# Глава V

## ДИПЛОМАТИЧЕСКАЯ ЗАЩИТА

### A. Введение

104. На своей сорок восьмой сессии в 1996 году Комиссия выделила тему "Дипломатическая защита" в качестве одной из трех тем, подходящих для кодификации и прогрессивного развития[235]. В том же году Генеральная Ассамблея в пункте 13 своей резолюции 51/160 от 16 декабря 1996 года предложила Комиссии продолжить изучение этой темы и определить ее объем и содержание в свете комментариев и замечаний, высказанных в ходе обсуждения в Шестом комитете, а также любых письменных комментариев, которые правительства пожелают представить. На своей сорок девятой сессии в 1997 году Комиссия во исполнение вышеназванной резолюции Ассамблеи учредила на своем 2477-м заседании рабочую группу по этой теме[236]. Рабочая группа представила на этой же сессии доклад, который был одобрен Комиссией[237]. Рабочая группа попыталась: *a*) выяснить, насколько это возможно, объем темы; и *b*) выделить вопросы, которые должны быть исследованы в рамках темы. Рабочая группа предложила план для рассмотрения темы, который, как рекомендовала Комиссия, должен был стать основой для представления предварительного доклада Специального докладчика[238].

105. Также на своей сорок девятой сессии Комиссия назначила г-на Мохамеда Беннуну Специальным докладчиком по данной теме[239].

106. В пункте 8 своей резолюции 52/156 Генеральная Ассамблея одобрила решения Комиссии о включении в свою повестку дня темы "Дипломатическая защита".

107. На своей пятидесятой сессии в 1998 году Комиссия рассмотрела предварительный доклад Специального докладчика[240]. На той же сессии Комиссия учредила Рабочую группу открытого состава для рассмотрения выводов, которые могли бы быть сделаны на основе обсуждения вопроса о подходе к этой теме[241].

108. На своей пятьдесят первой сессии в 1999 году Комиссия назначила г-на Кристофера Джона Роберта Дугарда Специальным докладчиком по данной теме[242] после того, как г-н Беннуна был избран судьей Международного трибунала по бывшей Югославии.

109. На своей пятьдесят второй сессии в 2000 году Комиссия рассмотрела первый доклад Специального докладчика[243]. Вследствие нехватки времени Комиссия перенесла рассмотрение главы III на следующую сессию. На той же сессии Комиссия учредила неофициальную консультативную группу открытого состава под руководством Специального докладчика по проектам статей 1, 3 и 6[244]. Впоследствии на своем 2635-м заседании 9 июня 2000 года Комиссия постановила передать проекты статей 1, 3, 5, 6, 7 и 8 Редакционному комитету вместе с докладом об итогах неофициальных консультаций.

110. На своей пятьдесят третьей сессии в 2001 году Комиссия рассмотрела оставшуюся часть первого доклада Специального докладчика, и ей был представлен его второй доклад[245]. Вследствие нехватки времени Комиссия смогла рассмотреть только те части второго доклада, которые охватывают проекты статей 10 и 11, и отложила рассмотрение остальной части доклада, посвященной проектам статей 12 и 13, на следующую сессию. На своем 2688-м заседании, состоявшемся 12 июля 2001 года, Комиссия постановила передать проект статьи 9 в Редакционный комитет, а на своем 2690-м заседании, состоявшемся 17 июля 2001 года – передать в Комитет проекты статей 10 и 11[246].

111. На своем 2688-м заседании Комиссия учредила неофициальную консультативную группу открытого состава под руководством Специального докладчика по статье 9[247].

### B. Рассмотрение темы на данной сессии

112. На сессии Комиссия рассмотрела оставшуюся часть второго доклада Специального докладчика[248], касающуюся проектов статей 12 и 13, а также его третий доклад (A/CN.4/523 и Add.1). Комиссия рассмотрела оставшиеся части второго доклада, а также первую часть третьего доклада, касающуюся состояния иссле-

---

[235] *Ежегодник.., 1996 год,* том II (часть вторая), документ A/51/10, пункт 248, стр. 124, и приложение II, добавление 1, стр. 177.

[236] *Ежегодник.., 1997 год,* том II (часть вторая), пункт 169, стр. 68.

[237] Там же, пункт 171, стр. 68.

[238] Там же, пункты 189-190, стр. 70-71.

[239] Там же, пункт 190, стр. 71.

[240] *Ежегодник.., 1998 год,* том II (часть первая), документ A/CN.4/484.

[241] Выводы Рабочей группы представлены там же, том II (часть вторая), пункт 108, стр. 56-57.

[242] *Ежегодник.., 1999 год,* том II (часть вторая), документ A/54/10, пункт 19, стр. 17.

[243] *Ежегодник.., 2000 год,* том II (часть первая), документ A/CN.4/506 и Add.1.

[244] Доклад об итогах неофициальных консультаций содержится в *Ежегоднике.., 2000 год,* том II (часть вторая), пункт 495, стр. 101.

[245] См. сноску 3, выше.

[246] См. *Ежегодник.., 2001 год,* том I.

[247] Там же.

[248] См. сноску 3, выше.

дования по вопросу о дипломатической защите и статей 14 и 15, на своих 2712-2719-м и 2729-м заседаниях, состоявшихся, соответственно, 30 апреля – 14 мая и 4 июня 2002 года. Затем Комитет рассмотрел вторую часть третьего доклада, касающуюся статьи 16, на своих 2725-м и 2727-2729-м заседаниях, состоявшихся, соответственно, 24 мая и 30 мая – 4 июня.

113. На своем 2740-м заседании, состоявшемся 2 августа 2002 года, Комиссия создала под председательством Специального докладчика неофициальную консультативную группу открытого состава по вопросу о дипломатической защите экипажей, а также дипломатической защите корпораций и акционеров.

114. На своем 2719-м заседании Комиссия постановила передать подпункты *a*, *b*, *d* (для рассмотрения совместно с подпунктом *a*) и *e* статьи 14 в Редакционный комитет. На своем 2729-м заседании Комиссия постановила также передать подпункт *c* проекта статьи 14 в Редакционный комитет для рассмотрения его совместно с подпунктом *a*.

115. Комиссия рассмотрела доклад Редакционного комитета по проектам статей 1-7 [8] на своих 2730-2732-м заседаниях, состоявшихся 5-7 июня 2002 года. Она приняла статьи 1-3 [5] на своем 2730-м заседании, статьи 4 [9], 5 [7] и 7 [8] – на своем 2731-м заседании и проект статьи 6 – на своем 2732-м заседании (см. раздел C, ниже).

116. На своих 2745-м и 2746-м заседаниях, состоявшихся 12 и 13 августа 2002 года, Комиссия утвердила комментарии к вышеперечисленным проектам статей.

### 1. Общие замечания по исследованию

#### a) *Вступительное слово Специального докладчика*

117. Представляя свой третий доклад, Специальный докладчик отметил, что дипломатическая защита является вопросом, по которому имеется множество материалов и источников в форме предпринятых попыток кодификации, конвенций, практики государств, судебных решений и положений доктрины. В международном праве нет другой отрасли, которая обладала бы столь обширными источниками. Вместе с тем практика нередко является непоследовательной и противоречивой. Свою задачу Специальный докладчик видит в том, чтобы предложить вниманию Комиссии все источники и варианты и дать ей возможность сделать осознанный выбор.

118. В отношении сферы охвата проектов статей Специальный докладчик вновь заявил о своем нежелании выходить за рамки традиционных тем, относящихся к сфере дипломатической защиты, а именно гражданства требований и исчерпания внутренних средств правовой защиты. Он отметил, однако, что в ходе дискуссии в предшествующем пятилетии высказывались предложения о включении в область дипломатической защиты ряда других вопросов, таких, как функциональная защита международными организациями своих должностных лиц, право государства флага водного или воздушного судна предъявлять требования от имени экипажа и, возможно, пассажиров водного или воздушного судна, независимо от гражданства соответствующих лиц, случаи, когда одно государство осуществляет дипломатическую защиту гражданина другого государства в результате делегирования ему такого права, и случаи, когда государство или международная организация управляет территорией или контролирует ее. Отмечая важность этих вопросов, он заявил, что Комиссии не следует рассматривать их в контексте разрабатываемого в настоящее время свода проектов статей, особенно если она намерена принять проекты статей во втором чтении к концу пятилетия. Кроме того, он выступил с предостережением о том, что обсуждение некоторых из этих вопросов, например случаев, когда государство или международная организация управляет территорией или контролирует ее, может выйти далеко за рамки традиционно очерчиваемой области дипломатической защиты.

119. Наряду с этим он отметил, что Комиссии сложно завершить исследование по теме дипломатической защиты без рассмотрения вопросов отказа в правосудии и оговорки Кальво[249], которые занимают видное место в судебных решениях в этой области.

120. Специальный докладчик подтвердил также свое намерение рассмотреть в своем следующем докладе вопрос о государственной принадлежности корпораций.

#### b) *Краткое изложение прений*

121. Специальный докладчик был удостоен похвальных оценок в отношении качества представленного им доклада и продемонстрированного широкого подхода к рассматриваемым вопросам. В то же время было выражено мнение о том, что подход Специального докладчика является слишком общим. Поэтому члены Комиссии высказались за рассмотрение дополнительных вопросов, перечисленных Специальным докладчиком в его третьем докладе.

122. Было выражено мнение о том, что вопрос о функциональной защите международными организациями своих должностных лиц следует вывести за рамки проектов статей, поскольку он представляет собой исключение из принципа гражданства, имеющего основополагающее значение для проблемы дипломатической защиты. В своем консультативном заключении по делу *Reparation for Injuries*[250] МС четко разъяснил, что предъявленное Организацией требование было основано не на гражданстве потерпевшего, а на его статусе как агента Организации. Аналогичным образом в своем решении по делу *Jurado*[251] Административный трибунал МОТ заявил, что привилегии и иммунитеты должностным лицам МОТ предоставляются исключительно в интересах Организации.

---

[249] См. *Ежегодник.., 1956 год,* том II, документ A/CN.4/96, стр. 203-204 англ. текста.

[250] *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Reports* 1949, p. 174.

[251] ILO, Administrative Tribunal, Judgement No. 70 of 11 September 1964.

123. И наоборот, было высказано предложение о том, что Комиссии следует рассмотреть вопрос о последствиях для государства гражданства наличия права осуществлять защиту у какой-либо международной организации. Вопрос о коллизии требований государства гражданства и Организации Объединенных Наций в отношении личного вреда, причиненного должностным лицам Организации Объединенных Наций, был поднят МС в его консультативном заключении по делу *Reparation for Injuries*. Было предложено тщательно изучить связь между функциональной и дипломатической защитой и, возможно, включить в проекты статей какое-либо упоминание о функциональной защите. Кроме того, было также предложено четко разъяснить, что, как было отмечено МС в его консультативном заключении, возможность коллизии между правом государства на дипломатическую защиту и правом организации на функциональную защиту не может иметь своим следствием предъявление двух требований или вынесение двух решений об удовлетворении. Таким образом, Комиссия могла бы рассмотреть необходимость ограничения требований и возмещений.

124. Было также отмечено, что вопрос о функциональной защите международными организациями своих должностных лиц представляет интерес для малых государств, ряд граждан которых служат в международных организациях, поскольку, если возможностью защиты будет обладать только государство гражданства, возникнет риск неодинакового обращения.

125. Ряд членов Комиссии выразили сомнение в том, может ли такая защита быть охарактеризована как дипломатическая защита. Если Комиссия согласилась исключить из охватываемой данной темой сферы защиты дипломатических и консульских работников, та же логика должна быть применена и к должностным лицам международных организаций. Аналогичным образом служащие вооруженных сил обычно находятся под защитой государства, в ведении которого находятся эти силы, однако защита как таковая не рассматривается как "дипломатическая защита".

126. Согласно другой точке зрения, различие между дипломатической и функциональной защитой не обязательно должно применяться в контексте дипломатической защиты, осуществляемой в интересах служащих вооруженных сил. Подобные случаи представляют собой применение юридических интересов государства, которому принадлежат данные войска. Хотя отношение гражданства является важным выражением правовой заинтересованности государства в защите граждан, национальных юридических лиц и органов, в праве признаются и другие основания для правовой заинтересованности, такие, как принадлежность к вооруженным силам.

127. В поддержку предложения о расширении сферы охвата проектов статей и включения в нее дипломатической защиты членов экипажа и пассажиров водных судов в качестве примера было названо дело *M/V "Saiga" (No. 2)*[252], в решении по которому Международный трибунал по морскому праву постановил, что государство флага судна имеет право предъявить требование в отношении вреда, причиненного членам экипажа, независимо от их индивидуального гражданства; таким образом, государство гражданства не обладает исключительным правом на осуществление дипломатической защиты. С другой стороны, в отношении дела *M/V "Saiga" (No. 2)* было рекомендовано проявлять известную осторожность, поскольку оно было внесено на рассмотрение Международного трибунала по морскому праву в соответствии со специальными положениями, содержащимися в статье 292 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, а не как обычное дело о дипломатической защите.

128. Было также отмечено, что одной из характерных особенностей эволюции международного права становится все более активно проявляемая забота о соблюдении прав человека. Поэтому была высказана мысль о том, что, если члены экипажа могут стать объектом защиты со стороны государства национальности водного или воздушного судна, это обстоятельство лишь обеспечит более высокую степень защиты, и поэтому его следует приветствовать.

129. По мнению других членов Комиссии, Специальный докладчик был прав, когда предлагал Комиссии исключить из сферы охвата проектов статей право государства национальности водного или воздушного судна предъявлять требование от имени экипажа или пассажиров. Было заявлено, что проблема заключается не в том, каким образом государству следует обеспечивать защиту своих граждан за границей, а, скорее, в том, как избежать возникновения конкурирующих требований, исходящих от различных государств. Если судно плавает под "удобным флагом", государство регистрации судна едва ли будет заинтересовано в осуществлении дипломатической защиты, если государства гражданства членов экипажа не сделают этого. Согласно этой точке зрения, подобные ситуации в любом случае охватываются морским правом.

130. Было также отмечено, что вопрос о защите экипажа судна регулируется как Конвенцией Организации Объединенных Наций по морскому праву, так и заключенными ранее международными соглашениями. Поэтому в данном случае требуется более внимательное изучение других международно-правовых актов.

131. Было также отмечено, что правовые принципы, регулирующие вопросы, касающиеся гражданства воздушного судна, уже фигурируют в международном праве, в частности во многих международно-правовых актах, таких, как Конвенция о правонарушениях и некоторых других действиях, совершенных на борту воздушного судна. Здесь определяющим фактором является особая связь между государством гражданства или государством регистрации и данным водным или воздушным судном. Она не затрагивает людей, и, несмотря на то, что в указанных международно-правовых актах в некоторых случаях государству предоставляется право осуществления прерогатив, которые, на первый взгляд, могут быть схожими с дипломатической защитой, это – защита другого рода. Таким образом, подобные вопро-

[252] См. сноску 5, выше.

сы вряд ли было бы уместно затрагивать при рассмотрении темы дипломатической защиты.

132. Возражения вызвало предложение Специального докладчика о том, что Комиссии не следует рассматривать случай, когда государство осуществляет дипломатическую защиту гражданина другого государства на основании делегирования ему такого права. Предмет несогласия – средства осуществления ответственности государств. Поэтому в принципе нет никаких причин для того, чтобы государство не могло осуществлять дипломатическую защиту в подобных обстоятельствах. Другие члены Комиссии подчеркнули, что, если дипломатическую защиту рассматривать как дискреционное право государства, в комментарии можно было бы отметить, что государство имеет право делегировать другим субъектам международного права осуществление дипломатической защиты своих граждан или других лиц, имеющих подлинные связи с ним в рамках установленных исключений из принципа гражданства. Однако при этом важно не смешивать нормы, касающиеся дипломатической защиты, с другими видами защиты индивидов или их интересов.

133. Было поддержано мнение Специального докладчика о том, что в проекте статей не следует принимать во внимание случаи, когда международная организация контролирует какую-либо территорию. Было отмечено, что в таком случае речь идет о весьма специфической форме защиты – форме, которая по меньшей мере столь же тесно связана с функциональной защитой, что и с дипломатической защитой; как и в случае статей об ответственности государств, Комиссии следует оставить без рассмотрения все вопросы, касающиеся международных организаций. Вместе с тем было поддержано предложение учесть в проектах статей ситуацию, при которой государство, управляющее не принадлежащей ему территорией или контролирующее ее, претендует на осуществление дипломатической защиты жителей этой территории.

134. По мнению некоторых членов Комиссии, в том случае когда международная организация управляет какой-либо территорией, эта международная организация выполняет все функции государства и, соответственно, должна осуществлять дипломатическую защиту лиц без гражданства или лиц, вопрос о гражданстве которых неясен. Кроме того, хотя связь гражданства и имела определенное важное значение в прошлом, когда государства были единственными субъектами на международной арене, эта связь постепенно утрачивает свое значение в мире, где международные организации играют все более заметную роль наряду с государствами. Поэтому было предложено отразить этот вопрос в проектах статей. И наоборот, было заявлено, что было бы рискованно делать предположение о том, что специальные и временные функции, которыми наделяется, например, Организация Объединенных Наций как субъект, управляющий территорией, аналогичны управлению территориями со стороны государств.

135. Согласно еще одной точке зрения в центре проблемы дипломатической защиты находится принцип гражданства, то есть связи между государством и его гражданами, находящимися за границей. Если государство заявляет о правовом интересе в осуществлении дипломатической защиты в случае международно-противоправного деяния, являющегося источником вреда, причиненного его гражданину, гражданство этого лица служит связью между правовым интересом и государством. Если предлагаемые дополнительные вопросы будут затронуты в проектах статей, пусть даже в виде исключительных случаев, было высказано мнение о том, что они неизбежно повлияют на характер норм о дипломатической защите, неоправданно расширив право государств на вмешательство.

136. Было также высказано предположение о том, что, если Комиссия примет решение не рассматривать эти дополнительные вопросы, о них по крайней мере следует упомянуть в комментарии.

137. Комиссия рассмотрела также ряд других предложений о возможном включении в сферу охвата проектов статей некоторых вопросов. Она рассмотрела вопрос о том, может ли быть необходимым включение в проекты статей упоминания о доктрине "чистых рук". Было выражено мнение о том, что, хотя эта доктрина и имеет отношение к обсуждению дипломатической защиты, ее не следует каким-либо специальным образом затрагивать в проектах статей. В качестве примера было упомянуто о том, каким образом был решен вопрос с этой доктриной в контексте работы Комиссии над темой ответственности государств, когда Комиссия постановила, что эта доктрина не представляет собой обстоятельство, исключающее противоправность[253]. Аналогичным образом было заявлено, что то обстоятельство, что у лица "нечистые руки", не делает неизбежным лишение его дипломатической защиты. В отношении правового статуса понятия "чистые руки" были высказаны и другие оговорки. Было отмечено, что оно употребляется мало, и то главным образом в качестве преюдициального довода, и Комиссии необходимо проявить осторожность, чтобы "случайно" не легитимировать его.

138. В то же время было заявлено, что имеются все законные основания поднимать этот вопрос в связи с дипломатической защитой. Вопрос о том, "чистые ли руки" у лица, в отношении которого осуществляется дипломатическая защита, нельзя игнорировать, и независимо от того, какие из этого впоследствии могут быть сделаны выводы, важно, чтобы этот вопрос был затронут. Было также выражено мнение о том, что Комиссии было бы лучше всего не принимать никакого решения в отношении нормы о "чистых руках".

139. Комиссия рассмотрела также вопрос о необходимости включения положения об отказе в правосудии[254]. В связи с этим выступавшие напомнили, что ранее Комиссия не планировала прямо упоминать об отказе в правосудии в проектах статей. Утверждалось также, что это понятие является частью материального права и

---

[253] См. *Ежегодник.., 1999 год,* том II (часть вторая), документ A/54/10, пункты 411-415, стр. 98-99.

[254] См. также раздел B.6, ниже.

темы обращения с иностранцами и напрямую не связано с вопросами дипломатической защиты. Бывали случаи, когда иностранцам, пытавшимся прибегнуть к судебной защите, отказывалось в правосудии, причем совершенно независимо от каких бы то ни было обстоятельств, связанных с использованием внутренних средств правовой защиты как таковых. Поэтому рассматривать эту тему было бы совершенно нелогично, и это было бы связано для Комиссии с колоссальными трудностями.

140. Вопреки этому было отмечено, что вопрос об отказе в правосудии касается существа, поскольку он затрагивает проблему равного обращения с иностранцами и гражданами в том, что касается доступа к судебной системе. Этот вопрос подробно рассматривается в частном международном праве и регулируется имеющимися, особенно на межамериканском уровне, конвенциями, в которых предусматривается право иностранцев на доступ к тем же средствам правовой защиты, что и у граждан, – право, подтвержденное и другими принятыми в последнее время договорами. В этих условиях вряд ли можно не придавать значения вопросу об отказе в правосудии, который может представлять собой одну из ситуаций, служащих основанием для осуществления дипломатической защиты.

141. Что касается других предложений, то было высказано мнение о необходимости подумать над рассмотрением последствий осуществления дипломатической защиты как части настоящего исследования.

142. Было также поддержано предложение Специального докладчика о рассмотрении вопроса о дипломатической защите корпораций.

143. Что касается употребления терминов, то было указано, что понятие "гражданство требований" может вводить в заблуждение и, будучи понятием обычного права, не имеет своих аналогов в некоторых других правовых системах. Отвечая на это замечание, Специальный докладчик признал, что это выражение действительно связано с общим правом, но подчеркнул, что оно было также использовано МС на французском языке в заключении по делу *Reparation for Injuries*.

### c) *Заключительные замечания Специального докладчика*

144. Специальный докладчик отметил, что члены Комиссии, как представляется, в целом поддерживают его желание ограничить сферу охвата проектов статей вопросами, касающимися гражданства требований и нормы об исчерпании внутренних средств правовой защиты, с тем чтобы можно было завершить рассмотрение этой темы в пределах отведенного Комиссии пятилетнего срока.

145. Что касается вопросов, выделенных в его третьем докладе и касающихся гражданства требований, но традиционно выходящих за рамки этой области, то Специальный докладчик отметил, что предложение о всестороннем исследовании проблемы функциональной защиты организациями своих должностных лиц поддержки не встретило. Однако многие выступавшие подчеркнули необходимость проведения различия между дипломатической защитой и функциональной защитой в комментарии с особым упоминанием ответа МС на второй вопрос, содержащийся в его консультативном заключении по делу *Reparation for Injuries*, о том, каким образом надлежит осуществление функциональной защиты со стороны Организации Объединенных Наций увязать с правом государства гражданства на защиту своих граждан. Специальный докладчик предложил разрешить его в контексте коллизии требований о защите в комментарии к статье 1, хотя при этом он по-прежнему не отвергает возможности включения соответствующего отдельного положения.

146. Специальный докладчик отметил, что относительно предложения расширить проекты статей таким образом, чтобы включить в них упоминание о праве государства гражданства водного или воздушного судна на предъявление требования от имени экипажа или пассажиров такого судна, мнения разделились. Он указал на то, что этот вопрос будет рассмотрен более детально.

147. Что же касается случая, когда одно государство делегирует свое право на осуществление дипломатической защиты другому государству, то он отметил, что такие случаи на практике возникают редко и весьма скудно описаны в литературе. Он также отметил, что этот вопрос частично разрешается в контексте статьи о непрерывности гражданства.

148. Специальный докладчик далее отметил наличие хотя и не столь широкой, но тем не менее определенной поддержки предложения о включении в сферу охвата исследования вопроса о дипломатической защите со стороны государства, которое управляет какой-либо территорией или контролирует или оккупирует ее. Кроме того несколько членов Комиссии предложили рассмотреть вопрос о защите со стороны международной организации лиц, проживающих на контролируемой ею территории, как, например, это имеет место с Организацией Объединенных Наций в Косово и имело место в Восточном Тиморе. Хотя эта идея и получила определенную поддержку, по его мнению, большинство членов Комиссии пришли к выводу, что этот вопрос лучше было бы рассмотреть в контексте ответственности международных организаций.

149. В том, что касается принципа "чистых рук", Специальный докладчик отметил, что этот вопрос может возникать в связи с поведением потерпевшего лица, государства-заявителя или государства-ответчика, вследствие чего трудно сформулировать норму, применимую ко всем случаям. Он также отметил, что этот вопрос будет рассмотрен в добавлении к его третьему докладу и в связи с вопросом о государственной принадлежности корпораций в контексте дела *Barcelona Traction*[255].

---

[255] См. сноску 6, выше.

### 2. Статьи 12 и 13[256]

#### а) *Вступительное слово Специального докладчика*

150. Специальный докладчик напомнил, что статьи 12 и 13 затрагивались им в его втором докладе, представленном на пятьдесят третьей сессии Комиссии в 2001 году, но не были рассмотрены тогда из-за нехватки времени. По его мнению, оба эти положения неразрывно связаны между собой, и поэтому он предложил рассматривать их вместе. Оба положения касаются вопроса о том, является ли норма об исчерпании внутренних средств защиты процессуальной или материальной; это – один из наиболее спорных вопросов в области исчерпания внутренних средств правовой защиты.

151. Было отмечено, что Комиссия уже принимала решение по этому вопросу в контексте рассмотрения темы об ответственности государств. Специальный докладчик напомнил, что соответствующее положение[257] было принято на двадцать девятой сессии Комиссии и подтверждено на ее сорок восьмой сессии в связи с проектами статей об ответственности государств, принятыми Комиссией в предварительном порядке в первом чтении[258]. Однако, по его мнению, эта норма по существу является скорее процессуальной, чем материальной, и поэтому данный вопрос следует обсудить вновь.

152. Существуют три точки зрения: норма является материальной, процессуальной и, по его выражению, "смешанной". Правоведы, отстаивавшие материальный характер нормы, включая Борчарда и Аго, утверждали, что международно-противоправное деяние государства-нарушителя не завершено, пока не исчерпаны внутренние средства правовой защиты. В этом случае норма об исчерпании внутренних средств является материальным условием, от которого зависит само существование международной ответственности.

153. Те, кто отстаивал процессуальный характер нормы, например Амерасингхе, утверждали, что норма об исчерпании внутренних средств является процессуальным условием, которое должно быть соблюдено, прежде чем может быть предъявлено международное требование.

154. Сторонники же тезиса о смешанном характере нормы, например Фосет[259], проводили различие между вредом, причиненным иностранцу по внутреннему законодательству, и вредом по международному праву. Если вред является следствием нарушения только внутреннего права, причем таким образом, что он не представляет собой нарушение международного права, например имеет форму нарушения договора о концессии, международная ответственность возникает только вследствие совершения государством-ответчиком деяния, представляющего собой отказ в правосудии (например в виде предвзятого отношения со стороны органов судебной власти, когда иностранец пытается добиться защиты своих прав во внутреннем суде). В этой ситуации норма об исчерпании внутренних средств, совершенно очевидно, является материальным условием, которое надлежит выполнить. С другой стороны, если причиненный иностранцу вред является нарушением международного права или международного права и внутреннего законодательства, международная ответственность наступает в момент причинения вреда, и норма об исчерпании внутренних средств правовой защиты является процессуальным условием для предъявления международного требования.

155. Специальный докладчик отметил также, что, хотя, по мнению некоторых, эти три подхода являются чисто академическими, часто важное практическое значение имеет вопрос о моменте наступления международной ответственности. Во-первых, что касается гражданства требований, то иностранец должен быть гражданином в момент совершения международно-противоправного деяния. Поэтому важно определить тот момент, когда было совершено международно-противоправное деяние. Во-вторых, может возникнуть проблема юрисдикции, как это произошло в деле *Phosphates in Morocco*[260], когда потребовалось решить вопрос о том, когда наступила международная ответственность, чтобы определить, обладает ли суд соответствующей юрисдикцией или нет. В-третьих, государство не может отказаться от нормы об исчерпании внутренних средств правовой защиты, если эта норма является материальной, поскольку никакое международно-противоправное деяние не может считаться совершенным в отсутствие исчерпания внутренних средств правовой защиты.

156. Специальный докладчик отметил трудности, обусловленное тем, что в источниках права отсутствуют ясные указания на то, какому из подходов надлежит

---

[256] Статьи 12 и 13, предложенные Специальным докладчиком в его втором докладе (см. сноску 3, выше), гласят:

"*Статья 12*

Требование исчерпания внутренних средств правовой защиты является процессуальным предварительным условием, которое должно быть соблюдено до того, как государство сможет предъявить международное требование по факту причинения его гражданину вреда в результате международно-противоправного деяния, совершенного против этого гражданина, если деяние, в связи с которым предъявляется требование, представляет собой нарушение как внутреннего законодательства, так и международного права.

*Статья 13*

Если иностранный гражданин возбуждает юридическое разбирательство в национальных судах какого-либо государства с целью получить возмещение в связи с нарушением внутреннего законодательства этого государства, не являющимся международно-противоправным деянием, то государство, в котором возбуждается такое разбирательство, может нести международную ответственность в случае отказа этому иностранному гражданину в правосудии. С учетом положений статьи 14 потерпевший иностранный гражданин должен исчерпать любые другие внутренние средства правовой защиты, которые могут находиться в его распоряжении, до предъявления от его имени международного требования."

[257] Статья 22; см. *Ежегодник… 1977 год*, том II (часть вторая), стр. 34.

[258] См. *Ежегодник… 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 74.

[259] См. J. E. S. Fawcett, “The exhaustion of local remedies: substance or procedure?”, *BYBIL, 1954*, pp. 452–458.

[260] *Judgment, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74*, p. 10.

следовать. Он кратко остановился на различных прежних попытках кодификации, которые он описал в своем докладе. Он заявил, что если на своей двадцать девятой сессии в 1977 году Комиссия в своей тогдашней статье 22 проектов статей об ответственности государств отдала предпочтение материальному характеру нормы[261], то в 2000 году докладчик Комитета по дипломатической защите лиц и имущества в своем докладе в Ассоциации международного права заняла позицию, согласно которой это норма носит чисто процессуальный характер[262].

157. Специальный докладчик отметил далее, что судебные решения также представляются расплывчатыми и допускают различное толкование в поддержку либо процессуального, либо материального характера нормы. Например, относительно дела *Phosphates in Morocco* Специальный докладчик Аго заявил, что ППМП не вынесла решения, которое было бы направлено против материального характера нормы. Однако согласно предлагаемому в настоящее время Специальным докладчиком толкованию ключевого отрывка решения, Палата поддержала довод французской стороны о том, что норма об исчерпании внутренних средств правовой защиты является не чем иным, как процессуальной нормой.

158. Специальный докладчик отметил также, что в этом отношении особой ценности не представляет и практика государств, поскольку она обычно принимает форму аргументов, предъявляемых в ходе судебного разбирательства в международных судебных инстанциях, и государства неизбежно оказываются вынужденными отстаивать позицию, которая в наибольшей степени отвечает их собственным интересам. Поэтому на основании аргументов, выдвигаемых государствами, невозможно сделать однозначный вывод.

159. Кроме того, было отмечено, что и среди теоретиков нет единства мнений по этому вопросу. Специальный докладчик признал, что на третий вариант, которому лично он отдает предпочтение, почти никто не обращает внимания. Например, международная ответственность государства, подвергшего пыткам иностранца, наступает в момент совершения этого деяния, но при этом может оказаться, что это государство нарушило также свое внутреннее законодательство. При наличии внутренних средств защиты прежде, чем может быть предъявлено международное требование, необходимо, чтобы они были исчерпаны; в этом случае норма об исчерпании внутренних средствах правовой защиты носит процессуальный характер. В проектах статей 12 и 13 предпринимается попытка отразить этот вывод, и мнение ученых-юристов в определенной степени свидетельствует о поддержке этой позиции.

160. Комиссии предстоит также принять решение об отходе от позиции, занятой ею в бывшей статье 22 проектов статей об ответственности государств. Вместе с тем, предлагая проект этой статьи, прежний Специальный докладчик по ответственности государств исходил из того, что в этом документе в его окончательном виде будет проведено различие между обязательствами поведения и результата, – различие, которое не было сохранено при втором чтении. Исходя из этого Специальный докладчик придерживается мнения о том, что Комиссии ничто не препятствует утвердить предлагаемую им точку зрения.

b) *Краткое изложение прений*

161. В поддержку материальной позиции было отмечено, что в тех случаях, когда внутренние средства правовой защиты должны были быть исчерпаны, но этого не произошло, дипломатическая защита не может быть осуществлена. Поэтому требования в отношении предполагаемого нарушения не могут быть предъявлены и контрмеры не могут быть приняты. Не ясно, какое практическое значение имеет предполагаемое нарушение, которое не вызвало последствий на международном уровне ни для заинтересованного государства, ни для заинтересованного лица и в отношении которого не существует средств правовой защиты. Ввиду того, что данное предварительное условие применяется ко всем процедурам, связанным с данным случаем, его следует рассматривать как носящее материальный характер.

162. Другие члены Комиссии высказались в поддержку "процессуальной" позиции. В отношении вынесения декларативного решения при отсутствии исчерпания внутренних средств правовой защиты было отмечено, что исчерпание внутренних средств не всегда представляется практически осуществимым, например по причине чрезмерно высокой стоимости процедуры. Декларативное решение в отсутствие исчерпания внутренних средств защиты может представлять собой потенциально существенное удовлетворение, ведущее к практическим изменениям. Однако подобная возможность будет исключена, если норма об исчерпании внутренних средств правовой защиты будет определена как материальная.

163. Было также отдано предпочтение поддерживаемой Фосетом "третьей точке зрения" в том виде, в каком она изложена Специальным докладчиком в его докладе. И наоборот, было выражено мнение, согласно которому упомянутые в исследовании Фосета различные возможности, касающиеся проведения различия между средствами защиты по внутригосударственному праву и средствами защиты по международному праву, могут послужить основой теоретического спора, который чрезмерно осложнит рассмотрение вопроса.

164. Преобладавшее в Комиссии мнение свелось к тому, что проекты статей 12 и 13 следует опустить, поскольку эти статьи не добавляют ничего нового к статье 11. Было признано, что, хотя из принятия той или иной теории могут проистекать определенные последствия и вопрос о материальной или процессуальной природе таких средств защиты в известной мере неизбежно возникает в особых обстоятельствах, таких, как, например, встретившиеся в деле *Phosphates in Morocco*, они не имеют основополагающего значения и не оправдывают

---

[261] См. сноску 257, выше.

[262] "The exhaustion of local remedies", interim report, International Law Association, *Report of the Sixty-ninth Conference* (London, 2000), p. 606, especially 629-630.

включение этих проектов статей. Аналогичным образом, было заявлено, что указанное различие отнюдь не является полезным или уместным в качестве глобального подхода к проблеме исчерпания внутренних средств правовой защиты. Не представляет оно особой ценности и с практической точки зрения. Более того, была выражена обеспокоенность по поводу того, что такое различие может в значительной степени осложнить работу Комиссии, поскольку потребует детального рассмотрения подлежащих исчерпанию средств правовой защиты. Было также заявлено, что статьи 12 и 13 дублируют принцип, закрепленный в статьях 10 и 11, или же просто содержат понятия, например, отказа в правосудии, которые в них всесторонне не раскрываются.

165. Кроме того, было отмечено, что при рассмотрении исключительно в контексте дипломатической защиты указанное различие, как представляется, теряет все свое значение. За точку отсчета берется то, что международно-противоправное деяние совершено; поэтому единственный подлежащий рассмотрению вопрос заключается в том, на каких условиях – и, быть может, в соответствии с какими процедурами – может быть востребовано возмещение в случае причинения вреда какому-либо лицу, ведь в случае отсутствия международно-противоправного деяния вопрос о дипломатической защите не возникает. Если подходить с этой точки зрения, то проблема ясна: дипломатическая защита – это процедура, в соответствии с которой может быть задействована международная ответственность государства; исчерпание внутренних средств правовой защиты служит предварительным условием осуществления этой процедуры; является ли эта норма материальной или процессуальной – существенной разницы нет.

166. Членам Комиссии напомнили, что это различие первоначально было проведено в контексте точного определения момента совершения противоправного деяния при рассмотрении темы ответственности государств. Вопрос состоит в том, возникают ли основания для того, чтобы говорить об ответственности государств, сразу после совершения международно-противоправного деяния, независимо от исчерпания внутренних средств правовой защиты. В связи с этим было предложено, чтобы в интересах единообразия Комиссия последовала подходу, избранному в статье 44 (Допустимость требований) проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, принятого Комиссией на ее пятьдесят третьей сессии[263]. Аналогичным образом, было отмечено, что формулировка статьи 12 проекта статей о дипломатической защите вызывает вопрос о том, каким образом может нарушение внутреннего законодательства само по себе составить международно-противоправное деяние. Это, как представляется, противоречит и духу, и букве статей об ответственности государств, и в частности статье 3.

167. Кроме того, некоторые ораторы поставили под сомнение утверждение о том, что отказы несовместимы с материально-правовой природой нормы об исчерпании внутренних средств правовой защиты. Государства могут снимать предварительные условия приемлемости требования как в отношении материального, так и в отношении процессуального вопроса. Нормы, касающиеся исчерпания внутренних средств правовой защиты, не являются императивными по своей природе, но образуют объект соглашения между государствами.

168. Далее было отмечено, что вопрос о природе нормы об исчерпании внутренних средств правовой защиты затрагивает трудные теоретические вопросы и имеет политические последствия, поскольку "процессуальная" теория воспринимается как принижающая значение нормы, являющейся, по мнению многих государств, основополагающей. С учетом наличия этих проблем и отсутствия общего согласия среди членов Комиссии было признано нецелесообразным поддерживать какую-либо из конкурирующих точек зрения.

169. Было также выражено мнение, согласно которому Комиссия могла бы вместо этого подумать о необходимости проведения эмпирического исследования нормы об исчерпании внутренних средств правовой защиты на основе политики, практики и истории. Например, было заявлено, что такие вопросы, как принцип допущения риска, существование добровольной связи между иностранцем и принимающим государством и опирающееся на здравый смысл применение нормы об исчерпании внутренних средств правовой защиты, могли бы иметь большее значение, чем вопросы процессуальности и материальности.

170. Было высказано еще одно предложение, а именно рассмотреть этот вопрос в комментариях к статьям 10, 11 и 14.

171. Другие члены Комиссии заявили, что статьи 12 и 13 представляются полезными, но не в их нынешней форме. Было выражено мнение о том, что норма об исчерпании внутренних средств правовой защиты, хотя и является процессуальной, но может иметь и материальные последствия. Поэтому было предложено предусмотреть изъятия, с тем чтобы учесть ситуации, когда применение этой нормы может оказаться несправедливым, например в случаях, когда имеет место смена гражданства или отказ от признания юрисдикции какого-либо международного суда. В этом случае необходимо было бы установить момент, с которого начинается течение срока действия права государства претендовать на дипломатическую защиту, и таким моментом, вероятно, мог бы стать момент причинения вреда гражданину этого государства. Если бы статьи 12 и 13 были сформулированы в соответствии с таким подходом, они не дублировали бы статью 10.

172. Было высказано предложение и о том, чтобы в Редакционный комитет была передана только статья 12, а статья 13 была исключена как выпадающая из сферы охвата проектов статей, поскольку в ней рассматривается ситуация, когда причиненный вред является следствием нарушения внутригосударственного права.

---

[263] *Ежегодник.., 2001 год,* том II (часть вторая), глава IV, пункт 76, стр. 26; статья 44, стр. 147.

c) *Заключительные замечания Специального докладчика*

173. Специальный докладчик подтвердил, что не испытывает особой склонности к тому, чтобы сохранить в проектах статей различие между "процессуальной" и "материальной" позициями. Он согласен с утверждением о том, что такое различие не является общей основой для исследования вопроса о дипломатической защите. Вместе с тем этот момент нельзя полностью игнорировать в исследовании по вопросу об исчерпании внутренних средств правовой защиты, поскольку ему было уделено достаточно много внимания в ходе рассмотрения в первом чтении проектов статей об ответственности государств, в особенности статьи 22, а также во всех работах, посвященных норме об исчерпании внутренних средств правовой защиты. Он также имеет практические последствия для определения момента, когда был причинен вред, то есть для решения вопроса, который возникает в связи с гражданством требований по причине того, что иностранец, которому причинен вред, должен являться гражданином данного государства на момент причинения вреда.

174. В ответ на выраженное мнение о том, что, возможно, было бы более целесообразно дать обоснование включения нормы об исчерпании внутренних средств правовой защиты, рассмотрев причины, по которым эта норма заключилась в международном праве, он отметил, что включил в свой второй доклад[264] вводный раздел, посвященный обоснованию необходимости включения нормы об исчерпании внутренних средств правовой защиты, но что этот материал не был особенно благосклонно встречен Комиссией. Он постарается восполнить это упущение в комментарии к статье 10.

175. Специальный докладчик отметил, что статьи 12 и 13 подверглись существенной критике и не встретили всеобщего одобрения. Они были восприняты как слишком умозрительные, неуместные, опирающиеся на дуалистический подход и чрезмерно подчиненные влиянию идеи проведения разграничения между процессуальностью и материальностью. Он признал, что ряд критических замечаний в отношении статьи 13 вполне обоснован. В качестве примера он назвал то обстоятельство, что речь о дипломатической защите может идти только тогда, когда имеет место нарушение нормы международного права, в то время как в статье 13 упоминаются главным образом ситуации, когда международно-противоправное деяние еще не совершено. Он также отметил, что некоторые члены Комиссии указали на то, что в статье 13 регулируется преимущественно вопрос о том, когда было совершено международно-противоправное деяние; в силу этого она, несомненно, не имеет отношения к норме об исчерпании внутренних средств правовой защиты.

176. Поэтому он предложил не передавать статьи 12 и 13 в Редакционный комитет – решение, которое помогло бы обойти вопрос о том, является ли норма об исчерпании внутренних средств правовой защиты по своему характеру процессуальной или материальной, и позволило бы членам Комиссии остаться при своем мнении по данному вопросу.

3. Статья 14

a) *Бесполезность (подпункт* a *статьи 14)*[265]

i) Вступительное слово Специального докладчика

177. Внося на рассмотрение статью 14, Специальный докладчик отметил, что он предлагает всеобъемлющее положение, в котором рассматриваются исключения из правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты. Оно соответствует представленному как Комиссией, так и Шестым комитетом предложению о том, что речь должна идти о необходимости исчерпания лишь "всех доступных, достаточных и эффективных внутренних средств правовой защиты". Он мог бы поддержать предложение включить в общее положение об исчерпании внутренних средств правовой защиты требование о том, чтобы внутренние средства правовой защиты являлись как доступными, так и эффективными, при условии существования отдельного положения, касающегося неэффективности или бесполезности внутренних средств правовой защиты. Как указывалось в предложенной им статье 15, главная причина такого подхода заключается в том, что бремя доказывания возлагается как на государство-ответчик, так и на государство-заявитель, поскольку первое должно продемонстрировать наличие внутренних средств правовой защиты, а второе – доказать, что внутренние средства правовой защиты являются бесполезными или неэффективными.

178. Он предлагает исключить термин "неэффективный" по причине его неточности. Вместо этого он предлагает три критерия, основанные на судебных решениях и литературе, для определения того, что является "неэффективным" внутренним средством правовой защиты. Внутренние средства правовой защиты неэффективны, когда они "явно бесполезны", не дают "никакой разумной надежды на успех" или не обеспечивают "никакой разумной возможности добиться эффективного восстановления нарушенных прав".

179. Было отмечено, что первый критерий, касающийся явной бесполезности, в соответствии с которым бесполезность внутренних средств правовой защиты должна быть бесспорно очевидной, был сочтен слишком строгим как в литературе, так и МС в связи с делом *ELSI*[266].

---

[264] См. сноску 3, выше.

[265] Подпункт *a* статьи 14, предложенный Специальным докладчиком в его третьем докладе, гласит:

"*Статья 14*

Исчерпания внутренних средств правовой защиты не требуется, когда:

*a*) внутренние средства правовой защиты:

явно бесполезны (вариант 1)

не дают никакой разумной надежды на успех (вариант 2)

не обеспечивают никакой разумной возможности добиться эффективного восстановления нарушенных прав (вариант 3);"

[266] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) Judgment*, *ICJ Reports 1989*, p. 15.

Что касается второго критерия, согласно которому заявитель должен доказать лишь то, что внутренние средства правовой защиты "не дают никакой разумной надежды на успех", то он был сочтен слишком мягким. Третий критерий, представляющий собой сочетание первых двух, в соответствии с которым неэффективными являются те внутренние средства правовой защиты, которые не обеспечивают никакой разумной возможности добиться эффективного восстановления нарушенных прав, является, по мнению Специального докладчика, наиболее адекватным.

180. Разъясняя свою позицию, Специальный докладчик приводит примеры случаев, когда внутренние средства правовой защиты были сочтены неэффективными или бесполезными: местный суд не обладал юрисдикцией в отношении рассматривавшегося спора (например, в связи с делом *Panevezys-Saldutiskis Railway*[267]); местные суды были вынуждены применять положения соответствующего внутреннего закона, например указа о конфискации имущества; местные суды не являлись достаточно независимыми (например, в связи с рассмотрением претензии *Robert E. Brown*[268]); существование последовательной и прочно закрепившейся судебной практики, являющейся неблагоприятной для иностранцев; государство-ответчик не имело адекватной системы судебной защиты.

ii) Краткое изложение прений

181. Была выражена общая поддержка предложения о передаче подпункта *a* Редакционному комитету. В частности, был поддержан вариант 3, согласно которому средство правовой защиты должно быть исчерпано в том случае, если имеется разумная возможность добиться эффективного восстановления нарушенных прав.

182. Было отмечено, что бесполезность внутренних средств правовой защиты является сложной проблемой, поскольку это предполагает принятие субъективного решения и связано с бременем доказывания; в связи с этим возникает вопрос о том, может ли государство гражданства представлять в тот или иной международный суд требование лишь на том основании, что внутренние средства правовой защиты являются по разным причинам бесполезными. Важно предотвращать появление крайних толкований в пользу либо государства-заявителя, либо принимающего государства. Было выражено мнение о том, что вариант 3 является предпочтительным в качестве основы для разработки подходящего положения, поскольку он в достаточной мере увязывает между собой первые два варианта и обеспечивает сбалансированный подход.

183. В то же время было отмечено, что критерий неэффективности должен являться объективным. Это имеет важное значение в тех случаях, когда применение внутренних средств правовой защиты необоснованно и неразумно затягивается или вряд ли может обеспечить эффективное удовлетворение требования, или когда местные суды полностью зависят от исполнительной власти.

184. Вместе с тем было выражено мнение о том, что, каким бы ни был окончательный вариант, предлагаемые термины оставляют весьма значительную свободу для субъективного толкования, будь то термина "бесполезный" или термина "разумный". Критерий разумности является расплывчатым и связан с проблемой бремени доказывания и, как следствие, с предложением Специального докладчика по статье 15. Было также отмечено, что статья 15 не содержит ограничений в отношении очевидной субъективности критерия, установленного в статье 14. Было также отмечено, что понятия "эффективное восстановление нарушенных прав" и "необоснованная задержка" являются относительными и что в отношении них невозможно закрепить никакие универсальные стандарты. Поэтому их необходимо оценивать с учетом конкретного контекста и обстоятельств и на основе других столь же важных принципов: равенство перед законом, недискриминация и транспарентность. Было также высказано мнение, согласно которому для принятия решения о том, исчерпало ли то или иное лицо внутренние средства защиты, недостаточно, чтобы дело было передано в компетентный внутренний суд; заявитель должен также представить соответствующие юридические аргументы.

185. Был высказан ряд предложений редакционного характера, в том числе: использовать выражение "средство правовой защиты" в единственном числе в первой фразе подпункта *a*, с тем чтобы избежать общих заявлений в отношении того, являются ли все средства правовой защиты доступными; исключить слово "разумной" как лишнее и напротив означающее, что без конкретных рекомендаций о разумном поведении люди вели бы себя неразумно; включить ссылку на все "адекватные и эффективные" внутренние средства правовой защиты; и тщательно проанализировать слова "разумной возможности", поскольку они предполагают субъективную оценку со стороны государства-заявителя. Было также отмечено, что подпункт *a* статьи 14, как представляется, дублирует подпункты *c*, *d*, *e* и *f*, оговаривающие конкретные ситуации, в которых может не существовать возможности эффективного восстановления нарушенных прав.

186. Была также выражена поддержка идеи объединения вариантов 2 и 3. Согласно другой точке зрения, правило исчерпания внутренних средств правовой защиты должно соблюдаться, за исключением случаев, когда внутренние средства правовой защиты являются явно бесполезными (вариант 1). Однако было отмечено, что критерий явной бесполезности был бы слишком жестким.

iii) Заключительные замечания Специального докладчика

187. Специальный докладчик напомнил о том, что на пятьдесят третьей сессии Комиссии в 2001 году, а затем позднее в том же году на заседании Шестого комитета

---

[267] *Panevezys-Saldutiskis Railway, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B,* No. 76, p. 4.

[268] *Robert E. Brown (United States)* v. *Great Britain*, award of 23 November 1923, UNRIAA, vol. VI (Sales No. 1955.V.3), p. 120.

было высказано мнение о том, что понятие "эффективности" следует использовать лишь в качестве исключения. Он надеется, что молчание Комиссии по данному вопросу свидетельствует о поддержке этого мнения.

188. Он отметил факт единодушной поддержки передачи подпункта *a* статьи 14 Редакционному комитету, а также то, что большинство членов высказались за вариант 3, хотя некоторые из них и поддержали идею объединения вариантов 2 и 3 и лишь незначительное их число поддержали вариант 1. Поэтому он предложил передать подпункт *a* статьи 14 Комитету, поручив ему рассмотреть варианты 2 и 3.

b) *Отказ и эстоппель (подпункт* b *статьи 14)*[269]

i) Вступительное слово Специального докладчика

189. Внося на рассмотрение подпункт *b*, касающийся отказа и эстоппеля, Специальный докладчик отметил, что, поскольку предполагается, что правило об исчерпании внутренних средств правовой защиты отвечает интересам государства-ответчика, оно может предпочесть отказаться от него. Отказ может быть прямо или косвенно выраженным или может вытекать из поведения государства-ответчика, и в этом случае можно сказать, что государство-ответчик утратило право требовать исчерпания внутренних средств правовой защиты. Он отметил также, что прямо выраженный отказ может быть включен в специальное арбитражное соглашение для урегулирования уже возникшего спора; он может также вытекать из общего договора, предусматривающего, что будущие споры будут урегулироваться в рамках арбитражной процедуры. Подобные отказы приемлемы и, как правило, считаются окончательными.

190. Подразумеваемые отказы создают более значительные трудности, о чем свидетельствует разбирательство по делу *ELSI*, в связи с которым МС заявил, что он "не может согласиться с тем, что один из важных принципов обычного международного права должен рассматриваться как исключенный по умолчанию в отсутствие любых заявлений, явно указывающих на намерение сделать это"[270]. Следовательно, должно быть ясное подтверждение такого намерения, и некоторые юристы высказали мнение о том, что существует презумпция, хотя и не неопровержимая, против формулирования подразумеваемого отказа. Однако, когда намерение отказаться от применения правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты носит ясный характер в тексте соглашения или в обстоятельствах конкретного дела, отказ должен подразумеваться.

191. Специальный докладчик отметил, что, как представляется, трудно установить какое-либо общее правило относительно того, когда именно такой отказ может быть подразумеваемым, однако он сослался на четыре примера, приведенные в его третьем докладе, в которых могли использоваться особые соображения: *a*) случай общего арбитражного соглашения, касающегося будущих споров, – умолчание в таком соглашении не означает отказа; *b*) вопрос о том, означает ли отказ подача заявления в соответствии с Факультативной клаузулой, – практика государств свидетельствует о том, что ответ на этот вопрос является отрицательным (в соответствии с решением по делу *Panevezys-Saldutiskis Railway*); *c*) случай специального арбитражного соглашения, заключенного после возникновения спора, в котором ничего не говорится о правиле исчерпания внутренних средств правовой защиты, – в этом случае умолчание можно толковать как отказ, поскольку специальное соглашение было заключено после возникновения спора; *d*) и ситуация, когда договор между иностранцем и принимающим государством содержит подразумеваемый отказ от использования правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты, а затем государство-ответчик отказалось от арбитражной процедуры – если при таких обстоятельствах государство гражданства предъявляет требование, то подразумеваемый отказ может также охватывать международные процедуры, хотя мнения авторитетных юристов по данному вопросу разделились. Таким образом, можно сделать вывод о том, что отказ не может подразумеваться с легкостью, но должен подразумеваться, когда существует ясное подтверждение соответствующего намерения со стороны государства-ответчика. Поэтому он предложил сохранить в подпункте *b* статьи 14 упоминание о подразумеваемом отказе.

192. Аналогичные соображения применимы в отношении эстоппеля. Если государство-ответчик ведет себя так, что можно сделать вывод о том, что оно отказалось от своего права требовать исчерпания внутренних средств правовой защиты, то оно может оказаться утратившим право требовать применения правила о внутренних средствах правовой защиты на более позднем этапе. Возможность возникновения эстоппеля была признана Камерой МС при рассмотрении дела *ELSI*, а также подтверждена судебной практикой по делам о правах человека.

193. Кроме того, Специальный докладчик отметил, что отказ от требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты создает определенные трудности для судебных органов и что на первый план выходят различия между процессуальными и материально-правовыми аспектами. Если норма об исчерпании внутренних средств правовой защиты носит процессуальный характер, то нет никаких причин, по которым от его применения нельзя отказаться. В таком случае речь идет лишь о некой процедуре, которой надлежит следовать, и государство-ответчик может, соответственно, пренебречь ею. Это никак не скажется на международной противоправности, и спор может быть урегулирован каким-либо международным судебным органом. Если же, напротив, требование об исчерпании внутренних средств правовой защиты носит материально-правовой харак-

---

[269] Подпункт *b* статьи 14, предложенный Специальным докладчиком в его третьем докладе, гласит:

"*Статья 14*

Исчерпания внутренних средств правовой защиты не требуется, когда:

…

*b*) государство-ответчик прямо или косвенно отказалось от требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты или лишено права предъявлять это требование;"

[270] *ELSI* (см. сноску 266, выше), пункт 50.

тер, то государство-ответчик не может от него отказаться, поскольку факт противоправности будет установлен лишь после отказа в правосудии при исчерпании внутренних средств правовой защиты или если будет установлено, что в государстве-ответчике нет никаких адекватных или эффективных средств правовой защиты. Следует признать, что некоторые сторонники материально-правового подхода выразили мнение о том, что эта точка зрения могла бы быть увязана с материально-правовым толкованием.

ii) Краткое изложение прений

194. Члены Комиссии поддержали предложение о передаче подпункта *b* статьи 14 Редакционному комитету в форме, предложенной Специальным докладчиком.

195. Было отмечено, что отказ играет различные роли в сфере дипломатической защиты. В подпункте *a* статьи 45 проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния[271] говорится об отказе со стороны потерпевшего государства, тогда как в предлагаемом подпункте *b* статьи 14 настоящего проекта речь идет об отказе со стороны государства-ответчика. На практике отказ государства-ответчика обычно касается обязательства об исчерпании внутренних средств правовой защиты, однако он может также касаться других аспектов приемлемости претензий, таких, как гражданство претензий. Поэтому было предложено сформулировать более общее положение, предусматривающее возможность отказа в сфере дипломатической защиты либо со стороны государства-заявителя, либо со стороны государства-ответчика, а также возможность согласия или эстоппеля. Кроме того, было отмечено, что если Комиссия все же сочтет необходимым разработать конкретное – а не общее – положение об отказе, то будет лучше отделить это положение от положений, касающихся эффективности внутренних средств правовой защиты или наличия реальной связи между потерпевшим лицом и государством-ответчиком, так как эти положения касаются сферы применения и содержания данного правила, тогда как вопрос об отказе в основном касается осуществления дипломатической защиты в том или ином конкретном случае.

196. Было также отмечено, что отказы не следует путать с соглашениями между государствами-заявителями и государствами-ответчиками о необязательности исчерпания внутренних средств правовой защиты, поскольку, хотя такие соглашения и выполняют ту же функцию, они представляют собой примеры lex specialis и поэтому не должны приниматься во внимание в процессе кодификации общего международного права.

197. Было выражено мнение о том, что формулировка подпункта *b* статьи 14 могла бы быть более полной, если бы в ней подробнее освещались вопросы подразумеваемого отказа и эстоппеля. В отношении подразумеваемых отказов была выражена обеспокоенность по поводу того, что даже в тех случаях, когда такие отказы являются недвусмысленными, они могут приводить к путанице. Было отмечено, что отказ является односторонним актом, который должен быть окончательным и который не должен рассматриваться как имевший место лишь при определенных условиях. Было отмечено, что примеры недвусмысленных случаев подразумеваемого отказа являются немногочисленными. Эта точка зрения подтверждается тем фактом, что в одном из немногих договоров об общем урегулировании споров, а именно в Европейской конвенции о мирном разрешении международных споров, содержится положение, прямо указывающее на необходимость исчерпания внутренних средств правовой защиты. Вместе с тем было высказано мнение о том, что данное положение указывает на то, что государство-ответчик должно ясно и недвусмысленно отказаться от требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты.

198. При этом было выражено мнение о том, что не следует полностью отказываться от возможности подразумеваемого отказа. Следует сделать упор на критерии намерения и ясности намерения с учетом всех соответствующих элементов.

199. Были выражены сомнения в отношении целесообразности включения ссылки на концепцию эстоппеля. Было отмечено, что это понятие относится к области общего права и рассматривается с некоторым подозрением специалистами в области гражданского права, а также что эстоппель охватывается более широкой концепцией подразумеваемого отказа. Было также отмечено, что примеры, приведенные Специальным докладчиком в отношении эстоппеля, все без исключения являются делами, в решениях или постановлениях по которым говорится о том, что, поскольку государство-ответчик обошло молчанием факт неисчерпания внутренних средств правовой защиты, оно не сможет ссылаться на это впоследствии. Следовательно, имеет место определенное совпадение между подпунктами *b* и *f* статьи 14.

200. Другие члены Комиссии, поддержав принцип, изложенный в подпункте *b*, высказали оговорки относительно его формулировки. Было предложено указать, что отказ должен быть ясным и недвусмысленным, даже если он является подразумеваемым. Серьезные сомнения были высказаны также относительно использования выражения "государство-ответчик", предполагающего, по всей видимости, процедуру рассмотрения спора между сторонами, которая не фигурирует в статьях, переданных Редакционному комитету, или в статьях 12 и 13. Было сочтено предпочтительным придерживаться терминов, используемых в статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния.

iii) Заключительные замечания Специального докладчика

201. Специальный докладчик отметил, что, хотя была выражена значительная поддержка идеи включения прямого отказа как исключения из правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты, многие члены высказали оговорки в связи с подразумеваемыми

[271] См. сноску 263, выше.

отказами и заявили о том, что отказ должен быть ясным и недвусмысленным. Однако даже эти члены Комиссии не возражали против того, чтобы Редакционный комитет рассмотрел данный вопрос. Поэтому он предложил направить подпункт *b* статьи 14 Комитету, рекомендовав ему проявить осторожность в отношении термина "подразумеваемый отказ" и рассмотреть возможность подхода к понятию "эстоппель" как к одной из форм подразумеваемого отказа.

c) *Добровольная связь и территориальная связь (подпункты* c *и* d *статьи 14)*[272]

i) Вступительное слово Специального докладчика

202. Внося на рассмотрение подпункты *c* и *d* статьи 14, Специальный докладчик предложил Комиссии рассмотреть данные положения вместе, поскольку они тесно взаимосвязаны. Он отметил, что, хотя эти нормы и находят поддержку, можно также утверждать, что эти два пункта могут охватываться существующим правилом об исключении внутренних средств правовой защиты. Он также напомнил о том, что, когда Комиссия на своей сорок восьмой сессии рассматривала данный вопрос в связи со статьей 22 проекта статей об ответственности государств в первом чтении[273], было решено, что необходимость включения таких положений отсутствует.

203. В своем докладе он поднял вопрос о том, нуждается ли Комиссия в одном или нескольких специальных положениях, в которых идет речь об отсутствии добровольной связи или территориальной связи. Обсуждение данного вопроса было в значительной мере основано на материалах дела *Aerial Incident of 27 July 1955*[274], в котором не было добровольной связи между потерпевшими сторонами и Болгарией. Во всех традиционных делах, касавшихся правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты, между потерпевшим лицом и государством-ответчиком существовала определенная связь, проявлявшаяся в форме физического присутствия, проживания, владения собственностью или договорных отношений с государством-ответчиком. Кроме того, за последние годы характер дипломатической защиты претерпел значительные изменения. Ранее о дипломатической защите речь шла в тех случаях, когда гражданин, уехавший за границу, должен был исчерпать внутренние средства правовой защиты, прежде чем предпринять какие-либо действия на международном уровне. В настоящее время, однако, стала актуальной проблема трансграничного экологического вреда, например такого, который был причинен в результате чернобыльской аварии.

204. Специальный докладчик отметил также, что те, кто поддерживал включение изъятия, связанного с наличием добровольной связи или территориальной связи, из правила о внутренних средствах правовой защиты, подчеркивали, что в обычных случаях иностранец сам идет на определенный риск в том смысле, что он добровольно подчиняет себя юрисдикции государства-ответчика и, соответственно, от него можно ожидать исчерпания внутренних средств правовой защиты. Однако никаких ясных и авторитетных аргументов в поддержку необходимости включения специальной нормы нет. В порядке иллюстрации того факта, что судебные решения по данному вопросу в большинстве своем являются спорными, Специальный докладчик привел ряд таких решений, включая решения по делам *Interhandel*[275], *Salem*[276], *Norwegian Loans*[277] и *Aerial Incident of 27 July 1955*. Аналогичным образом, дела, связанные с трансграничным вредом, чаще всего не подтверждают необходимость исчерпания внутренних средств правовой защиты. Например, в деле *Trail Smelter*[278] не делалось акцента на необходимости исчерпания внутренних средствах правовой защиты. Однако решение по нему можно также объяснить тем, что оно касалось нанесения прямого ущерба государством-ответчиком (Канадой) государству-заявителю (Соединенным Штатам) и что поэтому в такой ситуации не было необходимости исчерпания внутренних средств правовой защиты. По его мнению, сторонники требования о наличии добровольной связи/территориальной связи привели весомые аргументы в обоснование своей позиции.

205. Сторонники требования о наличии добровольной связи никогда не приравнивали такую связь к проживанию. Сведение требования к проживанию исключило бы применение правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты в случаях, связанных с экспроприацией находящегося в иностранном владении имущества и договорными сделками, когда потерпевший иностранец не проживает постоянно в государстве-ответчике. Когда государство несло ответственность за случайное уничтожение иностранных летательных аппаратов, во многих случаях оно не настаивало на предварительном исчерпании внутренних средств правовой защиты. То же самое касается трансграничного экологического вреда; в связи с этим можно сослаться на Соглашение об учреждении Международного арбитражного суда по рассмотрению претензий Соединенных

---

[272] Подпункты *c* и *d* статьи 14, предложенные Специальным докладчиком в его третьем докладе, гласят:

"*Статья 14*

Исчерпания внутренних средств правовой защиты не требуется, когда:

…

*c*) отсутствует какая-либо добровольная связь между потерпевшим лицом и государством-ответчиком;

*d*) международно-противоправное деяние, на котором основывается международное требование, не было совершено в пределах территориальной юрисдикции государства-ответчика;"

[273] См. сноску 258, выше.

[274] *ICJ Pleadings, Aerial Incident of 27 July 1955 (Israel* v. *Bulgaria; United States of America* v. *Bulgaria; United Kingdom* v. *Bulgaria).*

[275] *Interhandel, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1959*, p. 6.

[276] UNRIAA, vol. II (Sales No. 1949.V.1), p. 1161.

[277] *Certain Norwegian Loans Judgment, ICJ Reports 1957*, p. 9.

[278] UNRIAA, vol. III (Sales No. 1949.V.2), p. 1905.

Штатов, касающихся дамбы Гат[279], в котором Канада отказалась от такого требования, и на Конвенцию о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами; оба указанных документа не требуют исчерпания внутренних средств правовой защиты.

206. Специальный докладчик отметил, что прилагавшиеся ранее усилия по кодификации, как правило, были сосредоточены на ответственности государства за ущерб, нанесенный на территории государства частному лицу или имуществу иностранцев, а также на обычных ситуациях, когда иностранец выехал в другое государство для постоянного проживания и занятия бизнесом. В ходе первого чтения проектов статей об ответственности государств Комиссия воздержалась от включения изъятия, связанного с наличием добровольной связи, из правила о внутренних средствах правовой защиты, поскольку ни практика государств, ни судебные решения не затрагивают этот вопрос. Она сочла, что самый лучший выход состоит в том, чтобы рассматривать эту проблему на основе действующих норм и дать практике государств возможность развиваться.

207. По мнению Специального докладчика, имеются веские основания для серьезного рассмотрения вопроса о включении положений об изъятии в подпункты *c* и *d* статьи 14. Представляется непрактичным и несправедливым настаивать на том, что иностранец обязан исчерпать внутренние средства правовой защиты в четырех случаях: когда трансграничный экологический вред причинен загрязнением, радиоактивными осадками или искусственными космическими объектами; когда сбит летательный аппарат за пределами территории государства-ответчика или летательный аппарат, случайно вторгшийся в его воздушное пространство; когда гражданин государства A убит военнослужащим государства B, базирующимся на территории государства A; и когда агенты государства-ответчика совершили трансграничное похищение иностранца с территории его родного государства или третьего государства.

208. Комиссии необходимо рассмотреть вопрос о том, требуют ли подобные случаи какой-либо специальной нормы, выводящий их из сферы применения правила о внутренних средствах правовой защиты, или такие случаи покрываются действующими нормами. Во многих таких случаях государство-ответчик наносит прямой ущерб государству-заявителю. Это имеет место, например, в большинстве случаев трансграничного экологического вреда, случайного уничтожения летательного аппарата и трансграничного похищения гражданина. Поэтому он предлагает Комиссии решить, желает ли она следовать курсу, взятому ранее в контексте ответственности государств, и позволить этому вопросу получить развитие в практике государств или же она считает необходимым действовать de lege ferenda.

ii) Краткое изложение прений

209. Была поддержана точка зрения о том, что при отсутствии добровольной связи между индивидом и государством-ответчиком или в случаях, когда поведение государства-ответчика имело место за пределами его территории, вряд ли справедливо требовать от индивида исчерпания внутренних средств правовой защиты и что представляется оправданным предусмотреть такие изъятия из правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты в контексте прогрессивного развития права. Было также отмечено, что лежащий в основе этого подхода принцип отвечает здравому смыслу и представлениям о справедливости.

210. Тем не менее этот вопрос был рассмотрен с учетом предварительных соображений, высказанных Специальным докладчиком в его докладе. Отмечалось, что, несмотря на немногочисленность ясных авторитетных мнений специалистов в поддержку или против добровольной связи, Комиссия может сама принимать решения о целесообразности прогрессивного развития международного права, если она того пожелает. Поэтому было высказано предложение о том, что Комиссия могла бы более предметно рассмотреть принципиальные вопросы, лежащие в основе правила о внутренних средствах правовой защиты.

211. Вместе с тем было высказано предостережение в отношении того, что положения подпунктов *c* и *d* статьи 14 являются слишком далеко идущими, поскольку в них категорически утверждается, что как отсутствие добровольной связи, так и тот факт, что поведение государства-ответчика имело место на территории, не подпадающей под его юрисдикцию, являются сами по себе обстоятельствами, которые полностью исключают требование об исчерпании внутренних средств правовой защиты. Было внесено предложение о разработке единого положения, разрешающего отступать от требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты в любом из этих двух случаев, когда это оправдывают обстоятельства.

212. Согласно другой точке зрения рассматриваемый вопрос касается не столько исключения из правила, сколько самого обоснования данного правила.

213. Другие члены Комиссии отметили, что проблема, связанная с понятием добровольной связи, заключается в том, что слово "связь" используется здесь в физическом смысле – распространенный в XIX веке подход, основанный на физическом перемещении людей. Однако в эпоху глобализации экономики индивиды имеют возможность во все большей степени оказывать воздействие на экономические системы целых стран, находясь за их пределами. Поэтому правило о внутренних средствах правовой защиты как таковое может также рассматриваться как защищающее государство-ответчик, чьи интересы должны приниматься во внимание.

214. Было отмечено, что исчерпание внутренних средств правовой защиты не связано с принятием риска, а является способом урегулирования между правительствами вопросов прежде, чем они станут международ-

[279] Подписано в Оттаве 25 марта 1965 года. United Nations, *Treaty Series*, vol. 607, No. 8802, p. 142; текст воспроизводится в *ILM*, vol. 4, no. 3 (May 1965), p. 468.

ными проблемами. Поэтому выделение определенных аспектов данного правила, которые позволяют искаженно толковать его как означающее взятие индивидом на себя риска, было бы ошибочным. Хотя понятие "добровольной связи" должно приниматься во внимание как часть концепции разумности и других концепций, предусматривающих разграничение на основе, среди прочего, деятельности индивида и степени обременительности исчерпания внутренних средств правовой защиты, указанное понятие следует рассматривать именно в таком вспомогательном качестве, а не как основное соображение. Например, несмотря на то, что в определенных ситуациях добровольная связь в техническом смысле существует, по ряду других причин требовать исчерпания внутренних средств правовой защиты представляется неразумным.

215. Было также подчеркнуто, что не следует смешивать дипломатическую защиту с общими международными претензиями. Хотя рассматриваемая концепция и полезна для объяснения того, почему необходимо исчерпывать внутренние средства правовой защиты, было бы неверно делать вывод о том, что при отсутствии добровольной связи не следует ссылаться на дипломатическую защиту.

216. Были высказаны сомнения и в отношении убедительности примеров, приведенных в докладе Специального докладчика в поддержку требования о добровольной связи. Было отмечено, например, что в случаях, связанных с уничтожением иностранного летательного аппарата, о которых говорилось в пункте 79 доклада, государства, несущие ответственность, как правило, настаивали на том, что такие деяния являлись несчастными случаями, и на этом основании отказывались признать ответственность за противоправное деяние и предлагали осуществить выплаты ex gratia в виде компенсации пострадавшим. Было также выражено несогласие по поводу примера с Конвенцией о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами, поскольку она касается особого режима.

217. Хотя некоторые и поддержали мнение Специального докладчика, согласно которому неразумно требовать от потерпевшего иностранца исчерпания внутренних средств правовой защиты в таких сложных случаях, как причинение трансграничного экологического вреда, но ряд членов Комиссии заявили о том, что концепция трансграничного ущерба имеет свои особенности, которые не обязательно совпадают с особенностями концепции дипломатической защиты.

218. Относительно примера с чернобыльской аварией было указано на то, что истцам в Соединенном Королевстве, например, потребовалось бы исчерпать внутренние средства правовой защиты в судах Украины. Требование о том, чтобы группы лиц, не имеющие значительных финансовых средств, исчерпали при таких обстоятельствах внутренние средства правовой защиты, было сочтено чрезмерно обременительным.

219. Другие члены Комиссии выразили сомнения по поводу целесообразности рассмотрения в качестве относящихся к теме дипломатической защиты таких случаев, как дело *Trail Smelter*, чернобыльская авария и другие инциденты трансграничного вреда и экологического загрязнения. Такие дела обычно рассматриваются в качестве примеров прямого ущерба государству. Избрание другого подхода могло бы привести к неоправданному расширению сферы охвата дипломатической защиты. Кроме того, представляется неясным, является ли чернобыльская авария международно-противоправным деянием. Хотя в данном случае, возможно, речь идет о международной материальной ответственности (liability), этот случай нельзя однозначно квалифицировать в качестве случая, который влечет за собой общую международную ответственность. Также утверждалось, что было бы искусственным рассматривать меры, принятые в ответ Соединенным Королевством и другими странами, в качестве одной из форм осуществления дипломатической защиты.

220. Вместе с тем было отмечено, что в связи с Чернобыльским инцидентом возникают вопросы международной ответственности вследствие невыполнения обязанности по предотвращению. Также было указано на то, что новизна данного случая связана лишь с числом жертв; риск аварий на атомных станциях был учтен в ряде важных европейских многосторонних конвенций, которые прежде всего преследовали цель решить вопрос о гражданской ответственности в случае такой аварии.

221. Другие члены Комиссии напомнили о том, что Комиссия включила положение о равном доступе в свои проекты статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, принятые на ее пятьдесят третьей сессии (статья 15)[280]. Подобные положения, которые содержатся в большинстве природоохранных конвенций, поощряют пострадавших частных лиц, проживающих в других странах, использовать средства правовой защиты, существующие в стране – источнике загрязнения. Вместе с тем в положениях подпункта *c* статьи 14 пострадавшим лицам не рекомендуется поступать таким образом, за исключением случаев, когда их связь со страной происхождения является добровольной. Поэтому было рекомендовано, чтобы Комиссия, делая что-либо в области общего международного права, учитывала изменения в более конкретных областях, которые могут идти вразрез с тем, что она делает.

222. Комиссия рассмотрела различные варианты, касающиеся формулировки подпункта *c* статьи 14, включая вариант, в соответствии с которым требование о добровольной связи не будет квалифицироваться в качестве изъятия из правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты, а будет включено в виде отдельного положения, и вариант, согласно которому его следует рассматривать совместно с подпунктом *a* статьи 14 или статьями 10 и 11. Одни члены Комиссии сочли требование о добровольной связи в качестве sine qua non осуществления дипломатической защиты, а не в

[280] *Ежегодник.., 2001 год,* том II (часть вторая), глава V, пункт 97, стр. 177.

качестве изъятия, в то время как другие предпочли рассматривать его лишь в качестве фактора, который следует принимать во внимание.

223. Что касается подпункта *d* статьи 14, то некоторые члены Комиссии высказали мнение о том, что рассмотрение концепции "добровольной связи" совместно с концепцией "территориальной связи" ведет к путанице. Было высказано мнение о том, что подпункт *d* не несет самостоятельной смысловой нагрузки, поскольку он, по всей видимости, представляет собой лишь подконцепцию в рамках концепции, рассматриваемой в подпункте *c* статьи 14. Потому было внесено предложение об исключении подпункта *d*.

iii) Заключительные замечания Специального докладчика

224. Специальный докладчик отметил, что выводы, которые следует сделать по итогам прений, являются неясными. Было выражено общее согласие с тем, что, независимо от дальнейшей судьбы подпункта *c* статьи 14, подпункт *d* статьи 14 является одним из его компонентов и не заслуживает выделения в самостоятельное положение. Многие члены Комиссии выразили мнение о том, что, хотя подпункт *c* и содержит важный принцип, но он представляет собой не столько изъятие, сколько предварительное условие для осуществления дипломатической защиты. Другие члены Комиссии утверждали, что эти вопросы можно было бы рассмотреть в контексте понятия "разумности", фигурирующего в подпункте *a* статьи 14. Ряд членов Комиссии выразили мнение о том, что случаи трансграничного вреда влекут за собой материальную ответственность при отсутствии совершения противоправного деяния и должны быть исключены полностью. Согласно его собственной предварительной точке зрения необходимость во включении подпунктов *c* и *d* отсутствует, поскольку в большинстве случаев они будут охватываться положениями статьи 11 о прямом ущербе или подпункта *a* статьи 14 об эффективности.

225. По просьбе Комиссии Специальный докладчик впоследствии распространил неофициальный дискуссионный документ, излагающий его рекомендацию в отношении решения, которое следует принять по подпункту *c* статьи 14. Он убежден в том, что добровольная связь является определяющей основой нормы об исчерпании внутренних средств правовой защиты и что по этой причине она не подходит для кодификации. Он считает, что если все же Комиссия пожелает кодифицировать вопрос о добровольной связи, то она может сделать это разными способами, например изменив статью 10 следующим образом: "Государство не может выдвигать международное требование, связанное с нанесением ущерба одному из его граждан, будь то физическое или юридическое лицо, имеющее добровольную связь с государством, ответственным за нанесение ущерба, пока потерпевший гражданин не исчерпает все внутренние средства правовой защиты". Можно также сохранить понятие добровольной связи в качестве исключения, как это предлагается в проекте подпункта *c* статьи 14. Если некоторые члены Комиссии предпочитают не использовать выражение "добровольная связь", то подпункт *c* можно заменить следующим текстом: "*c*) Любое требование об исчерпании внутренних средств правовой защиты вызовет серьезные трудности для потерпевшего иностранца [/будет явно неразумной]". В соответствии с другим высказанным предложением пункт *c* статьи 14 следует просто исключить как нежелательный, особенно с учетом эволюции норм права, касающихся трансграничного вреда.

226. Специальный докладчик выступает за то, чтобы специально не оговаривать добровольную связь ни в одном из положений, а включить ее в комментарий к статье 10 в качестве традиционного основания правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты, в комментарий к статье 11 в рамках рассмотрения прямого ущерба государству, не требующего исчерпания внутренних средств правовой защиты, и в комментарий к подпункту *a* статьи 14 в связи с обсуждением вопроса о том, обеспечивают ли внутренние средства правовой защиты разумную возможность добиться эффективного восстановления нарушенных прав.

227. В отношении сложных случаев, которые рассмотрены в пункте 83 его третьего доклада и в которых неразумно требовать от потерпевшего иностранца исчерпания внутренних средств правовой защиты, он отметил, что в первом случае, а именно в случае трансграничного экологического вреда, причиненного загрязнением, радиоактивными осадками или искусственными космическими объектами, если ущерб обусловлен действием, которое не представляет собой международно-противоправного деяния, то речь должна идти не об ответственности государств, которая включает и дипломатическую защиту, а о материальной ответственности. Если ущерб является результатом международно-противоправного деяния, то речь идет о прямом ущербе. Поэтому он считает, что нет необходимости принимать специальное положение, в котором признается наличие добровольной связи в качестве одного из условий применения правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты. Во второй категории случаев, а именно при уничтожении летательного аппарата за пределами территории государства, несущего ответственность, или летательного аппарата, который случайно вторгся в его воздушное пространство, действительно наносится прямой ущерб и, как показывает практика государств, в большинстве ситуаций государство, несущее ответственность, не настаивает на необходимости исчерпания внутренних средств правовой защиты. Что касается третьей категории случаев, касающихся убийства гражданина государства A военнослужащим государства B, базирующимся на территории государства A, то в большинстве ситуаций международным договором будет предусмотрена возможность предъявления претензий государству B. Однако при отсутствии такого соглашения нет причин, по которым не следует настаивать на том, чтобы наследники пострадавшего требовали возмещения в судах государства B при условии существования разумной надежды на успех. Такая ситуация уже охвачена проектом подпункта *a* статьи 14, и никакой необходимости принимать специальное положение нет. Что касается трансграничного похищения иностранного гражданина с территории его родного государства или третьего государства

агентами государства, несущего ответственность, то возможны два варианта: либо очевидно имеет место нарушение территориальной целостности государства гражданства иностранца, которое может служить этому государству основанием для предъявления претензии непосредственно ответственному государству, либо потерпевшая сторона может иметь возможность возбудить иск о возмещении ущерба в судах ответственного государства, и нет никаких причин для того, чтобы это средство правовой защиты не было использовано. Если эта возможность отсутствует, то такая ситуация охватывается проектом подпункта *a*.

228. Специальный докладчик считает, что Комиссии не следует затруднять развитие международного права по этому вопросу, тем более что эволюция практики государств продолжается, особенно в сфере причинения ущерба окружающей среде. Он внес предложение о том, чтобы Комиссия ничего не говорила о добровольной связи в самих проектах статей, а просто упомянула о ней в комментариях по различным аспектам и рассмотрела данный вопрос в рамках темы о международной ответственности государств за вредные последствия действий, не запрещенных международным правом.

d) *Необоснованная задержка и отказ в доступе (подпункты* e *и* f *статьи 14)*[281]

i) Вступительное слово Специального докладчика

229. Специальный докладчик отметил, что положение подпункта *e* статьи 14 о необоснованной задержке подкрепляют различные кодификационные документы, договоры о правах человека и судебная практика, например решения, вынесенные по делу *El Oro Mining and Railway Co.*[282] и по делу *Interhandel*[283]. Тем не менее такое исключение из правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты труднее применить в случае сложных дел, особенно тех, которые затрагивают юридических лиц. Хотя его можно было бы объединить с изъятием, предусмотренным в подпункте *a*, оно заслуживает сохранения в виде отдельного положения в качестве предупреждения государству-ответчику о том, что оно не должно неоправданно задерживать доступ к своим судам.

230. Он также отметил, что подпункт *f* статьи 14, касающийся ограничения доступа, является актуальным в нынешних обстоятельствах: действительно, нередко государство-ответчик отказывает потерпевшему иностранцу в доступе к своим судам, заявляя, что его безопасность не может быть гарантирована, или не выдавая ему въездную визу.

ii) Краткое изложение прений

231. Было выражено удовлетворение по поводу подпункта *e* (необоснованная задержка) и подпункта *f* (отказ в доступе) статьи 14. Вместе с тем ряд членов Комиссии заявили, что оба рассматриваемые положения не представляют собой отдельных категорий, поскольку надлежащее прочтение подпункта *a* статьи 14, независимо от того, будет ли он сформулирован с учетом варианта 1 или варианта 3, охватывало бы оба изъятия. Поэтому было предложено изменить оба указанных положения с учетом поправки к подпункту *a* статьи 14. Было предложено также объединить подпункт *e* с подпунктом *a* или хотя бы перенести его поближе к этому положению.

232. Согласно другой точке зрения подпункт *a* статьи 14 не делает подпункт *e* лишним. Случаи, охватываемые подпунктами *a* и *e*, в определенном смысле следуют друг за другом по времени: имеющееся внутреннее средство правовой защиты, которое может сначала показаться обеспечивающим "разумную возможность" по смыслу подпункта *a*, может впоследствии оказаться не требующим дальнейшего использования по причине необоснованной задержки его применения. Было также выражено мнение о том, что в тексте следует вести речь не о "задержке в предоставлении внутреннего средства правовой защиты", а о задержке суда в принятии решения в отношении средства правовой защиты, которое было использовано.

233. Несмотря на достигнутое согласие в отношении того, что решение должно приниматься "без необоснованной задержки", было предложено уточнить в тексте, что именно является нарушением. Было также отмечено, что вопрос о том, что именно считается необоснованной задержкой, является конкретным вопросом, подлежащим решению в каждом конкретном случае. Было предложено изменить рассматриваемое положение следующим образом: "Необходимость в исчерпании внутренних средств правовой защиты отсутствует в тех случаях, когда законодательство государства, несущего ответственность за международно-противоправное деяние, не предоставляет потерпевшему лицу никакой объективной возможности получения возмещения в течение разумного периода времени". Далее можно было бы пояснить, что "Объективная возможность получения возмещения в течение разумного периода времени должна оцениваться добросовестно [с учетом обычной практики] или [в соответствии с общими принципами права]".

234. Высказывались также сомнения относительно обоснованности изъятия, предусмотренного в подпункте *e* статьи 14, поскольку необоснованная задержка может просто являться результатом перегруженности сис-

---

[281] Подпункты *e* и *f* статьи 14, предложенные Специальным докладчиком в его третьем докладе, гласят:

"*Статья 14*

Исчерпания внутренних средств правовой защиты не требуется, когда:

…

*e*) государство-ответчик несет ответственность за необоснованную задержку в предоставлении внутреннего средства правовой защиты;

*f*) государство-ответчик препятствует получению потерпевшим лицом доступа к его институтам, которые обеспечивают внутренние средства правовой защиты."

[282] *El Oro Mining and Railway Company (Limited)* (*Great Britain*) v. *United Mexican States*, British-Mexican Claims Commission, decision No. 55 of 18 June 1931, UNRIAA, vol. V (Sales No. 1952.V.3), p. 191.

[283] См. сноску 275, выше.

темы правосудия, как это часто бывает в странах, сталкивающихся с серьезной нехваткой ресурсов, в частности квалифицированных судей, для рассмотрения дел. Ряд членов Комиссии выразили несогласие и указали на то, что государство не должно получать преимущество от того, что национальная судебная система допустила необоснованную задержку в рассмотрении того или иного дела.

235. Что касается подпункта *f* статьи 14, то было отмечено, что в случае препятствования доступу к какому-либо средству правовой защиты будет делаться вывод, что средств правовой защиты просто не существует. Поэтому предложенная формулировка не соответствует намерениям автора. Предложение Специального докладчика, напротив, касается другой ситуации, когда иностранцу отказано во въезде на территорию государства, предположительно несущего ответственность, или когда существует риск для безопасности иностранца в случае въезда на его территорию. Эти элементы редко имеют решающее значение, когда речь идет о гражданских средствах правовой защиты. Обычно физическое присутствие истца на территории государства, в котором он хотел бы воспользоваться гражданскими средствами правовой защиты, не требуется. Было отмечено, что в большинстве правовых систем существует неограниченная возможность исчерпания внутренних средств правовой защиты через адвоката или представителя.

236. Было предложено ограничить изъятие теми случаями, в которых физическое присутствие истца представляется одним из условий для успешного использования средств правовой защиты. Была также отмечена целесообразность включения какого-либо упоминания, по крайней мере в комментариях, о проблеме, которая возникает в тех случаях, когда заинтересованное лицо или адвоката заставили путем запугивания не продолжать разбирательство. Был также задан вопрос о том, почему рассматриваемое положение ограничивается случаями, когда получению потерпевшим лицом доступа к внутренним средствам правовой защиты препятствует государство-ответчик. Препятствовать такому доступу могут и другие субъекты, не являющиеся государством.

237. Другие члены Комиссии выразили сомнения и высказали мнение о том, что данное положение может рассматриваться как охватываемое подпунктом *a* статьи 14. Если государство-ответчик действительно препятствует получению потерпевшим иностранцем доступа к судам, то можно считать, что на практике нет никакой разумной возможности добиться эффективного восстановления нарушенных прав. Поэтому было высказано предложение о том, чтобы рассматриваемое положение было включено в комментарий как часть более общего критерия эффективности, о которой идет речь в подпункте *a*.

iii) Заключительные замечания Специального докладчика

238. Специальный докладчик отметил, что по подпункту *e* статьи 14 о необоснованной задержке были высказаны противоположные мнения. Если одни члены Комиссии выступили против него, то другие выразили мнение о том, что его можно было бы рассмотреть в рамках подпункта *a*. Большинство членов высказались за то, чтобы этот вопрос был рассмотрен в отдельном положении. Поэтому он предложил передать данную формулировку Редакционному комитету с учетом предложения о том, что необходимо ясно указать, что задержка происходит по вине судов.

239. В отношении подпункта *f* статьи 14 Специальный докладчик указал на расхождение между системой общего права и системой гражданского права. В системе общего права потерпевшее частное лицо может быть обязано лично давать показания в суде, и если ему не разрешили посетить государство-ответчик, то никакой иск возбудить невозможно. Он отметил высказанную несколькими членами Комиссии поддержку идеи передачи подпункта *f* статьи 14 Редакционному комитету. Однако большинство членов Комиссии выразили мнение о том, что было бы целесообразнее рассмотреть данный вопрос в рамках подпункта *a* статьи 14. Поэтому он рекомендовал не направлять Комитету подпункт *f*.

### 4. Статья 15[284]

а) *Вступительное слово Специального докладчика*

240. Специальный докладчик отметил, что в контексте международного судебного разбирательства вопрос о бремени доказывания касается того, что должно быть доказано и какая сторона должна это доказывать. Тема эта представляется трудной для кодификации, во-первых, потому, что в международном праве отсутствуют подробно разработанные нормы вроде тех, которые можно найти в большинстве систем внутригосударственного права, и, во-вторых, потому, что обстоятельства дел неодинаковы в каждом конкретном случае и трудно установить общие нормы, которые применялись бы во всех случаях. Тем не менее, по его мнению, эта тема имеет важное значение для нормы об исчерпании внутренних средств правовой защиты и поэтому заслуживает включения в проект.

---

[284] Статья 15, предложенная Специальным докладчиком в его третьем докладе, гласит:

"*Статья 15*

1. Государство-заявитель и государство-ответчик разделяют бремя доказывания в вопросах, касающихся исчерпания внутренних средств правовой защиты в соответствии с принципом, гласящим, что сторона, выступающая с утверждением, должна его доказывать.

2. В отсутствие особых обстоятельств и без ущерба для последовательности, в которой требование должно доказываться:

*a*) на государстве-ответчике лежит бремя доказывания того, что международное требование является требованием, к которому применяется норма об исчерпании внутренних средств правовой защиты, и о том, что доступные внутренние средства правовой защиты не были исчерпаны;

*b*) на государстве-заявителе лежит бремя доказывания любого из исключений, упомянутых в статье 14, или доказывания того, что требование касается прямого вреда самому государству."

241. Кроме того, Специальный докладчик отметил, что по общему принципу бремя доказывания ложится на ту сторону, которая выступает с утверждением. Этот принцип закреплен в пункте 1 статьи 15. Однако, по его мнению, изложения общего принципа недостаточно, и поэтому он предложил включить в пункт 2 два дополнительных принципа. Эти принципы касаются бремени доказывания в отношении доступности и эффективности внутренних средств правовой защиты. Он напомнил, что в ходе предпринимавшихся ранее попыток кодификации нормы о внутренних средствах правовой защиты удалось избежать выработки конкретных положений по этим вопросам.

242. Было отмечено, что этот вопрос в определенной мере затрагивался договорными органами в области прав человека и что в их решениях находят подтверждение два предположения, а именно предположение о том, что государство-ответчик должно доказать, что имеются средства правовой защиты, которые не были исчерпаны государством-заявителем, и что, если такие средства имеются, государство-заявитель должно доказать, что они являются неэффективными или что в отношении нормы об исчерпании внутренних средств защиты применимы какие-либо другие изъятия. Однако Специальный докладчик признал, что в вынесении таких решений значительную роль сыграли международно-правовые документы, на основании которых были созданы договорные органы, и что нет ясности в вопросе о том, имели ли использованные этими органами принципы прямое отношение к общим принципам дипломатической защиты.

243. Что касается судебных и арбитражных решений, то Специальный докладчик отметил, что определенные моменты, говорящие в поддержку указанных им принципов, можно найти в деле *Panevezys-Saldutiskis Railway*[285], в арбитражном разбирательстве *Finnish Ships Arbitration*[286], в требовании по делу *Ambatielos*[287], в деле *ELSI*[288], в деле *Aerial Incident of 27 July 1955*[289] и в деле *Norwegian Loans*[290]. На основании анализа этих дел можно сделать два вывода: *a*) бремя доказывания лежало на государстве-ответчике в том смысле, что оно должно было доказать наличие внутренних средств правовой защиты, и, *b*) на государстве-заявителе лежало бремя доказывания того, что если средства защиты имелись, то они были неэффективными или же могли быть применены некоторые другие изъятия, например, в том смысле, что государству-заявителю был причинен прямой вред.

244. В то же время Специальный докладчик признал, что установить общие нормы трудно, поскольку результат связан с фактами каждого конкретного дела. Он напомнил дело *Norwegian Loans*, отличавшееся особым характером стечения обстоятельств, в контексте которого судья Лаутерпахт изложил четыре принципа, получившие широкую поддержку в литературе: государство-заявитель должно доказать отсутствие эффективных средств правовой защиты, к которым можно обратиться; не требуется никаких доказательств подобного рода, если существует законодательство, которое фактически лишает частных истцов средств правовой защиты; в этом случае именно государство-ответчик должно продемонстрировать, что, несмотря на кажущееся отсутствие средств правовой защиты, можно разумно предположить, что они существуют; бремя доказывания не должно быть неоправданно тяжелым.

245. Специальный докладчик подтвердил, что, по его мнению, выдвинутые Лаутерпахтом четыре принципа являются следствием наличия необычных обстоятельств в деле *Norwegian Loans*. Как таковые эти четыре принципа не ставят под сомнение его собственную гипотезу, согласно которой имеются, по сути дела, две нормы, касающиеся доступности и эффективности внутренних средств правовой защиты, как об этом говорится в подпунктах *a* и *b* пункта 2 статьи 15.

b) *Краткое изложение прений*

246. Хотя статья 15 и встретила определенную поддержку в Комиссии, было высказано решительное несогласие с включением статьи 15, посвященной бремени доказывания. Было выражено сомнение в том, что правила, касающиеся доказательств, следует включать в сферу охвата данной темы. Кроме того, обычные нормы доказывания, если они действительно существуют, трудно сформулировать. В связи с этим делались ссылки на существующие в системах общего права и гражданского права различия в вопросах, касающихся бремени доказывания. Аналогичным образом было отмечено, что нормы доказательственного права в значительной степени варьируются также в зависимости от вида международного разбирательства. Далее было отмечено, что с точки зрения традиционных требований в отношении бремени доказывания представляется маловероятным, чтобы какой-либо судебный или иной орган ощущал себя стесненным в действиях чрезвычайно сложным дополнительным положением такого рода.

247. Было отмечено, что с точки зрения доказывания наличия средств правовой защиты государство-ответчик находится в гораздо более выгодном положении, чем судьи или заявитель. Точно так же государство гражданства располагает более широкими возможностями для представления доказательств гражданства человека. В данном случае бремя доказывания ложится на государство-заявитель. Исходя из этого, положение государства как заявителя или ответчика представляется, по-видимому, менее важным обстоятельством, чем возможность получения доказательств.

248. Кроме того, были выражены сомнения в отношении значимости судебной практики в области прав че-

---

[285] См. сноску 267, выше.

[286] Claim of Finnish Shipowners against Great Britain in Respect of the Use of Certain Finnish Vessels during the War, decision of 9 May 1934, UNRIAA, vol. III (Sales No. 1949.V.2), p. 1479.

[287] Award of 6 March 1956, UNRIAA, vol. XII (Sales No. 63.V.3), p. 91.

[288] См. сноску 266, выше.

[289] *Aerial Incident of 27 July 1955 (Israel* v. *Bulgaria), Judgment, ICJ Reports, 1959*, p. 127.

[290] См. сноску 277, выше.

ловека – складывающейся на основе конкретных договорных положений, имеющихся в рамках какой-либо процессуальной системы, – для решения задачи распределения бремени доказывания в общем международном праве. Кроме того, один и тот же договорный орган может применять различные доказательственные нормы на разных стадиях разбирательства. В этом отношении приводился пример Европейского суда по правам человека. Хотя предлагаемая Специальным докладчиком норма в силу ее простоты и представляется весьма привлекательной, на практике положение дел, скорее всего, окажется значительно сложнее. Было также отмечено, что будет трудно прийти к согласию относительно предмета статьи 15.

249. Было высказано предположение о том, что вопрос о бремени доказывания лучше было бы урегулировать с помощью процессуальных норм или компромисса применительно к международным судебным органам, а также с помощью права государства в тех случаях, когда речь идет об обращении к внутренним органам судопроизводства. Было также предложено отразить в комментарии обсуждение вопроса о бремени доказывания.

250. Что касается пункта 1, то было выражено мнение о том, что установление общего принципа, согласно которому сторона, выступающая с утверждением, должна его доказывать, вряд ли ведет в нужном направлении. Существенным в данном случае представляется не утверждение, а тот интерес, который может испытывать сторона к установлению определенного факта, представляющегося имеющим отношение к делу. И наоборот, было высказано мнение о том, что пункт 1 полезен и поэтому его следует сохранить.

251. В отношении пункта 2 было высказано мнение о том, что разграничение между наличием средств правовой защиты, которое должно быть доказано государством-ответчиком, и их фактической неэффективностью, которая должна быть доказана государством-заявителем, представляется искусственным. Средства правовой защиты, не открывающие возможностей для достижения успеха, то есть являющиеся неэффективными, – это не те средства, которые необходимо исчерпывать. В связи с этим интерес государства-ответчика простирается далее, чем установление наличия средств правовой защиты: этому государству следует также доказать, что при использовании этих средств защиты имеется разумная возможность добиться успеха. Определенные сомнения вызвал вопрос об эффективности средства правовой защиты при отсутствии соответствующих судебных прецедентов на момент причинения вреда. Согласно еще одному мнению, проблема сводится всего лишь к формулировке положения, то есть задаче, которую мог бы попытаться разрешить Редакционный комитет.

### c) *Заключительные замечания Специального докладчика*

252. Специальный докладчик отметил, что, хотя статья 15 была одними воспринята как достаточно безобидная, а другими как слишком сложная, подавляющее большинство членов Комиссии высказались против ее сохранения. Поэтому он не может рекомендовать передачу ее в Редакционный комитет.

## 5. Статья 16[291]

### a) *Вступительное слово Специального докладчика*

253. Внося на рассмотрение статью 16, Специальный докладчик заявил, что клаузула Кальво[292] является неотъемлемой частью истории и эволюции нормы об исчерпании внутренних средств правовой защиты и по-прежнему применима. Он пояснил, что клаузула Кальво является договорным положением, с помощью которого лицо, добровольно связавшее себя с государством, гражданином которого оно не является, соглашается отказаться от дипломатической защиты государства своего гражданства и полагаться исключительно на внутренние средства правовой защиты в том, что касается выполнения договора.

254. Клаузула Кальво вызывала споры с момента ее появления. Латиноамериканские государства рассматривали ее как норму общего международного права, равно как и региональную норму международного права, и многие из них, в частности Мексика, включили этот принцип в свои конституции. Другие государства, напротив, считали ее противоречащей международному праву на том основании, что она не соответствует фикции Ваттеля – принципу, согласно которому вред, причиненный гражданину, является вредом, причиненным самому государству[293], и что только государство может отказаться от права на дипломатическую защиту.

---

[291] Статья 16, предложенная Специальным докладчиком в его третьем докладе, гласит:

"*Статья 16*

1. Договорное условие между иностранцем и государством, в котором он ведет свои дела, относительно того, что:

*a*) иностранец будет удовлетворен внутренними средствами правовой защиты; или

*b*) никакой спор, возникший в связи с договором, не подлежит урегулированию посредством международного требования; или

*c*) для целей договора иностранец будет пользоваться тем же режимом, что и гражданин договаривающегося государства, ассматривается, согласно международному праву, как действительный отказ от права иностранца просить дипломатической защиты по вопросам, связанным с договором. Такое договорное условие, однако, не затрагивает права государства гражданства иностранца обеспечивать дипломатическую защиту в интересах такого лица в тех случаях, когда ему причинен вред в результате международно-противоправного деяния, приписываемого договаривающемуся государству, или когда вред, причиненный иностранцу, непосредственно касается государства гражданства иностранца.

2. Договорное условие, упомянутое в пункте 1, рассматривается как презумпция необходимости исчерпания внутренних средств правовой защиты до обращения к международным средствам судебного урегулирования."

[292] См. сноску 249, выше.

[293] См. E. de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle* (The law of nations, or the principles of natural law), перевод на английский язык издания 1758 года в *The Classics of International Law*, vol. III (Washington, D.C., Carnegie Institution, 1916).

255. Основным судебным прецедентом в этом вопросе являлось решение, принятое Комиссией Соединенных Штатов – Мексики по искам по делу *North American Dredging Company*[294], из которого ясно следовало, что клаузула Кальво совместима с международным правом в целом и с правом на дипломатическую защиту в частности, хотя это решение и подверглось серьезной критике со стороны юристов.

256. Однако дискуссия относительно цели и сферы применения клаузулы Кальво продолжается, и Специальный докладчик попытался изложить ряд соображений, которые вытекают из этой дискуссии. Во-первых, действие клаузулы Кальво ограничено в том смысле, что она не полностью запрещает дипломатическое вмешательство. Она применима только в случае споров, возникающих в связи с договором между иностранцем и принимающим государством, содержащим указанную клаузулу, а не в случае нарушения международного права. Во-вторых, клаузула Кальво подтверждает значение нормы об исчерпании внутренних средств правовой защиты. По мнению одних авторов, она лишь еще раз подтверждает эту норму, однако большинство других считают, что она представляет собой нечто большее, чем простое подтверждение. В-третьих, международное право не лишает иностранца права отказаться по договору от своей собственной способности или права обратиться к государству своего гражданства с просьбой о дипломатической защите. В-четвертых, с помощью клаузулы Кальво иностранец никак не может отказаться от прав, которые по международному праву принадлежат его правительству. В-пятых, отказ, о котором идет речь в клаузуле Кальво, касается только споров, обусловленных договором или нарушением договора, что в любом случае не составляет нарушения международного права и, в частности, не распространяет ее действия на случаи отказа в правосудии.

257. Специальный докладчик отметил далее, что клаузула Кальво была порождена страхом, испытываемым государствами Латинской Америки перед вмешательством в их внутренние дела под предлогом дипломатической защиты. Экспортирующие капитал государства со своей стороны опасались, что их гражданам не будет обеспечено равное обращение в странах, судебные системы которых они считали неполноценными. С тех пор положение изменилось. Клаузула Кальво остается, тем не менее, важным элементом латиноамериканской концепции международного права, и эта доктрина повлияла на подход развивающихся африканских и азиатских стран, которые опасаются вмешательства со стороны могущественных государств в их внутренние дела.

258. Далее, доктрина Кальво, уже нашедшая отражение в резолюции 1803 (XVII) Генеральной Ассамблеи от 14 декабря 1962 года по вопросу о неотъемлемом суверенитете над природными ресурсами, вновь находит применение в Хартии экономических прав и обязанностей государств, изложенной в резолюции 3281 (XXIX) Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 1974 года, в пункте 2 *c* статьи 2 которой предусматривается, что споры относительно выплаты компенсации за экспроприацию иностранного имущества должны разрешаться в соответствии с внутренним законодательством государства, проводящего национализацию. Влияние доктрины Кальво проявилось также в решении 24 Картахенского соглашения [Соглашение о субрегиональной интеграции (Андский пакт)]. С другой стороны, Североамериканское соглашение о свободной торговле (НАФТА)[295], позволяющее иностранным инвесторам прибегать к международному арбитражу без предварительного исчерпания внутренних средств правовой защиты, по мнению некоторых комментаторов, представляет собой отход от доктрины Кальво.

259. Комиссия могла бы пойти по одному из двух направлений: либо отказаться от разработки положения по этому вопросу под тем предлогом, что оно было бы избыточным, если учесть, что клаузула Кальво лишний раз подтверждает норму об исчерпании внутренних средств правовой защиты, либо, напротив, предусмотреть положение по этому вопросу, ограничивающее применение клаузулы Кальво спорами по договорам, содержащим такую клаузулу, без ущерба для права государства гражданства иностранца на осуществление им дипломатической защиты в интересах этого лица, когда ему причинен вред в результате международно-противоправного деяния государства-участника договора. В пункте 2 предусматривается, что подобное положение является презумпцией необходимости исчерпания внутренних средств правовой защиты до обращения к международным средствам судебного урегулирования при наличии компромиссного соглашения, содержащего положение, которое допускает отступление от нормы исчерпания внутренних средств правовой защиты.

b) *Краткое изложение прений*

260. Члены Комиссии отметили высокое качество выполненного Специальным докладчиком анализа истории доктрины Кальво и его подходы к проблемам, возникающим в международном праве в связи с клаузулой Кальво. В отношении включения в проект статей положения, касающегося клаузулы Кальво, были высказаны различные мнения.

261. Ряд членов Комиссии высказали мнение о том, что при условии внесения некоторых редакционных улучшений статью 16 следует сохранить в качестве дополнения к статье 10. В качестве кодифицированной нормы она разъяснит пределы договорных отношений между государством и иностранцем, в частности благодаря гарантированию прав государства гражданства по международному праву. Некоторые члены Комиссии выразили также мнение о том, что предложенная статья касается не клаузулы Кальво в ее классическом смысле, а просто обязательства исчерпать внутренние средства правовой защиты при определенных обстоятельствах. Была высказана точка зрения, согласно которой в этом

[294] *North American Dredging Company of Texas (U.S.A.)* v. *United Mexican States*, decision of 31 March 1926, UNRIAA, vol. IV (Sales No. 1951.V.1), p. 26.

[295] См. *The NAFTA*, vol. I. North American Free Trade Agreement between the Government of the United States of America, the Government of Canada and the Government of the United Mexican States (Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1993).

положении делается необходимый акцент на норме исчерпания внутренних средств правовой защиты. Фактически, было высказано мнение о том, что кодификация нормы об исчерпании внутренних средств правовой защиты будет неполной без признания клаузулы Кальво.

262. Было также выражено мнение о том, что ценность, которую представляет собой клаузула Кальво, является не только исторической и символической и что эта клаузула остается важной проблемой в современном мире, имеющей последствия для международных отношений, далеко превосходящие по своему значению последствия договорных положений, устанавливаемых по внутригосударственному праву. Кроме того, хотя в основном использование клаузулы Кальво приходится на страны Латинской Америки, проблемы, для разрешения которых применяется эта клаузула, носят глобальный, а не только лишь региональный характер. Включив это положение, Комиссия кодифицировала бы региональную норму обычного права, которая на вполне законных основаниях может быть поднята до уровня универсальной нормы.

263. Было также выражено мнение о том, что клаузула Кальво не противоречит международному праву в силу двух важных принципов, а именно: суверенного равенства государств, которое влечет за собой обязательство невмешательства, и равенства правового режима для граждан и иностранцев. Было также отмечено, что целью статьи 16 не является кодификация клаузулы Кальво как таковой, а лишь установление пределов ее применения в международных отношениях. Она разъясняет также взаимосвязь между правами индивида и государства в этой области, суть которых сводится к тому, что иностранный гражданин или компания имеют право искать, а государство – право осуществлять дипломатическую защиту.

264. Некоторые другие члены Комиссии высказались против включения этого положения в проекты статей о дипломатической защите и предпочли бы, чтобы оно было исключено. Было выражено мнение, согласно которому статья 16 выходит за рамки Положения о Комиссии, в частности статьи 15 этого Положения: статья 16 не является правовой нормой и поэтому не подлежит кодификации. Было заявлено, что клаузула Кальво – это всего лишь простое техническое средство для составления договоров.

265. Было отмечено, что гражданин государства не может заменить государство, поскольку речь идет не о правах гражданина, а о правах государства. Иностранец не может отказаться от права, которое ему не принадлежит. Как таковое правовое значение отказа, упоминаемого в пункте 1, является неопределенным, поскольку просьба иностранца не является предварительным условием осуществления дипломатической защиты. Иностранец может, однако, взять на себя обязательство, во-первых, опираться только на законы принимающей страны и, во-вторых, не искать дипломатической защиты у своего государства происхождения. Чего невозможно сделать, так это гарантировать, что государство гражданства не будет вмешиваться для обеспечения своего права требовать соблюдения международного права применительно к своему гражданину. Следовательно, вопрос не в том, действительна ли клаузула Кальво по международному праву или нет. Клаузула и не запрещена по международному праву, и не рассматривается как правомерная. Если иностранец запросит дипломатическую защиту у государства гражданства, то будет нарушен договор, а не обязательство по международному праву, будь то со стороны иностранца или этого государства.

266. Ряд членов Комиссии отметили также, что, хотя клаузула Кальво и имеет историческую ценность, на практике она применяется все реже. Кроме того, весь международный контекст отличается от того, в условиях которого клаузула Кальво была сформулирована столетие назад. Лежащие в основе возникновения доктрины Кальво причины в значительной мере были устранены благодаря событиям второй половины XX века, включая принятие ряда важных международно-правовых актов, упомянутых в докладе Специального докладчика. Аналогичным образом, на поведении государств в сегодняшнем мире в значительной степени сказываются – если не обусловливают его напрямую – общие стандарты, устанавливаемые международным правом прав человека. К тому же значение, придаваемое правительствами частному предпринимательству, позволяет иностранным частным инвесторам пользоваться безопасными с юридической точки зрения условиями ведения бизнеса. Например, государства все чаще и чаще прибегают к заключению инвестиционных соглашений, предусматривающих возможность прямого обращения к средствам международного арбитражного урегулирования в случае возникновения спора.

267. Было выражено также несогласие с включением пункта 2. Было высказано мнение о том, что этот пункт противоречит норме об исчерпании внутренних средств правовой защиты. Наличие клаузулы Кальво не является необходимым условием для установления презумпции необходимости исчерпания внутренних средств правовой защиты. Такая презумпция существует независимо от каких бы то ни было договорных положений.

268. Комиссия далее рассмотрела предложение, выработать общее положение, касающееся отказа как со стороны государства гражданства, так и со стороны принимающего государства. Однако это предложение было отклонено на том основании, что оно не было всесторонне обсуждено на пленарном заседании.

c) *Заключительные замечания Специального докладчика*

269. Специальный докладчик отметил, что высказанные в Комиссии мнения относительно включения статьи 16 разделились сравнительно поровну. По его мнению, те, кто считает, что клаузула Кальво не имеет отношения к мандату Комиссии, были тем не менее убеждены в ее важности в истории и эволюции вопроса о дипломатической защите. Исходя из этого, с включением статьи 16, в которой находит отражение клаузула Кальво, можно было бы согласиться. На него произвели впечатление доводы, приводившиеся с обеих сторон,

участниками прений, и в связи с этим он отметил то обстоятельство, что среди противников и сторонников включения можно найти представителей всех региональных групп.

270. Он отметил, что пункт 2 статьи 16 практически не встретил никакой поддержки, за исключением, быть может, того, что его содержание следовало бы разобрать в комментарии к подпункту *b* статьи 14.

271. Таким образом, возникший перед Комиссией вопрос сводился к тому, передать ли пункт 1 статьи 16 Редакционному комитету вместе с важными предложенными в ходе обсуждения поправками или же исключить его из проекта. В этом последнем случае вопрос необходимо было бы подробно осветить в комментариях, особенно к статье 10 и подпункту *b* статьи 14.

272. Далее Специальный докладчик отметил, что было бы неправильно приступать к предложенной разработке всеобъемлющего положения об отказе, до того как это положение будет всесторонне рассмотрено Комиссией на пленарных заседаниях.

273. Учитывая, что мнения в Комиссии разделились почти поровну, ему было трудно вынести какую-либо рекомендацию о дальнейших действиях. В целом, однако, он рекомендовал, чтобы Комиссия передала пункт 1 статьи 16 Редакционному комитету с учетом редакционных замечаний, высказанных в ходе обсуждения. Впоследствии Комиссия приняла решение не передавать статью 16 в Комитет.

### 6. Отказ в правосудии

#### a) *Вступительное слово Специального докладчика*

274. Специальный докладчик отметил, что концепция отказа в правосудии, которая нерасторжимо связана со многими характерными чертами нормы об исчерпании внутренних средств правовой защиты, включая вопрос о неэффективности, как таковая может быть квалифицирована как имеющая второстепенный характер. Он предложил рассмотреть вопрос о месте отказа в правосудии в рамках проектов статей в добавлении к своему третьему докладу и призвал членов Комиссии высказать замечания по этому вопросу.

#### b) *Краткое изложение прений*

275. Было выражено мнение, согласно которому концепция отказа в правосудии является лишь одним из проявлений более общей нормы, на основании которой внутренние средства правовой защиты следует рассматривать как исчерпанные, если они не дали желаемого результата или были заранее обречены на это. Поскольку эта концепция охвачена в подпунктах *a*, *e* и *f* статьи 14, нет никакой необходимости посвящать ей отдельное положение, и момент этот мог бы быть подчеркнут в комментарии. Прозвучало также предостережение насчет того, что рассмотрение темы отказа в правосудии может быть связано со значительными трудностями и что, строго говоря, эта тема не имеет отношения к дипломатической защите.

276. По мнению других членов Комиссии, было бы трудно проигнорировать вопрос об отказе в правосудии, то есть об одной из ситуаций, когда имеются основания для осуществления дипломатической защиты, и было бы уместно отразить в исследовании некоторые соображения относительно отказа в правосудии.

#### c) *Заключительные замечания Специального докладчика*

277. Специальный докладчик отметил, что, как показало обсуждение, большинство членов Комиссии были против, или в лучшем случае занимали нейтральную позицию, в отношении включения в исследование вопроса об отказе в правосудии. Многие члены Комиссии подчеркнули, что речь в данном случае идет о первичной норме, тогда как другие отметили, что отказ в правосудии действительно встречается в ряде процессуальных ситуаций и поэтому образует вторичную норму.

278. Он отметил, что содержание понятия отказа в правосудии отличается неопределенностью. В начале XX века под этим имелся в виду отказ в доступе в суды; латиноамериканские ученые включили сюда предвзятость судебных органов и задержку в отправлении правосудия, тогда как, по мнению других, отказ в правосудии не сводился к действию или бездействию органов судебной власти, а включал также нарушения международного права со стороны органов исполнительной и законодательной власти. Согласно современной точке зрения, отказ в правосудии ограничивается действиями, совершаемыми судебными органами или в ходе судопроизводства, в виде несоблюдения процессуальных норм или вынесения несправедливых решений. Однако он все реже встречается в судебной практике, и на смену ему в значительной степени приходят стандарты отправления правосудия, установленные в международных договорах, касающихся прав человека, в частности в статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах.

279. Поскольку в Комиссии возобладало мнение о том, что эта концепция не имеет отношения к исследованию, Специальный докладчик заявил, что не имеет более намерения готовить добавление по этому вопросу.

## C. Статьи 1-7 свода проектов статей о дипломатической защите, принятые Комиссией в предварительном порядке

### 1. Тексты проектов статей

280. Ниже воспроизводятся тексты проектов статей 1-7, принятых Комиссией на ее пятьдесят четвертой сессии.

**ДИПЛОМАТИЧЕСКАЯ ЗАЩИТА**

**ЧАСТЬ ПЕРВАЯ**

**ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ**

***Статья 1. Определение и сфера применения***

**1. Дипломатическая защита состоит из дипломатических мер или применения других средств мирного урегулирования со стороны государства, выступающего от собственного**

**имени в интересах своего гражданина, в связи с причинением вреда этому гражданину в результате международно-противоправного деяния другого государства.**

**2. Дипломатическая защита может осуществляться в отношении негражданина в соответствии со статьей 7 [8]**[296].

***Статья 2 [3]***[297]***. Право осуществлять дипломатическую защиту***

**Государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту в соответствии с настоящими статьями.**

**ЧАСТЬ ВТОРАЯ**

**ФИЗИЧЕСКИЕ ЛИЦА**

***Статья 3 [5]***[298]***. Государство гражданства***

**1. Государством, которое имеет право осуществлять дипломатическую защиту, является государство гражданства.**

**2. Для целей дипломатической защиты физических лиц государство гражданства означает государство, гражданство которого лицо, добивающееся защиты, приобрело в силу рождения, происхождения, правопреемства государств, натурализации или каким-либо иным способом, не противоречащим международному праву.**

***Статья 4 [9]. Непрерывное гражданство***

**1. Государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица, являвшегося его гражданином на момент причинения вреда и являющегося его гражданином в день официального предъявления требований.**

**2. Вне зависимости от пункта 1 государство может осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица, являющегося его гражданином в день официального предъявления требования, но не являвшегося его гражданином на момент причинения вреда, при условии, что это лицо утратило свое прежнее гражданство и приобрело по причине, не имеющей отношения к предъявлению требования, гражданство этого государства каким-либо образом, не противоречащим международному праву.**

**3. Дипломатическая защита не осуществляется настоящим государством гражданства в отношении лица против предыдущего государства гражданства этого лица в связи с вредом, причиненным, когда это лицо было гражданином предыдущего государства гражданства, а не гражданином настоящего государства гражданства.**

***Статья 5 [7]. Множественное гражданство и требование, предъявляемое к третьему государству***

**1. Любое государство, гражданином которого является лицо с двойным или множественным гражданством, может осуществлять дипломатическую защиту в отношении этого лица против государства, гражданином которого это лицо не является.**

**2. Два или более государства гражданства могут совместно осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица с двойным или множественным гражданством.**

***Статья 6. Множественное гражданство и требование, предъявляемое к государству гражданства***

**Государство гражданства не может осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица против государства, гражданином которого это лицо также является, кроме случаев, когда гражданство первого государства является преобладающим как на момент причинения вреда, так и в день официального предъявления требования.**

***Статья 7 [8]. Лица без гражданства и беженцы***

**1. Государство может осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица без гражданства, которое в момент причинения вреда и в день официального предъявления требования законно и обычно проживает в этом государстве.**

**2. Государство может осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица, которое признано этим государством в качестве беженца, если это лицо в момент причинения вреда и в день официального предъявления требования законно и обычно проживает в этом государстве.**

**3. Пункт 2 не применяется в отношении вреда, причиненного международно-противоправным деянием государства гражданства беженца.**

## 2. Тексты проектов статей с комментариями к ним

281. Тексты проектов статей 1-7 с комментариями, принятыми Комиссией на ее пятьдесят четвертой сессии, воспроизводятся ниже.

**ДИПЛОМАТИЧЕСКАЯ ЗАЩИТА**

**ЧАСТЬ ПЕРВАЯ**

**ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ**

***Статья 1. Определение и сфера применения***

**1. Дипломатическая защита состоит из дипломатических мер или применения других средств мирного урегулирования со стороны государства, выступающего от собственного имени в интересах своего гражданина, в связи с причинением вреда этому гражданину в результате международно-противоправного деяния другого государства.**

**2. Дипломатическая защита может осуществляться в отношении негражданина в соответствии со статьей 7 [8]**[299].

*Комментарий*

1) Статья 1 определяет дипломатическую защиту посредством описания ее основных элементов и одновременно уточняет сферу охвата этого механизма защиты граждан, которым причинен вред за границей.

2) Согласно международному праву, государство несет ответственность за вред, причиненный иностранцу его противоправным действием или бездействием. Дипломатическая защита является процедурой, используемой государством гражданства потерпевших лиц с целью обеспечить защиту этих лиц и получить возме-

[296] Этот пункт будет пересмотрен, если в проекты статей будут включены другие изъятия.

[297] Цифры в квадратных скобках являются номерами статей, предложенными Специальным докладчиком.

[298] Эта статья будет вновь рассмотрена в связи с обсуждением вопроса о дипломатической защите юридических лиц.

[299] См. сноску 296, выше.

щение за совершенные международно-противоправные деяния. Настоящие проекты статей касаются лишь норм, определяющих обстоятельства, при которых может осуществляться дипломатическая защита, и условия, которые должны быть соблюдены, прежде чем такая защита может быть осуществлена. Они не преследуют цель определения или описания международно-противоправных деяний, в связи с которыми возникает ответственность государства за причинение вреда иностранцу. В проектах статей, как и в проекте статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, принятом Комиссией на ее пятьдесят третьей сессии[300], сохраняется различие между первичными и вторичными нормами и рассматриваются лишь последние нормы.

3) В пункте 1 ясно говорится о том, что право на дипломатическую защиту принадлежит государству. Осуществляя дипломатическую защиту, государство выступает от собственного имени в интересах своего гражданина в связи с международно-противоправным деянием другого государства. Эта формулировка следует формулировке МС в решении по делу *Interhandel*, где Суд указал на то, что государство-заявитель "выступило на стороне своего гражданина"[301], чьи права были нарушены. Законный интерес государства в осуществлении дипломатической защиты обусловлен вредом, причиненным его гражданину в результате международно-противоправного деяния другого государства.

4) В большинстве случаев возможность осуществления дипломатической защиты возникает вследствие связи в виде гражданства между государством и потерпевшим лицом. Этот вопрос рассматривается в статье 3. Содержащийся в указанной статье термин "гражданин" охватывает как физических, так и юридических лиц. Далее в проектах статей проводится различие между нормами, касающимися физических и юридических лиц, и, когда это необходимо, эти два понятия рассматриваются по отдельности.

5) Дипломатическая защита должна осуществляться законными и мирными средствами. В нескольких судебных решениях при описании мер, которые могут приниматься государством, прибегающим к дипломатической защите, проводится различие между "дипломатическими мерами" и "судебным разбирательством"[302]. В статье 1 это различие сохраняется, однако она идет дальше, относя судебное разбирательство к "другим средствам мирного урегулирования". Дипломатические меры охватывают все законные процедуры, используемые государствами для информирования друг друга о своих мнениях и озабоченностях, включая протест, просьбу о проведении расследования и переговоры, направленные на урегулирование споров. "Другие средства мирного урегулирования" охватывают все формы законного урегулирования споров, начиная от переговоров, посредничества и примирения и кончая арбитражным и судебным урегулированием споров. Применение силы, запрещенное пунктом 4 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций, не является допустимым методом осуществления права на дипломатическую защиту.

6) В пункте 1 четко указывается, что настоящие статьи касаются лишь осуществления дипломатической защиты государством, а не защиты, предоставляемой международной организацией своим должностным лицам, признанной МС в его консультативном заключении по делу *Reparation for Injuries*[303]. Функциональная защита[304] существенно отличается от дипломатической защиты тем, что она основывается на функциях организации и статусе ее должностного лица[305].

7) Дипломатическая защита охватывает защиту граждан, которые не участвуют в официальной международной деятельности, осуществляемой от имени государства. Дипломаты и консулы защищаются другими нормами международного права и договорами, в частности Венской конвенцией о дипломатических сношениях и Венской конвенцией о консульских сношениях.

8) В пункте 2 признается возможность существования обстоятельств, при которых дипломатическая защита может осуществляться в отношении неграждан. Статья 7 предусматривает такую защиту применительно к лицам без гражданства и беженцев. В сноске к пункту 2 указывается, что Комиссия может включить другие изъятия на более позднем этапе своей работы.

### *Статья 2 [3]. Право осуществлять дипломатическую защиту*

**Государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту в соответствии с настоящими статьями.**

*Комментарий*

1) В статье 2 подчеркивается, что право на дипломатическую защиту принадлежит государству или предоставлено ему. В ней признается утверждение Ваттеля о том, что вред, причиненный гражданину, является косвенным вредом, причиненным государству[306]. Эта точка зрения была сформулирована более тщательно ППМП в деле *Mavrommatis*:

Выступая на стороне одного из своих граждан и принимая дипломатические меры или возбуждая международное судебное разбирательство в его интересах, государство фактически отстаи-

---

[300] См. сноску 263, выше.

[301] *Interhandel* (см. сноску 275, выше), p.27.

[302] См. дело *Panevezys-Saldutiskis Railway* (сноска 267, выше), p. 16, и дело *Nottebohm*, *Second Phase, Judgment, ICJ Reports 1955*, p. 4, at p. 24.

[303] См. сноску 250, выше.

[304] Там же, p. 185.

[305] Там же, pp. 180 and 186.

[306] В *Le droit des gens…*(см. сноску 293, выше) Эммерик де Ваттель заявил: "Тот, кто плохо обращается с гражданином, косвенно причиняет вред государству, на котором лежит обязанность защищать этого гражданина" (Chap. VI, p. 136).

вает свое собственное право – право обеспечить применительно к своим гражданам уважение норм международного права[307].

Эта точка зрения часто подвергается критике как фикция, которую трудно увязать с реалиями дипломатической защиты, требующими наличия непрерывного гражданства для отстаивания дипломатического требования[308], исчерпания местных средств правовой защиты потерпевшим гражданином и оценки ущерба с учетом вреда, причиненного гражданину. Тем не менее "принцип Мавромматиса" или "фикция Ваттеля", как стала именоваться концепция, согласно которой вред, причиненный гражданину, является вредом, причиненным государству, по-прежнему является краеугольным камнем дипломатической защиты[309].

2) Государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту в интересах гражданина, но при этом на нем не лежит никакой обязанности или обязательства это делать. Внутреннее законодательство государства может обязывать его осуществлять дипломатическую защиту своего гражданина[310], однако международное право не предусматривает такого обязательства. Эта позиция была четко заявлена МС в решении по делу *Barcelona Traction*:

> …в пределах, установленных международным правом, государство может осуществлять дипломатическую защиту теми средствами и в том объеме, которые оно считает необходимыми, поскольку оно отстаивает свое собственное право. Если физическое или юридическое лицо, в интересах которых выступает государство, считают, что их права не были должным образом защищены, международное право не обеспечивает им средств правовой защиты. Все, что они могут сделать, это обратиться к внутригосударственному праву, если существуют надлежащие средства, чтобы отстоять свой интерес или получить возмещение… Государство должно рассматриваться в качестве единоличного судьи, решающего вопрос о предоставлении защиты и ее объеме, а также о ее прекращении. В связи с этим оно сохраняет за собой дискреционное полномочие, осуществление которого может определяться соображениями политического или иного характера, не связанными с конкретным делом[311].

Предложение о распространении на государство гражданства ограниченной обязанности по защите было отклонено Комиссией как выходящее за допустимые пределы прогрессивного развития права[312].

3) Право государства на осуществление дипломатической защиты может осуществляться только в пределах настоящих статей.

[307] *Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, PCIJ Series A, No. 2*, p. 12.

[308] См. статью 4.

[309] Обсуждение этой концепции и высказанные в ее адрес критические замечания см. в первом докладе Специального докладчика по вопросу о дипломатической защите, (сноска 243, выше), пункты 61-74.

[310] Рассмотрение национальных законов, касающихся данного вопроса, там же, пункты 80-87.

[311] *Barcelona Traction* (см. сноску 6, выше), p. 44.

[312] См. статью 4 первого доклада Специального докладчика по вопросу о дипломатической защите (сноска 243, выше). Информацию о ходе проведенных Комиссией прений см. в *Ежегоднике.., 2000 год,* том II (часть вторая), пункты 447-456, стр. 91 и 92.

## ЧАСТЬ ВТОРАЯ

## ФИЗИЧЕСКИЕ ЛИЦА

### *Статья 3 [5][313]. Государство гражданства*

**1. Государством, которое имеет право осуществлять дипломатическую защиту, является государство гражданства.**

**2. Для целей дипломатической защиты физических лиц государство гражданства означает государство, гражданство которого лицо, добивающееся защиты, приобрело в силу рождения, происхождения, правопреемства государств, натурализации или каким-либо иным способом, не противоречащим международному праву.**

*Комментарий*

1) В то время как в статье 2 закрепляется дискреционное право государства на осуществление дипломатической защиты, статья 3 провозглашает принцип, согласно которому именно государство гражданства потерпевшего лица имеет право, но не обязано осуществлять дипломатическую защиту от имени такого лица. В этой статье делается упор на связь в виде гражданства между государством и индивидуумом, которая наделяет государство правом осуществлять дипломатическую защиту. Это подтверждается в пункте 1.

2) В пункте 2 определяется государство гражданства для цели дипломатической защиты. В основе этого определения лежат два принципа: во-первых, именно государство гражданства определяет в соответствии со своим внутренним законодательством вопрос о том, кто может претендовать на его гражданство; во-вторых, в отношении предоставления гражданства существуют ограничения, предусмотренные международным правом. В пункте 2 содержится также неисчерпывающий перечень связующих факторов, которые обычно являются достаточными основаниями для предоставления гражданства.

3) Принцип, согласно которому каждое государство самостоятельно решает вопрос о том, кто именно является его гражданином, подкреплен как судебным решением, так и договором. В 1923 году ППМП в деле *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco* заявила следующее: "с точки зрения современного международного права вопросы гражданства… в принципе относятся к области особой компетенции[314]. Этот принцип был подтвержден в статье 1 Конвенции по некоторым вопросам, касающимся коллизии законов о гражданстве (здесь и далее "Гаагская конвенция 1930 года"): "Каждое государство само определяет в соответствии со своими законами, кто является его гражданином". Относительно недавно он был подтвержден в Европейской конвенции о гражданстве 1997 года (статья 3).

[313] См. сноску 298, выше.

[314] *Advisory Opinion, 1923, PCIJ Reports, Series B, No. 4*, p. 6, at p. 24.

4) Связующие факторы для предоставления гражданства, перечисленные в пункте 2, приведены в качестве примера, и этот перечень не является исчерпывающим. Тем не менее они включают связующие факторы, которые чаще всего используются государствами для предоставления гражданства: рождение (jus soli), происхождения (jus sanguinis) и натурализацию. Брак с гражданином не включен в этот перечень, поскольку в большинстве случаев брак как таковой является недостаточным основанием для предоставления гражданства: он требует также короткого срока проживания в стране, после которого гражданство предоставляется путем натурализации. В тех случаях, когда брак с гражданином автоматически влечет за собой приобретение одним супругом гражданства другого супруга, могут возникать проблемы в связи с соответствием такого приобретения гражданства нормам международного права[315]. Гражданство может также приобретаться в результате правопреемства государств в соответствии с принципами, содержащимися в разработанных Комиссией проектах статей о гражданстве физических лиц в связи с правопреемством государств, принятых Комиссией во втором чтении[316].

5) Связующие факторы, перечисленные в пункте 2, входят в число тех, которые чаще всего используются развитыми государствами для установления гражданства. В некоторых развивающихся странах, где не ведется точного учета новорожденных, в связи с доказыванием гражданства могут возникнуть трудности. В таких случаях доказательством гражданства может служить проживание, хотя оно не может являться основанием для самого гражданства. Вместе с тем государство может предоставить гражданство таким лицам путем натурализации.

6) Пункт 2 не требует, чтобы государство доказывало эффективную или подлинную связь между им самим и его гражданином в соответствии с формулировкой решения, предложенного в деле *Nottebohm*[317], в качестве дополнительного фактора для осуществления дипломатической защиты, даже в тех случаях, когда гражданин имеет лишь одно гражданство. Несмотря на то, что по вопросу о толковании данного дела были выражены несовпадающие точки зрения, Комиссия выразила мнение о том, что существуют определенные факторы, которые ограничивают решение по делу *Nottebohm* фактами рассматриваемого дела, в частности тот факт, что связи между г-ном Ноттебомом и Лихтенштейном (государством-заявителем) являлись "чрезвычайно слабыми"[318] по сравнению с тесными связями между г-ном Ноттебомом и Гватемалой (государством-ответчиком) в течение свыше 34 лет, в связи с чем МС неоднократно заявлял, что Лихтенштейн "не вправе предоставлять защиту Ноттебому перед Гватемалой"[319]. Это свидетельствует о том, что Суд не намеревался излагать общую норму[320], применимую ко всем государствам, а представил лишь относительную норму, согласно которой государство, находящееся в положении Лихтенштейна, обязано продемонстрировать наличие подлинной связи между им самим и г-ном Ноттебомом, позволяющей ему выступать от его имени против Гватемалы, с которой он поддерживал очень тесные связи. Кроме того, Комиссия сознает тот факт, что если бы предложенное по делу Ноттебома требование о наличии подлинной связи строго применялось, оно лишило бы миллионы людей возможности пользоваться дипломатической защитой, поскольку в сегодняшнем мире, характеризуемом глобализацией экономики и миграцией, насчитываются миллионы людей, которые покинули свои государства гражданства и обосновались в государствах, гражданство которых они никогда не приобретут, или приобрели в результате рождения или происхождения гражданство тех государств, с которыми они имеют слабую связь[321].

7) В последней фразе в пункте 2 подчеркивается, что приобретение гражданства не должно противоречить международному праву. Хотя государство имеет право определять, кто входит в число его граждан, это право не является абсолютным. В статье 1 Гаагской конвенции 1930 года эта посылка подтверждается, однако положение о том, что "каждое государство само определяет согласно своим законам, кто является его гражданами" ограничивается положением, согласно которому "эти законы должны быть признаны другими государствами как согласующиеся с международными конвенциями, международными обычаями и принципами права, общепризнанными в области гражданства"[322]. Сегодня конвенции, особенно в области прав человека, требуют того, чтобы при предоставлении гражданства государства соблюдали международные стандарты[323]. На-

---

[315] См., например, пункт 1 статьи 9 Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, в которой запрещается приобретение гражданства в таких случаях. См. также пункт 7 комментария к данному проекту статьи, ниже.

[316] См. *Ежегодник.., 1999 год,* том II (часть вторая), документ A/54/10, пункт 47, стр. 20.

[317] В связи с этим делом МС заявил: "В соответствии с практикой государств, арбитражными и судебными решениями и мнениями ученых, гражданство представляет собой юридическую связь, в основе которой лежит социальный факт привязанности, подлинная связь существования, интересов и чувств, наряду с наличием взаимных прав и обязанностей. Можно сказать, оно представляет собой юридическое выражение того обстоятельства, что лицо, которому оно предоставляется, либо непосредственно в силу закона, либо в результате акта властей, фактически более тесно связано с населением государства, предоставляющего гражданство, чем с населением любого другого государства. Будучи предоставленным каким-либо государством, гражданство дает право этому государству осуществлять защиту перед другим государством лишь в том случае, если оно представляет собой юридическое оформление связи лица, благодаря которой оно стало его гражданином" (см. сноску 302, выше, р. 23).

[318] Там же, р. 25.

[319] Там же, р. 26.

[320] Это толкование было применено к делу *Nottebohm* Примирительной комиссией Италии-Соединенных Штатов в связи с рассмотрением дела *Flegenheimer* (1958), decision No. 182 of 20 September 1958, UNRIAA, vol. XIV (Sales No. 65.V.4), p. 327, at p. 376, or *ILR*, vol. 25 , p. 91, at p. 148.

[321] Более подробную аргументацию в поддержку ограничения сферы охвата решения по делу *Nottebohm* см. в первом докладе Специального докладчика по вопросу о дипломатической защите (сноска 243, выше), пункты 106-120.

[322] См. также пункт 2 статьи 3 Европейской конвенции о гражданстве.

[323] Это обстоятельство было подчеркнуто Межамериканским судом по правам человека в его консультативном заключении по

(*продолжение сноски на следующей стр.*)

пример, пункт 1 статьи 9 Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин гласит:

Государства-участники предоставляют женщинам равные с мужчинами права в отношении приобретения, изменения или сохранения их гражданства. Они, в частности, обеспечивают, что ни вступление в брак с иностранцем, ни изменение гражданства мужа во время брака не влекут за собой автоматического изменения гражданства жены, не превращают ее в лицо без гражданства и не могут заставить ее принять гражданство мужа[324].

8) Таким образом, в пункте 2 признается, что государство, в отношении которого представлено требование от имени потерпевшего иностранного гражданина, может оспорить гражданство такого лица в тех случаях, когда его гражданство было приобретено в нарушение международного права. Пункт 2 требует, чтобы гражданство приобреталось способом, "не противоречащим международному праву" ("not inconsistent with international law"). Двойное отрицание подчеркивает тот факт, что бремя доказывания того, что гражданство было приобретено в нарушение международного права, возлагается на государство, оспаривающее гражданство потерпевшего лица. Тот факт, что бремя доказывания возлагается на государство, оспаривающее гражданство, вытекает из признания того, что государству, предоставляющему гражданство, должна быть предоставлена "свобода оценки" при принятии решения о предоставлении гражданства[325] и что существует презумпция в пользу действенности предоставленного государством гражданства[326].

### *Статья 4 [9]. Непрерывное гражданство*

**1. Государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица, являвшегося его гражданином на момент причинения вреда и являющегося его гражданином в день официального предъявления требований.**

**2. Вне зависимости от пункта 1 государство может осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица, являющегося его гражданином в день официального предъявления требования, но не являвшегося его гражданином на момент причинения вреда, при условии, что это лицо утратило свое прежнее гражданство и приобрело по причине, не имеющей отношения к предъявлению требования, гражданство этого государства каким-либо образом, не противоречащим международному праву.**

**3. Дипломатическая защита не осуществляется настоящим государством гражданства в отношении лица против предыдущего государства гражданства этого лица в связи с вредом, причиненным, когда это лицо было гражданином предыдущего государства гражданства, а не гражданином настоящего государства гражданства.**

*Комментарий*

1) Хотя норма о непрерывном гражданстве является вполне устоявшейся[327], она подвергалась значительной критике[328] на том основании, что она может создавать серьезные трудности в тех случаях, когда лицо меняет свое гражданство по причинам, не связанным с представлением дипломатического требования. Предложения, касавшиеся отказа от этой нормы, были отклонены из опасения того, что такая ситуация могла бы приводить к злоупотреблениям и появлению явления "торговли гражданством" для целей дипломатической защиты[329]. Комиссия считает, что норму о непрерывности гражданства следует сохранить, но вместе с тем предусмотреть возможность исключений с целью учета обстоятельств, в которых в противном случае принимались бы несправедливые решения.

2) В пункте 1 закрепляется традиционный принцип, согласно которому государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица, которое являлось его гражданином как на момент причинения вреда, так и на дату официального предъявления требования. Практика государств и теория не дают четкого ответа на вопрос о том, должен ли гражданин сохранять гражданство государства, предъявляющего требование, между этими двумя датами в значительной мере по причине того, что на практике этот вопрос возникает весьма редко[330]. С учетом этих обстоятельств Комиссия постановила оставить открытым вопрос о том, должно ли сохраняться гражданство между момен-

(*продолжение сноски 323*)

делу *Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Political Constitution of Costa Rica*, в котором было указано, что необходимо согласовать принцип о том, что предоставление гражданства входит во внутреннюю юрисдикцию государства, "с еще одним принципом, согласно которому международное право устанавливает определенные пределы в отношении полномочия государства, которые связаны с требованиями, предусмотренными международной системой защиты прав человека" (*ILR*, vol. 79, p. 283, at p. 296).

[324] См. также статью 20 Американской конвенции о правах человека: "Пакт Сан-Хосе, Коста-Рика", и пункт *d iii*) статьи 5 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации.

[325] См. консультативное заключение Межамериканского суда по правам человека по делу *Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Political Constitution of Costa Rica* (сноска 323, выше), para. 62.

[326] См. *Oppenheim's International Law* (сноска 112, выше), p. 856.

[327] См., например, решение Комиссии по рассмотрению международных претензий Соединенных Штатов в связи с претензией *Kren*, *ILR*, vol. 20 , p. 233, especially at p. 234.

[328] См. особое мнение судьи сэра Джеральда Фитцмориса по делу *Barcelona Traction* (сноска 6, выше), pp. 101-102; см. также E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international* (Paris, Presses Universitaires de France, 1990).

[329] См. заявление арбитра Паркера в связи с *Administrative Decision No. V*: "Любая другая норма создала бы широкие возможности для злоупотреблений и могла бы в результате превратить любое могущественное государство в агентство по взысканию претензий в пользу тех, кто, потерпев ущерб, уступал бы свои претензии его гражданам или использовал бы его законы о натурализации, с тем чтобы заручиться его поддержкой в удовлетворении своих претензий". United States–Germany Mixed Claims Commission, decision of 31 October 1924, UNRIAA, vol. VII (Sales No. 1956.V.5), p. 119, at p. 141.

[330] См. H. W. Briggs, "La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des reclamations", *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 51 (1965), tome I, p. 5, especially pp. 72-73.

том причинения вреда и датой предъявления требования[331].

3) Первое требование касается того, чтобы потерпевший гражданин являлся гражданином государства-заявителя на момент причинения вреда. Как правило, дата причинения вреда, в связи с которым возникает ответственность государства за международно-противоправное деяние, совпадает с датой, когда имело место деяние, повлекшее за собой причинение вреда.

4) Второе временно́е требование, содержащееся в пункте 1, касается даты официального предъявления требования. В отношении даты, до которой требуется сохранение непрерывности гражданства, существуют определенные расхождения в мнениях, высказывавшихся судебными органами[332]. Это в значительной мере обусловлено тем фактом, что в конвенциях, предусматривающих создание смешанных комиссий по рассмотрению претензий, используются различающиеся формулировки для определения даты требования[333]. В договорах, судебных решениях и в докладах чаще всего используется выражение "представление требования". Комиссия добавила слово "официальное" с целью указания на то, что датой представления требования является дата, когда государством, осуществляющим дипломатическую защиту, было сделано первое официальное или формальное требование в отличие от неофициальных дипломатических контактов и запросов по данному вопросу.

5) Содержащееся в пункте 1 слово "требование" охватывает как требование, предъявленное по дипломатическим каналам, так и требование, представленное судебному органу. В таком требовании может оговариваться поведение, которому должно следовать несущее ответственность государство для прекращения противоправного деяния, если оно продолжается, и форма, в которой должно осуществляться возмещение. Этот вопрос более подробно рассматривается в статье 43 проекта статей об ответственности государств и в комментариях к ним[334].

6) Хотя Комиссия приняла решение о необходимости сохранения нормы о непрерывности гражданства, она признала необходимость предусмотреть исключения в отношении этой нормы. Соответственно, пункт 2 предусматривает, что государство может осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица, которое являлось его гражданином на дату официального предъявления требования, но не на момент причинения вреда, при условии соблюдения трех условий: во-первых, лицо, стремящееся получить дипломатическую защиту, утратило свое прежнее гражданство; во-вторых, это лицо приобрело гражданство другого государства по причине, не имеющей отношения к предъявлению требования; и в-третьих, новое гражданство было приобретено таким образом, который не противоречит международному праву.

7) Утрата гражданства может происходить добровольно или недобровольно. В случае правопреемства государств и, возможно, усыновления и вступления в брак, когда изменение гражданства является обязательным, гражданство утрачивается недобровольно. В случае других изменений гражданства элемент желания является не столь очевидным. В силу существования причин подобного рода в пункте 2 не содержится требования о том, чтобы утрата гражданства являлась недобровольной.

8) Как обсуждалось выше[335], в основе нормы о непрерывности гражданства лежит опасение в отношении того, что лицо может сознательно поменять свое гражданство с целью приобретения гражданства государства, которое в большей степени желает и может предъявить дипломатическое требование от его имени. Это опасение учитывается вторым условием, содержащимся в пункте 2, согласно которому лицо, в отношении которого осуществляется дипломатическая защита, должно было приобрести свое новое гражданство по причине, не имеющей отношения к предъявлению требования. Это условие преследует цель ограничения исключений из нормы о непрерывности гражданства случаями, связанными с приобретением гражданства в обязательном порядке, например случаями, в которых лицо приобрело новое гражданство как неизбежное следствие таких факторов, как брак, усыновление или правопреемство государств.

9) Третье условие, которое должно быть соблюдено для неприменения нормы о непрерывности гражданства, связано с тем, чтобы новое гражданство было приобретено тем или иным образом, не противоречащим международному праву. Это условие следует рассматривать совместно с положением пункта 2 статьи 3.

10) В пункте 3 содержится еще одно защитное положение против злоупотребления отменой действия нормы о непрерывном гражданстве. Дипломатическая защита не может осуществляться новым государством гражданства против предыдущего государства гражданства потерпевшего лица в связи с вредом, причиненным, когда это лицо было гражданином предыдущего государства гражданства, а не гражданином настоящего государства гражданства.

### *Статья 5 [7]. Множественное гражданство и требование, предъявляемое к третьему государству*

**1. Любое государство, гражданином которого является лицо с двойным или множественным гра-**

---

[331] Этот же подход был использован Институтом международного права на его сессии, состоявшейся в Варшаве в сентябре 1965 года; см. *Annuaire de l'Institut de droit international,* vol. 51 (1965), tome II, pp. 260-262.

[332] Согласно одному из мнений, в связи с понятием "гражданство требования" возникла путаница, поскольку это понятие, существующее в рамках общего права, неизвестно в других правовых системах.

[333] См. заявление арбитра Паркера в *Administrative Decision No. V* (сноска 329, выше), p 143.

[334] См. сноску 263, выше.

[335] См. пункт 1 комментария к данному проекту статьи.

**жданством, может осуществлять дипломатическую защиту в отношении этого лица против государства, гражданином которого это лицо не является.**

**2. Два или более государства гражданства могут совместно осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица с двойным или множественным гражданством.**

*Комментарий*

1) Хотя внутреннее законодательство некоторых стран запрещает их гражданам приобретать двойное или множественное гражданство, надо признать, что двойное или множественное гражданство является международной реальностью. Человек может приобрести более одного гражданства в результате параллельного действия принципов "права почвы" и "права крови" либо получения гражданства путем натурализации, когда при этом не происходит отказа от прежнего гражданства. Двойное или множественное гражданство не запрещается международным правом: такое гражданство даже получило одобрение в статье 3 Гаагской конвенции 1930 года, где сказано: "…лицо, имеющее два или более гражданства, может рассматриваться как гражданин каждого из государств, гражданством которых он обладает". В связи с этим необходимо обратиться к вопросу об осуществлении государством гражданства дипломатической защиты человека, имеющего двойное или множественное гражданство. Согласно статье 5, такая дипломатическая защита может осуществляться только одним из государств, гражданином которого является потерпевший, против государства, гражданином которого он не является. Об осуществлении дипломатической защиты одним государством гражданства против другого государства гражданства говорится в статье 6.

2) Пункт 1 разрешает государству гражданства осуществлять дипломатическую защиту своего гражданина, даже если он является гражданином одного или нескольких других государств. Как и статья 3, он не требует подлинной или эффективной связи между гражданином и государством, осуществляющим дипломатическую защиту.

3) Хотя требование о подлинной или эффективной связи между государством гражданства и человеком с двойным или множественным гражданством в случае осуществления дипломатической защиты от государства, гражданином которого потерпевший не является, имеет определенную поддержку как в арбитражных решениях[336], так и в кодификационной деятельности[337], в основной массе авторитетных источников такое условие все же не требуется. В деле *Salem* арбитражный трибунал постановил, что Египет не может ссылаться на тот факт, что потерпевший имел эффективное персидское гражданство, возражая по поводу иска Соединенных Штатов – еще одного государства гражданства. Он заявил следующее: "норма международного права [заключается] в том, что в случае двойного гражданства третья держава неправомочна оспаривать иск одной из двух держав, гражданин которых участвует в деле, ссылаясь на гражданство другой державы"[338]. Эта норма применялась и в других делах[339], а относительно недавно было поддержано Трибуналом по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов[340]. Решение Комиссии не требовать подлинной или эффективной связи в таких обстоятельствах согласуется со здравым смыслом. В отличие от ситуации, когда одно государство гражданства предъявляет в отношении человека с двойным гражданством требование к другому государству гражданства, если одно государство гражданства пытается защитить человека с двойным гражданством от третьего государства, коллизии по поводу гражданства не возникает.

4) В принципе ничто не мешает двум государствам гражданства вместе осуществлять право, которое принадлежит каждому государству гражданства. Поэтому в пункте 2 признается, что два или более государств гражданства могут совместно осуществлять дипломатическую защиту в отношении человека с двойным или множественным гражданством от государства, гражданином которого этот человек не является. Хотя ответственное государство не может возражать против требований двух или более государств, действующих одновременно или по согласованию друг с другом, оно может представить возражения в случае, когда такие государства обращаются с отдельными требованиями в один и тот же или в разные суды или когда одно государство гражданства возбуждает иск уже после того, как такой же иск другого государства гражданства был удовлетворен. Проблемы могут также возникнуть в случае, когда одно государство гражданства отказывается от права дипломатической защиты, в то время другое государство гражданства продолжает настаивать на своем требовании. Кодифицировать нормы, регулирующие различные ситуации такого рода, весьма сложно. Эти вопросы должны решаться в соответствии с

---

[336] См. решение Смешанного югославско-венгерского арбитражного трибунала по делу *de Born*, case No. 205, A. McNair and H. Lauterpacht, eds., *Annual Digest of Public International Law Cases 1925 and 1926* (London, Longmans, 1929), pp. 277–278.

[337] См. статью 5 Гаагской конвенции 1930 года; подпункт *b* статьи 4 резолюции о национальном характере международного иска, предъявляемого государством за ущерб, причиненный частному лицу, принятой Институтом международного права на его варшавской сессии в 1965 году, *Tableau des résolutions adoptées (1957–1991)* (Paris, Pedone, 1992), p. 57, at p. 59 (воспроизводится в *Ежегоднике.., 1969 год,* том II, стр. 158); пункт 3 статьи 23 Гарвардского проекта 1960 года конвенции о международной ответственности государств за ущерб иностранцам, в L.B. Sohn and R.R. Baxter, "Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens", *AJIL*, vol. 55, No. 3 (July 1961), p. 548; и пункт 3 статьи 21 проекта о международной ответственности государства за вред, причиненный на его территории личности или имуществу иностранцев, включенного в третий доклад о международной ответственности Специального докладчика Гарсии Амадора, *Ежегодник.., 1958 год,* том II, документ A/CN.4/111, стр. 61 англ. текста.

[338] *Salem* (см. сноску 276, выше), p. 1188.

[339] См. решения Итальянско-американской комиссии по примирению по иску *Mergé*, 10 June 1955, UNRIAA, vol. XIV (Sales No. 65.V.4), p. 236, or *ILR* (1955), vol. 22 (1958), p. 443, at p. 456; иску *Vereano,* 17 May 1957, UNRIAA, vol. XIV, p. 321, или *ILR* (1957), vol. 24 (1961), pp. 464–465; и иску *Stankovic,* 29 July 1963, *ILR,* vol. 40 (1970), p. 153, at p. 155.

[340] См. *Dallal* v. *Iran* (1983), *Iran–United States Claims Tribunal Reports*, vol. 3 (Cambridge, Grotius, 1984), p. 23.

общими принципами права, касающимися удовлетворения совместных требований.

### *Статья 6. Множественное гражданство и требование, предъявляемое к государству гражданства*

**Государство гражданства не может осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица против государства, гражданином которого это лицо также является, если только гражданство первого государства не является преобладающим как на момент причинения вреда, так и в день официального предъявления требования.**

*Комментарий*

1) В статье 6 решается вопрос об осуществлении дипломатической защиты в отношении лица государством гражданства против государства, гражданином которого это лицо также является. Если в статье 5, где речь идет о требовании государства, гражданином которого является лицо с двойным или множественным гражданством, предъявляемом государству, гражданином которого это лицо не является, не содержится требования о наличии эффективной связи между государством, предъявляющим требование, и гражданином, то в статье 6 требуется, чтобы предъявляющее требование государство доказывало, что его гражданство является преобладающим как на момент причинения вреда, так и в день официального предъявления требования.

2) В прошлом широкой поддержкой пользовалась норма о неответственности, согласно которой одно государство гражданства не может предъявлять требование в отношении лица с двойным гражданством против другого государства гражданства. В статье 4 Гаагской конвенции 1930 года предусматривается следующее: "Государство не может предоставлять дипломатическую защиту одному из своих граждан против государства, гражданством которого такое лицо также обладает"[341]. В позднейших предложениях по кодификации использовался схожий подход[342], и, кроме того, эта позиция получила поддержку в решениях арбитражных судов[343]. В 1949 году в своем консультативном заключении по делу *Reparation for Injuries* МС охарактеризовал практику государств, заключающуюся в отказе от защиты своих граждан против другого государства гражданства, как "обычную практику"[344].

3) Однако еще до 1930 года в арбитражных решениях получила поддержку иная позиция, согласно которой государство доминирующего или эффективного гражданства может предпринимать процессуальные действия в отношении гражданина против другого государства гражданства[345]. На это решение сослался МС в другом контексте в деле *Nottebohm*[346], и эта его позиция была явно поддержана Итало-американской согласительной комиссией в решении по иску *Mergé* в 1955 году. В этом случае комиссия заявила следующее:

> Основанный на суверенном равенстве государств принцип, который исключает дипломатическую защиту в случаях двойного гражданства, должен уступить место принципу эффективного гражданства, когда таковым является гражданство государства-истца. Однако он не должен уступать место в том случае, когда такое преобладание не доказано, поскольку первый из этих двух принципов является общепризнанным и может служить в качестве критерия для практического применения в целях устранения любой возможной неопределенности[347].

В своем заключении Согласительная комиссия заявила, что принцип эффективного гражданства и концепция доминирующего гражданства просто-напросто являются двумя сторонами одной медали. Принятая таким об-

---

[341] См. также подпункт *a* статьи 16 Гарвардского проекта 1929 года конвенции об ответственности государств за вред, причиненный на их территории личности или имуществу иностранцев, *AJIL*, vol. 23, special supplement (vol. 2) (April 1929), p. 133, at p. 200 (воспроизводится в *Ежегоднике.., 1956 год,* том II, документ A/CN.4/96, приложение 9, стр. 229, на стр. 230 англ.текста).

[342] См. пункт 5 статьи 23 Гарвардского проекта 1960 года конвенции о международной ответственности государств за вред, причиненный экономическим интересам иностранцев (сноска 337, выше); и подпункт *a* статьи 4 резолюции о национальном характере международного иска, предъявляемого государством за ущерб, причиненный частному лицу, принятой Институтом международного права на его варшавской сессии в 1965 году (там же).

[343] См. дело *Executors of R.S.C.A. Alexander* v. *United States* (1898 год) (United States – British Claims Commission), J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, vol. III (Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1898), p. 2529; дело *Oldenbourg,* decision No.11 of 19 December 1929, UNRIAA, vol. V (Sales No. 1952.V.3), pp. 74 and 204, или *Decisions and Opinions of the Commissioners*, 5 October 1929 to 15 February 1930 (London, H. M. Stationery Office, 1931), p. 97; дело *Honey* (British – Mexican Claims Commission), decision No. 23 of 26 March 1931, UNRIAA, vol. V, p. 133, или *Further Decisions and Opinions of the Commissioners*, subsequent to 15 February 1930 (London, H. M. Stationery Office, 1933), p. 13; и дело *Adams and Blackmore* (British-Mexican Claims Commission), decision No. 69 of 3 July 1931, UNRIAA, vol. V, p. 216.

[344] *Reparation for Injuries* (см. сноску 250, выше), p. 186.

[345] Дело *Drummond*, 2 Knapp, Privy Council I, p. 295, *The English Reports*, vol. 12 (Edinburgh/London, William Green and Sons/Stevens and Sons, 1901), p. 492; дела *Mathison, Stevenson* (British-Venezuelan Mixed Claims Commission), *Brignone* и *Miliani* (Italian-Venezuelan Mixed Claims Commission), UNRIAA, vol. IX (Sales No. 59.V.5), pp. 485 and 494, and vol. X (Sales No. 60.V.4), pp. 542 and 584, соответственно, или J. H. Ralston, ed., *Venezuelan Arbitrations of 1903* (Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1904), pp. 429–438, 710, 754–761, 438–455, 710–720 and 754–762, соответственно; дело *Carnevaro* (Italy *v*. Peru) (Permanent Court of Arbitration), decision of 3 May 1912, UNRIAA, vol. XI (Sales No. 61.V.4), p. 397, или J. B. Scott, ed., *The Hague Court Reports* (New York, Oxford University Press, 1916), p. 284; дело *Hein*, case no. 148 (1922) (Anglo-German Mixed Arbitral Tribunal), J. F. Williams and H. Lauterpacht, eds., *Annual Digest of Public International Law Cases 1919 to 1922* (London, Longman, 1932), p. 216; дело *Blumenthal* (1923) (French-German Mixed Arbitral Tribunal), *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix,* tome 3 (Paris, Sirey, 1924), p. 616; дело *de Montfort*, case no. 206 (1926) (French-German Mixed Arbitral Tribunal), *Annual Digest of Public International Law Cases 1925 to 1926* (сноска 336, выше), p. 279*;* дела *Pinson*, cases no. 194 and 195 (1928) (French-Mexican Mixed Claims Commission), там же, pp. 297–301, или UNRIAA, vol. V (Sales No. 1952.V.3), p. 327; дело *Tellech* (1928) (United States–Austria–Hungary Tripartite Claims Commission), UNRIAA, vol. VI (Sales No. 1955.V.3), pp. 248–250.

[346] См. сноску 302, выше, pp. 22-23. В деле *Nottebohm* речь не шла о двойном гражданстве, однако Суд получил поддержку для своего заключения о том, что у Ноттебома не было эффективной связи с Лихтенштейном при принятии судебных решений, таких, о которых говорится в сноске 345, выше.

[347] *Mergé*, UNRIAA (см. сноску 339, выше), p. 247.

разом норма применялась Согласительной комиссией подряд более чем в 50 делах, связанных с бипатридами[348]. Опираясь на эти дела, Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и США применил принцип доминирующего и эффективного гражданства в ряде дел[349]. Другим органом, который поддерживает принцип доминирующего гражданства, является Компенсационная комиссия Организации Объединенных Наций, учрежденная Советом Безопасности для предоставления компенсации за вред, причиненный иракской оккупацией Кувейта[350]. Условие, применяемое Компенсационной комиссией для рассмотрения исков обладающих иракским гражданством бипатридов, заключается в том, что они обязаны иметь bona fide гражданство другого государства[351]. В предложениях по кодификации последнего времени выражена поддержка такого подхода. В своем третьем докладе Комиссии международного права по вопросу о международной ответственности государств Специальный докладчик Гарсия Амадор выразил мнение о том, что: "В случаях двойного или множественного гражданства право предъявить иск осуществляется только государством, с которым иностранец имеет более сильные и подлинные правовые и иные связи"[352]. Схожее мнение выразил Оррего Викунья в своем докладе шестьдесят девятой конференции Ассоциации международного права[353].

4) Комиссия придерживается того мнения, что принцип, разрешающий государству доминирующего или эффективного гражданства предъявлять требование другому государству гражданства, отражает позицию, сложившуюся в настоящее время в обычном международном праве. Кроме того, этот принцип совместим с наблюдаемой в международном праве прав человека тенденцией оказания правовой защиты лицам даже против государства, гражданами которого они являются. Этот вывод и реализуется в статье 6.

5) Авторитетные юристы используют термин "эффективное" или "доминирующее" гражданство для описания требуемой связи между предъявляющим требование государством и его гражданином в ситуациях, когда одно государство гражданства предъявляет требование другому государству гражданства. Комиссия приняла решение не использовать ни одно из этих слов для описания требуемой связи и использовать вместо них термин "преобладающее", поскольку этот термин вносит элемент относительности и указывает на то, что у данного гражданина более прочные связи с одним государством, нежели с другим. От суда, рассматривающего этот вопрос, требуется сравнить весомость конкурирующих гражданств, и суть такой попытки сравнения более точно передается применительно к гражданству термином "преобладающее" нежели словами "эффективное" или "доминирующее". К тому же, этот термин был использован Итало-американской согласительной комиссией при рассмотрении иска *Mergé*, который можно считать исходной точкой становления нынешней обычной нормы[354].

6) Комиссия не пытается обрисовать факторы, которые необходимо учитывать при решении вопроса о том, какое гражданство является преобладающим. Авторитетные юристы указывают, что к числу подобных факторов относятся обычное местожительство, период времени, проведенный в каждой стране гражданства, дата натурализации (то есть время, проведенное в качестве гражданина предоставляющего защиту государства до предъявления требования); место, программа и язык обучения; работа и финансовые интересы; место проживания семьи; семейные связи в каждой стране; участие в социальной и общественной жизни; использование языка; уплата налогов, наличие банковского счета, социальное страхование; посещение другого государства гражданства; наличие и использование паспорта другого государства; военная служба. Ни за одним из этих факторов не признается решающая роль, и вес, придаваемый каждому фактору, меняется в зависимости от обстоятельств дела.

7) Статья 6 представляет собой предложение со сказуемым в отрицательной форме: "Государство гражданства *не может* осуществлять дипломатическую защиту …, *если только* гражданство первого государства *не* является преобладающим". Это сделано для того, чтобы показать, что охватываемые в статье 6 обстоятельства следует рассматривать как исключения. Это также дает ясно понять, что бремя доказывания преобладающего характера гражданства ложится на государство, предъявляющее требование.

8) Основное возражение против возможности предъявления требования одним государством гражданства другому государству гражданства состоит в том, что это может позволить государству, с которым у гражданина сложились отношения преимущественного гражданства после причинения вреда другим государством гражданства, предъявлять требование этому государству. Это возражение преодолевается требованием о том, что гражданство предъявляющего требование государства

---

[348] См., например, дело *Spaulding* (1956), UNRIAA, vol. XIV (Sales No. 65.V.4), p. 292, или *ILR* (1957), vol. 24 (1961), p. 452; дело *Zangrilli* (1956), UNRIAA, vol. XIV, p. 294, или *ILR*, vol. 24, p. 454; дело *Cestra* (1957), UNRIAA, vol. XIV, p. 307, или *ILR*, vol. 24, p. 454; дело *Salvoni* (1957), UNRIAA, vol. XIV, p. 311, или *ILR*, vol. 24, p. 455; дело *Ruspoli-Droutzkoy* (1957), UNRIAA, vol. XIV, p. 314, или *ILR*, vol. 24, p. 457; дело *Puccini* (1957), UNRIAA, vol. XIV, p. 314, или *ILR*, vol. 24, p. 454; дело *Turri* (1960), *ILR*, vol. 30 (1966), p. 371; дело *Graniero* (1959), UNRIAA, vol. XIV, p. 393, или *ILR*, vol. 30, p. 351; дело *Ganapini* (1959), UNRIAA, vol. XIV, p. 400, или *ILR*, vol. 30, p. 366; и дело *Di Ciccio* (1962), *ILR*, vol. 40 (1970), p. 148.

[349] См., в частности, дело *Esphahanian* v. *Bank Tejarat* (1983), *Iran–United States Claims Tribunal Reports*, vol. 2 (Cambridge, Grotius, 1984), p. 157, at p. 166; и case No. A/18 (1984), *ibid*., 1985, vol. 5, p. 251.

[350] Резолюция Совета Безопасности 692 (1991) от 20 мая 1991 года.

[351] Решение 7 Совета управляющих Компенсационной комиссии от 16 марта 1992 года, "Критерии для дополнительных категорий исков" (S/AC.26/1991/7/Rev.1), пункт 11.

[352] Пункт 3 статьи 21 проекта о международной ответственности государства за вред, причиненный на его территории личности или имуществу иностранцев (см. сноску 337, выше).

[353] "The Changing Law of Nationality of Claims", interim report, International Law Association, *Report of the Sixty-ninth Conference* (см. сноску 262, выше), para. 11, p. 646.

[354] См. сноску 339, выше.

должно быть преобладающим как на момент причинения вреда, так и в день официального предъявления требования. Это требование перекликается с утверждаемым в пункте 1 статьи 4 принципом в отношении непрерывного гражданства. Содержание выражений "на момент причинения вреда" и "в день официального предъявления требований" раскрывается в комментарии к этой статье. Исключение из нормы непрерывного гражданства, допускаемое в пункте 2 статьи 4, в данном случае неприменимо, поскольку упоминаемое в статье 6 лицо, которому был причинен вред, не утратит своего другого гражданства.

### *Статья 7 [8]. Лица без гражданства и беженцы*

**1. Государство может осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица без гражданства, которое в момент причинения вреда и в день официального предъявления требования законно и обычно проживает в этом государстве.**

**2. Государство может осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица, которое признано этим государством в качестве беженца, если это лицо в момент причинения вреда и в день официального предъявления требования законно и обычно проживает в этом государстве.**

**3. Пункт 2 не применяется в отношении вреда, причиненного международно-противоправным деянием государства гражданства беженца.**

*Комментарий*

1) По общему правилу государство могло осуществлять дипломатическую защиту лишь в отношении своих граждан. В 1931 году Американо-мексиканская комиссия по урегулированию претензий в решении по делу *Dickson Car Wheel Company* постановила, что на лицо без гражданства дипломатическая защита распространяться не может, заявив следующее:

> Государство… не совершает международного правонарушения, нанося ущерб апатриду, и, следовательно, ни одно государство не имеет права вмешиваться или предъявлять жалобу от его имени ни до того, ни после того, как был нанесен ущерб[355].

Современное международное право отражает озабоченность в отношении статуса лиц, принадлежащих к обеим категориям. Об этом свидетельствуют такие конвенции, как Конвенция о сокращении безгражданства 1961 года и Конвенция о статусе беженцев 1951 года.

2) Статья 7, представляющая собой попытку прогрессивного развития права, отступает от традиционной нормы, согласно которой только граждане могут пользоваться дипломатической защитой, и разрешает государству осуществить дипломатическую защиту в отношении негражданина в тех случаях, когда указанное лицо является лицом без гражданства или беженцем. Хотя Комиссия действует не выходя за рамки норм, регулирующих положение апатридов и беженцев, она не делает попытки высказать свое суждение о статусе таких лиц. Ее интересует лишь вопрос об осуществлении дипломатической защиты таких лиц.

3) В пункте 1 речь идет о дипломатической защите лиц без гражданства. В ней не содержится определения понятия "лицо без гражданства". Такое определение можно, однако, найти в статье 1 Конвенции о статусе апатридов, в которой "апатрид" определяется как "лицо, которое не рассматривается гражданином каким-либо государством в силу его закона". Это определение может, вне всяких сомнений, рассматриваться как приобретшее характер общей нормы. Государство может осуществлять дипломатическую защиту в отношении такого лица независимо от того, по каким причинам это лицо оказалось в положении апатрида, при условии, что указанное лицо законно и обычно проживало в этом государстве как в момент причинения вреда, так и в день официального предъявления требования.

4) Одновременное требование о законном проживании и обычном проживании устанавливает высокий порог[356]. Если, по мнению некоторых членов Комиссии, этот порог является слишком высоким и может приводить к ситуации отсутствия эффективной защиты для заинтересованного лица, то большинство членов Комиссии сошлись на том, что сочетание законного проживания и обычного проживания приближается к требованию об эффективности, о которой говорят применительно к гражданству, и представляется оправданным в случае исключительной меры, вводимой de lege ferenda.

5) Содержащиеся в статье 4 временны́е требования, касающиеся предъявления требования, повторяются в пункте 1. Лицо без гражданства должно законно и обычно проживать в предъявляющем требование государстве как в момент причинения вреда, так и в день официального предъявления требования. Таким образом обеспечивается то, что в отношении неграждан действуют те же самые нормы, что и в отношении граждан, в том что касается временны́х требований относительно предъявления требования.

6) В пункте 2 речь идет о дипломатической защите беженцев государством, в котором они проживают. Дипломатическая защита со стороны государства проживания имеет особо важное значение в случае беженцев, поскольку они "не могут пользоваться защитой [государства своей гражданской принадлежности] или не желают пользоваться такой защитой"[357] и, если они делают это, то подвергаются опасности потерять статус беженца в государстве проживания. Формулировка пункта 2 практически воспроизводит формулировку пункта 1. Важные различия между лицами без гражданства и беженцами, как об этом свидетельствует пункт 3,

---

[355] *Dickson Car Wheel Company (U.S.A.)* v. *United Mexican States*, decision of July 1931, UNRIAA, vol. IV (Sales No. 1951.V.1), p. 669, at p. 678.

[356] Использование терминов "законное" и "обычное" в отношении проживания основывается на положениях пункта 4 *g* статьи 6 Европейской конвенции о гражданстве, где они использованы в связи с приобретением гражданства. См. также пункт 3 *c* статьи 21 Гарвардского проекта конвенции о международной ответственности государств за ущерб иностранцам (сноска 337, выше), который включает для целей защиты в соответствии с положениями данной Конвенции "лицо без гражданства, обычно проживающее в этом государстве".

[357] Статья 1.A.2 Конвенции о статусе беженцев.

объясняют, почему Комиссия приняла решение посвятить отдельный пункт каждой категории.

7) Комиссия приняла решение настоять на законном проживании и обычном проживании, как на предварительных условиях осуществления дипломатической защиты беженцев, так и в случае лиц без гражданства, несмотря на то, что в статье 28 Конвенции о статусе беженцев устанавливается более низкий порог в виде "lawfully staying"[358] для Договаривающихся государств при выдаче проездных документов беженцам. При принятии Комиссией такого решения на нее повлияли два фактора. Во-первых, тот факт, что выдача проездных документов, согласно положениям Конвенции, никоим образом не наделяет их держателей правом на дипломатическую защиту[359]. Во-вторых, необходимость установления высокого порога при допущении исключения из традиционной нормы de lege ferenda. Ряд членов Комиссии утверждали, что порог законного и обычного проживания в качестве предварительных условий осуществления дипломатической защиты является слишком высоким в случае как апатридов, так и беженцев[360].

8) Использованное в пункте 2 понятие "беженец" не ограничивается в своем охвате только беженцами в том понимании термина, в каком он употреблен в Конвенции о статусе беженцев и в Протоколе, касающемся статуса беженцев, а призвано охватить дополнительно и лиц, которые не соответствуют точному значению этого определения. Комиссия рассматривала вопрос о том, чтобы использовать выражение "признанные беженцы", которое встречается в пункте 4 *g* статьи 6 Европейской конвенции о гражданстве, благодаря чему понятие было бы расширено и охватывало беженцев, признаваемых в этом качестве такими региональными договорами, как Конвенция ОАЕ, регулирующая конкретные аспекты проблем беженцев в Африке[361], многими расцениваемая как образец документа о международной защите беженцев[362], и Картахенская декларация о беженцах[363]. Однако Комиссия предпочла не вводить каких-либо ограничений данного понятия, с тем чтобы дать государству возможность осуществлять дипломатическую защиту в отношении любого лица, которое оно рассматривает как беженца и обращается с ним соответствующим образом. Это будет иметь особое значение для беженцев в государствах, не являющихся участниками имеющихся международных и региональных договоров.

9) В пункте 2 повторяются содержащиеся в статье 4 временные требования к предъявлению претензии. Беженец должен законно и обычно проживать в предъявляющем требование государстве как в момент причинения вреда, так и в день официального предъявления требования.

10) В пункте 3 предусматривается, что государство, принявшее беженца, не может осуществлять дипломатическую защиту в отношении беженца против государства гражданства беженца. Возможность осуществления такой защиты противоречила бы основному используемому в настоящих статьях подходу, согласно которому гражданство является преобладающей основой для осуществления дипломатической защиты. Включение этого пункта оправдано также и политическими соображениями. Большинство беженцев имеют серьезные основания для обжалования обращения с ними, применявшегося в их государстве гражданства, откуда они спасались бегством, чтобы не быть жертвами преследований. Разрешить дипломатическую защиту в подобных случаях значило бы открыть шлюзы для нескончаемого потока международных судебных споров. Кроме того, опасность требований о принятии подобных мер со стороны беженцев может удерживать государства от приема беженцев.

11) Как в пункте 1, так и в пункте 2 предусматривается, что государство, принявшее беженца, "*может* осуществлять дипломатическую защиту". Этим подчеркивается дискреционная природа этого права. Согласно международному праву, государство обладает дискреционным правом решать вопрос о том, осуществлять ли дипломатическую защиту в отношении гражданина[364]. С тем большим основанием оно имеет дискреционное право решать вопрос о том, осуществлять ли такую защиту в отношении апатрида или беженца.

12) Комиссия подчеркивает, что статья 7 посвящена лишь дипломатической защите апатридов и беженцев. Она *не* связана с вопросами приема таких лиц в гражданство. Осуществление дипломатической защиты в отношении апатридов или беженцев не может и не должно рассматриваться как дающее основание для законных ожиданий в отношении приема в гражданство. Из статьи 28 Конвенции о статусе беженцев, при прочтении ее совместно с пунктом 15 прилагаемых к ней правил, становится ясно, что выдача проездного документа беженцу никоим образом не затрагивает гражданства держателя этого документа. С тем большим основанием надлежит считать, что осуществление дипломатической защиты в отношении беженца или лица без гражданства никоим образом не может быть истолковано как влияющее на гражданство защищаемого лица.

---

[358] Из материалов подготовительной работы для принятия Конвенции ясно следует, что "stay" означает нечто меньшее, чем длительное проживание.

[359] См. пункт 16 Комментария к Конвенции.

[360] См. пункт 4 комментария к данному проекту статьи, выше.

[361] В этой Конвенции используется более широкое определение понятия "беженец", включающее "любое лицо, которое в силу внешней агрессии, оккупации, иностранного господства или событий, серьезным образом нарушающих общественный порядок в любой части или на всей территории его страны происхождения или гражданства, вынуждено покинуть свое место обычного проживания, с тем чтобы найти убежище в другом месте за пределами его страны происхождения или гражданства".

[362] См. записку о международной защите, представленную Верховным комиссаром Организации Объединенных Наций по делам беженцев (A/AC.96/830), пункт 35, стр. 17 английского текста.

[363] Принята на Семинаре по международной защите беженцев в Центральной Америке, Мексике и Панаме: правовые и гуманитарные проблемы, состоявшемся в Картахене, Колумбия, 19-22 ноября 1984 года; текст содержащихся в декларации выводов приводится в документе OEA/Ser.L/V/II.66 doc. 10, rev. 1. Генеральная ассамблея ОАГ, пятнадцатая очередная сессия (1985 год), резолюция, принятая Генеральной комиссией на ее пятой сессии 7 декабря 1985 года.

[364] См. статью 2 и комментарий к ней.