

## УСЛОВИ ЗА ПРУЖАЊЕ ДИПЛОМАТСКЕ ЗАШТИТЕ ДОМАЋИМ ДРЖАВЉАНИМА У ИНОСТРАНСТВУ

### I УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Дипломатска заштита домаћих држављана у иностранству настала је као израз класичне супротстављености територијалног и персоналног принципа у међународном праву. Појединац, пошто прекорачи границе државе са којом је у персоналној вези, мора се повинovati прописима земље на чијој се територији налази. Такав његов статус представља последицу општеприхваћеног начела да свака држава има највишу власт, *suprema potestas*, над свим лицима која се налазе на њеној територији.<sup>1</sup> Ипак, територијални принцип не одузима сваки значај персоналној вези појединца са властитом државом. Напротив, управо с позивом на свој персонални суверенитет, свака држава је овлашћена да у границама које одређује међународно право пружи заштиту својим држављанима за време боравка у иностранству.

Вршење дипломатске заштите дискреционо је право државе, а не и њена обавеза. Свака држава потпуно слободно одлучује да ли ће прихвати-ти, одбити или накнадно пружити дипломатску заштиту одређеном лицу.<sup>2</sup> Међутим, то право може се користити само ако су испуњени услови које прописује међународни поредак. Прву и основну претпоставку за вршење дипломатске заштите представља постојање држављанске везе између појединца који је претрпео штету у иностранству и државе заштитнице. Та веза управо је *ratio* установе дипломатске заштите у међународном праву: без везујућег фактора држављанства, односно персоналног суверенитета, нема нормално ни дипломатске заштите.<sup>3</sup>

С друге стране, право државе да прибегне дипломатској заштити својих оштећених држављана у иностранству условљено је претходним исцрпљењем правних средстава територијалне државе. Тек када правни поредак стране државе не пружа више никакву могућност за накнаду, национална држава има право да ступи на место оштећеног држављанина и спор изнесе пред надлежно међународно тело.

Држављанство и исцрпљење унутрашњих правних лекова сматрају се општеприхваћеним условима за пружање дипломатске заштите. У том погледу постоји јединствени став у међународној доктрини и судској пракси. Међутим, мишљења се разликују поводом осталих услова који се у појединим случајевима траже за вршење дипломатске заштите.

1 Б.Јанковић-З.Радивојевић, Међународно јавно право, Београд, 1991, стр. 118.

2 C.I.J., Recueil, 1970, p.43.

3 G.Leigh, Nationality and Diplomatic Protection, The International and Comparative Law Quarterly, 1971, no3, p.453.

## II. ДРЖАВЉАНСТВО

Иако неспоран као услов дипломатске заштите, појам држављанства у својој практичној примени отвара низ правних проблема. На првом месту налази се дилема да ли класично схватање о држављанству као материји у искључивој надлежности држава задржава важност и пред међународним судским и арбитражним органима или су, пак, они слободни да самостално у сваком случају утврђују постојање држављанске везе. Поред тога, специфични проблеми појављују се поводом питања континуитета држављанства, односно времена у коме оштећено лице треба да има држављанство државе заштитнице. На крају, одређене тешкоће јављају се приликом испитивања карактера везе појединца и државе (у смислу захтева за постојање ефективног држављанства) или уколико оштећено лице има два држављанства (случај бипатридије).

### 1. Утврђивање држављанства

Регулисање материје држављанства несумњиво улази у ред оних питања која чине домен искључиве надлежности држава. Свака држава одређује према сопственом праву која ће се лица сматрати њеним држављанима, док су остале државе у обавези да такво одређивање признају.<sup>4</sup> Даљу последицу овог става представља околност да државе у свом интерном праву предвиђају различите основне и допунске начине стицања држављанства.

Иако законодавство о држављанству остаје у оквиру унутрашње надлежности, постоје извесне границе дискреционих овлашћења држава које поставља међународно право. Наиме, потребно је разликовати утврђивање држављанства са становишта интерног права од овог питања схваћеног као услова за вршење дипломатске заштите. У другом случају једностранни акт државе о давању држављанства одређеном лицу не мора увек бити релевантан међународни основ да му се пружи заштита. Другим речима, формални акт једне државе о стицању држављанства не преноси аутоматски своју правну вредност на међународни терен.

У споровима поводом вршења дипломатске заштите међународни судски и арбитражни органи слободно су оцењивали вредност доказа о држављанству које им је подносила држава заштитница, водећи притом рачуна и о одређеним међународно признатим стандардима. Као што је Међународни суд правде истакао у пресуди којом је решен спор *Nottebohm*, међународна тела овлашћена су да изнова испитују вредност једностране одлуке којој је држава заштитница прогласила оштећено лице својим држављанином.<sup>6</sup>

4 Видети чл.1. и 2. Хашке конвенције о неким питањима која се односе на сукоб закона у материји држављанства; UN Doc. ST/LEG/SER. D/3, 1961, Dec. 31.

5 Одређени број држава прихвата систем *jus sanguinis* као основни начин стицања држављанства, док друге усвајају супротно решење: систем *jus soli* који се базира на територијалном принципу. Не мање залихе постоје и када је реч о допунским начинима стицања држављанства (нпр. прирођење, стицање држављанства на основу међународних уговора), као и у погледу услова који у тим случајевима морају бити испуњени. Суштина оваквог приступа приликом регулисања држављанства састоји се у чињеници да државе суверено одлучују која ће се лица сматрати њиховим држављанима са свим разликама које из тога могу проистећи.

6 C.I.J., *Resueil*, 1955, pp.11-12.

## 2. Континуитет држављанства

Испитивање држављанске везе од стране међународних тела укључује и временску компоненту. Најшира, мада не и неподељена сагласност,<sup>7</sup> постоји у погледу става да држава може вршити дипломатску заштиту само уколико је оштећено лице било њен држављанин како у време настанка штете, тако и у моменту подношења захтева. Овако схваћен континуитет држављанства састоји се заправо из три елемента: да је оштећено лице држављанин државе у време проузроковања штете; да је њен држављанин у време подношења захтева за накнаду; да држављанска веза не буде прекинута између та два момента. Смисао ових услова изражен је у идеји чврсте (непрекинуте) држављанске везе оштећеног лица и државе заштитнице, будући да би сваки прекид или накнадно успостављање те везе повлачило губитак процесне легитимације заинтересоване државе на међународном плану.

Захтев за континуираним држављанством обично се оправдава тиме што спречава да оштећено лице променом држављанства исходи заштиту нове државе и тако злоупотреби установу дипломатске заштите. У прилог истој тези наводи се да је држава чији је држављанин био оштећени у време настанка штете једино повређена у том тренутку, па је само она позвана да обезбеди поштовање међународног права у личности својих држављана.<sup>8</sup> Међутим, доследно инсистирање на континуитету држављанства чини се понекад сувишним, пошто је могућност злоупотребе дипломатске заштите фразуалозном променом држављанства више теоријска могућност, готово без практичних последица. Осим тога, приликом оваквог тумачења лице које је након претрпљене штете променило држављанство остаје без дипломатске заштите ма које државе, те се његова ситуација битно не разликује од правног положаја лица без држављанства.

Упркос недовољној уверљивости разлога на којима почива услов континуираног држављанства, чињеница је да он представља широко прихваћен принцип међународног права кога се судови у својој пракси без изузетка придржавају. Како још увек нема наговештаја о сужавању подручја његове примене, оштећени појединац може да ужива дипломатски заштиту једино уколико његово држављанство остане непромењено од тренутка настанка штете до подношења захтева надлежном међународном телу.

## 3. Ефективно држављанство

Околност да једнострано одређивање држављанства унутрашњим актима држава не производи нужно дејство на међународном плану, очитује се и у потреби утврђивања карактера и садржине држављанске везе. Наиме, неопходно је да оштећено лице не буде само формално везано за државу заштитницу, већ да је држављанство ефективно. Овај услов намеће све већа мобилност савременог човека, који често формалноправно везан држављанством са једном државом, центар животних односа има у другој држави. Отуда и питање да ли држави формалног држављанства треба увек признати право на пружање дипломатске заштите лицу које се од ње фактички савим одвојило.

7 H.Johnes, The Nottebohm Case, The International and Comparative Law Quarterly, 1956, no 5, p.230.

8 C.P.J.I., Série A, no 2, p.12.

Утисак је да међународни органи који су се бавили овим проблемом нагињу, мање или више децидирано, негативном одговору. Поред неких арбитражних одлука, пажњу заслужује следећи став Међународног суда правде у спору *Nottebohm*: "Држављанство је правна веза заснована на друштвеним чињеницама, истинска веза интереса и осећања прожета међусобним правима и обавезама. Може се рећи да оно представља правни израз најтешњег везивања појединца за становништво државе чији је држављанин у односу на друге државе. Стога је једино овлашћена да врши дипломатску заштиту према другим државама она држава која га је учинила својим држављанином, јер то представља, правнички речено, преношење те везе појединца."<sup>9</sup> Овакво инсистирање на постојању ефективног држављанства има, *in ultima linea*, за последицу значајно смањење могућности пружања дипломатске заштите од стране државе формалног држављанства, односно битно приближавање правног статуса оштећеног лица положају апатрида.

Посебан проблем представљају случајеви вршења дипломатске заштите у којима оштећено лице има двоструко држављанство. Традиционална доктрина међународног права разликује две ситуације: а) дипломатску заштиту врши држава у односу на државу чије држављанство оштећено лице нема (друга држава чије држављанство оштећени такође има остаје у овом случају по страни); б) дипломатску заштиту пружа једна од државе чије држављанство оштећено лице има у односу на другу државу.

У првом случају теорија и међународни судски органи стоје на становишту да је потребно испитати квалитет држављанске везе, односно да је држава овлашћена да пружи заштиту једино када је оштећено лице ефективно њен држављанин. Уколико то није случај оштећени се ипак не ставља аутоматски у положај апатрида, јер се за пружање заштите може обратити и другој држави чије држављанство има.

Ситуација је много сложенија ако се вршење дипломатске заштите везује за обе државе чији је држављанин оштећено лице. Класичан је став, потврђен у међународној јуриспруденцији,<sup>10</sup> да држава не може вршити заштиту у корист свог држављанина против друге државе чије држављанство он такође има. У прилог таквом решењу најчешће се наводи општеприхваћено начело међународног права о сувереној једнакости државе, које спречава да се у сукобу два држављанства да предност једном од њих.

Међутим, све шире прихватање принципа ефективног држављанства захтева да се изложени став коригује у том смислу што ће се омогућити одступање од одбацавања а *rigori* сваке могућности вршења заштите против државе чије држављанство оштећени има. Другим речима, држава са којом ово лице има ефективну држављанску везу легитимисана је да пружи заштиту чак и у односу на државу формалног држављанства. Отуда је неопходно утврдити да је држава која подноси међународни захтев заиста држава ефективног држављанства оштећеног лица.

Ипак, принципу ефективног држављанства не треба давати апсолутни домаћај као што чине поједини теоретичари, који сматрају да није потребно постојање држављанске везе, него је довољна ефективна територијална веза (редовно боравиште, центар породичних односа, учешће у јавном животу и сл.).<sup>11</sup> Изгледа да се овакво радикално схватање

9 C.I.J., Recueil, 1955, p.23.

10 C.I.J., Recueil, 1949, p.186.

на садашњем степену развоја међународне заједнице не може прихватити, те принцип ефективитета мора у сваком случају бити праћен постојањем држављанства.

### III ИСЦРПЉЕЊЕ УНУТРАШЊИХ ПРАВНИХ ЛЕКОВА

Претходно исцрпљење унутрашњих правних лекова доктрина међународног права схвата као општеприхваћени услов коришћења уставне дипломатске заштите. Међународни правосудни органи у њему виде устаљено правило међународног права. Као што је Сталин суд међународне правде истакао у спору Мавроматис странци повређени актима државе који су супротни међународном праву треба да траже сатисфакцију редовним путем и то је "елементарно начело међународног права".<sup>12</sup>

Међутим, домаћај правила о исцрпљењу интерних правних средстава није ограничен само на област обичајног међународног права. Његову примену изричито предвиђа и велики број међународних уговора. То су, по правилу, двострани или вишестрани уговори о мирном решавању спорова у којима се обично налази следећа одредба: "Уколико се ради о спору чији предмет према унутрашњем законодавству једне од страна зависи од надлежности националних судова, та страна моћи ће да се супротстави његовом разматрању у поступку који је предвиђен овим уговором, пре него што је надлежни орган у разумном року изрекао коначну пресуду."<sup>13</sup> Насупрот томе, поједини међународни уговори изричито искључују примену правила о исцрпљењу унутрашњих лекова и допуштају директно подношење захтева за накнаду штете мешовитим комисијама. Одступање од овог правила оправдава се природом спора или посебним начином његовог решавања, будући да се ради о штетама политичко-економског карактера које су проистекле из рата, мера национализације страних инвестиција или су у вези са делатношћу у свемиру. Тако, на пример, Конвенција о међународној одговорности предвиђа да "подношење захтева за накнаду штете не изискује претходно исцрпљење унутрашњих лекова који су били на располагању држави-тужиоцу или правним и физичким лицима чије интересе та држава заступа."<sup>14</sup>

#### 1. Циљ и основ услова исцрпљења унутрашњих правних лекова

У оквиру права на дипломатску заштиту услов претходног исцрпљења унутрашњих правних средстава има за првенствени циљ заштиту суверенитета. Предвиђање и прихватање тог услова објашњава се чињеницом да свака држава као суверена и равноправна јединка у међународној заједници поседује врховну власт над свим лицима и стварима на својој територији. Обавеза странаца да се ради добијања накнаде обрати најпре органима државе на чијој је територији штета проузрокована представља последицу и потврду њеног суверенитета. Ипак, штитећи суверенитет територијалне државе, услов исцрпљења унутрашњих правних лекова не иде

11 C. Leigh, op. cit. p.475.

12 C.P.J.I., Série A, no 2, p.12.

13 Видети: чл.29. Европске конвенције о мирољубивом решавању спорова од 1953. године; за друге примере: D.Sulliger, L'épuisement des voies de recours internes en droit international général et dans la Convention européenne des droits de l'homme, Lausanne 1979, p.17.

14 за текст: Спољнополитичка документација, Београд, 1972, бр.2, стр.112.

на уштрб права страних физичких лица и персоналног суверенитета њихове државе. Чим органи територијалне државе не гарантују странцу третман који предвиђа међународно право, на сцену ступа национална држава и кроз пружање дипломатске заштите потврђује властито право да у лично-сти својих грађана обезбеди поштовање норми међународног права. На тај начин, основна функција исцрпљења унутрашњих правних средстава своди се на усклађивање територијалног суверенитета потенцијално одговорне државе са персоналним суверенитетом државе заштитнице.<sup>15</sup>

Основ овог правила може се посматрати и у светлости односа унутрашњег и међународног поступка за решавање спорова поводом накнаде штете причињене странцима. Пошто међународно право препушта државама и њиховим органима да странцима осигурају одговарајући третман, сасвим је природно да се евентуални спорови решавају првенствено на унутрашњем плану. Међународни поступак може се покренути само изузетно уколико је отежени појединац искористио све могућности које му стоје на располагању у правном поредку територијалне државе.<sup>16</sup>

Најзад, *raison d'être* услова исцрпљења унутрашњих правних лекова треба тражити у разлозима практичног и политичког карактера. Локални судови су како просторно тако и временски у могућности да брже и економичније утврде одлучне чињенице и самим тим, под претпоставком непристрасности, ефикасно реше спор. Непосредно покретање поступка на међународном плану оптеретило би дипломатске органе и службе, те довело до таквог пораста броја спорова пред међународним судским телима који онемогућава њихов нормалан рад.<sup>17</sup> Уз то, интервенција у корист оштећених домаћих држављана који нису покушали да прибаве сатисфакцију, чак и када правни поредак стране државе пружа за то реалне изгледе, често ће се схватити као мешање у унутрашње послове, што може да доведе до озбиљнијег захлађења у политичким односима заинтересованих држава. Са тог становишта посматрано, коришћење локалних правних лекова мири националну аутономију и међународну сарадњу, негира идеју о апсолутном и неодговорном суверенитету, а поштује независност држава.<sup>18</sup>

## 2. Правна природа услова исцрпљења унутрашњих правних лекова

Посебан проблем представља питање да ли исцрпљење унутрашњих правних средстава треба схватити као услов за настанак међународне одговорности држава или само као претпоставку њеног остваривања на међународном плану. У првом случају оно би представљало материјално, а у другом процесно правило. Од ове оцене зависи покретање и вођење поступка пред међународним правосудним органима, јер уколико би се у њему видело процесно правило тужена страна има могућност да истакне приговор неисцрпљења унутрашњих лекова и одложи расправу о основу спора због недопуштености захтева. Супротно, ако је реч о материјалном правилу, тужена држава има прилику да оспорава надлежност суда или да се њиме користи у току мериторне расправе.<sup>19</sup>

15 J. Chappes, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Paris 1972, p.28; P.Reuter, *Droit international public*, Paris 1976; D.Suuliger, o. cit. p.39.

16 C.Law, *The Local Remedies Rule in International Law*, Genève 1961, p.18.

17 D.Mummary, *The Content of Duty to Exhaust Local Judicial Remedies*, *American Journal of International Law*, 1964, Vol. 58, p.393.

18 C.Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York, 1928, p.127.

19 Ближе о томе: З.Радивојевић, *Правна природа правила о исцрпљењу унутрашњих*

Међународна јуриспруденција није се у већини случајева непосредно бавила овим проблемом, већ су се судски и арбитражни органи углавном органичавали на оцену основаности приговора тужене стране да расположиви унутрашњи правни лекови нису исцрпљени. Ипак, у ранијој арбитражној пракси налазимо неке одлуке које се изјашњавају у прилог материјалног карактера правила *local remedies*. У спору *Cotsworth and Powel* доказано да су тужиоци исцрпљили пред судовима територијалне државе сва средства за добијање накнаде.<sup>20</sup> У пресуди којом је решен спор *Mexican Union Railway* арбитражна комисија је заузела став да одговорност у међународном праву може да настане само када су погођена лица искористила сва средства која су им била доступна према националном законодавству државе у питању.<sup>21</sup> Међутим, и схватање о процесној природи исцрпљења унутрашњих правних лекова налази се ослонац у појединим прецедентима. Тако је у спору *Moses* председник арбитражног већа сматрао тужену страну одговорном иако услов исцрпљења унутрашњих правних лекова није био испуњен.<sup>22</sup>

Пракса предатног Сталног суда међународне правде и садашњег Међународног суда правде не пружа нам поуздане показатеље о правној природи услова исцрпљења интерних правних средстава. Главни судски орган у Хагу, чак и у случају опречних ставова парничних страна, није се изјашњавао по овом питању. У спору *von Pless* Пољска је иступила са тезом о материјалној природи овог услова, јер се не може говорити о међународној одговорности док унутрашњи правни лекови нису исцрпљени.<sup>23</sup> У спору *Barcelona Traction* Белгија је такође исцрпљење схватила као захтев материјалног права, пошто се "међународна одговорност заснива само ако је правосудни апарат био у стању да исправи неправду нанету странцу, па то није учинио."<sup>24</sup>

Нешто више светлости на овај проблем бацају пресуде Сталног суда међународне правде и Међународног суда правде у споровима око железничког друштва *Panevezys-Saldutskis* и *Interhandel*.<sup>25</sup> У доктрини се оне тумаче као прећутно признање процесног карактера услова исцрпљења унутрашњих правних лекова. Судови су у оба случаја прихватили приговор неисцрпљења интерних правних средстава без упуштања у мериторно расправљање спора.

На основу наведених прецедената и достигнутог степена развоја установе дипломатске заштите може се условно говорити о процесном карактеру исцрпљења унутрашњих правних лекова. Кажемо условно јер се коначни став може заузети тек када буде спроведена општа кодификација правила о дипломатској заштити. У тој будућој конвенцији државе могу услов исцрпљења унутрашњих правних лекова поставити као процедурални услов или га, пак, сматрати конститутивним елементом међународне одговорности држава.

---

правних лекова, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1985, стр.245-249.

20 A.Lapradelle-N.Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris 1954, Vol. III, p.703.

21 *Recueil des sentences arbitrales* publié par les Nations Unies, Vol. V, p.122.

22 J.B.Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington 1898, Vol.III, p.3016.

23 C.P.J.I. Série C, no 70, p.135.

24 C.I.J., *Recueil*, 1964, p.44.

25 C.P.J.I., Série A/B, no 76, p.22, C.I.J., *Recueil* 1959, p.26.

### 3. Практична примена услова исцрпљена унутрашњих правних лекова

Иако је исцрпљење интерних правних средстава општеприхваћено као услов за вршење дипломатске заштите, његова практична примена скопчана је са бројним проблемима. Међу њима најпре треба поменути ситуацију када споразум на коме се заснива надлежност међународних правосудних органа не садржи никакве одредбе у том погледу. Доктрина и јуриспруденција су подељене поводом питања да ли у овом случају треба допустити туженој страни да истакне приговор неисцрпљена унутрашњих правних лекова или поступити супротно и сматрати да се она те могућности одрекла прећутно самим чином потписивања компромиса. У прилог првог решења наводи се да је правило о исцрпљењу унутрашњих правних лекова саставни део општег међународног права и као такво примењиво и у одсуству изричите уговорне одредбе.<sup>26</sup> Присталице другог схватања истичу да је државама унапред позната садржина спора, па се и закључењем компромиса тужена страна одрекла могућности истицања дилаторних приговора у поступку. Уколико је, пак, имала супротну намеру држава би одбила да закључи компромис или би унела изричиту резерву о претходном коришћењу средстава које нуди њен правни поредак.<sup>27</sup> У досадашњој пракси Међународног суда правде заузет је начелан став да је примена услова исцрпљена унутрашњих правних лекова могућа чак и у случају "ћутања" уговора.<sup>28</sup>

У практичној примени овог услова појављују се и неки проблеми интерноправног карактера. Познато је, наиме, да унутрашњи правни системи повлаче разлику између редовних и ванредних правних лекова: први се подnose против одлука које још нису ступиле на правну снагу, док се другима нападају правноснажне одлуке. Да ли је такво разликовање релевантно и у примени услова исцрпљена унутрашњих правних лекова?

Ранија арбитражна пракса уvažавала је ову разлику и сматрала да је услов исцрпљена унутрашњих правних лекова испуњен само коришћењем редовних правних средстава. Међутим, међународна јуриспруденција нуди далеко већи број примера у којима се захтевало и исцрпљење ванредних правних средстава уколико постоје изгледи да се њиховим коришћењем отклоне штетне последице противправне радње.

У посебној резолуцији Институт за међународно право је оценио да за примену правила о исцрпљењу унутрашњих правних лекова није од суштинског значаја редовни или ванредни карактер правног средства, већ чињеница да ли представља довољан и ефикасан правни лек.<sup>29</sup>

Међународна пракса познаје неколико случајева у којима домаћа држава може прибећи дипломатској заштити свог држављанина без обзира што претходно нису исцрпљена сва расположива правна средства у страни држави. Разлози који оправдавају такво поступање углавном су последица непостојања средстава у правном поредку одговорне државе или неефикасности постојећих правних лекова. Тако, на пример, ако не постоји одговарајућа организација судова или је због политичких немира нарушена судска независност, физичко лице неће бити у обавези да исцрпе уну-

26 видети VI извештај Gracia-Amador-a о одговорности држава: *Annuaire de la Commission du droit international*, 1961, Vol. II, p.53.

27 J. Chappez, *op. cit.*, p.313; C.Law, *op. cit.*, p.93.

28 видети став Међународног суда у спору *Interhandel*: *Recueil*, 1959, p.6.

29 за преглед праксе: D.Sulliger, *op. cit.* pp.78-79.



трашне правне лекове. Исти је случај ако судови нису надлежни за додељивање накнаде штете, уколико је реч о одрицању правосуђа или дуготрајна пракса коју следе судови не даје никакве изгледе за додељивање накнаде штете, односно очигледно води потврђивању раније донете одлуке.

Изузетно и одређене околности везане за самог држављанина могу оправдати прибегавање дипломатској заштити, мада поредак стране државе нуди ефикасна и довољна правна средства. То је, рецимо, случај када је отежана могућност употребе правних лекова због боравка у некој трећој земљи или интернације, ако се примењује тортура и други видови притиска над лицем које је затворено или му је онемогућен контакт са адвокатом и другим лицима која би могла изјавити правни лек у његово име.<sup>30</sup>

#### IV. ОСТАЛИ УСЛОВИ

Уколико оштећено лице, упркос коришћењу свих расположивих средстава правног поредка стране државе, није успело да добије накнаду, држава са којом се налази у континуираној и ефективној држављанској вези може да преузме његов спор и покрене на међународном плану поступак ради обештећења. Постоје, међутим, покушаји да се и у овом случају вршења дипломатске заштите дозволи само ако су испуњени још неки допунски услови. Смисао тих услова своди се на две врсте ограничења. Најпре, тражи се коректно понашање домаћег држављанина према држави против које се подноси захтев за накнаду штете (правило "чистих руку"). С друге стране, потребно је да се домаћи држављанин није унапред одрекао дипломатске заштите своје државе. Ако је, пак, једна таква клаузула унета у текст уговора између домаћег држављанина и стране државе (тзв. Калво клаузула), сматра се да дипломатска интервенција у његову корист може бити искључена.

##### 1. Правило "чистих руку"

Правило "чистих руку" (clean hands; mains propres) настало је у вези са питањем одговорности државе за штету нанету странцима на сопственој територији. Према том правилу свака држава дужна је да странцима гарантује третман који предвиђа међународно право под условом да они поштују њено унутрашње законодавство и друге прописе. У супротном се искључује или смањује одговорност државе за евентуалне штете, будући да је страни држављанин кршењем норми унутрашњег права сам створио по себе неповолне околности. То представља обичајно правило међународног права и последица је општеприхваћених начела *Nemo audiatur propriam turpitudinem allegans* и *Nullum commodum capere potest quius de sua propria iniuria*.<sup>31</sup>

Пренето на терен дипломатске заштите, правило "чистих руку" забрањује интервенције у корист лица која су се огрешила о прописе терито-

30 Ближе о томе: С.А. Trindade, *The Application of the Rule of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge 1983, pp.110-112.

31 С.Миленковић, *Унутрашња надлежност држава и међународна заштита људских права*, Београд 1974, стр.46; L.Delbez, *Les principes généraux du droit international public*, Paris 1964, p.380.

ријалне државе. Држава која иначе има право дипломатске заштите свог држављанина не може, дакле, штитити његово право ако се овај није коректно понашао према држави против које се подноси захтев. Међутим, тешкоће настају због различитог схватања самог појма коректног понашања домаћег држављанина у страниј земљи. У пракси бележимо бројне интервенције у корист својих држављана који су били одговорни или чак оптужени за кршење законодавства стране државе. Насупрот томе, било је случајева када су због понашања оштећених лица које није у складу са интерним правом државе одустајале од вршења дипломатске заштите.<sup>32</sup>

Посебан проблем представља питање правне природе правила "чистих руку". Уколико се оно схвати као правило процесног права тужена држава имала би могућност да истакне приговор некоректног понашања оштећеног лица и тако спречи расправу о основу спора пред међународним органима због недопуштености захтева, Супротно, ако је реч о материјалном правилу, тужена страна могла би се њиме користити у току мериторне расправе о одговорности за проузроковану штету. Међународна јуриспруденција углавном стоји на становишту да правило "чистих руку" не треба сматрати условом допуштености међународног захтева за накнаду штете, већ се о њему води рачуна приликом оцене меритума, посебно одговорности државе.<sup>33</sup>

## 2. Калво клаузула

Честе интервенције, нарочито европских сила, у унутрашње послове земаља Латинске Америке биле су повод да аргентински правник Калво (Carlos Calvo) крајем прошлог века предложи уношење у уговоре о концесијала посебне одредбе којом се спречава интернационализација спорова из уговора између страних физичких и правних лица и територијалне државе. Клаузула која је по њему добила назив има заправо двоструки циљ: најпре, да се сви спорови око тумачења и примене уговора подвргну под искључиву јурисдикцију домаћег права и локалних судова, и друго, можда важније, да се странац унапред одрекне права на дипломатску заштиту сопствене државе.<sup>34</sup>

Иако је у пракси примењивана и потврђена у неким судским одлукама, правни значај Калво клаузула у домену дипломатске заштите веома је споран. Док јој један део доктрине признаје ограничену важност, други је сматрају ништавном и лишеном правног дејства. У прилог важења ове клаузуле обично се наводи да је уговор између странца и територијалне државе закључен по прописима унутрашњег права, па је нормално да све евентуалне спорове решавају домаћи судови без страног мешања. Уколико, пак, дође до повреде међународног права (на пример, у случају одрицања правосуђа) неће се применити Калво клаузула и тада нема правних сметњи да национална држава странца прибегне установи дипломатске заштите.<sup>35</sup>

Становиште које оспорава сваки правни значај Калво клаузуле има много већи присталица у доктрини и међународној јуриспруденцији. Пре-

32 A.Kiss, Protection diplomatique, Ency. Dalloz, Paris 1969, pp. 695-696.

33 J.Salmon, Des mains propres comme condition de recevabilité des réclamations internationales, Annuaire français de droit international, 1964, pp.232-237.

34 J.Charpez, op.cit, p.76; В.Иблер, Рјечник међународног јавног права, Загреб 1987, стр.122.

35 D.R.Shea, The Calvo clause-A problem of Interamerican and International Law and Diplomacy, Minneapolis, 1955, p.37.

ма том схватању уношење у уговор посебне одредбе са циљем да се будући спорови из уговорних односа ставе у надлежност домаћих судова у крајњој линији је непотребно. Са становишта међународног права странац који претрпи штету треба да накнаду потражи првенствено пред надлежним органима територијалне државе. На такво поступање обавезује га обичајно правило о претходном исцрпљењу унутрашњих правних лекова. Поступак на међународном плани инициран кроз механизам дипломатске заштите увек је субсидијарног карактера и до њега долази тек када више нема изгледа да се накнада штете исходи од територијалне државе.<sup>36</sup>

И коначно, пружање дипломатске заштите представља право државе, а не појединца. Домаћи држављанин не може се пуноважно, унапред или касније, одрећи у име и за рачун државе једног овлашћења које јој признаје позитивно међународно право.<sup>37</sup> Држава се сматра јединим господарем одлуке о томе да ли ће пристати да пружи заштиту, у ком обиму ће то учинити и када ће је окончати. Вршећи дипломатску заштиту, она заправо потврђује сопствено право да у личности својих држављана обезбеди поштовање правила међународног права.

---

<sup>36</sup> J.Chappez, op. cit. pp.77-78.

<sup>37</sup> P.Guggenheim, *Traité de droit international public*, Genève 1967, p. 26; V.Ibler, op. cit, стр.123.

## LES CONDITIONS POUR LA PROTECTION DIPLOMATIQUE DES CITOYENS DU PAYS A L'ETRANGER

- Résumé -

La protection diplomatique des citoyens du pays à l'étranger est née comme l'expression de l'opposition classique des principes territorial et personnel dans le droit international. La règle générale que chaque Etat détient le pouvoir sur toutes les personnes se trouvant dans son territoire n'enlève pas d'importance à la liaison personnelle d'un individu avec son propre Etat. Faisant appel à sa souveraineté personnelle, l'Etat est autorisé de fournir, dans les mesures déterminées par le droit international, la protection à ses citoyens pendant leur séjour à l'étranger.

La première condition essentielle pour l'exercice de la protection diplomatique est l'existence d'une liaison de citoyenneté entre l'individu qui a subi un dommage à l'étranger et l'Etat protecteur. Si cette liaison n'existe pas ou si elle n'est pas continue et effective, il n'y aura pas de protection diplomatique. En outre, le droit de l'Etat de recourir à la protection de ses citoyens lésés est conditionné par l'épuisement préalable des voies de recours de l'Etat territorial. Ce n'est qu'au cas où l'ordre juridique de l'Etat étranger n'offre aucune possibilité de réparation, l'Etat national peut se mettre à la place du citoyen lésé et tenter le procès devant un organe international compétent.

On considère la citoyenneté et l'épuisement des voies de recours internes comme les conditions communément admises de fournir la protection diplomatique. Cependant, les opinions sont partagées à l'égard des autres conditions demandées dans certains cas pour l'exercice de celle-ci. L'auteur de cet article estime que l'Etat peut protéger les droits d'une personne lésée seulement au cas où celle-ci s'est comportée correctement envers l'Etat étranger en respectant sa réglementation. D'autre part, il croit que le citoyen du pays ne peut renoncer d'avance la protection diplomatique par une clause spéciale du contrat, car elle représente le droit de l'Etat, et non de l'individu.