
МЕЂУНАРОДНО ПОСЛОВНО ПРАВО

Бојана Јакшић,
студенткиња последњег разреда,
Правни факултет, Београд

UDK 341.4(6)

Приказ поступка за издавање привремених мера пред Међународним судом правде (Република Конго – Француска)

As we find in the history of all usurping government, time changes anamony into system, and injury into right; examples become custom, and custom ripens into law; and the doubtful precedent of one generation becomes the fundamental maxim of another.

Henry Hallam (1777 – 1859), енглески историчар

Резиме

Текст представља приказ поступка за издавање привремених мера који је вођен пред Међународним судом правде између Републике Конго и Француске, уз крајњи циљ осврћења на неколико теоријских питања која се тичу овог инцидентног поступка. Суштинину тужбеног захтева Конго чини тврдња да је Француска, покрећујући поступак пред националним судовима против четворице држављана Конго, повредила основна правила међународног права – принцип суверене једнакости држава чланица УН и имунитет шефа државе. Смањујући да су испуњени услови за изрицање привремене мере, Конго је уз тужбу поднео и зах-

и́ев да се обусти́аве помену́тии по́стиуи́ци и́ред француским судовима, не би ли се сти́речило наноше́ње ненадо́кнадиве и́ишеи́е Репу́блици Конго.Изноше́њем чи́њеничне по́длоге обеју сти́рана, а по́иом и обрадо́м њихове и́равне аргументи́ације, да́и је и́риказ основних идеја које су водиле и́редсти́авнике двеју држава ти́оком чи́тавог по́стиука, а и́ио је коначно и ои́ределило сти́ав Суда.

Кључне речи: и́ривремене мере, имуни́иети шефа сти́ране државе, универзална надлежност, и́ринцип суверене једнакости́и чланица УН, злочини и́рои́ив човечности́и, ненадо́кнадива и́ишеи́а, хи́иности́и.

Република Конго је 9. децембра 2002. године поднела тужбу Међународном суду правде против Француске у којој наводи да је Француска повредила принцип према коме држава не може да врши власт на територији друге државе, приписујући себи универзалну надлежност у кривичним стварима и присвајајући право кривичног гоњења и суђења министру унутрашњих послова стране државе за наводна кривична дела почињена у вези са вршењем његове функције одржавања јавног поретка. Поред тога, тужба терети Француску за повреду судског имунитета шефа стране државе, што је међународни обичај прихваћен као пракса Суда.

Тужбом Конго захтева од Суда да нареди Француској да поништи све радње истраге и кривичног гоњења предузете од стране тужилаца Републике Француске и њених истражних судија. Тужба је праћена захтевом за издавање привремених мера којим Конго тражи моменталну обуставу поступка пред француским истражним судијом, тврдећи да су у конкретном случају испуњена оба услова за издавање привремених мера – хитност и ненадо́кнадива штета.

Неке опште напомене о поступку за издавање привремених мера

Поступак за издавање привремених мера спада у такозване инцидентне или претходне поступке пред Међународним судом правде. Покреће се захтевом за предузимање привремених мера када се сам тужилац јавља као подносилац захтева, или по службеној дужности од стране Суда.¹⁾ Према члану 41. Статута Међународног суда правде, основна сврха овог поступка јесте заштита права или интереса који су предмет спора до доношења коначне одлуке Суда у главној ствари.

Детаљнија правила поступка по захтеву за привремене мере садржана су у члановима 73.-78. Правилника Суда. Наиме, члан 73. предвиђа да се писмени захтев за привремене мере може поднети у било којој фази поступка поводом ствари у вези са којом је захтев стављен. Захтев мора да садржи разлоге, могуће последице у случају да захтев не буде одобрен, као и захтеване мере. Чланом 74. прецизирано је да поступак по захтеву за привремене мере има предност над свим другим поступцима. Председник Суда по хитном поступку сазива Суд и заказује усмену расправу, омогућујући при том странама да буду представљене на њој. Иако у

1. В. више Аврамов С., Крећа М., Међународно јавно право, Београд 2001. пп. 589-591.

свом захтеву страна предлаже привремене мере, Суд није тим предлогом везан и може наредити мере у потпуности или делимично различите од захтеваних.²⁾ Одлука којом се овај поступак окончава има форму наредбе. Уколико се наредбом одбије захтев за привремене мере, тиме се не спречава захтевалац да поднесе нови захтев у истој ствари, заснован на новим чињеницама.³⁾

О надлежности суда

Суд није обавезан да пре одлучивања о захтеву за привремене мере заснује своју надлежност у главном спору. Било је случајева, посматрано кроз праксу Суда, да Суд донесе наредбу, а да се претходно није изјаснио о својој надлежности у предмету спора поводом кога је захтев за привремене мере и стављен.⁴⁾ Ипак, у таквом случају неопходно је да сам захтев *prima facie* пружа основ на коме би се надлежност Суда могла засновати.⁵⁾

Република Конго, међутим, није у свом захтеву пружила довољан основ за установљење надлежности, већ је предложила заснивање надлежности Међународног суда правде у складу са чланом 38., став 5., Правилника. Овај члан гласи: „When the applicant State proposes to found the jurisdiction of the Court upon a consent yet to be given or manifested by the State against which such application is made, the application shall be transmitted to that State. It shall not however be entered in the General List, nor any action be taken in the proceedings, unless and until the State against which such application is made consents to the Court’s jurisdiction for the purposes of the case.”

У својој тужби, при том, Конго није ни довео у питање пристанак Француске, позивајући се на чланство обе државе у ОУН као и на Уговор о међусобној сарадњи закључен 1. јануара 1974. године у Бразавилу, којим се стране уговорнице обавезују у члану 2. да ће „поштујући суверенитет, независност и територијални интегритет, решавати своје спорове мирним путем, у складу са Повељом УН“. Заиста, писмом од 8. априла 2003. године, француски министар иностраних послова дао је пристанак француске стране на надлежност Суда чиме је она и заснована, ипак напомињући да цитирани члан 2. Уговора о сарадњи између Француске и Конга не представља основ надлежности Суда у конкретном случају. То је први случај од 1978. године, када је члан 38. став 5. Правилника Суда усвојен, да је једна држава

2. Члан 75. став 2. Правилника Међународног суда правде: „When a request for provisional measures has been made, the Court may indicate measures that are in whole or in part other than those requested, or that ought to be taken or complied with by the party which has itself made the request“.
3. Опширније о поступку за привремене мере, Rosenne S., *The Law and Practice of The International Court, 1920-1996*, vol. 3, pp. 1419-1429.
4. Тако у случају *Ambatielos*, наведено према Аврамов С., Крећа М., *Међународно јавно право*, Београд 2001. п. 591.
5. У том смислу се изјашњава сам Суд у Наредби од 17. јуна 2003. пара. 20-21, (*Case concerning certain criminal proceedings in France – Republic of The Congo v. France*), www.icj-cij.org

прихватила позив друге да призна надлежност Суда у спору у коме је она тужена страна.

Релевантна фактографија

На основу исказа обе стране током усмених саслушања као и чињеничне подлоге коју је Конго навео у тужби, Суд је дао своје виђење догађаја који су претходили поступку за изрицање привремених мера.

Наиме, 5. децембра 2001. године, три организације за заштиту људских права поднеле су јавном тужиоцу пред Tribunal de grande instance у Паризу тужбу за злочине против човечности и мучења наводно почињених у Конгу, над појединим држављанима Конга. Тужба је изричито уперена против председника Републике Конго, министра унутрашњих послова, јавне безбедности и територијалне управе Конга, генералног инспектора оружаних снага Конга и команданта председничке гарде Конга.

Јавни тужилац из Париза је потом проследио тужбени захтев јавном тужиоцу пред Tribunal de grande instance у Меаух-у, налазећи да је Суд у Меаух-у територијално надлежан с обзиром да генерал Norbert Dabira, један од оптужених, има бора-виште на територији општине Меаух, иако је истрага била започета против неодређених лица. Јавни тужилац из Меаух-а је прво наредио претходни истражни поступак, да би затим, 23. јануара 2002. године заказао судску истрагу поводом наводних кривичних дела на основу чега је истражни судија пред судом у Меаух-у истрагу и започео.

Тужбом су наведени злочини против човечности и кривично дело мучења. Током јавног саслушања, као основ надлежности француских судова, када су у питању злочини против човечности, наведен је пинципи међународног обичајног права који предвиђа универзалну надлежност. Нешто је другачији случај са кривичним делом мучења где се као основ узимају чланови 689-1 и 689-2 француског Закона о кривичном поступку.

У оквиру истражног поступка, генерал Dabira је први пут саслушан 23. маја 2002. године пошто је претходно држан у притвору, а затим 8. јула 2002. године и то у својству тзв. *temoin assisté*, сведока који има положај осумњиченог, те у складу са тим и посебна процесна права. Нешто више од два месеца после тога, 16. септембра 2002. године, истражни судија је издао тзв. *mandat d'amener*, односно налог за појављивање пред Судом. Овај налог имао је за циљ да се генерал Dabira, који је у међувремену отпутовао у Конго, приведе на саслушање чим се врати у Француску, с обзиром на то да се према француском процесном праву налог не може извршити изван њене територије.

Што се тиче председника Републике Конго, господина Sassou Nguesso, према тврдњама Конга, истражни судија је за време његовог званичног боравка у Француској издао налог судској полицији за његово саслушање у својству сведока. На супрот томе, француска страна негира издавање таквог налога, већ наводи да је

истражни судија настојао да од њега прибави доказе и то у складу са чланом 656. Закона о кривичном поступку Француске. Овај члан предвиђа прикупљање доказа у специфичном случају кад се до њих долази преко дипломатских канала, од стране представника стране државе. Интересантно је ипак да су, без обзира на не-слагања око основа за саслушање, обе стране сагласне у томе да председник Nguesso никада није био саслушан.

Осим тога, обе стране су својим исказима потврдиле да током поступка пред француским судовима нису предузете истражне радње према осталим лицима наведеним у тужби.

Аргументи обеју страна

Правилником Суда, чланом 74. став 3, предвиђено је одржавање усмених саслушања. У складу са овим чланом, 28. и 29. априла 2003. године, обема странама је пружена могућност да изнесу аргументе у прилог својим тврдњама. Први је такву прилику имао Конго, као подносилац захтева.

У тужби, Конго је поред захтева изложио и средства на којима почива сам захтев. Прво средство јесте кршење принципа суверене једнакости међу земљама чланицама УН. Овај принцип потврђен је чланом 2. став 1. Повеље УН. Наиме, Конго тврди да је Француска, самом чињеницом да је покренула поступке пред својим судовима против држављана Конга, за злочине почињене на територији Конга и над лицима која су држављани Конга, присвојила тзв. универзалну надлежност у материји кривичног права иако је у овом случају, француско кривично судство ненадлежно по основу међународног права.

Ненадлежност француског судства произлази, дакле, из принципа међународног права према коме једна држава не може да врши власт на територији друге. Овај принцип је потврђен и у пракси Сталног суда међународне правде у случају „Лотус“, када је територијалност потврђена као принцип међународног права. Ипак, принцип територијалности није апсолутан с обзиром да не постоји „општа забрана за државе да примене своје законе и надлежност својих судова на лица, имовину и дела почињена ван њене територије“, уколико на извршан начин угрожавају њене интересе, и то без обзира на држављанство починиоца дела.⁶⁾

Као аргумент за своју тврдњу, Конго наводи индивидуално мишљење председника Суда, господина Gilbert Guillaume, изражено у спору између Републике Конго и Белгије, које је уследило после одлуке од 14. фебруара 2002. године.⁷⁾ Ово мишљење, како тумачи Конго, показује да не постоји правило међународног обичајног права према коме би сви злочини међународног права спадали у домаћу надлежност управо по основу универзалне надлежности. Једини случајеви универзалне надлежности проистичу из посебних инструмената међународног права ме-

6. Тако Аврамов С., Крећа М., Међународно јавно право, Београд 2001. п.343.

7. www.icj-cij.org/docket/OralPleadings

ђу којима се пак ниједно не тиче злочина против човечности. Господин Guillaume даље износи да национална судства остају ненадлежна чак и у случају кад домаћи закон предвиђа универзалну надлежност, као што је то био случај са Белгијом. Утолико пре, закључује Конго, универзалне надлежности нема када такав закон не постоји, као што је то случај са Француском.

С друге стране, када се ради о злочину мучења, Конго признаје да француско кривично право, прецизније члан 689-2 француског Закона о кривичном поступку, предвиђа универзалну надлежност француског судства под условом да се оптужени нађе на територији Француске. Ипак, Конго истовремено тврди да овај члан Закона не би требало да буде примењен у конкретном случају и то из два разлога.

Прво, наведени члан се може применити само уз адекватну примену међународних конвенција које набраја, те се тако може кривично гонити и судити сваком лицу које се нађе на територији Француске и то за дела наведена у конвенцијама. Међу наведеним конвенцијама из члана 689, налази се и Њујоршка конвенција против мучења од 10. децембра 1984. Овде се ради о изузетној надлежности која је, иако дерогира принцип територијалне суверености у области кривичног права, ипак сагласна са међународним правом по основу међународног уговора који је предвиђа. Према томе, ова надлежност се може применити само на државе потписнице овог уговора за дела почињена на територији неке од њих и на лица која су њихови држављани. Како Конго није потписао Њујоршку конвенцију, није могуће наметнути јој надлежност на основу члана 689-2 француског Закона о кривичном поступку.

Друго, чак и када би Њујоршка конвенција обавезивала Конго, не би били испуњени услови за надлежност француског суда. Члан 5. став 2. ове Конвенције предвиђа да свака држава уговорница има право да предузима неопходне мере за установљење своје надлежности по питању кривичног дела мучења, у случају када се починилац налази на територији под њеном надлежношћу и када га наведена држава не изручи, сходно члану 8. и обавези узајамне помоћи, држави на чијој територији су дела почињена, држави чији је држављанин починилац као и оној чији је држављанин лице над којим је дело почињено.

Из овога, тврди Конго, произлази да уколико је нека од ове три државе започела поступак, држава из става 2. није надлежна чак и да се наводни починилац дела нађе на њеној територији и да није стављен захтев за екстрадицију. С обзиром да у Конгу, пред Судом у Бразавилу, тече поступак у истој ствари већ дуже од годину дана, и да је о томе француски тужилац благовремено обавештен, заступник Конга наводи да је тиме повређен принцип *ne bis in idem*.

Према представницима Конга, још један вид повреде принципа по коме држава не може да врши власт на територији друге земље, тиче се генерала Pierre Oba, министра унутрашњих послова Конга, једног од оптужених. Наиме, у тужби се наводи да је он починио дела која му се приписују у вршењу своје функције одржавања јавног поретка. У складу са тим, тумачи Конго, Француска се меша у унутрашњи поредак Конга и њену сувереност као суштину одлику сваке државе.

Друго средство које Конго користи у свом захтеву односи се на повреду имунитета шефа стране државе. Потврду овог принципа Конго поново тражи у различитим актима међународног права. Међу њима је свакако већ навођена одлука самог Међународног суда правде од 14. фебруара 2002. године, у спору између Републике Конго и Белгије. У њој стоји:“ Суд пре свега примећује да је јасно утврђено у међународном праву да, попут дипломата и конзула, извесна лица која заузимају високе положаје у држави, као што је шеф државе, председник владе или министар иностраних послова, уживају у другим државама судски имунитет, како грађански тако и кривични „⁸⁾

Овде је Суд требало да одговори на питање да ли постоје изузеци од имунитета када се ради о тешким повредама међународног хуманитарног права као што су злочини против човечности, ратни злочини... Из одлуке од 14. фебруара 2002. године произлази да је имунитет шефа државе апсолутан чак и када му се приписују злочини против човечности.

У конкретном случају, Конго признаје да господин Sassou Nguesso, председник Конга, није био саслушаван било као обичан сведок, било у својству тзв. *temoin assisté*. Ипак то не значи да није дошло до повреде његовог имунитета као шефа стране државе.

Према француском праву, имунитет забрањује саслушање шефа стране државе у својству сведока с обзиром да је такво саслушање праћено мером принуде. Наиме, члан 109 француског Закона о кривичном поступку предвиђа да уколико се сведок не појави или одбија да изађе пред суд, истражни судија може применити меру принуде. Управо из тог разлога је француски Касациони суд одлуком од 10. октобра 2001. године, изразио мишљење да истражни судија не може да позове за сведока председника Француске, јер га штити имунитет који произлази из високе функције коју обавља. Не важи ли исто, пита се заступник Конга, за шефа стране државе?

Међу аргументима Конга наводи се и ненадокнадива штета коју трпи услед поступка који се води пред француским судом. Овај процес угрожава међународне односе Републике Конго путем лошег публицитета који стиче, али и мења традиционалне пријатељске односе између Француске и Конга.

Из свега до сада предоченог произлази да Конго, у свом захтеву за привремене мере, а потом и у току усменог саслушања, тврди да су два услова за привремене мере – хитност и ненадокнадива штета - испуњени, те тражи од Суда да их предузме.

После Конга, пружена је могућност француској страни да изнесе своје аргументе. У првом кругу усменог јавног саслушања, Француска је истакла да услови за изрицање привремених мера нису у конкретном случају испуњени. Свој став заступници Француске аргументовали су изношењем правила француског права која се односе на дати случај.

8. Наведено према www.icj-cij.org/docket/ Application and request for the indication of provisional measures.

Пре свега, надлежност француског судства увек зависи од постојања тачке везивања са Француском, чија је примена опет ограничена условима које поставља искључиво закон. У француском кривичном праву преовлађује територијални принцип, који има за циљ да санкционише кривична дела почињена на француској територији. Дело се сматра почињеним на територији Француске уколико се на њој остварио један од његових конститутивних елемената. Дакле, само изузетно, и у тачно одређеним границама, могуће је заснивање надлежности француског суда у случају да је дело почињено ван граница Француске.

Остављајући по страни остале изузетке, који нису од значаја за дати поступак, треба истаћи да француски закон пружа овлашћење француском судији, у појединим областима, за гоњење извршилаца дела која су почињена ван територије Француске, а да су при том извршиоци и лица над којима су дела извршена странци. Оваква надлежност назива се универзалном надлежношћу. Она је, међутим, двостуко условљена. С једне стране, потребан је међународни уговор, ратификован од стране Француске, који предвиђа универзалну надлежност. Други услов је да се осумњичени нађу на територији Француске.⁹⁾ Међу конвенцијама које су набројане у члану 689 налази се и већ помињана Њујоршка конвенција од 10. децембра 1984. године. Управо у складу са овом конвенцијом, тврди Француска, заснована је тзв. универзална надлежност француских судова кад се ради о мучењу. Тиме је први услов испуњен. Што се другог услова тиче, један од оптужених, генерал Norbert Dabira, имао је боравиште на територији Француске, у општини Меаих, у тренутку започињања поступка, а то пружа довољан основ за надлежност француског суда.

На аргумент Конга везан за одлуку Суда од 14. фебруара 2002. године, Француска је одговорила тврдњом да се белгијски закон по питању заснивања универзалне надлежности у потпуности разликује од француског. Наиме, белгијски закон омогућава заснивање надлежности белгијског судства за дела извршена у иностранству, где су извршиоци странци и над странцима, и то у одсуству. За разлику од тога, француски закон као један од услова за установљење универзалне надлежности, предвиђа управо присутност осумњиченог на француској територији у тренутку покретања поступка.

Заступници Француске су потом своју аргументацију базирали на француском процесном праву, разрађујући поједина процедурална питања. Међу њима су и посебна правила која се односе на саслушање, када се у улози сведока нађу шеф стране државе или други званични представници страних држава. Тако члан 656. Закона о кривичном поступку¹⁰⁾ предвиђа да се писани исказ представника стране државе тражи посредовањем министра иностраних послова. У случају да се захтев

9. Тако члан 689-1 француског Закона о кривичном поступку.

10. Изворни текст члана 656. француског Закона о кривичном поступку гласи: „La deposition écrite d'un representant d'une puissance étrangère est demandée par l'entremise du ministre des affaires étrangères. Si la demande est agréée, cette deposition est recue par le premier président de la cour d'appel ou par le magistrat qu'il aura délégué“.

прихвати, исказ прима председник апелационог суда или судија кога он одреди. Следи да француско право не познаје обавезу давања изјаве од стране шефа стране државе. Одбијање сведочења у таквом случају нема за последицу било какву санкцију, која би, да се ради о обичном сведоку, свакако постојала.

Осим тога, француско право, сагласно међународном праву, познаје установу имунитета шефа стране државе. Овај институт није предвиђен неким писаним правилом, већ је потврђен у пракси француских судова, у складу са међународним обичајним правом. Изразити пример ове праксе, тврди Француска, је свакако пресуда Касационог суда од 13. марта 2001. године у случају Гадафи. У својој одлуци Суд је потврдио апсолутност принципа имунитета шефа стране државе, с обзиром да нема изузетака по основу природе дела.¹¹⁾ Ипак, изузеци могу произлазити, како се даље тврди, из правила међународних конвенција ратификованих од стране обеју држава.

Из наведеног се да закључити да иако је тужба три организације за људска права теретила четворо држављана Конга, а истрага била започета од стране јавног тужиоца против неименованих лица, услове за покретање истражног поступка испуњавао је само генерал Dabira. Председнику Nguesso био је упућен позив за саслушање дипломатским путем, али, како тврди Француска, овај позив није био обавезујући. Што се преостале двојице држављана Конга тиче, ни према господину Оба, ни према генералу Adoua нису предузимане радње кривичног гоњења од стране француских власти, те је, тврди Француска, ирелевантно позивање Републике Конго на сродну природу функција министра спољних и унутрашњих послова једне државе. Наиме, Конго је мишљења да господин Оба, као министар унутрашњих послова и лице одговорно за одржавање јавног реда, траба да ужива имунитет попут оног који има министар иностраних послова, додуше из различитих разлога.

Француска је своју тврдњу аргументовала објашњењем да министар иностраних послова једне државе ужива имунитет да би слободно предузимао радње за рачун државе коју представља. У опису његове функције је да представља државу у иностранству, на скуповима на међудржавном нивоу и у међународним преговорима, те је управо због тога неопходан његов чест боравак у иностранству. Ништа од наведеног се, међутим, не може применити на министра унутрашњих послова једне земље, чија је функција ограничена на унутрашњи поредак.

Основни аргумент Француске био је, ипак, неиспуњеност услова (ненадокнадива штета и хитност) за предузимање привремених мера. Како је то изложио њен заступник, „сврха поступка за изрицање привремених мера није доказивање правне неоснованости захтева Конга, што би требало да буде предмет главног спора, већ само утврђење да радње на које се жали држава захтевалац не угрожавају права која тек треба да буду призната од стране Суда“.¹²⁾

11. У пресуди од 13. марта 2001. Касациони суд даје следећи став: “En l'etat du droit international, le crime dénoncé, quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'Etat étrangers en exercice“.

Кад је у питању први услов – ненадокнадива штета, према пракси Сталног суда међународне правде штета је ненадокнадива уколико се не може надокнадити новчаним давањем или другом материјалном чинидбом. Међутим, из исте праксе произлази да Суд у сваком конкретном случају, слободно ценећи околности, доноси наредбу о привременим мерама само уколико је могућност ризика од наношења штете „озбиљна“.

Овде треба разликовати две ситуације. С једне стране, то је ризик од наношења штете самој држави Конго. По том питању, Француска тврди да поступцима који се одвијају пред њеним судовима ни на који начин нису угрожени процеси који се у истој ствари воде пред судовима Конга. Дакле, принцип *ne bis in idem* остао је, по мишљењу француске стране, неповређен. Друго је питање наношења штете појединцима. Генерал Dabira, једини оптужени који према француском праву испуњава услове да се против њега води поступак пред француским судом, није изложен опасности од изручења с обзиром да Конго не изручује своје држављане.¹³⁾ Случај министра унутрашњих послова, господина Оба, је нешто другачији. Према господину Оба није предузета ниједна истражна радња. Једино је његово име наведено у тужби коју су три организације за заштиту људских права проследили француском јавном тужиоцу. Према томе, а исто важи и за генерала Adoua, не постоји било каква веза између ових лица и француске територије, па самим тим ни основ за заснивање надлежности француског суда. Заступник Француске из наведеног извучи закључак да не постоји могућност наношења ненадокнадиве штете ни Републици Конго, ни неком од именованих држављана Конга, поготово узимајући у обзир да незадовољној страни увек стоји на располагању ревизија целог поступка.

Други услов за предузимање привремених мера јесте хитност. Француска се, аргументујући свој став о неиспуњености овог услова, позива на богату праксу Суда и цитира наредбу коју је Суд донео у случају Авена: „привремене мере из члана 41 Статута се издају на период док се чека доношење мериторне одлуке и оправдане су само ако постоји хитност, тј. ако је извесно да ће се предузети радња која угрожава права једне од страна пре него што коначна одлука буде донета“. Ипак, у случају Авена поступак због кога су захтеване привремене мере доспео је у завршну фазу. Како је поступак пред француским судом у својој почетној фази – фази претходног поступка, и како се води искључиво против једног оптуженог - генерала Дабире, Француска сматра да услов хитности није испуњен, те да нема места изрицању привремених мера.

Други круг усмених саслушања, на коме је учесницима у поступку била пружена могућност да дају своје одговоре на тврдње противне стране, одржан је 29.априла 2003. године.

12. [www.icj-cij.org / docket / Oral Hearings](http://www.icj-cij.org/docket/Oral%20Hearings)

13. Тако према члану 59. Конвенције о сарадњи у области судства закљученој 1. јануара 1974. године у Бразавилу између Француске и Конга.

Конго је, пре свега, замерио Француској да није изнела потпуно чињенично стање, те да је изоставила управо чињенице које указују на повреду међународног права. Што се тиче недостатака анализе правних питања, Конго се осврће на два. Први се односи на претходну истрагу. У вези са тим Конго истиче да би уводни истражни поступак требало да се тиче само чињеница тј. да истражни судија спроводи истрагу *in rem*. То значи да само истражни судија има овлашћење да саслуша свако лице за које се покаже да постоје озбиљне индиције да је учествовало, било као извршилац или саучесник, у извршењу дела за које се води поступак.¹⁴⁾ Према томе, независно од тога да ли се поступак води против именованог или неодређеног лица, истражни судија не мора наредити саслушање оптуженог у својству *temoin assisté*, уколико то сматра непотребним, док с друге стране, може тражити саслушање било ког другог лица за које сматра да би његов исказ био релевантан за поступак у току.

Друга замерка односи се на правило процесног права о забрани саслушања као сведока лица за које постоје озбиљни докази да је учествовало у делу због кога суд заседа.¹⁵⁾ Према важећем француском праву, судија може такво лице да саслуша било у својству тзв. *temoin assisté*, било да спроведе обично саслушање. Међутим, уколико то лице одбије да буде саслушано као обичан сведок (*temoin simple*), судија то не може занемарити. Штавише, према члану 113-2 Закона о кривичном поступку, лице које је наведено у захтеву или именовано од стране лица над којим је почињено дело, има иста права као тзв. *temoin assisté*, што значи да приликом саслушања морају бити поштовани извесни принципи одбране. Према томе, закључује заступник Конга, овде постоји контрадикторност када се овај члан посматра у светлости члана 656. истог Закона који се тиче давања изјаве дипломатским путем. Питање које се поставља јесте како узети изјаву од представника стране државе ако он пристане да је да, а да су при том испуњени услови за примену посебних правила о саслушању у својству тзв. *temoin assisté*. Тада би, свакако, било повређено не само право на одбрану већ и дипломатски имунитет представника стране земље.

Што се тиче господина Ова и господина Adoua и тврдње Француске да, осим уколико се нађу на територији Француске, не постоји могућност да се против њих води поступак, Конго се позива на правило француског процесног права према коме истражни судија има овлашћење да оптужи лице за које оцени да постоји довољно основа за оптужбу. У великом броју случајева истражни судија је издао налог за хапшење лица које је одсутно, те га ништа не спречава да на исти начин поступи према горе поменутима.

У погледу изјаве заступника Француске да у крајњем случају држављанима Конга стоје на располагању правни лекови, те да у складу са тим ненадокнадива штета не би могла бити причињена, Конго износи правило француског права да лице које није испитано током поступка нема право да се умеша у поступак, што

14. Члан 80. став 1. Закона о кривичном поступку Француске.

15. Регулисано чланом 105. Закона о кривичном поступку Француске.

значи да нема право да захтева истражне радње, изјављује правни лек, нити да га представља адвокат.

У другом кругу усмених саслушања, француска страна је свој одговор на излагање представника Конга систематизовала и изложила у пет тачака.

Прво, заступник Француске је подсетио Суд на околности које се тичу министра иностраних послова Конга, господина Pierre Oba. Наиме, заступник истиче да никако не стоји аргумент Конга по коме се поистовећује положај министра иностраних и унутрашњих послова једне земље, базиран на тзв. потреби за честим боравком у иностранству због природе функције коју врши. Конго из наведеног извлачи закључак да, уколико би се ускратило право боравка у иностранству министру унутрашњих послова, то би уједно значило и угрожавање суверености његове државе. Стога Француска подвлачи да против министра унутрашњих послова Конга није предузета било каква истражна радња пред француским судовима. Овај аргумент Конга је, поврх тога, у супротности са наредбом самог Међународног суда правде у већ помињаном случају Yerodia где је Суд одбио захтев за привремене мере. Суд је том приликом закључио да господин Yerodia, самим тим што је са функције министра спољних послова прешао на позицију министра просвете, није више природом свог положаја изложен честим боравцима у иностранству, те ускраћивањем овог права не би била причињена нанадокнадива штета његовој држави. Применом аналогije, примећује представник Француске, исто важи и за господина Oba, као министра унутрашњих послова, чија је функција по својој природи такође интерна.

Друго, Француска коментарише приговор Конга да су одредбе француског процесног права у супротности са имунитетом који уживају поједина лица, што даље конкретизује наводећи као пример одредбе француског Закона о кривичном поступку које уређују истражни поступак у погледу овлашћења истражног судије да захтева сведочење од било ког лица за које оцени да може пружити информације од значаја за поступак. Наиме, према интерпретацији овог правила коју је дао Конго, истражни судија би слободно могао да предузме истражне радње према председнику Конга, господину Sassou Nguesso, министру унутрашњих послова или било ком другом држављанину Конга. Француско тумачење исте норме је нешто другачије. Тврди се да истражни судија може предузимати истражне радње и вршити своју функцију само у границама надлежности француског судства и поштујући имунитете које међународно право признаје појединим страним држављанима.

Трећа примедба француске стране односи се на већ више пута помињани члан 656. француског Закона о кривичном поступку. Овај члан уређује исказ шефа стране државе дат у својству сведока. Конго је, тврди Француска, током усмених саслушања пред Судом, изнео став да се наведени члан примењује само на исказе дипломата. Ипак, она цитира сам текст члана 656., у коме је законодавац употребио израз „представник стране силе“, који, наводи се, има шире значење од појма дипломате. Такође, према овом члану, представник стране државе се на давање

исказа позива дипломатским путем, те не стоји тврдња Конга да је, у погледу председника Sassou Nguesso, истражни судија упутио захтев извршним органима да испитају шефа државе Конго. Позив је заиста упућен, преко министра иностраних послова, који до дана усменог саслушања пред Судом, није ни био прослеђен, али чије прихватање, у складу са чланом 656. зависи од слободне воље самог адресата.

Четврто питање тиче се принципа *ne bis in idem*. Представник Француске је мишљења да чињеница да се пред судом Конга води поступак није од значаја за поступак за предузимање привремених мера, пре свега из разлога непостојања везе између поступака о којима је реч, а затим и стога што је то питање суштинске природе о коме ваља расправљати у главном спору а не у инцидентном поступку за привремене мере. Генерална скупштина Уједињених нација усвојила је 1966. године Међународни пакт о грађанским и политичким правима, као један у низу инструмената за заштиту основних људских права. У Пакту стоји: “Нико не може бити гоњен нити кажњен за дело за које је већ ослобођен или осуђен коначном одлуком сагласно закону и кривичном поступку сваке земље”.¹⁶⁾ Овај принцип је на сличан начин предвиђен у члану 692. француског Закона о кривичном поступку, те из тога Француска извлачи закључак да ништа не стоји на путу истовременом одвијању поступака пред судовима Француске и Конга, с обзиром да ни у једном од њих поступак није достигао завршну фазу, односно да не постоји коначна одлука, било ослобађајућа, било осуђујућа.

Коначно, пета тачка тиче се става Конга да нема поверења у, како су његови представници то формулисали, обећања француске стране. Заступник Француске овде прецизира да током саслушања, његове колеге и он нису имали намеру да дају обећања, што у осталом, и није сврха њиховог појављивања пред Судом. Њихова је обавеза била да изложе француско право и тиме покажу да је оно усклађено са принципима међународног права о поштовању дипломатских имунитета.

Став суда

У поступку за издавање привремених мера Међународни суд правде доноси одлуку у форми наредбе. Наредба је, у конкретном случају донета 17. јуна 2003. године. Четрнаест чланова већа заузело је став да околности изнете пред Суд не оправдавају изрицање привремених мера, док је један члан већа био супротног мишљења. Негативан глас дао је судија de Cara, који је у поступку имао статус судије *ad hoc*. Њега је поставио Конго, користећи право из члана 31, став 2 Статута, с обзиром да у саставу већа није било судије држављанина Конга. Судија de Cara је исцрпно образложење свог противљења диспозитиву наредбе дао у тзв. одвојеном мишљењу. С друге стране, судије Kogoma и Vereshchetin дали су наредби свој глас, али су, због неслагања са њеним образложењем, изнели тзв. индивидуално мишљење, којим су овакав став и аргументовали.

16. Текст члана 14. став 7. Међународног пакта о грађанским и политичким правима.

Суд се у наредби позива на чланове 41 и 48 Статута Међународног суда правде, као и на члан 38 став 5 и чланове 73 и 74 Судског правилника, а затим и на чињенично стање које је током и изван усмених саслушања утврдио.

Наредба се осврће на два права која Конгу, у складу са његовим захтевом, могу бити досуђена окончањем поступка пред Међународним судом правде. Прво је право да се наложи држави, а то је у овом случају Француска, да се уздржи од вршења универзалне надлежности у кривичним стварима на начин противан међународном праву. Друго право се тиче поштовања имунитета које, у складу са међународним правом, ужива одређено лице, у овом случају – шеф државе.

Како је основна сврха изрицања привремених мера управо очување права која евентуално могу бити досуђена некој од страна у спору, а како су услови за предузимање ових мера ненадокнадива штета и хитност, Суд даље кроз наредбу анализира испуњеност ових услова узимајући у обзир све околности конкретног случаја. У складу са тим Суд сматра да ненадокнадива штета на коју се позива Конго у овом случају, не прети горе наведеним правима Конга. Суд ово образлаже тиме да Конго ни на који начин није показао у којим то практичним аспектима држава трпи штету због кривичних поступака пред француским судовима, било на унутрашњем плану, било на међународној сцени.

У наредби се истиче да прво битно питање јесте - да ли кривични поступци који се воде пред француским судовима представљају потенцијални ризик од ненадокнадиве штете по право Конга да Француска поштује имунитет председника Sasso Nguesso као шефа државе?

Поводом тога Суд се позива на исказе обеју страна којима се истиче значај члана 656. Закона о кривичном поступку Француске, као и на тврдњу француске стране да француско кривично право поштује имунитет шефа стране државе. Суд, затим, у наредби подсећа да се у поступку за привремене мере од њега не очекује да одлучи о усаглашености поступака који се воде пред француским судовима са правима на која се позива Конго, већ да је његов задатак да утврди да ли постоји могућност наношења ненадокнадиве штете даљим одвијањем ових поступака. Суд потом констатује да, што се тиче председника Nguesso, у тренутку доношења наредбе, нема ризика од наношења ненадокнадиве штете, те да самим тим није ни испуњен услов за предузимање привремених мера из разлога хитности. У наредби се наводи да исти аргументи важе у погледу министра унутрашњих послова, генерала Oba, за кога Конго тврди да такође ужива дипломатски имунитет по међународном праву. Ни у његовом случају, дакле, нема основа за изрицање привремених мера.

Друго питање којим се бави Суд јесте питање постојања истог ризика, али поводом тврдње Конга да увођење универзалне надлежности у кривичним стварима од стране једне државе представља повреду принципа међународног права. Питање је, дакле, да ли поступци који се одвијају пред судом у Меах носе са собом и претњу од ненадокнадиве штете правима на која полаже Конго, те да ли оправдавају предузимање привремених мера.

Суд, дајући одговор на ово питање, истиче да, када се ради о председнику Nguesso, захтев за писмену изјаву који је ставио истражни судија на основу члана 656. француског Закона о кривичном поступку, није био прослеђен. Што се тиче генерала Oba и генерала Adoua, према њима истражни судија није ни предузимао процесне радње. Наредбом се потом констатује да наведеним лицима и не прети опасност од процесних радњи ове или сличне природе, те да из тога произлази да нема ни хитне потребе за предузимањем привремених мера да би се очувала односна права Конга.

Нешто је другачија ситуација генерала Dabira. С обзиром да генерал има боравиште у Француској и да је био саслушан у својству тзв. *temoin assisté*, а поготово узимајући у обзир да се потом вратио у Конго и тиме избегао да се одазове позиву истражног судије, његова веза са француским правом почива на знатно чвршћим основама. Суд стога у наредби констатује да би изрицање привремене мере у његовом случају имало политички призивок јер би јој последица била омогућавање несметаних посета Француској без ризика од правних последица. Самим тим, закључује се, нема ни у погледу генерала Dabira претње наношења ненадокнадиве штете, те стога ни испуњености услова за привремену меру.

На крају наредбе Суд се позива на сопствено овлашћење да, независно од захтева заинтересованих страна, изрекне привремене мере ако је то, по његовом мишљењу, неопходно да би се спречило отежавање или продужење спора.¹⁷⁾ Како Суд у конкретном случају не сматра да су околности такве да је изрицање привремених мера оправдано, са четрнаест гласова за и само једним против, доноси одлуку о неиспуњености услова за предузимање привремених мера, чиме је уједно одбијен захтев Конга.

Индивидуално мишљење судија Koroma и Vereshchetin

Судије Koroma и Vereshchetin сложиле су се са ставом већине судија у већу да не треба дозволити привремене мере из захтева Конга, али су сматрале да образложење наредбе није дато на одговарајући начин. Двојица судија су мишљења да је Суд требало да размотри све релевантне аспекте конкретног случаја, укључујући и размере потенцијалних штетних последица повреде односних права у случају да се привремене мере не изрекну. Стога, наводи се у мишљењу, стављају се одређене резерве у погледу разлике коју је дао Суд у наредби између повреде права која би могла евентуално бити досуђена Конгу и штете која би била последица повреде тих права.¹⁸⁾

С обзиром да је основна сврха привремених мера управо очување права која би у главном спору могла бити додељена некој од страна, то би требало да буде и одлучујућа околност при оцени потребе за предузимањем ових мера. У индивиду-

17. Ово овлашћење предвиђено је чланом 41. Статута Међународног суда правде.

18. Односи се на параграф 29. Наредбе Суда од 17. јуна 2003. године.

алном мишљењу се ипак прецизира да то не значи да штета која би произашла из повреде ових права не може имати знатно озбиљније последице по правне и политичке интересе државе у питању. Управо из тог разлога би изрицање привремених мера било неопходно, не толико због наношења ненадокнадиве штете правима која су предмет спора у меритуму, већ више због озбиљних последица њихове повреде. Судије Koroma и Vereshchetin тврде да је управо ова идеја била у основи низа одлука у којима је Суд дозволио привремене мере да би спречио усложњавање и даље продужавање штете која је већ била нанета одређеним правима, чак иако непосредна претња ненадокнадивом штетом по та иста права није увек очигледна.

Одвојено мишљење судије De Cara

Судија de Cara који је у овом поступку имао улогу судије *ad hoc*, једини је члан судског већа који је дао свој глас за предузимање привремених мера. Своје неслагање са наредбом он је образложио у одвојеном мишљењу у коме је пре свега нагласио специфичности случаја изнетог пред Суд.

Судија de Cara истиче да се ради о случају у коме се као једна од страна јавља афричка држава. Ова чињеница је, по судији, од изузетног значаја, управо због посебних околности развојног пута афричких држава. Интересантно је приметити да је Конго овде супротстављен држави чија је дуго био колонија, а такође би требало узети у обзир и значај који у једној афричкој држави има шеф државе. Наиме, шеф државе је овде синоним за целу нацију, што је последица вишевековног племенског уређења на овом континенту.

Друго, судија de Cara је мишљења да важећи француски закон није у сагласности са неблагоприятним мерама које су предузели француски тужиоци и судије.

Треће, судија износи свој став да је у овом случају поступак за изрицање привремених мера више него обично повезан са поступком у главној ствари.

У одвојеном мишљењу се замера да је Суд заузео сувише формалан приступ, те да случај није сагледан у целини, што је уосталом предвиђено чланом 41. Статута и чланом 75. Правилника. Судија de Cara сматра да је суштинско питање овде да ли су захтевом француског тужиоца за судском истрагом од 23. јануара 2002. године повређени имунитет, углед председника Конга, као и надлежност у кривичним стварима, те да ли је, као последица ових повреда, причињена штета и самој држави Конго. Не ради се дакле о томе, као што се тврди у наредби, да ли француско право предвиђа имунитет шефа стране државе и да ли прихвата принцип универзалне надлежности у кривичним стварима. Ова питања су, констатује de Cara, потпуно ирелевантна.

По судији *ad hoc*, сам захтев тужиоца за покретање истражног поступка вређа имунитет шефа државе и неосновано се заснива надлежност француског суда, не узимајући при том у обзир да се пред судом Конга већ увелико води поступак по истим чињеницама. У складу с тим француска влада требало је да огласи ништа-

вим захтев тужиоца, а не да допусти да истражни судија и тужилац предузму друге радње противне међународном праву.

Своје мошљење судија даље образлаже тиме да је сасвим извесно да је штета већ причињена Конгу, али да постоји ризик од даљег наношења штете која би свакако постала ненадокнадива. Овај став аргумендује овлашћењем које француско право пружа истражном судији да предузме било које истражне радње које сматра неопходним, укључујући и званично саслушање осумњичених, па чак и стављање у притвор.

Потреба за хитним предузимањем привремених мера још је очигледнија када се узме у обзир да лице које је наведено у тужби, а према коме нису предузете истражне радње, нема право на жалбу. Следи да су, осим генерала Дабире, остала тројица држављана Конга ускраћена за право на жалбу, управо из наведеног разлога.

Судија de Cara је своје одвојено мишљење завршио речима да суспензија процесних радњи које су предузели француски судски органи, треба пре свега да се односи на захтев од 23. јануара 2002. године, како би се спречило погоршање постојеће ситуације и одржала равнотежа у правима заинтересованих страна.

Међу ауторима које de Cara цитира је и Sir Arthur Watts који каже: „Dignity, whether of States or their Heads, is an elusive notion, although it is still a convenient label. Some of the consequences formerly attributed to the need to respect the dignity of Heads of States now survive, if they survive at all, in the realms of protocol and State ceremonial. Some aspects of the respect due to the dignity of Heads of States still, however, survive as a matter of international law“.

*

* *

Међународно право предвиђа да шеф државе, као орган представљања државе у односима са иностранством, за време свог боравка у иностранству ужива низ привилегија и имунитета. Смисао ових посебних права јесте да се обезбеди несметано вршење функције шефа државе, што важи и за дипломатске мисије, као и независност од власти територијалне државе. Сама Бечка конвенција о дипломатским односима од 1961. године већ у преамбули истиче да је сврха ових „привилегија и имунитета не да се даје предност појединцима, већ да се обезбеди успешно извршење функција дипломатских мисија као представника држава“. Ту свакако спада не само имунитет од свих судских, управних и других принудних мера власти државе пријема, већ и имунитет од кривичног, грађанског и управног судства уопште.

Конго је у својој тужби навео да је Француска покретањем истражног поступка пред својим судовима повредила имунитет председника Nguesso, противно правилима међународног права, а затим и да је прекршила један од основних принципа међународног права – начело суверене једнакости земаља чланица УН. Треба

имати у виду да поступак за изрицање привремених мера спада у инцидентне поступке те да став Суда садржан у Наредби од 17. јуна 2003. године ничим не прејудира коначну одлуку Суда у спору између Конга и Француске. Председник судског већа, судија Shi, одредио је рокове у којима ће супротстављене стране доставити Суду свој поднесак, односно против-поднесак, чиме ће овај поступак пред Међународним судом правде добити свој редован ток.

У сваком случају, пракса Суда, када је у питању институција претходног поступка за предузимање привремених мера, постала је богатија за један значајан став на који ће се позивати представници заинтересованих страна у будућим поступцима.

Bojana Jakšić,
Postgraduate Student, Faculty of Law, Belgrade

Review of The Proceedings for The Indication of Provisional Measures at The International Court of Justice (Republic of the Congo v. France)

Summary

The text represents a review of the proceedings for the indication of provisional measures at The International Court of Justice (Republic of the Congo v. France), with a brief comment on several theoretical questions relating to incidental proceedings. In its Application, the Republic of Congo claimed that the French Republic had violated two basic rules of the international law, by instituting proceedings with the national courts against four citizens of the Republic of Congo. The two rules are the principle of the sovereign equality among all Members of the UN and the immunity of a foreign Head of State. The Application further contained the Request for the indication of provisional measures in order to prevent the irreparable prejudice to the Republic of the Congo, the measure being in this particular case the suspension of the proceedings that were conducted by the French courts. By presenting the factual background of both parties as well as their legal arguments, this paper provides the review of the basic ideas that were leading the representatives of the two states during the entire proceeding, and which finally determined the opinion of The Court.

Key words: *provisional measures, immunity of a foreign Head of State, universal jurisdiction, principle of sovereign equality of all Members of the United Nations, crimes against humanity, irreparable prejudice, urgency.*