

# DIPLOMATSKA ZAŠTITA

Prof. dr. sc. Maja Seršić\*

UDK 341.23

341.71

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: listopad 2011.

*U radu se analizira tradicionalni institut diplomatske zaštite, imajući posebno u vidu odredbe Nacrta članaka o diplomatskoj zaštiti, koji je 2006. izradila Komisija za međunarodno pravo. Posebna pozornost posvećuje se osnovnim uvjetima diplomatske zaštite: državljanstvu, odnosno državnoj pripadnosti i iscrpljenju svih unutrašnjih pravnih sredstava. Raspravlja se i o odnosu diplomatske zaštite i pozivanja na odgovornost zbog povrede kogentnih odredaba erga omnes od strane države koja nije povrijeđena država.*

*Ključne riječi: diplomatska zaštita, Nacrt članaka o diplomatskoj zaštiti, odgovornost države*

## I. UVODNE NAPOMENE

Diplomatska zaštita znači intervenciju, diplomatskim ili drugim sredstvima mirnog rješavanja sporova, jedne države prema drugoj državi zbog međunarodno protupravnog čina koji je ta druga država počinila prema fizičkoj ili pravnoj osobi koja je državljanin, odnosno ima državnu pripadnost države koja pruža zaštitu.

Pravo diplomatske zaštite ima dugu tradiciju: ono je državama priznato u više presuda Stalnog međunarodnog suda i Međunarodnog suda. Komisija za međunarodno pravo, pomoćno tijelo Opće skupštine UN-a za pitanja kodifikacije, bavila se tim pitanjem točno pet desetljeća. Diplomatska se zaštita proučavala najprije u okviru materije odgovornosti država za međunarodno protupravne čine, posebno intenzivno za vrijeme prvog izvjestitelja Komisije

---

\* Dr. sc. Maja Seršić, profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

o materiji odgovornosti država Garcie Amadora.<sup>1</sup> U kasnijem radu na materiji odgovornosti država za međunarodno protupravne čine Komisija je pitanju pridavala sve manje pozornosti te je 1995. odlučeno da se diplomatska zaštita odvoji od odgovornosti država za međunarodno protupravne čine. Riječ je o srodnim materijama, ali mnogobrojna komplicirana pitanja koja je trebalo riješiti u okviru problematike odgovornosti država za protupravne čine stavila su pitanje diplomatske zaštite među sporedna pitanja. Zato je, imajući u vidu interes država, Opća skupština stavila Komisiji za međunarodno pravo diplomatsku zaštitu kao posebnu temu proučavanja. Komisija je 2006. izradila konačan Nacrt članka o diplomatskoj zaštiti.<sup>2</sup> Opća skupština 2006. prihvatila je Nacrt i odlučila ga dati na primjedbe državama.<sup>3</sup> Godine 2007. odlučila je staviti materiju diplomatske zaštite na dnevni red svojeg zasjedanja 2010. kako bi u svjetlu primjedaba država i rasprave odlučila hoće li se na osnovi Nacrta usvojiti konvencija ili poduzeti drugi odgovarajući koraci.<sup>4</sup>

U radu posebnu pozornost posvećujemo Nacrtu članka o diplomatskoj zaštiti iz 2006. i usporedbi zaštite koju država može pružiti pojedincu prema odredbama tog Nacrta te prema odredbama Nacrta članka o odgovornosti države za međunarodno protupravne čine iz 2001.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Vidi *Yearbook of the International Law Commission* (dalje u tekstu: YBILC), 1956., sv. I, str. 173 - 231; YBILC, 1957., sv. II, str. 104 - 130; YBILC, 1958., sv. II, str. 47 - 73; YBILC, 1959., sv. II, str. 1 - 36; YBILC, 1960., sv. II, str. 41 - 68 i YBILC, 1961., sv. II, str. 1 - 54.

<sup>2</sup> Nacrt članka i komentar vidi u YBILC, 2006., sv. II, dio II.

<sup>3</sup> Rez. 61/35 od 4. prosinca 2006.

<sup>4</sup> Rez. 62/67 od 6. prosinca 2007. Izrada Nacrta iz 2006. obnovila je interes doktrine za ovu materiju te su o različitim aspektima napisani brojne knjige i članci, vidi npr. Amerasinghe, C. F., *Diplomatic protection*, Oxford, 2008.; Crawford, J. R., *The ILC's Articles on Diplomatic Protection*, South African yearbook of international law, 2006., sv. 31, str. 19; Deen-Racsmany, Z., *Diplomatic Protection and international criminal law*, Leiden journal of international law, 2007., sv. 20, br. 4, str. 909; Karazivan, N., *Diplomatic Protection* The Canadian yearbook of international law, 2006., sv. 44, str. 299; Salazar Alborno, M., *Legal nature and legal consequences of diplomatic protection*, Anuario mexicano de derecho internacional, 2006., sv. 6, str. 377.

<sup>5</sup> Vidi Nacrt članka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine, *V. Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, 23 April - 1 June, 2 July - 10 August 2001, General Assembly, Official Records, Fifty-six session, Supplement No.10 /A/56/10 (dalje u tekstu: *Report 2001*). Tekst Nacrta na engleskom jeziku dostupan je i na [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf). Tekst Nacrta na francuskom vidi na [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/projet\\_d%27articles/9\\_6\\_2001\\_francais.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/projet_d%27articles/9_6_2001_francais.pdf).

Postoji bliska povezanost između odredaba navedenih dvaju nacrtu. Mnoga načela sadržana u Nacrtu članka o odgovornosti države za međunarodno protupravne čine iz 2001. u potpunosti vrijede i primjenjuju se i u okviru materije diplomatske zaštite. Među njima posebno ističemo pravne posljedice međunarodno protupravnih čina.<sup>6</sup> Tako je država odgovorna za protupravni čin prema stranom državljaninu obvezna na reparaciju i prestanak protupravnog čina. Zajedničko je i to što oba nacrtu sadržavaju samo sekundarna pravila, tj. pravila o odgovornosti, a ne bave se primarnim pravilima, tj. različitim pravilima međunarodnog prava koja subjektima međunarodnog prava nalažu određene obveze i čija povreda može biti izvor odgovornosti.

Nacrt članka o odgovornosti države za međunarodno protupravne čine dotiče materiju diplomatske zaštite u užem smislu samo u čl. 44. u kojem se navode dva pitanja od središnje važnosti za tu materiju, naime, uvjeti za diplomatsku zaštitu: državljanstvo, odnosno državna pripadnost osobe na čiju je štetu počinjen međunarodno protupravni čin<sup>7</sup> i iscrpljivanje domaćih pravnih sredstava u državi povrediteljci.<sup>8</sup>

Iako još nije formalno dovršen proces kodifikacije materije diplomatske zaštite, Nacrt članka iz 2006. dobio je priznanje u presudi Međunarodnog suda iz 2007. u slučaju *Diallo*, između Gvineje i Konga, u povodu preliminarnih prigovora.<sup>9</sup> Sud se potpuno oslanjao na odredbe Nacrtu i (uz jednu iznimku)<sup>10</sup> ustvrdio njihovu običajnopravnu narav.

## II. SADRŽAJ DIPLOMATSKE ZAŠTITE

Prema pravilima međunarodnog prava država je odgovorna za povrede koje svojim protupravnim činima ili propustima prouzroči stranoj fizičkoj ili pravnoj osobi. Diplomatska zaštita je postupak kojim država čije državljanstvo ili državnu pripadnost imaju povrijeđene osobe osigurava zaštitu i reparaciju zbog protupravnog čina.

<sup>6</sup> Vidi Seršić, M., *Međunarodnopravna odgovornost države*, Zagreb, 2007., str. 51 - 52 *et seq.*

<sup>7</sup> Taj uvjet diplomatske zaštite obično se na engleskom navodi kao *nationality of claim*, odnosno na francuskom *nationalité des réclamation*.

<sup>8</sup> Taj se uvjet diplomatske zaštite obično na engleskom navodi kao *exhaustion of local remedies*, odnosno na francuskom *l'épuisement des voies de recours internes*.

<sup>9</sup> Vidi tekst na <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/13856.pdf>.

<sup>10</sup> Sud se nije izjasnio u vezi s čl. 11, vidi dalje pod 3. 1.

Diplomatsku se zaštitu tradicionalno smatralo isključivim pravom države jer se povreda počinjena prema pojedincu ili pravnoj osobi koji imaju državljanstvo ili državnu pripadnost te države smatrala kao povreda samoj toj državi. Kao korijen tog pristupa obično se navodi presuda Stalnog međunarodnog suda iz 1924. u slučaju *Mavrommatis* u kojoj je Sud ustvrdio da "...preuzimanjem slučaja nekog od njenih državljana i pribjegavanjem diplomatskoj akciji ili međunarodnom sudskom postupku u njegovo ime, država zapravo brani svoje vlastito pravo, pravo da osigura, u osobi svog državljanina, poštovanje pravila međunarodnog prava".<sup>11</sup>

Strukturiranjem diplomatske zaštite kao prava države da podnese tužbu protiv druge države zbog povrede prouzročene njezinu državljaninu naglašava se razlika između primarnih i sekundarnih pravila međunarodnog prava i uvodi se pravna fikcija kojom se povreda primarnog prava pretvara u sekundarno pravo države da se bavi tom povredom.<sup>12</sup>

U doktrini se često ističe da navedena pravna fikcija da je protupravni čin prema državljaninu neke države protupravni čin prema samoj državi, kojoj se pribjegavalo da bi se mogla zaštititi prava pojedinaca i pravnih osoba, više nije potrebna jer je zadnjih desetljeća usvojeno niz pravila i pravnih mehanizama, i za zaštitu ljudskih prava, i za zaštitu imovine i investicija stranih pravnih osoba. No, praksa pokazuje da su dosezi navedenih pravila ipak limitirani kad je riječ o njihovu ostvarenju na međunarodnom planu i da diplomatska zaštita koju može obavljati država na međudržavnoj razini ostaje i dalje važno sredstvo zaštite pojedinaca i pravnih osoba čija su prava povrijeđena u stranoj državi.

Treba reći da konačni tekst Nacrta ne spominje spomenutu formulu iz slučaja *Mavrommatis*, no, na čuđenje brojnih pisaca, komentar Nacrta ističe da neutralna formulacija članka 1. "ostavlja otvorenim pitanje je li država pružajući diplomatsku zaštitu to radi ostvarujući vlastito pravo ili pravo svog državljana - ili oboje"<sup>13</sup> te se čini kao da Komisija oklijeva do kraja raskrstiti s tradicionalnom

<sup>11</sup> *Mavrommatis Palestine Concessions* (Grčka v. Ujedinjeno Kraljevstvo), Permanent Court of International Justice Reports (dalje u tekstu: PCIJ Reports), Series A, br. 2, str. 12. Isto je ponovljeno i u presudi Suda iz 1939. u slučaju *Panevezys Saldutiskis Railway* (Estonija v. Litva), PCIJ Reports, 1939., Series A/B, br. 76, str. 16.

<sup>12</sup> Vermeer-Künzli, A., *As if: The Legal Fiction in Diplomatic Protection*, European Journal of International Law (dalje u tekstu: *EJIL*), 2007., sv. 18, br. 1, str. 60.

<sup>13</sup> Vidi komentar, str. 26. Pellet, V. i A., *Le projet d'articles de la C.D.I. sur la protection diplomatique: une codification pour (presque) rien*, Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through Law/La promotion de la justice, des droits de l'homme et du régle-

fikcijom. S obzirom na - unatoč zadivljujućem razvitku međunarodnog prava u području zaštite prava čovjeka - još uvijek ograničene domete djelovanja fizičkih i pravnih osoba na međunarodnoj razini, to je i razumljivo.

U nekim slučajevima isti protupravni čin može prouzročiti povredu i prema državi i prema njezinu državljaninu. O takvim je "mješovitim" slučajevima bila riječ u presudama u slučajevima *La Grand* i *Avena* pred Međunarodnim sudom.

U slučaju *La Grand* Sud je istaknuo da čl. 36. Bečke konvencije o konzularnim odnosima<sup>14</sup> "...stvora individualna prava..." državljanina određene države "na koja se može na osnovi čl. 1. Fakultativnog protokola pred ovim Sudom pozvati država čiji je državljanin zadržana osoba. Ta su prava povrijeđena u ovom slučaju."<sup>15</sup>

Polazeći od istih specifičnih okolnosti međuzavisnosti prava države i individualnih prava, Međunarodni sud je u slučaju *Avena* istaknuo da Meksiko može, podnoseći zahtjev u svoje ime, zahtijevati od Suda da odluči o povredi prava koja je pretrpio, i izravno, i neizravno, povredom individualnih prava njegovih državljana koja oni imaju prema čl. 36., st. 1. Bečke konvencije o konzularnim odnosima. No, prema ocjeni Suda, imajući na umu sve navedeno, nije potrebno da o zahtjevu Meksika raspravlja i s osnova diplomatske zaštite.<sup>16</sup>

Kod "čistih" slučajeva diplomatske zaštite na koje se odnosi Nacrt Komisije iz 2006. riječ je uvijek o neizravnoj povredi prava države, tj. država odlučuje reagirati na povredu prava svojeg državljanina od strane druge države.

---

ment des conflits par le droit international, *Liber amicorum Lucius Cafilisch*, Leiden, 2007., str. 1135 - 1136 i d.; *id.*, *The Second Death of Euripide Mavrommatis? Notes on the International Law Commission's Draft Articles on Diplomatic Protection*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2008., sv. 7, br. 1, str. 43 i d., vidi na <http://www.ingentaconnect.com/content/mnp/lape/2008/00000007/00000001/art00002>; Vermmer-Künzli, *op. cit.* u bilj. 12, str. 37 - 41; 56 - 60, 66 i d.

<sup>14</sup> Čl. 36., st. 1., t. b Bečke konvencije o konzularnim odnosima određuje da na zahtjev osobe koja je uhićena, pritvorena, zatvorena ili na bilo koji drugi način zadržana država primateljica mora o tome bez odgode obavijestiti konzularni ured države pošiljateljice. Isto tako nadležna tijela države primateljice moraju bez odgode obavijestiti uhićenu, pritvorenu, zatvorenu ili na bilo koji drugi način zadržanu osobu o njezinim navedenim pravima. U t. c, st. 1., čl. 36. posebno se ističe da se pravo države pošiljateljice na konzularnu zaštitu zadržanoj osobi ne smije izvršiti ako se osoba tomu izričito protivi.

<sup>15</sup> Slučaj *La Grand*, (Njemačka v. SAD), International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders (dalje u tekstu: ICJ Reports), 2001., str. 77.

<sup>16</sup> Slučaj *Avena i ostalih meksičkih državljana*, (Meksiko v. SAD), ICJ Reports, 2004., str. 40.

Uvjetima koji se moraju ispuniti da bi država mogla donijeti odluku o ostvarenju diplomatske zaštite svojeg državljanina posvećujemo sljedeće poglavlje.

### III. NACRT ČLANAKA O DIPLOMATSKOJ ZAŠTITI KOMISIJE ZA MEĐUNARODNO PRAVO

Za svrhe Nacrta diplomatska zaštita sastoji se od toga da jedna država poziva na odgovornost drugu državu, diplomatskom akcijom ili drugim sredstvima mirnog rješavanja, zbog povrede prouzročene međunarodno protupravnim činom fizičkoj ili pravnoj osobi koja je njezin državljanin ili ima njezinu državnu pripadnost.<sup>17</sup>

Država ima pravo na diplomatsku zaštitu svojeg državljanina, no ona to prema međunarodnom pravu nije i dužna učiniti. To je jasno izrekao 1970. Međunarodni sud u presudi u slučaju *Barcelona Traction*:

*Država je jedina koja odlučuje hoće li njezina zaštita biti pružena, u kojoj mjeri i kad će prestati. Ona u tom smislu zadržava diskrecijsko ovlaštenje o čijem izvršenju može odlučivati na osnovi političkih ili drugih razmatranja, nezavisno o konkretnom slučaju...Država ima potpunu slobodu djelovanja*<sup>18</sup>

Sud je dalje utvrdio da:

*...unutar granica propisanih međunarodnim pravom država može vršiti diplomatsku zaštitu...Ako bi fizička ili pravna osoba u čije ime država djeluje smatrali da njihova prava nisu zaštićena na odgovarajući način, oni po međunarodnom pravu nemaju sredstvo reakcije. Sve što mogu učiniti je pribjeći unutrašnjem pravu, ako postoje sredstva...Unutrašnji zakonodavac može obvezati državu da štiti državljane vani i može im dati pravo da traže izvršenje te obveze...Međutim, sva ta pitanja ostaju u domeni unutrašnjeg prava, bez utjecaja na međunarodnom planu.*<sup>19</sup>

Situacija se od 1970. nije promijenila. No, iako država i dalje nije dužna pružati diplomatsku zaštitu, ipak je došlo do određene "erozije" - ili barem nastojanja da se "erodira" - diskrecijsko ovlaštenje države da pruži diplomatsku zaštitu i da se to ovlaštenje pretvori u obvezu, barem u slučaju najozbiljnijih povreda. Naime, raste broj unutrašnjih zakonodavstava i primjera iz judikature

<sup>17</sup> Čl. 1. Nacrta. Međunarodni sud u slučaju *Diallo* iz 2007. istaknuo je da je običajnopravni institut diplomatske zaštite odražen u čl. 1. Nacrta, vidi st. 39 presude.

<sup>18</sup> *Ibid.*, st. 79.

<sup>19</sup> ICJ Reports, 1970., st. 78, str. 44.

te stajališta u doktrini koji pružaju potporu shvaćanju da u slučaju teških kršenja prava čovjeka treba postojati obveza države da pruži zaštitu svojim državljanima. Stoga Nacrt ističe da država koja je ovlaštena pružiti diplomatsku zaštitu treba dužno razmotriti mogućnost davanja diplomatske zaštite, posebno ako je došlo do značajne štete.<sup>20</sup>

Uvjeti za diplomatsku zaštitu odnose se na državljanstvo, odnosno državnu pripadnost osobe kojoj država pruža tu zaštitu te na iscrpljivanje unutrašnjih sredstava zaštite u državi povrediteljici.

### a) Državljanstvo, odnosno državna pripadnost

Država može pružiti diplomatsku zaštitu fizičkoj osobi koja je bila njezin državljanin kontinuirano od dana povrede do dana službenog postavljanja zahtjeva.<sup>21</sup> Iznimno se ne zahtijeva kontinuitet, tj. dopušta se pružanje diplomatske zaštite osobi koja je državljanin neke države u vrijeme službenog postavljanja zahtjeva<sup>22</sup>, ali nije bila njezin državljanin u vrijeme povrede ako je ta osoba imala državljanstvo države prednice ili je izgubila svoje prijašnje državljanstvo, ako je do promjene državljanstva došlo u skladu s međunarodnim pravom, zbog razloga koji nisu povezani sa zahtjevom (npr.ženidbom/udajom). Radi dodatnog jamstva da neće doći do izigravanja pravila o kontinuiranom državljanstvu izvan dopuštenih parametara, diplomatsku zaštitu ne može pružiti država sadašnjeg državljanstva osobe protiv države prijašnjeg državljanstva ako je riječ o povredi koja se zbila u vrijeme kad je osoba imala prijašnje državljanstvo (st. 3., čl. 5.). Isto tako, država koja pruža diplomatsku zaštitu gubi to pravo ako osoba postane državljanin države protiv koje se provodi diplomatska zaštita (st. 4., čl. 5.) jer bi se time na međunarodnoj razini od države zahtijevalo da plati naknadu vlastitom državljaninu.

Država može pružiti diplomatsku zaštitu i svojemu državljaninu koji ima dva državljanstva ili više njih. Ako se zaštita pruža prema trećoj državi, tj. prema državi čije državljanstvo odnosna osoba nema, Nacrt ne postavlja posebne zahtjeve (čl. 6.). No, ako je riječ o postupku prema državi čije državljanstvo

<sup>20</sup> Čl. 19. Nacrta. Vidi i komentar str. 29 - 30 i 94 - 99.

<sup>21</sup> Čl. 5., st. 1. Nacrta.

<sup>22</sup> Iz teksta čl. 1. Nacrta proizlazi da zahtjev može značiti i zahtjev postavljen diplomatskim putem, i zahtjev pred sudskim tijelom, vidi *supra* uz bilj. 11.



osoba također posjeduje, Nacrt se vraća na stajališta izražena još u čuvenom slučaju *Nottebohm* pred Međunarodnim sudom<sup>23</sup> i zahtijeva da državljanstvo države koja pruža diplomatsku zaštitu bude “prevladavajuće” (čl. 7.).<sup>24</sup>

Kao dio progresivnog razvoja međunarodnog prava u ovom području Nacrt uvodi mogućnost pružanja diplomatske zaštite osobama bez državljanstva i izbjeglicama ako oni imaju legalno redovito boravište u državi koja im pruža diplomatsku zaštitu na dan povrede i na dan službenog postavljanja zahtjeva (čl. 8.). Izuzete su jedino povrede od strane države čije državljanstvo izbjeglica ima, što je i razumljivo, jer je državljanstvo načelno osnovni uvjet za diplomatsku zaštitu. S druge strane, dopustiti diplomatsku zaštitu protiv države čije državljanstvo izbjeglica ima značilo bi otvoriti branu poplavi takvih zahtjeva, a ta bi mogućnost možda još i povećala nevoljkost država da primaju izbjeglice zbog straha od takvih zahtjeva izbjeglica.<sup>25</sup>

U vezi s pravnim osobama Nacrt donosi detaljne odredbe za trgovačka društva<sup>26</sup> tako da određuje da se te odredbe na odgovarajući način primjenjuju i na druge pravne osobe.<sup>27</sup> Razlog zbog kojeg se Nacrt usredotočuje na trgovačka društva razumljiv je: upravo ta društva sudjeluju u vanjskoj trgovini i bave se stranim ulaganjima te upravo ona zauzimaju središnje mjesto na polju diplomatske zaštite pravnih osoba. A detaljne i jasne odredbe koje se odnose na trgovačka društva bez sumnje su jasan putokaz i za slučajeve u kojima će se pojaviti potreba za diplomatskom zaštitom drugih pravnih osoba.

Nacrt određuje da je na njihovu diplomatsku zaštitu ovlaštena država prema čijem su pravu osnovane. Ako okolnosti pokazuju da postoji uža veza s nekom drugom državom u kojoj je sjedište upravljanja i financijske kontrole, ta se država

---

<sup>23</sup> ICJ Reports, 1955.

<sup>24</sup> Engl. *predominant*, francuski *prépondérante*, španjolski *predominante*. O suvremenim problemima vezanim uz pružanje diplomatske zaštite osobama dvojnog državljanstva u uvjetima borbe protiv terorizma vidi Forcese, C., *The capacity to protect: Diplomatic protection of dual nationals in the “War on Terror”*, EJIL, 2006., sv. 17, br. 2, str. 369.

<sup>25</sup> Čl. 8., st. 3. Vidi i komentar na str. 51. Vidi i Fabbriotti, A., *The diplomatic protection of refugees by their state of asylum: a few remarks on the exclusion of the state of nationality of the refugee from the addresses of the claim*, Association for the Study of the World Refugee Problem, AWR bulletin, 2005., sv. 43, br. 4, str. 266.

<sup>26</sup> Čl. 9. - 12. Vidi više o nekim specifičnim pitanjima vezanim uz ovu materiju u Knight, S. J.; O’Brien, A. J., *Clarifying the scope of diplomatic protection of corporate and shareholder rights*, Melbourne journal of international law, sv. 9, br. 1, str. 15.

<sup>27</sup> Čl. 13.



smatra ovlaštenom na diplomatsku zaštitu. Uvjeti koji za to moraju biti ispunjeni su: trgovačko društvo mora biti pod nadzorom državljana druge države, a ne one prema čijem je pravu osnovano; nadalje, u toj državi nije sjedište upravljanja ni financijske kontrole niti u njoj postoji značajnija poslovna aktivnost. Svi ti uvjeti moraju biti kumulativno ispunjeni i ako samo jedan nedostaje, npr. ako su sjedište upravljanja i sjedište financijske kontrole u različitim državama, država prema čijem je pravu trgovačko društvo osnovano ostaje ovlaštena na pružanje diplomatske zaštite.<sup>28</sup>

Isto kao i kod fizičkih osoba zahtijeva se kontinuitet državne pripadnosti od dana povrede do dana službenog postavljanja zahtjeva. Isto tako i ovdje prestaje pravo diplomatske zaštite ako trgovačko društvo nakon postavljanja zahtjeva stekne državnu pripadnost države protiv koje je postavljen zahtjev.

Iako je jedno od temeljnih pravila u području diplomatske zaštite trgovačkih društava da država čije državljanstvo imaju dioničari trgovačkog društva nije ovlaštena na diplomatsku zaštitu, ipak i ta će država (države) iznimno imati pravo na diplomatsku zaštitu dioničara koji imaju njezino državljanstvo i to u dva slučaja: ako je trgovačko društvo prestalo postojati prema pravu države prema kojem je osnovano i to iz razloga koji nisu povezani s povredom ili ako je trgovačko društvo na dan povrede imalo državnu pripadnost države koju se smatra odgovornom za povredu, a osnivanje društva prema njezinu pravu zahtijevalo se kao preduvjet obavljanja poslovanja u toj državi.<sup>29</sup>

Ta dva iznimna slučaja navodi i Međunarodni sud u presudi u slučaju *Barcelona Traction* iz 1970.<sup>30</sup>

Je li ova važna odredba Nacrta postala dio običajnog prava? Odgovor na to pitanje nije, na žalost, dao Međunarodni sud u presudi o preliminarnim pitanjima u slučaju *Diallo*, u kojoj je potvrdio običajnopravnu narav većine odredaba Nacrta. Međunarodni sud izbjegao je izjasniti se o navedenom pitanju, ustvrdivši jedino da nije sa sigurnošću utvrđeno da je Kongo zahtijevao osnivanje društva prema svojem pravu kao preduvjet obavljanja poslovanja u toj državi.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> Čl. 9.

<sup>29</sup> Čl. 11.

<sup>30</sup> Vidi ICJ Reports, 1970., *op. cit.*, st. 65 - 68, str. 40 - 41 i st. 92, str. 48.

<sup>31</sup> Vidi presudu u slučaju *Diallo*, *op. cit.*, st. 92. Vidi kritiku odluke Suda u ovom aspektu u Vermeer-Künzli, A., *Diallo and the Draft Articles: The Application of the Draft Articles on Diplomatic Protection in the Ahmadou Sadio Diallo Case*, *Leiden Journal of International Law*, 2007., sv. 20, br. 4, str. 949 i d.

U opsegu u kojem međunarodno protupravni čin neke države prouzroči izravnu povredu prava dioničara, različitih od prava samog trgovačkog društva, država čiji je državljanin bilo koji od tih dioničara ovlaštena je obavljati diplomatsku zaštitu u odnosu na svoje državljanke.<sup>32</sup>

## b) Iscrpljenje domaćih pravnih sredstava u državi povrediteljici

Država ne može postaviti zahtjev za diplomatskom zaštitom dok osoba koja je pretrpjela povredu ne iscrpi sva domaća pravna sredstva u državi koju se smatra odgovornom. Ta sredstva obuhvaćaju pravna sredstva koja stoje na raspoložbi oštećenoj, odnosno povrijeđenoj osobi pred sudskim ili upravnim sudovima ili tijelima, redovitim ili posebnim, u državi koja se smatra odgovornom da je prouzročila povredu.<sup>33</sup>

Riječ je nedvojbeno o zahtjevu koji je već dugo dio običajnog međunarodnog prava.

Da bi se udovoljilo navedenom zahtjevu, osoba mora koristeći se pravnim sredstvima u unutrašnjem pravnom poretku, koja završavaju obvezujućim odlukama, iznijeti osnovne argumente koje namjerava iznijeti u međunarodnom postupku. U tom smislu Međunarodni sud je u slučaju *Electronica Sicula (ELSI)* između Italije i SAD-a iz 1989. izrekao da je međunarodni zahtjev države za diplomatskom zaštitom dopušten ako "...sukus zahtjeva podnesen pred nadležne sudove i doveden do faze koju dopušta domaće pravo i postupci..." nije doveo do uspjeha.<sup>34</sup>

Pravilo o obvezi iskorištenja svih unutrašnjih pravnih sredstava države koja se smatra odgovornom za povredu ne primjenjuje se u nekoliko slučajeva koje Nacrt taksativno navodi u čl. 15. To su slučajevi kad nema dostupnog domaćeg pravnog sredstva, kad postoji neprimjereno kašnjenje u pravnom procesu koje je pripisivo državi povrediteljici, kad nema relevantne veze između oštećene, odnosno povrijeđene osobe i države povrediteljice, kad je osoba očito onemogućena da se koristi domaćim pravnim sredstvima ili kad je država povrediteljica isključila zahtjev da domaća pravna sredstva moraju biti iscrpljena.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> To je pravo priznao i Međunarodni sud u presudi u slučaju *Barcelona Traction*, *ibid.*, st. 46 - 47, str. 36, a i Europski sud za ljudska prava u presudi slučaju *Agrotexim* od 24. listopada 1995., ECHR, A 330.

<sup>33</sup> Čl. 14. Nacrta.

<sup>34</sup> ICJ Reports, 1989., st. 59, str. 46.

<sup>35</sup> Čl.15., st. a - e.

U prvome navedenom slučaju nema domaćeg pravnog sredstva koje bi bilo razumno dostupno. Tom formulacijom željelo se obuhvatiti slučajeve u kojima ne postoji razumna mogućnost učinkovita popravljajanja povrede putem pravnih sredstava na raspolaganju. Pri tome nije dovoljno da osoba pokaže da je mogućnost uspjeha mala ili da su daljnji pravni lijekovi teško dostupni ili skupi. Dakle, nije riječ o tome je li uspješan rezultat vjerojatan ili moguć, nego je li unutrašnji sustav države koja se smatra odgovornom razumno sposoban omogućiti učinkovito rješenje slučaja. To mora procijeniti nadležni međunarodni sud kojem je povjerena zadaća da ispita jesu li unutrašnja sredstva zaista iscrpljena; to će učiniti u kontekstu domaćeg prava i postojećih okolnosti.<sup>36</sup>

Neprimjereno kašnjenje u pravnom procesu mora se također procjenjivati prema relevantnim činjenicama svakog slučaja i mora biti pripisivo državi koju se smatra odgovornom za povredu.<sup>37</sup>

Sljedeći slučaj koji Nacrt spominje među slučajevima u kojima nema obveze da su iskorištena sva domaća pravna sredstva je kad ne postoji relevantna veza između oštećene, odnosno povrijeđene osobe i države povrediteljice. Ta veza mora biti relevantna u tom smislu da se na neki način mora odnositi na pretrpljenu povredu. Nadležni međunarodni sud morat će ispitati ne samo je li osoba koja je pretrpjela povredu boravila ili poslovala u odnosnoj državi, nego i je li osoba svojim ponašanjem preuzela rizik da će u slučaju pretrpljene štete biti podvrgnuta pravnom sustavu odnosne države.<sup>38</sup>

Predzadnji slučaj koji navodi Nacrt odnosi se na situaciju kad je povrijeđena osoba očito onemogućena da se koristi domaćim pravnim sredstvima. Ne navode se nikakvi primjeri te će i tu o postojanju navedene situacije odlučivati nadležni međunarodni sud.<sup>39</sup>

Na posljednjem mjestu Nacrt navodi slučaj kad se država povrediteljica odrekla zahtjeva da domaća pravna sredstva moraju biti iscrpljena.<sup>40</sup> Budući da je svrha navedenog zahtjeva zaštita interesa države koja se smatra odgovornom,

<sup>36</sup> Čl. 15., st. a, vidi i komentar na str. 77 - 79.

<sup>37</sup> Čl. 15., st. b.

<sup>38</sup> Čl. 15., st. c. Vidi i komentar na str. 80 - 83.

<sup>39</sup> Čl. 15., st. d. U komentaru se pokušava prikazati situacija koja bi pripadala pod ovu točku pa se navodi, primjerice, da će to biti slučaj ako je povrijeđenoj osobi onemogućeno da uđe na teritorij države povrediteljice zbog pravnih prepreka ili prijetnji njegovoj ili njezinoj sigurnosti te stoga ne može pokrenuti postupke pred lokalnim sudovima, vidi komentar na str. 83.

<sup>40</sup> Čl. 15., st. e.

ona ga se može odreći. Nacrt ništa ne kaže o tome treba li takvo odricanje biti izričito. Iako se može reći da se u načelu traži izričito odricanje<sup>41</sup>, pod određenim okolnostima može se prihvatiti i podrazumijevano ili prešutno odricanje. To će npr. biti slučaj ako država koja se smatra odgovornom sklopi s državom čiji je državljanin povrijeđena osoba arbitražni sporazum glede spora koji se odnosi na osobu prema kojoj je prouzročena povreda, a sporazum ne sadržava odredbu o potrebi prethodnog iscrpljivanja postojećih domaćih pravnih sredstava.<sup>42</sup>

Poznata odredba koja pruža mogućnost odricanja od zahtjeva za iscrpljivanjem domaćih pravnih sredstava je čl. 26. Konvencije o rješavanju ulagačkih sporova između država i državljana drugih država iz 1965.<sup>43</sup> koji glasi:

*Pristanak stranaka arbitraže prema ovoj Konvenciji smatra se, ako nije drukčije rečeno, pristankom na tu arbitražu uz isključenje svih drugih sredstava. Ugovornica može zahtijevati iscrpljivanje svih domaćih upravnih ili sudskih sredstava kao uvjet svojeg pristanka na arbitražu prema ovoj Konvenciji.*

U skladu s čl. 26., čl. 27. iste Konvencije određuje da:

*Država ugovornica ne može pružiti diplomatsku zaštitu ili pokrenuti međunarodni spor u vezi sa sporom za koji su se njezin državljanin i država ugovornica suglasili da iznesu ili su iznijeli na arbitražu u skladu s ovom Konvencijom.*

Brojni autori isticali su usku povezanost pravila o potrebi iscrpljivanja domaćih pravnih sredstava i koncepta uskrate pravosuđa, koje se općenito smatra primarnim pravilom. Iako je jasno da kad dođe do uskrate pravosuđa kao primarnog pravila to ima utjecaj na zahtjev za iscrpljivanjem unutrašnjih pravnih sredstava, ta dva koncepta nisu uvijek jasno odvojiva.<sup>44</sup> I Crawford je,

<sup>41</sup> Međunarodni sud u presudi u slučaju *Electronica Sicula (ELSI)* izrekao je da ne može prihvatiti da se može smatrati da postoji odreknuće od jednog tako važnog načela običajnog međunarodnog prava ako to nije jasno izrijekom rečeno, ICJ Reports, 1989., st. 50., str. 42.

<sup>42</sup> Vidi komentar na str. 85.

<sup>43</sup> Vidi tekst u United Nations Treaty Series - Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations (dalje u tekstu: UNTS), sv. 575, str. 159. U odnosu na Republiku Hrvatsku Konvencija je stupila na snagu 22. listopada 1998. (vidi Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 13/1998), vidi tekst na hrvatskom jeziku u Narodnim novinama, Međunarodni ugovori, br. 2/1998.

<sup>44</sup> Vermeer-Künzli, *op. cit.* u bilj. 12, str. 52. Vidi i Amerasinghe, C. F., *Local Remedies in International Law*, Cambridge, 2004., str. 98 i d.; Paulsson, J., *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, 2005., str. 40 i d.

baveći se kao posebni izvjestitelj materijom odgovornosti država za protupravne čine, priznao da postoje nejasnoće u odnosu tih dvaju koncepata jer je „..uskrata domaćeg pravnog sredstva sama po sebi međunarodno protupravna.”<sup>45</sup>

Čini se da Komisija za međunarodno pravo uzima pravilo o obvezi iscrpljivanja unutrašnjih pravnih sredstava postupovnim pravilom, a ne pravilom o meritumu: odgovornost država nastaje počinjenjem međunarodno protupravnog čina (pripisivog državi) bez obzira na iscrpljenje unutrašnjih pravnih sredstava, a diplomatska zaštita može se pružiti (u načelu) samo nakon iscrpljivanja tih sredstava. Iako to naglašava važnost pravila o iscrpljivanju unutrašnjih sredstava kao sekundarnih pravila, ne pojašnjava odnos između tih pravila i uskrate pravosuđa.

### c) Diplomatska zaštita i ostali načini popravljavanja povrede

Članak 16. ističe da odredbe Nacrta ne utječu na druge akcije i postupke, koje, uz diplomatsku zaštitu, država te fizičke i pravne osobe imaju prema međunarodnom pravu za popravljavanje povrede prouzročene međunarodno protupravnim činom.

Članak 17. Nacrta ističe da se njegove odredbe ne primjenjuju u mjeri u kojoj nisu u skladu s posebnim pravilima međunarodnog prava, kao što su ugovorne odredbe o zaštiti investicija. Tu se ponajprije imaju na umu odredbe bilateralnih ugovora o ulaganju i odredbe Konvencije o rješavanju ulagačkih sporova između država i državljana drugih država iz 1965. Mnogi bilateralni ugovori predviđaju izravno rješavanje sporova o ulaganju između ulagača i države domaćina ili pred nekim *ad hoc* sudom ili arbitražnim sudom koji utemelji Međunarodni centar za rješavanje ulagačkih sporova<sup>46</sup> prema Konvenciji o rješavanju ulagačkih sporova između država i državljana drugih država iz 1965. Drugi ulagački bilateralni ugovori predviđaju rješavanje sporova o ulaganju između države državljanstva, odnosno državne pripadnosti ulagača i države domaćina o tumačenju ili primjeni relevantnih odredaba ugovora.

<sup>45</sup> Crawford, J. R., *Second Report on State Responsibility*, International Law Commission, 51. zasjedanje, A/CN.4/498 (1999.), str. 138.

<sup>46</sup> Obično se navodi kraticom ICSID, prema engleskome nazivu International Centre for Settlement of Investment Disputes. O arbitražnom sudu i njegovim odlukama vidi čl. 37 - 54. Konvencije o rješavanju ulagačkih sporova između država i državljana drugih država iz 1965.

Mehanizmi rješavanja sporova predviđeni u bilateralnim ulagačkim ugovorima i u Konvenciji o rješavanju ulagačkih sporova između država i državljana drugih država iz 1965. imaju za stranog ulagača značajne prednosti pred sustavom diplomatske zaštite uređene običajnim pravom. Naime, oni mu daju izravan pristup međunarodnoj arbitraži, omogućuju mu da izbjegnu nesigurnosti vezane uz diskrecijsko ovlaštenje države da pruži diplomatsku zaštitu te uz uvjete za diplomatsku zaštitu.<sup>47</sup>

#### IV. DIPLOMATSKA ZAŠTITA I ODGOVORNOST DRŽAVA *ERGA OMNES*

Ako je riječ o odgovornosti za povredu kogentne norme koja stvara obveze prema cijeloj međunarodnoj zajednici Nacrt članaka o odgovornosti države za međunarodno protupravne čine iz 2001. daje određena ovlaštenja i “državama koje nisu povrijeđena država” (čl. 48., st. 1.) u pozivanju na odgovornost države povrediteljice.

Dakle, ako je riječ o povredi kogentne odredbe *erga omnes*, u zaštiti prava pojedinaca mogu doći u obzir i diplomatska zaštita i pozivanje na odgovornost države povrediteljice od strane država koje nisu izravno povrijeđene u klasičnom smislu, već kao članice međunarodne zajednice. Postupanje po tim dvama režimima međusobno se ne isključuje i mogu se koristiti i paralelno.<sup>48</sup>

Koje su sličnosti i razlike između tih dvaju režima?

Sličnosti između pravila o diplomatskoj zaštiti i pravila o odgovornosti države za međunarodno protupravne čine naveli smo već u uvodu: u obama su slučajevima iste pravne posljedice međunarodno protupravnih čina: reparacija,

---

<sup>47</sup> Vidi komentar na str. 90.

<sup>48</sup> Vermeer-Künzli, A., *A matter of interest: diplomatic protection and State Responsibility Erga Omnes*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2007., sv. 56, br. 2, str. 581. Neki autori ističu malu praktičnu mogućnost da se u praksi primijeni pozivanje na odgovornost od strane država koje nisu izravno povrijeđene zbog povrede kogentnih odredaba *erga omnes*, vidi npr. Milano, E., *Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-Fashioning Tradition*, *Netherlands Yearbook of International Law*, 2004., sv. 35, str. 107, a neki upozoravaju na složenost postavljanja zahtjeva pred Međunarodnim sudom ako nije riječ o državi koja nije izravno povrijeđena, vidi Thirlway, H., *Injured and Non-Injured States before the ICJ*, *International Responsibility Today, Essays in Memory of Oscar Schachter*, Dordrecht, 2005.

prestanak s protupravnim činom i protumjere. Dakle, na sve je te posljedice ovlaštena država koja pruža diplomatsku zaštitu te država izravno povrijeđena međunarodno protupravnim činom.

No, ako je riječ o povredi kogentnih pravila *erga omnes*, države koje nisu povrijeđena država mogu zahtijevati od države povrediteljice da prestane s protupravnim činom i reparaciju, ali ne za svoj račun, nego u interesu povrijeđene države (čl. 48., st. 2). Tim se državama ne daje pravo da poduzimaju protumjere, ali članak 54. Nacrta iz 2001. naglašava da ne dira u pravo država koje nisu izravno povrijeđene da poduzmu "dopuštene mjere" prema odgovornoj državi kako bi osigurale prestanak protupravnog djelovanja i reparaciju u interesu povrijeđene države. Iako, dakle, ostale države "koje nisu povrijeđena država" nemaju pravo na poduzimanje protumjera, formulacija čl. 54. Nacrta ne priječi razvitak, kroz praksu država, običajnog pravila o dopustivosti poduzimanja protumjera u kolektivnom interesu od strane država koje nisu izravno povrijeđene protupravnim činom.<sup>49</sup> Iako to nije izričito rečeno u Nacrtu iz 2001., u slučaju pozivanja na odgovornost od strane države koja nije povrijeđena država ne postoji obveza da se ispune uvjeti koji se traže za diplomatsku zaštitu (nacionalnost, iscrpljenje unutrašnjih pravnih sredstava).<sup>50</sup>

Nadalje, razlika između pozivanja na odgovornost u slučaju povrede kogentnih pravila *erga omnes* i pružanja diplomatske zaštite je u tome što su pravni zahtjevi u slučaju povrede kogentnih pravila *erga omnes* izravni zahtjevi jer su obveze *erga omnes* obveze prema cijeloj međunarodnoj zajednici, uključujući državu koja poziva na odgovornost. Stoga ona ostvaruje vlastito pravo. Naprotiv, kod diplomatske zaštite država ostvaruje svoje pravo da pruži diplomatsku zaštitu, ali zahtjev koji podnosi ne tiče se njezina prava nego povrijeđenog prava njezina državljanina, odnosno osobe koja ima njezinu državnu pripadnost.

Iz navedenog dalje slijedi da države koje pozivaju na odgovornost drugu državu zbog povrede kogentnih pravila *erga omnes* imaju izravni pravni interes da se poštuju obveze *erga omnes*, dok je pravni interes države koja pruža diplomatsku zaštitu neizravan jer je načelno uvjetovan poveznicom državljanstva.

---

<sup>49</sup> Vidi Seršić, M., *op. cit.* u bilj. 6, str. 67 - 68.

<sup>50</sup> Vidi komentar uz čl. 16. Nacrta članaka o diplomatskoj zaštiti, str. 87 i bilj. 245.



## V. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Posljednjih desetljeća intenzivno se razvio dio međunarodnog prava koji se bavi zaštitom prava čovjeka i uvedeni su brojni mehanizmi koji su na raspolaganju fizičkim i pravnim osobama. Stoga se postavlja pitanje je li uopće potreban tako staromodan institut kao diplomatska zaštita koji potječe iz vremena pretpovijesti zaštite ljudskih prava?

Ne treba puno razmišljati prije potvrdnog odgovora. Iako su fizičke i pravne osobe nesumnjivo nositelji određenih prava, njihova sposobnost da osiguraju zaštitu tih prava još je vrlo ograničena. To je vidljivo iz brojnih odluka međunarodnih i nacionalnih tijela. Uzmimo samo slučajeve u kojima se država koja se smatra odgovornom ne odriče svojeg imuniteta u postupku koji protiv nje pokrenu pojedinci.<sup>51</sup> Čak i kad pojedinci ishode sudske i druge odluke, često se njihovo izvršenje ne može osigurati. Tih problema nema ako država pruža diplomatsku zaštitu.

Dakle, institut diplomatske zaštite još ne treba u muzej starina. Usprkos mnogim postojećim mehanizmima zaštite, posebno na području zaštite prava čovjeka i zaštite stranih ulaganja (područja koja očito najviše zanimaju današnji svijet, iako vjerojatno ne navedenim redom), postoje slučajevi u kojima će diplomatska zaštita sa svojom dugom tradicijom biti najbolje rješenje. Naime, usprkos svim razvojem posljednjih desetljeća često se pokaže da fizičke (a ni pravne) osobe nemaju prevelik utjecaj ni mogućnosti djelovanja na međunarodnom planu. To se pokazalo i 2007. u slučaju *Diallo* pred Međunarodnim sudom.

---

<sup>51</sup> Vidi Vermeer-Künzli, EJIL, *op. cit.* u bilj. 12, str. 67.

## Sažetak

Maja Seršić\*

### DIPLOMATIC PROTECTION

*The paper is devoted to the traditional mechanism for the protection of natural or legal persons in case of violation of their rights by foreign states, namely, diplomatic protection. In 2006 the International Law Commission finalized a set of Draft Articles on Diplomatic Protection. The paper analyzes the 2006 Draft, discussing the traditional conditions for the bringing of a claim based on indirect injury that are applicable to diplomatic protection (exhaustion of local remedies and nationality of claims). Due consideration is given to other procedures and actions other than diplomatic protection, paying special attention to invocation of State responsibility erga omnes. In conclusion it is argued that diplomatic protection still remains an important remedy for the protection of persons whose rights have been violated abroad, as demonstrated in the 2007. Diallo case before the International Court of Justice.*

*Key words: diplomatic protection, Draft Articles on Diplomatic Protection, state responsibility*

---

\* Maja Seršić, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

