

UDK: 342.717+341
Bibliid 0543-3657, 62 (2011)
God. LXII, br. 1142, str. 80–93
Izvornio naučni rad
Primljen: 10. februara 2011.

*Bojan Milisavljević*¹

Razvoj instituta diplomatske zaštite u međunarodnom pravu

SAŽETAK

Rad se bavi pitanjem diplomatske zaštite u međunarodnom pravu i njenog razvoja kroz istoriju međunarodne zajednice. U tom smislu obrađuje se praksa država u pogledu primene diplomatske zaštite i koraci koji su preduzeti od strane Komisije za međunarodno pravo Ujedinjenih nacija na kodifikaciji ove oblasti. Predstavljani su osnovni uslovi za pokretanje diplomatske zaštite i ukratko analizirana njihova sadržina – iscrpljenje unutrašnjih pravnih sredstava države i utvrđivanje državljanstva. Na kraju je ukazano na neke osnovne smernice za razvoj diplomatske zaštite i njenu vezu sa ostalim grana prava koje imaju međunarodni element.

Ključne reči: diplomatska zaštita, iscrpljenje unutrašnjih pravnih sredstava, utvrđivanje državljanstva, Komisija za međunarodno pravo UN.

Diplomatska zaštita je institut međunarodnog prava koji je proistekao iz veze države i njenog državljanina koja se može protegnuti i preko državnih granica. To znači da je ona komplementarna sa teritorijalnom nadležnošću države u međunarodnom pravu. U tom smislu, kroz razvoj međunarodnog prava, došlo se do toga da država ima pravo, uz zadovoljenje potrebnih uslova, da usled povrede prava njenom državljaninu pokrene mehanizam diplomatske zaštite prema drugoj državi.² Time se povreda prava pojedinca podiže na nivo spora između država i prema tome predstavlja jednu abnormalnu situaciju u međunarodnom pravu. Razvoj instituta diplomatske

¹ Doc dr Bojan Milisavljević, docent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Katedra za međunarodno pravo i međunarodne odnose, Bulevar kralja Aleksandra 67, e-mail: bojan@ius.bg.ac.rs

² Kao dva osnovna uslova navode se: povreda prava državljanina odnosno države i iscrpljenje unutrašnjih pravnih sredstava države štetnika;

zaštite doprineo je da on postane, prema nekim autorima, jedan od osnovnih principa čitavog međunarodnog javnog prava.³

Ovaj rad se, pre svega, bavi razvojem diplomatske zaštite u međunarodnom pravu i njenom evolucijom od instrumenta za zaštitu suverenih prava, pa sve do današnjice kada se o njoj govori kao mehanizmu iz šireg korpusa ljudskih prava i meri čija bi primena trebalo da zavisi i od volje pojedinaca čije je pravo povređeno. U tom smislu bilo je neophodno prikazati i osnovne tendencije koje su se javile prilikom razmatranja ovog pitanja u okviru Komisije za međunarodno pravo.

Istorijat diplomatske zaštite

Istorijat instituta diplomatske zaštite usko je vezan sa pojmom suvereniteta. Onako kako je suverenitet shvatan u klasičnom međunarodnom pravu obuhvatao je apsolutnu vlast nad stvarima i pravima unutar svoje teritorije. Pitanje odnosa prema podanicima shvatan je kao polje strogo unutrašnje nadležnosti svake države.⁴ Iz takve jake veze države i njenih državljana, koja je u svojoj osnovi imala suverenitet, protezalo se pravo države na njihovu zaštitu i izvan sopstvene teritorije. U korelaciji sa pravima nalazile su se i obaveze države prema svojim državljanima, ali institut diplomatske zaštite nikada nije prerastao u obavezu države već je uvek zavisio od njene volje.⁵ Nasuprot tome i pojedinci koji su državljanima odnosne države čak i kada su izvan teritorije sopstvene države imaju obavezu na vernost svojoj zemlji.

U ranim fazama razvoja međunarodnog prava zapravo se radilo o identifikovanju države sa sopstvenim državljanima. Ono se ogledalo u tome da je povreda nekog prava državljanina bila smatrana kao neposredna povreda same države ili elemenata koji je predstavljaju (teritorija, vojska...). Tako je bilo opravdano preduzimanje svake dalje akcije što se ogleda u sledećem: „Svako ko povredi državljanina direktno povređuje i samu državu. Suveren te države mora preduzeti odgovor na takvu povredu, i ukoliko to može, prisiliti agresora na potpuno obeštećenje ili ga kazniti, ili u suprotnom on nije sposoban da omogući osnovni element građanske solidarnosti, sigurnost.“⁶ Iz pomenute definicije može se videti

³ R. B. Lillich, "The Diplomatic Protection of National Abroad: An Elementary Principle of International Law Under Attack", *AJIL*, Vol. 69, No. 2, Apr. 1975, 359–365, R. B. Lillich, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law* (1984).

⁴ Videti: Amerasinghe, Chittharanjan F., *Diplomatic Protection*, Oxford Scholarship Online Monographs, 2008, p. 350;

⁵ Videti: Vermeer-Künzli, Annemarieke, „Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection“, *Nordic Journal of International Law*, Volume 75, Number 2, 2006, pp. 279–307;

⁶ E. De Vattel, *Le droit des gens ou les principes de la loi naturelle*, (London, 1758), vol. I, book II, p. 309, para. 71. Preuzeto iz: *The Classic of International Law* (Washington D. C., Carnegie Institution of Washington, 1916).

da se država na čijoj se teritoriji dogodila šteta (dakle nije nužno da je to učinjeno od strane organa države, već to mogu biti i pojedinci) smatra agresorom. Takva terminologija odgovara najvišem stepenu povrede prava države i zbog toga predstavlja opravdanje na preduzimanje različitih mera u cilju satisfakcije, pa i onih najtežih. Ujedno, ako posmatramo shvatanja o diplomatskoj zaštiti u klasičnom međunarodnom pravu, onda proizilazi da povreda prava pojedinca predstavlja ujedno i povredu ugleda odnosne države, to jest narušavanje prava na poštovanje kao osnovnog prava svake države. Pitanje diplomatske zaštite nužno je vezano i za pojam građanske odgovornosti u međunarodnom pravu. Kao što država odgovara za akte pričinjene na svojoj teritoriji prema drugoj državi, tako ona može da traži i zadovoljenje za takve povrede prema njenim državljanima. Izlazak sa teritorije sopstvene države značio je i ulazak pod okrilje pravila međunarodnog prava i instituta diplomatske zaštite.

U klasičnom međunarodnom pravu veza države i njenih državljana je protkana i feudalnim momentima. Osnov za preduzimanje diplomatske zaštite mogao se pronaći i u shvatanju pojedinca kao svojine svog suverena koji mu za uzvrat duguje zaštitu od drugih. Tako država pružajući diplomatsku zaštitu sopstvenom državljaninu realizuje u stvari svoja sopstvena prava, a ne prava koja pripadaju oštećenom licu.⁷

Međutim, ako je u teoriji institut diplomatske zaštite bio čvrsto povezan sa elementima suvereniteta, pa čak i svojinske pripadnosti, u praksi se ona često manifestovala kao povod za preduzimanje širih mera, pa i intervencije oružanim putem.⁸ Veliki broj primera diplomatske zaštite obuhvatao je mere jače države protiv slabijih država, iako su se povrede prava pojedinaca događale u okviru svih država. Takve mere bile su u službi ostvarenja ekonomskih interesa imućnih lica i obezbeđenja njihovog profita u slabije razvijenim državama. Tako je zaključivao i sudija Padilla-Nervo u individualnom mišljenju povodom slučaja iz 1970. godine: „Istorijat u pogledu odgovornosti država u vezi sa položajem stranih državljana jeste istorija zloupotreba, nezakonitih uplitanja u unutrašnje poslove slabijih država, neosnovanih optužbi, pretnji pa čak i vojne agresije pod velom zaštite prava pojedinaca, kao i uspostavljanju sankcija u cilju da se prisili vlada na nadoknadu štete.“⁹

Tako se može navesti slučaj sicilijanskog sumpornog monopola u kojem je spor nastao zbog toga što je Kraljevstvo dve Sicilije, 1838. godine, odlučilo da ugovorom poveri francuskom privrednom društvu monopol nad eksploatacijom i trgovinom sumpora na svojoj teritoriji. Velika Britanija je

⁷ G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, 2006, p. 97.

⁸ U istoriji međunarodnog prava poznat je primer intervencije zbog naplate finansijskih potraživanja i Dragove doktrine.

⁹ I. C. J. Reports 1970, p. 246, individual opinion of Judge Padilla Nervo in the *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited case, Belgium v. Spain*, Judgment of 5 February 1970.

to smatrala ugrožavanjem imovinskih prava britanskih društava koja su se bavila istom aktivnošću i povredom međunarodnog ugovora koji je 1816. godine zaključen između dve države, a koji je garantovao britanskim podanicima status najpovlašćenije nacije i pravo slobodnog korišćenja i raspolaganja imovinom.

Nakon što diplomatski protesti nisu urodili plodom, Velika Britanija je poslala ratnu mornaricu i uspostavila pomorsku blokadu Kraljevstva dve Sicilije. Zahvaljujući tom pritisku, ova država je pristala na rešavanje spora pred komisijom koja je odmah proglasila ugovor o uspostavljanju monopola ništavnim.¹⁰

Pošto se u vezi sa primenom instituta diplomatske zaštite nesumnjivo kroz istoriju ispoljavala mera dominacije koju su imale pojedine države, mora se napomenuti da su bili poznati i mehanizmi kojima su države u podređenom položaju pokušavale da zaštite svoju poziciju od upotrebe ovog instituta. Tako je poznata upotreba Kalvo klauzula koje su u ugovore unosile Latinoameričke države kada su zaključivale ugovore sa pojedinim investitorima koji pripadaju razvijenim državama i gde je postojala opasnost od upotrebe instituta diplomatske zaštite. Dejstvo ove klauzule bilo je da se strani investitori unapred odriču upotrebe diplomatske zaštite ukoliko se dogodi da im neko pravo bude povređeno na teritoriji odnosne države. Danas primena ove klauzule nije više aktuelna već se naprotiv teži ka poboljšanju položaja stranih investitora kako bi se oni privukli.¹¹ U tom smislu upotreba ove klauzule može se posmatrati kao prirodna reakcija na čestu upotrebu instituta diplomatske zaštite u ovom području sveta.

Sa druge strane pojam diplomatske zaštite može se posmatrati i kao mera jedne države prema drugoj u cilju ispravljanja protivpravnog stanja. Povreda prava nekog državljanina može proizilaziti iz pravila unutrašnjeg prava i to bi bio tradicionalni osnov za preduzimanje mera diplomatske zaštite. Pored toga povreda prava može da proizilazi i usled prekršaja neke međunarodne norme što državi čiji je državljanin pretrpeo neku štetu može pružiti znatno više prostora za preduzimanje različitih mera. To šire proizilazi iz shvatanja suvereniteta kao njegova spoljna dimenzija koja državi daje za pravo da preduzima recipročne i proporcionalne mere.

Pored toga identifikacija države sa svojim državljaninom može se prepoznati u sledećem: „Pitanje, prema tome, da li sadašnji spor potiče usled povrede prava pojedinačnog interesa, što se događa i u brojnim drugim međunarodnim sporovima, irelevantno je sa ove tačke gledišta. Jednom kada država pokrene iz takvih razloga slučaj pred međunarodnim sudom zbog takvog osnova, u očima svake naredne države takav zahtev jeste utuživ.“¹² Preko ovakvog zaključka suda očigledno proizilazi zaključak o neskrivenoj favorizaciji anglosaksonskog sistema predsedana.

¹⁰ *The Case of the Sicilian Sulphur Monopoly.*

¹¹ UNCTAD, *Dispute Settlement: Investor – State*, p. 29.

¹² P. C. I. J., Series A, No. 2, Judgment of 30 August 1924, page 12.

Iako je praksa suda dosledna u poštovanju prethodnih odluka nije dobro da se u presudi navodi tako eksplicitno da je rešenje u konkretnom slučaju jasan pravni osnov za naredne postupke. To je čak i formalnopravno neispravno. Formalno dejstvo presude suda jeste ograničeno prema članu 59. Statuta suda u dva pravca.¹³ Širi domašaj ono može dobiti zbog prirode pravila koje sadrži ili naknadnom praksom subjekata u međunarodnoj zajednici. Ali ni tada nije sama presuda pravni osnov za novonastalo pravno pravilo već je proces nastanka običaja konstitutivne prirode sam po sebi, ili je osnov imperativnosti pravila koja su uključena u presudu postojao i pre toga.

Dalji razvoj instituta diplomatske zaštite u međunarodnom pravu doveo je do toga da se ustanovi i mogućnost supstitucije organizacije na mesto lica koje je istupalo u njeno ime i u javnom svojstvu. Ovo pitanje je razmatrano u Savetodavnom mišljenju pred Međunarodnim sudom pravde 1949. godine kada je u osnovi razmatrano pitanje subjektiviteta Organizacije Ujedinjenih nacija, ali je iznet nesumnjiv zaključak da se Organizacija može supstituisati na mesto svog eksperta u cilju naplate odštetnog zahteva prema državi. U ovom slučaju se ne radi o vezi državljanstva, ali je Sud prihvatio i takvu mogućnost supstitucije. Ovo nesumnjivo predstavlja doprinos u razvoju instituta diplomatske zaštite koji je oduvek bio rezervisan samo za države, pa ovakva odluka predstavlja proširenje njegove upotrebe i od strane međunarodnih organizacija. Pored toga proizilazi da je sada prisutna mogućnost upotrebe različitih mehanizama u cilju pružanja diplomatske zaštite i da osim postupka u parnici koji je bio korišćen u tu svrhu sada može biti primenjeno i nešto drugo. U ovom slučaju, pošto međunarodne organizacije nemaju parničnu sposobnost pred Međunarodnim sudom pravde, javlja se instrument upotrebe savetodavnog mišljenja kao mogućnost.

Mere koje stoje na raspolaganju državi u cilju preduzimanja diplomatske zaštite su veoma različite. Tako države mogu da pokrenu neki od mehanizama mirnog rešavanja sporova u smislu pregovora, diplomatskih intervencija, mogu koristiti i ostale mehanizme koji su navedeni u tekstu Povelje.¹⁴ Tek je na kraju liste sredstava diplomatske zaštite sudsko rešavanje u vidu arbitraže ili Međunarodnog suda pravde. Pored toga iako je uobičajeno da se postupak diplomatske zaštite pokrene zbog povrede prava jednog državljanina ili preduzeća, nije nemoguće da država pokrene mehanizam diplomatske zaštite i zbog povrede prava većeg broja lica. „To se dogodilo kada je Velika Britanija iznela optužbe protiv Kine optužujući je kao odgovornu za štete na imovini i za eksproprijaciju tokom komunističke revolucije, tada je formirana Mešovita kompenzaciona komisija u skladu sa Aktom o kompenzacijama iz 1950. godine, koja je raspravljala o svim optužbama. Kasnije je Britanija

¹³ Statut Međunarodnog suda pravde.

¹⁴ Pogledati član 33. Povelje Ujedinjenih nacija.

pregovarala sa Kinom o isplati celokupnih odšteta za sve njene državljane.“¹⁵

Dalji razvoj instituta diplomatske zaštite išao je u pravcu da se zaštita prava lica koja nisu domaći državljani premesti sa recipročnih odnosa na jedan univerzalni nivo. Tako je u teoriji, ali i u praksi počelo da se smatra da su minimalna prava stranaca postala deo opštih ljudskih prava kojima se nameće obaveza državama da na jednak način tretiraju domaće i strane državljane. Takva obaveza je već duže vreme deo opšteg međunarodnog prava i inkorporisana je u Univerzalnu deklaraciju o pravima čoveka iz 1948. godine usvojene od Generalne skupštine Ujedinjenih nacija.¹⁶

Uslovi za primenu instituta diplomatske zaštite

Prilikom uspostavljanja diplomatske zaštite potrebno je proveriti da li su ispunjeni prethodni uslovi da se jedan privatno pravni spor podigne na nivo međunarodnog. U te uslove se ubrajaju obaveza iscrpljenja unutrašnjih pravnih sredstava u poretku države štetnika i postojanje efektivnog državljanstva.

Iscrpljenost unutrašnjih pravnih sredstava države štetnika

Prava pojedinca mogu biti povređena u unutrašnjim porecima bilo koje države i to samo po sebi ne rađa i automatsko pravo na pokretanje instituta diplomatske zaštite. Razumna je pretpostavka, koja je često i potpuno na mestu, da će strani državljanin moći da u postupku, pred nadležnim organima države štetnika, zaštititi svoja prava i obezbediti pravo na odgovarajuću odštetu. Tek ukoliko je strani državljanin iskoristio sve pravne mogućnosti u cilju obezbeđenja zaštite svojih prava pred unutrašnjim organima i nije na adekvatan način stekao satisfakciju, može se, uz ispunjenost ostalih uslova, pokrenuti mehanizam diplomatske zaštite i postupak preneti na međudržavni nivo. Tako je prema pravilima međunarodnog običajnog prava svaki strani investitor (misli se na fizičko ili pravno lice) obavezan da se za rešavanje spora koji je nastao između njega i države domaćina prvo obrati sudovima ove države.¹⁷

Ovakav redosled je potpuno logičan jer se ne može stvarati prezumpcija povrede prava pojedinca, ili ukoliko mu je neko pravo i zaista povređeno

¹⁵ V. Lowe, *International Law*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2007, p. 134.

¹⁶ F. V. García Amador, "State Responsibility. Some New Problems" (1958 II) 94 *Recueil des Cours*, pp. 421, 437-439; García Amador, Second Report, United Nations document A/CN.4/106, *Yearbook ... 1957*, vol. II, pp. 112-116; M. Bennouna, "Preliminary Report on Diplomatic Protection", A/CN. 4/484, paras. 34-37.

¹⁷ UNCTAD, *Dispute Settlement: Investor - State*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Geneva 2003, p. 5.

na teritoriji države štetnika neophodno je pružiti pravnu mogućnost da ta odnosna država ispravi protivpravnu situaciju i pruži odgovarajuću satisfakciju stranom državljaninu. Na ovaj način se poštuju osnovni principi i unutrašnjih poredaka, ali i međunarodnog prava. Ako se na adekvatan način iskoriste pravni instrumenti države štetnika onda je ispunjen jedan od osnovnih uslova za preduzimanje mera diplomatske zaštite. Dalje aktivnosti zavisice isključivo od volje matične države štetnika. Prema tradicionalnom shvatanju vezanom za institut diplomatske zaštite matična država je autonomna u takvoj odluci i: „... ona nije ni po kom osnovu u obavezi da opravdava svoju odluku na bilo koji način, ... to je u potpunosti u okviru potreba njene spoljne politike.“¹⁸

Prilikom procene da li je pred organima države štetnika došlo do iscrpljenja svih predviđenih pravnih sredstava u cilju obeštećenja ne ulazi se u to da li se radi o povredi prava pojedinca koje ima svoj osnov u unutrašnjim propisima te države, ili mu je povređeno pravo koje mu je zagarantovano nekim međunarodnim instrumentom. Usled stalne izgradnje međunarodnog prava moguće je da do povrede dođe i u kontekstu unutrašnjeg i međunarodnog prava. Dakle moguće je da istupanje matične države bude inspirisano i usled prekršaja neke norme koja postoji samo u unutrašnjem poretku države štetnika. U krajnjoj instanci postupak bi mogao doći pred Međunarodni sud pravde i voditi se u vezi sa obezbeđenjem poštovanja unutrašnjih pravila poretka države štetnika.

U praksi povodom investiranja u različite države može se primetiti da su preduzeća zaključivala ugovore kojima su isključivale prethodnu upotrebu unutrašnjih pravnih sredstava u pogledu eventualne zaštite u državi u kojoj obavljaju delatnost. Ovakva praksa je i pragmatična jer se na taj način obezbeđuje direktna mogućnost da strani investitor eventualno potraži pravnu zaštitu od potpuno nepristrasnog i objektivnog arbitra koji je izvan kruga subjekata koji mogu biti prirodno subjektivni. Pošto je jasno da je element običajnog pravila u vezi sa diplomatskom zaštitom i iscrpljenje unutrašnjih pravnih sredstava onda je u odsustvu drugačijeg sporazuma evidentna obaveza na pokušaj rešenja pred unutrašnjim sudskim instancama. Da li jednu državu obavezuje ugovor koji je njen investitor zaključio sa nekom državom u ovom slučaju nije relevantno pitanje.

Međunarodni sud pravde je razmatrao da li je američki investitor dužan da prethodno iscrpi unutrašnje pravne lekove u odsustvu sporazuma koji bi to isključio.¹⁹ Sud je ovo pitanje morao da reši da bi procenio da Amerika ima pravo da tuži Italiju i time koristi institut diplomatske zaštite zbog povrede prava njenog državljanina. Osnov za nadležnost suda u ovom slučaju nalazio se u Ugovoru o prijateljstvu, trgovini i plovidbi.²⁰ Sud je

¹⁸ G. Berlia, *Contribution a l'étude de la nature de la protection diplomatique*, *Annuaire francais de droit international*, 1957, p. 63–64.

¹⁹ ICJ Reports, (1948), *Elletronica Sicula S. p. A. (ELSI)*, para. 50.

²⁰ Član 26. pomenutog ugovora.

ovde zaključio da ukoliko ne postoji odredba ugovora kojom se država domaćina unapred odrekla obaveze prethodnog iscrpljenja pravnih sredstava onda se nikako ne može smatrati da je moguće bez toga pokrenuti institut diplomatske zaštite.

Prema pravilima u Nacrtu o diplomatskoj zaštiti Komisije za međunarodno pravo Ujedinjenih nacija nije uvek neophodno da se iscrpe unutrašnja sredstva u cilju zaštite prava državljanina. To se ne zahteva u sledećim slučajevima: „a) kada se na osnovu unutrašnjih pravnih sredstava ne može očekivati efikasno obeštećenje; b) kada postoji neopravdano odugovlačenje procesa u cilju zaštite, a može se pripisati državi na čijoj teritoriji se vodi; v) kada se navodno odgovorna država odrekla zahteva da se iscrpe unutrašnja pravna sredstva...“²¹

Problem utvrđivanja državljanstva

Celokupni institut diplomatske zaštite u međunarodnom pravu počiva na pretpostavci postojanja državljanstva koje je, po pravilu, osnov za pokretanje njegovog mehanizma. U ovom smislu državljanstvo predstavlja pravnu vezu između države i njenog državljanina. U međunarodnom pravu je tokom razvoja ljudskih prava evoluiralo shvatanje da „Svako ima pravo na državljanstvo“, kao jedno od osnovnih prava čoveka.²² U praksi, međutim, neretko se događalo da postoji problem u vezi sa utvrđivanjem postojanja efektivnog državljanstva. Svakoj državi je prepušteno da odredi sopstvene uslove za sticanje državljanstva zakonima, pa se u praksi događa da dođe do sukoba pravila unutrašnjeg prava u ovom smislu.²³ To može dovesti i do situacije da neko ima prava po osnovu dva državljanstva.²⁴

Sukob po osnovu dvostrukog državljanstva je bio jedno od osnovnih pitanja u postupku pred Međunarodnim sudom pravde u parnici Lihtenštajna i Gvatemale, slučaj poznatiji kao Nottebohm prema imenu lica o čijim pravima se radilo.²⁵ Nottebohm je bio nemački državljanin koji je dugo vremena (preko trideset godina) boravio u Gvatemali i tamo stekao pozamašnu imovinu, ali je neposredno pred Drugi svetski rat dobio i državljanstvo Lihtenštajna. Pošto je Gvatemala stupila u rat sa Nemačkom ona je proterala Nottebohm-a, a svu njegovu imovinu je zaplenila. Potom, po završetku rata Lihtenštajn se supstituiše na mesto Nottebohm-a i tuži Gvatemalu pred Međunarodnim sudom pravde tražeći pritom plaćanje odštete za imovinu koja je nacionalizovana. Sud je u ovom slučaju morao prethodno da reši pitanje efektivnog državljanstva jer je bilo očigledno da je

²¹ Član 10. Nacrta Komisije za međunarodno pravo Ujedinjenih nacija.

²² Univerzalna deklaracija o pravima čoveka, 1948, član 15.

²³ Videti Savetodavno mišljenje Stalnog međunarodnog suda pravde o Dekretima o državljanstvu u Tunisu i Maroku, iz 1923. godine.

²⁴ Tada se ovakav slučaj naziva bipatrid.

²⁵ I. C. J. Reports, 1955.

Nottebohm stekao državljanstvo Lihtenštajna u veoma kratkom roku. Tako je sud prvo potvrdio da „U širem smislu se podrazumeva da je državljanstvo u unutrašnjoj nadležnosti države...“²⁶ ipak je ovo pitanje postalo relevantno i u kontekstu međunarodnog prava onog trenutka kada je ova država odlučila da podnese tužbu Međunarodnom sudu pravde kada se supstituisala na mesto Nottebohm-a. Tako je dalje Sud zaključio: „Pružanjem zaštite, podnošenjem tužbe Sudu prelazi se na međunarodni plan. Međunarodno pravo utvrđuje da li je država ovlašćena da pruži zaštitu i da podnese tužbu Sudu.“²⁷ Dalje je Sud došao do zaključka da „Gvatemala nije obavezna da prizna državljanstvo dato pod takvim uslovima. Prema tome, Lihtenštajn nema pravo da, prema Gvatemali, pruži zaštitu Nottebohm-u i njegov zahtev se stoga mora smatrati neprihvatljivim.“²⁸ Tako je u ovom slučaju neposredno moguće zaključiti da je državljanstvo koje je Nottebohm stekao u Lihtenštajnu u suštini neefektivno prema Gvatemali. Sud ovde nije želeo da se upušta u pitanje valjanosti pružanja državljanstva od strane Lihtenštajna jer je ovo pitanje ipak unutrašnja stvar ove države, mada se posredno može zaključiti da nije bilo opravdanih osnova da se ono stekne pod tim uslovima.

Od ovog slučaja se smatra da je u slučaju postojanja spora u vezi sa efektivnim državljanstvom relevantno utvrditi gde osoba ima „centar životnih i poslovnih interesa“ u smislu porodice, imovine, poslovnih aktivnosti... Tako je stvoren pravni standard preko koga se odlučujuće procenjuje kom državljanstvu treba dati prednost u slučaju spora. Ovde nije bez značaja i prema kojoj državi se ističe institut diplomatske zaštite jer je potrebno da se u odnosu na nju radi o prednosti u pogledu postojanja pretežnih interesa vezanih za ličnost lica o kome je reč.

Pored prethodnog primera povodom koga je došlo do osporavanja postojećeg državljanstva u smislu ispunjenosti uslova za pokretanje diplomatske zaštite, postoje i drugačiji slučajevi. „Pojedinac može imati dva ili više državljanstva: na primer, državljanstvo preko jednog ili oba roditelja, i pored toga državljanstvo države gde je rođen. U ovakvim slučajevima međunarodno pravo dopušta bilo kojoj od država da podnese tužbu protiv države štetnika, pa čak dopušta da država koja ima jaču vezu u pogledu državljanstva lica – država jačeg državljanstva – podnese tužbu protiv druge države čije državljanstvo ima to lice.“²⁹ Pored toga moguće je i da države pokrenu zajednički mere diplomatske zaštite ukoliko su se ispunili uslovi u pogledu državljanstva kod dve ili više njih.³⁰

²⁶ M. Kreća, M. Paunović, *Praktikum za međunarodno javno pravo*, Beograd, Dosije, 2002, str. 110.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

²⁹ V. Lowe, op. cit., str. 133.

³⁰ Član 5. Nacrta Komisije za međunarodno pravo Ujedinjenih nacija.

Pored mogućnosti supstituisanja na mesto fizičkog lica može doći i do potrebe da država zaštiti prava nekog pravnog lica, a i tada se može dogoditi problem u vezi sa pripadnošću takvog preduzeća. Tako su u praksi uzimani različiti kriterijumi za davanje prednosti nekoj državi: sedište preduzeća, mesto upisa u registar, državljanstvo pretežnog broja akcionara ili lica koja se nalaze u upravnim odborima... Ova pitanja je razmatrao i Međunarodni sud pravde u slučaju iz 1970. godine.³¹

Prema nacrtu o diplomatskoj zaštiti Komisije za međunarodno pravo Ujedinjenih nacija zahteva se da je lice imalo državljanstvo odnosno države kako u vreme nastanka povrede njegovog prava, tako i u momentu isticanja mere diplomatske zaštite prema drugoj državi.³²

Osnovne aktivnosti u okviru Ujedinjenih nacija u vezi sa diplomatskom zaštitom

U okviru Ujedinjenih nacija bilo je rasprave o potrebi regulisanja oblasti diplomatske zaštite pred Generalnom skupštinom.³³ Posebno se raspravljalo pred Komisijom za međunarodno pravo.³⁴ Kao slučaj koji je u međunarodnom pravu utemeljio institut diplomatske zaštite jeste predsedan učinjen u postupku pred Stalnim međunarodnim sudom pravde u slučaju Mavromatis.³⁵ Preko osnovnih pravila istaknutih povodom ovog slučaja postepeno su nastajala običajna pravna pravila vezana za institut diplomatske zaštite. „Osnovni princip međunarodnog prava jeste da je država pozvana da zaštiti svoje subjekte, kada su im povređena prava aktima druge države suprotnim međunarodnom pravu, a zaštita nije ostvarena drugim redovnim kanalima.“³⁶ Ovde se misli na prethodni uslov za supstituisanje na mesto pojedinca, a to je iscrpljenost svih pravnih sredstava države štetnika. Ujedno je istaknuta i jasna razlika ovog instituta i osnovnih nadležnosti diplomatskih predstavništava prema odredbama Konvencije o diplomatskim odnosima u članu 3 gde su one i navedene.³⁷ Ovde je neophodno povući jasnu razliku između terminološki sličnih instituta kao što su diplomatska zaštita i diplomatska intervencija. Predmet ovog rada je diplomatska zaštita sopstvenih državljana ili pravnih lica ukoliko država smatra da je potrebno da se supstituiše na njihovo mesto. Diplomatska intervencija podrazumeva, sa druge strane, akciju države, najčešće preko diplomatske misije u državi imenovanja, koja je usmerena na zaštitu interesa

³¹ I. C. J. Reports 1970, Barselona Traction, Light and Power Company, Limited case, Belgium v. Spain, Judgment of 5. February 1970, p. 45, para 70.

³² Član 4. Nacrta Komisije za međunarodno pravo Ujedinjenih nacija.

³³ Vdeti A-C.6-52-SR.16 to 25.

³⁴ Videti A-CN.4-SR.2513.

³⁵ P.C.I.J., Series A, No. 2, Judgment of 30 August 1924.

³⁶ P.C.I.J., Series A, No. 2, Judgment of 30 August 1924, page 12.

³⁷ Videti: Konvencija o diplomatskim odnosima iz 1961. godine.

države u unutrašnjem poretku države prijema. Dakle u ovom drugom slučaju radi se o istupanju stalne misije u unutrašnjem poretku, dok je predmet diplomatske zaštite akcija na međunarodnom planu.

Ujedinjene nacije su se i na jedan posredan način bavile pitanjima diplomatske zaštite kroz Rezoluciju o trajnoj suverenosti nad prirodnim resursima.³⁸ Na detaljniji način to je urađeno u Povelji o ekonomskim i socijalnim pravima i dužnostima država.³⁹ Kroz diskusije u Generalnoj skupštini bilo je i potpuno avangardnih istupanja u kojima je postojao stav da je međunarodno pravo evoluiralo do te mere da su pojedinci postali subjekti, pa prema tome i stekli „pravo“ na diplomatsku zaštitu sopstvene države. Sa druge strane su oni, znatno umereniji i realniji stavovi, koji se bave jednim od osnovnih problema vezanim za diplomatsku zaštitu a to je da li je u pitanju pravo države na preduzimanje odgovarajućih mera u cilju zaštite njenog državljanina ili se pak radi o inherentnom pravu pojedinca da od sopstvene države zahteva akciju u istom smeru? Nema sumnje da država ima pravo da proceni da li će u konkretnom slučaju i na koji način preduzeti neke od mera u cilju pružanja diplomatske zaštite zbog povrede prava svog državljanina. Tako je Međunarodni sud pravde zaključio „Država se mora smatrati jedinim ovlašćenim da u konkretnom slučaju proceni hoće li pružiti svoju zaštitu, u kojoj će meri to učiniti, i kada će je okončati. U tom smislu ona ima diskreciono pravo...“⁴⁰

Definicija diplomatske zaštite prema nacrtu Komisije za međunarodno pravo glasi: „Diplomatska zaštita jeste mera jedne države preduzeta prema drugoj državi zbog povrede prava lica ili imovine njenih državljanina prouzrokovanih protivpravnim aktom ili propustom koji je pripisiv potonjoj državi.“⁴¹ U nastavku se predviđaju i izuzeci kada mere diplomatske zaštite mogu biti preduzete i prema nedržavljanima kojima su povređena neka osnovna prava.

Bez obzira na pomenute pravce u raspravama u vezi sa pojmom diplomatske zaštite nameće se zaključak da se pravna pravila u vezi sa ovim institutom mogu grupisati u dve grupe. Prva grupa koja se tiče pravila o statusu lica koji su pod teritorijalnom nadležnošću druge države – takozvana primarna pravila i pravila procedure za ostvarenje same diplomatske zaštite što je u domenu sekundarnih pravila. Primarna pravila se obrađuju i kod pojedinih autora kao prava stranaca što je po njima već tradicionalni deo međunarodnog javnog prava.

³⁸ Rezolucija Generalne skupštine 1803, sa sedamnaestog zasedanja.

³⁹ Videti Rezoluciju Generalne skupštine 3281, sa dvadeset i devetog zasedanja, gde je ova Povelja prihvaćena sa 120 glasova za, šest uzdržanih i deset protiv. Među državama koje su glasale protiv bile su i SAD, Danska, SR Nemačka, Luksemburg i Velika Britanija.

⁴⁰ I. C. J. Reports 1970, Barselona Traction, Light and Power Company, Limited case, Belgium v. Spain, op.cit., p. 45, para 79.

⁴¹ Yearbook of International Law Commission, 2000, vol. II, page 73.

Komisija za međunarodno pravo je, zbog nesumnjive ozbiljnosti instituta diplomatske zaštite, formirala radnu grupu koja je trebalo da ustanovi osnovne pravce budućeg istraživanja Komisije. Ova radna grupa je ustanovila sledeće oblasti daljeg istraživanja: 1. Osnov za pružanje diplomatske zaštite; 2. Strane u diplomatskoj zaštiti; 3. Uslovi pod kojima se obavlja diplomatska zaštita; 4. Posledice diplomatske zaštite.

Radna grupa se takođe složila da bi za buduće regulisanje pitanja vezanih za diplomatsku zaštitu bilo nezaobilazno u osnovi poći od običajnih pravila. Pored toga, prvenstvena pažnja u radu Komisije za međunarodno pravo treba da bude usmerena na elaboraciju sekundarnih pravila koja se tiču procedure sprovođenja diplomatske zaštite. Istaknuto je takođe da pojedine države poseduju propise, ali i praksu iz koje se mogu izvući zaključci da se pružanje diplomatske zaštite sve više prepoznaje i kao pravo državljana u nekim slučajevima, a ne samo kao isključivo pravo države.⁴² Teško da će u budućnosti doći do konstituisanja prava na diplomatsku zaštitu u korist pojedinaca, ali će se verovatno iskristalisati ipak i izvesna pravila u tom smeru.

Do sada je podneto pet izveštaja specijalnog izvestioca za pitanje diplomatske zaštite u međunarodnom pravu i izvršena redakcija većeg broja pravnih pravila u vidu članova. Očekuje se nastavak rada Komisije za međunarodno pravo na daljoj kodifikaciji u vezi sa ovim pitanjem.

Zaključna razmatranja

Sama činjenica da su u okviru Ujedinjenih nacija preduzeti koraci u vezi sa prikupljanjem pravnih pravila vezanih za institut diplomatske zaštite dovoljno govori o važnosti ovog pravila. To je samo logičan postupak koji je usledio posle veoma duge geneze u primeni ovog instituta. U širem smislu se može zaključiti da je ovaj institut kroz istoriju bio i jedan od načina intervencije u unutrašnji poredak država i kao takav i nepoželjan u međunarodnim odnosima, pogotovo kada je bio skopčan sa elementima upotrebe sile. Sa druge strane ovaj institut jeste na neki način povezan i sa međunarodnim privrednim pravom i elementima međunarodnog privatnog prava. Sve to ga u današnjoj praksi čini komplikovanim institutom i poljem koje bi moralo biti detaljnije regulisano pravilima međunarodnog javnog prava kako bi se u budućnosti obezbedila njegova eventualna zloupotreba. Ovaj rad je razmatrao samo istorijski razvoj instituta diplomatske zaštite i neke osnovne preduslove za njenu primenu. Izvan rada ostala su sredstva koja su na raspolaganju u cilju primene diplomatske zaštite.

Sa druge strane novi razvoj instituta diplomatske zaštite usmerio je njegovu evoluciju u pravcu pripadnosti osnovnim ljudskim pravima, jer ukoliko je pojedinac titular elementarnih prava koja poseduje direktno od

⁴² Videti: Fiftieth Session, International Law Commission, 1998.

strane međunarodne zajednice onda bi trebalo i da su njegova lična prava deo takve univerzalne koncepcije.⁴³ Takvo svrstavanje prava na jednak tretman stranaca kao deo osnovnih ljudskih prava predstavlja novu tendenciju u razvoju instituta diplomatske zaštite koji će svoju konačnu formu dobiti u daljem radu Komisije za međunarodno pravo i aktivnostima država na unutrašnjem i spoljašnjem planu.

Bibliografija

1. Amerasinghe, Chittharanjan F., *Diplomatic Protection*, Oxford Scholarship Online Monographs, 2008;
2. Bennouna, M., "Preliminary Report on Diplomatic Protection", A/CN.4/484;
3. Berlia, G., *Contribution a l'etude de la nature de la protection diplomatique*, *Annuaire francais de droit international*, 1957;
4. García Amador, F. V., "State Responsibility. Some New Problems" (1958 II) 94 *Recueil des Cours*;
5. García Amador, *Second Report*, United Nations document A/CN.4/106, *Yearbook ... 1957*, vol. II;
6. Kreća, M., Paunović, M., *Praktikum za međunarodno javno pravo*, Beograd, Dosije, 2002;
7. Lillich, R. B., "The Diplomatic Protection of National Abroad: An Elementary Principle of International Law Under Attack", *AJIL*, Vol. 69, No. 2, Apr. 1975;
8. Lillich, R. B., "The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law" (1984);
9. Lowe, V., *International Law*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2007;
10. Vermeer-Künzli, Annemarieke, "Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection", *Nordic Journal of International Law*, Volume 75, Number 2, 2006;
11. De Vattel, E., *Le droit des gens ou les principes de la loi naturelle* (London, 1758), vol. I, book II;
12. G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, 2006;
13. I. C. J. Reports 1970, p. 246, individual opinion of Judge Padilla Nervo in the *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited case, Belgium v. Spain*, Judgment of 5. February 1970;
14. *The Case of the Sicilian Sulphur Monopoly*;
15. UNCTAD, *Dispute Settlement: Investor – State*;
16. P. C. I. J., Series A, No. 2, Judgment of 30 August 1924;
17. Statut Međunarodnog suda pravde;
18. UNCTAD, *Dispute Settlement: Investor – State*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Geneva 2003;

⁴³ First report on diplomatic protection by Mr. John R. Dugard, Special Rapporteur International Law Commission Fifty-second session Geneva, 1 May-9 June and 10 July-18 August 2000.

19. ICJ Reports, (1948), *Elletronica Sicula S. p. A. (ELSI)*;
20. Savetodavno mišljenje Stalnog međunarodnog suda pravde o Dekretima o državljanstvu u Tunisu i Maroku, iz 1923. godine;
21. I. C. J. Reports 1970, *Barselona Traction, Light and Power Company, Limited case, Belgium v. Spain*, Judgment of 5. February 1970;
22. P.C.I.J., Series A, No. 2, Judgment of 30 August 1924;
23. Konvencija o diplomatskim odnosima iz 1961. godine;
24. Rezolucija Generalne skupštine 1803, sa sedamnaestog zasjedanja;
25. Rezoluciju Generalne skupštine 3281, sa dvadeset i devetog zasjedanja;
26. Yearbook of International Law Commission, 2000, vol. II;
27. Fiftieth Session, International Law Commission, 1998;
28. First report on diplomatic protection by Mr. John R. Dugard, Special Rapporteur International Law Commission Fifty-second session Geneva, 1 May-9 June and 10 July-18 August 2000;

Ph.D. Bojan Milisavljević

THE DEVELOPMENT OF THE INSTITUTE
OF DIPLOMATIC PROTECTION IN INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT

The author deals with diplomatic protection in international law and its development through history of the international community. In this sense, he studies the practice of States regarding the application of diplomatic protection and the steps being taken by the United Nations International Law Commission on the codification of this area. The author presents some basic conditions for launching diplomatic protection briefly analyzing their contents - the exhaustion of internal remedies and determination of citizenship. In the end, the article presents some basic guidelines for the development of diplomatic protection and its relationship with other branches of law which have an international element.

Key words: diplomatic protection, exhaustion of internal remedies, determination of citizenship, United Nations International Law Commission.