

Др Бојан Милисављевић*

ИСЦРПЉЕЊЕ УНУТРАШЊИХ ПРАВНИХ СРЕДСТАВА КАО УСЛОВ ЗА ПРИМЕНУ ДИПЛОМАТСКЕ ЗАШТИТЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

*Рад анализира правила о обавезном исцрпљењу унутрашњих правних средстава као неопходни услов за примену дипломатске заштите у међународном праву. Пре него што се постави питање одговорности државе на међународном плану, за повреду права страног држављанина или предузећа неопходно је покушати постићи правну заштиту пред унутрашњим органима државе. Аутор на почетку обрађује специфичну еволуцију дипломатске заштите, од мере међудржавне интервенције, до једне од правно допуштених активности коју држава може да примени ради заштите права сопственог држављанина. Истражује се формирање овог правила на универзалном нивоу, као и арбитраж на пракса, с посебним освртом на праксу Међународног суда правде у овој области. Такође се анализира рад Комисије за међународно право Уједињених нација у погледу Нацрта о дипломатској заштити и наведени су неки основни изузеци од примене правила о обавези исцрпљења унутрашњих правних средстава заштите. Посебно се скреће пажња на погрешне закључке аутора, поготово оних који се баве људским правима, о формирању правила о директној надлежности међународних тела. Истина је да се државе у пракси понекад одричу могућности вођења поступака на националном нивоу, али тако настају само обавезе *inter partes*, а никако оне које су *erga omnes* природе, какво је несумњиво правило о обавезном коришћењу унутрашњих средстава заштите.*

Кључне речи: *Исцрпљење унутрашњих средстава. Дипломатска заштита. Комисија за међународно право. Међународни суд правде.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Дипломатска заштита је веома стар институт у међународном јавном праву, али је протеком времена доживео значајне промене,

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, bojan@ius.bg.ac.rs.

започевши као једна од мера интервенције,¹ па све до данас, када подразумева читав сет прихватљивих мера чији је циљ заштита права сопствених држављана или правних лица када дође до њихових повреда у иностранству. Примена мера дипломатске заштите није постављена безусловно. Уобичајено је да се приликом излагања о дипломатској заштити наводе неопходни услови да би она могла бити предузета. Тако се наводе исцрпљење правних средстава државе штетника, постојање активне државне припадности на страни државе која је користи и повреда правила међународног права. Ове услове могли бисмо назвати и процесним условима.²

Може се, такође, поставити питање због чега се покреће примена дипломатске заштите. У правној теорији је било уобичајено да се тада говори о повреди права страних држављанина, а данас се говори о повреди права појединца. Разлика је у томе што је основ за гарантовање права био другачији. Раније је сматрано да сви страни држављани треба да имају једнак правни статус јер је то последица њиховог припадништва другој држави.³ Насупрот томе данас се основна права подразумевају у вези са сваким људским бићем. Добар пример за то је да и лица без држављанства – апатриди имају право на признавање основних људских права иако иза њих не стоји нити једна друга држава. У контексту ове теме поставља се питање да ли су они ипак остављени без права на дипломатску заштиту?

Традиционална или класична теорија сматрала је да сви страни држављани имају, нека основна, минимална права. Тако су наводили: 1. право на улазак из државе и излазак из ње као и право на боравак; 2. право на слободу кретања; 3. имовинска права.⁴

Иако се ради о минималним правима странаца, чак су и она могла бити ограничена или потпуно искључена. Тако Вател наводи: „Суверен може забранити улазак на своју територију свим страним држављанима или само некима од њих, или у одређеним случајевима или за одређену сврху када то захтева добробит одређене државе“.⁵ На сличан начин закључивао је и Опенхајм „Пријем страних држављана

¹ Вид. Frederick Sherwood Dunn, *The Protection of Nationals*, The Johns Hopkins Press, Baltimor 1932, 46; Бојан Милисављевић, „Развој института дипломатске заштите у међународном праву“, *Међународна политика* 62/2011, 80 94.

² Вид. *Draft articles on Diplomatic Protection*, 2006, Official Records of the General Assembly, Sixty first Session, Suppl. No. 10 (A/61/10).

³ Richard B. Lillich, „The Diplomatic Protection of National Abroad: An Elementary Principle of International Law Under Attack“, *American Journal of International Law (AJIL)*, 69, 2/1975, 359 365.

⁴ Biswanath Sen, *A Diplomat's Handbook of International Law and Practice*, Martinius Nijhoff Publishers, London 1988, 340.

⁵ Emerich De Vattel, *Law of Nations*, I, T & J. W. Jonson, Law Booksellers, 1844, 125.

је ствар дискреције и свака држава из разлога територијалне супремације има право да искључи стране држављане са дела или са целе своје територије“.⁶ Минимална права странаца су настала као природно обичајно право и аутоматски су повлачила питање дипломатске заштите. Тако су се мере дипломатске заштите активирале у случајевима да је долазило до повреде минималних права странаца.⁷

Данас се ово право држава не посматра на тако апсолутан начин. Наиме постоји велики број међународних конвенција које предвиђају обавезу државама да дозволе пролазак, па чак и боравак страним држављанима на својој територији. Такви су општи уговори о статусу избеглица, апатрида, као и други међународни уговори. Са друге стране државе нису више потпуно слободне на искључење проласка или боравка лица и када нема конкретних уговорних ограничења. Тако државе не смеју да повређују опште правило о забрани дискриминације када ограничавају улазак лица на своју територију. Поред тога постоје и уговорни механизми на регионалном нивоу којима се гарантује право слободног кретања као у оквиру основних слобода Европске уније.⁸

Ипак и поред обавеза држава да поштују слободу кретања страних држављана она се увек може ограничити или чак и суспендовати. Тако насупрот права која су стекли странци су имали и јасне обавезе у смислу поштовања правила унутрашњег права државе где се налазе. Као оправдани разлози за суспензију минималних права наводе се јавни интереси, здравствени разлози или разлози безбедности. Друго право странаца на слободу кретања у доброј мери је обухваћено првим па овде није потребна никаква посебна елаборација у том смислу.

Право на имовину је традиционално било признавано као једно од основних права која су везана за странце. Ово право је шире од признања самог права на власништво над имовином која се поседује и обухвата и право на обављање слободних професионалних активности. Као једно од права које је у пракси међународне заједнице било најчешће разматрано јесте право на стицање непокретности од стране страних држављана. Постоје државе које не признају такво право, али већи број држава које га признају наводе бројна ограничења. Пошто је јасно да не постоји униформна пракса у том погледу онда државе веома често закључују билателарне уговоре којима међусобно

⁶ Lassa Francis Lawrence Oppenheim, *International Law*, I Oxford University Press, Oxford 2008, 677.

⁷ Guy I. F. Leigh, „Nationality and Diplomatic Protection“, *The International and Comparative Law Quarterly*, 20, 3/1971, 455.

⁸ Вид. оснивачке уговоре Европске уније, посебно чл. 2 Уговора о европској економској заједници.

признају услове и начин стицања непокретности или имовине уопште од стране њихових држављана.⁹ Код признања права странаца на поседовање имовине посебно је јак утицај принципа реципроцитета. На регионалном нивоу су у смислу признања права на стицање и гаранцију имовине признати и одређени механизми,¹⁰ као у Савету Европе где Протокол 1. уз Конвенцију о људским правима и основним слободама од 1950. године гарантује право на имовину.¹¹

Право на имовину је у смислу примене института дипломатске заштите веома важно јер су у вези с њим настајали бројни спорови када је долазило до повреде права странаца. Најчешће су разлози били национализација имовине странаца противно правилима било унутрашњег права, било одсуством било какве компензације што је обавеза према међународном праву.¹²

Питање утврђивања правила која се тичу национализације су на дневни ред међународног права дошла услед чињенице да су колонијални режими који су били присутни на великом броју територија довели до тога да новонастале државе нису у могућности да самостално управљају својим природним ресурсима. Тако је у оквиру Уједињених нација дошло до усвајања одређених аката у том смислу.¹³

Нетачно би било закључити да су национализације доводиле само до настајања спорова између држава. Тако постоје и бројни примери када је дошло до закључења билателарних уговора о исплати компензације на име национализоване имовине у одређеним државама.¹⁴ Примери поменутих уговора најбоље показују да су они

⁹ Чл. 7 Уговора о пријатељству, трговини и саобраћају између САД и Италије.

¹⁰ Вид. Европску конвенцију о оснивању из 1955. године.

¹¹ Monica Carss Frisk, *Pravo na imovinu, Vodič za primenu člana 1 Protokola br. 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Savet Evrope, Beograd 2004; Бојан Милисављевић, *Право на имовину кроз праксу Европског суда за људска права*, Зборник Удружења за међународно кривично право, Београд 2011.

¹² То је потврђено и одлукама Међународног суда правде: *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, 1926, P. C. I. J., Series A. No. 7, *Serbian and Brazilian Loans Case*, 1929, P. C. I. J., Series A. No. 20, *Norwegian Shipping Claims*, U.S.A. v. Norway, Permanent Court of Arbitration, 1922.

¹³ Резолуција Генералне скупштине о трајној суверености над природним ресурсима из 1962. године, Декларација о економским правима и дужностима држава из 1974. године и Декларација о новом светском економском поретку из 1974. године.

¹⁴ Тако је 1983. године закључен уговор којим се Танзанија обавезала на исплату 12,500.000 \$ Великој Британији на име национализације 18 компанија из 1978. године, даље је Етиопија 1984. године прихватила да једној Британској компанији исплати 2,600.000 фунти због национализације њене имовине, као и да САД у исплати 7,000.000 \$ 1986. године због национализације њених компанија.

результат притиска и могу се подвести под мере дипломатске заштите. Са етичке стране државе које су више векова биле експлоатисане морале су да плате последњу велику цену за своју слободу. Биле су дужне да, иако су се формално осамосталиле, сада купују сопствену слободу, руднике, имовину. Тако је стицање независности било велики корак за свест грађана таквих територија, али су дугогодишња економска одрицања била пресудна да економије таквих држава које су у повоју додатно посрну.

У данашњој међународној заједници државе у развоју су веома интересантне за стране инвеститоре јер могу да им обезбеде веће и брже профите, али су такође то и високоризичне инвестиције. Из тих разлога државе закључују уговоре којима покушавају да гарантују својим инвеститорима правну сигурност за деловање.¹⁵

2. ИСЦРПЉЕНОСТ УНУТРАШЊИХ ПРАВНИХ СРЕДСТАВА ДРЖАВЕ ШТЕТНИКА

Права појединца могу бити повређена у унутрашњим порецима било које државе и то само по себи не рађа и аутоматско право на покретање института дипломатске заштите. Разумна је претпоставка, која је често и потпуно на месту да, ће страни држављанин моћи да у поступку, пред надлежним органима државе штетника, заштити своја права и обезбеди право на одговарајућу одштету. Тек уколико је страни држављанин искористио све правне могућности ради обезбеђења заштите својих права пред унутрашњим органима и није на адекватан начин стекао сатисфакцију, може се, уз испуњеност осталих услова, покренути механизам дипломатке заштите и поступак пренети на међудржавни ниво. Тако је према правилима међународног обичајног права сваки страни инвеститор (мисли се на физичко или правно лице) обавезан да за решавање спора који је настао између њега и државе домаћина прво обрати судовима ове државе.¹⁶ Тако је Џесап коментарисао „Постоји добро установљено, али недовољно прецизно одређено правило да странац мора да ис-

Даље се Чехословачка обавезала да исплати 81,500.000 \$ САД у 1982. године због национализације и експропријације имовине њених држављана. Сличан уговор је САД закључила и с Кином још 1976. године, Велика Британија с Румунијом и Ма роком, према подацима В. Сен, 359.

¹⁵ Пример је Велика Британија која је 1980. године закључила такве уговоре са Белизом, Камеруном, Костариком, Египтом, Јорданом, Лесотом, Малезијом, Па намом, Папуом новом Гвинејом, Парагвајем, Корејом, Сенегалом, Сијера Леонеом, Шри Ланком, Тајландом и Новим Јеменом, вид. В. Сен, 362.

¹⁶ UNCTAD, *Dispute Settlement: Investor State*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Geneva 2003, 5.

црпи сва средства унутрашњег поретка пре употребе дипломатске заштите¹⁷. На такав начин функционишу и нека регионална тела данас као што је Европски суд за људска права¹⁸ који не може да заснује надлежност по правилу уколико нису исцрпљена сва средства заштите унутар поретка државе која је тужена. Овај процесни услов се не односи на институт дипломатске заштите, али може се навести као аргумент у прилог формирања општег обичајног правила о првенственој надлежности домаћих судских органа у смислу успостављања одговорности државе на међународном плану. Исти су услови прихватљивости и у вези са Комитетом за људска права који је уговорно телу уз Пакт о грађанским и политичким правима.¹⁹ Тако је исправан закључак да је према општим принципима међународног права исцрпљење унутрашњих средстава заштите процедурални предуслов за коришћење дипломатске заштите.²⁰

На такав начин се у специфичном међународном поретку обезбеђује са једне стране поштовање суверенитета држава, а са друге стране на овај начин се успоставља и постојање двостепености у смислу правне заштите. Да би се могла успоставити примена дипломатске заштите неопходно је да је нека држава својом радњом, било да је то учинила активном радњом или само пропуштањем, повредила права неког страног држављанина. Уколико се по окончању поступка пред унутрашњим државним органима испостави да она није желела или могла да обезбеди поштовање права која припадају страном држављанину онда је оправдано да се покушај правне заштите са унутрашњег поретка пренесе на међународни. Једина је разлика што се онда у улози тужиоца јавља друга држава, а не само лице, било оно физичко или правно, чија су права повређена.

3. РАЗВОЈ ПРАВИЛА

Правило о исцрпљењу унутрашњих правних средстава заштите настало је као обичајна норма још кроз XIX век где је „Калво клаузула“²¹ управо и наводила употребу поступака унутар државе као

¹⁷ Philip C. Jessup, *A Modern Law of Nations*, Macmillan, New York 1956, 104.

¹⁸ Чл. 26 Конвенције о правима човека и основним слободама из 1950. године.

¹⁹ Чл. 41 Пакта о грађанским и политичким правима из 1966. године.

²⁰ *Resolution No. 5/2006*, став 1, International Law Association.

²¹ Творац теорије која је наведена је аргентински теоретичар Калво који је још 1868. године изложио веома аргументовану правну концепцију усмерену против интервенционизма које је било општекоришћено на подручју Латинске Америке. Калво је приметио да европске државе у међусобним односима не примењују такве мере када дође до повреде права њихових држављана, па би се аналоган третман

једино правно средство заштите странаца. С временом је настало правило да се ради о првом поступку који је предуслов за прелазак на међународни ниво заштите. У том смислу можемо посматрати прелазак на међународни ниво као супсидијарну меру уколико није остварена адекватна заштита на националном нивоу. Када долази до инвестирања страних држављана у већем обиму у данашњој пракси правило је да се закључују и споразуми који предвиђају други степен заштите права страног држављанина²² у случају да му право буде повређено, а да не пронађе задовољење пред органима државе штетника. Тако је према изјави одсека за правна питања швајцарског министарства иностраних послова указано је да у случају да њени држављани доспеју у затвор морају да искористе сва средства унутрашњег поретка пре него што се предузме мере дипломатске заштите.²³

У раном периоду развоја заштите сопствених држављана примењивале су се мере реторзије као нека врста санкције уколико дође до повреде права држављана на територији друге државе. Радило се о деловању по принципу реципроцитета када је после повреде права неког нашег држављанина на располагању стајала иста или слична мера, али у супротном смеру. Тако су и неки уговори предвиђали могућност примене реторзија. Пример је Англо-Шпански уговор из 1667. године према коме је у случају непотребног одлагања у погледу покушаја да се оствари сатисфакција после протекла од шест месеци могло да дође до реторзионих мера.²⁴ Важно је напоменути да се у овој фази развоја заштите права странаца радило о приватноправним реторзијама, дакле у почетку нису државе деловале у њихову заштиту већ се сматрало да они сами могу да на тај начин штите своја права.

Касније су све мере биле пребачене на страну државе које су почеле да штите сопствене држављане, али је увек остао исти услов у погледу обавезе исцрпљења унутрашњих правних средстава заштите у поретку државе штетника. С временом су правила о обавезном коришћењу унутрашњих правних средстава постала део правних правила која су се кроз XIX век конституисала у вези с дипломатском заштитом. Тако је већ пред Друштвом народа било јасно да се ово правило усталило у односима држава што видимо у иступању француског представника када је категорично одбио да се

могао очекивати и на другим подручјима. Свако друго поступање значило би давање већих права страним држављанима у односу на домаће у истим односима што би било недопустиво. Таква схватања наишла су на велику подршку на подручју овог региона па је постала и саставни део спољне политике неколицине држава.

²² Вид. *UNCTAD, Dispute Settlement: Investor State*, 29.

²³ Преузето из Chitharanjan Félix, Amerasinghe, „Local remedies in international law“, *Cambridge Studies in International and Comparative Law*, Cambridge 2004², 3.

²⁴ *Ibid.*, 27

питање одговорности државе може поставити пре него што се исцрпе унутрашња правна средства државе штетника.²⁵

Поводом исцрпљења унутрашњих правних средстава која стоје на располагању држави неопходно је поново указати на Калво доктрину која је била основ за ограничење интервенција у Латинској Америци. У процесу ојачавања држава у том региону дошло је до увођења поменутих клаузула чија је сврха била да се правни поредак држава не заобилази већ да се субјекти који инвестирају у њима практично унапред обавезу на прихватање одлуке националних органа и тако одрекну мера дипломатске заштите. Ова доктрина је настала као природна реакција на постојање интервенционизма који је био примењиван без обзира на ток поступка пред националним органима тих држава током XIX века. Колики је значај ове доктрине показује и чињеница да чак и устави неких држава из овог региона, а и други национални прописи предвиђају примену правила из Калво доктрине када је реч о прописима о инвестирању страних компанија или појединаца.²⁶ На тај начин ове државе штите своју сувереност над природним ресурсима и економским активностима. Иако је настала још у XIX веку Калво доктрина је почивала на неким прихватљивим принципима. Теорија је била заснована на следећој премиси: странци који улажу у државу (или закључују уговор о позајмици са државом) би требало да имају иста права у погледу заштите као и држављани те државе и они не би требало да имају већи обим заштите. Уколико претрпе извесну штету они би требало да потраже заштиту од судова те државе где инвестирају.²⁷

Са друге стране пракса САД-а током XIX века није била у складу са напред наведеним правилом, па се због тога за тај период не може тврдити да је постојало опште правило о обавезном коришћењу унутрашњих правних средстава заштите. САД је у складу са прихваћеном Монроовом доктрином сматрала да у својој интересној сфери може да слободно интервенише ради заштите својих интереса без обзира на унутрашњи поредак односних држава. Тако је државни секретар Фиш 1873. године изјавио да држављанин САД-а у страни држави није дужан да користи унутрашња средства поретка државе када је јасно да тако не би постигао задовољење.²⁸ Тек касније током XX века су САД прихватиле обавезу употребе

²⁵ *Acts of the Conference for the Codification of International Law*, Minutes of the Third Committee, LN Doc. C351cM145c 1930. V, vol 4.

²⁶ Такав је случај са следећим државама: Боливија, Колумбија, Еквадор, Перу и Венецуела.

²⁷ Jan Paulsson, *Denial of justice in international law*, Herch Lauterpacht Memorial Lecturers, Cambridge 2005, 20.

²⁸ John Bassett Moore, *International Law*, Washington 1906, 677.

унутрашњих правних средстава као општи принцип међународног јавног права.²⁹ Поред САД и Канада је прихватила правило о обавези коришћења унутрашњих правних средстава што се може видети на основу изјаве заменика секретара за спољне послове у односу на примену дипломатске заштите према источно-европским државама из 1967. године. У тој изјави је истакнуто да је неопходно претходно исцрпити сва средства заштите унутрашњег поретка па тек онда прећи на мере дипломатске заштите.³⁰ Овакво правило потврђено је у бројним случајевима пред Сталним међународним судом правде где се о њему расправљало и где је овај суд констатовао његову правну природу као универзалног правила.³¹

Данас је правило о потреби искоришћења унутрашњих средстава заштите део општег међународног права и то се може видети кроз бројне међународне инструменте. Тако ово правило као претходни услов за коришћење међународних механизма надзора и контроле над поштовањем одредаба предвиђају Пакт о грађанским и политичким правима, Допунски протокол уз овај пакт, Афричка Повеља о људским правима, Америчка конвенција о правима човека. Поводом примене овог прописа постоји и богата пракса пред Европским судом за људска права који је још у случају *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium* из 1971. године потврдио да се ради о правилу које је општеприхваћено у међународном праву.³²

Каснија пракса међународних судских тела није била једногласна у погледу примене овог правила изван оквира дипломатске заштите. Наиме било је доста случајева у којима су покретани арбитражни поступци, а да није било ни говора о потреби искоришћења унутрашњих правних средстава заштите. Тако да се не би могло рећи да је обавеза употребе свих унутрашњих средстава заштите постала општеобичајно правило у свим случајевима када се поставља питање одговорности на међународном плану. Уколико је реч о типичним међудржавним споровима, дакле када се не примењује механизам

²⁹ Вид. Ernest L. Kerley, *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law*, AJIL 56/1962, 166.

³⁰ Преузето из C. F. Amerasinghe, 32.

³¹ *Mavrommatic Palestine Concessions Case*, PCIJ Series A No 2, 1924; *The German Interests in Upper Silesia Case*, PCIJ Series A No 7, 1926; *The Corzow Factory Case*, PCIJ Series A No 9, 1927; *The Serbian and Brazilian Loans Cases*, PCIJ Series A Nos 20 1, 1929; *The Administration of the Prince Von Pless Case*, PCIJ Series A/B No 52, 1933; *The Affaire Losinger and Co., Order of 1939*, PCIJ Series A/B No 67; *The Borchgrave Case*, PCIJ Series A/B No 72, 1937; *The Phosphates in Morocco Case*, PCIJ Series A/B No 74, 1938; *The Panavezys Saldutiskis Railway Case*, PCIJ Series A/B No 76, 1939.

³² *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Judgment of 18 June 1971, Series A no. 12.

супституције, онда искоришћеност унутрашњих правних средстава заштите није предуслов.

Током развоја правила о исцрпљености унутрашњих средстава заштите није увек било јасно која се средства имају искористити, то јест када се може сматрати да су она искоришћена. Тако је као прво настало правило да се морају користити сва доступна судска средства унутрашњег поретка државе.³³ Поред тога и коришћење свих средстава пред административним судовима долазило је у обзир.³⁴ Суд је у овом поступку јасно истакао да се испуњење услова о исцрпљењу унутрашњих правних средстава може сматрати: иако оно произлази из правних празина у организацији унутрашњих судова или због одбијања извршне власти или због посебних метода обештећења који су установљени да би попунили очигледне недостатке у организацији.³⁵ На овај начин Суд је још у ранијем периоду развоја правила о исцрпљењу унутрашњих средстава показао да ће веома широко тумачити овај услов, па чак и у случајевима када су пропусти у организацији довели до немогућности заштите неког приватног права у држави.

4. ПРАКСА ДРЖАВА ПОВОДОМ ИСЦРПЉЕЊА УНУТРАШЊИХ ПРАВНИХ СРЕДСТАВА

Уколико упоредимо поступке на међународном плану и на унутрашњем плану можемо закључити да се примећују предности у погледу ових потоњих. Тако поједини аутори закључују да је коришћење унутрашњих поступака често брже, јефтиније и ефикасније него коришћење међународних инструмената. Они могу бити ефективнији у смислу да виши суд може да врати поступак на поновно одлучивање нижем суду, што међународни суд није у прилици да учини.³⁶ На такав начин је могућност отклањања неправилности у поступцима већа.

У одређеним случајевима постојала је тежња да се на неки начин заобиђе деловање унутрашњих органа држава па је била предвиђана директна могућност примене дипломатске заштите. Тако је надлежност унутрашњих органа била искључивана имплицитно или изричито међународним уговором, као што је то учињено

³³ Вид. International Law Association, Resolution No 5/2006, став 2.

³⁴ Вид. Phosphates in Morocco Case, PCIJ Series, A/B No 74, 1938.

³⁵ Phosphates in Morocco Case, PCIJ Series, A/B No 74, 1938, 28.

³⁶ Nsongurua Udombana, *So Far, So Fair: The Local Remedies Rule in the Jurisprudence of the African Commission on Human and Peoples Rights*, 2003, 97 AJIL, 1, 9.

Конвенцијом о решавању инвестиционих спорова између држава и странаца, као и многим билателарним уговорима о улагањима.³⁷

Такви уговори нису могли да угрозе егзистенцију правила о коришћењу унутрашњих механизма ради заштите које је део општег обичајног права. Оправдање за постојање таквог правила може се наћи у самој правној природи међународног права које почива на коегзистенцији већег броја равноправних субјеката. Дозволити да се само по себи заобилази деловање унутрашњих органа за догађаје који су се одиграли на територији односне државе значило би негацију неких когентних правила која су у самој основи међународног права. Тако је основни принцип који произлази из самог суверенитета над сопственом територијом принцип територијалне надлежности. Због тога је природно да унутрашњи органи имају право да доносе правно обавезујуће одлуке за све радње на територији ма ко се јављао у конкретном поступку. Овакве ставове потврђује и судија Кордова у свом одвојеном мишљењу поводом случаја *Интерхендел*: „Ово правило (мисли се на правило о исцрпљености унутрашњих средстава) проналази свој основ и оправданост у разлозима који су можда и важнији од прости могућности исцрпљења компликованих правних процедура и одлука. Главни разлог за његово постојање јесте апсолутна неопходност успостављања равнотеже у погледу националне и међународне јурисдикције – поштовања суверене надлежности државе – према којој домаћи држављани и странци јесу субјекти права и примене дипломатске заштите где су објект заштите само страни држављани. Ова равнотежа и поштовање суверености државе обезбеђује се давањем првенствене надлежности домаћих судова државе у случајевима када страни држављани имају захтеве у вези с активностима законодавних или извршних органа те државе. Такво првенство може се гарантовати само обавезним поштовањем да се исцрпе сва унутрашња правна средства заштите“.³⁸

Овакав редослед је потпуно логичан јер се не може стварати презумпција повреде права појединца, или уколико му је неко право и заиста повређено на територији државе штетника неопходно је пружити правну могућност да та односна држава исправи противправну ситуацију и пружи одговарајућу сатисфакцију страном држављанину. На овај начин се поштују основни принципи и унутрашњих поредака, али и међународног права. Ако се на адекватан начин искористе правни инструменти државе штетника онда је испуњен један од основних услова за предузимање мера дипломатске заштите. Даље активности зависе искључиво од воље матичне државе штетника.

³⁷ C. F. Amerasinghe, 6.

³⁸ ICJ Reports, Separate Opinion of Judge Cordova in the *Interhandel Case*, 1959, 45.

Према традиционалном схватању везаном за институт дипломатске заштите матична држава је аутономна у таквој одлуци и „она није ни по ком основу у обавези да оправдава своју одлуку на било који начин, то је у потпуности у оквиру потреба њене спољне политике“.³⁹

Понекад неће бити јасно шта се сматра потпуним искоришћењем унутрашњих средстава заштите државе штетника. Као једна општа смерница може се узети упућивање на релевантне ставове према Резолуцији Удружења за међународно право где је наведено: коришћење унутрашњих средстава заштите подразумева а) вођење поступка заштите права пред свим органима државе домаћина, б) представљање потраживања у својим битним елементима пред наведеним органима, в) употреба свих процесних механизма заштите с циљем постизања потраживања.⁴⁰

Приликом процене да ли пред органима државе штетника дошло до исцрпљења свих предевиђених правних средстава ради обештећења не улази се у то да ли је реч о повреди права појединца које има свој основ у унутрашњим прописима те државе, или му је повређено право које му је загарантовано неким међународним инструментом. Услед сталне изградње међународног права могуће је да до повреде дође и у контексту унутрашњег и међународног права. Дакле могуће је да иступање матичне државе буде инспирисано и услед прекршаја неке норме која постоји само у унутрашњем поретку државе штетника. У крајњој инстанци потпуно би могао доћи пред Међународни суд правде и водити се у вези с обезбеђењем поштовања унутрашњих правила поретка државе штетника.

У пракси поводом инвестирања у различите државе може се приметити да су предузећа закључивала уговоре којима су искључивале претходну употребу унутрашњих правних средстава у погледу евентуалне заштите у држави у којој обављају делатност. Оваква пракса је и прагматична јер се на тај начин обезбеђује директна могућност да страни инвеститор евентуално потражи правну заштиту од потпуно непристрасног и објективног арбитра који је изван круга субјеката који могу бити природно субјективни. Пошто је јасно да је елемент обичајног правила у вези с дипломатском заштитом и исцрпљење унутрашњих правних средстава онда је у одсуству другачијег споразума евидентна обавеза на покушај решења пред унутрашњим судским инстанцама. Да ли једну државу обавезује уговор који је њен инвеститор закључио са неком државом у овом случају није релевантно питање.

³⁹ Georges Berlia, „Contribution a l’etude de la nature de la protection diplomatique“, *Annuaire français de droit international* 3/1957, 63 64.

⁴⁰ *International Law Association*, Resolution No. 5/2006, став 3.

Међународни суд правде⁴¹ је разматрао да ли је амерички инвеститор дужан да предходно исцрпи унутрашње правне лекове у одсуству споразума који би то искључио. Суд је ово питање морао да реши да би проценио да Америка има право да тужи Италију и тиме користи институт дипломатске заштите због повреде права њеног држављанина. Основ за надлежност суда у овом случају налазио се у Уговору о пријатељству, трговини и пловидби.⁴² Суд је овде закључио да уколико не постоји одредба уговора којом се држава домаћина унапред одрекла обавезе предходног испуњења правних средстава онда се никако не може сматрати да је могуће без тога покренути институт дипломатске заштите.

Кроз праксу у међународној заједници отворила су се и нека питања која су везана за стварање претпоставке о испуњености услова коришћења средстава у унутрашњем поретку. Тако је одбијање да се пружи адекватна заштита странцу у кругу разлога који стварају претпоставку о томе да су исцрпљена средства унутрашњег поретка.⁴³

Према правилима о међународним потраживањима Велике Британије из 1985. године предвиђено је у правилу бр. 7 да се мере потраживања од стране спољних органа у редовним околностима не предузимају док се не искористе сва средства правне заштите државе штетника. Правило бр. 8 предвиђа да се ипак може интервенисати у случају ускраћивања правде ако се у току поступка вређају британског држављанина.

Међународни суд правде је још у једном случају разматрао примену института дипломатске заштите где је кроз њега морао да да одговоре на питања исцрпљености средстава унутрашњег поретка. То је случај у вези с поступањем према браћи Ла Грант, по којима се овај случај најчешће наводи, где је Немачка тужила САД због непоштовања одредаба Конвенције о конзуларним односима из 1963. године.⁴⁴ Наведена одредба Конвенције предвиђа обавезу државе да када у притвору задржи лице које није њен држављанин има обавезу, да на његов захтев, омогући састанак са конзулом његове државе који би ми пружио неопходну помоћ у даљем поступку пред органима државе пријема. Таква обавеза, дакле, није установљена аутоматски већ тек после захтева лица које је притворено. У пракси су се поводом концепције ове одредбе догађали бројни спорови од којих је један и случај Ла Гранд. Овде се може поставити питање каква је правна природа одредбе, то јест да ли се она може сматрати

⁴¹ ICJ Reports, (1948), *Elletronica Sicula S. p. A. (ELSI)*, пара. 50.

⁴² Чл. 26 поменутог уговора.

⁴³ Alwyn Vernon Freeman, *International Responsibility of States for Denial of Justice*, Longmans, Green and Co. Belgium 1938, reprint 1970, 406.

⁴⁴ Ради се о примени чл. 36 поменуте конвенције.

људским правом које припада лицима када се налазе у иностранству. Тако је Међуамерички суд на захтев Мексика⁴⁵ изнео своје тумачење односне одредбе у поступку Право на информацију о конзуларној помоћи у смислу мреже правила о гаранцијама на фер поступак.⁴⁶ Суд је овде закључио да у ствари постоји право на информисаност у вези с конзуларном помоћи које мора бити признато и схваћено као минимум гаранција потребних да се страном држављанину омогући адекватна припрема сопствене одбране и тако обезбеди правично суђење.⁴⁷ Ово право би морало да се активира аутоматски и то тако да државе имају обавезу на обавештење односног конзула у случају да је било који држављанин у притвору. Такво право се, према одредбама Конвенције о конзуларним односима, најалост не активира аутоматски. Управо из тих разлога државе предвиђају у билателарним уговорима такву узајамну обавезу.

Међународни суд правде се у још једном поступку бавио питањем дипломатске заштите. Мексико је у овом поступку тужио САД због тога што је повређено право на пружање конзуларне заштите за чак педесет и два лица која су мексички држављани а нашла су се у америчком притвору.⁴⁸ Мексико је овде тврдио да је повредом наведених правила из конвенције и чл. 36, ст. 1 и 2 дошло до повреда права њених држављана, али и права државе Мексико. Веома често ће се догодити да се у случају примене мера дипломатске заштите споје елементи повреде права државе и права појединаца. Овакав навод Мексика је у начелу тачан, али одлука Међународног суда правде може само да констатује такву повреду и да наложи држави у спору да исправи последице такве одлуке. Онда се поставља право питање. Да ли је до изрицања смртне пресуде у овим, али и у другим сличним случајевима, дошло услед непостојања помоћи у поступку од стране конзула? Најчешће то неће бити случај већ ће се радити о тачно утврђеном чињеничном стању. Покушај да се помоћ тражи пред Међународним судом правде може бити само један од последњих начина одбране да се избегне извршење смртне казне. Због тога се у овим поступцима најчешће ради управо о тражењу правног основа међу правилима међународног права, да се избегне или макар што је више могуће одложи, извршење изречене пресуде. На то указује и чињеница да је од педесет и два мексичка држављана само троје од њих у потпуности исцрпило унутрашња правна средства прав-

⁴⁵ Мексико је и сам више пута предузимао мере дипломатске заштите јер су њихови држављани били ускраћени за посету конзула у САД.

⁴⁶ Advisory Opinion OC 16/99, IACHR Series A, no. 16 (1999).

⁴⁷ *Ibid.*, para 122.

⁴⁸ ICJ Reports, Case Concerning Avena and other Mexican Nationals, Judgment 2004, 36.

ног система САД, што је један од услова за употребу дипломатске заштите.⁴⁹

У данашњој међународној заједници такође налазимо елементе о потврди колико је јако засновано обичајно правило о потреби исцрпљења унутрашњих правних средстава. Ово правило није само повезано са деловањем држава међусобно већ укључује и међународне организације. Тако се Међународни суд правде бавио овим питањем у Саветодавном мишљењу из 1988. године под називом Примена обавезе на подвргавање арбитражи према одељку 21 Споразума о седишту од 26. јуна 1947. године. Тако је суд закључио да је очигледно да правна природа одредбе у члану 21 Споразума о седишту није таква да се може захтевати исцрпљење унутрашњих правних средстава као услов за њену примену.⁵⁰ Ова одредба је у ствари искључила надлежност домаћих судова САД – а у случајевима спора са Уједињеним нацијама и предвидела директно решавање путем арбитраже. Чињеница да је потребно закључити споразум да би се евентуално отклонила надлежност домаћих судова говори несумњиво у прилог томе да би у недостатку такве одредбе таква надлежност засигурно постојала.

Поред ових случајева Међународни суд правде се бавио дипломатском заштитом и у случају Дијало у спору између Републике Гвинеје и Демократске Републике Конго. Он је овде разматрао повреду чл. 9, 12 и 13 Афричке Повеље о људским правима, повреди релевантних чланова Пакта о грађанским и политичким правима, чл. 36 Конвенције о конзуларним одлосима као и о оправданој примени мера дипломатске заштите.⁵¹

Посебну пажњу заслужује ускраћивање права страном држављанину на заштиту јер се тиме ствара претпоставка исцрпљења унутрашњих правних средстава. Тако рецимо устав Хондураса предвиђа право на пружање дипломатске заштите у случајевима ускраћивања права на вођење поступка пред унутрашњим органима те државе.⁵² Овакви случајеви су у складу са Калвовом доктрином јер предвиђају лимитативне изузетке за могућност примене дипломатске заштите. Међународно право посматра унутрашњи поредак споља и због тога међународно право препознаје недоступност заштите на унутрашњем плану као системски неуспех који је незамислив.⁵³ Ускраћивање заштите на унутрашњем плану је по-

⁴⁹ *Ibid.*, 27.

⁵⁰ Вид. ICJ Reports, 1988, 29.

⁵¹ Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo, (Republic Of Guinea v. Democratic Republic Of The Congo), Judgment, Judgment of 30 November 2010.

⁵² Donald Shea, *The Calvo Clause – A Problem of Inter American and International Law and Diplomacy*, University of Minnesota Press, Minneapolis, MN 1955, 36.

⁵³ J. Paulsson, 36.

себно опасно уколико се претходно закључи уговор којим се субјект инвестирања одриче права на дипломатску заштиту као у случају Калво клаузуле. Тада би његово поверење било потпуно изиграно, и због тога се ускраћивање заштите пред унутрашњим органима увек сматра оправданим основом за покретање мера дипломатске заштите. Да би се могло сматрати да постоји ускраћивање заштите на унутрашњем плану потребно је доказати да су постојали покушаји заштите, или макар доказати да би сваки покушај био узалудан.⁵⁴ Овај други део је много компликованији за доказивање у пракси. Понекад ће доћи до ситуације да је повређено правило унутрашњег права али не и међународног права па би тада настала међународна одговорност одређене државе само у случају да постоји ускраћивање заштите пред унутрашњим органима.⁵⁵ Држава би тада одговарала за нечињење на које је била дужна. Исцрпљеност унутрашњих правних средстава није неопходна и уколико се у конкретном случају докаже да су поступци такве врсте у унутрашњем поретку очигледно политички мотивисани или очигледно пате од пристрасности, као и када опште не постоји адекватна могућност заштите права странаца.⁵⁶

У литератури је веома присутан став да се код исцрпљења унутрашњих правних средстава ради у ствари о ускраћивању судске заштите. Овакав став се узима као потврда да је дошло до прекршаја норме међународног права о томе да сваки страни држављанин мора имати право на судску заштиту. Међутим, овакав став веома чуди јер је очигледно да се у случају када је страни држављанин незадовољан одлуком националног суда неке друге државе у питању управо коришћење механизма судске заштите те државе, а не ускраћивање исте. У ширем смислу се може прихватити оправдање да је реч о ускраћивању правде, али то је релативан појам. Оно што је за некога правда то је за другог неправда. Појам правде је више метафизички постављен, а право је логички склоп правних правила којим се само тежи остварењу елемената правде. Тако Амариш исправно закључује када констатује: „чињеница да је поступак пред унутрашњим органима резултовао одлуком која је супротна правилима међународног права или међународно правним обавезама државе не значи аутоматски и не може бити окарактерисана као ускраћивање правде“.⁵⁷ О ускраћивању правде може се говорити и када је искоришћен неки механизам дипломатске заштите једнако оправдано као и пре него што је он употребљен у конкретном случају.

⁵⁴ *Ibid.* 49.

⁵⁵ International Law Commission, Second Report of Diplomatic Protection, UN Doc. A/CN.4/514, 2001, 30.

⁵⁶ J. Paulsson, 39.

⁵⁷ C.F. Amerasinghe, 98.

5. ИЗУЗЕЦИ ОД ПРАВИЛА О ИСЦРПЉЕЊУ УНУТРАШЊИХ ПРАВНИХ СРЕДСТАВА ЗАШТИТЕ ПРАВА

Према правилима у Нацрту о дипломатској заштити Комисије за међународно право Уједињених нација није увек неопходно да се исцрпе унутрашња средства ради заштите права држављанина. То се не захтева у следећим случајевима: „а) када се на основу унутрашњих правних средстава не може очекивати ефикасно обештећење; б) када постоји неоправдано одуговлачење процеса ради заштите, а може се приписати држави на чијој територији се води; в) када се наводно одговорна држава одрекла захтева да се исцрпе унутрашња правна средства; г) када је лице чије је право повређено очигледно спречено да користи доступна средства заштите својих права“.⁵⁸

Поједини од наведених изузетака су се искристалисали кроз праксу протеком времена и имају сасвим јак правни основ, мада се у конкретном случају могу појавити потешкоће током његове примене. Увођењем изузетака правило о обавезном коришћењу унутрашњих правних лекова не губи на снази, они само помажу да се процедура у унутрашњем поретку спроведе на адекватан начин. Посматрано збирно ови изузеци представљају разумна ограничења суверенитета од којих су неки засновани вољно, док су други егзистирају независно од воље државе. Изузеци сами по себи не представљају негацију суверенитета државе штетника јер су управо и конципирани тако да узимају у обзир поступање органа те државе.⁵⁹

У међународном праву су и неке друге инстанце елаборирале изузетке од правила коришћења унутрашњих правних средстава заштите. Тако је Удружење за међународно право изнело своју листу изузетака: 1. када из било ког разлога не постоји ефективно правно средство погодно за задовољење услед повреде права, 2. када је оштећени фактички спречен да користи средства заштите, 3. када се на основу успостављене праксе унутар државе не може очекивати да ће оштећени странац моћи да обезбеди заштиту свог права, 4. када се тужена страна одрекла употребе унутрашњих средстава ради заштите права, 5. када је тужена страна изгубила право на коришћење унутрашњих правних средстава.⁶⁰ На основу наведених изузетака може се закључити да су они, у општим оквирима, слични разлозима које је навела и Комисија за међународно право, у свом нацрту из 2006. године, о Нацрту правила о дипломатској заштити.

⁵⁸ Чл. 10 Нацрта Комисије за међународно право Уједињених нација.

⁵⁹ Chittharanjan Félix Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, Oxford 2008, 149-190.

⁶⁰ *International Law Association*, Resolution No. 5/2006, став 4.

6. ЗАКЉУЧАК

Правило о обавезном коришћењу унутрашњих средстава заштите је једно од основних принципа међународног права. Оно има знатно шире поље примене од овога које је наведено у раду јер је изведено из самог појма суверености као основног права државе. Зато се не би могло рећи да је оно само процедуралне природе (претходни услов за примену мера дипломатске заштите) већ има и своју материјалну снагу која је наслоњена на сам појам државе као основног субјекта у међународном праву. Иако постоје бројни аутори, поготово они који се баве људским правима, који сматрају да је ера обавезног коришћења унутрашњих средстава заштите прошлост и да би требало увести могућност директног обраћања међународним телима, пракса држава не иде на руку формирања овог правила као општег. Насупрот томе постоје не тако ретки случајеви када се државе саме уговором одричу такве могућности, али је дејство таквог одрицања искључиво *inter partes*, и никако не може послужити као основ за формирање универзалног правила. Постојање овог правила у пракси значи примену двостепености у погледу заштите која је значајна због неизграђености међународног судства. Због тога употреба унутрашњих средстава заштите има своје незаобилазно место као опште правило међународног права чија употреба никако не може да значи искључивање накнадне провере такве одлуке и на међународном нивоу.

У оквиру примене мера дипломатске заштите ово правило је незаобилазно јер је уједно и претпоставка за њену примену. Уколико се постигне одговарајућа сатисфакција пред органима државе штетника онда се примена дипломатске заштите и не доводи у обзир. Правило о искоришћености унутрашњих средстава заштите постоји и у погледу грађанске одговорности државе као неопходан услов, као и у погледу заштите личних права појединца пред регионалним или универзалним телима.

Пракса држава у погледу примене овог правила је већ довољно богата па је и Комисија за међународно право њега уврстила у текст Нацрта правила о дипломатској заштити. Правило о коришћењу унутрашњих средстава заштите је уједно и средство које служи за заштиту интереса свих држава, па се зато наведени изузеци од његове примене морају веома уско тумачити.

Dr. Bojan Milisavljević

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

THE EXHAUSTION OF INTERNAL REMEDIES AS A
CONDITION FOR THE APPLICATION OF DIPLOMATIC
PROTECTION IN INTERNATIONAL LAW

Summary

The author analyses the so-called 'rule of exhaustion of local remedies' as a necessary condition of diplomatic protection. State must be given the opportunity to redress the alleged wrongdoing within the framework of its own domestic legal system, before its international responsibility may be examined at the level of international community. The paper starts off with an overview of the historical development of diplomatic protection in international law, and then focuses on the question of legal development of the 'rule of exhaustion of local remedies', the existing practices before the arbitral courts and the International Court of Justice, and the issue of whether or not the approach of the Court to diplomatic protection has become more human-rights oriented in the last few years. The author offers different theoretical views of development of the rule on the universal level, and considers this rule as one of the necessary conditions of diplomatic protection in international law. The author emphasizes the work of International Law Commission of United Nations on Draft Article on Diplomatic Protection, and analyzes some of the exceptions from the rule of exhaustion of local remedies. Furthermore, he examines the development of universal and regional mechanisms to protect human rights and highlights the impact of those mechanisms on the traditional measures of diplomatic protection and the 'rule of exhaustion of local remedies'. A state may waive, by means of an international agreement and in relation to another contracting party, the right to use the internal systems of legal protection. Still, such agreement does not apply universally, nor it implies the existence of an universal rule of the same content.

Key words: *Exhaustion of local remedies. – Diplomatic protection. – International Court of Justice. – International Law Commission.*