo sporno tudi to, komu dolguje država to dolžnost, posamezniku ali nemara celotni mednarodni skupnosti, glede na to da gre za kršitev *jus cogens* norm. Že sama konotacija *jus cogens* norme ustvarja težave pri določanju njenega obsega, kajti če pride do kršitve *jus cogens* norme, imajo v skladu z določili v zvezi z mednarodnopravno odgovornostjo držav vse

države, ne le država prizadetega posameznika, pravico in dolžnost zaščite posameznika. Prav zaradi nejasnosti, ki izhajajo iz samega člena, bi se morala Komisija omejiti na strogo tehnični koncept institucije diplomatske zaščite, pri tem pa ne bi smeli prevzemati tveganja preko določenega mandata. Prevladujoče mnenje je bilo, da je potrebno več prakse držav in *opinio juris* na tem področju, da bi se lahko Komisija podrobneje ukvarjala s tem vprašanjem (ILC 2006c, 77–9).

3.5 ZADEVE DRŽAVLJANSTVA

Zadeve v zvezi z državljanstvom so obravnavane v členih od 5 do 8. S predlogom 5. člena je skušal posebni poročevalec razrešiti vprašanje, ali je načelo iz *Nottebohm* primera (načelo pristne in učinkovite zveze med državo in posameznikom) odraz običajnega prava in ali bi kot tako moralo biti kodificirano. Akademsko mnenje o načelu je bilo razdvojeno, prav tako pa je bilo malo dostopne prakse držav, ki bi omogočila lažje raziskovanje uresničevanja načela. Sprejemljivost načela je bila sporna iz razloga, da so globalizacija in številne migracije spremenile okoliščine do take mere, da bi s sprejetjem načela spodkopali diplomatsko zaščito, kajti veliko posameznikov ni imelo pristne in učinkovite zveze z državo, saj so pridobili državljanstvo na osnovi rojstva (*jus soli*) ali rodu (*jus sanguinis*). Tako 5. člen določa, da država zaščiti tistega državljana, ki je pridobil državljanstvo na podlagi rojstva, rodu ali *bona fide* naturalizacije, ne pa tudi *mala fide* naturalizacija. Potemtakem je pravica države do diplomatske zaščite osnovana na državljanstvu, ki je vez med njo in posameznikom, taka formulacija člena pa dopušča državi, da v okviru svojega notranjega prava določi, kdo so njeni državljani. Kot pravi Sen (1988, 324) vsaka država sama odloča o tem, kdo je oziroma kdo ni njen državljan. Če gremo za korak ali dva naprej od tradicionalne doktrine in pogledamo besedišče, ki se uporablja v državni praksi, vidimo, da se vse bolj omenja kraj prebivališča kot pa državljanstvo. Vseeno pa prevelik poudarek na kraju prebivališča sproža številna vprašanja, kot na primer »/A/li država, ki je /podelila državljanstvo posamezniku/ na osnovi *jus soli*, *jus sanguinis* ali naturalizacije, izgubi pravico do diplomatske zaščite, če dotična oseba živi v drugi državi/?/« (ILC 2006c, 81). Prav ta številna vprašanja in nejasno razlikovanje med načini pridobitve državljanstva in diplomatsko zaščito, na katero bi se moral člen bolj osredotočiti, so privedli do potrebe po preoblikovanju člena (ILC 2006c, 79–81).

S predlogom 6. člena osnutka se je skušalo urediti vprašanje dvojnega ali multiplega državljanstva. S 6. členom so hoteli razrešiti vprašanje, ali lahko država državljana uresničuje diplomatsko zaščito proti drugi državi državljana v primeru, da gre za posameznika z dvojnimi ali multiplimi državljanstvom. Veliko razdeljenost o tej temi zaznamo v akademskih člankih, praksi držav, sodnih odločitvah in poskusih kodifikacije (ILC 2006c, 81–2).

Pogoj za uresničevanje diplomatske zaščite je bila tesnejša vez državljana z eno državo v nasprotju z drugo oziroma kriterij dominantnega in učinkovitega državljanstva. Samo besedišče je prav tako ustvarjalo nekaj težav, še posebej določitev tega, kaj učinkovito državljanstvo pomeni. Po mnenju Komisije se lahko zgodi, da posameznik nima učinkovitega članstva ne z eno ne z drugo državo, kar bi pomenilo, da nobena država nima pravice do uresničevanja diplomatske zaščite. Pretekli primeri nakazujejo na to, da sta pridevnika dominantno in učinkovito medsebojno zamenljiva. Prav iz tega razloga je večina članov Komisije menila, da je pojem dominantnega državljanstva, ki nakazuje na močnejšo vez z eno državo kakor z drugo, primernejši (ILC 2006c, 82).

Del Komisije pa je podpiral vidik Haške konvencije iz leta 1930, ki določa, da država ne more nuditi diplomatske zaščite državljanu proti državi, katere državljan tudi je. Vseeno pa je potrebno upoštevati sodobne okoliščine, zato lahko trdimo, da je 6. člen odraz sodobnega običajnega prava in je vsekakor v skladu s pravom človekovih pravic, ki dodeljuje posamezniku varstvo tudi pred lastno državo. Kljub temu pa je še vedno potrebno upoštevati suvereno enakost držav, saj bi nekritično uporabljanje načela dominantnega ali učinkovitega državljanstva v primerih dvojnega državljanstva privedlo do spodkopavanja državne suverenosti (prav tam).

V okviru 6. člena je prišlo do obravnave načela dominantnega oziroma učinkovitega državljanstva v primerih, ko uresničuje diplomatsko zaščito ena od držav državljana proti tretji državi. Za kodifikacijo načela, ki bi urejalo področje uresničevanja diplomatske zaščite ene države državljana proti drugi državi državljana, pa še ni dovolj podpore v običajnem mednarodnem pravu. Del Komisije pa poudarja, da če bi hoteli pristopiti k 6. členu v kontekstu progresivnega razvoja mednarodnega prava »/.../ ključni dejavnik pri določanju, ali lahko država državljana uresničuje diplomatsko zaščito proti drugi državi državljana, ne bi smelo biti dominantno državljanstvo države,

ki toži, ampak raje pomanjkanje pristne in učinkovite vezi med dotično osebo in obtoženo državo« (prav tam). Posebni poročevalec pa je bil drugačnega mnenja kot del Komisije in šestega člena ni smatral kot očiten primer progresivnega razvoja mednarodnega prava. Ne glede na to, da obstajata dva različna pogleda na to temo, imata oba podporo, tako da je na Komisiji prepuščena izbira med dvema tekmovalnima načeloma (ILC 2006c, 82–3).

Predlog 7. člena osnutka se prav tako ukvarja z dvojnimi oziroma multiplimi državljanstvom, natančneje z uresničevanjem diplomatske zaščite v imenu dvojnih oziroma multiplih državljanov proti tretji državi, katere državljan ta posameznik ni. Omenjeni člen je bil široko podprt s strani Komisije, pojavili so se pa tudi nekateri predlogi kot na primer, da bi lahko predlog združenega uresničevanja diplomatske zaščite dveh ali več držav državljana dopolnili tako, da lahko državi posameznika istočasno, vendar ločeno uresničujeta diplomatsko zaščito. Težava, ki lahko nastane pri tem pa je, ko ena država vloži zahtevek za diplomatsko zaščito, druga pa se tega odreče in se zadovolji z odgovorom obtožene države, medtem ko druga država še vedno uresničuje svoj zahtevek (ILC 2006c, 83).

Predlog 8. člena je jasen primer progresivnega razvoja mednarodnega prava, ureja pa področje diplomatske zaščite, ko gre za osebe brez državljanstva in begunce. Današnji pogled na to temo se močno razlikuje od tradicionalnega, ki izhaja iz primera *Dickson Car Wheel Company* (1931) in iz katerega lahko zaključimo, da če posameznik nima vezi z državo, se pravi državljanstva, ki predstavlja osnovo za državo, da bi ukrepala, država ne more nuditi zaščite takemu posamezniku. Oppenheim (Coussirat-Coustere in Eisemann, 1989, 412) tako podrobneje razloži, da *heimatlose*: »/.../ v kolikor nimajo državljanstva, vez iz katere bi se lahko okoristili iz mednarodnega prava, manjka, in tako tudi trpijo pomanjkanje zaščite vsaj kar se tiče tiste, ki izvira iz tega prava /.../. V praksi so posamezniki brez državljanstva več ali manj, kot bi bili subjekti tuje države, vendar pri kakršnem koli slabem ravnanju z njimi, jim mednarodno pravo ne more pomagati.«

Čeprav so bile po drugi svetovni vojni sprejete številne konvencije o osebah brez državljanstva in beguncih, se nobena ni ukvarjala z diplomatsko zaščito v povezavi z njimi. Eden od načinov, kako urediti to področje, je bil predlog, da bi bila država

prebivališča, kajti prebivališče je pomembne vidik razmerja med posameznikom in državo, tista, ki bi ga lahko zaščitila. Težava, ki se je pojavljala v zvezi s tem predlogom, je bila, da čeprav imajo osebe brez državljanstva neko zaščito na podlagi prava človekovih pravic, večina držav, kjer take osebe prebivajo, ni imela namena razširiti diplomatske zaščite na ti dve skupini. Konvencija o statusu beguncev iz leta 1951 določa, da izdajanje potnega dokumenta na noben način ne daje pravice izdajalcu do zaščite. Zanimiv predlog dela članov Komisije je bil, da bi lahko UNHCR (*United Nations High Commissioner for Refugees* – Visoki komisariat Združenih narodov za begunce) uresničeval neke vrste funkcionalno zaščito za begunce na podoben način, kakor jo mednarodne organizacije zagotavljajo svojim uslužbencem. Eden od predlogov za izboljšanje člena je bil tudi ta, da bi ga razdelili na dva dela, posebej na člen o osebah brez državljanstva in posebej člen o beguncih. Obravnavanje devetega člena je bilo predstavljeno na naslednjo sejo (ILC 2006c, 83).

Tako je Komisija leta 2001 na triinpetdeseti seji obravnavala predlog 9. člena iz prvega poročila posebnega poslanca Christopherja Johna Roberta Dugarda in predloge členov 10 in 11 iz drugega poročila posebnega poročevalca. V obliki devetega člena je posebni poročevalec skušal rešiti vprašanje kontinuiranega državljanstva, vendar glede na to, da je pravo v povezavi z diplomatsko zaščito področje s precejšnjo podlago tako v doktrini, v državni praksi in jurisprudenci. Težava je v tem, da se zdi, da vsi ti viri prava kažejo v različne smeri, zato posebni poročevalec poudarja, da »/v/ veliki meri delo Komisije ni toliko oblikovanje novih pravil, kolikor je izbiranje med /že obstoječimi/« (ILC 2006c, 197).

Tradicionalno se je v zvezi s kontinuiteto državljanstva zahtevalo, da je bil prizadeti posameznik državljan države v trenutku, ko je bil prizadet, in v trenutku, ko je prišlo do vloge zahtevka za diplomatsko zaščito. Ta pogled je bil močno podprt z prakso držav in različnimi dogovori. Eden takih primerov je mnenje ameriško-nemške arbitražne komisije, ki ponuja tudi razlago za to zahtevo, pravi namreč, da bi »katerokoli drugo pravilo široko odprlo vrata zlorabam in kar bi lahko posledično pomenilo, da bi se močna država spremenila v terjatveno agencijo v imenu vseh tistih, ki potem, ko so

utrpele škodo, prenesli svoje zahteve na njene državljane ali pa so se okoristili z naturalizacijo v namen, da bi dosegli privzem njihovih zahtevkov.«³⁵

Tradicionalni pogled ni mogel uiti kritikam že zaradi pomanjkanja jasnosti ključnih pojmov, kot sta *dies a quo* (čas nastanka škode) in *dies ad quem* (čas, do katerega mora trajati državljanstvo). Pojavile so se tudi določene kritike glede nepravilnosti določila, ko pride do odpovedi diplomatske zaščite na primer zaradi neprostovoljne zamenjave državljanstva (poroka, posvojitve, nasledstvo držav). Komisija mora tako po ponovnem premisleku o tradicionalnem pristopu narediti korak naprej in oblikovati fleksibilnejše pravilo, s katerim bo »posameznik končni koristnik diplomatske zaščite« (prav tam).

Posebni poročevalec (prav tam) je tako predlagal nov pristop, v katerem bi »/.../ država lahko vložila zahtevek v imenu osebe, ki je pridobila državljanstvo v dobri veri po trenutku poškodbe, ki jo lahko prisodimo državi, ki ni predhodna država državljana, s tem da originalna država ni uresničevala in ni imela namena uresničevati diplomatske zaščite v zvezi s to poškodbo«.

Da bi se preprečile zlorabe, je posebni poročevalec predlagal še številna varovala: originalna država državljana obdrži prioriteto do uresničevanja diplomatske zaščite, prav tako bosta veljali zahteva po obstoju učinkovite vezi med državljanom in državo tožilko in zahteva po pridobitvi državljanstva v dobri veri. Posebni poročevalec je vključil tudi varovalo, da bi se v prihodnosti izognili podobnim težavam, kot jih je povzročil na primer *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act*³⁶ iz leta 1996 ali znan tudi kot *Helms-Burton Act*, ki pod naslovom Zaščita lastniških pravic državljanov ZDA, ZDA nudi zaščito Kubancem, ki so postali naturalizirani državljani. Torej lahko pride od tega, da Kubanci, ki so postali naturalizirani državljani ZDA, začnejo pravni postopek proti kubanski vladi za škodo, ki je bila povzročena s strani te vlade, dokler so še bili državljani Kube. Tako je posebni poročevalec predlagal, da se ne

³⁵ *Mixed Claim Commission* (Združene države in Nemčija), 1928 UNRIAA 3 (31. avgust 1926). Ustanovljena s sporazumom 10. avgusta 1922, podaljšana s sporazumom 31. decembra.

³⁶ Kubansko osvobodilni in demokratično solidarni zakon – *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act*, kodificiran pod naslovom 22, odstavek 6021-6091 v zakoniku ZDA, 12. marec 1996. Dostopno prek: <http://www.treasury.gov/offices/enforcement/ofac/legal/statutes/libertad.pdf> (9. marec 2010).

more vložiti zahtevka proti predhodni državi državljana za škodo, ki je nastala, ko so bili še državljani te države (ILC 2007, 197).

Glavna dilema pri debati o predlogu 9. člena je bila razmerje med zaščito posameznikov v okviru mednarodnega prava in diplomatsko zaščito. Oblikovali sta se dve skupini znotraj Komisije; tisti, ki so podpirali stališče posebnega poročevalca, so se strinjali, da je pravilo kontinuiranega državljanstva nekako preživelo svojo uporabnost v svetu, kjer so z mednarodnim pravom posamezniku priznane pravice, znotraj tega stališča je pomembno tudi to, da se na diplomatsko zaščito gleda kot na prizadevanje spoštovanja pravice posameznika. Druga skupina pa meni, da splošni trend varovanja pravic posameznika v mednarodnem pravu ne predstavlja opravičila zato, da bi se spreminjalo pravila kontinuiranega državljanstva, čeprav je potrebno upoštevati človekove pravice pri uresničevanju diplomatske zaščite, še ne pomeni, da je diplomatska zaščita »človekova pravica *per se*« (ILC 2007, 198). Poleg tega pa, če upoštevamo prirojeno diskrecijsko naravo diplomatske zaščite, vidimo, da kot taka ni najprimernejše sredstvo varovanja ali uresničevanja človekovih pravic. Vsi člani Komisije (ILC 2007, 197–9) so se strinjali o tem, da je potrebno vnesti malo več fleksibilnosti in nekaj sprememb, izjeme naj bi bile v primeru poroke ali nasledstva držav.

Predlog 10. člena osnutka govori o izčrpanju notranjepравnih sredstev in je hkrati potrditev običajnega prava na tem področju. Da gre za ustaljeno pravilo običajnega mednarodnega prava, lahko razberemo iz sodbe Meddržavnega sodišča v primeru *Interhandel*.³⁷ Sodba gre tako: »pravilo, da morajo biti izčrpana notranjepравna sredstva pred mednarodnopravnimi postopki, je dobro utrjeno pravilo običajnega mednarodnega prava; pravilo, ki je navadno zapaženo v primerih, v katerih država privzame tožbo svojega državljana, katerega pravice so bile neupoštevane v drugi državi...« V primeru *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)*³⁸ je Meddržavno sodišče dejalo: »da bi bil mednarodni zahtevk dopusten, je dovolj pogoj, da je bilo bistvo zahtevka uveljavljeno pred pristojnim sodiščem in da je bil uveljavljen, kolikor to dopušča lokalno pravo in postopki in je bil pri tem neuspešen.«

³⁷ *Interhandel* (Švica proti ZDA). 1957 ICJ 46 (21. marec 1959).

³⁸ *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)* (ZDA proti Italiji). 1987 ICJ 197 (20. julij 1989).

Predlog 10. člena naj bi bil nekakšen uvod v naslednje člene o izčrpanju notranjepravnih sredstev. Posebni poročevalec pa navaja tudi izjeme od pravila izčrpanja notranjepravnih sredstev. V primerih, pri katerih gre za neposredno povzročeno škodo državi, to so primeri, v katerih so vpleteni diplomati ali državna podjetja, ki sodelujejo v *acta jure imperii*, ni potrebno upoštevati pravila (ILC 2007, 199).

Pomembno je omeniti tudi pojasnila posebnega poročevalca o razlikovanju med primarnimi in sekundarnimi pravili. Le-to naj ne bi bilo vedno možno obdržati skozi celoten osnutek. Poleg tega pa naj bi bilo tako razlikovanje pomembnejše pri osnutkih o mednarodnopravni odgovornosti držav in ne toliko pri osnutkih o diplomatski zaščiti. Nenazadnje je bil koncept *denial of justice* značilen za poskuse kodifikacije pravila notranjega izčrpanja sredstev. Čeprav je posebni poročevalec prej zagovarjal tezo, da je *denial of justice* primarno pravilo in kot tako ne bo obravnavano, je vseeno predlagal, da bi ga vseeno morali obravnavati (prav tam).

V drugem paragrafu 10. člena je posebni poročevalec poskušal definirati, kaj so notranjepravna sredstva. V primeru *Ambatielos Claim*³⁹ arbitražna komisija ponuja opredelitev notranjepravnih sredstev, in sicer »notranjepravna sredstva ne vključujejo samo sklicevanje na sodišča, ampak tudi uporabo proceduralnih sredstev, ki jih municipalno pravo omogoča pravdarjem pred takimi sodišči. Gre namreč za celoten sistem pravne zaščite, /.../, ki mora biti testiran, preden država kot zaščitnica svojih državljanov, iztoži zahtevek na mednarodni ravni.«

Člani Komisije (ILC 2007, 200) so se strinjali z vključitvijo člena o izčrpanju notranjepravnih sredstev, saj kot sem že omenila, gre za dobro ustaljeno pravilo običajnega mednarodnega prava, podprli so tudi predlog, da se pogoj izčrpanja notranjepravnih sredstev razdeli na več členov, po drugi strani pa je, ker gre za »zelo kontekstulano« temo, potrebno vendarle določiti meje specifičnosti.

Znotraj Komisije se je pojavilo mnenje, da je potrebno besedilu »dostopna sredstva« dodati še »učinkovita«, kajti brez kriterija učinkovitosti bi lahko pomenilo, da se mora posameznik zateči k »vsem« dostopnim notranjepravnim sredstvom, kar pa bi lahko

³⁹ *Ambatielos Claim* (Grčija, Združeno kraljestvo Velike Britanije in Severne Irske), 1956 UNRIAA 83 (6. marec 1956).

pomenilo preveliko breme za posameznika, ki je bil oškodovan. Spet drugi člani Komisije pa so menili, da je kriterij učinkovitosti lahko zelo subjektiven, prav tako dožemanje pa lahko sproži številna vprašanja, med njimi tudi vprašanje o pravičnosti sojenja, kar pa je »sporna tema v mednarodnem pravu« (prav tam). Nekaj vprašanj se je porajalo tudi v zvezi z pridevnikom »lokalna« sredstva. Najpomembnejše med njimi je bilo, ali pod »lokalna« sredstva spadajo tudi pritožbe pred regionalnimi mehanizmi za zaščito človekovih pravic, kot je to na primer Evropsko sodišče za človekove pravice. Komisija je prav tako menila, da je potrebna podrobnejša opredelitev »administrativnih pravnih sredstev«, spraševali so se tudi, ali zatekanje k na primer varuhu človekovih pravic spada v okvir administrativnih pravnih sredstev (prav tam).

Prišlo je tudi do razprave o pravilu iz *Claim of Finnish shipowners against Great Britain in respect of the use of certain Finnish vessels during the war*⁴⁰, ki gre tako: »/.../ vsak relevanten argument, ki ga zagovarja vlada, ki toži v mednarodnem postopku – napačen ali ne – mora biti v skladu z mnenjem, ki ga je izrazil rabsodnik, obravnavan s strani občinskih sodišč, upoštevajoč pravilo izčrpanja notranjepravnih sredstev, preden je obtožena država zavezana vstopiti v nadaljnje mednarodne postopke.« Komisija je tako menila, da se mora pravilo predstavitve vseh argumentov na občinski ravni, ki jih nameravajo tožniki predstaviti tudi na mednarodni ravni, uporabljati fleksibilno, kajti »argument, ki je dovolj za utemeljitev zahtevka na lokalni ravni, morda ni dovolj za /utemeljitev/ na mednarodni ravni« (ILC 2007, 200).

V predlogu 11. člena osnutka gre za razlikovanje med neposrednimi in posrednimi zahtevki v povezavi s pravilom izčrpanja notranjepravnih sredstev. Osnovno načelo je, da se pravilo izčrpanja notranjepravnih sredstev uporablja le v primerih neposrednega oškodovanja države preko svojega državljana in ne tudi v primerih direktnega oškodovanja države. Pri določanju, za kateri tip oškodovanja gre, sta predlagana dva kriterija; kot prvi kriterij pretežnostni test in kot drugi kriterij *sine qua non* test. Bistvo pretežnostnega testa je v tem, da se ugotovi, ali gre za pretežno (močnejšo, odločilno) škodo posamezniku *ergo* gre za indirektno oškodovanost in posledično aplikacijo pravila izčrpanja notranjepravnih sredstev. Pri *sine qua non* testu gre za ugotavljanje, ali je prišlo do vložitve zahtevka brez oškodovanja državljana države tožnice. V literaturi

⁴⁰ *Claim of Finnish shipowners against Great Britain in respect of the use of certain Finnish vessels during the war* (Finska, Velika Britanija), 1934 UNRIIAA 1479 (9. maj 1934).

so se pojavljali tudi drugi kriteriji (subjekt spora, narava povračila, narava zahtevka). Čeprav 11. člen odraža prevladujočo prakso, so v Komisiji predlagali združitev z 10. členom, tako da bi 11. člen izbrisali, saj so menili, da gre čez okvir diplomatske zaščite. Razlikovanje med pojmom *dommage médiat* (posredna škoda) in *dommage immédiat* (neposredna škoda), ki izhaja iz francoščine, naj bi ustvarjalo zmedo (ILC 2007, 201).

Zaradi pomanjkanja časa je Komisija leta 2002 na štiriinpetdeseti seji obravnavala predloge členov 12 in 13 iz drugega poročila posebnega poročevalca Dugarda in tretje poročilo posebnega poročevalca. Predloga členov 12 in 13 sta bila obravnavana skupaj, ker je bilo mišljeno, da se bereta skupaj. Skozi oba se namreč skuša razrešiti eno najbolj kontroverznih vprašanj pri pravilu izčrpanja notranjepravnih sredstev, to je ali je pravilo izčrpanja notranjepravnih sredstev vsebinske ali proceduralne narave. V glavnem so se oblikovala tri stališča v zvezi z vprašanjem, proceduralno stališče, vsebinsko stališče in mešanica med obema. Najvidnejša zagovornika vsebinskega stališča sta Brochard in Ago, po katerih »mednarodno kaznivo dejanje države kršiteljice še ni dokončno, dokler niso bila izčrpana notranjepravna sredstva. Torej je bilo pravilo izčrpanja notranjepravnih sredstev vsebinski pogoj, na katerem sloni sama mednarodnopravna odgovornost« (ILC 2009, 49–53).

Amerasinghe kot zagovornik proceduralnega vidika zagovarja stališče, da je pravilo izčrpanja notranjepravnih sredstev pravzaprav proceduralni pogoj, ki mora biti izpolnjen, preden lahko sploh pride do uveljavljanja mednarodnega zahtevka. Fawcett kot zagovornik mešanega vidika razloži, da ko gre za škodo, povzročeno izključno s kršitvijo nacionalnega prava, gre za vsebinski pogoj. Ko pa gre za škodo, povzročeno s kršitvijo mednarodnega prava, ali pa nacionalnega prava in hkrati mednarodnega prava, gre za proceduralni pogoj (ILC 2009, 53).

Posebni poročevalec je imel težave pri izbiri pristopa, kajti tudi sami viri ne ponujajo jasnega odgovora. Tudi predhodni poskusi kodifikacije niso enotni, zaslediti je možno uporabo obeh pozicij, tako je Komisija leta 1977 pri osnutku o Mednarodnopravni odgovornosti države uporabila vsebinsko stališče.⁴¹ Leta 2000 pa je v okviru Zveze za

⁴¹ 22. člen: Izčrpanje notranjepravnih sredstev:

»Ko je ravnanje države ustvarilo situacijo, ki ni v skladu z rezultatom, ki ga zahteva mednarodna dolžnost v zvezi z ravnanjem tujcev, ne glede na to, ali gre za fizično ali pravno osebo, vendar dolžnost dopušča,

mednarodno pravo poročevalec Odbora za diplomatsko zaščito uporabil proceduralni vidik. Prav tako je možno sodne odločitve interpretirati tako ali drugače. Posebni poročevalec kot primer izbere *Phosphates in Morocco*, o katerem je posebni poročevalec Ago menil, da PCIJ ni odločil proti vsebinski interpretaciji pravila izčrpanja notranjepravnih sredstev, medtem ko pa zdajšnji odposlanec meni, da ne gre za nič drugega kot le vsebinsko interpretacijo. Kljub naporom posebnega poročevalca je bilo prevladujoče mnenje v Komisiji, da bi se 12. in 13. člen preprosto izbrisalo v celoti, ker je razlikovanje med pristopoma nerelevantno pri globalnejšem pristopu k pravilu izčrpanja notranjepravnih sredstev, poleg tega bi tako razlikovanje znatno zakompliciralo delo Komisije. Če pa se še omejimo na okvir diplomatske zaščite, razlikovanje še toliko bolj izgubi pomen, kajti izčrpanje notranjepravnih sredstev je predpogoj za uresničevanje diplomatske zaščite, ali gre pri tem za vsebinsko ali proceduralno pravilo, niti ni tako pomembno. Ker sta bila člena deležna široke kritike v zvezi z nerelevantnostjo, preveliko konceptualnostjo ter preveliko osredotočenostjo na razlikovanje med vsebino in proceduro, nista bila posredovana naprej Redakcijskemu odboru (ILC 2009, 49–55).

V osnutku 14. člena gre za izjeme od pravila izčrpanja notranjepravnih sredstev. Tako Komisija kot Šesti odbor sta se strinjala, da morajo biti izčrpana vsa dostopna in učinkovita notranjepravna sredstva. Posebni poročevalec je tako menil, da ne bi bilo najprimernejše kot izjemo od pravila izčrpanja notranjepravnih sredstev navesti to, da so bila neučinkovita. Zato je raje na osnovi literature in sodnih odločitev predlagal kot kriterij tri teste, ki se uporabljajo za ugotavljanje neučinkovitosti notranjepravnih sredstev. Tri možnosti, ko ni potrebno izčrpati notranjepravnih sredstev so naslednje: prvo je, kot bi rekel Cerar (2001, 148) »/.../ v kolikor je sredstvo neadekvatno, neučinkovito oziroma očitno jalovo«, druga možnost je, ko notranjepravno sredstvo ne ponuja razumnega obeta uspeha, in kot tretja je možnost, ko notranje pravno sredstvo ne omogoča nobene razumne možnosti popravka krivice. Komisija je soglasno podprla 1. paragraf osnutka 14. člena. (ILC 2009, 55–60).

da je ta ali pa enakovreden rezultat lahko vseeno dosežen z naknadnim ravnanjem države, gre za kršitev dolžnosti le, če je dotični tujec izčrpal učinkovita notranjepravna sredstva, ki so mu dostopna /.../« (ILC 1978, 11).

Drugi odstavek osnutka člena se ukvarja z odpovedjo in preprečitvijo zahtevka oziroma diplomatske zaščite. Komisija se je močno strinjala z vključitvijo izrecne odpovedi kot primerom izjeme od pravila izčrpanja notranjepravnih sredstev. Težave so se pojavile pri predlogu vključitve vštete odpovedi, kajti odpoved naj bi bila jasna in nedvoumna. Vseeno pa so se odločili, da bodo posredovali predlog za preučevanje odboru, ki bo preprečitev obravnaval kot obliko vštete odpovedi. Paragrafa c in d predloga 14. člena določata še dve izjemi od pravila izčrpanja notranjepravnih sredstev, in sicer odsotnost prostovoljne vezi med prizadetim posameznikom in odgovorno državo, ter v primeru mednarodno kaznivega dejanja, na katerem je osnovan mednarodni zahtevek, ki ni bilo storjeno znotraj ozemeljske jurisdikcije odgovorne države. Naslednja dva paragrafa določata še dve izjemi od pravila izčrpanja notranjepravnih sredstev, ki sta, prvič v primeru čezmernega odlašanja z zahtevkom oziroma zaščito, in drugič, v primeru, da odgovorna država prepreči oškodovanemu posamezniku dostop do svojih institucij, ki omogočajo izčrpanje notranje pravnih sredstev (ILC 2009, 55–62).

3.6 NEUTEMLEJENOST NASPROTNE TRDITVE

V obliki petnajstega člena je posebni poročevalec želel kodificirati obveznost, da se dokaže neutemeljenost nasprotne trditve (*burden of proof*), kar v bistvu pomeni, da je potrebno ugotoviti, »kaj mora biti dokazano in katera stranka mora dokazovati« (ILC 2009, 63). Vendar je kodifikacija tega predloga člena problematična vsaj iz dveh razlogov, prvič zato, ker v mednarodnem pravu ne moremo najti tako natančnih pravil kot na primer v državnih pravnih sistemih. Drugič pa zato, ker je veliko odvisno od samega primera in okoliščin, tako da je težko oblikovati neko splošno pravilo, ki bi ga lahko uporabljali v vseh primerih, čeprav je posebni poročevalec smatral temo za pomembno in jo skušal utemeljiti z jurisprudenco na področju človekovih pravic in iz sodnih odločitev. Nekaj podpore omenjenemu načelu izvleče posebni poročevalec iz primerov *Panevezys-Saldutiskis Railway*, *Ambatielos*, *ELSI* in tudi drugih. Iz primerov izpelje dva pomembnejša zaključka:

(a) obveznost dokazovanja neutemeljenosti nasprotne trditve ima odgovorna država, katera mora pokazati dostopnost notranjepravnih sredstev; in (b) država tožilka nosi obveznost dokazovanja neutemeljenosti nasprotne trditve za dokazovanje, da četudi so bila notranje pravna sredstva dostopna, so le-ta bila neučinkovita, ali pa je šlo za neko drugo izjemo – na primer, da ja šlo za povzročitev direktne škode državi tožilki (ILC 2009, 63).

Kljub naporom posebnega poročevalca pa je bila Komisija proti vključitvi 15. člena. Menili so, da obveznost dokazovanja ne sodi v okvir diplomatske zaščite. Tudi če bi obstajala običajna pravila o obveznosti dokazovanja, bi jih težko uveljavljali. Poleg tega pa se pravilo obveznosti dokazovanja razlikuje glede na vrsto mednarodnega postopka in čeprav gre na videz za preprosto pravilo, se v praksi izkaže, da je veliko bolj kompleksno. To so nekateri razlogi, zaradi katerih se je posebni poročevalec na osnovi velikega neodobravanja Komisije odločil za to, da člena ne bo posredoval naprej Redakcijskemu odboru (ILC 2009, 62–4).

3.7 CALVO DOKTRINA

Posebni poročevalec je v 16. členu zajel že od samega začetka kontroverzno temo – Calvo doktrino oziroma doktrino zavračanja diplomatske zaščite. Latinsko-ameriške države vidijo Calvo doktrino kot pravilo običajnega mednarodnega prava, ki ga najdemo tudi v večini ustav držav Latinske Amerike. Ostale države večinoma doktrino zavračajo na osnovi »Vattelijanske fikcije«, po kateri oškodovanje državljana predstavlja oškodovanje države *ergo* samo država lahko zavrne pravico do diplomatske zaščite. Kakorkoli že, ne moremo zanikati dejstva, da je bila Calvo doktrina že od samega začetka integralni del razvoja in zgodovine pravila izčrpanja notranjepravnih sredstev. Posebni poročevalec definira Calvo doktrino kot: »pogodbena obveza, s katero se je oseba, ki je prostovoljno povezana z državo, katere ni državljan, strinjala s tem, da se bo odrekla pravici do zahtevanja diplomatske zaščite od svoje države, ter da se bo omejila izključno na notranjepravna sredstva v povezavi z izvajanjem pogodbe« (ILC 2009, 64).

Podporo Calvo doktrini je posebni poročevalec skušal utemeljiti tudi z odločitvijo *American – Mexican Claims Commission* v primeru *North American Dredging Company of Texas*⁴², ki gre tako:

Sedanja stopnja mednarodnega prava nalaga vsakemu mednarodnemu sodišču formalno dolžnost, prizadevati si za primerno in skladno razmerje med suvereno pravico nacionalne jurisdikcije po eni strani, in suvereno pravico nacionalne zaščite državljanov po drugi strani.

⁴² *North American Dredging Company of Texas* (ZDA proti Združenim Mehskim državam), 1926 UNRIIA 26 (31. marec 1926).

Nobeno mednarodno sodišče se ne bi smelo izogniti nalogi iskanja omejitev obeh pravic, prav tako pa jih prikazati skladne s občimi pravili in načeli mednarodnega prava.

Kar pomeni, kot pravi posebni poročevalec, da je iz sodbe možno razbrati, da je »Calvo doktrina kompatibilna z mednarodnim pravom na splošno in posebno z diplomatsko zaščito« (ILC 2009, 64). Ne le, da so bili številni sodniki kritični do Calvo doktrine, tudi v Komisiji so se pojavili številni pomisleki. Opisala bom le pet najpomembnejših. Prvi pomislek Komisije se nanaša na omejeno veljavnost Clavo doktrine, ker ne onemogoča diplomatske intervencije v celoti. Drugi pomislek se nanaša na razmerje med pravilom izčrpanja notranjopravnih sredstev in Clavo doktrino, medtem ko eni vidijo v Calvo doktrini ponovno potrditev pravila izčrpanja notranjopravnih sredstev, drugi menijo, da gre preko meje le potrditev pravila. Tretjič »/.../ mednarodno pravo ne postavlja nikakršnih omejitev pravici tujcev do zavračanja na osnovi pogodbe, svoje lastne moči ali pravice do zahtevka od svoje države, da uresničuje diplomatsko zaščito v njihovem imenu« (prav tam). Četrty pomislek jasno govori o tem, da »tujci ne morejo z nikakršnimi sredstvi Clavo doktrine zavrniti pravico, ki po mednarodnem pravu pripada njihovi državi« (prav tam). Peti, zelo pomemben pomislek, govori o tem, da se zavračanje v okviru Calvo doktrine nanaša le na spore, ki izhajajo iz pogodbe oziroma so posledica kršitve pogodbe, »ki pa v nobenem primeru ne pomenijo kršitev mednarodnega prava, niti se posebej ne nanašajo na *denial of justice*« (prav tam).

Poudariti je potrebo, da so se okoliščine, ki so oblikovale Calvo doktrino (strah latinskoameriških držav pred intervencionizmom močnejših sil in strah močnejših sil nepravilnega obravnavanja svojih državljanov v državah, kjer je bil neadekvaten pravni sistem) spremenile. Praksa pa variira, po eni strani vidimo vpliv Calvo doktrine na azijske in afriške države v razvoju zaradi strahu pred intervencionizmom. Po drugi strani pa so nekateri videli opustitev Calvo doktrine v določilu iz *North American Free Trade Agreement*, ki dovoljuje tujim investitorjem zatekanje k mednarodni arbitraži, ne da bi pri tem najprej izčrpali notranjopravna sredstva. Kar se tiče same kodifikacije Calvo doktrine kot pravila, bi to prineslo nekaj več jasnosti pri omejitvah pogodbenega razmerja med tujcem in državo, še posebej pri zagotavljanju pravic države državljanstva posameznika v mednarodnem pravu. (ILC 2009, 64–5)

Nekateri člani Komisije (ILC 2009, 65–6) so zagovarjali stališče, da ne gre za klasično obliko Calvo doktrine, temveč za »golo dolžnost izčrpanja notranjepravnih sredstev v določenih okoliščinah.« Nekateri so bili tudi mnenja, da kodifikacija pravila izčrpanja notranjepravnih sredstev ne bi bila popolna brez vključitve Calvo doktrine in s tem ko bi kodificirali regionalno običajno pravilo, bi se le-to lahko zlahka razvilo v pravilo univerzalnega značaja, kajti v sebi nosi dve pomembni načeli mednarodnega prava, načelo enakega obravnavanja državljanov in tujcev in načelo suverenosti držav, iz katerega se izpelje dolžnost nevmešavanja. Nasprotniki tega mnenja so trdili, da Calvo doktrina ni pravno pravilo in kot tako ne more biti primerno za kodifikacijo, poleg tega pa državljan ne more nadomestiti države in se odpovedati pravici, ki mu ne pripada. Argument proti kodifikaciji je tudi vse manjša uporaba doktrine v praksi, kajti mednarodni kontekst se je spremenil, na vedenje držav močno vpliva mednarodno pravo človekovih pravic in privatno podjetništvo, ki so s podporo vlad ustvarili varno pravno okolje za tuje investicije. V povezavi s pravilom izčrpanja notranjepravnih sredstev pa so zagovarjali stališče, da predpostavka izčrpanja notranjepravnih sredstev obstaja tudi brez pogodbene klavzule. Kot lahko razberemo iz zgornjega odstavka, je bilo mnenje Komisije deljeno, vseeno pa so se kasneje odločili, da predlog 16. člena ne bodo posredovali Redakcijskemu odboru.

3.8 DENIAL OF JUSTICE

Na štiriinpetdeseti seji je Komisija obravnavala tudi vprašanje *denial of justice*, ki naj bi bilo neločljivo povezano z izčrpanjem notranjepravnih sredstev, še posebej z neučinkovitim izčrpanjem le-teh. Ker je *denial of justice* že obravnavan v osnutku 14. člena, so menili, da specifična omemba ni potrebna, saj naj bi šlo le za manifestacijo splošnejšega pravila, pri katerem se smatra, da so bila notranjepravna sredstva izčrpana, če so bila neuspešna oziroma so bila obsojena na neuspeh. Nekateri so celo zagovarjali, da če gledamo ožje na diplomatsko zaščito, *denial of justice* ne spada v ta kontekst. Današnje dožemanje *denial of justice* se povezuje s sodnimi procesi oziroma z nepravilnimi odločitvami sodišč in neprimernimi postopki na sodiščih. Tudi v praksi se vse manj uporablja in ga je skoraj v celoti zamenjalo določilo iz 14. člena v

Mednarodnem paktu o državljanskih in političnih pravicah iz leta 1966⁴³. Večina članov Komisije je bila proti vključitvi koncepta *denial of justice* v osnutek, zato se je posebni poročevalec odločil, da ga v prihodnje ne bo več obravnaval. Na isti seji je Komisija sprejela prvih sedem členov (ILC 2009, 66).

⁴³ »1. Pred sodišči so vsi enaki. Vsakdo ima pravico, da se njegov primer pravično in javno obravnava pred pristojnim, neodvisnim in nepristranskim, po zakonu ustanovljenim sodiščem, ki odloči o utemeljenosti sleherne obtožbe, vložene zoper njega v kazenski zadevi, ali o njegovih civilnih pravicah in obveznostih. Javnost in tisk smeta biti izključena med vso obravnavo ali delom obravnave, če to zahtevajo morala, javni red ali nacionalna varnost v demokratični družbi, če to zahteva zasebno življenje strank, pa tudi, če je sodišče mnenja, da je to absolutno potrebno zaradi posebnih okoliščin primera, ker bi javnost škodovala interesom pravice; vendar pa mora biti vsaka v kazenski ali civilni zadevi izrečena sodba javna, razen če terjajo mladoletnikove koristi drugačno ravnanje ali če se razprava nanaša na spor o zakonski zvezi ali na skrbništvo nad otroki.

2. Vsakdo, ki je obtožen kaznivega dejanja, velja za nedolžnega, dokler ni v skladu z zakonom spoznan za krivega.

3. Vsakomur, ki je obtožen kaznivega dejanja, morajo biti ob popolni enakopravnosti zajamčene naslednje minimalne pravice:

- a) da ga takoj in podrobno seznanijo, v jeziku, ki ga razume, z bistvom in vzroki obtožbe, ki ga bremenijo;
- b) da ima primeren čas in možnosti za pripravo svoje obrambe in da komunicira z zagovornikom, ki si ga sam izbere;
- c) da se mu sodi brez nepravice odlašanja;
- d) da se brani sam ali z zagovornikom po lastni izbiri, ali če nima dovolj sredstev za plačilo zagovornika, da ga dobi brezplačno, če to zahtevajo interesi pravice;
- e) da zaslišuje oziroma zahteva zaslišanje obtežilnih prič in da doseže navzočnost in zaslišanje prič v njegovo korist pod enakimi pogoji, kot veljajo za obtežilne priče;
- f) da ima brezplačno pomoč tolmača, če ne razume ali ne govori jezika, ki se uporablja pred sodiščem; in
- g) pravico, ne biti prisiljen, da bi pričal zoper sebe ali priznal krivdo.

4. V postopku proti mladoletnikom je treba upoštevati njihovo starost in koristi njihove prevzgoje.

5. Vsakdo, ki je obsojen zaradi kaznivega dejanja, ima v skladu z zakonom pravico zahtevati, da višjestopenjsko sodišče preizkusi odločbo o krivdi in obsodbo.

6. Če je dokončno izrečena kazenska obsodba pozneje razveljavljena ali je obsojenec pomiloščen zato, ker novo ali pozneje odkrito dejstvo dokazuje, da je šlo za sodno zmoto, mora biti tistemu, ki je na podlagi te obsodbe prestal kazen, v skladu z zakonom povrnjena škoda, razen če se dokaže, da je povsem sam ali deloma sam kriv, da neznano dejstvo ni bilo pravočasno odkrito.

7. Nihče ne sme biti preganjan ali kaznovan zaradi kaznivega dejanja, za katero je bil že oproščen krivde ali obsojen s pravnomočno sodbo po zakonu ali kazenskem postopku katerekoli države.« *International Covenant on Civil and Political Rights – Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah*. (New York, 16. december 1966). 999 UNTS 171. Sprejet z resolucijo št. 2200 A(XXI) Generalne skupščine 16. decembra 1966, v veljavo stopil 23. marca 1976. Slovenski prevod dostopen prek: http://www.mzz.gov.si/fileadmin/pageuploads/Zunanja_politikaMednarodnipakt_drzavljskih_politicnih_pravicah.pdf (12. 4. 2010).

3.9 DIPLOMATSKA ZAŠČITA KORPORACIJ IN DELNIČARJEV

Na petinpetdeseti seji leta 2003 je Komisija obravnavala četrto poročilo posebnega poročevalca o diplomatski zaščiti delničarjev, korporacij in ostalih pravnih oseb. S predlogom sedemnajstega člena je skušal posebni poročevalec urediti področje diplomatske zaščite korporacij. Na tem področju je predvsem dominiral vidik ICJ-a, ki je izražen v sodbi primera *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited*⁴⁴, ki gre tako:

Pri dodelitvi korporativnih entitet državam v namen diplomatske zaščite, je mednarodno pravo osnovano, vendar le do neke mere, na analogiji s pravili, ki urejajo državljanstvo posameznikov. Tradicionalno pravilo dodeljuje pravico diplomatske zaščite korporativnih entitet državi, znotraj katere je bila /ta entiteta/ inkorporirana v skladu z zakoni te države, in na ozemlju katere ima svoj registrirani urad.

Se pravi, da se pravica diplomatske zaščite ne pripada državi delničarjev. Tako Cerar (2001, 138) navaja mnenje ICJ iz sodbe zgoraj navedenega primera, ki v povezavi z diplomatsko zaščito delničarjev meni: »/d/a je treba zavrniti teorijo diplomatske zaščite delničarjev kot takih, ker bi to odprlo vrata konkurirajočim diplomatskim zahtevkom in ustvarilo atmosfero zmede in negotovosti v mednarodnih ekonomskih odnosih. Ta nevarnost bi bila še toliko večja v primeru mednarodnih podjetij, katerih delnice so razpršene in pogosto menjajo lastnika.«

Posebni poročevalec opredeli sedem možnih primerov, v katerih je država upravičena do diplomatske zaščite: (a) ko gre za, po pravilu iz primera *Barcelona Traction*, državo inkorporacije; (b) ko gre za državo, v kateri je upravljavski sedež ali *siege social* ali *domicile*; (c) ko gre za državo inkorporacije in državo pristne vezi; (d) ko gre za državo gospodarskega nadzora; (e) ko gre za državo inkorporacije in gospodarskega nadzora; (f) ko gre za državo inkorporacije, sicer državo gospodarskega nadzora; (g) ko gre za državo, katere delničarji so vsi njeni državljani. Posebni poročevalec poudari, da primer *Barcelona Traction* še vedno odraža tako običajno mednarodno pravo kot tudi prakso držav na tem področju in predlaga Komisiji, naj premisli o kodifikaciji pravila iz primera *Barcelona Traction*. Komisija se je zavedala dejstva, da so države, ne glede na stopnjo razvoja, do neke mere odvisne od tujih investicij, zato se je zavzemala za

⁴⁴ *Case Concerning Barcelona Traction Light and Power Company, Limited* (Belgija proti Španija), 1962 ICJ 3 (5. februar 1970).

oblikovanje takega prava na tem področju, ki bo zagotavljalo ravnotežje med interesi investitorjev in po drugi strani interesi države. Komisija je odobraval 1. paragraf 17. člena, osnovanega iz primera *Barcelona Traction*. Več težav je bilo pri sprejemanju 2. paragrafa 17. člena, ki vsebuje določila o državi državljanstva korporacije, ki je država, v kateri je bila korporacija inkorporirana in kot možni dodatni kriterij je bilo predlagano, da je to država, na čigar ozemlju ima registriran urad. Nekateri člani so hoteli obdržati le en kriterij, nekateri pa oba in so primerjali te kriterije s kriteriji diplomatske zaščite fizičnih oseb, to je *jus soli* in *jus sanguinis*, ali če prevedemo to v jezik diplomatske zaščite korporacij, gre za kraj inkorporacije in kraj registriranega urada. Člani, ki so podpirali le nekriterij, so želeli veznik »in« zamenjati z veznikom »ali«, tako da bi se upošteval le en od obeh kriterijev. Kakorkoli že, Komisija se je odločila, da bo oblikovala posebno delovno skupino, ki se bo ukvarjala s 17. členom, preden se bodo odločili, ali bodo posredovali 17. člen Redakcijskemu odboru. Delovna skupina je naknadno oblikovala predlog 17. člena⁴⁵, ki ga je posredovala Redakcijskemu odboru (ILC 2003a, 55–60).

V 18. členu osnutka posebni poročevalec opredeli izjeme od bolj splošnega 17. člena. Predlog 18. člena gre tako:

Država državljanstva delničarjev korporacije ne bo upravičena do uresničevanja diplomatske zaščite v imenu teh delničarjev v primeru oškodovanosti korporacije, razen če:

- (a) je korporacija nehala obstajati na kraju svoje inkorporacije; ali
- (b) ima korporacija državljanstvo države, odgovorne za povzročitev škode korporaciji (ILC 2003a, 61).

Nekateri člani Komisije so hoteli frazo »nehati obstajati«, ki jo pravzaprav najdemo v primeru *Barcelona Traction*, zamenjati s frazo »praktično nefunkcionalno« ali pa s frazo »odvzela možnost pomoči (povračila) dostopne v okviru korporacije«, kar bi pomenilo, da korporacija dejansko ne bi nehala obstajati, le ne bi ponujala možnosti povračila in bi bila nefunkcionalna. Predlagano je bilo tudi, da bi v frazi »na kraju svoje korporacije« besedico »kraj« zamenjali z »državo«. Še en predlog se je pojavil, da bi med frazo »obstajati na kraju« dodali še besedo »*de jure*« ali »*de facto*«. Poleg že navedenih predlog za izboljšavo paragrafa (a), so predlagali še vključitev časovne

⁴⁵ »V namen diplomatske zaščite [v zvezi s škodo, povzročeno korporaciji], je država državljanstva [tista, v skladu s katero zakoni je bila korporacija oblikovana]/[določena v skladu z občinskimi zakoni v vsakem posameznem primeru] in s katero ima [učinkovito]/[tesno in stalno] [administrativno]/[formalno] vez« (ILC 2003a: 60).

omejitve v člen na primer »od datuma, ko je korporacija razglasila bankrot«. Drugače je Komisija podprla predlog izjeme v paragrafu (a) osemnajstega člena, tako da je posebni poročevalec predlagal, da bi ga posredovali naprej Redakcijskemu odboru (ILC 2003a, 61–5).

Obravnava izjeme (b) je bila bolj živahna in Komisija je bila tudi veliko bolj razdeljena. Posebni poročevalec je že takoj na začetku obrazložil, da je podpora (b) izjeme v obliki doktrine, prakse držav in sodne odločitve, obstajala še pred primerom *Barcelona Traction*. Prav tako najdemo lahko podporo načela iz (b) izjeme tudi po primeru *Barcelona Traction*, predvsem v kontekstu interpretacije investicijskih pogodb. Kot v primeru *ELSI*, ko je: »Zbornica meddržavnega sodišča dovolila Združenim državam Amerike, da zaščitijo ameriške delničarje v italijanskem podjetju, ki je bilo inkorporirano in registrirano v Italiji in je bilo oškodovano s strani italijanske vlade« (ILC 2003a, 62–5).

Kot sem že omenila, je bila Komisija pri obravnavanju te teme dokaj neenotna. Del Komisije je tako menil, da ta del člena ne bi smel biti vključen, saj gre za zelo sporen člen, ki bi lahko posledično pripeljal do velikih nestabilnosti. Mnogi so vseeno menili, da je avtoriteta na tem področju dokaj šibka, saj gre v tem primeru za ignoriranje tradicionalnega pravila, po katerem država ni kriva za kršitev mednarodnega prava, če oškoduje svojega lastnega državljana. Porajali so se še dvomi v zvezi s kompleksnimi in dolgimi sodnimi procesi, ki bi jih povzročila pravica države delničarjev do ukrepanja. Hitro menjavanje delničarjev pa bi povzročilo težave v zvezi s kontinuiteto državljanstva. Kot argument proti vključitvi paragrafa (b) je dejstvo, da tako ali tako večina držav, v katerih so inkorporirane korporacije, zagotavlja nek pravni sistem, ki ponuja pravna sredstva za odpravo škode v primerih zlorabe. Poleg tega pa načelo iz paragrafa (b) ogroža načelo enakega obravnavanja delničarjev, ki so državljani države in tistih, ki so državljani druge države, pri čemer gre za kršitev mednarodnih pravil o ravnanju s tujci. Še en pomemben argument je bil, da sodobne pogodbe o zaščiti investicij »zagotavljajo učinkovita pravna sredstva v primeru kakršnegakoli *denial of justice* ali kršitev države inkorporacije, ki bi rezultirala v škodo korporacije« (ILC 2003a, 62–5).

Zagovorniki vključitve paragrafa (b) so se zavedali, da načelo še ni popolnoma zrelo za kodifikacijo, vendar je po drugi strani primerno, če ga damo v kontekst progresivnega razvoja mednarodnega prava. Kot argument so navedli, da gre za načelo, ki se pojavlja v mnogih investicijskih pogodbah med državami ne glede na njihovo ideološko orientacijo ali stopnjo razvoja. Tudi pri predlogih o dopolnitvi člena Komisija ni bila enotna, saj so nekateri člani predlagali vključitev razumnega časovnega roka za uresničevanje diplomatske zaščite, nekaterim se je to zdelo vprašljivo. Posebni poročevalec je bil mnenja, da gre pri izjemi, navedeni pod (b), za »del skupine pravil in načel, izpeljanih iz odločitve meddržavnega sodišča v primeru *Barcelona Traction*« (ILC 2003a, 64). Ko je šlo za vprašanje, ali je izjema del običajnega mednarodnega prava ali ne, je bila Komisija neenotna; posebni poročevalec je menil, da se obče običajno pravo na tem področju še razvija in da bi v tem primeru lahko šla Komisija v smeri progresivnega razvoja. Na koncu obravnave paragrafa (b) osemnajstega člena posebni poročevalec zavrača argument proti vključitvi izjeme (b), ki je osnovan na tem, da so delničarjem na voljo druga pravna sredstva, kot so nacionalna sodišča ali ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes* – Mednarodni center za reševanje investicijskih sporov) ali mednarodna sodišča, ustanovljena skozi bilateralne ali multilateralne pogodbe. Posebni poročevalec meni, da to ni vedno možno, kajti lahko se zgodi, da ni predvidenega nacionalnega pravnega sredstva, ali pa da država v sporu enostavno ni stranka ICSID ali bilateralni/multilateralne investicijske pogodbe. Vseeno pa je na koncu poudaril, da gre za izjemo, ki naj bi se uporabljala kot poslednje sredstvo, ko ni več nobene druge možnosti. Predlagal je, da se člen naprej predloži Redakcijskemu odboru (ILC 2003a, 62–5).

Predlog 19. člena je posebni poročevalec oblikoval kot omejevalno klavzulo, ki naj bi »zaščitila delničarje, katerih pravice, v nasprotju s pravicami korporacije, so bile kršene« (ILC 2003a, 65). To je bilo priznано tudi v sodbi ICJ v že omenjenem primeru *Barcelona Traction*, v kateri je bilo zapisano, da je uveljavljanje zaščite delničarjev s strani njihove države možno, ko so interesi delničarjev neposredno prizadeti. Kar se tiče obsega same pravice, je posebni poročevalec menil, da je to odvisno od vsakega posameznega primera in da je ta omejitev prepuščena sodiščem. V primeru *Barcelona Traction* so sicer našteje pravice delničarjev, vendar ne gre za izčrpen seznam. Posebni poročevalec je menil, da ni možno oblikovati nekega splošnega pravila o obsegu pravice iz 19. člena, vsekakor pa je potrebno jasno razlikovati med pravicami delničarjev in

pravici korporacije. Prav tako je trdil, da ne želi oblikovati novega pravila, le ponoviti pravilo, ki je že priznано s strani ICJ v primeru *Barcelona Traction*, ki določa, da ko so pravice delničarjev neposredno prizadete, lahko država, katere državljani so, uveljavlja diplomatsko zaščito v njihovem imenu. Komisija se je v glavnem strinjala z 19. členom. Menili so, da gre za »kodifikacijo najsplošnejše situacije, namreč te, ko gre za posameznega delničarja, čigar subjektivna pravica je bila kršena, ki je bila v skladu s splošnimi pravili, predstavljenimi v delu osnutka členov v zvezi z diplomatsko zaščito fizičnih oseb« (ILC 2003a, 66). Del Komisije je predlagal, da bi lahko na 19. člen gledali kot na izjemo 17. člena in ga kot takega inkorporirali v 18. člen. Drugi del Komisije je bil proti obravnavanju 19. člena kot izjeme od 17., ker ne gre za vprašanje diplomatske zaščite korporacij. Posebni poročevalec je na podlagi odločitve v primeru *Barcelona Traction* menil, da morata biti člena med sabo ločena (ILC 2003a, 65–7).

Predlog 20. člena vsebuje določila o kontinuiteti državljanstva korporacij. Načelo kontinuitete državljanstva se pojavlja predvsem v povezavi s fizičnimi osebami. Predvideva se namreč, da fizične osebe pogostejše ali vsaj lažje menjavajo državljanstvo v primerjavi s korporacijami. Posebni poročevalec razloži, da se morajo v primeru menjavanja državljanstva korporacije znova inkorporirati v drugi državi, kar pomeni, da v tem primeru popolnoma spremenijo svoje državljanstvo in s tem prekinajo kontinuiteto svojega državljanstva. Logično je torej, da je država upravičena do uresničevanja diplomatske zaščite le v primeru, ko je bila korporacija inkorporirana po zakonu te države tako v času povzročene škode, kakor tudi v času uradne predstavitve zahtevka. V razpravi o kontinuiteti državljanstva korporacij se je pojavilo pomembno vprašanje v zvezi s prenehanjem obstoja korporacije v kraju inkorporacije, zaradi mednarodnega delikta, povzročene s strani druge države. Glavno vprašanje je bilo, kdo je pravzaprav v tem primeru upravičen do diplomatske zaščite, ali kot je navedeno v paragrafu (a) 18. člena to je država državljanstva delničarjev ali država državljanstva nefunkcionalne korporacije ali pa morda obe državi. (ILC 2003a, 68–9).

Posebni poročevalec znova išče odgovor v sodbi primera *Barcelona Traction*, kjer so nekateri sodniki trdili, da sta pravzaprav obe državi upravičeni do uresničevanja diplomatske zaščite iz razloga, da je težko točno določiti, v katerem trenutku je korporacija prenehala obstajati, kajti ustvari se kot neko »sivo območje v času«, v katerem je bila korporacija morda praktično nefunkcionalna, a še vedno ni prenehala

obstajati formalno. Posebni poročevalec je dejal, da čeprav ICJ v primeru *Barcelona Traction* ne zagovarja dvojne zaščite, se njemu vseeno v tem primeru zdi primerna. Ker pa so delničarji tudi fizične osebe, je menil, da ni potrebno oblikovati posebnega člena o kontinuiteti državljanstva in da se v primeru delničarjev enostavno aplicira pravilo o kontinuiteti državljanstva fizičnih oseb, vsebovano v predlogu člena 4 [9]. Komisija je izrazila podporo predlaganemu členu in menila, da je potrebno v zvezi z načelom kontinuiranega državljanstva enako obravnavati tako pravne kot fizične osebe. Menili so tudi, da bi se morala izjema, navedena v 2. paragrafu 4. člena⁴⁶ nanašati tudi na pravne osebe. Čeprav je Komisija menila, da ni potrebno oblikovati posebnega člena o kontinuiteti državljanstva delničarjev, je bila zaskrbljena glede dejstva, da pravilo o kontinuiteti državljanstva fizičnih oseb ne pokriva vedno delničarjev, kajti v številnih primerih so pravzaprav delničarji korporacij pravne osebe. Menili so, da mora biti besedilo člena v skladu s 4. členom. Razen tega Komisija ni izrazila kakšnega večjega nestrinjanja s členom, zato je posebni poročevalec priporočil, da bi člen predložili Redakcijskemu odboru (ILC 2003a, 68–70).

3.10 *LEX SPECIALIS*

Predlog 21. člena vsebuje določila o *lex specialis*. Člen gre tako: »Ti členi se ne uporabljajo, ko je zaščita korporacij ali delničarjev korporacije, vključujoč reševanje sporov med korporacijami ali delničarji korporacije ali držav, povezana s posebnimi pravili mednarodnega prava« (ILC 2003a, 71).

⁴⁶ Člen 4 [9]: Kontinuirano državljanstvo:

»1. Država je upravičena do uresničevanja diplomatske zaščite v imenu oseb glede oseb, ki so bili njeni državljani v trenutku povzročene škode, kakor tudi v trenutku uradne predstavitve zahtevka.

2. Kljub prvemu odstavku lahko država uresničuje diplomatsko zaščito glede oseb, ki so bili njeni državljani v trenutku uradne predstavitve zahtevka, vendar pa so bili njeni državljani v trenutku povzročene škode, pod pogojem da je oseba izgubila svoje prejšnje državljanstvo in je zahtevala, zaradi razlogov, ki niso povezani z uveljavljanjem zahtevka, državljanstvo te države na način, ki ni v neskladju z mednarodnim pravom.

3. Diplomatska zaščite ne bo uresničevana s strani zdajšnje države državljanstva glede osebe proti prejšnji državi državljanstva te osebe za škodo, ki je bila povzročena, ko je bila ta oseba državljan bivše države državljanstva in ne zdajšnje države državljanstva.« (ILC 2009, 67).

V Prilogi A je seznam osnutka členov na različnih stopnjah obravnavanja s strani Komisije od prvega branja. Tako je bil na primer člen v zvezi z kontinuiteto državljanstva prvotno predlagan kot 9. člen, nato je skozi razpravo in dodajanje oziroma brisanje členov predstavljen kasneje v obliki 4. člena.

Posebni poročevalec na začetku pojasni, da so tuje investicije vedno bolj zaščitene skozi BIT (*bilateral investment treaty* – bilateralne investicijske pogodbe). Nato opredeli dve možnosti reševanja sporov kot alternativo nacionalnim pravnim sredstvom v državah gostiteljicah, in sicer: »(1) direktna poravnava investicijskih sporov med investitorjem in državo gostiteljico; in (2) poravnava investicijskih sporov skozi sredstva arbitraže med državo državljanstva investitorja, to je korporacije ali posameznika, in državo gostiteljico, po interpretaciji ali aplikaciji BIT sporazuma« (ILC 2003a, 73).

Pomembno dejstvo je tudi to, da so nekatere države članke Konvencije o reševanju investicijskih sporov med državami in državljani drugih držav⁴⁷ in posledično sodišč pod nadzorom ICSID. Posebni poročevalec tako nadalje razloži, da so pravila običajnega prava v zvezi z diplomatsko zaščito izključena, ko gre za reševanje investicijskih sporov v postopkih BIT ali ICSID. Podporo temu stališču najdemo v primeru *Barcelona Traction*, ki take ukrepe pojmuje kot *lex specialis*. Posebni poročevalec se je pri pisanju člena opiral na 55. člen osnutka o Mednarodnopravni odgovornosti države⁴⁸. V Komisiji so se pojavljali trije vidiki v zvezi z 21. členom. Del Komisije je bil za to, da se člen preprosto izbriše, drugi del Komisije je bil za preoblikovanje člena v bolj splošen predpis, ki bi bil uporaben skozi celoten osnutek, tretji del Komisije pa je menil, da bi bilo najbolje omejiti člen na bilateralne in multilateralne pogodbe v zvezi z zaščito investicij (ILC 2003a, 71–3).

⁴⁷*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States – Konvencija o reševanju investicijskih sporov med državami in državljani drugih držav.* (Washington, 18. marec 1965). 575 UNTS 159. Sprejeta 18. marca 1965.

⁴⁸»Ti členi se ne nanašajo na pogoje za obstoj mednarodno protipravnega dejanja ali vsebino ali pa implementacijo mednarodnopravne odgovornosti držav, v kolikor so določena s posebnimi pravili mednarodnega prava.« ILC. 2001a. *Draft articles on Responsibility of states for Internationally Wrongful Acts, with commentaries.* Dostopno prek: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (23. februar 2009).

Crawford (2002, 306–9) analizira 55. člen osnutka, o katerem pravi, da je namen členov specificirati določena splošna pravila o kršitvi mednarodnih obveznosti. Omenja še, da je določilo *lex specialis* bolj ali manj stvar interpretacije. Nadaljuje, da je 55. člen sestavljen na tak način, da se v bistvu domneva, da imajo posebna pravila za katere gre, vsaj tak pravni značaj kot ostala pravila v osnutku členov. Pomembna je lega 55. člena, ki je v četrtem delu osnutka in se tako navezuje na katerikoli člen v prvem, drugem ali tretjem delu. Na mestu je morda omeniti še komentar Bodanskya in Crooka (2002: 781). Pravita namreč, da: »KMP členi predvidevajo, da je mednarodno pravo enotno telo prava, s skupnimi značilnostmi, ki delujejo na podoben način na različnih področjih (seveda podvržene omejitvam *lex specialis*, ki so jih ustvarile določene države v določenem okolju). Če je to zaželen pristop, je vprašanje debate. Kot odgovor na fregmentacijo mednarodnega prava mnogi vidijo enotnost in koherentnost mednarodnega prava kot vrlino. Vendar *one-size-fits-all* pristop lahko zahteva svojo ceno/.../«.

Kot sem že dejala, je del Komisije (ILC 2003a, 73) menil, da bi bila vključitev načela *lex specialis* v osnutek dejanje *ex abundanti cautela*, kajti ne glede na vključitev načela, bi le-to veljalo v obliki obćih pravnih načel. Predlagali so, da bi bil člen širše oblikovan *ergo*, da se ne bi nanašal samo na zaščito delničarjev in korporacij, ter da bi ga postavili bolj na koncu osnutka med zaključne predpise. Stališće so podprli s sledečo primerjavo, da zakaj pa ne bi imele pogodbe o človekovih pravicah prednost pri zaščiti fizičnih oseb. Drugi so izrazili kar nekaj skrbi v zvezi z razširitvijo uporabnosti načela na cel osnutek. Menili so namreč, da bi razširitev načela *lex specialis* tako, da bi obsegal fizične osebe, lahko ustvarilo vtis, da je možnost diplomatske zaščite nujno izključena s strani samega obstoja režima zaščite človekovih pravic. V bistvu pa režima nista ustvarjena tako, da se izključujeta, temveč dopolnjujeta.

Člani Komisije so opozorili tudi na razliko med 55. členom osnutka o Mednarodnopravni odgovornosti države (po katerem se je posebni poročevalec zgledoval pri pisanju 21. člena osnutka) in 21. členom osnutka. Medtem ko naj bi se 55. člen uporabljal v primerih navzkrižja med *legi generali* in *lex specialis*, 21. člen že ustvari prednostno načelo v smislu *lex specialis derogat legi generali* (poseben predpis razveljavi bolj splošen predpis). Predlagali so torej, da bi člen dejansko oblikovali kot pravilo prioritete, saj bi se na ta način izognili temu, da bi diplomatsko zaščito popolnoma izključili, hkrati pa so opozorili, da na načelo *lex specialis* ne moremo vedno gledati kot na sredstvo, ki mora biti izčrpano, preden lahko pride do uresničevanja diplomatske zaščite (ILC 2003a, 73–4).

Predlagano je bilo tudi, da je potrebno imeti v mislih obstoj pomembnega posebnega režima, ki ureja področje zaščite investicij in ga tudi priznati ali v osnutku člena ali v pojasnilu člena na način, da »/.../ namen osnutka člena ni izpodriniti ali preoblikovati te režime« (ILC 2003a, 74). Tak pristop omogoča uporabo pravil obićajnega mednarodnega prava do te mere, dokler še niso nekonsistentni z režimi s področja zaščite investicij. Bilo je še nekaj drugih predlogov, kako bi izboljšali člen, kot na primer, da bilo potrebno specificirati obseg uporabe člena, ga približati izrazoslovju, ki se uporablja v investicijskih pogodbah, predlagano pa je bilo tudi, da bi izbrisali besede »*lex specialis*« iz naslova (prav tam).

Posebni poročevalec je pojasnil, da je predlagal 21. člen iz najmanj dveh razlogov. Prvi razlog je bil zavedanje dejstva, da se skuša skozi BIT-e izogniti diskrecijski pravici države do uresničevanja diplomatske zaščite in jih nekako prenesti na posameznika. Drugi razlog je bil sledenje primeru osnutka členov o Mednarodnopravni odgovornosti držav. Vendar je skozi razpravo spremenil svoje mnenje in uvidel, da ni potrebno slediti osnutku členov o Mednarodnopravni odgovornosti držav ter da režim BIT ne izključuje popolnoma pravil običajnega mednarodnega prava. Strinjal se je s kritiko, da je nepotrebno omejevati uporabo *lex specialis* le v odnosu do režima BIT, kajti posebni režimi obstajajo tudi pri načelu izčrpanja notranjepravnih sredstev ali varstvu človekovih pravic. Posebni poročevalec trdi, da taki režimi dopolnjujejo diplomatsko zaščito, saj po njegovem mnenju »/.../ da bi posameznikove pravice dobile maksimalno zaščito, bi moral biti posameznik zmožen obrniti se na vse režime« (ILC 2003a, 76). Čeprav je posebni poročevalec na koncu predlagal, da bi člen izbrisali in zadevo pustili v pojasnilih, se je Komisija odločila, da bo preoblikovani člen posredovala naprej Redakcijskemu odboru s predlogom, da bi ga postavili na koncu osnutka členov (ILC 2003a, 73–6).

3.11 DIPLOMATSKA ZAŠČITA OSTALIH PRAVNIH OSEB

V 22. členu posebni poročevalec predlaga kodifikacijo diplomatske zaščite ostalih pravnih oseb. V podporo členu posebni poročevalec navaja odločitve PCIJ, ki dokazujejo, da imajo »lahko tudi ostale institucije pravno osebnost, ki lahko rezultira v diplomatski zaščiti« (ILC 2003a, 76).

Kot konkreten primer lahko navedemo primer PCIJ *Appeal from a Judgement of the Hungaro/Czechoslovak Mixed Arbitral Tribunal* (1933) v katerem je madžarska Univerza Peter Pázmány vložila zahtevek proti Čehoslovaški državi. Posebni poročevalec (ILC 2003a, 76–7) tako zagovarja stališče, da država lahko zaščiti na primer privatno univerzo, ki je bila oškodovana v tujini, nadalje pa razloži, da gre pa v primeru oškodovane univerze, kontrolirane s strani države ali pa javne univerze za direktno povzročeno škodo državi.

Opozoril je tudi na filantropske nevladne organizacije in fundacije, ki so vse bolj pogosto vpletene v človekoljubne akcije s področja človekovih pravic, pravic žensk in

tudi na drugih področjih, v tujini. Kajti po njegovem mnenju morajo biti prav tako zaščitene, zaradi neenotnosti pravnih sistemov in posledično raznovrstnosti pravnih oseb vsake s svojimi posebnimi značilnostmi. Naštejmo jih le nekaj: neprofitne zveze, cerkve, šole, univerze, občine, korporacije, javna podjetja in še mnogo drugih. Težko najdemo tako skupno značilnost, na osnovi katere bi lahko oblikovali enotno definicijo za vse te pravne osebe (ILC 2003a, 77).

Prav v neskončnosti možnosti, v katerih se lahko izrazijo pravne osebe na osnovi notranjih zakonov posamezne države, najdemo tudi razlog za to, da se je večina avtorjev s področja zasebnega in javnega mednarodnega prava osredotočila na korporacije. Takemu razmišljanju je sledil tudi posebni poročevalec, ki je predlagal, da bi »še zmeraj bili osredotočeni na korporacije in bi potem vključili še splošno klavzulo v obliki 22. člena, ki bi uveljavljal načelo, razloženo na primeru korporacij *mutatis mutandis* na ostalih pravnih osebah« (ILC 2003a, 77–8). Čeprav velja izraz *mutatis mutandis* (smiselno uporabljati) za ustaljen pravniški izraz, z njim ne moremo v celoti razjasniti problema, kajti glavna težava, ki se pri tem pojavlja, je, »da izraz govori malo o okoliščinah, ki so sprožile uporabo drugačnega pravila, kakor tudi o vsebini samega pravila. Vprašanje je, kaj je pravzaprav sprožilo spremembo in kakšna naj bi ta sprememba bila« (prav tam).

Politična narava diplomatske zaščite je nekaterim članom Komisije povzročala skrbi v zvezi z diplomatsko zaščito nevladnih organizacij. Kot primer so navedli, da se v praksi lahko zgodi, da »je država naklonjena podpiranju pravne osebe, ustanovljene na njenem ozemlju, proti drugi državi, s katero nima toplih odnosov« (ILC 2003a, 79). Odgovor drugega dela Komisije je bil, da v večini primerov tako ali tako nevladne organizacije nimajo dovolj vezi z državo gostiteljico, da bi lahko le-ta v njihovem imenu uresničevala diplomatsko zaščito. Nekaterim članom pa se je zdelo, da bi zaradi pomanjkanja prakse držav, pravnega materiala na tem področju in kompleksnosti zadeve bilo najbolje člen izpustiti. Posebni poročevalec pa je trdil, da kljub pomanjkanju prakse na omenjenem področju to ni dovolj velik razlog za ne vključitev člena. Razlog za vključitev bi lahko bil progresivni razvoj mednarodnega prava (ILC 2003a, 79–80).

V povezavi z razdeljenostjo mnenj o nevladnih organizacijah je pojasnil, da ni namen osnutka obravnavanje statusa teh enot, nasprotno, namen osnutka je, da je v primeru problemov potrebno najprej pogledati načela diplomatske zaščite korporacij in jih nato uporabljati *mutatis mutandis*. Predlagal je, da bi posredovali člen naprej Redakcijskemu odboru z namenom, da bi »oblikovali fleksibilen predpis, ki bi bil odprt za razvoj v praksi uveljavljanja diplomatske zaščite na ostalih pravnih osebah« (ILC 2003a, 80). Posebni poročevalec je četrtemu poročilu priložil še besedilo osnutkov členov o diplomatski zaščiti, do takrat sprejetih s strani Komisije.

3.12 RAZŠIRITEV TEME DIPLOMATSKE ZAŠČITE IZVEN TRADICIONALNIH OKVIRJEV

Leta 2004 je Komisija na šestinpetdeseti seji obravnavala peto poročilo posebnega poročevalca. Pred tem je posebni poročevalec Dugard Komisiji predložil že štiri poročila, v teh poročilih so bile obravnavane vse tradicionalne teme v povezavi z diplomatsko zaščito (pogoj izčrpanja notranjepravnih sredstev, diplomatska zaščita fizičnih in pravnih oseb), v okviru teh štirih poročil je bilo predlaganih 22 predlogov členov. Komisija je po temeljitem premisleku od 22 predlaganih členov odobrila 16 in tako zavrnila šest predlogov členov zato, ker še niso bili dovolj zreli za kodifikacijo ali pa ker pravzaprav niso spadali v okvir diplomatske zaščite (Dugard 2004, 15–17).

Leta 2002 je posebni poročevalec v svojem tretjem poročilu predlagal razširitev teme diplomatska zaščita izven tradicionalnih okvirjev, posledično je Komisija istega leta na štiriinpetdeseti seji premišljevala o primernosti vključitve v osnutke členov sledeče teme:

določila v zvezi s funkcionalno zaščito uradnikov mednarodnih organizacij; pravica države državljanstva ladje ali letala do vložitve zahtevka v imenu posadke, ne glede na državljanstvo dotičnih posameznikov; delegacija pravice diplomatske zaščite; zaščita oseb na nadzorovanem ozemlju, ki je okupirano ali upravljano s strani druge države ali upravljano s strani mednarodne organizacije; *denial of justice*; doktrina »clean hands« v kontekstu diplomatske zaščite in pravne posledice diplomatske zaščite (Dugard 2004, 2).

Od zgoraj navedenih predlogov, razen predloga o pravici države državljanstva ladje ali letala do vložitve zahtevka v imenu posadke, je Komisija izrazila malo podpore za vključitev naštetih predlogov v osnutke členov. Vseeno pa je Komisija predlagala, da

bi bilo potrebno nekaj pozornosti posvetiti »razmerju med funkcionalno zaščito s strani Združenih narodov in diplomatsko zaščito s strani države ter možnostjo medsebojno tekmujočih se zahtevkov za zaščito« (prav tam).

3.13 DIPLOMATSKA ZAŠČITA NA NADZOROVANEM OZEMLJU IN DELEGACIJA DIPLOMATSKE ZAŠČITE

Komisija je v okviru poročila o petinpetdeseti seji leta 2003 pozvala Šesti odbor Generalne skupščine Združenih narodov, da pojasni, ali morda po njihovem mnenju obstaja še kakšna določena tema v povezavi z diplomatsko zaščito, ki bi jo bilo potrebno obravnavati. Prav tako so Šesti odbor zaprosili za mnenje o diplomatski zaščiti držav državljanov, zaposlenih v medvladnih mednarodnih organizacijah in o diplomatski zaščiti članov posadk ladij s strani države zastave pod katero plujejo. Stanje v Šestem odboru je bilo tako, da je bila večina članov odbora ali indiferentna ali pa je ugovarjala vključitvi diplomatske zaščite držav državljanov zaposlenih v medvladnih mednarodnih organizacijah in diplomatske zaščite članov posadk ladij s strani države zastave pod katero plujejo. Vseeno pa se je Komisija zaradi zadostnega interesa odločila, da bo obravnavala naštetе teme. Razen predloga Portugalske o zaščiti oseb na nadzorovanem ozemlju, ki je okupirano ali upravljano s strani druge države ali upravljano s strani mednarodne organizacije in predloga Češke o delegaciji pravice diplomatske zaščite, Komisija ni prejela nobenih dodatnih predlogov, ki bi jih bilo potrebno obravnavati. Prav nasprotno, večina držav in članov Komisije je menila: »da so bile vse teme, ki tradicionalno spadajo v okvir diplomatske zaščite, obdelane in da je dolžnost Komisije, da čim prej zaključi preučevanje teme, vsekakor v preostalih treh letih tekočega petletja« (Dugard 2004, 2–3).

Čeprav je bil posebni poročevalec proti vključitvi predlogov Portugalske in Češke, jih je vključil v svoje poročilo. Leta 2002, ko je Komisija na štiriinpetdeseti seji podrobneje obravnavala, ali je potrebno vključiti predlog o zaščiti oseb na nadzorovanem ozemlju, ki je okupirano ali upravljano s strani druge države ali upravljano s strani mednarodne organizacije v osnutek členov, ni bilo nikakršne podpore za vključitev predloga v smislu

vojaške okupacije, kakor je to opredeljeno v četrtem členu Četrte Ženevske konvencije o zaščiti civilnih oseb v času vojne⁴⁹.

Prav tako lahko iz primera *Slovak National Internment*⁵⁰ lahko izluščimo, da »/o/bveznost okupacijske sile priskrbeti zaščito glede na ukrepe, storjene s strani tuje države proti državljanom okupirane države izven okupiranega ozemlja ne more biti izpeljana iz posameznih določil mednarodnega prava, ki določajo dolžnost zaščite.« Ali kot pravi posebni poročevalec Dugard (2004, 3), da je določena »avtoriteta, ki podpira vidik, da vojskujoči se okupator nima dolžnosti nudenja diplomatske zaščite državljanom okupiranega ozemlja.« Po drugi strani pa je vseeno nekaj članov Komisije menilo, da bi bilo morda bolje obravnavati predlog o zaščiti oseb na nadzorovanem ozemlju, ki je okupirano ali upravljano s strani druge države ali upravljano s strani mednarodne organizacije v okviru mednarodnopravne odgovornosti mednarodnih organizacij.

Posebni poročevalec (prav tam) nadalje opozarja, da »diplomatska zaščita oseb, ki prebivajo na ozemlju, ki je pod zaščito države, ki ne izvršuje suverenosti nad tem ozemljem, ni brez precedensa v mednarodnem pravu.« Tako lahko zasledimo primere, ko so osebe, ki so živele v skrbniških ali mandatnih ozemljih ali v protektoratih, prejele diplomatsko zaščito s strani sile, ki je upravljala to ozemlje. Vsekakor pa so določene omejitve pri takem ravnanju, kajti potrebno je upoštevati »pogodbeno ali institucionalno razmerje med državo, ki upravlja in upravljano državo, v vsakem primeru pa je veliko odvisno od konsenza države, proti kateri se zaščita uresničuje« (Dugard 2004, 4). Posamezni primeri pa še ne pomenijo, da gre za ustaljeno prakso, bolj kot ne gre za posamezne izjeme, ki pa niso dovolj, da bi lahko govorili o progresivnem razvoju ali

⁴⁹ 4. člen: »Osebe, ki jih štiti ta konvencija, so tiste, ki so se v danem trenutku na kakršenkoli način znašle v primeru konflikta ali okupacije, v rokah strank v konfliktu ali okupatorske sile, katere državljani niso. Državljan države, ki ni zavezana s konvencijo, niso zaščiteni s konvencijo. Državljan nevtralne države, ki se najdejo na ozemlju vojskujoče se države, in državljani sovojskujoče se države, ne bodo smatrani za zaščitene osebe, dokler ima država, katere državljani so, normalno diplomatsko predstavništvo v državi, v kateri so v rokah. /.../« *Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Person in Time of War – Četrta Ženevska konvencija o zaščiti civilnih oseb v času vojne*. (Ženeva, 12. avgust 1949), 75 UNTS 287. Sprejeta 12. avgusta 1949 na Diplomatski konferenci v Ženevi, stopila v veljavo 21. oktobra 1950, držav strank je 194. International Committee of the Red Cross. 2010. *International Humanitarian Law: State Parties / Signatories: Geneva Conventions of 12 August 1949*. Dostopno prek: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/380?OpenDocument> (18. april 2010).

⁵⁰ Case No. IX ZR 90/68, *Slovak National Internment* (Federalna republika Nemčija, Federalno vrhovno sodišče), 70 ILR 691 (26. november 1970).

kodifikaciji. Kot pravi Dugard (prav tam) je sam predlog neka oblika funkcionalne zaščite, ki je med drugim priznana v primeru *Reparation for Injuries*. Iz naštetih razlogov se je Komisija odločila, da omenjena tema ne spada v okvir diplomatske zaščite.

Naslednje področje, ki ga je posebni poročevalec obravnaval v svojem petem poročilu, je delegacija pravice diplomatske zaščite in prenos zahtevkov. Posebni poročevalec začne najprej s pojasnjevanjem razlike med delegacijo pravice diplomatske zaščite in prenosom zahtevkov. Delegacijo pravice diplomatske zaščite opredeli kot (Dugard 2004, 4–5) »primer, ko ena država (ali skupina držav) delegirajo svojo pravico do uresničevanja diplomatske zaščite v imenu svojih državljanov drugi državi.« Pri prenosu zahtevkov pa gre za to, da »oškodovana oseba prenese svoj zahtevek, ki izhaja iz oškodovanosti druge osebe, ki je lahko ali pa ne državljan iste države« (prav tam). Država lahko s pomočjo mednarodnega sporazuma delegira svojo pravico do diplomatske zaščite drugi državi. Ponavadi gre za to vrsto sporazuma, »ko država nima diplomatskega predstavništva v tuji državi, v kateri sicer prebiva veliko njenih državljanov; ali ko država spada pod »protektorat« druge države; ali pa po izbruhu sovražnosti, ko vojskujoča se država ponavadi preda nevtralni državi zaščito svojih državljanov v sovražni državi« (prav tam).

Dober primer delegacije diplomatske zaščite je 46. člen Listine Evropske Unije o temeljnih pravicah⁵¹, ki gre tako: »Vsak državljan Unije ima na ozemlju tretje države, v kateri država članica, katere državljan je, nima svojega predstavništva, pravico do zaščite s strani diplomatskih ali konzularnih organov katere koli države članice pod enakimi pogoji, kakršni veljajo za državljane te države.« Vsekakor pa je pri tem potrebno upoštevati strinjanje neevropske države, kot podobno določa c paragraf 45. člena Dunajske konvencije o diplomatskih odnosih iz leta 1961, ki gre tako: »Ob prekinitvi diplomatskih odnosov med dvema državama, ali če je misija dokončno ali začasno odpoklicana /.../ država pošiljateljica lahko zaupa zaščito svojih interesov in interesov svojih državljanov kateri tretji državi, ki je sprejemljiva tudi za državo sprejemnico.« Prav tako je pri omenjeni temi relevanten 46. člen, ki pravi: »Po

⁵¹ *Charter of fundamental rights of the European Union – Listina Evropske unije o temeljnih pravicah*, 2000 OJ (C364) 1. Sprejeta s sklepom Evropskega parlamenta 29. novembra 2009.

predhodnem soglasju države sprejemnice in na zahtevo katere tretje države, ki nima predstavništva v tej državi, lahko država pošiljateljica prevzame zaščito interesov te tretje države in njenih državljanov.« Kot prvi razlog zato, da delegacija pravice do diplomatske zaščite še ni zrela za kodifikacijo, posebni poročevalec navaja, da v povezavi z delegacijo pravice diplomatske zaščite ni splošnih pravil, vse je namreč odvisno od institucionalnega ali pogodbenega odnosa med državo, ki je delegirala pravico po eni strani, po drugi strani državo, ki je to pravico sprejela in pa tretjo državo, proti kateri se zahtevek za diplomatsko zaščito uveljavlja. Drugi pomemben razlog je, da je na tem področju razmeroma malo prakse držav (Dugard 2004, 5–7).

Najpogostejši razlogi za prenos zahtevkov iz ene na drugo osebo so nasledstvo po smrti, odstop terjatev in prenos odškodninskih pravic v primeru zavarovanja. Če pride to takih primerov, se uporablja pravilo kontinuitete, kakor je vsebovano v osnutku četrtega člena. Posebni poročevalec (Dugard 2004, 5) razloži: »to pomeni, da kolikor zahtevek kontinuirano pripada državljanu države, ki toži od trenutka povzročene škode do trenutka predstavitve zahtevka, sprememba v lastništvu zahtevka ne bo vplivala na pravico države, ki toži, do uveljavljanja diplomatske zaščite.« Vseeno pa je lahko zahtevek posledično zavržen v dveh primerih; prvič, če je bil zahtevek nacionaliziran, kar pomeni, da je prišlo do prenosa zahtevka iz nedržavljana na državljana države tožilke po trenutku povzročene škode, ter drugič, če je bil zahtevek denacionaliziran, kar pa pomeni, da je prišlo do prenosa zahtevka iz državljana na nedržavljana države tožilke v »kritičnem obdobju«. V primeru smrti osebe, v imenu katere se je uresničevala diplomatska zaščita, se lahko zahtevek naprej uresničuje, če ima dedič isto državljanstvo kakor preminuli. Prav zato, ker področje prenosa zahtevkov ureja pravilo kontinuiranega državljanstva, posebni poročevalec meni, da nadaljnja kodifikacija v tem primeru ni potrebna (Dugard 2004, 5–7).

3.14 DIPLOMATSKA ZAŠČITA IN FUNKCIONALNA ZAŠČITA MEDNARODNIH ORGANIZACIJ

V naslednjem sklopu petega poročila posebni poročevalec obravnava razmerje med funkcionalno zaščito mednarodnih organizacij in diplomatsko zaščito. V poročilu se sprašuje, ali je sploh potrebno nasloviti to temo v osnutku členov, a vseeno predlaga tri člene, ki bi nekako uredili razmerje med funkcionalno zaščito in diplomatsko zaščito.

Predlagani 23. člen gre tako: »Ti člani ne posegajo v pravico mednarodnih organizacij do uresničevanja zaščite v imenu svojih predstavnikov, ki so bili oškodovani skozi mednarodno protipravno dejanje države« (Dugard 2004, 7–8).

Podporo členu lahko najdemo v svetovalnem mnenju ICJ v primeru *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*⁵², ki pravi:

Organizacija je po namenu in nalogah ugotovila, da je potrebno zaupati njenim predstavnikom pomembne misije v različnih delih sveta. Mnoge misije že po svoji naravi vključujejo predstavnike v nenavadnih nevarnostih, katerim ponavadi običajni posamezniki niso izpostavljeni. Zaradi tega razloga se bo povzročena škoda, ki so jo utrpeli predstavniki /organizacije/ v teh okoliščinah pojavila v takih oblikah, v katerih njihova država državljanstva ne bo upravičena do vložitve zahtevka za popravilo /škode/ na podlagi diplomatske zaščite /.../. Da bi se zagotovilo tako učinkovito kakor tudi neodvisno opravljanje teh nalog ter da bi lahko nudili učinkovito podporo svojim predstavnikom, jim mora organizacija zagotoviti primerno zaščito. /.../. Da bi lahko predstavnik opravljal svoje dolžnosti zadovoljivo, mora čutiti, da mu zaščito zagotavlja organizacija ter da se lahko zanese nanjo. Da bi se zagotovila neodvisnost predstavnika in posledično neodvisno delovanje same organizacije, je bistveno, da se mu pri izvajanju svojih dolžnosti ni potrebno zanašati na nobeno drugo zaščito, kakor le na /zaščito s strani/ organizacije /.../. Še zlasti se ne bi smel zanašati na zaščito svoje lastne države. Če bi se moral zanašati na svojo državo, bi lahko bila njegova neodvisnost ogrožena v nasprotju z načelom, uporabljenim v 100. členu listine. Navsezadnje je pomembno, ali predstavnik pripada močni ali šibki državi; bolj ali manj prizadeti s strani zapletov v mednarodnem življenju; ki je naklonjena ali pa ne misiji predstavnika – mora /predstavnik/ vedeti, da je pri izvrševanju svojih dolžnosti pod zaščito organizacije. To zagotovilo je še toliko bolj pomembno, ko gre za predstavnika brez državljanstva.

Dugard (2004, 9) opozarja, da kljub podobnostim med diplomatsko in funkcionalno zaščito obstajajo zelo pomembne razlike. Najpomembnejša razlika je ta, da se skuša z diplomatsko zaščito doseči popravilo škode, ki je bila preko državljana povzročena državi, ki uveljavlja diplomatsko zaščito, medtem ko gre pri funkcionalni zaščiti primarno za zagotovitev učinkovitega funkcioniranje organizacije z zagotovitvijo spoštovanja njenih predstavnikov. Ali kot bi Cerar (2001, 161) opisal, da »/m/ed prizadetim posameznikom in organizacijo ne obstaja državljanska, ampak funkcionalna povezava.« Ta in podobne razlike med funkcionalno in diplomatsko zaščito »so spodbudile Komisijo in Šesti odbor pri sklepu, da zaščita predstavnika mednarodne organizacije ne spada v sklop osnutka členov o diplomatski zaščiti« (Dugard 2004, 9). Razlike in dejstvo, da je skoraj nemogoče izluščiti neko obče pravilo v zvezi s

⁵² *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (OZN proti Izraelu), 1949 ICJ 8 (11. april 1949).

funkcionalno zaščito, so tudi posebnemu poslancu predstavljali povod za to, da je tudi on menil, da je najbolje izločiti to temo iz okvirja preučevanja diplomatske zaščite (Dugard 2004, 9–10).

Predlog 24. člena gre tako: »Ti členi ne posegajo v pravico države do uresničevanja diplomatske zaščite proti mednarodni organizaciji« (Dugard 2004, 10). Ritter (1962, 427) tako že v šestdesetih letih trdi, da je največji problem diplomatske zaščite v povezavi z mednarodnimi organizacijami slaba raziskanost mednarodnega prava na tem področju. Ritterjevo opažanje po štiridesetih letih potrdi tudi Wellens (2002, 74), ki pravi: »Njegovo opažanje je še danes veljavno, kajti praksa držav /na tem področju/ je redka, prav tako pa ga tudi sodna praksa še vedno ni eksplicitno naslovila /.../.«

Dugard (2004, 10–11) ne zanika povezanosti teme z diplomatsko zaščito, vendar se mu zdi, da bi bilo morda primerneje obravnavati dotično temo v okviru preučevanja teme Mednarodnopravna odgovornost mednarodnih organizacij. Eden od razlogov je v tem, da je osnutek o diplomatski zaščiti zasnovan z vidika države tožnice, ne pa z vidika obtožene države ter se kot tak osredotoča na okoliščine, v katerih lahko pride do vložitve zahtevka. Pri preučevanju diplomatske zaščite v povezavi z mednarodnimi organizacijami pa se ne moremo izogniti vprašanju (Dugard 2004, 10): »/A/li lahko pride od uresničevanja take zaščite proti nedržavni entiteti s pravno osebnostjo, ki jo definira lastna ustava, ne pa običajno mednarodno pravo?« Tudi zato je bolje obravnavati temo v okviru Mednarodnopravne odgovornosti mednarodnih organizacij.

O predlogu 25. člena se je veliko razpravljalo tako v Komisij kot tudi v Šestem odboru. Predlog člena gre tako: »Ti členi ne posegajo v pravico države od uresničevanja diplomatske zaščite v imenu svojih državljanov, ki so prav tako predstavniki mednarodnih organizacij [ko ta organizacija ni sposobna ali ne želi uresničevati funkcionalne zaščite v imenu te osebe]« (Dugard 2004, 11).

Generalna skupščina je ICJ vprašala za mnenje v zvezi z vprašanjem Kako lahko dejanja Združenih narodov uskladimo s pravico, ki jo lahko ima država, katere žrtev je državljan? ICJ je v okviru svetovalnega mnenja v primeru *Reparation for Injuries*

*Suffered in the Service of the United Nations*⁵³ že na začetku priznalo, da: »/k/o ima žrtev državljanstvo, lahko hitro pride od primerov, v katerih lahko povzročena škoda, ki jo je ta posameznik utrpel, sproži interes obeh, tako države državljana kakor tudi organizacije. V takih primerih lahko pride od tekmovanja med pravico države do diplomatske zaščite in pravico organizacije do funkcionalne zaščite /.../«. ICJ nadaljuje s pojasnjevanjem:

Sodišče tu ne določa, katera od teh dveh kategorij zaščite naj bi imela prioriteto in v primeru, da gre za državo članico poudarja njihovo dolžnost do nudenja pomoči v polni meri, kakor je določeno z 2. členom listine. /Sodišče/ doda, da se lahko tveganje tekmovanja med organizacijo in državo članico zmanjša ali odstrani bodisi s splošno konvencijo ali s sporazumom, ki velja v posamičnih primerih, /ICJ/ se sklicuje naprej na primere, ki so že nastali in pri katerih se je že našla praktična rešitev.⁵⁴

V skladu s pristopom ICJ v primeru *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (1949) bi Komisija (Dugard 2004, 13–18) utegnila raje sprejeti predpis, ki le priznava pravico države do uresničevanja diplomatske zaščite, takrat ko je funkcionalna zaščita tudi možnost, s tem, da bi bilo potrebno izključiti frazo v oklepajih, ki daje prednost funkcionalni zaščiti. Ta pragmatični pristop potrjujejo številni primeri v praksi, ki so bili razrešeni skozi pogajanja. Posebni poročevalec tako meni, da če se ne določi prednostni red uresničevanja zaščit, predlagani člen zelo malo doprinese k že obstoječemu pravu na tem področju in kot tak ponavlja že očitno, zato posebni poročevalec meni, da bi lahko vse skupaj preprosto izpustili.

3.15 DIPLOMATSKA ZAŠČITA IN ČLOVEKOVE PRAVICE

Četrty del petega poročila posveti posebni poročevalec človekovim pravicam, diplomatski zaščiti in splošni omejevalni klavzuli. Že v svojem prvem poročilu posebni poslanec poudari razvoj načel v zvezi z diplomatsko zaščito, ki so komplementarna z načeli zaščite človekovih pravic, zato je poslanec predlagal 26. člen, ki pravi (Dugard 2004, 19): »Ti členi ne posegajo v pravico države, ki ni država, ki je upravičena do

⁵³ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (OZN proti Izraelu), 1949 ICJ 8 (11. april 1949).

⁵⁴ »Vsi členi naj v polni meri pomagajo Združenim narodom v sleherni akciji, ki bi jo ti izvajali v skladu s to ustanovno listino, in naj se vzdržujejo dajanja pomoči katerikoli državi, proti kateri bi Združeni narodi izvajali preventivno ali prisilno akcijo« (Ustanovna listina Združenih narodov, 2(5). člen). Podpisana 26. junij v San Franciscu, stopila v veljavo 24. oktobra 1945.

uresničevanja diplomatske zaščite ali posameznika, ki jo imajo lahko kot posledico mednarodnega protipravnega dejanja.« Kar pomeni, da namen predlaganih členov ni izključiti pravic držav, ki niso države državljana, da zaščitijo te posameznike bodisi v okviru bilateralnih, multilateralnih pogodb o človekovih pravicah ali pa v okviru običajnega mednarodnega prava. Države lahko zaščitijo nedržavljana v meddržavnih postopkih v okviru številnih konvencij.⁵⁵ Posebni poročevalec nadalje razlaga, da običajno mednarodno pravo dopušča državam zaščito nedržavljanov s protestom, pogajanji in pravnimi postopki. Po mednarodnih konvencijah o človekovih pravicah ima tudi posameznik pravico kakor tudi sredstva za zaščito samega sebe proti državi, ki ga oškoduje, ne glede na to, ali gre za državo, katere državljan je, ali pa katero drugo državo. Temu razvoju v mednarodnem pravu so sledili tudi pri oblikovanju členov o Mednarodnopravni odgovornosti držav, zato je posebni poročevalec predlagal, da bi bilo smiselno vključiti tako omejevalno klavzulo tudi v osnutke členov o diplomatski zaščiti (Dugard 2004, 19–20).

Med razpravo Komisije in Šestega odbora o predlogu 21. člena se je porodila ideja, da bi bilo morda bolje oblikovati skupen člen, ki bi vključeval tako bilateralne investicijske pogodbe in pogodbe o človekovih pravicah. Posebni poročevalec pojasnjuje, da bi taka vključitev pomenila to, da predlagani členi ne posegajo v obstoj in veljavnost drugih pravnih režimov, ki urejajo področje zaščite oseb, tako fizičnih kot pravnih, ali njihove lastnine. Alternativna možnost oblikovanja enaindvajsetega člena gre tako: »Ti členi ne posegajo v pravico države ali oseb do obračanja na druge postopke, ki niso diplomatska zaščita, da bi zavarovali pravico do nadomestila za povzročeno škodo kot posledico mednarodnega protipravnega dejanja [kar lahko privede do zahtevka za diplomatsko zaščito s strani države, katere državljan je bil oškodovan]« (Dugard 2004, 20–1).

Predlog tako vseobsegajočega člena bi omogočil delničarjem, korporacijam in pa državam uveljavljanje pravic iz BIT, pri tem pa bi obdržali pravice, ki izhajajo iz običajnega mednarodnega prava na področju diplomatske zaščite, prav tako bi lahko oškodovani posameznik, njegova država ali druga država lahko uveljavljali pravice, ki

⁵⁵ Dugard (2004, 19) našteva 11. člen Mednarodne konvencije o odpravi vseh oblik rasne diskriminacije 1966, 41. člen Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah 1966, 21. člen Konvencije OZN proti mučenju in drugim oblikam okrutnega, nečloveškega ali ponižujočega ravnanja ali kaznovanja 1984, 24. člen Evropske konvencije o človekovih pravicah, 45. člen Ameriške konvencije o človekovih pravicah.

jim pripadajo po mednarodnih konvencijah o človekovih pravicah. Posebni poročevalec je menil, da čeprav besedilo v oklepajih poudari komplementarnost ostalih postopkov z diplomatsko zaščito, je odvečno. Cilj predlaganega člena je v tem, da se poudari, da so različni mehanizmi, od diplomatske zaščite, bilateralnih investicijskih pogodb, pogodb o človekovih pravicah, med seboj komplementarni in vsi skupaj sledijo istemu cilju, to je zaščititi osebe, ki so utrpele škodo zaradi mednarodnega protipravnega dejanja (Dugard 2004, 21).

3.16 DIPLOMATSKA ZAŠČITA POSADKE NA LADJI

V zadnjem delu petega poročila se posebni poročevalec osredotoči na uresničevanje diplomatske zaščite posadke ladij s strani države zastave. Predlog 27. člena je sledeč: »Država državljanstva ladje je upravičena do uresničevanja diplomatske zaščite v imenu posadke na ladji, ne glede na to, ali gre za državljane države državljanstva ladje, ko so bili oškodovani v teku škode, povzročene ladji kot posledica mednarodnega protipravnega dejanja« (Dugard 2004, 21).

Podporo vidiku, da lahko država, pod katero zastavo pluje ladja, zaščiti člane posadke, ki niso njeni državljani, najdemo tako v člankih strokovnjakov mednarodnega prava, sodnih odločitvah kakor tudi v praksi držav. Posebni poročevalec nadalje razloži, da praksa držav prihaja iz ZDA, kajti tradicionalno je v okviru ameriškega prava veljalo, da so tuji mornarji, ki služijo na ameriških ladjah, upravičeni do zaščite s strani ZDA. O pravici do uresničevanja diplomatske zaščite države zastave v imenu nedržavljanov so razpravljali v Komisiji v okviru neformalnih posvetovanj že leta 2002, na zahtevo Komisije je prišlo do razprave tudi v Šestem odboru, medtem ko je bilo v Komisiji opaziti dokaj enakomerno porazdelitev tistih, ki podpirajo in tistih, ki ne podpirajo vključitev člena, je bila večina članov Šestega odbora proti vključitvi. Dva razloga za ne vključitev sta bila še posebej izpostavljena. Prvi razlog je bil v tem, da se predlog 27. člena močno oddalji od diplomatske zaščite, ki je osnovana na vezi državljanstva. Kar se tiče prvega razloga, posebni poročevalec pravi, da je očitno, da ne gre za tradicionalno obliko diplomatske zaščite, edino pravo vprašanje, ki pa se postavlja je, ali lahko to obliko zaščite primerjamo z diplomatsko zaščito beguncev in oseb z državljanstvom, in jo vključimo v osnutek členov, kakor je vključena zaščita beguncev in oseb brez državljanstva (Dugard 2004, 21–7).

Drugi razlog pa je v tem, da je taka vrsta zaščite urejena z 292. členom UNCLOS (*United Nations Convention on the Law of the Sea* – Konvencija Združenih narodov o pravu morja)⁵⁶, ki govori o takojšnji izpustitvi ladij ali njihovih posadk. Dugard (2004, 27) razume člen 292 kot odgovor na željo delegacij po nekem »varovalnem proceduralnem predpisu«, ki bi omogočil hiter izpust ladje in posadke. Primarno je predlog vseboval poleg zaščite ladij še zaščito članov posadke in potnikov, vendar je bil predlog zavrnjen, možnost predstavitve zahtevka pred Sodiščem za pomorsko pravo je bila omejena le na državo ladje. To pomeni, da namen 292. člena ni bila zaščita posadke v kakršnemkoli primeru, kajti namen člena leži v takojšnji izpustitvi ladij zaradi gospodarskih razlogov, kar pa ne onemogoča, da bi lahko ta isti člen uporabili kot mehanizem za zagotovitev takojšnje izpustitve tako posadke kakor tudi ladje.

Dugard (2004, 28) tako pravi, da je že res, da 292. člen lahko predstavlja dokaj učinkovit mehanizem za izpustitev posadke, vendar skupaj z zahtevo po izpustitvi ladje. Vseeno pa ta člen ne pokriva vseh primerov in kot tak ne more nadomestiti diplomatske zaščite, na primer 292. člen nikjer ne omenja zaščite človekovih pravic posadke, medtem ko je v priporu. Prav zaradi tega je potreben širši člen kot je predlog 27. člena, ki bi ponudil celovitejšo zaščito posadk.

⁵⁶ *United Nations Convention on the Law of the Sea* – Konvencija Združenih Narodov o pravu morja. 1982. 1833 UNTS 397. Podpisana 10. decembra 1982, veljavna od 16. novembra 1994, ko je dobila 60 ratifikacij. Do 3. avgusta 2010 160 strank. Dostopno prek: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XXI~6&chapter=21&Temp=mtdsg3&lang=en. (3. avgust 2010).

292. člen: »1. Ko oblasti države stranke zadržijo ladjo, ki pluje pod zastavo druge države stranke in trdi pa se, da država, ki je pridržala ladjo, ni delovala v skladu s predpisi te Konvencije o takojšnji izpustitvi ladje in njene posadke potem, ko je bila položena razumna varščina ali drugo denarno jamstvo, se lahko vprašanje izpustitve iz pripora predloži kateremukoli sodišču ali arbitražnemu sodišču, o katerem se stranke sporazumejo ali, če se sporazum ne doseže v 10 dneh po zadržanju, pa sodišču ali arbitražnemu sodišču, ki ga na podlagi 287. člena določi država, ki je zadržala ladjo, ali Mednarodnemu sodišču za pomorsko mednarodno pravo, razen če se stranke ne sporazumejo drugače.

2. Zahtevo za izpustitev lahko vloži le država zastave ladje ali pa se zahteva lahko vloži v imenu države zastave ladje.

3. Sodišče ali arbitražno sodišče brez odlašanja vzame v postopek zahtevo za izpustitev in obravnava samo vprašanje izpustitve, ne da bi to vplivalo na meritorno reševanje katerekoli zadeve zoper ladjo, njenega lastnika ali njeno posadko. Oblasti države ostanejo kompetentne za izpustitev ladje in njene posadke.

4. Po položitvi varščine ali katerega drugega denarnega jamstva, določenega s strani sodišča ali arbitražnega sodišča, oblasti države, ki je zadržala ladjo, takoj ugodijo odločitvi sodišča ali arbitražnega sodišča o izpustitvi ladje in njene posadke« (prav tam).

V nadaljevanju posebni poročevalec obrazloži, zakaj bi bilo boljše, da je država zastave ladje, kjer je zaposlena posadka, upravičena do uresničevanja diplomatske zaščite v njihovem imenu. Potrebno je upoštevati tesno povezanost posadke z državo zastave. Sodišče Evropskih skupnosti je v primeru *Anklagemyndigheden v. Peter Poulsen and Diva Navigation Corp.*⁵⁷ med drugim dosodilo: »/.../poudarjeno mora biti, da pravo, ki ureja dejavnosti posadke, ni odvisno od državljanstva članov posadke, temveč od države, v kateri je ladja registrirana, in kjer je primerno, od morskega področja, kjer je locirana ladja.« Vez med člani posadke in državo zastave ladje krepi tudi to, da v bistvu država zastave nudi primerne delovne pogoje članom posadke, poleg tega še država zastave priskrbi posadki njihove mornarske osebne dokumente, s katerimi grejo lahko v pristanišče na obali. Kot sem že omenila, ICJ v primeru *Barcelona Traction* ni odobravalo množstvo zahtevkov, ko gre za zahtevke delničarjev. Zakaj bi bilo potem kaj drugače v zvezi z množtvom zahtevkov članov posadke? Posebni poročevalec tako poudarja, da: »/j/e veliko lažje in učinkovitejše, če ena država uresničuje zaščito v imenu vseh članov posadke, kakor če bi zahtevali od države državljanstva vseh članov posadke, da uveljavljajo posamezne zahtevke v imenu svojih državljanov« (Dugard 2004, 27–9).

3.17 DIPLOMATSKA ZAŠČITA POSADK NA LETALIH IN VESOLJSKIH LADJAH

Dugard (2004, 29) je menil, da bi lahko razširitev diplomatske zaščite na člane posadke ladij sprožila nadaljnje zahteve po vključitvi posadk na letalih ali vesoljskih ladjah ter celo na potnike ladij in letal, čeprav ne najdemo podpore takim zahtevam nikjer v državni praksi. Vseeno bom razložila, zakaj ne bi bilo primerno vključiti možne nadaljnje zahtevke v osnutek o diplomatski zaščiti. Začeli bomo s potniki na ladjah, ki se močno razlikujejo od članov posadke, vsaj kar se tiče upravičenosti do zaščite. Glavni razlog, zakaj bi morali razširiti diplomatsko zaščito na člane posadke, leži v dejstvu, da mornarji, ko nastopijo službo na trgovski ladji, so začasno podrejeni zakonodaji, pravilom in zvestobi državi zastave, na ta način se zelo približajo državljanom države zastave in so kot taki upravičeni do zaščite.

⁵⁷ Case C-286/90, *Anklagemyndigheden v. Peter Poulsen and Diva Navigation Corp.*, 1992 ECJ I-06019 (24. november 1992).

Vsekakor gre pri potnikih za drugačno vez z državo zastave, gre le za začasno in omejeno vez z ladjo in kot taki se morajo za zaščito zateči k državi državljanstva. Še enkrat pa je potrebno poudariti, da zaščita potnikov s strani države zastave ladje ne bi bila smiselna, poleg tega pa ni nikakršne prakse držav na tem področju. Prav tako gre za odsotnost prakse držav v zvezi z diplomatsko zaščito države zastave v imenu posadke in potnikov na letalih. Tudi tu so pomembne razlike v primerjavi s posadko na ladji. Glavna razlika in hkrati protiargument vključitvi je, da enostavno potniki in posadka na letalih niso tako dolgo ločeni od svoje države, kot na primer posadke, ki so izolirane od svoje države za več mesecev ali celo let. Če pa primerjamo med seboj posadko na ladjah s posadko na vesoljskih ladjah, opazimo več podobnosti, prva podobnost je dolžina časa, ki ga morajo posadke preživeti na ladjah. Druga podobnost pa je tudi multinacionalna sestava posadk na ladjah. Nič presenetljivega ni, da na področju diplomatske zaščite posadk s strani države registracije vesoljskega plovila še ni prakse držav, ki bi podpirala kaj takega. Kljub podobnostim posebni poročevalec meni, da bi se bilo nespametno na tej stopnji vplesti še v progresivni razvoj prava na tem področju. Posebni poročevalec je menil, da čeprav gre za določeno odstopanje od tradicionalne diplomatske zaščite, bi šlo pri sprejetju predloga 27. člena bolj za kodifikacijo že obstoječe prakse držav na tem področju kakor za progresivni razvoj prava. Tudi zato predlaga Komisiji sprejetje predlaganega člena (Dugard 2004, 29–31).

Komisija se je odločila, da bo Redakcijskemu odboru posredovala le 26. člen in alternativni predlog 21. člena. Naknadno je Komisija predlagala Redakcijskemu odboru, naj izpopolni še predlog o diplomatski zaščiti in posadkah ladij. Prav tako je prišlo na šestinpetdeseti seji do prvega branja osnutka 19 členov skupaj s pojasnili o diplomatski zaščiti⁵⁸. Komisija se je po prvem branju odločila v skladu s 16. in 21. členom svojega

⁵⁸ 1. člen (Definicija in obseg), 2. člen (Pravica od uresničevanja diplomatske zaščite), 3. člen (Zaščita s strani države državljanstva), 4. člen (Država državljanstva fizičnih oseb), 5. člen (Kontinuirano državljanstvo), 6. člen (Multiplo državljanstvo in zahtevek proti tretji državi), 7. člen (Multiplo državljanstvo in zahtevek proti državi državljanstva), 8. člen (Osebe brez državljanstva in begunci), 9. člen (Država državljanstva korporacije), 10. člen (Kontinuirano državljanstvo korporacije), 11. člen (Zaščita delničarjev), 12. člen (Direktna oškodovanost delničarjev), 13. člen (Druge pravne osebe), 14. člen (Izčrpanje notranjepравnih sredstev), 15. člen (Kategorije zahtevkov), 16. člen (Izjeme od pravila izčrpanja notranjepравnih sredstev), 17. člen (Dejanja ali postopki, ki niso diplomatska zaščita), 18. člen (Določbe posebnih pogodb), 19. člen (Posadke ladij).

statuta⁵⁹, da bo prvih devetnajst členov osnutka preko generalnega sekretarja predala vladam, da bi le-te nazaj generalnemu sekretarju do 1. januarja 2006 posredovale svoje komentarje in opazovanja (ILC 2005, 109–10).

3.18 DOKTRINA »ČISTIHK ROK«

Posebni poročevalec je na zahtevo Komisije izražene na isti seji v obliki svojega šestega poročila na sedeminpetdeseti seji leta 2005 predstavil kratek zapis o relevantnosti načela »clean hands«⁶⁰ v povezavi z diplomatsko zaščito. (Dugard 2005b, 109)

Posebni poročevalec je začel z dejstvom, da ne gre zanikati pomembnost doktrine »čistih rok«, ki jo ima v mednarodnem pravu. Zato vprašanje, ki se je postavljalo

⁵⁹ 16. člen Statuta Komisije:

»Ko Generalna skupščina preda Komisiji predlog za progresivni razvoj mednarodnega prava, bo Komisija sledila glavnemu postopku, ki ga določajo sledeče smernice:

- (a) izmed svojih članov se imenuje poročevalca;
- (b) oblikuje načrt dela;
- (c) vladam razpošlje vprašalnik in jih pozove, da v določenem času priskrbijo podatke in informacije, ki so relevantne za temo, ki je vključena v načrt dela;
- (d) lahko imenuje nekaj svojih članov za pomoč poročevalcu pri pripravi osnutkov in pregledu odgovorov na vprašalnik;
- (e) lahko se posvetuje z znanstvenimi ustanovami in posameznimi strokovnjaki, ki ne prihajajo nujno iz držav članic Združenih narodov /.../;
- (f) preuči osnutke, ki jih predlaga poročevalec;
- (g) ko Komisija oceni, da je osnutek zadovoljiv, zaprosi generalnega sekretarja, da ga izda kot dokument Komisije, ki mu zagotovi vso potrebno publiciteto; publikacija mora vsebovati tudi vse informacije, poslane Komisiji kot odgovor na vprašalnik;
- (h) Komisija povabi države, da ji v razumnem času pošljejo svoje pripombe;
- (i) poročevalec in imenovani člani nato znova pregledajo in dopolnijo osnutek, upoštevajoč pripombe, ter pripravijo končni osnutek in obrazloženo poročilo, kar predložijo v sprejem Komisiji;
- (j) Komisija tako sprejet osnutek skupaj s svojimi priporočili pošlje prek generalnega sekretarja Generalni skupščini.«

21. člen Statuta Komisije:

»1. Ko Komisija oceni, da je osnutek zadovoljiv, zaprosi generalnega sekretarja, da ga izda kot dokument Komisije. Sekretariat bo zagotovil dokumentu vso potrebno publiciteto, vključno z razlagami in podpornim materialom, kadar se bo to zdelo Komisiji primerno. Publikacija vsebuje vse dokumente, ki jih pošlje Komisija v skladu z 19. členom. Komisija odloči, ali bo mnenje katerekoli znanstvene ustanove ali posameznega strokovnjaka po posvetu s Komisijo vključeno v publikacijo.

2. Komisija zaprosi vlade, da v razumnem časovnem roku predložijo svoje pripombe glede publikacije.« *Statute of International Law Commission – Statut Komisije za mednarodno pravo*. Sprejet z Resolucijo Generalne skupščine 174 (II), 21. 11. 1947. Dostopno prek: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/state/statute_e.pdf (19. april 2010).

⁶⁰ Načelo »čistih rok« Cerar (2001, 151) razloži tako: »Po tem načelu »čistih rok« (*Clean Hands*) oziroma pravičnosti država ne bi mogla uveljavljati zahtevka v primeru, da sta posameznik ali pravna oseba utrpela škodo, ko sta ravnala nedopustno oziroma nezakonito. Pod pogojem seveda, da je prizadeta škoda v sorazmerju z nedopustnostjo ravnanja posameznika oziroma pravne osebe.«

Komisiji, ni bilo vprašanje o pomembnosti same doktrine, temveč o pomembnosti in povezanosti doktrine z diplomatsko zaščito, kajti na preteklih sejah Komisije so nekateri zagovarjali, da bi bilo potrebno vključiti doktrino »čistih rok« v osnutek členov o diplomatski zaščiti »zato, ker se je sklicevalo na njo /doktrino ›čistih rok‹/, da bi se preprečilo državi uresničevanje diplomatske zaščite, če je državljani, ki naj bi ga zaščitila, utrpel škodo zaradi njenega ali njegovega nepravilnega ravnanja« (ILC 2005, 110).

V nadaljevanju bom predstavila tri argumente, ki so bili izraženi v podporo vključitvi doktrine »čistih rok« v osnutek. Prvi argument je bil, da doktrina pravzaprav niti ne spada v sfero meddržavnih sporov, kajti gre bolj za škodo, povzročeno državljanu, ne pa toliko za direktno škodo, ki jo država povzroči drugi. Po preučevanju sodne prakse ICJ⁶¹ je posebni poročevalec zaključil, da prvič – ICJ ni nikoli trdil, da spada doktrina »čistih rok« v okvir državnih zahtevkov zaradi neposredno povzročene škode, niti ne v okvir državnih zahtevkov zaradi posredno povzročene škode, vseeno pa je potrebno omeniti, da je bila doktrina večkrat omenjena v zvezi z direktno škodo, povzročeno državi v kontekstu meddržavnih zahtevkov. Posebni poročevalec nadaljuje z opazovanjem, da ICJ ni v nobenem primeru niti podprl niti se ni skliceval na doktrino »čistih rok«, ravno nasprotno, vedno jo je razglasil za neprimerno, zato posebni poročevalec zavrača prvi argument z ugotovitvijo, da ICJ pravzaprav v noben primeru ni razglasil, da gre za doktrino, ki se ne more uporabiti v primerih meddržavnih zahtevkov, ter da se uporablja le v primerih diplomatske zaščite (ILC 2005, 110–11).

Drugi argument v prid vključitvi doktrine »čistih rok« je bil sledeč: »/.../ če je posameznik, ki prosi za diplomatsko zaščito, sam kršil notranje pravo obtožene države ali mednarodno pravo, ga potemtakem država državljanstva ne more zaščititi« (ILC 2005, 111). Posebni poročevalec zavrača navedeni argument na osnovi že omenjene Vattelijanske fikcije, da škoda, povzročena državljanu, je škoda povzročena državi *ergo*, ko država prevzame zahtevek v imenu svojega državljana, postane to zahtevek države in slabo vedenje državljana postane avtomatično nerelevantno, edino kar bi lahko bilo

⁶¹ Posebni poročevalec je podlago svojim trditvam našel v naslednjih primerih: *Avena and other Mexican Nationals* (Mehika proti ZDA) (2004) ICJ; *La Grand* (Nemčija proti ZDA) (2001) ICJ; *Case concerning Oil Platforms* (Iran proti ZDA) (2001) ICJ; *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Demokratska republika Kongo proti Belgiji) (2002) ICJ; *Gabčikovo-Nagymaros Project* (Madžarska proti Slovaški) (1997) ICJ; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nikaragua proti ZDA) (1986) ICJ. (ILC, A/60/10, 2005, 111).

relevantno, je slabo vedenje države same. Posebni poročevalec najde podporo svojim trditvam v primerih ICJ *La Grand* (1999) in *Avena and other Mexican Nationals* (2003), čeprav so posamezniki, ki so bili tuji državljani v obtoženi državi, ravnali nedopustno, se obtožena država ni sklicevala in uporabila za obrambo njihovega nedopustnega vedenja, da bi se s tem argumentom borila proti tožbi zaradi tega, ker tujim državljanom ni omogočila konzularnega dostopa. Posebni poročevalec dodaja, da država tako ali tako ne bi oziroma bi zelo redko zaščitila državljana, ki je nedopustno ravnal v tuji državi, ker v večini primerov niti ne bi šlo za mednarodno protipravno dejanje (ILC 2005, 111).

Nekateri člani Komisije so v obliki tretjega argumenta dejali, da se je uporabljala doktrina »čistih rok« v primerih, kjer je bila med drugim vpletena tudi diplomatska zaščita. Posebni poročevalec je na to odgovoril, da gre za relativno malo primerov, kjer bi se doktrina »čistih rok« uporabljala v kontekstu diplomatske zaščite. Nadaljuje, da ne le, da večina strokovnjakov, ampak tudi večina delegacij v Šestem odboru med razpravo na devetinpetdeseti seji ni komentirala doktrine »čistih rok«, tisti redki, ki pa so, so bili mnenja, da doktrina »čistih rok« ne bi smela biti vključena v osnutek o diplomatski zaščiti (ILC 2005, 111–12).

Predlog posebnega poročevalca o ne vključitvi doktrine »čistih rok« v osnutek je spremljala široka podpora v Komisiji. Razlog za tako mnenje posebnega poročevalca je, da se doktrina »čistih rok« primarno uporabljala v kontekstu zahtevkov, ki izvirajo iz škode, neposredno povzročene državi in ne v kontekstu diplomatske zaščite. Kljub obstoju nekaterih primerov doktrine »čistih rok« v okviru diplomatske zaščite, se moramo zavedati, da gre za relativno malo število takih primerov, ki ne predstavljajo neke ustaljene prakse in kot taki ne morejo biti kodificirani, niti ne morejo predstavljati progresivnega razvoja mednarodnega prava (ILC 2005, 112–14).

3.19 SPREJETJE OSNUTKA ČLENOV O DIPLOMATSKI ZAŠČITI

Kot pravi Dugard (2005a, 10) je na osemindeseti seji leta 2006 je imela Komisija pred sabo komentarje vlad o osnutku členov, ki so bili sprejeti leta 2004 na prvem branju in pa sedmo poročilo posebnega poročevalca, v katerem je predlagal drugo branje osnutka devetnajstih členov. Nato je Komisija istega leta na drugem branju

sprejela osnutek členov o diplomatski zaščiti. Za tem se je Komisija v skladu s 23. členom svojega statuta⁶² odločila, da bo priporočila Generalni skupščini izdelavo konvencije na osnovi sprejetega osnutka členov (ILC 2006b, 14–15).

Generalna skupščina je tako 4. decembra 2006 v svoji resoluciji 61/35 seznanila »z osnutkom členov o diplomatski zaščiti, ki jih je predstavila Komisija, in povabila vlade, naj predložijo svoje komentarje v zvezi s priporočilom Komisije za izdelavo konvencije na osnovi predlaganih členov.«⁶³

Leto kasneje, 6. decembra 2007, je Generalna skupščina v resoluciji 62/67:

/p/ozdravila zaključek dela Komisije za mednarodno pravo na področju diplomatske zaščite in njeno sprejetje osnutka členov in razlage teme, /.../prav tako je/ priporočila, naj vlade posvetijo pozornost členom o diplomatski zaščiti, ki jih je predstavila Komisija /in/ besedilu, ki je bilo priključeno k pričujoči resoluciji, ter jih povabila, naj predložijo v pisni obliki generalnemu sekretarju kakršnekoli nadaljnje pripombe v zvezi s priporočilom Komisije o izdelavi konvencije na osnovi teh členov; /v isti resoluciji se je Generalna skupščina/ odločila, da bo v svoj začasni dnevni red petinšestdesete seje⁶⁴ vključila predmet z naslovom »Diplomatska zaščita« in da bo nadalje raziskovala v okviru delovne skupine Šestega odbora in v luči pisnih komentarjev vlad kakor tudi stališč, ki so bila izražena na dvainšestdeseti seji Generalne skupščine, vprašanje konvencije o diplomatski zaščiti ali pa kakšno drugo primerno dejanje, na osnovi zgoraj omenjenih členov.⁶⁵

⁶² 23. člen Statuta Komisije:

»1. Komisija lahko priporoči Generalni skupščini /.../ skliče konferenco z namenom sklenitve konvencije.« *Statute of International Law Commission – Statut Komisije za mednarodno pravo*. Sprejet z Resolucijo Generalne skupščine 174 (II), 21. 11. 1947. Dostopno prek: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/state/statute_e.pdf (19. april 2010).

⁶³ GS. 2006. *Resolution adopted by the General Assembly – Resolucija Generalne skupščine, A/RES/61/35*. Sprejeta 4. decembra 2006. Dostopno prek: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/496/53/PDF/N0649653.pdf> (23. april 2010).

⁶⁴ Petinšestdeseta seja bo predvidoma potekala od 4. novembra do 11. novembra 2010. Natančneje, Šesti odbor se bo ukvarjal s predmetom »Diplomatska zaščita« predvidoma 20. oktobra 2010. GS. 2009. *Spletna stran Šestega – pravnega odbora Generalne skupščine Združenih narodov*. Dostopno prek: http://www.un.org/ga/sixth/64/65_session.shtml (23. april 2010).

⁶⁵ GS. 2007. *Resolution adopted by the General Assembly – Resolucija Generalne skupščine, A/RES/62/67*. Sprejeta 6. decembra 2007. Dostopno prek: <http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/467/79/PDF/N0746779.pdf> (23. april 2010).

V Prilogi C je predložen Osnutek členov o diplomatski zaščiti, ki ga je sprejela Komisija leta 2006. Dostopno tudi na: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf (15. 4. 2010).

Strukturiran intervju s Petričem⁶⁶ mi je razkril, kaj se trenutno dogaja z osnutkom členov. Trenutno je namreč osnutek členov o diplomatski zaščiti, ki jih je pripravila Komisija, obtičal nekje na Generalni skupščini. Petrič (2010) kot največji razlog za nezainteresiranost držav, da bi prišlo do formalne kodifikacije, se pravi do sprejetja konvencije o diplomatski zaščiti, vidi v zadržanosti držav. Ta zadržanost temelji na mnenju, da kodifikacija ni potrebna, saj se bojijo, da bi kodifikacija pomenila dodatne omejitve pri zaščiti lastnih državljanov. Med drugim me je zanimalo tudi, koliko lahko Slovenija doprinese k sami kodifikaciji diplomatske zaščite. Petrič (2010) mi je razložil, da Slovenija k sami kodifikaciji ne more bistveno prispevati, kar lahko naredi je, da da svoj prispevek, v kolikor bi prišlo do razprave v Generalni skupščini ali pa do konference, ki bi kodificirala osnutek členov. Na tem mestu se strinjam z Benkovim (1997, 285) razmislekom o možnostih in dosežkih mednarodnega prava in sicer, da »so /le te/ slej ko prej odvisni od strukture mednarodne skupnosti, kakršna obstaja v nekem obdobju, ki je ne more presegati, to je iti dlje kot ta struktura dopušča.«

V glavnem predstavlja Osnutek členov o diplomatski zaščiti kodifikacijo običajnega mednarodnega prava, vendar najdemo tudi nekaj primerov progresivnega razvoja. Künzli (2007, 9) našteje predloge členov, ki nakazujejo na progresivni razvoj, te člani so: 1., 8., 9., 10., 11., in 19. V 1. členu je podana definicija in obseg diplomatske zaščite, progresivni razvoj opazimo pri tem, da gre za določeno odstopanje od definicije diplomatske zaščite opredeljene v *Mavrommatis* primeru, če upoštevamo zahtevo po kontinuiteti državljanstva tako fizičnih kot pravnih oseb. V 8. členu je opredeljena diplomatska zaščita oseb brez državljanstva in beguncev, vključitev tega člena v Osnutek predstavlja določen progresivni razvoj. V členih 9., 10., 11., so določila v zvezi z diplomatsko zaščito korporacij in delničarje, progresivni razvoj se izraža v določilih v zvezi z državljanstvom korporacij. Priporočena praksa državam, ki so upravičene do uresničevanja diplomatske zaščite v obliki 19. člena prav tako predstavlja progresivni razvoj mednarodnega prava na področju diplomatske zaščite.

Iz napisanega je razvidno, da je bilo prvotno pisanje osnutka členov o diplomatski zaščiti mišljeno v okviru teme mednarodnopravna odgovornost, vendar se je skozi

⁶⁶ Strukturiran intervju s prof. dr. Ernestom Petričem, članom Komisije za mednarodno pravo Združenih narodov od leta 2007 do leta 2011, Ljubljana, 22. april 2010. Intervju je potekal po elektronski pošti. Priloga B.

proces kodifikacije mednarodnopravne odgovornosti posvečalo vse manj pozornosti diplomatski zaščiti. Tako je Komisija leta 1995 menila, da so nekatere teme, s katerimi se je ukvarjala, dosegle že napredno stopnjo, ter da vključitev samostojne teme Diplomatska zaščita v dolgoročni program Komisije ne le, da bi bila v interesu držav, temveč bi tudi dopolnila delo Komisije na področju mednarodnopravne odgovornosti držav. Istega leta je Generalna skupščina, potem ko je podprla predlog Komisije v zvezi z diplomatsko zaščito, pozvala še vlade k predložitvi komentarjev v zvezi s predlagano temo, tako je skupina za načrtovanje oblikovala začasen osnutek, ki je bil mišljen kot pomoč vladam pri odločitvi o odobravanju ali neodobravanju nadaljnjega dela v zvezi z diplomatsko zaščito.

Naslednja pomembna prelomnica se je zgodila januarja 1997, ko je Generalna skupščina povabila Komisijo k nadaljnjemu delu na področju diplomatske zaščite in jo pozvala, da naj na podlagi komentarjev vlad in opazovanj Šestega odbora določi vsebino in obseg teme. Na podlagi resolucije Generalne skupščine je Komisija ustanovila delovno skupino za področje diplomatske zaščite. Kakor vemo že iz drugega dela diplomske naloge, se je delovna skupina odločila za obravnavanje diplomatske zaščite *stricto sensu*, kar pomeni, da gre za obravnavanje diplomatske zaščite v smislu formalnega zahtevka, ne pa kot jo opredeljujeta DKDO in DKKO. Delovna skupina se je pri preučevanju diplomatske zaščite tako kot pri mednarodnopravni odgovornosti držav osredotočila na mednarodni delikt, ki posredno prek državljana oškoduje državo, s tem da bo šlo zdaj za obravnavanje sekundarnih norm.

Komisija je istega leta imenovala tudi posebnega poročevalca Mohameda Bennouna, ki je pripravil preliminarno poročilo o diplomatski zaščiti, med razpravo katerega je prišlo v Komisiji do vsesplošnega strinjanja o praktični pomembnosti teme, pa tudi do spoznanja o kompleksnosti teme ter potrebe po kodifikaciji. Potem ko je bil Bennouna izvoljen za sodnika pri Mednarodnem kazenskem sodišču za bivšo Jugoslavijo, je Komisija imenovala novega posebnega poročevalca Johna Dugarda, ki je svoja poročila, vseh skupaj jih je bilo sedem, predstavil v obliki predlogov členov, s tem naj bi dosegel večjo osredotočenost pri razpravah in prinašanju zaključkov. Skozi analizo poročil posebnega poročevalca smo spoznali kompleksnost dela v Komisiji in kompleksnost same diplomatske zaščite.

Do leta 2006 je imela Komisija pred sabo že mnenja vlad o osnutku členov, ki naj bi bili sprejeti na prvem branju leta 2004, potem ko je na drugem branju Komisija sprejela osnutek členov, se je odločila, da bo priporočila Generalni skupščini izdelavo konvencije na osnovi sprejetega osnutka členov. Generalna skupščina je istega leta pozvala vlade držav, naj predložijo ugotovitve in pripombe o osnutku členov, kar bo osnova za izdelavo konvencije. Leto kasneje je Generalna skupščina potrdila zaključek dela Komisije na področju diplomatske zaščite in sprejela osnutek členov o diplomatski zaščiti in se odločila, da bo leta 2010 na svoj dnevni red uvrstila predmet diplomatske zaščite in se na podlagi pripomb vlad odločila o nadaljnjem delu na področju diplomatske zaščite in nenazadnje sprejetju konvencije o diplomatski zaščiti.

4 ZAKLJUČEK

Skozi celotno diplomsko nalogo sem odgovarjala na osrednje raziskovalno vprašanje, v katerem se sprašujem, kako je potekal proces kodifikacije diplomatske zaščite in zakaj diplomatska zaščita še vedno ni kodificirana. V prvem delu diplomskega dela sem raziskala začetke diplomatske zaščite in prve poskuse kodifikacije diplomatske zaščite ter ovire, ki so se pri tem pojavljale, vse tja do sprejetja DKDO. Ugotovila sem, da so se na začetku tako pojem diplomatske zaščite kakor tudi poskusi kodifikacije razvijali vzporedno ali pa kot del prava, ki ureja področje mednarodnopravne odgovornosti držav. Tako uradni poskusi kodifikacije s strani DN kot tudi poskusi privatnih teles niso bili dokončani. Razlogov je več, prvi razlog je zagotovo prepad med malimi državami in velikimi silami, vsaka stran je namreč imela svoje mnenje o tem, kaj bi pravzaprav pomenila kodifikacija diplomatske zaščite. Medtem ko so velike sile v kodifikaciji diplomatske zaščite videle zagotovitev pravil, ki bi omogočila boljše pogoje za mednarodne odnose nasploh, še posebej za mednarodne investicije in trgovino. Nasprotno pa male države niso imele interesa za zaščito tujcev, najvažnejše v tistem obdobju jim je bilo zavarovati svojo neodvisnost in pa pravico do upravljanja na lastnem ozemlju ter preprečiti vmešavanje v notranje zadeve kot posledico zlorabe diplomatske zaščite.

Osnutek posebnega poročevalca Komisije Amadorja o mednarodnopravni odgovornosti držav, ki vsebuje določila tudi o diplomatski zaščiti, ni bil kodificiran zato, ker so določeni člani Komisije menili, da osnutek izraža le kapitalistične ideje privatne lastnine in je skoraj v celoti odraz pogleda velesile in bi bilo nesmiselno sprejeti tako osnutek kot običajno mednarodno pravo, argument proti je bil tudi, da se osnutek namesto na mednarodnopravno odgovornost držav nanaša bolj na pravice posameznika, še posebej tiste, ki se vežejo na lastnino. Tako so videli v priznanju novega osnutka o mednarodnopravni odgovornosti držav, ki posamezniku dopušča možnost do uveljavljanja zahtevkov, progresivni razvoj mednarodnega prava in ne kodifikacije. Drugi večji razlog je bil razvoj zaščite človekovih pravic, ki naj bi v celoti nadomestil diplomatsko zaščito oziroma bi z razvojem zaščite človekovih pravic in s priznanjem posameznika kot subjekta mednarodnega prava diplomatska zaščita postala obsoletna.

V drugem delu diplomske naloge sem se osredotočila na začetke kodifikacije diplomatskega prava in poskušala odgovoriti na vprašanje, kaj je pomenila DKDO v procesu kodifikacije diplomatske zaščite oziroma kako je vplivala nanj ter skušala ugotoviti, zakaj v procesu kodifikacije diplomatskega prava ni bila kodificirana tudi diplomatska zaščita. Odgovor na ta vprašanja je sledeč, diplomatsko pravo je ostalo običajne narave vse tja do petdesetih let, dokler se Komisija ni odločila, da je potrebno kodificirati vprašanje diplomatskih odnosov in imunitet. Komisija je imenovala posebnega poročevalca za vprašanje diplomatskih odnosov in imunitet, kasneje je Komisija na osnovi poročil posebnega poročevalca oblikovala osnutek konvencije. Sledila je konferenca na Dunaju leta 1961, na kateri je bila sprejeta Konvencija o diplomatskih odnosih, ki velja za najbolj celovit, najbolj široko sprejet kakor tudi najpomembnejši pogodbeni vir diplomatskega prava.

Široka podpora, sprejetost in izpolnjevanje DKDO so zagotovo posledica tega, da je šlo za kodifikacijo že dolgo stabilnih pravil. Z DKDO naj bi bila kodificirana tista pravila, ki so se, kot pravi Denza (2004, 1), že iz časov, ko jih je opisoval Vattel v svoji knjigi *Le Droit des Gens* iz leta 1758, razvijala kolikor je bilo mogoče brez pomoči mednarodnih dogovorov in so se obdržala kot taka več kot dvesto let. Kot vemo že iz prvega dela diplomske naloge, je prav Vattel v zgoraj navedenem delu postavil osnove diplomatski zaščiti. Lahko bi torej rekli, da DKDO le delno kodificira področje diplomatske zaščite, v kolikor bi diplomatsko zaščito pojmovali široko v smislu funkcije diplomatske misije, to je kot zaščito interesov države pošiljateljice in njenih državljanov. V celoti diplomatska zaščita ni bila kodificirana zaradi večplastne prakse držav na sploh kakor tudi zaradi neenotne sodne prakse. Prav diskrecijska pravica države, da se odloči za uresničevanje ali neuresničevanje diplomatske zaščite, je velikokrat ustvarila politični prizvok. Poleg tega pa se je razvoj diplomatske zaščite začel in kasneje tudi nadaljeval v okviru prava mednarodnopravne odgovornosti držav. Kot bomo videli v nadaljevanju, se je Komisija odločila za razlikovanje med diplomatsko zaščito, ki je formalni zahtevak države z ozirom na škodo, ki je bila povzročena njenemu državljanu in ni bila ustrezno popravljena skozi notranjepravna sredstva in določenimi dejanji pomoči in zaščite državljanov, kot so opredeljeni v tretjem členu DKDO in v petem členu DKKO.

V tretjem delu diplomske naloge sem raziskovala proces kodifikacije diplomatske zaščite pod okriljem Komisije. Opisala sem celoten postopek nastajanja in sprejemanja osnutka členov o diplomatski zaščiti, tako da bi na koncu lahko razumeli kompleksnost same diplomatske zaščite kakor tudi kompleksnost postopka kodifikacije. Kot smo videli, je bilo prvotno pisanje osnutka členov o diplomatski zaščiti mišljeno v okviru teme mednarodnopravna odgovornost, vendar se je skozi proces kodifikacije mednarodnopravne odgovornosti posvečalo diplomatski zaščiti vse manj pozornosti. Tako je Komisija leta 1995 menila, da so nekatere teme, s katerimi se je ukvarjala, dosegle že napredno stopnjo, ter da vključitev samostojne teme Diplomatska zaščita v dolgoročni program Komisije ne le, da bi bila v interesu držav, temveč bi tudi dopolnila delo Komisije na področju mednarodnopravne odgovornosti držav. Istega leta je Generalna skupščina potem, ko je podprla predlog Komisije v zvezi z diplomatsko zaščito, pozvala še vlade k predložitvi komentarjev v zvezi s predlagano temo. Tako je skupina za načrtovanje oblikovala začasen osnutek, ki je bil mišljen kot pomoč vladam pri odločitvi o odobravanju ali neodobravanju nadaljnjega dela v zvezi z diplomatsko zaščito.

Naslednja pomembna prelomnica se je zgodila januarja 1997, ko je Generalna skupščina povabila Komisijo k nadaljnjemu delu na področju diplomatske zaščite in jo pozvala, da naj na podlagi komentarjev vlad in opazovanj Šestega odbora določi vsebino in obseg teme. Na podlagi resolucije Generalne skupščine je Komisija ustanovila delovno skupino za področje diplomatske zaščite. Kakor vemo že iz drugega dela diplomske naloge, se je delovna skupina odločila za obravnavanje diplomatske zaščite *stricto sensu*, kar pomeni, da gre za obravnavanje diplomatske zaščite v smislu formalnega zahtevka, ne pa kot jo opredeljujeta DKDO in DKKO. Delovna skupina se je pri preučevanju diplomatske zaščite tako kot pri mednarodnopravni odgovornosti držav osredotočila na mednarodni delikt, ki posredno prek državljana oškoduje državo, s tem da bo zdaj šlo za obravnavanje sekundarnih norm.

Komisija je istega leta imenovala tudi posebnega poročevalca Mohameda Bennouna, ki je pripravil preliminarno poročilo o diplomatski zaščiti, med razpravo katerega je prišlo v Komisiji do vsesplošnega strinjanja o praktični pomembnosti teme kakor tudi do spoznanja o kompleksnosti teme ter potrebe po kodifikaciji. Potem ko je bil Bennouna izvoljen za sodnika pri Mednarodnem kazenskem sodišču za bivšo Jugoslavijo, je

Komisija imenovala novega posebnega poročevalca Johna Dugarda, ki je svoja poročila, vseh skupaj jih je bilo sedem, predstavil v obliki predlogov členov, s tem naj bi dosegel večjo osredotočenost pri razpravah in prinašanju zaključkov. Skozi analizo poročil posebnega poročevalca smo spoznali kompleksnost dela v Komisiji in kompleksnost same diplomatske zaščite.

Do leta 2006 je imela Komisija pred sabo že mnenja vlad o osnutku členov, ki so bili sprejeti na prvem branju leta 2004, potem ko je na drugem branju Komisija sprejela osnutek členov in se odločila, da bo priporočila Generalni skupščini izdelavo konvencije na osnovi sprejetega osnutka členov. Generalna skupščina je istega leta pozvala vlade držav, naj predložijo ugotovitve in pripombe o osnutku členov, kar bo osnova za izdelavo konvencije. Leto kasneje je Generalna skupščina potrdila zaključek dela Komisije na področju diplomatske zaščite in sprejela osnutek členov o diplomatski zaščiti in se odločila, da bo leta 2010 na svoj dnevni red uvrstila predmet diplomatske zaščite in se na podlagi pripomb vlad odločila o nadaljnjem delu na področju diplomatske zaščite in nenazadnje sprejetju konvencije o diplomatski zaščiti.

Odgovorila sem že na del vprašanja o poteku procesa kodifikacije diplomatske zaščite. Zakaj pa kljub naporom Komisije, Generalne skupščine in vlad še ni prišlo od celovite kodifikacije diplomatske zaščite? Večina vlad držav se boji, da bi kodifikacija diplomatske zaščite ob povečanih sodobnih migracijah ljudi iz ene države v drugo rezultirala v večjih omejitvah pri zaščiti lastnih državljanov po eni strani, po drugi strani pa bi kodifikacija diplomatske zaščite lahko pomenila večje omejitve tudi pri njihovem ravnanju s tujci. Gre za kompleksno vprašanje, ki se dotika tudi srčike mednarodnih odnosov, gre namreč za suverenost držav, kar je osnova svetovnega reda in je zelo občutljiva tema za vse države. Države nekompromisno ščitijo svojo suverenost, nekatere države ravno iz razloga, da bi zaščitile svojo suverenost in preprečile tuje intervencije, zavračajo kodifikacijo diplomatske zaščite. Vidimo, da je za celovito kodifikacijo diplomatske zaščite potrebno narediti še en korak naprej, vsekakor lahko trdimo, da osnutek členov razreši mnoga vprašanja v zvezi z diplomatsko zaščito. Nekaj kontraverznih vprašanj je bilo izpuščenih, če pa to ni bilo mogoče, so v osnutku postavljena tako, da še zmerja pustijo dovolj odprtega prostora. Kljub temu pa velja, da osnutek Komisije predstavlja dobro osnovo za nadaljnje delo, s tem mislim tudi na morebitno konferenco, na kateri bi se kodificiralo diplomatsko zaščito.

5 LITERATURA

Amador, Garcia. 1957. *Report by Special Rapporteur: State Responsibility, Doc. A/CN.4/96*. Dostopno prek: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1956_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1956_v2_e.pdf) (2. februar 2009).

Ambatielos Claim (Grčija, Združeno kraljestvo Velike Britanije in Severne Irske), 1956 UNRIAA 83 (6. marec 1956).

Amerasinghe, Chittharanjan F. 2008. *Diplomatic Protection*. New York: Oxford University Press Inc.

Andrassy, Juraj. 1987. *Međunarodno pravo*. Zagreb: Školska knjiga.

Appeal from a Judgement of the Hungaro/Czechoslovak Mixed Arbitral Tribunal (The Peter Pázmány University proti Čehoslovaški), 1933 PCIJ A/B61 208 (15. december 1933).

Avena and other Mexican Nationals (Mehika proti ZDA), 2003 ICJ 12 (31. marec 2004)

Benko, Vladimir. 1997. *Znanost o mednarodnih odnosih*. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede.

--- 2000. *Sociologija mednarodnih odnosov*. Ljubljana: Znanstveno in publicistično središče.

Berković, Svjetlan. 1997. *Diplomatsko i konzularno pravo*. Zagreb: Nacionalna i sveučilišna knjižnica.

Bodansky, Daniel in John Crook. 2002. Symposium: The ILC's State Responsibility Articles: The ILC's Articles On Responsibility Of States For Internationally Wrongful Acts: A Retrospect. *American Journal of International Law* 96 (4): 773–92.

Bohte, Borut in Vasilka Sancin. 2006. *Diplomatsko in konzularno pravo*. Ljubljana: Cankarjeva založba.

Brglez, Milan. 1998. Kodifikacija sodobnega diplomatskega prava. V *Diplomacija in Slovenci: Zbornik tekstov o diplomaciji in o prispevku Slovencev v diplomatsko teorijo in prakso*, ur. Milan Jazbec, 59–89. Celovec: Drava.

Brochard, M. Edwin. 1916. *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*. New York: The Banks Law Publishing Co.

Brownlie, Ian. 1998. *Principles of Public International Law*. New York: Oxford University Press.

Bučar, Bojko, Zlatko Šabič in Milan Brglez. 2000. *Navodila za pisanje: seminarske naloge in diplomatska dela*. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede.

Case C-286/90, *Anklagemyndigheden v. Peter Poulsen and Diva Navigation Corp.*, 1992 ECJ I-06019 (24. november 1992).

Case Concerning Barcelona Traction Light and Power Company, Limited (Belgija proti Španiji), 1962 ICJ 3 (5. februar 1970).

Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran (ZDA proti Iranu), 1979 ICJ 106 (24. maj 1980).

Case No. IX ZR 90/68, *Slovak National Internment* (Federalna republika Nemčija, Federalno vrhovno sodišče), 70 ILR 691 (26. november 1970).

Cerar, Božo. 2001. *Diplomatska zaščita*. Piran: Samozaložba.

Charter of fundamental rights of the European Union – Listina Evropske unije o temeljnih pravicah, 2000 OJ (C364) 1. Dostopno prek: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf (10. april 2010).

Charter of fundamental rights of the European Union – Listina o temeljnih pravicah Evropske unije. 2000. OJ (C364) 1.

Claim of Finnish shipowners against Great Britain in respect of the use of certain Finnish vessels during the war (Finska, Velika Britanija), 1934 UNRIAA 1479 (9. maj 1934).

Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Person in Time of War – Četrta Ženevska konvencija o zaščiti civilnih oseb v času vojne. (Ženeva, 12. avgust 1949), 75 UNTS 287.

Convention de Vienne sur les relations consulaires – Dunajska konvencija o konzularnih odnosih. (Dunaj, 24. april 1963). 596 UNTS 261.

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques – Dunajska konvencija o diplomatskih odnosih. (Dunaj, 18. april 1961). 500 UNTS 95.

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States – Konvencija o reševanju investicijskih sporov med državami in državljani drugih držav. (Washington, 18. marec 1965). 575 UNTS 159.

Coussirat-Coustere, Vincent in Pierre Michel Eiseman. 1989. *Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.

Crawford, James. 2002. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press.

Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act – Kubansko osvobodilni in demokratično solidarni zakon. (12. marec 1996). Dostopno prek: <http://www.treasury.gov/offices/enforcement/ofac/legal/statutes/libertad.pdf> (9. marec 2010).

Degan, Vladimir Đuro. 2000. *Međunarodno pravo*. Rijeka: Pravni fakultet u Rijeci.

Denza, Eileen. 1998. *Diplomatic Law: A commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*. Oxford: Clarendon Press.

--- 2004. *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*. Oxford: Clarendon Press.

--- 2008. *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*. Oxford, New York: Oxford University Press.

Dickson Car Wheel Company (ZDA proti Mehiki), 1931 UNRIAA 669 (–julij 1931).

Dorđević, Stevan in Miodrag Mitić. 2000. *Diplomatsko i konzularno pravo*. Beograd: Javno preduzeće Službeni list SRJ.

Dugard, John. 2004. *Fifth Report on diplomatic protection of the Special Rapporteur on the 56th session of the Interantional Law Commission; U.N. Doc. A/CN.4/538*. Dostopno prek: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/260/16/PDF/N0426016.pdf> (1. april 2010).

--- 2005a. *Seventh Report on diplomatic protection of the Special Rapporteur, U.N. Doc. A/CN.4/567*. Dostopno prek: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/262/83/PDF/N0626283.pdf> (20. april 2010).

--- 2005b. *Sixth Report on diplomatic protection of the Special Rapporteur, U.N. Doc. A/CN.4/546*. Dostopno prek: <http://daccess-ods.un.org/TMP/1024196.74396515.html> (20. april 2010).

Elettronica Sicula S.p.A (ELSI) (ZDA proti Italiji), 1987 ICJ 197 (20. julij 1989).

Evropska komisija. 2009. *Evropsko državljanstvo in diplomatska zaščita*. Dostopno prek: <http://ec.europa.eu/youreurope/nav/sl/citizens/citizenship/inside-eu-protection/index.html> (29. april 2009).

Fisheries Jurisdiction (Španija proti Kanadi), 1995 ICJ 45 (4. december 1998).

GS. 1997. *General Assembly resolution – Resolucija Generalne skupščine, A/RES/51/160*. Dostopno prek: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/763/45/PDF/N9776345.pdf> (30. april 2009).

--- 1998. *General Assembly resolution – Resolucija Generalne skupščine, A/RES/52/156*. Dostopno prek: <http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/762/31/PDF/N9876231.pdf> (26. januar 2010).

--- 2001. *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10)*. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm> (1. april 2010).

--- 2006. *Resolution adopted by the General Assembly – Resolucija Generalne skupščine, A/RES/61/35*. Dostopno prek: <http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/496/53/PDF/N0649653.pdf> (23. april 2010).

--- 2007. *Resolution adopted by the General Assembly – Resolucija Generalne skupščine, A/RES/62/67*. Dostopno prek: <http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/467/79/PDF/N0746779.pdf> (23. april 2010).

--- 2009. *Spletna stran Šestega – pravnega odbora Generalne skupščine Združenih narodov*. Dostopno prek: http://www.un.org/ga/sixth/64/65_session.shtml (23. april 2010).

ILC. 1947. *Statute of International Law Commission – Statut Komisije za mednarodno pravo*. Sprejet z Resolucijo Generalne skupščine 174 (II), 21. 11. 1947. Dostopno prek: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute_e.pdf (19. april 2010).

--- 1956. *Yearbook of International Law Commission 1949, Summary Records and Documents of the First Session including the report of the Commission to the General Assembly, United Nations*. New York. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1949.htm> (17. januar 2009).

--- 1957a. *Yearbook of International Law Commission 1951, Volume I Summary Records of the Third Session, United Nations*. New York. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1951.htm> (17. januar 2009).

--- 1957b. *Yearbook of International Law Commission 1956, Volume II Documents of the eight session including the report of the Commission to the General Assembly, United Nations*. New York. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1956.htm> (17. januar 2009).

--- 1957c. *Yearbook of International Law Commission 1957, Volume I Summary Records of the Ninth Session United Nations*. New York. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1957.htm> (17. januar 2009).

--- 1957č. *Yearbook of International Law Commission 1957, Volume II, Documents of the ninth session including the report of the Commission to the General Assembly*. New York. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1957.htm> (17. januar 2009).

--- 1958a. *Yearbook of International Law Commission 1958, Volume I Summary Records of the Tenth Session United Nations*. New York. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1958.htm> (17. januar 2009).

--- 1958b. *Yearbook of International Law Commission 1958, Volume II, Documents of the tenth session including the report of the Commission to the General Assembly*. New York. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1958.htm> (17. januar 2009).

--- 1959. *Yearbook of International Law Commission 1959, Volume I, Summary Records of the Eleventh Session United Nations*. New York. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1959.htm> (17. januar 2009).

--- 1961a. *Yearbook of International Law Commission 1959, Volume I, Summary Records of the Twelfth Session United Nations*. New York. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1960.htm> (17. januar 2009).

--- 1961b. *Yearbook of International Law Commission 1960, Volume II, Documents of the twelfth session including the report of the Commission to the General Assembly*. New York. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1960.htm> (17. januar 2009).

--- 1978. *Yearbook of International Law Commission 1977, Volume II, Documents of the twenty-ninth session including the report of the Commission to the General Assembly*. New York. Dostopno prek: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1977_v2_p2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1977_v2_p2_e.pdf) (17. januar 2009).

--- 1996. *Report of the International Law Commission on the work of its forty-seventh session, UN Doc. A/50/10*. Dostopno prek: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N96/762/07/PDF/N9676207.pdf> (24. april 2009).

--- 1998a. *Yearbook of International Law Commission 1995. Volume II, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its forty-seventh session*. New York and Geneva. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1995.htm> (17. januar 2009).

--- 1998b. *Yearbook of International Law Commission 1996, Volume II, Part II, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its forty-eighth session*. New York and Geneva. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1996.htm> (17. januar 2009).

--- 2000a. *Yearbook of International Law Commission 1997, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its forty-ninth session*. New York and Geneva. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1997.htm> (17. januar 2009).

--- 2000b. *Yearbook of International Law Commission 1997, Volume II, Part II, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its forty-ninth session*. New York and Geneva. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1997.htm> (17. januar 2009).

--- 2001a. *Draft articles on Responsibility of states for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*. Dostopno prek: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (23. februar 2009).

--- 2001b. *Yearbook of International Law Commission 1998, Volume II, Part II, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fiftieth session*. New York and Geneva. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1998.htm> (17. januar 2009).

--- 2003a. *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-fifth session, UN Doc. A/58/10*. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2003/2003report.htm> (23. marec 2010).

--- 2003b. *Yearbook of International Law Commission 1999, Volume II, Part II, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-first session*. New York and Geneva. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1999.htm> (17. januar 2009).

--- 2005. *International Law Commission Report of the fifty-seventh session, A/60/10*. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2005/2005report.htm> (19. april 2010).

--- 2006a. *Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries*. Dostopno prek: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf (24. april 2009).

--- 2006b. *International Law Commission Report of the fifty-eighth session, A/61/10*. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2006/2006report.htm> (20. april 2010).

--- 2006c. *Yearbook of International Law Commission 2000, Volume II, Part II, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-second session*. New York and Geneva. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/2000.htm> (17. januar 2009).

--- 2007. *Yearbook of International Law Commission 2001, Volume II, Part II, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session*. New York and Geneva. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/2001.htm> (17. januar 2009).

--- 2008. *Yearbook of International Law Commission 1996, Volume II, Part I, Documents of the forty-eight session*. New York and Geneva. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1996.htm> (17. januar 2009).

--- 2009. *Yearbook of International Law Commission 2002, Volume II, Part II, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-fourth session*. New York and Geneva. Dostopno prek: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/2002.htm> (17. januar 2009).

Interhandel (Švica proti ZDA), 1957 ICJ 46 (21. marec 1959).

International Committee of the Red Cross. 2010. *International Humanitarian Law: State Parties / Signatories: Geneva Conventions of 12 August 1949*. Dostopno prek: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/380?OpenDocument> (18. april 2010).

International Covenant on Civil and Political Rights – Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah. (New York, 16. december 1966). 999 UNTS 171.

International Law Commission. 2010. *UN International Law Commission*. Dostopno prek: <http://www.un.org/law/ilc/index.htm> (18. maj 2010).

Janković, Branimir. 1988. *Diplomatija: savremeni sistem*. Beograd: IRO Naučna knjiga.

Jazbec, Milan. 1997. *Konzularni odnosi*. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede.

--- 1998. Vzpostavljanje diplomacij novih malih držav, uvodna študija. *Diplomacija in Slovenci: Zbornik tekstov o diplomaciji in o prispevku Slovencev v diplomatsko teorijo in prakso*. ur. Milan Jazbec, 9–35. Celovec: Drava.

Klabbers, Jan. 2002. *An Introduction to International Institutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Künzli, Annemarieke. 2006. Exercising Diplomatic protection: The Fine Line Between Litigation, Demarches and Consular Assistance. *Zeitschrift für ausländisches öffentliche Recht und Völkerrecht* 66 (2006): 321–50.

--- 2007. *The protection of Individuals by means of Diplomatic protection*. Doktorska disertacija. Leiden University: Law Faculty.

La Grand (Nemčija proti ZDA), 1999 ICJ 189 (27. junij 2001).

Lužnik, Tanja. 2009. *Diplomatska in konzularna zaščita državljanov EU v tretjih državah*. Diplomsko delo. Univerza v Ljubljani: Pravna fakulteta.

Mapp, Wayne. 1993. *The Iran–United States Claims Tribunal: the first ten years: an assessment of the tribunal's jurisprudence and its contribution to international arbitration*. Manchester: Manchester University Press.

Mavrommatis Palestine Concession (Grčija proti Veliki Britaniji), 1924 PCIJ A02 7 (30. avgust 1924).

Mixed Claim Commission (Združene države in Nemčija), 1922 UNRIAA 3 (31. avgust 1926).

Murphy, Sean. 2006. *Principles of International Law*. Washington: Thomson/West.

Nanda, P. Ved. 1990. U.S. Forces in Panama: Defenders, aggressors or human rights activists?: The validity of United States intervention in Panama under international law. *American Journal of International Law* 84 (2): 494–503.

North American Dredging Company of Texas (ZDA proti Združenim mehiškim državam), 1926 UNRIAA 26 (31. marec 1926).

Nottebohm (Liechtenstein proti Gvatemali), 1951 ICJ 32 (6. april 1955).

Panevezys – Saldutiskis Railway (Estonija proti Litvaniji), 1939 PCIJ A/B76 24 (28. februar 1939).

Pavčnik, Marijan. 1997. *Teorija prava*. Ljubljana: Cankarjeva založba.

Petrič, Ernest. 2008. Komisija za mednarodno pravo med *de lege lata* in *de lege ferenda*. V *Zbornik znanstvenih razprav ob 60. obletnici Komisije Združenih narodov za mednarodno pravo*, ur. Simona Drenik, Vasilka Sancin in Milan Jazbec, 11–19. Ljubljana: Ministrstvo za zunanje zadeve Republike Slovenije.

--- 2010. Intervju z avtorjem. Ljubljana, 2010.

Petrović, Slavoljub Đera. 2004. *Diplomatski praktikum*. Beograd: D.T.A. TRADE.

Radovič, Sandra. 1990. *Kodifikacija diplomatskega prava: diplomsko delo*. Ljubljana: FDV.

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (OZN proti Izraelu), 1949 ICJ 8 (11. april 1949).

Ritter, Jean-Pierre. 1962. La Protectione diplomatique á l'égard d'une organisation internationale. *Annuaire Francais de Droit International* 8: 427–56.

Sen, Biswanath. 1988. *A diplomat's handbook on international law and practice*. Dordrecht: Martinus Nijhoff publishers.

Shaw, Malcom Nathan. 1997. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Simoniti, Iztok. 1994. *Diplomatska pravo*. Ljubljana: Separat Teorije in prakse.

Škrk, Mirjam. 2003. Poročilo Komisije za mednarodno pravo o delu njenega 54. zasedanja. *Pravnik* 58 (4–5): 183–90.

Šlibar, Erika. 1997. *Diplomatska zaščita*. Diplomsko delo. Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta.

Švarc, Dominika. 2008. Komisija za mednarodno pravo in odgovornost držav za mednarodna protipravna dejanja. V *Zbornik znanstvenih razprav ob 60. obletnici Komisije Združenih narodov za mednarodno pravo*, ur. Simona Drenik, Vasilka Sancin in Milan Jazbec, 73–87. Ljubljana: Ministrstvo za zunanje zadeve Republike Slovenije.

The treaty on the European Union – Pogodba o Evropski uniji. 1992/1993. Dostopno prek: http://www.svz.gov.si/fileadmin/svz.gov.si/pageuploads/Primarna_zakonodaja/PEU.pdf. (20. januar 2010).

Treaty establishing the European Community – Pogodba o ustanovitvi Evropske skupnosti. 2006. OJ (C 321E) 1.

Türk, Danilo. 2007. *Temelji mednarodnega prava*. Ljubljana: GV Založba.

United Nations Convention on the Law of the Sea – Konvencija Združenih Narodov o pravu morja. 1982. Dostopno prek: http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/closindx.htm (15. januar 2010).

United Nations Treaty Collection. 2010. Dostopno prek: <http://treaties.un.org/Home.aspx> (3. avgust 2010).

Ustanovna listina Združenih narodov – Charter of the United Nations. 1945. Dostopno prek: <http://www.un.org/en/documents/charter/intro.shtml> (15. januar 2009).

Vienna Convention on Consular Relations – Dunajska konvencija o konzularnih odnosih. (Dunaj, 24. april 1963). 596 UNTS 261.

Vienna Convention on Diplomatic Relations – Dunajska konvencija o diplomatskih odnosih. (Dunaj, 18. april 1961). 500 UNTS 95.

Vienna Convention on the Law of Treaties – Dunajske konvencije o pogodbenem pravu. (Dunaj, 23. maj 1969). 1155 UNTS 331.

Wellens, Karel. 2002. *Remedies against International Organisations.* Cambridge: Cambridge University Press.

Westlake, John. 1910. The native states of India. *The Law Quarterly Review* 26 (19): 312–19.

6 PRILOGE

6.1 PRILOGA A: Seznam osnutka členov na različnih stopnjah obravnavanja s strani Komisije

UNITED
NATIONS

A



General Assembly

Distr.
LIMITED

A/CN.4/L.647/Add.1**
1 June 2004

Original: ENGLISH

INTERNATIONAL LAW COMMISSION
Fifty-sixth session
Geneva, 3 May-4 June and 5 July-6 August 2004

DIPLOMATIC PROTECTION

Titles and texts of the draft articles adopted by the Drafting Committee on first reading

Addendum

The chart below indicates the corresponding numbers of the draft articles during various stages of their consideration by the Commission up to first reading.

<u>Number of articles adopted on first reading</u>	<u>Number of articles provisionally adopted</u>	<u>Number of articles proposed by the SR</u>
Article 1	Article 1	Article 1
Article 2	Article 2 [3]	Article 3
Article 3	Articles 3 [5] (1) and 1 (2)	Articles 1 and 5
Article 4	Article 3 [5] (2)	Article 5
Article 5	Article 4 [9]	Article 9
Article 6	Article 5 [7]	Article 7
Article 7	Article 6	Article 6
Article 8	Article 7 [8]	Article 8
Article 9	...*	Article 17
Article 10	...*	Article 20

* Adopted at the present session of the Commission, hence no special numbering.

** Re-issued for technical reasons.

<u>Number of articles adopted on first reading</u>	<u>Number of articles provisionally adopted</u>	<u>Number of articles proposed by the SR</u>
Article 11	...*	Article 18
Article 12	...*	Article 19
Article 13	...*	Article 22
Article 14	Article 8 [10]	Article 10
Article 15	Article 9 [11]	Article 11
Article 16	Article 10 [14]	Article 14
Article 17	...*	Article 21
Article 18	...*	...
Article 19	...*	Article X

6. 2 PRILOGA B: Strukturiran intervju s prof. dr. Ernestom Petričem

VPRAŠALNIK

1. Kakšen naj bi bil, po Vašem mnenju, odnos Slovenije do kodifikacije diplomatske zaščite?
2. Na kakšen način bi bilo najbolje kodificirati diplomatsko zaščito, v obliki konvencije ali morda v kakšni drugi obliki?
3. Ali po Vašem mnenju obstaja interes v Sloveniji za kodifikacijo diplomatske zaščite? Koliko lahko Slovenija doprinese k sami kodifikaciji diplomatske zaščite?
4. Kaj bi pomenila kodifikacija diplomatske zaščite za Slovenijo?

ODGOVORI PROF. DR. ERNESTA PETRIČA POSALNI PO ELEKTRONSKI POŠTI

Spoštovana ga. Palamar,

kot ste sami ugotovili, je Komisija za mednarodno pravo (ILC) pripravila osnutek členov o diplomatski zaščiti. Zadeva je obtičala v Generalni skupščini, saj zaenkrat večina držav ne kaže interes, da bi prišlo do formalne kodifikacije, torej do konvencije o diplomatski zaščiti. Razlogi za to so različni, predvsem pa so številne države zadržane, ker menijo da kodifikacija ni potrebna in ne želijo dodatnih omejitev za njihovo zaščito lastnih državljanov, ki zaenkrat temelji na mednarodnem običajnem pravu. Po pravici povedano ne vem, kakšna stališča je do zadeve zavzela Slovenija leta 2006 in ali je sploh v 6. Odboru o tem kaj rekla. Morda vam o tem kaj več pove ga. mag. Simona Drenik v pravni službi Ministrstva za zunanje zadeve. Osebno mislim, da bi veljalo začeti postopek kodifikacije, to je morda sklic mednarodne konference, očitno pa zadeva ni nujna. Države se tudi bojijo ob vseh sodobnih obsežnih migracijskih procesih, da utegne taka konvencija omejiti njihovo ravnanje s tujimi državljani, nekatere pa se boje, da bi na temelju take konvencije prihajalo do pogostih tujih intervencij s strani drugih držav. Vsekakor, če naj bi do kodifikacije prišlo, bi osnutek ILC bil dobra

osnova. Sama Slovenija h kodifikaciji kaj bistveno ne more prispevati, razen da da svoj prispevek, če bo do na primer konference, ki naj bi kodificirala to materijo, ali do razprave v Generalni skupščini OZN o tem prišlo.

S spoštovanjem, prof. dr. Ernest Petrič.

6.3 PRILOGA C: Osnutek členov o diplomatski zaščiti

Draft articles on Diplomatic Protection

2006

Text adopted by the International Law Commission at its fifty-eighth session, in 2006, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session. The report, which also contains commentaries on the draft articles, appears in *Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10)*.



Copyright © United Nations
2006

DIPLOMATIC PROTECTION

PART ONE GENERAL PROVISIONS

Article 1

Definition and scope

For the purposes of the present draft articles, diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility.

Article 2

Right to exercise diplomatic protection

A State has the right to exercise diplomatic protection in accordance with the present draft articles.

PART TWO NATIONALITY

CHAPTER I GENERAL PRINCIPLES

Article 3

Protection by the State of nationality

1. The State entitled to exercise diplomatic protection is the State of nationality.
2. Notwithstanding paragraph 1, diplomatic protection may be exercised by a State in respect of a person that is not its national in accordance with draft article 8.

CHAPTER II NATURAL PERSONS

Article 4

State of nationality of a natural person

For the purposes of the diplomatic protection of a natural person, a State of nationality means a State whose nationality that person has acquired, in accordance with the law of that State, by birth, descent, naturalization, succession of States or in any other manner, not inconsistent with international law.

Article 5

Continuous nationality of a natural person

1. A State is entitled to exercise diplomatic protection in respect of a person who was a national of that State continuously from the date of injury to the date of the official presentation of the claim. Continuity is presumed if that nationality existed at both these dates.
2. Notwithstanding paragraph 1, a State may exercise diplomatic protection in respect of a person who is its national at the date of the official presentation of the claim but was not a national at the date of injury, provided that the person had the nationality of a predecessor State or lost his or her previous nationality and acquired, for a reason unrelated to the bringing of the claim, the nationality of the former State in a manner not inconsistent with international law.
3. Diplomatic protection shall not be exercised by the present State of nationality in respect of a person against a former State of nationality of that person for an injury caused when that person was a national of the former State of nationality and not of the present State of nationality.
4. A State is no longer entitled to exercise diplomatic protection in respect of a person who acquires the nationality of the State against which the claim is brought after the date of the official presentation of the claim.

Article 6

Multiple nationality and claim against a third State

1. Any State of which a dual or multiple national is a national may exercise diplomatic protection in respect of that national against a State of which that person is not a national.
2. Two or more States of nationality may jointly exercise diplomatic protection in respect of a dual or multiple national.

Article 7

Multiple nationality and claim against a State of nationality

A State of nationality may not exercise diplomatic protection in respect of a person against a State of which that person is also a national unless the nationality of the former State is predominant, both at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim.

Article 8

Stateless persons and refugees

1. A State may exercise diplomatic protection in respect of a stateless person who, at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim, is lawfully and habitually resident in that State.
2. A State may exercise diplomatic protection in respect of a person who is recognized as a refugee by that State, in accordance with internationally accepted standards, when that person, at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim, is lawfully and habitually resident in that State.
3. Paragraph 2 does not apply in respect of an injury caused by an internationally wrongful act of the State of nationality of the refugee.

CHAPTER III LEGAL PERSONS

Article 9

State of nationality of a corporation

For the purposes of the diplomatic protection of a corporation, the State of nationality means the State under whose law the corporation was incorporated. However, when the corporation is controlled by nationals of another State or States and has no substantial business activities in the State of incorporation, and the seat of management and the financial control of the corporation are both located in another State, that State shall be regarded as the State of nationality.

Article 10

Continuous nationality of a corporation

1. A State is entitled to exercise diplomatic protection in respect of a corporation that was a national of that State, or its predecessor State, continuously from the date of injury to the date of the official presentation of the claim. Continuity is presumed if that nationality existed at both these dates.
2. A State is no longer entitled to exercise diplomatic protection in respect of a corporation that acquires the nationality of the State against which the claim is brought after the presentation of the claim.
3. Notwithstanding paragraph 1, a State continues to be entitled to exercise diplomatic protection in respect of a corporation which was its national at the date of injury and which, as the result of the injury, has ceased to exist according to the law of the State of incorporation.

Article 11

Protection of shareholders

A State of nationality of shareholders in a corporation shall not be entitled to exercise diplomatic protection in respect of such shareholders in the case of an injury to the corporation unless:

- (a) The corporation has ceased to exist according to the law of the State of incorporation for a reason unrelated to the injury; or
- (b) The corporation had, at the date of injury, the nationality of the State alleged to be responsible for causing the injury, and incorporation in that State was required by it as a precondition for doing business there.

Article 12

Direct injury to shareholders

To the extent that an internationally wrongful act of a State causes direct injury to the rights of shareholders as such, as distinct from those of the corporation itself, the State of nationality of any such shareholders is entitled to exercise diplomatic protection in respect of its nationals.

Article 13

Other legal persons

The principles contained in this chapter shall be applicable, as appropriate, to the diplomatic protection of legal persons other than corporations.

PART THREE
LOCAL REMEDIES

Article 14

Exhaustion of local remedies

1. A State may not present an international claim in respect of an injury to a national or other person referred to in draft article 8 before the injured person has, subject to draft article 15, exhausted all local remedies.
2. “Local remedies” means legal remedies which are open to an injured person before the judicial or administrative courts or bodies, whether ordinary or special, of the State alleged to be responsible for causing the injury.
3. Local remedies shall be exhausted where an international claim, or request for a declaratory judgement related to the claim, is brought preponderantly on the basis of an injury to a national or other person referred to in draft article 8.

Article 15

Exceptions to the local remedies rule

Local remedies do not need to be exhausted where:

- (a) There are no reasonably available local remedies to provide effective redress, or the local remedies provide no reasonable possibility of such redress;
- (b) There is undue delay in the remedial process which is attributable to the State alleged to be responsible;
- (c) There was no relevant connection between the injured person and the State alleged to be responsible at the date of injury;
- (d) The injured person is manifestly precluded from pursuing local remedies; or
- (e) The State alleged to be responsible has waived the requirement that local remedies be exhausted.

PART FOUR
MISCELLANEOUS PROVISIONS

Article 16

Actions or procedures other than diplomatic protection

The rights of States, natural persons, legal persons or other entities to resort under international law to actions or procedures other than diplomatic protection to secure redress for injury suffered as a result of an internationally wrongful act, are not affected by the present draft articles.

Article 17

Special rules of international law

The present draft articles do not apply to the extent that they are inconsistent with special rules of international law, such as treaty provisions for the protection of investments.

Article 18

Protection of ships' crews

The right of the State of nationality of the members of the crew of a ship to exercise diplomatic protection is not affected by the right of the State of nationality of a ship to seek redress on behalf of such crew members, irrespective of their nationality, when they have been injured in connection with an injury to the vessel resulting from an internationally wrongful act.

Article 19

Recommended practice

A State entitled to exercise diplomatic protection according to the present draft articles, should:

- (a) Give due consideration to the possibility of exercising diplomatic protection, especially when a significant injury has occurred;
 - (b) Take into account, wherever feasible, the views of injured persons with regard to resort to diplomatic protection and the reparation to be sought; and
 - (c) Transfer to the injured person any compensation obtained for the injury from the responsible State subject to any reasonable deductions.
-