

## GLAVA IX

# IMUNITET STRANE DRŽAVE U TRGOVAČKIM POSLOVIMA

U međunarodnim trgovačkim poslovima često je jedna strana u ugovoru država, bilo kao prodavac ili kupac, čime se otvara pitanje pravnog položaja države kao strane kod ovih ugovora. Ovo je pitanje od značaja kako u slučajevima kada se država javlja direktno kao ugovorna strana (preko svojih ovlašćenih organa), tako i u slučaju kada se kao ugovorna strana javlja preduzeće kontrolisano od strane države. Takav je, na primer, slučaj sa preduzećem iz Oregona (SAD) koje je zaključilo ugovor o kupovini rezus majmuna sa vladom u Bangladešu; kada je ugovor neočekivano raskinut od strane bangladeške vlade, kupac je tužio prodavca (stranu državu) pred američkim sudom. Ili, kada je američki državljanin, koji je uplatio turistički aranžman za Dominikansku Republiku, tužio pred američkim sudom dominikanskog prevoznika – državno preduzeće, zbog toga što mu je uskraćena viza na ulazu u tu zemlju, i što je morao o svom trošku da se vrati u Sjedinjene Države. Američki državljani koji su kupili obveznice privatne meksičke banke, koje su glasile na USA dolare, tužili su pred američkim sudom tu istu banku, kada je, nakon nacionalizacije od strane meksičke vlade, jednostrano promenila valutu plaćanja obveznica u meksičke pezose. Lica koja su pretrpela štetu u međunarodnom trgovačkom poslu zbog radnji vlade strane zemlje, često se odlučuju da postupak za naknadu štete pokrenu pred američkim sudovima. Nakon pokretanja sudskog postupka, tužioci se ubrzo sreću sa odbranom tuženog koja se zasniva na dva osnova, oba povezana sa teorijom suvereniteta. Prvi, da se strana suverena država ne može smatrati odgovornom za svoje radnje, zbog imuniteta koji štiti suverenu državu (o tome više u ovom poglavlju), drugi, da američki sudovi ne mogu presuđivati radnje druge države na njenoj (suverenoj) teritoriji (o tome više u sledećem poglavlju). Dok se prvi osnov odbrane zasniva na Zakonu o imunitetu strane države (*Foreign*

*Sovereign Immunities Act*) iz 1976. godine, drugi osnov odbrane je razvijen u sudskoj praksi u XIX veku, i zasniva se na odluci engleskog suda u slučaju *Blad. v. Bamfield* (36 Eng.Rep.992, 3 All E.R. 616, ) iz 1674. godine.

Doktrina o izuzeću suverene strane države od nadležnosti suda druge države veoma je stara i javlja se u različitim oblicima, s obzirom na to da je tesno povezana sa načinom na koji su u nekoj državi uređena pitanja podele zakonodavne, izvršne i sudske vlasti, kao i spremnosti da se priznaju odluke zakonodavnih, izvršnih i sudskih organa druge države. Zavisno od slučaja, najznačajnija pitanja državnog suvereniteta mogu se urediti u propisima, sudskoj praksi ili međunarodnim ugovorima. Poseban paradoks predstavlja činjenica da je u pojedinim *common law* zemljama (čije se pravni sistem prevashodno zasniva na sudskim precedentima, prim.prev.) ovo pitanje uređeno zakonom; i obrnuto, u *civil law* zemljama, sve do skora, sudske odluke su bile osnovni izvor za regulisanje ovog pitanja. Doktrina o imunitetu strane države (u daljem tekstu: doktrina o imunitetu države) razvijala se u Sjedinjenim Državama od odluke Vrhovnog suda u slučaju iz 1812. godine, do Zakona iz 1976. godine. Slična je situacija i u Engleskoj, gde je Zakon o državnom imunitetu (*State Immunity Act*) donet 1978. godine. Godine 1972. doneta je Evropska konvencija o državnom imunitetu i dodatni protokol (*European Convention on State Immunity and Additional Protocol*), dok Komisija Ujedinjenih nacija za međunarodno pravo priprema nacrt Konvencije o imunitetu države i njene imovine, koji se zasniva na Evropskoj konvenciji.

## RAZLOZI ZA DOKTRINU O IMUNITETU DRŽAVE I NJEN ISTORIJSKI RAZVOJ

Izreka „država to sam ja” možda najbolje odslikava prirodu ranih (na žalost, u pojedinim zemljama i današnjih, prim.prev.) odnosa između vladaoca i zajednice koja je činila državu. Vladalac je bio gospodar života i smrti svojih podanika, i samostalno je odlučivao o započinjanju ratnih pohoda, ili o zaključivanju mira sa drugim državama. Drugim rečima, vladalac je bio apsolutni suveren na prostoru na kojem se prostirala njegova vlast, i imun od svake odgovornosti. Međutim, u XIX veku teorija apsolutnog državnog imuniteta postepeno se napušta i zamenjuje teorijom ograničenog državnog imuniteta. Prema ovoj teoriji, država se ne može pozivati na imunitet ukoliko se njena vlada ili drugi ovlašćeni organ javlja kao strana u trgovačkom ugovoru. Prihvatanje teorije ograničenog imuniteta zahtevalo je i davanje preciznih odgovora u zakonodavstvu i sudskoj

praksi, na pitanja kao što su definisanje trgovačke aktivnosti na koju se primenjuje teorija ograničenog imuniteta.

U Sjedinjenim Državama (pra)začeci teorije o imunitetu države nalaze se u odluci Vrhovnog suda u slučaju *The Schooner Exchange v. McFaddon* (11 U.S. 7 Cranch 116, 1812). U odluci povodom navedenog slučaja, predsednik Vrhovnog suda Maršal (*Marshall*) zaključio je da američki sud nema nadležnost nad vojnim brodom druge države (Francuske) koji se nalazio u jednoj od luka Sjedinjenih Država. Kada prema trećim licima istupa kao nosilac suverene vlasti (*iure imperii*), suveren (nezavisno od toga da li je reč o srednjevekovnom princu ili modernoj državi):

„Ne smatra se ni u kom pogledu odgovoran prema drugim licima; s obzirom na to da ima najvišu od svih obaveza, da očuva ugled i dostojanstvo države koju predstavlja, a koji mogu biti ugroženi ukoliko o njegovom činjenjenju ili nečinjenju odlučuju organi druge države, o aktima suverena na teritoriji druge države ne mogu odlučivati organi te države”.

Međutim, sudija Maršal je istovremeno bio svestan i mana teorije o apsolutnom državnom imunitetu. Stoga je i ukazivao na razliku između privatne svojine lica koje je slučajno i princ druge države i vojne sile druge suverene države. Da je sudija Maršal umesto o vojnom brodu morao da odlučuje o trgovačkoj aktivnosti druge države, možda bi teorija o ogranačenom imunitetu bila znatno ranije inkorporirana u pravni sistem Sjedinjenih Država.

Umesto toga, sudovi su u praksi dosledno primenjivali teoriju o apsolutnom imunitetu države, nezavisno od prirode aktivnosti njenih organa. Isto je pravilo dosledno prihvaćeno ne samo u američkoj sudskoj praksi, već i u međunarodnom običajnom pravu (*Berizzi Brothers Co. v. The Pesaro*, 271 U.S. 562, 1926). Iako je i međunarodno običajno pravo poslednjih decenija delimično prihvatilo stanište o ograničenom državnom imunitetu, osnovni razlog za napuštanje teorije o apsolutnom imunitetu nalazi se u promenjenoj ulozi države u XX veku. Naime, početkom XX veka liberalni koncept ekonomije u kapitalističkim zemljama ustupa mesto neposrednom državnom intervencionizmu. Na drugo strani, ovo je period kada nastaju prve socijalističke zemalje, u kojima država putem ekspropriacije i nacionalizacije postaje vlasnik praktično svih proizvodnih sredstava.

Onda kada je država iz sfere suverenih, javno-pravnih prerogativa zakoračila u privatno-pravnu sferu trgovačkih poslova, kao jedan od mnogih učesnika na tržištu, prestali su i razlozi da se država smatra izuzetom od odgovornosti za obaveze koje je preuzela zaključivanjem takvih poslova.

Proces učešća države u aktivnostima koje nisu bile neposredno vezane za javno-pravne državne prerogative, ako se već nisu smatrale ni privatno-pravnom delatnošću, započinje još u XVIII veku. U ovom periodu država ima aktivnu ulogu u organizovanju javnog transporta i razvoju prvih sredstava masovne komunikacije. Aktivnost države u ovim oblastima zahtevala je zaključivanje niza ugovora: ugovori o prodaji, izgradnji investicionih objekata, itd., često i sa subjektima iz drugih država, a koji su po svojoj prirodi svakako, bili više „privatno” nego „javno-pravni”. U postupku za rešavanje sporova iz ovih ugovora često se pred sudom jedne države kao tuženi javljao ovlašćeni organ druge države, ili preduzeće kontrolisano od strane druge države. U rešavanju ovakvih sporova, američki sudovi nisu pokazivali preveliki entuzijazam za primenu teorije ograničenog suvereniteta, bojeći se da bi svojom odlukom mogli da uvrede drugu državu i doprinesu pogoršanju ukupnih diplomatskih odnosa. Ovo je posebno bio slučaj kada se tužena strana država izričito pozivala na svoj imunitet i isticala prigovor nenadležnosti suda. Prva odstupanja od striktno primene teorije apsolutnog imuniteta javljaju se u kontinentalnoj sudskoj praksi, u XIX veku. Ovaj podatak neće prijati anglosaksonskom čitaocu, naviknutom na „kreativnu ulogu” anglosaksonskih sudova u stvaranju pravnih pravila, ali činjenice su neumoljive: u Belgiji se teorija ograničenog imuniteta prvi put javlja u slučaju *Etat du Pérou v. Krelinger*, iz 1857. godine, a u Italiji u slučaju *Morellet C. Goveruo Danese* iz 1882. godine. Slična je situacija i u Austriji i Nemačkoj, dok stanovište francuskih sudova u ovom periodu nije sasvim jasno, iako nema sumnje da je teorija ograničenog imuniteta i u ovoj zemlji imala dosta zagovornika. Nasuprot tome, doktrina ograničenog imuniteta prihvaćena je u Sjedinjenim Državama tek stupanjem na snagu Zakona o imunitetu strane države iz 1976. godine. Slična je situacija bila i u Velikoj Britaniji, u kojoj je teorija ograničenog imuniteta prihvaćena stupanjem na snagu Zakona o državnom imunitetu iz 1978. godine.

Pre stupanja na snagu Zakona o imunitetu strane države, američko Ministarstvo spoljnih poslova (*State Department*) je redovno podnosilo zahtev za zaštitu imuniteta strane države – stranke u sporu, ukoliko se radilo o državi sa kojom su Sjedinjene Države imale bliske odnose. Međutim, 1952. godine, Ministarstvo spoljnih poslova je Ministarstvu pravde poslalo pismo (poznato pod nazivom *Tate Letter*, po tadašnjem državnom sekretaru), obaveštavajući ga da „sma- tra da teoriju o imunitetu treba primenjivati u ograničenom obimu”. Ako se i prihvati stanovište da je ovo pismo doprinelo razjašnjenju jednog problema (tumačenja teorije imuniteta), ono je istovremeno istaklo drugi problem. Naime, u pismu se navodi:

„Svesni smo da promena u tumačenju teorije o imunitetu od strane Ministarstva inostranih poslova ne obavezuje sudove, ali smatramo da će sudovi biti spremniji da odbiju zahteve za priznavanjem imuniteta, ukoliko se ista politika sprovodi od strane vlade (izvršne vlasti). Ovom našem uverenju doprinose i izvesne indicije da i pojedine sudije Vrhovnog suda smatraju da u ovoj stvari sudovi treba da slede politiku utvrđenu od strane vladinog organa ovlašćenog za vođenje spoljnih poslova”.

Iako se u pismu ističu zalaganja za primenu teorije ograničenog imuniteta, u pismu nisu navedeni kriterijumi na osnovu kojih bi se razlikovala činjenja države kao nosioca javno-pravnih prerogativa i činjenja države kao strane u trgovačkim poslovima. Pored toga, sve do donošenja navedenog Zakona, primena teorije ograničenog imuniteta u praksi je bila skopčana sa puno teškoća i zbog još jednog razloga. Naime, sudovi su redovno prihvatili „sugestije o imunitetu” Ministarstva inostranih poslova, za trgovačke aktivnosti prijateljskih država koje, prema teoriji o ograničenom imunitetu usvojenom od strane istog Ministarstva, ne bi spadale u aktivnosti na koje se primenjuje imunitet. Čak i nakon stupanja na snagu Zakona iz 1976. godine, još uvek nije jasno u kojoj će se meri ustavni princip o podeli vlasti (*separation of power*) stvarno primenjivati kod odlučivanja o ovim pitanjima. Drugim rečima, u kojoj će meri sudovi voditi računa da njihove odluke, u sporovima u kojima se kao tuženi javlja strana država, ne utiču na vodeću ulogu koje Ministarstvo inostranih poslova ima u spoljnopolitičkoj i diplomatskoj aktivnosti Sjedinjenih Država. „U šahovskoj igri kao što je diplomatija, samo vlada (izvršna vlast) ima pregled cele table i razume stvarno značenje svakog pojedinačnog poteza” (slučaj *Spacil v. Crowe*, 489 F2d 614, 619, 5th Cir.1974). Kada je reč o oceni samog Zakona o imunitetu strane države, iako je ovaj zakon doprineo razjašnjenju nekih kontradikcija koje su nastale nakon pisma Ministarstva inostranih poslova, on je istovremno bio i osnov za donošenje većeg broja sudskih odluka koje su žestoko kritikovane. Doduše, treba istaći da se neke od ovih odluka odnose na pokušaje da se pred američkim sudovima tuži strana država zbog aktivnosti koje se prema odredbama zakona ne smatraju trgovačkim (npr. povreda ljudskih prava, itd).

Treba istaći da nisu sve države pokazale podjednaki entuzijizam u prihvatanju teorije ograničenog imuniteta. Ovo se posebno odnosi na socijalističke zemlje i zemlje u razvoju, koje su isticale da je apsolutni imunitet države jedan od osnovnih principa međunarodnog javnog prava, i da on uključuje i pravo svake države da samostalno odlučuje da li se protiv nje može voditi postupak u drugoj državi. Ovakvo shvatanje očigledno je u suprotnosti sa široko prihvaćenim

stanovištem da se pitanje državnog imuniteta, barem delimično, uređuje i međunarodnim običajnim pravom. Pravnici iz ove grupe zemalja takođe su smatrali da država samostalno odlučuje koja se njena aktivnost ima smatrati *iure imperii*, a koja *iure gestionis*, te da se pravna kvalifikacija ove aktivnosti ne može menjati odlukom suda druge države. Shvatanja o apsolutnoj primeni teorije državnog imuniteta napuštaju se i u ovim zemljama, uporedo sa tranzicijom njihovog celokupnog društvenog sistema. Obrazlažući razloge za usvajanje teorije ograničenog imuniteta, engleski sudovi ističu da se ovom teorijom štite principi pravde i pravičnosti i da ona „ne predstavlja izazov suverenitetu bilo koje države. Njom se... ne povređuje niti dostojanstvo države, niti vršenje njenih suverenih funkcija” (*I Congreso del Partido*, 1981, ovde i dalje: *I Congreso*). Povodom žalbe na odluku prvostepenog suda u slučaju *I Congreso*, Lord Denning piše:

„Kada je vlada ili drugi ovlašćeni državni organ strana u redovnom trgovačkom poslu, ne sme joj se dozvoliti da kasnije ne prizna svoje obaveze iz tog posla, pozivajući se na svoje državne prerogative. Ne sme joj se dozvoliti da se ponaša kao Bog na sceni, kao duh iz mašine (*deus ex machina*), koji nema ništa sa prethodno preuzetim obavezama. Vlada je posao započela u svojstvu trgovca i mora ga u istom svojstvu i završiti. Stoga Vlada može biti tužena za povredu ugovorne obaveze i svoja nedozvoljena činjenja i nečinjenja kao i svaki drugi trgovac”.

Od sudova se, po pravilu, zahteva da utvrde da li se pravilo o imunitetu primenjuje i na državu kada istupa preko nekog drugog pravnog subjekta (ovlašćenog zastupnika, preduzeća kontrolisanog od strane države, itd.) koji je strana u trgovačkom poslu (a posao se smatra trgovačkim bilo sa stanovišta prirode samog posla, bilo sa stanovišta cilja koji se želi postići tim poslom); koji je učinio delikt ili krivično delo; povredio ugovorne ili druge preuzete obaveze; pokrenuo postupak pred stranim sudom; podneo protivtužbu, ili se odrekao pozivanja na imunitet (*explicite* ili *implicitate*). Kada se kao tužena strana u sporu javlja strana država, posebno je osetljivo pitanje valjano sprovedene procedure prema tuženoj strani kao i pitanje izvršenja. Za sada, sudska praksa nije jedinstvena u rešavanju ovih pitanja.

## ZAKON O IMUNITETU STRANE DRŽAVE IZ 1976. GODINE

Do donošenja Zakona o imunitetu strane države (ovde i do kraja poglavlja: Zakon) došlo je na insistiranje Ministarstva za inostrane poslove, kako bi se Ministarstvo oslobodilo diplomatskog pritiska tj. „oslobodilo uloge u ovakvim sporovima, i kako bi se praksa Sjedi-

njenih Država o ovom pitanju usaglasila sa praksom gotovo svih drugih država". (*Martropico Compania Naviera S.A. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Pertamina)*, 428 F. Supp. 1035, 1037, S.D.N.Y.1977). Takođe se smatralo da donošenje ovog Zakona daje bolje garancije tuženoj stranoj državi da će se spor rešavati pravnim argumentima, a ne zakulisnim političkim igrama. Nakon donošenja Zakona, sudska praksa „prihvatanja sugestija” o imunitetu od strane Ministarstva spoljnih poslova izgubila je svaki pravni osnov (*Republic of Philippines v. Marcos*, 665 F. Supp. 793 N.D.Cal. 1987). U Zakonu je usvojena teorija o ograničenom imunitetu države i utvrđeni standardi za isticanje imuniteta kako u postupku pred saveznim sudovima, tako i pred sudovima federalnih jedinica. Osim toga, Zakon dozvoljava tuženoj strani da traži da se postupak pokrenut pred sudom federalne jedinice nastavi pred saveznim sudom, izbegavajući time mogućnost neravnopravnog tretmana pred „lokalnim” sudovima” i primenu komplikovanih pravnih sistema pojedinih saveznih država; ovi su sistemi od strane sudske prakse okarakterisani kao „pravni lavirint koji, zahvaljujući brojnim pitanjima koja se mogu i ovako i onako tumačiti i bizarnoj strukturi, predstavlja finansijsku Meku za advokate, ali i propast za savezne sudove” (*Gibbons v. Udaras na Gaeltachta*, 549 F.Supp. 1094, 1105 S.D.N.Y. 1982). Sledeći cilj koji se želeo postići ovim Zakonom jeste da se u sporu u kojem se kao tužena strana javlja strana država primenjuju pravila o ličnom dostavljanju i nadležnosti (*in personam jurisdiction*), izbegavajući time praksu da se imovina druge države pleni na teritoriji određenog suda, kako bi se isposlovala nadležnost tog suda (tzv. *quasi in rem* nadležnost, prim.prev.). Konačno, u Zakonu se uređuje i pitanje izvršenja nad imovinom druge države, u suštini one koja se koristi u trgovačke svrhe. Pravila o izvršenju strožija su od pravila o (direktnoj međunarodnoj, prim.prev.) sudskoj nadležnosti.

Najznačajniji deo Zakona predstavljaju odredbe u kojima se utvrđuju izuzeci od pravila o imunitetu strane države. Ovi izuzeci nisu uređeni u procesnim odredbama Zakona, u kojima se utvrđuju osnovi za sudsku nadležnost, već u materijalno pravnom delu. Ovakva struktura Zakona ima za posledicu funkcionalno jedinstvo procesnih i materijalnih odredbi, s obzirom na to da sud pri rešavanju zahteva za *izuzećem od nadležnosti* zbog imuniteta (kurzivi autora), mora da ispita i pravno kvalifikuje radnje strane države, kako bi utvrdio da li se postupak može nastaviti. Na tužiocu leži teret dokazivanja da radnja strane države predstavlja jedan od Zakonom utvrđenih izuzetaka. (slučaj *Yessenin-Volpin v. Novosti Press Agency*, 443 F.Supp. 849 S.D.N.Y., ovde i dalje *Yessenin-Volpin*), dok je na stranoj državi teret dokazivanja da se pravilo o imunitetu primenjuje i na radnje koje su predmet spora.

## KO SE MOŽE POZVATI NA IMUNITET?

Na imunitet se može pozivati strana država. U smislu čl. 1603(a) Zakona pod izrazom „strana država” podrazumevaju se i njene manje političko-teritorijalne jedinice (federalne jedinice, oblasti, okruzi), uključujući i lokalne organe vlasti, kao i svako drugo lice kontrolisano od strane države za ostvarenje određenih ciljeva. Pod svakim drugim licem kontrolisanim od strane države podrazumeva se:

- (1) samostalni pravni subjekt, u obliku korporacije ili u nekom drugom obliku, koji je
- (2) organ države ili njene manje političko-teritorijalne jedinice, ili u kojem država ili njena manja političko-teritorijalna jedinica ima većinsko učešće i
- (3) lice koje nije niti državljanin države članice Sjedinjenih Država (onako kako je definisano u Zakonu), ...niti osnovano po pravu bilo koje treće zemlje (čl. 1603(b) Zakona).

Razlikovanje između države i lica kontrolisanog od strane države je od izuzetnog pravnog značaja. Naime, osnovna je pretpostavka da je reč o samostalnim pravnim licima; stoga, država za akte ovih lica odgovara samo na osnovu pravila o probijanju pravnog subjektiviteta (*piercing the corporate veil*). Do probijanja pravnog subjektiviteta dolazi u sledećim slučajevima: 1) kada je strano preduzeće (korporacija) u toj meri kontrolisano od strane matične države da se njihov odnos može kvalifikovati kao odnos između nalagodovaca i punomoćnika ili zastupnika; ili 2) kada bi primena principa striktnog poštovanja zasebnih pravnih subjektiviteta bila protivna načelu pravičnosti, ili omogućila nekažnjeno nastupanje prevarne radnje (*First National City Bank v. Banco Para El Comercio Exterior De Cuba*, 462 U.S. 611, 1983).

Izveštaj Kongresa koji je prethodio usvajanju Zakona takođe je od pomoći u utvrđivanju šta se smatra stranom državom, ili licem kontrolisanim od strane države. Ovo se pitanje javlja u nizu sudskih odluka. Tako je sud odlučio da se Vatikan ima smatrati stranom državom, ali takav status nije priznat Palestinskoj oslobodilačkoj organizaciji. Trgovačka predstavništva socijalističkih država, po pravilu, se smatraju kontrolisanim od strane svojih država. Isti je slučaj i sa socijalističkim državnim preduzećima koja posluju u oblasti avio saobraćaja, rudarstva, brodogradnje i bankarstva.

Kvalifikovanje određenog lica kao lica kontrolisanog od strane druge (socijalističke) države često je skopčano sa brojnim teškoćama. U slučaju *Yessenin-Volpin*, sud ističe da je „potpuno jasno da su svi privredni subjekti u Sovjetskom Savezu kontrolisani od strane vlade”. Međutim, u izricanju ovakvih decidnih ocena ipak treba biti oprezan, posebno imajući u vidu da privredni sistem u nekim od socijalističkih

zemalja nije bio identičan sovjetskom sistemu, u meri u kojoj bi se „svi privredni subjekti mogli kvalifikovati kao subjekti koji su u smislu zakona kontrolisani od strane države” (slučaj *Edlow International Co. v. Nuklearna Elektrana Krsko*, 441 F.Supp. 827, 831 D.D.C. 1977).

U Zakonu nije uređeno pitanje imuniteta međunarodnih organizacija, tako da se ovo pitanje u sudskoj praksi rešava pojedinačno. Sudovi status strane države nisu priznali OPEC-u, ali je takav status priznat Britanskoj centralnoj organizaciji za radne odnose (*British West Indies Central Labour Organization*).

U smislu odredbi Zakona, šef države ne uživa imunitet rezervisan za stranu državu, iako se izraz „suveren” koji se koristi u odredbama Zakona može i drugačije tumačiti. U svakom slučaju, imunitet šefa države predstavlja zaseban koncept koji je uređen pravilima o diplomatskom imunitetu. Drugačije je rešenje usvojeno u engleskom Zakonu o imunitetu države, koji pod izrazom državni imunitet obuhvata i imunitet šefa države.

### PITANJE SUDSKE NADLEŽNOSTI

Zakon o imunitetu strane države je savezni zakon. Pitanje stvarne nadležnosti suda za vođenje postupka protiv druge države uređeno je u čl. 1330(a) Zakona. Ukoliko sud, u skladu sa odredbama navedenog člana ima stvarnu nadležnost, i ako su poštovana pravila o načinu dostavljanja i pokretanju postupka (parnice), utvrđena u čl. 1608 Zakona, kao i ustavni zahtev za dosledno poštovanje propisane procedure (*due process of law*), smatraće se da sud ima nadležnost *in personam* nad stranom državom, u skladu sa čl. 1330(b). Međutim, ova je nadležnost od značaja samo u slučaju da strana država ne može da koristi svoje pravo pozivanja na imunitet. „Iz strukture Zakona očigledno proizilazi da su pitanja stvarne nadležnosti, nadležnosti *in personam*, zahtev za poštovanjem utvrđenog načina dostavljanja, kao i mogućnost tužene strane države da se poziva na svoj imunitet, neraskidivo povezana”. (*Velidor v. L/P/G Bernghazi*, 653 F.2d 812, 817 3d Cir.1981).

Uz ovo treba dodati da „odredbe Zakona ne mogu biti osnov za sticanje nadležnosti *in personam*, u slučajevima kad Ustav Sjedinjenih Država to zabranjuje. Ovo od sudova zahteva pažljivu analizu pitanja nadležnosti *in personam* u svakom konkretnom slučaju”. (*Texas Trading & Milling Corp. v. Federal Republic of Nigeria*, 657 F2d 300, 308 2d Cir.1981, ovde i dalje: *Texas Trading*). Da bi se utvrdilo da li je nadležnost *in personam* u skladu sa odredbama Ustava, u Zakonu je „utvrđen test minimalnog kontakta (*minimum jurisdictional contact*) između tuženog i države suda, kao i zahtev za poštovanjem propisane procedure dostavljanja...” (*East Europe Domestic International Sales Corp. v. Terra*, 467 F.Supp. 383, 387 S.D.N.Y.1979).

## POKRETANJE POSTUPKA I NAČIN DOSTAVLJANJA

Pre stupanja Zakona na snagu, nadležnost američkog suda u sporu protiv strane države, po pravilu, se ostvarivala privremenom zaplenom imovine tužene države na američkoj teritoriji (*quasi in rem* nadležnost). Prilikom posete Pape Pavla VI Sjedinjenim Državama, američki tužilac je zahtevao privremenu meru zaplene vozila koje je trebalo da prevozi Papu, kako bi se obezbedila nadležnost američkog suda u sporu sa Vatikanom. U drugom slučaju, američki tužilac je iz istog razloga pokušao da izdejstvuje privremenu meru zaplene sovjetskog broda koji je prolazio kroz Panamski kanal. Nadležnost *quasi in rem* mogla se, dakle, zasnovati i bez ličnog dostavljanja tužbe stranoj tuženoj državi, uprkos osnovnom pravilu u američkom procesnom pravu o ličnom dostavljanju kao uslovu za sticanje nadležnosti i postupanje suda. U tom se smislu odredbe Zakona vraćaju osnovnom pravilu o ličnom dostavljanju tužbe. U čl. 1608 uređeno je da se dostavljanje može vršiti na osnovu posebnih utanačenja, međunarodnih ugovora, slanjem tužbe ministru inostranih poslova tužene zemlje, ili američkom Ministarstvu inostranih poslova, koje putem diplomatskih kanala tužbu dostavlja predstavnicima tužene države. Ukoliko se tužba podnosi protiv pravnog subjekta kontrolisanog od strane druge države, tužba se može poslati ovlašćenom licu tuženom za prijem pošiljki. Pravila o dostavljanju utvrđena u Zakonu zasnivaju se na odredbama Pravila br.4(i) Saveznih pravila o parničnom postupku (*Federal Rules on Civil Procedure*). Primena ovih pravila na postupak protiv strane države ukazuje na potrebu njihovog daljeg usavršavanja.

„Odredbe čl. 1330(b) zadovoljavaju ustavni zahtev za poštovanjem utvrđene procedure, uređujući da se dostava tužbe i drugih podnesaka ima vršiti u skladu sa čl. 1608 istog Zakona” (*Bankers Trust Co. v. Worldwide Transportation Services, Inc.*, 537 F.Supp. 1101, 1106 E.D.Ark.19823). Međutim, dostava se može smatrati valjanom čak i u slučaju kada nije poštovana procedura utvrđena u čl. 1608 (*Harris Corp. v. National Iranian Radio and Television*, 691 F.2d 1344 11th Cir.1982, ovde i dalje *Harris Corp.*), uprkos tome što je sud u nastavku citirane odluke napomenuo da „nema opravdanja za odstupanje od zakonskih odredbi”, *Haris Corp.* Fn.16 at 1352.

Prethodno smo napomenuli da pokretanje postupka i način dostave mora da bude u skladu sa ustavnim zahtevom za poštovanje propisane procedure. „U ocenjivanju da li je američki sud nadležan za ovaj spor, neophodno je primeniti test minimalnog kontakta, utvrđenog u slučaju *International Shoe...* (*Harris Corp.*, str. 1352). Treba istaći da se sudske odluke razlikuju u pogledu određenja teritorije na koju se primenjuje test. „S obzirom da je dostava izvršena u skladu sa čl. 1608, relevantno područje za primenu testa jeste celokupna terito-

rija Sjedinjenih Država" (*Texas Trading*, str. 314). „Sud devetog distrikta izričito je naglasio da ostaje otvoreno da li u primenjivanju testa minimalnog kontakta treba uzeti u obzir celokupnu teritoriju Sjedinjenih Država, ili neko uže područje (*Meadows v. Dominican Republic*, 542 F.Supp. 33,34 N.D.Cal. 1982).

### IZUZECI OD PRAVILA O DRŽAVNOM IMUNITETU: ODRICANJE OD IMUNITETA

Prema odredbama čl. 1605(a)(1) Zakona, smatraće se da strana država ne uživa imunitet, „ukoliko se *explicite* ili *implicito* odrekla pozivanja na imunitet, čak i ako je povukla svoje odricanje... osim u slučaju kada je povlačenje odricanja izvršeno u skladu sa sporazumom o odricanju od imuniteta”.

Po prirodi stvari, implicitno odricanje od imuniteta, (koje inače ne proizvodi dejstvo prema engleskom Zakonu o državnom imunitetu), nije lako dokazati. Samo zaključenje trgovačkog ugovora strane države sa američkim partnerom svakako ne znači da se strana država odrekla imuniteta. Za odricanje od imuniteta zahteva se *namera* (*Transamerican Steamship Corp. v Somali Democratic Republic*, 767 F.2d 998, D.C.Cir.1985, kurziv autora). Za rešavanje ovog pitanja od posebnog je značaja postupanje strane države kod odgovora na tužbu. Dobrovoljno pristajanje tužene države da se preko svog zastupnika pojavi na američkom sudu može biti indicija da se strana država odrekla pozivanja na imunitet (*Practical Concepts, Inc. v. Republic of Bolivia*, 811 F.2d 1543 D.C.Cir.1987). Međutim, docnja u dostavi odgovora na tužbu i drugih podnesaka ne znači automatski da se država odrekla pozivanja na imunitet.

Arbitražni ugovor, posebno kada je mesto arbitraže u Sjedinjenim Državama, ili kada je merodavno pravo američko, takođe može biti dokaz o implicitnom odricanju od imuniteta. Ali, ako je mesto održavanja arbitraže van Sjedinjenih Država, ili kada je kao merodavno pravo ugovoreno pravo neke treće zemlje, dokazivanje implicitnog odricanja od imuniteta znatno je otežano (*Verlinden B.V. v. Central Bank of Nigeria*, 488 F.Supp. 1284 S.D.N.Y.1980, potvrđeno, 647 F.2d 320, 2d.Cir.1981, poništeno 461 U.S. 480, 1983). Ista je situacija i u slučaju kada je ugovorom utvrđeno da se arbitražna odvija pred međunarodnom organizacijom, uprkos tome što je sedište te organizacije u SAD (*Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, 693 F.2d 1094, D.C.Cir.1982).

Izričito odricanje od imuniteta često je u međunarodnim ugovorima. Tako su se Sjedinjene Države u nekim ugovorima o prijateljstvu, trgovini i plovidbi, odrekle imuniteta u odnosu na trgovačke i druge aktivnosti. Da bi se utvrdio obim odricanja od imuniteta,

neophodno je pažljivo analizirati klauzulu o imunitetu. U ugovorima o prijateljstvu česta je klauzula da se država ne može pozivati na imunitet „u odnosu na tužbeni zahtev, sudsku presudu, izvršenje i pitanje odgovornosti”, ali ovakva klauzula ne znači da se država izričito odrekla imuniteta i u slučaju izricanja privremene mere zaplene njene imovine (*Libra Bank Ltd. v. Banco National de Costa Rica, S.A.*, 676 F.2d 47 2d Cir.1982, ovde i dalje: *Libra*).

Izričito odricanje od imuniteta moguće je i unošenjem odgovarajuće klauzule u trgovački ugovor. Tako je klauzula u ugovoru o kreditu kojom se uređivalo da „davalac kredita može tužiti ili biti tužen u svoje ime, i ne može se pozivati na imunitet u odnosu na obaveze koje je preuzeo ovim ugovorom”, te da se davalac kredita odriče „svakog prava pozivanja na imunitet u sudskom i izvršnom postupku”, kvalifikovana kao izričito odricanje od imuniteta i u odnosu na privremenu meru o zapleni imovine (*Libra*, str. 49). Međutim, u jednom drugom slučaju, klauzula u trgovačkom ugovoru zaključenom sa preduzećem u vlasništvu strane države, kojom se to preduzeće odriče imuniteta u sudskom postupku, izvršnom postupku i u odnosu na pitanje odgovornosti, nije kvalifikovana kao izričito odricanje od imuniteta u odnosu na privremenu meru zaplene imovine (*S&S Machinery Co. v. Masinexportimport*, 706 F.2d 411 2d Cir.1983). Iz sudskih odluka se može zaključiti da je preovlađujući stav da se izričito odricanje od imuniteta odnosi i na privremene mere zaplene imovine druge države, samo ako je tako izričito stipulirano. U slučaju *ICC Chemical Corp. v. Industrial & Commercial Bank of China* (886 F.Supp. 1 S.D.N.Y. 1995) sud je odlučio da klauzula u ugovoru o akreditivu o primeni Jednoobraznih pravila i običaja za međunarodni dokumentarni akreditiv ne predstavlja izričito odricanje od imuniteta akreditivne banke, kontrolisane od strane druge države, a koja je tužena zato što je odbila da honoriše dokumenta. Sud je zaključio da se u ugovoru o otvaranju akreditiva nigde izričito ne pominje odricanje od imuniteta, niti Jednoobrazna pravila uređuju ovo pitanje.

Navedeni slučajevi očigledno opominju da klauzulu o odricanju imuniteta treba pažljivo koncipirati, posebno u svetlu sudskog restriktivnog tumačenja osnova za odricanje od imuniteta.

### **IZUZECI OD PRAVILA O DRŽAVNOM IMUNITETU: TRGOVAČKI POSLOVI**

Problem trgovačkih poslova strane države ili lica koje je kontrolisano od strane države, predstavljao je osnovni razlog za donošenje Zakona. Pravila o ograničenom imunitetu koja su se primenjivala pre stupanja Zakona na snagu nisu bila sasvim jasna, tj. nisu davala

precizan odgovor na pitanje da li su od imuniteta izuzeti poslovi strane države koji su po svojoj *prirodi* trgovački ili koji su po svom *cilju* trgovački (kurzivi autora). U Zakonu je zauzeto stanovište da se pod trgovačkim poslovima druge države podrazumevaju poslovi koji su po *prirodi* trgovački (čl. 1603(d) Zakona, uporedi odluku Vrhovnog suda u slučaju *Republic of Argentina v. Weltoever, Inc.*, 504 U.S.607, 1992.).

U čl. 1605(a)(2) Zakona razlikuju se tri vrste trgovačkih poslova na koje se ne primenjuju pravila o imunitetu:

„U postupku pred američkim sudovima strana država se ne može pozivati na imunitet u sporovima nastalim iz trgovačkih poslova koje je zaključila na teritoriji Sjedinjenih Država...; ili iz radnji vršenih u Sjedinjenim Državama u vezi sa trgovačkim poslovima te države bilo gde u svetu; ili iz radnji vršenih van teritorije Sjedinjenih Država, u vezi sa trgovačkim poslovima strane države bilo gde u svetu, a koje su (radnje) proizvele direktne posledice u Sjedinjenim Državama”.

Istorijat izrade Zakona ukazuje da se pod trgovačkim poslom podrazumeva svaki posao koji se redovno zaključuje u cilju sticanja dobiti. Ukoliko se radi o poslu koji redovno zaključuju preduzeća i preduzetnici (solo trgovci) radi sticanja dobiti, država koja je strana u takvom poslu ne može se pozivati na imunitet. Međutim, ukoliko je reč o poslu čije zaključenje nije dozvoljeno preduzećima i preduzetnicima, već samo državi, država koja je strana u takvom poslu može se, u smislu Zakona, pozivati na svoj imunitet. Prilikom procene da li se određeni posao ima kvalifikovati kao trgovački, treba prevashodno voditi računa o okolnostima konkretnog slučaja, a ne o činjenici da li se tužena država često javlja kao strana u trgovačkim poslovima (*Brazosport Towing Co., Inc. v. 3,838 Tons of Sorghum Laden on Board*, 607 F.Supp. 11 S.D.Tex.,1984) Pomoć sudovima u kvalifikovanju konkretnog posla pruža i istorijat izrade Zakona:

„Ugovor o kupovini vojne opreme koji je zaključila strana država, ili ugovor o izgradnji zgrade za vladu, predstavlja trgovački posao. Isto se odnosi i na ugovor o renoviranju ambasade. Ovakvi se ugovori imaju smatrati trgovačkim, čak i kada je njihov krajnji cilj bolje ostvarivanje ustavom utvrđenih nadležnosti organa strane države... Trgovačkim ugovorima imaju se smatrati ugovori o prodaji, uslugama, proizvodnji, lizingu, kreditu, zaposlenju, ugovori o unapređenju odnosa sa javnošću, ugovori o kupovini hartija od vrednosti američkih korporacija, u kojima se kao strana javlja druga država” (zakonodavni akti Kongresa, br. 1487, 94 sazivanje, druga sednica, 1976).

Određivanje trgovačkih poslova sa stanovišta njihove prirode, a ne cilja, uprkos činjenici da ponekad nije jednostavno odvojiti prirodu nekog posla od njegovog cilja, te da pojedini sudovi ne poštuju uvek ovu distinkciju, imalo je za posledicu da se i dug Argentine prema SAD, nastao kao posledica kupovine žitarica od američke korporacije, a u okviru programa američke vlade, smatrao trgovačkim poslom. Isto se odnosi i na ugovor o zajedničkom ulaganju u proizvodnju plastičnih kutija za kozmetiku, zaključen između Republike Irske i dva američka trgovca; na ugovor o prodaji oružja zaključen sa preduzećem čiji je vlasnik bila turska vlada; ugovor o umetničkom gostovanju sovjetskih umetnika u Sjedinjenim Državama i Velikoj Britaniji; i na ugovor o kupovini dvokolica za golf od strane poljskog državnog preduzeća. U poslove druge države koji nisu kvalifikovani kao trgovački ubrajaju se nacionalizacija tužiočevog preduzeća, postavljanje rokova i uslova za korišćenje prirodnih bogatstava ustupljenih tužiocu i davanje i oduzimanje dozvola za izvoz prirodnih bogatstava.

U sudskoj praksi nisu ustanovljeni precizniji kriterijumi za kvalifikovanje trgovačkog posla, koji bi predstavljali dopunu zakonskih odredbi. S obzirom na to da se veliki broj sudskih sporova odnosi na nacionalizaciju imovine američkih korporacija i trgovaca u inostranstvu, stanovište da je „nacionalizacija akt koji država suvereno vrši u okviru svojih javno-pravih prerogativa i koji nema trgovački karakter”, svakako da predstavlja razočarenje za oštećene američke korporacije i trgovce (*Alberti v. Empresa Nicaraguense De La Carne*, 705 F.2d 250 7 th Cir.1983). Jedan od izuzetaka od prava na imunitet utvrđen u čl. 1605(a)(3) – povreda prava u suprotnosti sa međunarodno-pravnim pravilima – može se primeniti i na neke akte nacionalizacije, u zavisnosti od *nexusa* koji postoji između imovine eksproprijatora koja se nalazi u Sjedinjenim Državama i nacionalizovane imovine, ali se pravilo o „sledenju imovine” (*property tracing*, vidi *infra* sledeći odeljak) primenjuje u vrlo ograničenim okolnostima, tako da se generalno može smatrati da odredbe Zakona nisu od naročite pomoći licima oštećenim nacionalizacijom.

Ono što je zajedničko za sve tri vrste prethodno nabrojanih trgovačkih poslova, utvrđenih u čl. 1605(a)(2) Zakona, jeste postojanje pravno relevantnog *nexusa* sa Sjedinjenim Državama. Prva vrsta trgovačkih poslova odnosi se na „trgovačke poslove strane države na teritoriji Sjedinjenih Država”. Kod ove vrste poslova zadatak suda je najlakši, s obzirom na to da sud treba samo da utvrdi obim ovih poslova na teritoriji SAD, i prirodu veze koja postoji između konkretnog trgovačkog posla i razloga za pokretanje sudskog postupka (*Gemmini Shipping, Inc. v. Foreign Trade Organization*, 647 F.2d 317 2d Cir. 1981). Druga vrsta trgovačkih poslova odnosi se na „radnje vršene u Sjedinjenim Državama u vezi sa trgovačkim poslovima te

države bilo gde u svetu". Sporovi povodom ove vrste trgovačkih poslova najređe se javljaju u američkoj sudskoj praksi. Treća vrsta trgovačkih poslova, koji se odnose na „radnje vršene van teritorije Sjedinjenih Država, u vezi sa trgovačkim poslovima strane države bilo gde u svetu, a koje su (radnje) proizvele direktne posledice u Sjedinjenim Državama”, najčešće je predmet spora u sudskoj praksi. U utvrđivanju šta se smatra „direktnom posledicom” praksa saveznih sudova nije jedinstvena. Pojedini savezni sudovi stoje na stanovištu da se mora raditi o „suštinskoj i predvidljivoj posledici” (*Maritime International Nominees Establishemnt v. Republic of Nigeria*, 647 F.2d 300 2d Cir.1981), dok drugi stoje na stanovištu da direktna posledica postoji u slučaju pretrpljene imovinske štete (*Texas Trading & Milling Corp. v. Federal Republic of Nigeria*, 647 F.2d 300 2d Cir.1981). Vrhovni sud je prihvatio ovo poslednje stanovište, presuđujući da direktna posledica postoji u slučaju „kada je neposredno prouzrokovana... radnjama tuženog”. (*Republic of Argentina v. Weltoever Inc.*, 504 U.S. 607 1992, citirajući *Texas Trading*).

### **IZUZECI OD PRAVILA O DRŽAVNOM IMUNITETU: POVREDA MEĐUNARODNOG PRAVA**

Prema odredbama čl. 1605(a)(3) Zakona, povreda prava svojine na određenoj imovini od strane druge države, a koja je u suprotnosti sa međunarodno-pravnim principima, predstavlja izuzetak od pravila o imunitetu, pod uslovom da se:

„Ta ili bilo koja druga imovina zamenjena za tu imovinu nalazi na teritoriji SAD, i da je povezana sa trgovačkim poslovima druge države vršenim na teritoriji Sjedinjenih Država; ili, ako se ta imovina, ili bilo koja druga imovina zamenjena za tu imovinu, nalazi u vlasništvu lica kontrolisanog od strane druge države koje vrši trgovačke poslove na teritoriji SAD”.

Ove se odredbe mogu, kao što smo prethodno napomenuli, koristiti kao osnov za pokretanje postupka protiv strane države pred američkim sudovima, u slučaju kada je tužena država eksproprisala imovinu američkog preduzeća ili trgovca. Međutim, iz dosadašnjih odluka proizilazi da se čl. 1605(a)(3) može koristiti samo pod vrlo ograničenim uslovima. Pojedini autori ističu da je pomenuti član u sudskim odlukama restriktivnije tumačen nego što je to bila namera zakonodavaca. Školski primer u kojem se može koristiti navedeni član bio bi eksproprijacija američkog civilnog aviona od strane druge države i korišćenje istog ili zamenjenog aviona za komercijalne letove u Sjedinjene Države. U navedenom primeru, član 1605 bi se mogao primeniti i na svaki drugi trgovački posao avionske kompanije koja se nalazi pod kontrolom tužene države. Situacija je znatno složenija

kada je eksproprisana nepokretana imovina (npr. fabrika). U ovakvim situacijama američki interesi mogli bi biti zaštićeni zaplenom proizvoda iz te fabrike koji se prodaju u SAD, ali je za očekivanje da je prodaja ovih proizvoda u SAD upravo ono što strana država eksproprijator želi da izbegne.

## OSTALI IZUZECI OD PRAVILA O DRŽAVNOM IMUNITETU

U skladu sa odredbama čl. 1605(a)(5) Zakona, pred američkim sudom je dozvoljeno pokretanje postupka protiv druge države za naknadu štete koja nije prouzrokovana njenim trgovačkim poslovima, već se zasniva na pravilima o deliktnoj odgovornosti, ukoliko su ispunjeni sledeći uslovi: 1) radnje strane države ne smeju biti trgovačke; 2) radnjom druge države tužiocu je prouzrokovana telesna ili imovinska šteta; 3) zahtev se ne može zasnivati na uvredi, lažnom predstavljanju, ili povredi ugovornih prava; činjenje ili nečinjenje koje je osnov deliktne odgovornosti mora nastupiti na teritoriji na kojoj američki sudovi imaju nadležnost (*Persinger v. Islamic Republic of Iran*, 729 F.2d 835 D.C.Cir.1984).

## IMUNITET DRŽAVE I PITANJE PROTIVTUŽBE

U slučaju kada je strana država pokrenula spor povodom kojeg je druga strana podnela protivtužbu, strana se država ne može pozivati na imunitet. Prema odredbama čl. 1607 Zakona:

„U postupku koji je pokrenut od strane druge države pred američkim sudovima, ili kojem se priključila strana država, država se ne može pozivati na imunitet u odnosu na protivtužbu podnetu u vezi sa pokrenutim postupkom, ukoliko:

- (a) se strana država ne bi mogla pozvati na imunitet, da je umesto protivtužbe pokrenut poseban postupak; ili,
- (b) je predmet protivtužbe spor povodom kojeg je strana država pokrenula postupak; ili,
- (c) se protivtužbom ne zahteva veća naknada štete od zahteva koji je istaknut u tužbi, ili ako je zahtev koji je istaknut u protivtužbi drugačije vrste od tužbenog zahteva”.

Ukoliko je strana država podnela protivtužbu, smatraće se da se odrekla svog imuniteta (*In re Oil Spill by Amoco Cadiz Off Coast of France*, 491 F.Supp. 161 N.D.Ill. 1979). U drugom sporu, sud je odlučio da podnošenje protivtužbe, u slučaju da tužilac ne prihvati odbranu zasnovanu na imunitetu, ne predstavlja odricanje od imuniteta (*In re Rio Grande Transport Inc.* 516 F.Supp. 1155 S.D.N.Y. 1981).

## IZVRŠENJE SUDSKE PRESUDE

Pre stupanja Zakona na snagu, sudovi su zauzeli stanovište da imovina države protiv koje je pokrenut postupak ne može biti predmet izvršenja, čak i kada se država kod pokretanja postupka ne može pozivati na imunitet. Prema odredbama čl. 1611, pravilo o apsolutnom imunitetu od izvršenja primenjuje se na imovinu međunarodnih organizacija, imovinu centralnih banaka stranih država ili njihovih ovlašćenih predstavnika, kao i imovinu strane države koja se koristi za određene vojne svrhe. Međutim, izricanje, kao i izvršenje privremenih mera, moguće je pod određenim uslovima nad imovinom strane države koja se nalazi na teritoriji SAD i koja se koristi u trgovačke svrhe (čl. 1610 Zakona). U ovom drugom slučaju, izricanje privremene mere zaplene imovine moguće je samo ako se izričito odricanje od imuniteta odnosi i na privremene mere, i ako je svrha privremenih mera da obezbedi izvršenje presude, pre nego da stekne nadležnost nad stranom državom (*quasi in rem jurisdiction*).