Глава IV

ДИПЛОМАТИЧЕСКАЯ ЗАЩИТА

A. Введение

38. 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[8]. 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 сферу охвата 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 Генеральной Ассамблеи учредила на своем 2477-м заседании Рабочую группу по этой теме[9]. Рабочая группа представила на этой же сессии доклад, который был принят Комиссией[10]. Рабочая группа попыталась: *a*) выяснить, насколько это возможно, сферу охвата темы; и *b*) выявить вопросы, которые должны быть исследованы в рамках темы. Рабочая группа предложила план рассмотрения темы, который, как рекомендовала Комиссия, должен был стать основой для представления предварительного доклада Специального докладчика[11].

39. На своей сорок девятой сессии Комиссия назначила г-на Мохамеда Беннуну Специальным докладчиком по данной теме[12].

40. Генеральная Ассамблея в пункте 8 своей резолюции 52/156 от 15 декабря 1997 года одобрила решение Комиссии о включении в свою повестку дня темы "Дипломатическая защита".

41. На своей пятидесятой сессии в 1998 году Комиссия рассмотрела предварительный доклад Специального докладчика[13]. На той же сессии Комиссия учредила Рабочую группу открытого состава для рассмотрения возможных выводов, которые могли бы быть сделаны на основе обсуждения относительно подхода к этой теме[14].

42. На своей пятьдесят первой сессии в 1999 году Комиссия назначила г-на Кристофера Джона Роберта Дугарда Специальным докладчиком по данной теме[15] после того, как г-н Беннуна был избран судьей Международного трибунала по бывшей Югославии.

43. На своей пятьдесят второй сессии в 2000 году Комиссия рассмотрела первый доклад Специального докладчика[16]. 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[17]. Впоследствии Комиссия постановила передать проекты статей 1, 3, 5, 6, 7 и 8 Редакционному комитету вместе с докладом об итогах неофициальных консультаций.

44. На своей пятьдесят третьей сессии в 2001 году Комиссия рассмотрела оставшуюся часть первого доклада Специального докладчика, а также его второй доклад[18]. 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 этой же сессии Комиссия постановила передать проекты статей 9, 10 и 11 в Редакционный комитет.

45. На этой же сессии Комиссия учредила неофициальную консультативную группу открытого состава под руководством Специального докладчика по статье 9.

46. На пятьдесят четвертой сессии в 2002 году Комиссии были представлены оставшаяся часть второго доклада Специального докладчика, касающаяся проектов статей 12 и 13, а также его третий доклад[19], охватывающий статьи 14–16. На этой же сессии Комиссия постановила передать пункты *a*, *b*, *d* (для рассмотрения сов-

---

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

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

[10] Там же, стр. 68, пункт 171.

[11] Там же, стр. 70–71, пункты 189–190.

[12] Там же, стр. 71, пункт 190.

[13] *Ежегодник.., 1998 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/484, стр. 359.

[14] Выводы Рабочей группы содержатся там же, том II (часть вторая), стр. 56–57, пункт 108.

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

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

[17] Доклад об итогах неофициальных консультаций содержится там же, том II (часть вторая), стр. 101, пункт 495.

[18] *Ежегодник.., 2001 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/514 и Corr.1.

[19] *Ежегодник.., 2002 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/523 и Add.1, стр. 59.

местно с пунктом *a*) и *e* проекта статьи 14 в Редакционный комитет. Далее она также постановила передать пункт *c* проекта статьи 14 в Редакционный комитет для его рассмотрения совместно с пунктом *a*.

47. Также на этой сессии Комиссия рассмотрела доклад Редакционного комитета по проектам статей 1–7 [8]. Она приняла статьи 1–3 [5], 4 [9], 5 [7], 6 и 7 [8]. Кроме того Комиссия приняла комментарии к вышеперечисленным проектам статей[20].

48. Комиссия также учредила неофициальную консультативную группу открытого состава по вопросу о дипломатической защите экипажей, а также дипломатической защите корпораций и акционеров под председательством Специального докладчика.

49. На пятьдесят пятой сессии в 2003 году Комиссии был представлен четвертый доклад Специального докладчика[21]. Комиссия рассмотрела первую часть доклада, касающуюся проектов статей 17–20, на своих 2757-2762-м, 2764-м и 2768-м заседаниях, состоявшихся соответственно 14–23 мая и 28 мая и 5 июня 2003 года. Впоследствии она рассмотрела вторую часть доклада, касающуюся проектов статей 21 и 22, на своих 2775-2777-м заседаниях, состоявшихся 15, 16 и 18 июля 2003 года.

50. На своем 2762-м заседании Комиссия постановила учредить Рабочую группу открытого состава под председательством Специального докладчика по пункту 2 статьи 17[22]. Комиссия рассмотрела доклад Рабочей группы на своем 2764-м заседании.

51. На своем 2764-м заседании Комиссия постановила передать в Редакционный комитет статью 17, предложенную Рабочей группой[23], и статьи 18–20. Впоследствии на своем 2777-м заседании Комиссия также постановила передать статьи 21 и 22 Редакционному комитету.

52. Комиссия рассмотрела доклад Редакционного комитета по проектам статей 8 [10], 9 [11] и 10 [14] на своем 2768-м заседании. На том же заседании она приняла в предварительном порядке проекты статей 8 [10], 9 [11] и 10 [14][24].

B. Рассмотрение темы на текущей сессии

53. На нынешней сессии Комиссии был представлен пятый доклад Специального докладчика (A/CN.4/538). Комиссия рассмотрела этот доклад на своих 2791-2796-м заседаниях, состоявшихся 3–11 мая 2004 года.

54. В ходе рассмотрения пятого доклада Комиссия просила Специального докладчика рассмотреть вопрос о том, имеет ли доктрина "чистых рук" отношение к теме дипломатической защиты, и если имеет, то стоит ли отражать ее в виде статьи. Специальный докладчик подготовил меморандум по данному вопросу, однако Комиссия не имела времени для его рассмотрения и постановила вернуться к этому вопросу на своей следующей сессии.

55. На своем 2794-м заседании 6 мая 2004 года Комиссия решила передать проект стать 26 вместе с альтернативной формулировкой проекта статьи 21, предложенной Специальным докладчиком, в Редакционный комитет. Комиссия далее постановила на своем 2796-м заседании, что Редакционный комитет рассмотрит возможность разработки положения о связи защиты экипажей судов с дипломатической защитой.

56. Комиссия рассмотрела доклад Редакционного комитета (A/CN.4/L.647) на своем 2806-м заседании 28 мая 2004 года и приняла в первом чтении свод из 19 проектов статей о дипломатической защите (см. раздел C ниже).

57. На том же заседании Комиссия решила в соответствии со статьями 16 и 21 положения о своей работе препроводить проекты статей (там же) через Генерального секретаря правительствам для получения от них комментариев и замечаний, с просьбой представить такие комментарии и замечания Генеральному секретарю к 1 января 2006 года.

58. На своем 2827-м заседании 3 августа 2004 года Комиссия высоко оценила выдающийся вклад двух Специальных докладчиков – г-на Мохаммеда Беннуны и г-на Джона Дугарда – в разработку данной темы благодаря их научной работе и богатому опыту, что позволило Комиссии успешно завершить первое чтение проектов статей о дипломатической защите.

C. Тексты проектов статей о дипломатической защите, принятые Комиссией в первом чтении

1. Тексты проектов статей

59. Ниже воспроизводятся тексты проектов статей, принятые Комиссией в первом чтении.

ДИПЛОМАТИЧЕСКАЯ ЗАЩИТА

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ

ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 1. Определение и сфера применения

Дипломатическая защита состоит из дипломатических мер или применения других средств мирного урегулирования со стороны государства, выступающего от собственного имени в интересах физического лица, являющегося его гражданином, или юридического лица, имеющего его национальность, в связи с причинением вреда этому лицу в результате международно-противоправного деяния другого государства.

---

[20] Там же содержится текст проектов статей с комментариями, том II (часть вторая), глава V, раздел C, стр. 79–90, пункты 280–281.

[21] *Ежегодник.., 2003 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/530 и Add.1.

[22] Там же, том II (часть вторая), стр. 30, пункты 90–92.

[23] Там же, пункт 92.

[24] Там же содержится текст проектов статей с комментариями, стр. 41–48, пункт 153.

Статья 2. Право осуществлять дипломатическую защиту

Государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту в соответствии с настоящими проектами статей.

ЧАСТЬ ВТОРАЯ

ГРАЖДАНСТВО И НАЦИОНАЛЬНОСТЬ

ГЛАВА I

ОБЩИЕ ПРИНЦИПЫ

Статья 3. Защита со стороны государства гражданства или национальности

1. Государством, которое имеет право осуществлять дипломатическую защиту, является государство гражданства физического лица или национальности юридического лица.

2. Независимо от положений пункта 1, дипломатическая защита может осуществляться в отношении негражданина в соответствии с проектом статьи 8.

ГЛАВА II

ФИЗИЧЕСКИЕ ЛИЦА

Статья 4. Государство гражданства физического лица

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 5. 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 требования.

2. Независимо от положений 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 6. Множественное гражданство и требование, предъявляемое 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 7. Множественное гражданство и требование, предъявляемое государству гражданства

Государство гражданства не может осуществлять дипломатическую защиту в отношении какого-либо 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 8. Лица без гражданства и беженцы

1. Государство может осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица без гражданства, которое на 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 на 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.

ГЛАВА III

ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА

Статья 9. Государство национальности корпорации

Для целей дипломатической защиты корпораций государство национальности означает государство, по праву которого корпорация была учреждена и на территории которого она имеет свое зарегистрированное отделение или месторасположение правления или некоторую сходную связь.

Статья 10. Непрерывная национальность корпорации

1. Государство вправе осуществлять дипломатическую защиту в отношении корпорации, которая имела национальность этого государства на момент причинения вреда и имеет национальность этого государства в день официального предъявления требования.

2. Независимо от положений пункта 1, государство продолжает иметь право осуществлять дипломатическую защиту в отношении корпорации, которая имела национальность этого государства на момент причинения вреда и которая в результате причинения вреда прекратила свое существование в соответствии с правом этого государства.

Статья 11. Защита акционеров

Государство гражданства или национальности акционеров корпорации не имеет права осуществлять дипломатическую защиту от имени таких акционеров в связи с причинением вреда корпорации, за исключением случаев, когда:

***a*) корпорация прекратила свое существование в соответствии с правом государства инкорпорации по причине, не имеющей отношения к причинению вреда; или**

***b*) корпорация в момент причинения вреда имела национальность государства, предположительно несущего ответственность за причинение вреда, и инкорпорация по праву этого государства требовалась им в качестве предварительного условия для ведения в нем дел.**

Статья 12. Прямой вред акционерам

В той мере в какой международно-противоправное деяние государства наносит прямой вред правам акционеров как таковым, в отличие от прав самой корпорации, государство гражданства или национальности любых таких акционеров вправе осуществлять в отношении них дипломатическую защиту.

Статья 13. Другие юридические лица

Принципы, содержащиеся в проектах статей 9 и 10 в отношении корпораций, применяются mutatis mutandis к дипломатической защите других юридических лиц.

ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ

ВНУТРЕННИЕ СРЕДСТВА ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ

Статья 14. Исчерпание внутренних средств правовой защиты

1. Государство не может выдвигать международное требование в связи с причинением вреда лицу, имеющему его гражданство или национальность, или другому лицу, упомянутому в проекте статьи 8, до того как лицо, которому причинен вред, с учетом проекта статьи 16 исчерпало все внутренние средства правовой защиты.

2. "Внутренние средства правовой защиты" означают средства правовой защиты, которые доступны лицу, которому причинен вред, в судах или административных судах или органах, будь то обычных или специальных, предположительно несущего ответственность государства.

Статья 15. Категория требований

Внутренние средства правовой защиты должны быть исчерпаны, если международное требование или ходатайство о вынесении декларативного решения, связанного с этим требованием, выдвигается государством преимущественно на основе вреда, причиненного лицу, являющемуся его гражданином или имеющим его национальность, или другому лицу, упомянутому в проекте статьи 8.

Статья 16. Исключения из правила о внутренних средствах правовой защиты

Не требуется исчерпания внутренних средств правовой защиты, когда:

***a*) внутренние средства правовой защиты не дают никакой разумной возможности эффективного возмещения;**

***b*) существует необоснованная задержка в процессе осуществления правовой защиты, которая присваивается предположительно несущему ответственность государству;**

***c*) нет никакой относящейся к делу связи между лицом, которому причинен вред, и предположительно несущим ответственность государством или обстоятельства дела иным образом делают исчерпание внутренних средств правовой защиты неразумным;**

***d*) государство, предположительно несущее ответственность, отказалось от требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты.**

ЧАСТЬ ЧЕТВЕРТАЯ

РАЗЛИЧНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 17. Действия или процедуры, иные, нежели дипломатическая защита

Настоящие проекты статей не наносят ущерба правам государств, физических лиц или других субъектов осуществлять действия или процедуры по международному праву, иные, нежели дипломатическая защита, для обеспечения возмещения вреда, причиненного в результате международно-противоправного деяния.

Статья 18. Специальные договорные положения

Настоящие проекты статей не применяются, если и в той мере в какой они несовместимы со специальными договорными положениями, включая положения, касающиеся разрешения споров между корпорациями или акционерами корпорации и государствами.

Статья 19. Экипажи судов

Право государства гражданства членов экипажа судна на осуществление дипломатической защиты от их имени не затрагивается правом государства национальности судна добиваться возмещения от имени таких членов экипажа, независимо от их гражданства, если им был причинен вред в ходе нанесения ущерба судну вследствие международно-противоправного деяния.

2. Тексты проектов статей с комментариями к ним

60. Ниже воспроизводятся тексты проектов статей о дипломатической защите с комментариями к ним, принятые в первом чтении Комиссией на ее пятьдесят шестой сессии.

ДИПЛОМАТИЧЕСКАЯ ЗАЩИТА

1) Разработка проектов статей о дипломатической защите первоначально рассматривалась как часть исследования по теме ответственности государств. Фактически, первым Специальным докладчиком по теме ответственности государств г-ном Гарсией Амадором в его доклады, представлявшиеся в период с 1956 по 1961 год[25], включались отдельные проекты статей по этому вопросу. В последующей работе по кодификации ответственности государств дипломатической защите уделялось мало внимания, и в заключительных проектах статей по этому вопросу со всей определенностью заявляется, что два основных аспекта дипломатической защи-

[25] Первый доклад: *Ежегодник.., 1956 год*, том II, документ A/CN.4/96, стр. 173 англ. текста; второй доклад: *Ежегодник.., 1957 год*, том II, документ A/CN.4/106, стр. 104 англ. текста; третий доклад, *Ежегодник.., 1958 год*, том II, документ A/CN.4/111, стр. 47 англ. текста; четвертый доклад, *Ежегодник.., 1959 год*, том II, документ A/CN.4/119, стр. 1 англ. текста; пятый доклад, *Ежегодник.., 1960 год*, том II, документ A/CN.4/125, стр. 41 англ. текста; и шестой доклад, *Ежегодник.., 1961 год*, том II, документ A/CN.4/134 и Add. 1, стр. 1 англ. текста.

ты – государственная принадлежность требований и исчерпание внутренних средств правовой защиты – будут рассмотрены Комиссией отдельно[26]. Тем не менее между проектами статей об ответственности государств и настоящими проектами статей существует тесная связь. Многие из принципов, содержащихся в проектах статей об ответственности государств, имеют отношение к дипломатической защите и поэтому не повторяются в настоящих проектах статей. Это особенно верно в отношении положений, регулирующих правовые последствия международно-противоправного деяния. Государство, ответственное за причинение вреда иностранному физическому или юридическому лицу, обязано прекратить противоправное поведение и в полном объеме возместить государству гражданства или национальности указанного лица вред, причиненный международно-противоправным деянием. Такое возмещение может принимать форму реституции, компенсации или сатисфакции, будь то отдельно или в их сочетании. Все эти вопросы разрешаются в проектах статей об ответственности государств[27]. Некоторые члены Комиссии высказали мнение о том, что в настоящих проектах статей следует отразить правовые последствия дипломатической защиты и что не следует уделять основное внимание приемлемости требований.

2) Дипломатическая защита относится к теме "Обращение с иностранцами". При этом не делается попытки рассматривать имеющие отношение к этой теме первичные нормы, т.е. нормы, регулирующие обращение с иностранцами и их имуществом, нарушение которых приводит к наступлению ответственности перед государством гражданства или национальности, которому причинен вред. Вместо этого настоящие проекты статей ограничиваются лишь вторичными нормами, т.е. нормами, имеющими отношение к условиям, которые должны быть соблюдены в целях предъявления требования о дипломатической защите. В общем и целом речь идет о нормах, регулирующих вопросы приемлемости требований. Статья 44 проектов статей об ответственности государств гласит:

> "Призвание государства к ответственности не может быть осуществлено, если:
>
> *a*) требование предъявлено не в соответствии с применимыми нормами о государственной принадлежности требований;
>
> *b*) к требованию применяется норма об исчерпании внутренних средств правовой защиты, а все доступные и эффективные внутренние средства правовой защиты не были исчерпаны"[28].

Настоящие проекты статей наделяют содержанием это положение за счет разработки норм, имеющих отношение к государственной принадлежности требований и исчерпанию внутренних средств правовой защиты.

3) В настоящих проектах статей не рассматриваются вопросы защиты агента какой-либо международной организацией, обычно именуемой "функциональной защитой". Хотя между функциональной защитой и дипломатической защитой имеется определенное сходство, существуют также и важные различия. Дипломатическая защита является механизмом, предназначенным для обеспечения возмещения вреда физическому или юридическому лицу государства на основании того принципа, что вред, причиненный такому лицу, является вредом, причиненным самому государству. Функциональная защита, с другой стороны, является институтом содействия эффективному функционированию международной организации путем обеспечения уважения к ее агентам и их независимости. Различия такого рода побудили Комиссию сделать вывод о том, что защита агентов международной организации не подпадает под сферу охвата проектов статей, посвященных дипломатической защите. Ответ на вопрос, может ли государство осуществлять дипломатическую защиту в интересах физического или юридического лица, которое является агентом международной организации, был дан МС в консультативном заключении по делу *Reparation for Injuries*:

> В таком случае нет правовых норм, которые отдают приоритет одной или другой стороне или которые понуждают либо государство, либо Организацию воздерживаться от заявления претензии международного характера. Суд не видит оснований для того, чтобы заинтересованные стороны не должны были изыскать решения в духе доброй воли и здравого смысла…[29].

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ

ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 1. Определение и сфера применения

Дипломатическая защита состоит из дипломатических мер или применения других средств мирного урегулирования со стороны государства, выступающего от собственного имени в интересах физического лица, являющегося его гражданином, или юридического лица, имеющего его национальность, в связи с причинением вреда этому лицу в результате международно-противоправного деяния другого государства.

Комментарий

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

---

[26] *Ежегодник.., 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 147–148 (комментарий по статье 44, сноски 683 и 687).

[27] Статьи 28, 30, 31 и 34-37. Многие положения комментария в отношении компенсации (статья 36) посвящены рассмотрению принципов, применяемых к требованиям, предъявляемым в порядке дипломатической защиты.

[28] *Ежегодник.., 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 30, пункт 76.

[29] *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports,* 1949, p. 174 at pp. 185–186.

2) Согласно международному праву, государство несет ответственность за вред, причиненный иностранцу его противоправным действием или бездействием. Дипломатическая защита является процедурой, используемой государством гражданства или национальности лиц, которым причинен вред, с целью обеспечить защиту этих лиц и получить возмещение 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 наступает ответственность государства за причинение вреда иностранцу. В настоящих проектах статей, как и в проектах статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, сохраняется различие между первичными и вторичными нормами и рассматриваются лишь последние[30].

3) В статье 1 ясно говорится о том, что право на дипломатическую защиту принадлежит государству. Осуществляя дипломатическую защиту, государство выступает от собственного имени в интересах физического или юридического лица в связи с международно-противоправным деянием другого государства. Эта формулировка следует формулировке МС в решении по делу *Interhandel*, где он указал на то, что государство-заявитель "выступило на стороне своего гражданина"[31], чьи права были нарушены. Законный интерес государства в осуществлении дипломатической защиты обусловлен вредом, причиненным его физическим или юридическим лицам в результате международно-противоправного деяния другого государства.

4) В большинстве случаев возможность осуществления дипломатической защиты возникает вследствие связи в виде гражданства или национальности между государством и лицом, которому причинен вред. Этот вопрос рассматривается в статьях 4 и 9. Содержащийся в указанных статьях термин "national" 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 в 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"[32]. 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 одним государством для информирования другого государства о своих мнениях и озабоченности, включая протест и 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 статье 1 четко указывается, как это уже было сделано в общем комментарии[33], что настоящие статьи касаются лишь осуществления дипломатической защиты государством, а не защиты, предоставляемой международной организацией своим агентам, признанной МС в его консультативном заключении по делу *Reparation for Injuries*[34].

7) Дипломатическая защита главным образом охватывает защиту физических или юридических лиц, которые не участвуют в официальной международной деятельности, осуществляемой от имени государства. Такие должностные лица защищаются другими нормами международного права и договорами, такими, как Венская конвенция о дипломатических сношениях и Венская конвенция о консульских сношениях.

Статья 2. Право осуществлять дипломатическую защиту

Государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту в соответствии с настоящими проектами статей.

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 физическому или юридическому лицу, является косвенным вредом, причиненным государству[35]. 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

---

[30] *Ежегодник.., 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 32 (Общий комментарий, пункты 1–3).

[31] *Interhandel Case, Preliminary objections, Judgment, I.C.J. Reports*, 1959, p. 6 at p. 27. См. также *Mavrommatis Palestine Concession*, 1924, *P.C.I.J. Series A*, No. 2.

[32] Дело *Mavrommatis Palestine Concession* (см. сноску выше); *Panevezys-Saldutiskis Railway* case *P.C.I.J. Reports Series A/B, No. 76,* p. 4 at p. 16; и дело *Nottebohm, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1955*, p. 4, at p. 24.

[33] См. Общий комментарий, пункт 3.

[34] См. сноску 29, выше.

[35] "Тот, кто плохо обращается с гражданином, косвенно причиняет вред государству, на котором лежит обязанность защищать этого гражданина", E. de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle* (1758), Washington D.C., Carnegie Institution, 1916, vol. I, book II, chap. VI, p. 136.

разбирательство в его интересах, государство фактически отстаивает свое собственное право – право обеспечить применительно к своим гражданам уважение норм международного права[36].

Эта точка зрения часто подвергается критике как фикция, которую трудно увязать с реалиями дипломатической защиты, требующими наличия непрерывного гражданства для отстаивания дипломатического требования[37], исчерпания внутренних средств правовой защиты потерпевшим лицом и оценки ущерба с учетом вреда, причиненного этому лицу. Тем не менее "принцип Мавромматиса" или "фикция Ваттеля", как стала именоваться концепция, согласно которой вред, причиненный лицу, является вредом, причиненным государству, по-прежнему является краеугольным камнем дипломатической защиты[38].

2) Государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту в интересах физического или юридического лица, но при этом на нем не лежит никакой обязанности или обязательства это делать. Внутреннее право государства может обязывать его осуществлять дипломатическую защиту такого лица[39], 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 внутреннему 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 этой связи оно сохраняет за собой дискреционное полномочие, осуществление которого может определяться соображениями политического или иного характера, не связанными с конкретным делом[40].

Предложение о распространении на государство гражданства или национальности ограниченной обязанности по защите было отклонено Комиссией как выходящее за допустимые пределы прогрессивного развития права[41].

3) Право государства на дипломатическую защиту может осуществляться только в пределах настоящих статей.

[36] *Mavrommatis Concessions in Palestine* (см. сноску 31, выше).

[37] См. текст статьей 5 и 10, выше.

[38] Обсуждение этой концепции и высказанные в ее адрес критические замечания см. первый доклад Специального докладчика по вопросу о дипломатической защите (сноска 16 выше), пункты 61-74.

[39] Анализ национальных законов, касающихся данного вопроса, см. там же, пункты 80-87.

[40] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at p. 44.

[41] См. статью 4 в первом докладе Специального докладчика по вопросу о дипломатической защите (сноска 16, выше). Информацию о ходе проведенных Комиссией прений см. *Ежегодник.., 2002 год*, том II (часть вторая), стр. 106–107, пункты 447-456.

ЧАСТЬ ВТОРАЯ

ГРАЖДАНСТВО

ГЛАВА I

ОБЩИЕ ПРИНЦИПЫ

Статья 3. Защита со стороны государства гражданства или национальности

1. Государством, которое имеет право осуществлять дипломатическую защиту, является государство гражданства физического лица или национальности юридического лица.

2. Независимо от положений пункта 1, дипломатическая защита может осуществляться в отношении негражданина в соответствии с проектом статьи 8.

Комментарий

1) Если в статье 2 закрепляется дискреционное право государства на осуществление дипломатической защиты, то статья 3 провозглашает принцип, согласно которому именно государство гражданства или национальности лица, которому причинен вред, имеет право, но не обязано осуществлять дипломатическую защиту от имени такого лица. В этой статье делается упор на связь в виде гражданства или национальности между государством и лицом, которая наделяет государство правом осуществлять дипломатическую защиту. Эта связь не одинакова в случае физических и юридических лиц.

2) В пункте 2 признается возможность существования обстоятельств, при которых возможна дипломатическая защита неграждан. Такая защита предусматривается в статье 8 применительно к лицам без гражданства и беженцам.

ГЛАВА II

ФИЗИЧЕСКИЕ ЛИЦА

Статья 4. Государство гражданства физического лица

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 статье 4 определяется государство гражданства для целей дипломатической защиты физических лиц. В основе этого определения лежат два принципа: во-первых, именно государство гражданства определяет, в соответствии со своим внутренним правом, кто может

претендовать на его гражданство; во-вторых, в отношении предоставления гражданства существуют ограничения, предусмотренные международным правом. В статье 4 содержится также неисчерпывающий перечень связующих факторов, которые обычно являются достаточными основаниями для предоставления гражданства.

2) Принцип, согласно которому каждое государство самостоятельно решает вопрос о том, кто именно является его гражданином, подкреплен как судебными решениями, так и договорами. В 1923 году ППМП в деле *Nationality Decrees in Tunis and Morocco* заявила, что:

"с точки зрения современного международного права вопросы гражданства… в принципе относятся к области особой компетенции"[42].

Этот принцип был подтвержден в статье 1 Гаагской конвенции, регулирующей некоторые вопросы, связанные с коллизией законов о гражданстве:

"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).

3) Связующие факторы для предоставления гражданства, перечисленные в статье 4, 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 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[43]. Гражданство может также приобретаться в результате правопреемства государств[44].

4) Связующие факторы, перечисленные в статье 4, входят в число тех, которые чаще всего используются государствами для установления гражданства. В некоторых странах, в которых 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.

5) Статья 4 не требует, чтобы государство доказывало эффективную или подлинную связь между им самим и его гражданином в соответствии с формулировкой решения, предложенного в деле *Nottebohm*[45], 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 тем фактом, что связи между г-ном Ноттебомом и Лихтенштейном (государством-заявителем) являлись "чрезвычайно слабыми"[46] 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"[47]. Это свидетельствует о том, что Суд не намеревался излагать общую норму[48], 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 *Nottebohm* 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 приоб-

---

[42] *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J. Reports, Series B, No. 4,* p. 6, at p. 24.

[43] См., например, статью 9 (1) Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, которая запрещает приобретение гражданства в таких случаях. См. пункт 6 комментария к этому проекту статьи, ниже.

[44] См. проекты статей о гражданстве физических лиц в связи с правопреемством государств, *Ежегодник.., 1999 год*, том II (часть вторая), стр. 20, пункт 47.

[45] В связи с делом *Nottebohm* МС заявил: "В соответствии с практикой государств, арбитражными и судебными решениями и мнением 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 32, выше), p. 23.

[46] Ibid., p. 25.

[47] Ibid., p. 26.

[48] Это толкование было применено к делу *Nottebohm* Примирительной комиссией Италии-Соединенных Штатов в связи с рассмотрением дела *Flegenheimer, Decision No. 182 of 20 September 1958,* UNRIAA, vol. XIV (Sales No. 65.V.4), p. 327, at p. 376; or ILR (1958-I), vol. 25 (1963), p. 91, at p. 148.

ретут, или приобрели в результате рождения или происхождения гражданство тех государств, с которыми они имеют слабую связь[49].

6) В последней фразе в статье 4 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 Конвенции 1930 года, регулирующей некоторые вопросы, связанные с коллизией законов о гражданстве, эта посылка подтверждается, однако положение о том, что "[к]аждое 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"[50]. Сегодня конвенции, особенно в области прав человека, требуют, чтобы при предоставлении гражданства государства соблюдали международные стандарты[51]. Например, пункт 1 статьи 9 (1) Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин гласит:

Государства-участники представляют 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[52].

7) Таким образом, в статье 4 признается, что государство, в отношении которого представлено требование от имени иностранного гражданина, которому причинен вред, может оспорить гражданство такого лица в тех случаях, когда его гражданство было приобретено в нарушение международного права. Статья 4 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[53] и что существует презумпция в пользу действенности предоставленного государством гражданства[54].

Статья 5. 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 требования.

2. Независимо от положений 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[55], она подвергалась значительной критике[56] 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 поискам "удобного" граж-

---

[49] Более подробную аргументацию в поддержку ограничения сферы охвата решения по делу *Nottebohm* см. в первом докладе Специального докладчика по вопросу о дипломатической защите (сноска 16 выше), пункты 106-120.

[50] См., также статью 3(2) Европейской конвенции о гражданстве 1997 года.

[51] Это обстоятельство было подчеркнуто Межамериканским судом по правам человека в его консультативном заключении *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions 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 (1989), p. 283, at p. 296).

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

[53] См. консультативное заключение Межамериканского суда по правам человека *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Political Constitution of Costa Rica* (сноска 51, выше), para. 62.

[54] См. R. Y. Jennings and A. D. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed., Longman, 1992, vol. I, *Peace*, p. 856.

[55] См., например, решение Комиссии по рассмотрению международных претензий Соединенных Штатов (1951-54) в связи с иском по делу *Kren*, ILR (1953), vol. 20 (1957), p. 233, at p. 234.

[56] См. особое мнение судьи сэра Джеральда Фитцмориса по делу *Barcelona Traction, Second Phase, Judgment* (сноска 40, 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.

данства "для целей дипломатической защиты[57]. Комиссия считает, что норму о непрерывности гражданства следует сохранить, но вместе с тем предусмотреть возможность исключений с целью учета случаев, 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[58]. С учетом этих обстоятельств Комиссия постановила оставить открытым вопрос о том, должно ли сохраняться гражданство между моментом причинения вреда и датой предъявления требования[59].

3) Первое требование касается того, чтобы гражданин, которому причинен вред, 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. Это в значительной мере обусловлено тем фактом, что в конвенциях, предусматривающих создание смешанных комиссий по рассмотрению претензий, используются различающиеся формулировки для определения даты требования[60]. В договорах, судебных решениях и доктрине чаще всего используется выражение "предъявление требования" для указания крайнего срока или dies ad quem для осуществления дипломатической защиты. Комиссия добавила слово "официальное" с целью указания на то, что датой предъявления требования является дата, когда государством, осуществляющим дипломатическую защиту, было заявлено первое официальное или формальное требование в отличие от неофициальных дипломатических контактов и запросов по данному вопросу.

5) Право государства осуществлять дипломатическую защиту возникает на дату официального предъявления требования. Однако получило поддержку мнение, согласно которому, если лицо меняет свое гражданство в период между этой датой и моментом вынесения решения, оно перестает быть гражданином для целей дипломатической защиты. Согласно этому мнению норма о непрерывности гражданства требует наличия связи по типу гражданства "с момента причинения вреда и до момента вынесения решения"[61]. В связи с тем, что на практике подобные случаи нечасты, Комиссия предпочла придерживаться позиции, изложенной в проекте статьи 5.

6) 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 проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, принятой Комиссией на ее пятьдесят третьей сессии в 2001 году, и в комментариях к ним[62].

7) 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.

8) 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 слу-

---

[57] См. заявление арбитра Паркера в деле *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" *Decision of 31 October 1924*, United States–Germany Mixed Claims Commission, UNRIAA, vol. VII (Sales No. 1956.V.5), p. 119, at p. 141.

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

[59] Этот же подход был использован Институтом международного права на его сессии, состоявшейся в Варшаве в сентябре 1965 года (ibid., tome II, pp. 260–262).

[60] См. мнение арбитра Паркера, высказанное по делу *Administrative Decisions № V* (сноска 57, выше), p. 143.

[61] *Oppenheim's International Law* (см. сноску 54, выше), p. 512.

[62] *Ежегодник.., 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 145–147.

чае других изменений гражданства элемент воли является не столь очевидным. В силу существования причин подобного рода в пункте 2 не содержится требования о том, чтобы утрата гражданства являлась недобровольной.

9) Как обсуждалось выше[63], 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.

10) 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 положениями статьи 4.

11) 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 лица, которому причинен вред, в связи с вредом, причиненным, когда это лицо было гражданином предыдущего государства гражданства, а не гражданином настоящего государства гражданства. Лицо, которому причинен вред, не являлось иностранцем на момент причинения вреда.

Статья 6. Множественное гражданство и требование, предъявляемое 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.

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

Комментарий

1) Двойное или множественное гражданство является реальностью международной жизни. 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, регулирующей некоторые вопросы, связанные с коллизией законов о гражданстве, где сказано, что:

"…лицо, имеющее два или более гражданства, может рассматриваться как гражданин каждого из государств, гражданством которых он обладает".

В этой связи необходимо обратиться к вопросу об осуществлении государством гражданства дипломатической защиты человека, имеющего двойное или множественное гражданство. Согласно статье 6, 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 7.

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 лицо, которому причинен вред, не является, встречает определенную поддержку как в арбитражных решениях[64], так и в кодификационной деятельности[65], в основной массе авторитетных ис-

[64] См. решение Смешанного югославско-венгерского арбитражного трибунала по делу *de Born* case, *Case No. 205 of 12 July 1926, Annual Digest of Public International Law Cases 1925 and 1926,* A. McNair and H. Lauterpacht (eds.), London, Longman, 1929, pp. 277–278.

[65] См. статью 5 Конвенции, регулирующей некоторые вопросы, связанные с коллизией законов о гражданстве; статью 4 *b* резолюции о "национальном характере международного иска, предъявляемого государством за ущерб, причиненный частному лицу", принятую Институтом международного права на его варшавской сессии в 1965 году, *Tableau des résolutions adoptées (1957–1991),* Paris, Pedone, 1992, p. 57, at p. 59 (воспризводится в *Ежегоднике.., 1969 год*, том II, стр. 158); статья 23 (3) Гарвардского проекта конвенции о международной ответственности государств за вред, причиненный иностранцам, 1960 год, AJIL (Washington D.C.), vol. 55, No. 3 (July 1961), p. 548); и статью 21 (4) проекта о международной ответственности государства за вред, причиненный на его территории личности или имуществу иностранца, включая третий

точников 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:

> [н]орма 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[66].

Эта норма применялась и в других делах[67], а относительно недавно была поддержана Трибуналом по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов[68]. 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 государства 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 общими принципами права, касающимися удовлетворения совместных требований.

Статья 7. 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.

Комментарий

1) В статье 7 решается вопрос об осуществлении дипломатической защиты в отношении лица государством гражданства против государства, гражданином которого это лицо также является. Если в статье 6, 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 статья 7 требует, 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 Конвенции 1930 года, регулирующей некоторые вопросы, связанные с коллизией законов о гражданстве, предусматривается что "государство не может предоставлять дипломатическую защиту одному из своих граждан против государства, гражданством которого такое лицо также обладает"[69].

В позднейших предложениях по кодификации использовался схожий подход[70], и, кроме того, эта позиция получила поддержку в решениях арбитражных судов[71].

доклад об ответственности государств, подготовленный Специальным докладчиком Гарсией Амадором, *Ежегодник.., 1958 год*, том. II, стр. 73 англ. текста, документ A/CN.4/111, p. 47 англ. текста.

[66] Дело *Salem* (Египет/Соединенные Штаты), *Award of 8 June 1932*, UNRIAA, vol. II (Sales No. 1949.V.1), p. 1161, at p. 1188.

[67] См. решения итальянско-американской комиссии по примирению по иску *Mergé* 10 June 1955, ILR (1955), vol. 22 (1958), p. 443, at p. 456, или UNRIAA, vol. XIV, p. 236; по делу *Vereano, 17 May 1957*, UNRIAA, vol. XIV, p. 321, or ILR, vol. 24, pp. 464–465; и иску *Stankovic, 26 July 1963*, ILR, vol. 40 (1970), p. 153, at p. 155.

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

[69] См. также статью 16 *a* Гарвардского проекта конвенции об ответственности государств за вред, причиненный на их территории личности или имуществу иностранцев, 1929 год, AJIL (Washington D.C.), 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. 230 англ. текста).

[70] См. статью 23 (5) Гарвардского проекта конвенции о международной ответственности государств за вред, причиненный иностранцам, 1960 год, (сноска 65, выше); и статью 4 *a* резолюции о "национальном характере международного требования, предъявляемого государством в связи с вредом, причиненным лицу", принятой Институтом международного права на его сессии в Варшаве в 1965 году (ibid.).

[71] См. дело *Executors of R.S.C.A. Alexander* v. *United States* (1898) (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., United States Government Printing Office, 1898, p. 2529; дело *Oldenbourg, Decision No. 11 of 19 December 1929*, UNRIAA, vol. V (Sales No. 1952.V.3),

(*продолжение сноски на следующей стр.*)

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"[72].

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[73]. На это решение сослался МС в другом контексте в деле *Nottebohm*[74], и эта его позиция была явно поддержана Итало-американской согласительной комиссией в решении по иску *Mergé* в 1955 году. В этом случае Согласительная 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[75].

В своем заключении Согласительная комиссия четко заявила, что принцип эффективного гражданства и концепция доминирующего гражданства просто-напросто являются двумя сторонами одной медали. Принятая таким образом норма применялась комиссией подряд свыше чем в 50 делах, связанных с бипатридами[76]. Опираясь на эти дела, Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и США применил принцип доминирующего и эффективного гражданства в ряде дел[77]. 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[78]. Условие, применяемое Согласительной комиссией для рассмотрения исков обладающих иракским гражданством бипатридов, заключается в том, что они обязаны иметь bona fide гражданство другого государства[79]. В предложениях по кодификации последнего времени выражена поддержка такого подхода. В своем третьем докладе по вопросу о международной ответственности государств, представленном Комиссии, 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[80].

Схожее мнение выразил Оррего Викунья в своем докладе Ассоциации международного права, подготовленном на ее шестьдесят девятой конференции[81].

4) Комиссия придерживается того мнения, что принцип, разрешающий государству доминирующего или эффективного гражданства предъявлять требование другому государству гражданства, отражает позицию,

---

(*продолжение сноски 71*)

pp. 74, 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. 216–217.

[72] *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations* (см. сноску 29, выше), p. 186.

[73] 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; дел *Mathinson, Stevenson* (British–Venezuelan Mixed Claims Commission), *Brignone and Miliani* (Italian–Venezuelan Mixed Claims Commission) cases, UNRIAA, vol. IX (Sales No. 59.V.5), pp. 485 and 494, and vol. X (Sales No. 60.V.4), pp. 542 and 584 respectively, или J. H. Ralston (ed.), *Venezuelan Arbitrations of 1903*, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1904, pp. 429–438, 710, 754–761, 438–455, 710–720 and 754–762 respectively; 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 decisions 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 64, выше), p. 279; дела *Pinson Cases No. 194 and 195* (1928) (French–Mexican Mixed Claims Commission), ibid., 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. 248–249.

[74] См. сноску 32, выше, pp. 2223. В деле *Nottebohm* речь не шла о двойном гражданстве, однако Суд нашел поддержку в своем заключении о том, что у судна "*Нотте6ом*" не было эффективной связи с Лихтенштейном. См. также судебные решения, о которых говорится в сноске 73, выше.

[75] Дело *Mergé* (см. сноску 67, выше), p. 247. См. также дело *De Leon, Decisions Nos. 218 and 227*, 15 May 1962 and 8 April 1963, UNRIAA, vol. XVI (Sales No. E/F.69.V.1), p. 239, at p. 247.

[76] 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. 323, 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 Cicio* (1962), ILR, vol. 40 (1970), p. 148.

[77] См., в частности, *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.*, vol. 5, p. 251.

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

[79] Решение 7, принятое Советом управляющих Компенсационной комиссии Организации Объединенных Наций от 16 марта 1992 года, "Критерий для для дполнительных категорий исков" (S/AC.26/1991/7/Rev.1), пункт 11.

[80] Проект о международной ответственности государства за ущерб, причененный на его территории лицу или имуществу иностранцев (см. сноску 65, выше), art. 21 (4).

[81] "The changing law of nationality of claims", Interim Report, *Report of the Sixty-ninth Conference of the International Law Association*, London, 2000, p. 646, para. 11.

сложившуюся в настоящее время в обычном международном праве. Этот вывод и реализуется в статье 7.

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 чем словами "эффективное" или "доминирующее". К тому же, этот термин был использован Итало-американской согласительной комиссией при рассмотрении иска *Мерже*, который можно считать исходной точкой становления нынешней обычной нормы[82].

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 (т.е. 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 7 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 7 обстоятельства следует рассматривать как исключения. Это также дает ясно понять, что бремя доказывания преобладающего характера его 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 преобладающего гражданства после причинения вреда другим государством гражданства, предъявлять требование этому государству. Это возражение преодолевается требованием о том, что гражданство предъявляющего требование государства должно быть преобладающим как на момент причинения вреда, так и в день официального предъявления требования. Это требование перекликается с утверждаемым в пункте 1 статьи 5 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 5, в данном случае неприменимо, поскольку упоминаемое в статье 7 лицо, которому был причинен вред, не утратит своего другого гражданства.

Статья 8. Лица без гражданства и беженцы

1. Государство может осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица без гражданства, которое на 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 на 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* v. *United Mexican States* постановила, что на лицо без гражданства дипломатическая защита распространяться не может, заявив следующее:

> Государство… не совершает международное правонарушение, 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[83].

Это мнение уже не отражает со всей точностью позицию международного права в отношении как лиц без гражданства, так и беженцев. Современное международное право отражает озабоченность в отношении статуса лиц, принадлежащих к обеим категориям. Об этом свидетельствуют такие конвенции, как Конвенция о

[82] См. сноску 67, выше.

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

сокращении безгражданства 1961 года и Конвенция о статусе беженцев 1951 года.

2) Статья 8, 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 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 обычной 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[84]. 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 представляется оправданным в случае исключительной меры, вводимой de lege ferenda.

5) Содержащиеся в статье 5 временны̀е 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. Тем самым обеспечивается, что в отношении неграждан действуют те же самые нормы, что и в отношении граждан, в том что касается временны̀х 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"[85], 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, 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"[86] 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[87]. 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 также в случае беженцев[88].

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 Протоколе о статусе беженцев к ней, 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 статье 6 (4) *g* Европейской конвенции о гражданстве, благодаря чему понятие было бы расширено и охватывало беженцев, признаваемых в этом качестве такими региональными договорами, как Конвенция Организации африканского единства, регулирующая конкретные аспекты проблем беженцев в Африке[89],

---

[84] Термины "законное и обычное" проживание основываются на положениях Европейской конвенции о гражданстве 1977 года, статья 6 (4) *g*, где они использованы в связи с приобретением гражданства. См. также Гарвардский проект конвенции о международной ответственности государств за вред, причиненный иностранцам, 1960 год (сноска 65, выше), который включает для целей защиты в соответствии с положениями данной Конвенции "лицо без гражданства, обычно проживающее в этом государстве", статья 21 (3) *c*.

[85] Статья 1 (A) (2) Конвенции о статусе беженцев.

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

[87] См. пункт 16 приложенных к Конвенции правил.

[88] См. пункт 4 комментария к этому проекту статьи.

[89] 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".

многими расцениваемая как образец документа о международной защите беженцев[90], и Картахенская декларация о беженцах[91]. 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 5 временны□е требования к предъявлению требования. 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 первом, так и во втором пунктах 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[92]. 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 8 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.

ГЛАВА III

ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА

Статья 9. Государство национальности корпорации

Для целей дипломатической защиты корпораций государство национальности означает государство, по праву которого корпорация была учреждена и на территории которого она имеет свое зарегистрированное отделение или месторасположение правления или некоторую сходную связь.

Комментарий

1) В проекте статьи 9 признается, что корпорациям может быть предоставлена дипломатическая защита. В первой части статьи воспроизводится формулировка проекта статьи 4 по вопросу о дипломатической защите физических лиц. Из этого положения ясно, что, с тем чтобы считаться государством национальности для целей дипломатической защиты корпорации, как и в случае дипломатической защиты физических лиц, должны быть соблюдены определенные условия.

2) В практике государств в основном встречается дипломатическая защита корпораций, представляющих собой получающие прибыль предприятия с ограниченной ответственностью, капитал которых представлен акциями, а не каких-либо иных юридических лиц. Этим объясняется, почему данная статья и следующие за ней статьи касаются дипломатической защиты корпораций и акционеров корпораций. Проект статьи 13 посвящен положению иных юридических лиц, помимо корпораций.

3) Если признание национальности относится к "области особой компетенции"[93] государства, то международное право, согласно решению МС по делу *Barcelona Traction*, "наделяет правом на дипломатическую защиту корпоративного субъекта государство, по законам кото-

[90] Записка о международной защите, представленная Верховным комиссаром Организации Объединенных Наций по делам беженцев (A/AC.96/830), стр. 18 англ. текста, пункт 35.

[91] Принята на Коллоквиуме по международной защите беженцев в Центральной Америке, Мексике и Панаме, проведенного в Картахене, Колумбия, с 19 по 22 ноября 1984 года; текст и выводы Декларации воспроизводятся в OEA/Ser.L/V/II.66 doc.10 rev.1., Генеральная ассамблея ОАГ, XV очередная сессия (1985 год), резолюция, принятая Генеральной комиссией на ее пятой сессии 7 декабря 1985 года.

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

[93] *Nationality Decrees in Tunis and Morocco* (см. сноску 42, выше), p. 24.

рого субъект был инкорпорирован и на территории которого он имеет зарегистрированную контору"[94]. Для приобретения корпорацией национальности какого-либо государства для целей дипломатической защиты с его стороны устанавливаются два условия: инкорпорация и наличие зарегистрированной конторы компании в государстве инкорпорации. На практике по законам большинства государств компания, инкорпорированная в соответствии с законами государства, должна иметь на его территории зарегистрированную контору. В связи с этим дополнительное требование наличия зарегистрированной конторы может показаться излишним. Тем не менее Суд четко указал, что должны быть выполнены оба эти условия, заявив следующее: "Эти два критерия были подтверждены длительной практикой и многочисленными международными документами"[95]. Видимо, устанавливая требование в отношении наличия зарегистрированной конторы, МС хотел признать необходимость наличия некой ощутимой связи, пусть даже незначительной, между государством и компанией. Это подтверждается особым акцентом на том обстоятельстве, что зарегистрированная контора предприятия "Барселона трэкшн" находилась в Канаде и что наряду с другими факторами это обстоятельство породило "тесную и постоянную связь"[96] между Канадой и "Барселона трэкшн".

4) В статье 9 употребляется термин "учреждена" вместо "инкорпорирована", поскольку слово "инкорпорирована" представляет собой технический термин, встречаемый не во всех правовых системах. Тем не менее ясно, что слово "учреждена" включает понятие инкорпорации, а равно и регистрации в дополнение к другим средствам, которые могут использоваться государством при создании корпорации. "Учреждения" (или инкорпорации) корпорации по законам того или иного государства недостаточно для целей дипломатической защиты. Наряду с этим должна существовать некая ощутимая связь с государством, в котором корпорация учреждена, – в виде зарегистрированного отделения или месторасположения правления (siège social) или некоторой сходной связи. Эта формулировка использована с тем, чтобы привести в действие настойчиво выраженное МС в деле *Barcelona Traction* мнение о необходимости наличия определенного связующего фактора между государством, в котором учреждается компания, и этой компанией. Употребленное Судом для характеристики связи между компанией "Барселона трэкшн" и Канадой выражение "тесная и постоянная связь" в данном случае не используется, поскольку это предполагало бы установление в качестве связующего фактора слишком высокого порогового уровня. Вместо этого в дополнение к инкорпорации в качестве требуемого Судом связующего фактора было отдано предпочтение "зарегистрированному отделению". Поскольку в некоторых правовых системах не содержится требования о наличии зарегистрированных отделений, а достаточно каких-либо иных связующих факторов, в качестве альтернативных вариантов использованы "месторасположение правления или […] некоторая сходная связь". В целом статья 9 содержит требование о наличии связи между корпорацией и государством, которая выходила бы за рамки простого учреждения или инкорпорации и характеризовалась бы наличием некоторого дополнительного связующего фактора. Эта связь, регулируемая внутренним правом государства, которое намеревается осуществить дипломатическую защиту, может принимать неодинаковые формы в различных правовых системах[97].

5) В деле *Barcelona Traction* государство гражданства большинства акционеров (Бельгия) утверждало, что оно вправе осуществлять дипломатическую защиту в отношении корпорации на основании того факта, что владение ее акциями устанавливает подлинную связь с корпорацией, подобную той, наличие которой было признано в деле *Nottebohm*[98]. Отклоняя этот довод, МС не отказался применять критерии подлинной связи по отношению к корпорациям, поскольку он постановил, что in casu имела место "тесная и постоянная" связь между компанией "Барселона трэкшн" и Канадой, поскольку компания имела там свое зарегистрированное отделение и в течение многих лет проводила совещания своего правления[99]. Статья 9 не требует наличия подлинной связи между корпорацией и обеспечивающим защиту государством, подобной той, на которой настаивала Бельгия в деле *Barcelona Traction*. Кроме того, в ней отбрасывается понятие подлинной связи в качестве необходимого связующего фактора в контексте дипломатической защиты корпораций, поскольку это может привести к безгражданству корпораций, учрежденных в одном государстве, но имеющих большинство акционеров в другом государстве. В Комиссии преобладало мнение, согласно которому зарегистрированное отделение, месторасположение правления или "[…] некоторая сходная связь" не должны поэтому рассматриваться как виды подлинной связи, особенно в той мере, насколько этот термин понимается как требующий наличия большинства акционеров в качестве связующего фактора.

6) Слова "или […] некоторую сходную связь" требуют прочтения в контексте "зарегистрированного отделения или месторасположения правления", в соответствии с нормой толкования eiusdem generis, которая требует, чтобы общее выражение подобного рода тол-

---

[94] *Barcelona Traction, Second Phase, Decision* (см. сноску 40, выше), p. 43, para. 70.

[95] Ibid.

[96] Ibid., para. 71.

[97] При рассмотрении дела *Barcelona Traction* МС четко указал, что в международном праве не существует норм, касающихся инкорпорации компаний. Вследствие этого необходимо было обратиться к внутреннему праву, чтобы установить, были ли выполнены условия инкорпорации. Суд заявил: "Означает это лишь то, что международное право должно было признать корпоративное образование в качестве института, созданного государствами в сфере, по существу находящейся в рамках национальной юрисдикции. Это, в свою очередь, требует того, чтобы при возникновении правовых вопросов, касающихся прав государств в отношении обращения с компаниями и акционерами – сфера, в которой международное право не установило своих собственных норм, – он обращался к соответствующим нормам внутреннего права" (ibid., pp. 34–35, para. 38).

[98] См. сноску 32, выше..

[99] См. *Barcelona Traction, Second Phase, Decision* (сноска 40, выше), p. 43, paras. 70–71.

ковалось в узком смысле в соответствии с выражениями, ему предшествующими. Это означает, что это выражение не должно иметь собственного существования. Оно должно указывать на некоторую связь, сходную со связью вида "зарегистрированное отделение" или "месторасположение правления".

7) В отличие от статьи 4 в статье 9 говорится об определенном государстве национальной принадлежности корпорации, под которым понимается государство, по праву которого была учреждена корпорация. Такой подход используется для того, чтобы не складывалось впечатление, что корпорация может иметь двойную национальность. Поскольку в случае физических лиц множественное гражданство возможно, в статье 4 говорится о неком государстве гражданства. Некоторые члены Комиссии не согласились с мнением о том, что корпорация может иметь только одну национальность.

Статья 10. Непрерывная национальность корпорации

1. Государство вправе осуществлять дипломатическую защиту в отношении корпорации, которая имела национальность этого государства на момент причинения вреда и имеет национальность этого государства в день официального предъявления требования.

2. Независимо от положений пункта 1, государство продолжает иметь право осуществлять дипломатическую защиту в отношении корпорации, которая имела национальность этого государства на момент причинения вреда и которая в результате причинения вреда прекратила свое существование в соответствии с правом этого государства.

Комментарий

1) Общие принципы, касающиеся требования непрерывности гражданства, рассматриваются в комментарии к статье 5. На практике проблемы непрерывности гражданства или национальности в случае корпораций возникают реже, чем в случае с физическими лицами. Если физические лица легко могут сменить гражданство посредством натурализации, добровольной или недобровольной (как, например, в случае заключения брака или усыновления), и правопреемства государств, то корпорации могут изменить свою национальность только путем переучреждения или реинкорпорации в другом государстве, причем в этом случае корпорация приобретает новую правосубъектность, нарушая тем самым непрерывность своей национальности[100]. Вероятно, только в одном случае корпорация может изменить национальность, не изменяя свою правосубъектность, и этот случай – случай правопреемства государств.

2) В пункте 1 подтверждается традиционный принцип, согласно которому государство вправе осуществлять дипломатическую защиту в отношении корпорации, которая имела национальность этого государства как на момент причинения вреда, так и в день официального предъявления требования. Первое требование, согласно которому потерпевшая корпорация должна иметь национальность государства, предъявляющего требование, в момент предъявления требования, не вызывает проблем. Трудности возникают, однако, в отношении dies ad quem, т.е. даты, до которой должна быть действительна национальная принадлежность требования[101]. Совершенно ясно, что корпорация должна иметь национальность предъявляющего требование государства в тот момент, когда происходит официальное предъявление требования. Такая постановка вопроса встречает поддержку в международных договорах, судебных решениях и доктрине[102]. В этом отношении государство получает право осуществлять дипломатическую защиту в день официального предъявления требования. Вместе с тем было поддержано мнение, согласно которому, если корпорация меняет свою национальность в период между этой датой и вынесением постановления или решения, она для целей дипломатической защиты утрачивает свою национальность. В соответствии с этой точной зрения норма о непрерывности национальности требует наличия связи национальности "со времени наступления вреда до вынесения решения"[103]. В связи с незначительным числом подобных случаев на практике Комиссия предпочла придерживаться позиции, отраженной в проекте статьи 10[104].

3) Употребленное в пункте 1 слово "требование" включает как требование, представленное по дипломатическим каналам, так и требование, предъявленное в судебном органе. В таком требовании может быть конкретно указан характер поведения, которого должно придерживаться призываемое к ответственности государство, с тем чтобы прекратить противоправное деяние, если оно длится, а также предполагаемая форма возмещения[105].

---

[100] См. дело *Orinoco Steamship Company*, United States–Venezuela Mixed Claims Commission, constituted under the Protocol of 17 February 1903, UNRIAA, vol. IX (Sales No. 1959.V.5), p. 180. В этом деле компания, инкорпорированная в Соединенном Королевстве, перевела свою претензию против правительства Венесуэлы на компанию-правопреемницу, инкорпорированную в Соединенных Штатах. Поскольку договор о создании комиссии позволял Соединенным Штатам выдвигать в таких обстоятельствах претензии от имени своих физических и юридических лиц, претензия была признана приемлемой. Однако арбитр Барж четко указал, что если бы не договор, то такая претензия не была бы допустимой (ibid., at p. 192).

[101] ППМП, рассматривавшая дело *Panevezys-Saldutiskis Railway*, (см. сноску 32, выше), at p. 17, оставила этот вопрос нерешенным. См. также четвертый доклад Специального докладчика Вацлава Микулки о гражданстве в связи с правопреемством государств, в котором затрагиваются трудности гражданства юридических лиц в связи с правопреемством государств, *Ежегодник.., 1998 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/489, стр. 349.

[102] См. иск по делу *Kren* (сноска 55, выше), at p. 234.

[103] *Oppenheim's International Law* (сноска 54, выше), p. 512.

[104] Один из недавних примеров подобного дела см. *The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen* v. *United States of America*, ICSID, No. ARB(AF)/98/3, ILM, vol. 42 (2003), p. 811.

[105] См. далее статью 43 проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния 2001 года и

4) Трудности возникают в связи с осуществлением дипломатической защиты в отношении корпорации, которая прекратила свое существование в соответствии с правом государства инкорпорации и национальности. Если предположить, что государство национальности такой корпорации не может предъявить требование, поскольку корпорация более не существует в момент предъявления требования, то ни одно государство не сможет осуществить дипломатическую защиту в отношении вреда, причиненного корпорации. Никакое государство не сможет сослаться на гражданство или национальность акционеров для целей предъявления такого требования, поскольку оно не сможет доказать свою необходимую заинтересованность в момент причинения вреда корпорации. Этот вопрос вызвал затруднения у многих судей, рассматривавших дело *Barcelona Traction*[106], а равно и в некоторых судах и арбитражных органах[107], и среди ученых[108]. В пункте 2 избран прагматический подход, дающий государству национальности корпорации возможность осуществлять дипломатическую защиту в отношении вреда, причиненного корпорации в тот момент, когда она имела его национальность и прекратила существовать – и, следовательно, лишилась такой национальности – в результате причинения вреда. Чтобы иметь право на дипломатическую защиту, предъявляющее требование государство должно доказать, что корпорация прекратила свое существование именно в силу вреда, в отношении которого предъявляется требование. Пункт 2 следует трактовать в совокупности с пунктом *a* статьи 11, из которого становится ясно, что государство гражданства или национальности акционеров не имеет права осуществлять дипломатическую защиту в отношении вреда корпорации, приведшего к прекращению ее существования.

Статья 11. Защита акционеров

Государство гражданства или национальности акционеров корпорации не имеет права осуществлять дипломатическую защиту от имени таких акционеров в связи с причинением вреда корпорации, за исключением случаев, когда:

***a*) корпорация прекратила существовать в соответствии с правом государства инкорпорации по причине, не имеющей отношения к причинению вреда; или**

***b*) корпорация в момент причинения вреда имела национальность государства, предположительно несущего ответственность за причинение вреда, и инкорпорация по праву этого государства требовалась им в качестве предварительного условия для ведения в нем дел.**

Комментарий

1) Наиболее важный принцип дипломатической защиты корпораций заключается в том, что корпорация должна защищаться государством национальности корпорации, а не государством гражданства или национальности акционеров корпорации. Этот принцип был самым решительным образом подтвержден МС в решении по делу *Barcelona Traction*. Суд с самого начала подчеркнул, что его решение касается только вопроса о дипломатической защите держателей акций "компании с ограниченной ответственностью, капитал которой представлен акциями"[109]. Такие компании характеризуются четким различием между компанией и владельцами акций[110]. Когда интересы держателя акций страдают от вреда, причиненного компании, держатель акций должен предъявлять иск к компании, поскольку, "хотя два отдельных субъекта могли пострадать от одного и того же противоправного деяния, существует только один субъект, права которого были нарушены"[111]. Только в том случае, когда ставшее предметом жалобы деяние направлено против непосредственных прав держателей акций, держатель акции имеет самостоятельное право на иск[112]. Как заявил Суд, такие принципы, регулирующие различие между компанией и держателями акций, вытекают из внутригосударственного, а не международного права[113].

2) Зафиксировав в своем решении тот факт, что государство инкорпорации компании, а не государство/государства гражданства держателей акций компании является тем государством, которое должно осуществлять дипломатическую защиту в случае причинения вреда компании, Суд в деле *Barcelona Traction* руководствовался рядом стратегических соображений. Во-первых, когда держатели акций вкладывают средства в корпорацию, осуществляющую предпринимательскую деятельность за рубежом, они берут на себя различные риски, в том числе риск того, что государство национальности корпорации может, осуществляя свое дискреционное право, отказаться от осуществления дипломатической защиты от их имени[114].

комментарий к ним, *Ежегодник.., 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 145–147.

[106] Судьи Джессап (см. сноску 40, выше), Gros (ibid., p. 277), и Fitzmaurice (ibid., pp. 101–102), и судья ad hoc Riphagen (ibid., p. 345).

[107] См. иск по делу *Kunhardt* (мнения, выраженные в Американо-Венесуэльской комиссии по смешанным искам, учрежденной в соответствии с Протоколом от 17 сентября 1903 года), UNRIAA, vol. IX (Sales No. 1959.V.5), p. 171, и в частности особое мнение члена комиссии от Венесуэлы г-на Пауля, at p. 178; см. также *F. W. Flack, on behalf of the Estate of the Late D.L. Flack (Great Britain)* v. *United Mexican States, Decision No. 10 of 6 December 1929, ibid.*, vol. V (Sales No. 1952.V.3), p. 61, at p. 63.

[108] См. L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1969, pp. 206–207; W. E. Beckett, "Diplomatic claims in respect of injuries to companies", in *Transactions of the Grotius Society*, vol. 17, London, Sweet and Maxwell, 1932, p. 175; и E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, Presses universitaires de France, 1990, pp. 197–202.

[109] *Barcelona Traction, Second Phase, Decision* (см. сноску 40, выше), p. 34, para. 40.

[110] Ibid., p. 34, para. 41.

[111] Ibid., p. 35, para. 44.

[112] Ibid., p. 36, para. 47.

[113] Ibid., p. 37, para. 50.

[114] Ibid., p. 35 (para. 43), p. 46 (paras. 86–87), p. 50 (para. 99).

Во-вторых, если государство гражданства или национальности держателей акций может осуществлять дипломатическую защиту, это может привести к тому, что иски будут предъявляться различными государствами, поскольку держателями акций крупных корпораций часто являются лица многих национальностей[115]. В этой связи Суд указал, что если государство гражданства или национальности держателя акций имеет право действовать от его имени, то тогда отсутствуют причины, по которым каждый индивидуальный держатель акций не должен иметь такого права[116]. В-третьих, Суд оказался не готов применять по аналогии нормы, касающиеся двойного гражданства, к корпорациям и держателям акций и предоставлять государствам их гражданства или национальности право на осуществление дипломатической защиты[117].

3) В деле *Barcelona Traction* Суд признал, что государство/государства гражданства или национальности держателей акций *может/могут* осуществлять дипломатическую защиту от их имени в двух следующих ситуациях: во-первых, когда компания прекратила существование в месте инкорпорации[118], что не имело места в случае с компанией "Барселона трэкшн"; и во-вторых, когда само государство инкорпорации несет ответственность за причинение вреда компании и единственное средство защиты иностранных держателей акций на международном уровне было доступно через их государство/государства гражданства или национальности[119], что также не имело места в случае с компанией "Барселона трэкшн". Эти два исключения, которые не были подробно рассмотрены Судом по делу *Barcelona Traction*, поскольку не имели отношения к нему, фиксируются в пунктах a) и b) статьи 11. Важно подчеркнуть, что, поскольку акционеры компании могут быть гражданами или иметь национальность различных государств, несколько государств национальности могут иметь возможность осуществлять дипломатическую защиту на основании этих исключений.

4) Согласно пункту a) статьи 11 необходимо, чтобы корпорация "прекратила существовать", прежде чем государство гражданства или национальности акционеров получит право защиты от их имени. До дела *Barcelona Traction* специалисты склонялись в пользу менее жесткого критерия, позволяющего осуществлять вмешательство от имени акционеров, когда компания "практически умерла"[120]. Однако в деле *Barcelona Traction* Суд установил более высокий порог для определения прекращения существования компании. "Паралич" или "зыбкое финансовое положение" компании были отклонены как неадекватные признаки[121]. Критерий "практически умерла" был также отклонен как "не обладающий всей необходимой правовой точностью"[122]. Значимым было признано только "правовое положение компании". Суд заявил: "Лишь в случае юридического прекращения существования компании акционеры лишаются возможности получить средства защиты, имеющиеся через посредство компании; лишь в том случае, когда они оказываются лишенными всех таких возможностей, у них и у их правительства может возникнуть независимое право на иск"[123]. В позднейшее время этот критерий был поддержан и Европейским судом по правам человека[124].

5) В деле *Barcelona Traction* Суд прямо не указал, что компания должна прекратить существовать *в месте инкорпорации* в качестве предварительного условия для вмешательства со стороны акционеров. Тем не менее в контексте рассмотрения дела представляется бесспорным, что Суд исходил из того, что компания должна прекратить существовать в государстве инкорпорации, а не в государстве, в котором ей был причинен вред. Суд был готов признать, что компания распалась в Испании[125], однако подчеркнул, что это не влияет на непрерывность ее существования в Канаде, являющейся государством инкорпорации: "В данном случае предприятие "Барселона трэкшн" находится в стадии конкурсного управления в стране инкорпорации. Это совершенно не предполагает ликвидации субъекта или его прав, а скорее означает то, что эти права сохраняются до тех пор, пока не произошла ликвидация. Даже на стадии конкурсного управления компания продолжает существовать"[126]. Компания "рождается" в государстве инкорпорации, когда она в нем учреждается или инкорпорируется. И наоборот, она "умирает", когда она ликвидируется в государстве инкорпорации, т.е. в государстве, которое вызвало ее к жизни. Таким образом, представляется логичным, чтобы вопрос о том, прекратила ли компания существовать и имеет ли она возможность продолжать функционировать в качестве корпоративного субъекта, должен определяться по праву государства, в котором она инкорпорирована.

6) Завершающие слова "по причине, не имеющей отношения к причинению вреда" в статье 11 *a* нацелены на то, чтобы государству гражданства или национальности акционеров не было разрешено вчинять иск в отношении вреда корпорации, ставшего причиной прекращения ее существования. По смыслу статьи 10 это – непрерывное право государства национальности корпорации. Таким образом, государство гражданства или

[115] Ibid., pp. 48–49, paras. 94–96.

[116] Ibid., p. 48, paras. 94–95.

[117] Ibid., p. 38 (para. 53), p. 50 (para. 98).

[118] Ibid., pp. 40–41, paras. 65–68.

[119] Ibid., p. 48, para. 92.

[120] Дело *Delagoa Bay Railway Co*, J. B. Moore, *Digest of International Law*, vol. VI, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1906, p. 648; *The Claims of Rosa Gelbtrunk and the "Salvador Commercial Company"*, et al *("El Triunfo Company")*, UNRIAA, vol. XV (Sales No. 1966.V.3), p. 455, at p. 479; и иск по делу *Baasch and Römer, ibid.*, vol. X (Sales No. 1960.V.4), p. 713, at 723.

[121] См. *Barcelona Traction, Second Phase, Decision* (сноска 40, выше), pp. 40–41, paras. 65–66.

[122] Ibid., p. 41, para. 66.

[123] Ibid., см. также особые мнения судей Нерво (ibid., p. 256) и Аммуна (ibid., pp. 319–320).

[124] См. дело *Agrotexim and others* v. *Greece, Decision of 24 October 1995*, ECHR, Series A, No. 330-A, p. 25, para. 68.

[125] См. *Barcelona Traction, Second Phase, Decision* (сноска 40, выше), p. 40, para. 65. См. также особые мнения судей Фитцмориса и (ibid., p. 75) и Джессапа (ibid., p. 194).

[126] Ibid., p. 41, para. 67.

национальности акционеров сможет осуществлять дипломатическую защиту в отношении акционеров, пострадавших в результате вреда, причиненного корпорации, не имеющего отношения к вреду, который, возможно, повлек за собой прекращение существования корпорации. Цель такого условия заключается в том, чтобы ограничить круг обстоятельств, при которых государство гражданства или национальности акционеров может вмешиваться от имени этих акционеров в урегулирование требований в связи с причинением вреда корпорации.

7) Пункт *b* статьи 11 вводит исключение, разрешающее государству гражданства или национальности акционеров корпорации осуществлять дипломатическую защиту от их имени в тех случаях, когда государство инкорпорации и само несет ответственность за причинение вреда корпорации. Вместе с тем это исключение формулируется ограничительным образом, с тем чтобы допустить его распространение только на те случаи, когда инкорпорация требовалась причинившим вред корпорации государством в качестве предварительного условия для ведения в нем дел.

8) В практике государств, арбитражных решениях[127] и доктрине предположительно отмечается наличие поддержки более широкого исключения без ограничительного условия, изложенного в пункте *b*. Примечательно, однако, что самую решительную поддержку вмешательства со стороны государства гражданства или национальности акционеров можно обнаружить в трех исках, в которых потерпевшая корпорация была вынуждена инкорпорироваться в государстве-нарушителе: *Delagoa Bay Railway, Mexican Eagle* и *El Triunfo Company*. Хотя в формулировках этих исков нет указания на то, что вмешательство должно ограничиваться такими случаями, именно в этих случаях, вмешательство, бесспорно, является наиболее необходимым. Правительство Соединенного Королевства в ответ на аргумент Мексики в деле *Mexican Eagle* о том, что государство не может осуществлять вмешательство от имени своих акционеров в мексиканской компании, заявило:

> Если бы была принята доктрина, согласно которой правительство сначала может поставить функционирование иностранных интересов на своих территориях в зависимость от их инкорпорации по национальным законам, а затем ссылаться на такую инкорпорацию как основание для отклонения иностранного дипломатического вмешательства, то, как совершенно очевидно, не было бы недостатка в средствах, с помощью которых можно бы было воспрепятствовать иностранным правительствам в осуществлении их бесспорного права согласно международному праву на защиту коммерческих интересов их граждан за рубежом[128].

9) В деле *Barcelona Traction* Испания – государство-ответчик – не была государством национальности потерпевшей компании. Вследствие этого обсуждаемое исключение Судом не рассматривалось. Тем не менее Суд мимоходом коснулся этого исключения:

> Совершенно верно то, что по соображениям справедливости, как утверждается, государство должно иметь возможность в определенных случаях вставать на защиту своих граждан, акционеров компании, ставшей жертвой нарушения международного права. Так, была разработана теория, в соответствии с которой государство акционеров имеет право на дипломатическую защиту, когда государство, ответственность которого рассматривается Судом, является национальным государством компании. Независимо от того, насколько правомерна эта теория, она, бесспорно, к данному случаю не применима, поскольку Испания не является национальным государством предприятия "Барселона трэкшн[129].

В своих особых мнениях по делу *Barcelona Traction* судьи Фитцморис[130], Танака[131] и Джессап[132] заявили о своей полной поддержке права государства гражданства или национальности акционеров на вмешательство в случае, когда компании причинен вред со стороны государства инкорпорации[133]. Хотя и судья Фитцморис[134], и судья Джессап[135] признали, что необходимость такой нормы особенно очевидна, когда инкорпорация требовалась как предварительное условие для ведения дел в государстве инкорпорации, ни один из них не был готов ограничивать применение этой нормы подобными обстоятельствами. Судьи же Падилья Нерво[136], Морелли[137] и Аммун[138] решительно возражали против такого исключения.

10) События, связанные с предлагаемым исключением, в период после принятия решения по делу *Barcelona Traction*, происходили, главным образом, в сфере договоров. Тем не менее они свидетельствуют о наличии поддержки понятия, согласно которому держатели акций компаний могут предъявлять претензии к государству инкорпорации компании, если оно виновно в причинении ей вреда[139]. В деле *ELSI*[140] камера МС разреши-

---

[127] См. *Delagoa Bay Railway Company* (footnote 120 above); *Mexican Eagle (El Aguila)*, M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 8, 1967, pp. 1272–1274; *Romano-Americana*, G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1943, p. 841; *"Salvador Commercial Company"* et al *("El Triunfo Company"), Award of 8 May 1902*, UNRIAA, vol. XV, p. 467, at p. 479; и *The Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers, Award of 5 August 1926, ibid.*, vol. II (Sales No. 1949.V.1), p. 777, at p. 790. Всесторонний анализ в авторитетных источниках см. Caflisch, *op. cit.* (сноска 108, выше); и J. M. Jones, "Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies", BYIL, vol. 26, 1949, p. 225. См. также E. Jiménez de Aréchaga, "International responsibility", in M. Sørensen (ed.), *Manual of International Law*, London, Macmillan, 1968, p. 531, at pp. 580–581.

[128] Whiteman, *op. cit.* (сноска выше), pp. 1273–1274.

[129] *Barcelona Traction, Second Phase, Decision* (см. сноску 40, выше), p. 48, para. 92.

[130] Ibid., pp. 72–75.

[131] Ibid., p. 134.

[132] Ibid., pp. 191–193.

[133] Судья Веллингтон Ку также поддержал эту позицию в деле *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium* v. *Spain), Preliminary Objections, Decision, I.C.J. Reports 1964*, p. 6, at p. 58, para. 20.

[134] *Barcelona Traction* (см. сноску 40, выше), pp. 73–74, paras. 15 and 16.

[135] Ibid., pp. 191–193.

[136] Ibid., pp. 257–259.

[137] Ibid., pp. 240–241.

[138] Ibid., p. 318.

[139] См. *SEDCO Inc.* v. *National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran, Case No. 129 of 24 October 1985*, ILR, vol. 84 (1991), pp. 484 and 496 (толкование статьи VII(2) Алжирской декларации

ла Соединенным Штатам предъявить Италии претензию в связи с ущербом, понесенным итальянской компанией, акциями которой полностью владели две американские компании. Суд не стал вдаваться в то, совместим ли его вывод с решением по делу *Barcelona Traction*, и не высказался по поводу предложенного исключения, обойденного в решении по делу *Barcelona Traction*, несмотря на тот факт, что Италия выдвинула возражения относительно того, что компания, права которой, как утверждалось, были нарушены, была инкорпорирована в Италии и что Соединенные Штаты пытались защитить права держателей акций компании[141]. Такое молчание можно объяснить разными причинами, в частности, тем фактом, что камера занималась не оценкой международного обычного права, а толкованием двустороннего Договора о дружбе, торговле и судоходстве[142], который предусматривал защиту держателей акций из Соединенных Штатов за рубежом. С другой стороны, совершенно ясно, что предлагаемое исключение находилось на рассмотрении камеры[143]. Таким образом, можно сделать вывод о поддержке исключения в интересах права государства акционеров компании выступать против государства инкорпорации, если оно несет ответственность за причинение вреда корпорации[144].

11) До принятия решения по делу *Barcelona Traction* предложенное исключение пользовалось поддержкой, хотя мнения относительно того, признается ли оно и в какой степени в практике государств и арбитражных решениях, разделились. Obiter dictum в деле *Barcelona Traction* и особые мнения судей Фитцмориса, Джессапа и Танаки, несомненно, придали дополнительный вес этому исключению. Последующие события, хотя они и имели место в контексте толкования договоров, подтвердили эту тенденцию[145]. В этих обстоятельствах представляется возможным поддержать общее исключение на основе судебного решения. Однако формулировка пункта *b* статьи 11 не заходит так далеко. Применение этого исключения ограничивается тем, что было названо "корпорацией Кальво", т.е. корпорацией, инкорпорация которой, подобно оговорке Кальво[146], призвана защитить ее от норм международного права, касающихся дипломатической защиты. Пункт *b* ограничивает применение исключения ситуацией, в которой корпорация в момент причинения вреда (еще одна ограничительная черта) имела национальность государства, предположительно несущего ответственность за причинение вреда, и инкорпорация по праву этого государства требовалась им в качестве предварительного условия для ведения в нем дел. Несомненно, будут иметь место случаи, когда на иностранных инвесторов будет оказываться политическое давление с целью принудить их инкорпорировать компанию в государстве, на территории которого они хотят вести дела. С точки зрения исключения, содержащегося в пункте *b*, это не является достаточным: законы государства должны требовать инкорпорацию в качестве предварительного условия для занятия в нем предпринимательством.

Статья 12. Прямой вред акционерам

В той мере в какой международно-противоправное деяние государства наносит прямой вред правам акционеров как таковым, в отличие от прав самой корпорации, государство гражданства или национальности любых таких акционеров вправе осуществлять в отношении них дипломатическую защиту.

Комментарий

1) То, что акционеры могут по праву претендовать на дипломатическую защиту, было признано Судом в решении по делу *Barcelona Traction*, где говорилось, что:

> …деяние, направленное против только прав компании и посягающее только на них, не создает ответственность по отношению к акционерам, даже если затронуты их интересы. …Дело обстоит по-иному, если деяние, являющееся предметом жалобы, направлено непосредственно на права акционеров как таковых. Хорошо известно, что существуют права, которыми внутригосударственное право наделяет последних и которые отличаются от прав компании, включая право на получение объявленных дивидендов, право посещать общие собрания и голосовать за них, право на долю в остаточных активах компании в период ликвидации. Всякий раз, когда его прямые права нарушаются, акционер имеет самостоятельное право на подачу иска[147].

Однако Суд не призвал к дальнейшему рассмотрению этого вопроса, так как Бельгия четко указала, что она не основывает свою претензию на нарушении прямых прав держателей акций.

об урегулировании претензий); и *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO)* v. *The Government of the Republic of Liberia*, ILM, vol. 26 (1987), pp. 647 and 652–654 (толкование статьи 25 Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств).

[140] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989*, p. 15.

[141] Ibid., pp. 64 (para. 106), и 79 (para. 132).

[142] Подписан в Риме 2 февраля 1948 года (United Nations, *Treaty Series*, vol. 79, No. 1040, p. 171).

[143] Это ясно из обмена мнениями в деле *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* между судями Ода (ibid., pp. 87-88) и Швебель (ibid., p. 94) по этому вопросу.

[144] Это мнение выражено Y. Dinstein in "Diplomatic protection of companies under international law", в K. Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1998, p. 505, at p. 512.

[145] Согласно принятым в Великобритании в 1985 году правилам, применимых по отношению к международным претензиям, "[e]сли подданный [Соединенного Королевства] обладает интересом в качестве акционера или ином качестве в компании, инкорпорированной в другом государстве и имеющей, следовательно, национальность этого государства, и если это государство наносит ущерб компании, [правительство Ее Величества] может вмешаться в целях защиты интересов подданного [Соединенного Королевства]" (Правило VI) приводится в *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37 (1988), p. 1007.

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

[147] *Barcelona Traction* (см. сноску 40, выше), p. 36, paras. 46–47.

2) Вопрос о защите прямых прав держателей акций находился на рассмотрении камеры МС в деле *ELSI*[148]. Однако в этом деле рассматриваемые права, такие, как права акционеров на организацию компании, контроль над ней и управление ею, были зафиксированы в Договоре о дружбе, торговле и судоходстве[149], который камере необходимо было истолковать, и камера не развила подробно нормы международного обычного права по этой теме. В деле *Agrotexim*[150] Европейский суд по правам человека, как и Международный Суд в деле *Barcelona Traction*, признал право акционеров на защиту в случае прямого нарушения их прав, однако постановил, что in casu такое нарушение совершено не было[151].

3) В статье 12 не делается попытки дать исчерпывающий перечень прав акционеров, отличных от прав самой корпорации. Суд в решение по делу *Barcelona Traction* упомянул следующие наиболее очевидные права акционеров: право на объявленные дивиденды, право на участие в общих собраниях и голосование на них и право на долю в остаточных активах компании в период ликвидации, но дал ясно понять, что этот перечень не является исчерпывающим. Это означает, что суды по своему усмотрению определяют на основе фактов отдельных дел пределы таких прав. Однако необходимо проявлять осторожность при проведении четких разграничений между правами акционеров и корпоративными правами, особенно в отношении права на участие в управлении корпорациями. Тот факт, что статья 12 должна толковаться ограничительно, подчеркивается словами "правам акционеров как таковым" и правам "в отличие от прав самой корпорации".

4) В статье 12 конкретно не называется правовое основание, которым должно определяться, какие права принадлежат акционерам в отличие от прав самой корпорации. В большинстве случаев этот вопрос должен решаться на основании внутреннего права государства инкорпорации. Однако, если компания инкорпорирована в государстве, совершающем противоправное деяние, могут иметься основания для ссылки на общие принципы права, регулирующего деятельность акционерных компаний, с тем чтобы обеспечить, чтобы в осуществлении своих прав иностранные акционеры не подвергались дискриминационному обращению[152].

Статья 13. Другие юридические лица

Принципы, содержащиеся в проектах статей 9 и 10 в отношении корпораций, применяются в соответствующих случаях к дипломатической защите других юридических лиц.

Комментарий

1) До сих пор в проектах статей настоящей главы основное внимание было сосредоточено на одном конкретном типе юридического лица – корпорации. Этому обстоятельству имеется два объяснения. Во-первых, корпорации, в отличие от других юридических лиц, имеют определенные общие, единообразные характерные черты: это – ставящие своей целью извлечение прибыли предприятия, капитал которых, как правило, представлен акциями и в которых четко разграничена самостоятельная правосубъектность корпорации и держателей акций, причем последние наделены ограниченной ответственностью. Во-вторых, главным образом корпорация, в отличие от публичного предприятия, высшего учебного заведения, муниципалитета, фонда и других подобных юридических лиц, занимается внешней торговлей и инвестированием, и именно ее деятельность подпитывает не только механизмы международной экономической жизни, но и механизм международного разрешения споров. Дипломатическая защита юридических лиц – это главным образом защита иностранных инвестиций. Именно поэтому корпорация является юридическим лицом, которое занимает центральное место в области дипломатической защиты и именно поэтому настоящий свод проектов статей касается – и должен касаться – главным образом этого вида образования.

2) В обычном смысле слово "лицо" означает человеческое существо. Однако в юридическом смысле "лицо" является любым существом, объектом, ассоциацией или институтом, которое право наделяет способностью приобретать права и нести обязанности. Правовая система может наделять правосубъектностью любой объект или ассоциацию по своему желанию. Последовательность или единообразие среди правовых систем, в том что касается наделения правосубъектностью, отсутствует.

3) Юристы ведут споры относительно правовой природы юридического лица и, в частности, относительно порядка появления юридического лица. Согласно теории фикции, никакое юридическое лицо не возникает без формального акта инкорпорации государством. Это означает, что орган, иной чем физическое лицо, может получать привилегии, связанные с правосубъектностью, в силу акта государства, которое посредством правовой фикции приравнивает его к физическому лицу с учетом таких ограничений, которые может налагать закон. Однако, согласно теории реальности, существование корпорации является реальностью и не зависит от признания государства. Если ассоциация или орган фактически действуют в качестве самостоятельного субъекта права, она или он становятся юридическим лицом со всеми его атрибутами, и при этом необходимость в признании правосубъектности со стороны государства отсутствует. Какими бы ни были достоинства теории реальности, ясно, что для того чтобы существовать, юридическое лицо должно получить определенное признание со стороны закона, т.е. определенной внутригосу-

---

[148] См. сноску 140, выше.

[149] См. сноску 142, выше.

[150] *Agrotexim and others* v. *Greece* (см. сноску 124, выше).

[151] Ibid., p. 23, para 62.

[152] В своем особом мнении по делу *ELSI* судья Ода говорил об "общих принципах права, регулирующего деятельность компаний", в контексте прав акционеров (см. сноску 140, выше), pp. 87–88.

дарственной правовой системы. Это было подчеркнуто как Европейским судом[153], так и МС[154].

4) С учетом того, что юридические лица являются порождением внутригосударственного права, из этого следует, что сегодня существует широкий диапазон юридических лиц с разнящимися характеристиками, включая корпорации, публичные предприятия, высшие учебные заведения, школы, фонды, церкви, муниципалитеты, некоммерческие ассоциации, неправительственные организации и даже товарищества (в некоторых странах). Невозможность отыскания общих и единообразных характеристик всех этих юридических лиц служит одним из объяснений того факта, что ученые как в области публичного, так и частного международного права в значительной степени ограничивают свое рассмотрение юридических лиц в контексте международного права корпорациями. Несмотря на это, в контексте дипломатической защиты необходимо учесть и другие юридические лица, помимо корпораций. Из решений ППМП видно, что коммуна[155] (муниципалитет) или высшее учебное заведение[156] могут при определенных обстоятельствах квалифицироваться в качестве юридических лиц, имеющих национальность того или иного государства. Отсутствуют причины, по которым такие юридические лица не должны иметь право на дипломатическую защиту в случае, если они понесли ущерб за рубежом, при условии, что они являются самостоятельными образованиями, не входящими в состав аппарата оказывающего защиту государства[157]. Не преследующие цель извлечения прибыли фонды, состоящие из активов, выделенных донором или завещателем в благотворительных целях, являются юридическими лицами без членского состава. Сегодня многие фонды финансируют проекты за рубежом в целях содействия развитию здравоохранения, социального обеспечения, прав женщин, прав человека и защиты окружающей среды в развивающихся странах. Если такое юридическое лицо пострадает от международно-противоправного деяния принимающего государства, то, видимо, ему будет предоставлена дипломатическая защита со стороны государства, согласно законам которого оно было создано. Неправительственные организации, отстаивающие благородные цели за рубежом, как представляется, подпадают под ту же категорию, что и фонды[158].

5) Разнообразие целей, преследуемых другими юридическими лицами, помимо корпораций, а также их структуры делает невозможной разработку отдельных и особых статей о дипломатической защите различных типов юридических лиц. Наиболее разумным и единственным реалистичным подходом является разработка положений, распространяющих принципы дипломатической защиты, адаптированные к корпорациям, на другие юридические лица, при условии внесения в них изменений, необходимых для учета различных характерных особенностей каждого юридического лица. Предлагаемая статья преследует именно эту цель. В ней предусматривается, что принципы, регулирующие вопросы национальности корпораций и применения принципа непрерывной национальности корпораций, содержащихся соответственно в статьях 9 и 10, будут применяться "с соответствующими изменениями" к дипломатической защите других юридических лиц, помимо корпораций. Первоначально в проекте статьи использовались слова "mutatis mutandis", но Комиссия решила отказаться от латинского выражения, если "с соответствующими изменениями" полностью передает смысл, который она хотела бы отразить. Никаких ссылок на статьи 11 и 12 не делается, поскольку они касаются лишь прав акционеров.

ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ

ВНУТРЕННИЕ СРЕДСТВА ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ

Статья 14. Исчерпание внутренних средств правовой защиты

1. Государство не может выдвигать международное требование в связи с причинением вреда лицу, имеющему его гражданство или национальность, или другому лицу, упомянутому в проекте статьи 8, до того как лицо, которому причинен вред, с учетом проекта статьи 16 исчерпало все внутренние средства правовой защиты.

2. "Внутренние средства правовой защиты" означают средства правовой защиты, которые доступны лицу, которому причинен вред, в судах или административных судах или органах, будь то обычных или специальных, предположительно несущего ответственность государства.

---

[153] *The Queen* v. *H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue,* ex parte *Daily Mail and General Trust plc, Case 81/87, Judgment of the Court of 27 September 1988,* European Court of Justice, *European Court Reports 1988,* p. 5483, at para. 19.

[154] *Barcelona Traction, Second Phase, Decision* (см. сноску 40, выше), pp. 34–35, para. 38.

[155] В решении по делу *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* ППМП постановила, что коммуна Ратибора подпадает под категорию "германского юридического лица" по смыслу германо-польской конвенции, касающейся Верхней Силезии (*Merits, Judgment No. 7, 1926, P.C.I.J. Reports, Series A, No. 7,* p. 19, at pp. 73–75). Конвенция была подписана в Женеве 15 мая 1922 года (см. G. Kaeckenbeeck, *The International Experiment of Upper Silesia,* London, Oxford University Press, 1942, p. 572).

[156] В решении по делу *Appeal from a Judgment of the Hungaro/Czechoslovak Mixed Arbitral Tribunal (The Peter Pázmány University)* ППМП постановила, что университет Петера Размани является венгерским юридическим лицом с точки зрения статьи 250 Трианонского договора и поэтому имеет право на реституцию принадлежащей ему собственности (*Judgment, 1933, P.C.I.J. Reports, Series A/B, No. 61,* p. 208, at pp. 227–232).

[157] Поскольку дипломатическая защита – это процесс, предназначенный для защиты физических и юридических лиц, не входящих в число государственных органов, это означает, что в большинстве случаев муниципалитет как местный орган власти и высшее учебное заведение, финансируемые и, в конечном счете, контролируемые государством, не будут иметь права на дипломатическую защиту. Однако частные университеты и частные школы могли бы иметь право рассчитывать на дипломатическую защиту, если бы они обладали правосубъектностью по внутреннему праву.

[158] См. далее K. Doehring, "Diplomatic Protection of Non-Governmental Organizations" в *El derecho internacional en un mundo en transformación: liber amicorum: en homenaje al professor Eduardo Jiménez de Aréchaga,* 1994, pp. 571-580.

Комментарий

1) Статья 14 преследует цель кодификации нормы международного обычного права, требующей исчерпания внутренних средств защиты в качестве предварительного условия предъявления международного требования. Эта норма была признана МС в деле *Interhandel* в качестве давно установившейся нормы международного обычного права"[159] и камерой МС в деле *ELSI* в качестве "важного принципа международного обычного права"[160]. Правило исчерпания внутренних средств правовой защиты обеспечивает, чтобы "государство, где произошло нарушение, имело возможность устранить его последствия своими собственными средствами, в рамках своей собственной внутренней правовой системы"[161]. Комиссия ранее рассмотрела исчерпание внутренних средств правовой защиты в контексте своей работы по теме ответственности государств и пришла к выводу, что оно является "одним из принципов общего международного права", поддерживаемых судебными решениями, практикой государств, договорами и трудами юристов[162].

2) Исчерпание внутренних средств правовой защиты требуется как от физических, так и от юридических лиц. Иностранная компания, финансируемая частично или преимущественно за счет государственного капитала, также должна исчерпывать внутренние средства правовой защиты при осуществлении ею acta jure gestionis. Неграждане осуществляющего защиту государства, которые имеют право на дипломатическую защиту в исключительных обстоятельствах, предусмотренных в статье 8, также должны исчерпать внутренние средства правовой защиты.

3) В пункте 1 говорится о выдвижении требования, а не о предъявлении требования, поскольку слово "выдвижение" описывает соответствующий процесс точнее, чем слово "предъявление", которое обозначает формальный акт с соответствующими последствиями и которое лучше использовать для обозначения момента официального представления требования.

4) Слова "все внутренние средства правовой защиты" должны трактоваться с учетом статьи 16, где указаны исключительные обстоятельства, при которых не возникает необходимости в исчерпании внутренних средств правовой защиты. Предложим сослаться в этом положении на необходимость исчерпания только "достаточных и эффективных" внутренних средств не прошли по двум причинам: во-первых, поскольку такому ограничению условия исчерпания внутренних средств необходимо уделить особое внимание в отдельном положении. Во-вторых, из того, что на государстве-ответчике, как правило, лежит бремя доказывания доступности внутренних средств правовой защиты, а на государстве-истце обычно лежит бремя доказывания отсутствия у потерпевшего эффективных средств правовой защиты[163], следует, что эти два аспекта правила о внутренних средствах правовой защиты требуют раздельного рассмотрения.

5) Доступные иностранцу средства правовой защиты, которые должны быть исчерпаны до предъявления международного требования, неизбежно будут различными в разных государствах. Поэтому никакие усилия по кодификации не позволят разработать абсолютную норму, которая подходила бы на все случаи жизни. Пункт 2 отражает попытку охарактеризовать в общей форме основной род средств, которые должны быть исчерпаны[164]. С самого начала ясно, что иностранец должен исчерпать все доступные судебные средства защиты, предусмотренные во внутреннем праве государства-ответчика. Если внутреннее право соответствующего государства с учетом обстоятельств дела позволяет подавать апелляцию в суд высшей инстанции, такая апелляция должна быть подана в целях получения окончательного решения по данному делу. Даже если возможность апелляции по праву в вышестоящий суд отсутствует, но этот суд по своему усмотрению может разрешить апелляцию, иностранное физическое или юридическое лицо все равно обязано обратиться за разрешением на апелляцию в этот суд[165]. Суды в этой связи включают в себя как обычные, так и специальные суды, поскольку "решающее значение имеет не обычный или чрезвычайный характер того или иного средства правовой защиты, а то, дает ли оно возможность добиться эффективного и достаточного возмещения"[166].

---

[159] *Interhandel* (см. сноску 31, выше), p. 27.

[160] *Elettronica Sicula S.p.A.* (*ELSI*) (см. сноску 140, выше), p. 42, para. 50.

[161] *Interhandel* (см. сноску 31, выше), p. 27.

[162] См. статью 22 проекта статей об ответственности государств, принятую Комиссией в предварительном порядке в первом чтении, *Ежегодник.., 1996 год*, том II (часть вторая), глава III, раздел D.1 (проект статьи 22, принятый Комиссией на ее двадцать девятой сессии, текст которого с соответствующим комментарием содержится в *Ежегоднике.., 1977 год*, том II (часть вторая), глава II, раздел B, стр. 34–59; статью 44 проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, принятого Комиссией на ее пятьдесят третьей сессии (*Ежегодник.., 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление), комментарий к этой статье излагается на стр. 147–148.

[163] Вопрос о бремени доказывания был рассмотрен Специальным докладчиком в разделе C его третьего доклада о дипломатической защите (см. сноску 19, выше). Комиссия решила не включать проект статьи по этому вопросу (см. *Ежегодник.., 2002 год*, том II (часть вторая), стр. 74–76, пункты 240–252). См. также дело *Elettronica Sicula (ELSI)* (сноска 140, выше), pp. 46-48, paras. 59-63.

[164] В иск по делу *Ambatielos* арбитражный трибунал заявил, что "вся система правовой защиты, предусмотренная внутригосударственным правом, должна была быть подвергнута критическому анализу" (*Judgment of 6 March 1956*, UNRIAA, vol. XII (Sales No. 63.V.3), p. 120). См. также по этой теме C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004.

[165] Сюда включается и процедура certiorari в Верховном суде Соединенных Штатов.

[166] *B. Schouw Nielsen* v. *Denmark, Application No. 343/57, Judgment of 2 September 1959*, European Commission and European Court of Human Rights, *Yearbook of the European Convention on*

6) Также должны быть исчерпаны административные средства защиты. Однако потерпевший иностранец обязан исчерпать только те средства защиты, которые могут вести к принятию юридически обязательного решения. Он не обязан обращаться к исполнительной власти, с тем чтобы она назначила возмещение в порядке осуществления своих дискреционных полномочий. Внутренние средства правовой защиты не включают в себя средства защиты, предоставляемые в порядке доброй воли[167], или средства защиты, "цель которых заключается в том, чтобы добиться благоприятствования, а не защиты права"[168]. Как правило к этой категории относятся просьбы о помиловании и обращение к омбудсмену [169].

7) С тем чтобы заложить удовлетворительную основу для международного требования на основании исчерпания внутренних средств правовой защиты, иностранный истец должен представить во время внутреннего судопроизводства основные доводы в свою пользу, которые он намерен выдвинуть в ходе международного разбирательства. В деле *ELSI* камера МС заявила, что, для того:

> чтобы международное требование было приемлемым, достаточно, чтобы требование по существу было предъявлено в компетентные суды и рассмотрено настолько, насколько это позволяют внутреннее право и процедуры, причем без успеха для истца[170].

Этот критерий представляется более предпочтительным, нежели более строгий критерий, провозглашенный в арбитражном решении по делу о *Финских судах*, согласно которому:

> все утверждения по вопросам факта и права, которые выдвинуты предъявившим требование правительством […] до этого должны быть исследованы и оценены внутригосударственными судами[171].

8) Иностранный истец должен поэтому представить имеющиеся у него доказательства в обоснование существа своего требования в процессе исчерпания внутренних средств правовой защиты[172]. Он не может пользоваться международным средством, обеспечиваемым дипломатической защитой, чтобы компенсировать упущения при подготовке или представлении своего иска на внутригосударственном уровне[173].

Статья 15. Категория требований

Внутренние средства правовой защиты должны быть исчерпаны, если международное требование или ходатайство о вынесении декларативного решения, связанного с этим требованием, выдвигается государством преимущественно на основе вреда, причиненного лицу, являющемуся его гражданином или имеющему его национальность, или другому лицу, упомянутому в проекте статьи 8.

Комментарий

1) Норма об исчерпании внутренних средств правовой защиты применяется лишь в случаях, когда государству-истцу вред причинен "косвенно", т.е. через его физическое или юридическое лицо[174]. Она не применяется, если государству-истцу причинен прямой вред в результате противоправного деяния другого государства, поскольку у этого государства имеются свои собственные основания для предъявления международного требования.

2) На практике сложно установить, является ли требование "прямым" или "косвенным", когда оно "смешанное" в том смысле, что содержит элементы вреда как государству, так и физическим или юридическим лицам этого государства. Многие споры, рассматривавшиеся в международных судах, являются примером смешанного требования. В деле *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*[175] имело место прямое нарушение Исламской Республикой Иран обязанности перед Соединенными Штатами Америки защищать их дипломатических и консульских работников, однако в то же время был причинен вред самим гражданам (дипломатам и консулам), которые были захвачены в качестве заложников; и в деле *Interhandel*[176] Швейцария выдвинула требования, касающиеся прямого ущерба, причиненного ей и связанного с нарушением договора, а также косвенного ущерба в результате вреда, причиненного швейцарской корпорации. В деле *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* МС расценил

Human Rights 1958–1959, p. 438, касательно встречного удовлетворения Института международного права в его резолюции 1954 года (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 46, 1956, p. 364). См. также *Lawless* v. *Ireland, Application No. 332/57, Judgment of 30 August 1958*, European Commission and European Court of Human Rights, *Yearbook of the European Convention on Human Rights 1958–1959*, p. 308, at pp. 318–322.

[167] *Claim of Finnish shipowners against Great Britain in respect of the use of certain Finnish vessels during the war ("Finnish Ships Arbitration"), Award of 9 May 1934*, UNRIAA, vol. III (Sales No. 1949.V.2), p. 1479.

[168] *De Becker* v. *Belgium, Application No. 214/56, Decision of 9 June 1958*, European Commission and European Court of Human Rights, *Yearbook of the European Convention on Human Rights 1958–1959*, p. 238.

[169] См. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico* v. *United States of America), Judgment of 31 March 2004, I.C.J. Reports 2004*, p. 12, at pp. 63–66, paras. 135–143.

[170] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (см. сноску 140, выше), p. 46, para. 59.

[171] *Finnish Ships Arbitration* (см. сноску 167, выше), p. 1502.

[172] См. иск по делу *Ambatielos Claim* (см. сноску 164, выше).

[173] См. D. P. O'Connell, *International Law*, vol. 2, 2nd ed., London, Stevens, 1970, p. 1059.

[174] Это согласуется с принципом, сформулированным ППМП в деле *Mavrommatis Palestine Concession*, по мнению которой "[в]зяв сторону одного из своих подданных и прибегнув к дипломатическим действиям или международному судопроизводству от его имени, государство на самом деле утверждает свое собственное право – свое право обеспечить в лице своих подданных уважение норм международного права" (см. сноску 31, выше), p. 12.

[175] *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980*, p. 3. См. также *Avena and Other Mexican Nationals* (см. сноску 169, выше), para. 40, в котором Суд заявил, что Мексика по смыслу статьи 36 1) Венской конвенции о консульских сношениях пострадала напрямую в связи с причинением вреда ее гражданам.

[176] См. сноску 31, выше.

требование как основанное на прямом нарушении международного права; и в деле *Interhandel* Суд пришел к выводу о том, что требование было в основном косвенным и что *Интерхандель* не исчерпала внутренних средств правовой защиты.

3) В случае смешанного требования трибунал обязан изучить различные элементы требования и решить, какой элемент преобладает: прямой или косвенный. В деле *ELSI* камера МС отклонила довод Соединенных Штатов о том, что часть требования основывалась на нарушении договора и что поэтому необходимо было исчерпать внутренние средства правовой защиты, заявив что:

> у камеры нет сомнений в том, что требование Соединенных Штатов в целом "окрашено и пропитано" предполагаемым ущербом корпорациям "Райтеон" и "Мачлетт" [корпорации Соединенных Штатов][177].

С критерием преимущественного характера тесно связан критерий sine qua non (или критерий "если бы не"), который ставит вопрос о том, было ли бы представлено требование, содержащее элементы как прямого, так и косвенного вреда, если бы оно не было требованием от имени лица, которому причинен вред. Если на этот вопрос дается отрицательный ответ, то требование является косвенным и внутренние средства правовой защиты должны быть исчерпаны. Однако критерий преимущественного характера мало чем отличается от критерия sine qua non. Если требование преимущественно основывается на вреде, причиненном лицу, то это свидетельствует о том, что оно не выдвигалось бы, если бы лицу не был причинен ущерб. В этих обстоятельствах Комиссия предпочла принять только один критерий – критерий преимущественного характера.

4) Другие "критерии", используемые для установления того, носит ли требование прямой или косвенный характер, являются не столько критериями, сколько факторами, которые необходимо учитывать при решении того, склоняется ли преимущественно требование в пользу прямого или косвенного требования, или того, выдвигалось ли бы требование или нет, если бы лицу не был причинен ущерб. Основными факторами, которые необходимо учитывать при такой оценке, являются предмет спора, характер требования и требуемое средство правовой защиты. Так, если спор касается должностного лица с дипломатическим статусом[178] или государственного имущества[179], требование обычно будет прямым, а если государство добивается от имени лица денежного возмещения, требование будет косвенным.

5) В статье 15 ясно сказано, что внутренние средства правовой защиты необходимо исчерпать не только в отношении международного требования, но и в отношении ходатайства о вынесении декларaторного решения, выдвинутого преимущественно на основе ущерба физическому или юридическому лицу. Хотя можно привести подтверждения в поддержку мнения о том, что, когда государство не выдвигает требования о возмещении ущерба лицу, которому причинен вред, а просто ходатайствует о вынесении решения о толковании и применении договора, необходимость в исчерпании внутренних средств правовой защиты отсутствует [180], существуют случаи, при которых от государств требовалось исчерпание внутренних средств правовой защиты, когда они ходатайствовали о вынесении декларaторного решения, связанного с толкованием и применением договора, который, как утверждалось, был нарушен государством-ответчиком в результате незаконного обращения с лицом, которому причинен вред[181]. Статья 15 ясно дает понять, что ходатайство о вынесении декларaторного решения само по себе не освобождает государство от необходимости соблюдения нормы об исчерпании внутренних средств правовой защиты. Когда ходатайство о вынесении декларaторного решения является второстепенным по отношению к требованию о возмещении вреда лицу или связано с ним – *независимо от того, увязывается ли ходатайство с требованием о компенсации или реституции в пользу лица, которому причинен вред, или нет*, – трибунал все же может признавать, что с учетом всех обстоятельств дела ходатайство о вынесении декларaторного решения преимущественно подано на основе вреда лицу. Такое решение было бы справедливым и разумным, когда ясно, что государство-истец умышленно просит вынести декларaторное решение, с тем чтобы избежать необходимости соблюдения правила о внутренних средствах правовой защиты.

Статья 16. Исключения из правила о внутренних средствах правовой защиты

Не требуется исчерпания внутренних средств правовой защиты, когда:

***a*) внутренние средства правовой защиты не дают никакой разумной возможности эффективного возмещения;**

***b*) существует необоснованная задержка в процессе осуществления правовой защиты, которая присваивается предположительно несущему ответственность государству;**

***c*) нет никакой относящейся к делу связи между потерпевшим лицом и предположительно несущим ответственность государством или обстоя-**

---

[177] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (см. сноску 140, выше), p. 43, para. 52. См. также дело *Interhandel* (сноска 31, выше), p. 28.

[178] См. дело *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (сноска 175, выше).

[179] См. дело *Corfu Channel* (*United Kingdom v. Albania*) *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 4.

[180] См. *Case concerning the Air Services Agreement of 27 March between the United States of America and France, Decision of 9 December 1978*, UNRIAA, vol. XVIII (Sales No. E/F.80.V.7), p. 417; и *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1988*, p. 12, at p. 29, para. 41.

[181] См. *Interhandel* (сноска 31, выше), pp. 28–29; и *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (сноска 140, выше), p. 43.

тельства дела иным образом делают исчерпание внутренних средств правовой защиты неразумным;

***d*) государство, предположительно несущее ответственность, отказалось от требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты.**

Комментарий

1) Статья 16 касается исключений из правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты. Пункты a)-c) касаются обстоятельств, при которых требовать от потерпевшего иностранца исчерпания внутренних средств правовой защиты в качестве предварительного условия выдвижения иска было бы несправедливо или неразумно, и, следовательно, речь идет о явных исключениях из правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты. Пункт d) касается иной ситуации, которая возникает, если государство-ответчик отказалось от требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты.

Пункт a

2) Пункт a) касается исключения из правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты, которое иногда называют в общем смысле изъятием по причине "тщетности" или "неэффективности". Комиссия рассмотрела три варианта формулировок нормы с описанием обстоятельств, при которых исчерпания внутренних средств правовой защиты не требуется:

i) внутренние средства правовой защиты явно бесполезны;

ii) внутренние средства правовой защиты не дают никакой разумной надежды на успех;

iii) внутренние средств правовой защиты не дают никакой разумной возможности эффективного возмещения.

Все они пользуются известной поддержкой в авторитетных источниках.

3) Комиссия рассмотрела критерий "очевидной бесполезности", подробно охарактеризованный арбитром Багге по делу *Finnish Ships Arbitration*[182], но решила, что он устанавливает слишком высокий порог. С другой стороны, Комиссия пришла к мнению о том, что критерий "отсутствия разумной надежды на успех", принятый Европейской комиссией по правам человека в ряде ее решений [183], представляется слишком щедрым по отношению к истцу. Поэтому она предпочла третий вариант, формулировка которого позволяет обойтись без строгих положений об "очевидной бесполезности ", но, тем не менее, налагает значительное бремя на истца, требуя, чтобы он доказал, что в обстоятельствах дела и в контексте правовой системы государства-ответчика у него нет никакой разумной возможности добиться эффективной правовой защиты. Этот критерий взят на вооружение из особого мнения сэра Херша Лаутерпахта по делу о норвежских займах[184] и находит поддержку в трудах юристов[185]. Кроме того, он согласуется с судебными решениями, согласно которым исчерпания внутренних средств правовой защиты не требуется, если суд не обладает юрисдикцией в отношении спора, о котором идет речь[186]; национальное законодательство, оправдывающее деяние, по поводу которого жалуется иностранец, не будет рассматриваться внутренними судами[187]; отсутствие независимости внутренних судов является общеизвестным фактом[188]; существует последовательная и хорошо прослеживаемая серия прецедентов, неблагоприятных для иностранцев[189]; суды государства не компетентны предоставлять соответствующую и достаточную правовую защиту иностранцу[190];

---

[182] *Finnish Ships Arbitration* (см. сноску 167, выше), p. 1504.

[183] См. *Retimag S. A.* v. *Federal Republic of Germany, Application No. 712/60, Judgment of 16 December 1961*, European Commission and European Court of Human Rights, *Yearbook of the European Convention on Human Rights 1961*, p. 385, at p. 400; and *X, Y and Z* v. *United Kingdom, Application Nos. 8022/77 and 8027/77, Decision of 8 December 1979*, Council of Europe, European Commission of Human Rights, *Decisions and Reports*, vol. 18, p. 66, at p. 74. См. также комментарий к статье 22 проекта статей об ответственности государств, принятого Комиссией на ее двадцать девятой сессии (сноска 162, выше).

[184] См. *Case of Certain Norwegian Loans* (*France* v. *Norway*), *Judgment, I.C.J. Reports 1957*, p. 9, at p. 39.

[185] См. третий доклад о дипломатической защите (сноска 19, выше), пункт 35.

[186] См. дело *Panevezys-Saldutiskis Railway* (footnote 32, выше), p. 18; и *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, AJIL, vol. 28 (1934), p. 760, at p. 789; *El Triunfo Company* (сноска 127, выше), pp. 476–477; *The "Lottie May" Incident, Arbitral award of 18 April 1899*, UNRIAA, vol. XV, p. 29, at p. 31; особое мнение судьи Лаутерпахта по делу *Norwegian Loans* (сноска 184, выше), pp. 39–40; и *Finnish Ships Arbitration* (сноска 167, выше), p. 1535.

[187] См. *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly* (сноска выше). См. также дела *Affaire des forêts du Rhodope central, Merits, Award of 29 March 1933*, UNRIAA, vol. III, p. 1405; *Ambatielos* (сноска 164, выше), p. 119; и *Interhandel* (сноска 31, выше), p. 28.

[188] См. дела *Robert E. Brown (United States)* v. *Great Britain, Arbitral award of 23 November 1923*, UNRIAA, vol. VI, p. 120; и *Velásquez Rodríguez* v. *Honduras, Merits, Award of 29 July 1988*, ILM, vol. 28, 1989, p. 291, at pp. 304–309.

[189] См. дела *Panevezys-Saldutiskis Railway* (footnote 32, выше); "*S.S. Lisman*", *Award of 5 October 1937*, UNRIAA, vol. III, p. 1767, at p. 1773; "*S.S. Seguranca*", *Award of 27 September 1939*, ibid., p. 1861, at p. 1868; *Finnish Ships Arbitration* (сноска 167, выше), p. 1495; *X.* v. *Federal Republic of Germany, Application No. 27/55, Decision of 21 May 1956*, European Commission of Human Rights, *Documents and Decisions 1955–1956–1957*, p. 138; *X* v. *Federal Republic of Germany, Application No. 352/58, Decision of 4 September 1958*, European Commission and European Court of Human Rights, *Yearbook of the European Convention on Human Rights 1958-1959*, p. 342, at p. 344; and *X* v. *Austria, Application No. 514/59, Decision of 5 January 1960*, European Commission and European Court of Human Rights, *Yearbook of the European Convention on Human Rights 1960*, p. 196, at p. 202.

[190] См. дела *Finnish Ships Arbitration* (сноска 167, выше), pp. 1496–1497; *Velásquez Rodríguez* v. *Honduras* (сноска 188, выше) ; *Yağci and Sargin* v. *Turkey, Judgment of 8 June 1995*, ECHR, *Series A: Reports and Decisions*, vol. 319, p. 3, at p. 17, para. 42; and *Hornsby* v. *Greece, Judgment of 19 March 1997*, ibid., ECHR, *Reports and Decisions 1997-II*, No. 33, p. 495, at p. 509, para. 37.

или государство-ответчик не имеет надлежащей системы судебной защиты[191].

4) Вопрос о том, обеспечивают или не обеспечивают внутренние средства правовой защиты разумную возможность эффективного возмещения, должен решаться с учетом внутреннего права и обстоятельств на тот момент времени, когда они должны использоваться. Этот вопрос должен решаться компетентным международным судом, которому будет поручено определить, исчерпаны ли внутренние средства правовой защиты. Решение по этому вопросу должно быть принято на основании презумпции о том, что требование является обоснованным[192].

Пункт b

5) Тот факт, что можно обойтись без требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты в случаях, в которых государство-ответчик несет ответственность за необоснованную задержку в предоставлении внутреннего средства правовой защиты, подтверждается результатами попыток кодификации[193], договорами в области прав человека и практикой[194], судебными решениями[195] и мнениями авторитетных юристов. Комиссия отдавала себе отчет в трудности, связанной с наполнением понятия "излишняя задержка" объективным содержанием или попытками оговорить конкретные сроки, в течение которых должны использоваться внутренние средства правовой защиты. О каждом случае необходимо судить на основании его фактов. Как заявила Британско-мексиканская комиссия по претензиям в деле *El Oro Mining and Railway Company*:

Комиссия не будет пытаться установить с точностью, в какой именно период от суда может ожидаться вынесение решения. Это будет зависеть от нескольких обстоятельств, прежде всего от объема работы, связанного с тщательным изучением дела, иными словами, от масштаба последнего[196].

6) Пункт *b* ясно дает понять, что задержка в процессе осуществления правовой защиты присваивается государству, предположительно несущему ответственность за причинение вреда иностранцу. Формулировка "процесс осуществления правовой защиты" представляется более предпочтительной, чем "внутренние средства правовой защиты", поскольку она отражает стремление охватить весь процесс, через который задействуются и осуществляются средства правовой защиты и посредством которого они используются.

Пункт c

7) Исключение из правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты в статье 16 a), согласно которому не требуется исчерпания внутренних средств правовой защиты, когда “внутренние средства правовой защиты не дают никакой разумной возможности эффективного возмещения”, не охватывает ситуации, при которых внутренние средства правовой защиты могут давать разумную возможность эффективного возмещения, но потерпевшему иностранцу было бы неразумно исчерпывать их или этот процесс был бы сопряжен для него с большими тяготами. Например, даже при существовании эффективных внутренних средств правовой защиты было бы неразумно и несправедливо требовать от лица, которому причинен вред, исчерпания внутренних средств правовой защиты в случае причинения его имуществу вреда в результате воздействия загрязнения окружающей среды, выпадения радиоактивных осадков или падения обломков космического объекта, ответственность за которые лежит не на государстве, где находится эта собственность, или же если он находится на борту авиалайнера, сбитого государством, в воздушное пространство которого этот авиалайнер случайно вторгся; или если государство-ответчик либо кто-либо еще чинят серьезные препятствия для использования внутренних средств правовой защиты. В таких ситуациях предполагалось, что необходимость в исчерпании внутренних средств правовой защиты отсутствует в отсутствие добровольной связи или территориальной связи между физическим лицом, которому причинен вред, и государством-ответчиком либо в силу действия изъятия, касающегося особых тягот.

8) В литературе по праву приводится обоснование тезиса о том, что во всех случаях, в которых требовалось исчерпание внутренних средств правовой защиты, наличествовала какая-то связь между лицом, которому причинен вред, и государством-ответчиком, например добровольное физическое присутствие, проживание, владение собственностью или договорные отношения с государством-ответчиком[197]. Приверженцы этого мне-

---

[191] См. дело *Mushikiwabo and others* v. *Barayagwiza, Decision of 9 April 1996*, ILR, vol. 107 (1997), p. 457, at p. 460. Во время военной диктатуры в Чили Межамериканская комиссия по правам человека решила, что нарушения, присущие судопроизводству в органах военной юстиции, устраняют необходимость исчерпания внутренних средств правовой защиты (см. *case 9755 (Chile), resolution 01a/88, case 9755, Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1987–1988*, OEA/Ser.L/V/II.74, document 10 rev. 1, pp. 136 et seq.).

[192] См. дела *Finnish Ships Arbitration* (сноска 167, выше), p. 1504; и *Ambatielos* (сноска 164, выше), pp. 119–120.

[193] См. обсуждение первых попыток кодификации Специальным докладчиком Гарсией Амадором в первом докладе, *Ежегодник.., 1956 год*, том II, стр. 223-226 англ. текста; и статью 19 (2) Гарвардского проекта конвенции о международной ответственности государств за вред, причиненный иностранцам, 1960 год, подготовленного Гарвардским школой права, воспроизводится в Sohn and Baxter, loc. cit. (сноска 65, выше), p. 577.

[194] Международный пакт о гражданских и политических правах (статья 41 (1) (c)); Американская конвенция о правах человека: "Пакт Сан-Хосэ, Коста-Рика" (статья 46 (2)(c)); *Weinberger* v. *Uruguay*, Communication No. 28/1978, Human Rights Committee, *Selected Decisions*, vol. 1, p. 57, at p. 59; *Las Palmeras, Preliminary Objections, Judgment of 4 February 2000*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, *Decisions and Judgments*, No. 67, para. 38; *Erdoğan* v. *Turkey, Application No. 19807/92*, No. 84 A, ECHR, *Decisions and Reports*, 1996, p. 5, at p. 15.

[195] См. *El Oro Mining and Railway Company (Limited) (Great Britain* v. *United Mexican States), Decision No. 55 of 18 June 1931*, UNRIAA, vol. V, p. 191, at p. 198; and *Prince von Pless Administration, Order of 4 February 1933*, P.C.I.J., Series A/B, No. 52, p. 11, at p. 16.

[196] См. сноску выше.

[197] См. C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (сноска 164, выше), p. 169; и T. Meron, "The incidence of the rule of

ния считают, что характер дипломатической защиты и нормы, касающейся внутренних средств правовой защиты, претерпел значительные изменения в последнее время. Если на ранних этапах дипломатическая защита было связана с ситуациями, при которых иностранцу, проживающему и ведущему деловую деятельность в иностранном государстве, наносился вред деянием этого государства, в связи с чем от него могло ожидаться исчерпание внутренних средств правовой защиты в соответствии с принципом, предусматривающим, что направляющийся за границу гражданин должен обычно рассматриваться как признающий местные законы в том виде, в котором он их находит, включая средства, предоставляемые для компенсации вреда, то в настоящее время индивиду может быть причинен вред деянием иностранного государства вне его территории или каким-то деянием в пределах его территории в обстоятельствах, при которых индивид не имеет никакой связи с этой территорией. Примерами служат трансграничный экологический вред (к примеру, взрыв на Чернобыльской атомной электростанции вблизи Киева в Украине, в результате которого радиоактивные осадки выпали в таких удаленных районах, как Япония и Скандинавия) и сбивание летательного аппарата, который в результате случайного отклонения от маршрута входит в воздушное пространство того или иного государства (иллюстрацией чему служит дело *Aerial Incident of 27th, 1955,* в ходе которого Болгария сбила самолет компании "Эль-Ал", который случайно вошел в ее воздушное пространство[198]). Основанием для такой добровольной связи или территориальной связи является принятие риска иностранцем в иностранном государстве. Лишь в том случае, когда иностранец добровольно подчиняет себя юрисдикции государства-ответчика, можно ожидать от него исчерпания внутренних средств правовой защиты.

9) Ни судебные решения, ни государственная практика не содержат четких указаний по поводу существования подобного изъятия из правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты. Несмотря на наличие предварительных решений в поддержку такого изъятия в делах *Interhandel*[199] и *Salem*[200], в других делах[201] трибуналы подтверждали применимость правила о внутренних средствах правовой защиты, несмотря на отсутствие добровольной связи между иностранцем, которому причинен вред, и государством-ответчиком. В деле *Norwegian Loans*[202] и деле *Aerial Incident of 27th, 1955*[203] доводам в пользу существования требования добровольной связи уделялось большое внимание, однако ни в первом, ни во втором случаях МС не принял решения по данному вопросу. В деле *Trail Smelter*[204], касавшемся трансграничного загрязнения, при котором не было никакой добровольной связи или территориальной связи, Канада не настаивала на исчерпании внутренних средств правовой защиты. Это и другие дела[205], в которых не было никакой добровольной связи и в рамках которых не шла речь о внутренних средствах правовой защиты, истолковывались как поддерживающие требования о добровольном признании юрисдикции в качестве одного из предварительных условий для применения нормы о внутренних средствах правовой защиты. Ненастаивание на применении правила о внутренних средствах правовой защиты в этих делах может, вместе с тем, быть объяснено как пример прямого вреда, при котором нет необходимости исчерпывать внутренние средства правовой защиты, или исходя из того, что арбитражное соглашение, о котором идет речь, не требовало исчерпания внутренних средств правовой защиты.

10) Хотя Комиссия пришла к мнению о необходимости прямо предусмотреть это исключение из правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты, она предпочла не пользоваться термином "добровольная связь" для описания этого исключения, поскольку он подчеркивает субъективное намерение лица, которому причинен вред, а не отсутствие объективно установимой связи между отдельным лицом и принимающим государством. Кроме того, было бы трудно доказать подобный субъективный критерий на практике и поэтому Комиссия решила требовать существования "относящейся к делу связи" между иностранцем, которому причинен вред, и принимающим государством. Такая связь должна быть "относящейся к делу" в том смысле, что она должна в той или иной мере быть связана с понесенным ущербом. Трибунал будет обязан рассматривать не только вопрос о присутствии лица, которому причинен вред, его проживании или ведении им деловых операций на территории принимающего государства, но и вопрос о том, приняло ли это лицо своим поведением в данных обстоятельствах риск того, что при причинении ему ущерба на него будет распространяться законодательство принимающего государства. Слово "относящаяся к делу", как было решено, лучше всего поможет трибуналу рассмотреть основные элементы связи между иностранцем, которому причинен вред, и

exhaustion of local remedies", BYIL, vol. 35 (1959), p. 83 et seq., at p. 94.

[198] *Case concerning the Aerial Incident of July 27th, 1955* (*Israel* v. *Bulgaria*), *Judgment, I.C,J. Reports 1959*, p. 127.

[199] Здесь МС заявил: "было сочтено необходимым, чтобы *государство, в котором имело место нарушение,* также имело возможность устранить его своими собственными средствами" (см. сноску 31, выше), p. 27 (курсив добавлен).

[200] В деле *Salem* арбитражный трибунал заявил, что, "[к]ак правило, иностранец должен признавать применимость к нему решений органов правосудия страны, которую он избрал в качестве своего местожительства" (см. сноску 66, выше), p. 1202.

[201] *Finnish Ships Arbitration* (сноска 167, выше); и *Ambatielos* (см. сноску 164, выше).

[202] *Case of Certain Norwegian Loans* (*France* v. *Norway*), *Judgment of July 6th, 1957, Oral Pleadings of France, I.C.J. Pleadings*, vol. I, p. 408.

[203] *Case concerning the Aerial Incident of July 27th, 1955* (*Israel* v. *Bulgaria*), *Preliminary Objections, Oral Pleadings of Israel, I.C.J. Pleadings*, pp. 531–532.

[204] Дело *Trail Smelter (United States* v. *Canada)*, UNRIAA, vol. III, p. 1905.

[205] Дело *Virginius* (1873), воспроизводится в J. B. Moore, *A Digest of International Law* (сноска 120, выше), vol. II, p. 895, at p. 903; и дело *Jessie* (1921), описанное в AJIL, vol. 16 (1922), pp. 114–116.

принимающим государством в контексте ущерба, с тем чтобы установить, имело ли место такое принятие риска со стороны иностранца, которому причинен вред.

11) Вторая часть пункта *c* призвана дать трибуналу возможность не требовать исчерпания внутренних средств правовой защиты в тех случаях, когда с учетом обстоятельств дела было бы неразумно ожидать соблюдения этого правила. Каждый случай, разумеется, необходимо рассматривать по существу при принятии такого решения, и было бы неразумно пытаться предусмотреть всеобъемлющий перечень факторов, которые могут подпадать под это изъятие. Однако предлагается применить это изъятие, если государство не позволяет иностранцу, которому причинен вред, фактически получить доступ в свои суды, например, лишая его права въезда на свою территорию или подвергая его жизнь угрозе, с тем чтобы сделать для него небезопасным въезд на свою территорию; или если преступные группировки в принимающем государстве препятствуют возбуждению разбирательства в местных судах; или если стоимость исчерпания внутренних средств правовой защиты непомерно высока.

Пункт d

12) Государство может быть готово отказаться от требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты. Поскольку цель этого правила состоит в защите интересов государства, обвиняемого в неправильном обращении с иностранцем, то из этого вытекает тот факт, что государство само может отказаться от этой защиты. Межамериканский суд по правам человека заявил:

> В делах подобного рода, согласно общепризнанным принципам международного права и международной практике, правило, которое требует предварительного исчерпания внутренних средств правовой защиты, предназначена во благо государства, поскольку это правило направлено на освобождение государства от обязанности отвечать на обвинения в международном органе в связи с деяниями, которые были присвоены ему до того, как оно имело возможность исправить их на основе внутренних средств. Это требование, таким образом, рассматривается как средство защиты, и от него как такового можно, даже путем умолчания, отказаться[206].

13) Отказ требовать исчерпания внутренних средств правовой защиты может принимать многие разнообразные формы. Он может фигурировать в двустороннем или многостороннем договоре, заключенном до или после возникновения спора; он может фигурировать в контракте между иностранцем и государством-ответчиком; он может быть прямым или подразумеваемым; или он может вытекать из поведения государства-ответчика в обстоятельствах, в которых он может быть охарактеризован как эстоппель или лишение.

14) Прямо выраженный отказ может быть включен в специальное арбитражное соглашение, заключенное с целью урегулировать уже существующий спор, или в общий договор, предусматривающий, что возникающие в будущем споры должны разрешаться посредством арбитража или на основе урегулирования международных споров в какой-то другой форме. Он может также быть включен в контракт между государством и иностранцем. Существует общее согласие относительно того, что прямо выраженный отказ от выполнения нормы, касающейся внутренних средств правовой защиты, действителен. Отказы являются общим элементом современной практики государств, и многие арбитражные соглашения содержат положения об отказе. Вероятно, самый широко известный пример можно найти в статье 26 Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств, которая гласит:

> Согласие сторон на арбитраж по Конвенции рассматривается, если не заявляется об ином, как согласие на такой арбитраж, исключая любое иное средство правовой защиты. Договаривающееся государство может требовать исчерпания внутренних, административных или судебных средств правовой защиты в качестве условия своего согласия на арбитраж по этой Конвенции.

В целом существует согласие относительно того, что прямо выраженные отказы, будь то в соглашении между государствами или в договоре между государством и иностранцем, неотзывны, даже если договор регулируется правом принимающего государства[207] .

15) Отказ от внутренних средств правовой защиты не может быть сугубо подразумеваемым. В деле *ELSI* камера МС в этой связи заявила, что она

> не может согласиться с тем, что один из важных принципов обычного международного права должен рассматриваться как исключенный по умолчанию в отсутствие каких-либо слов, ясно указывающих на намерение сделать это[208].

16) Вместе с тем в тех случаях, когда намерение сторон отказаться требовать исчерпания внутренних средств правовой защиты носит ясный характер, этому намерению должно придаваться значение. Как судебные решения[209], так и работы правоведов поддерживают такой вывод. Нельзя установить никакого общего правила относительно того, когда намерение отказаться от требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты может быть подразумеваемым. В каждом случае необходимо определяться в свете формулировок соответствующего документа и обстоятельств его принятия. В случаях когда государство-ответчик согласилось передавать споры, которые могут возникнуть в

---

[206] *Government of Costa Rica (In the Matter of Viviana Gallardo* et al.*), Award of 13 November 1981*, Inter-American Court of Human Rights, ILR, vol. 67 (1984), p. 578, at p. 587. См также дело *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (сноска 140, выше), p. 42, para. 50; дела *De Wilde, Ooms and Versyp* ("Belgian Vagrancy Cases"), ECHR, *Judgment of 18 June 1971*, ILR, vol. 56, p. 337, at p. 370, para. 55.

[207] См. дела *Viviana Gallardo* et al. (сноска, выше) и *De Wilde, Ooms and Versyp* ("Belgian Vagrancy Cases") (ibid.).

[208] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (см. сноску 140, выше), p. 42, para. 50.

[209] См., например, *Steiner and Gross* v. *Polish State, Case No. 322 (1928), Annual Digest of Public International Law Cases 1927 and 1928*, A. McNair and H. Lauterpacht (eds.), London, Longman, 1931, p. 472; и *American International Group Inc.* v. *The Islamic Republic of Iran, Award No. 93-2-3 (1983), Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1985, vol. 4, p. 96.

будущем с государством-заявителем, на арбитраж, есть основания, позволяющие поддержать мнение о том, что подобное соглашение "не сопряжено с отказом от требования об исчерпании всех внутренних средств правовой защиты в случаях, в которых одна из договаривающихся сторон поддерживает иск физического или юридического лица"[210]. Тот факт, что существует обоснованная презумпция отсутствия имплицитного или молчаливого отказа в таком случае, был подтвержден камерой МС в деле *ELSI*[211]. Такой отказ скорее может подразумеваться в случае арбитражного соглашения, заключенного после возникновения спора, о котором идет речь. В таком случае можно утверждать, что подобный отказ может подразумеваться, если государство-ответчик заключило арбитражное соглашение с государством-заявителем, охватывающее споры, касающиеся порядка рассмотрения исков граждан после нанесения вреда гражданину, являющемуся субъектом спора, но в этом соглашении ничего не говорится по поводу сохранения правила о внутренних средствах правовой защиты.

17) Хотя и есть сторонники тезиса о том, что поведение государства-ответчика в ходе международного разбирательства может вызвать утрату этим государством права требовать исчерпания внутренних средств правовой защиты[212], Комиссия предпочла не упоминать об эстоппеле в формулировке своей нормы об исключениях ввиду неопределенности этой доктрины в международном праве. Комиссия пришла к мнению о том, что было бы разумнее разрешать поведение, из которого может быть выведен отказ от требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты, в качестве подразумеваемого отказа.

ЧАСТЬ ЧЕТВЕРТАЯ

РАЗЛИЧНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 17. Действия или процедуры, иные, нежели дипломатическая защита

Настоящие проекты статей не наносят ущерба правам государств, физических лиц или других субъектов осуществлять действия или процедуры по международному праву, иные, нежели дипломатическая защита, для обеспечения возмещения вреда, причиненного в результате международно-противоправного деяния.

Комментарий

1) Международные обычно-правовые нормы дипломатической защиты, сформировавшиеся на протяжении нескольких столетий, и сложившиеся в более недавнем времени принципы, регулирующие защиту прав человека, дополняют друг друга и в конечном итоге служат одной общей цели – защите прав человека[213]. В связи с этим в настоящих статьях следует ясно дать понять, что они не предназначаются для исключения или преуменьшения прав государства гражданства и прав государств, иных, нежели государство гражданства индивида, которому причинен вред, защищать этого индивида в рамках международного обычного права или многостороннего или двустороннего договора в области прав человека или иного договора. Они не предназначены также и для воспрепятствования физическим лицам или другим субъектам, таким, как межправительственные организации, в их праве осуществлять по международному праву действия или процедуры, иные, нежели дипломатическая защита, для обеспечения возмещения вреда, причиненного в результате международно-противоправного деяния.

2) Государство может защищать лицо, не являющееся его гражданином, от государства гражданства индивида, которому причинен вред, или третьего государства в межгосударственных разбирательствах по Международному пакту о гражданских и политических правах (статья 41), Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (статья 11), Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных и унижающих достоинство видов обращения или наказания (статья 21), Европейской конвенции о правах человека (статья 24), Американской конвенции о правах человека: Пакт Сан-Хосе, Коста-Рика, и Африканской хартии о правах человека и народов (статьи 47–54). Аналогичным образом, международное обычное право позволяет государствам защищать права неграждан посредством протеста, переговоров и, если это позволяет юрисдикционный инструментарий, судебных разбирательств. Решение МС в 1966 году по делам *South West Africa*[214], гласившее, что государство не может возбудить судебные разбирательства для защиты прав неграждан, ныне рассматривается как порочное и было прямо отвергнуто Комиссией в ее статьях об ответственности государств[215]. Кроме того, в статье 48 этих статей позволяется государству, не являющемуся потерпевшим государством, ссылаться на ответственность другого государства, если нарушенное обязатель-

[210] F. A. Mann, "State contracts and international arbitration", BYIL, vol. 42 (1967), p. 32.

[211] См. сноску 140, выше. В деле *Panevezys-Saldutiskis Railway* (см. сноску 32, выше) ППМП постановила, что принятие факультативного положения в соответствии с пунктом 2 статьи 36 Статута Суда не подразумевает отказа от применения правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты: *P.C.I.J. Series A/B*, 1939, *No. 76*, p. 19 (как это утверждал судья ван Эйсинга в несовпадающем особом мнении, ibid., pp. 35–36).

[212] См. *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (сноска 140, выше), p. 44, para. 54; *United States–United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges, Award of 30 November 1992*, UNRIAA, vol. XXIV, p. 65, para. 6.33 (см. также ILR, vol. 102, p. 216, at p. 285, para. 6.33); и *Foti and others, Merits, Judgment of 10 December 1982*, ILR, vol. 71, p. 366, at p. 380, para. 46.

[213] См. первый доклад о дипломатической защите (сноска 16, выше), особенно пункты 22–32.

[214] *South West Africa cases, Second Phase, Judgment of 18 July 1966, I.C.J. Reports 1966*, p. 6.

[215] *Ежегодник.., 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 155 (комментарий к статье 48, сноска 725).

ство взято перед всем международным сообществом в целом[216].

3) Индивид также наделен правами и средствами правовой защиты для того, чтобы оградить себя от наносящего вред государства, будь то государства гражданства индивида или иного государства, в положениях международных конвенций в области прав человека. Чаще всего это достигается посредством использования права обращаться с петициями в международные договорные органы по правам человека[217]. По международному праву права индивида могут возникать также и вне рамок прав человека. В деле *La Grand* МС заявил, что статья 36 Венской конвенции о консульских сношениях "порождает права индивида, на которые на основании статьи 1 Факультативного протокола, может ссылаться в настоящем Суде государство гражданства задержанного лица"[218], а в деле *Avena* Суд кроме того заметил,

"что нарушения прав индивида, предусмотренных статьей 36, могут иметь своим результатом нарушение прав направляющего государства и что нарушения прав последнего могут повлечь за собой нарушение прав индивида"[219].

В статьи об ответственности государств, а именно в статью 33, была помещена защитная оговорка, с тем чтобы учесть такое изменение в международном праве[220].

4) Действия и процедуры, о которых говорится в статье 17, включают и те, которые предусмотрены как в универсальных, так и региональных договорах в области прав человека, а равно и в любых других имеющих к этому отношение договорах. Однако статья 17 не затрагивает внутренние средства правовой защиты.

5) Данный проект статьи касается прежде всего защиты прав человека средствами, иными нежели дипломатическая защита. Однако он охватывает такие права государств, физических лиц и других субъектов, предоставляемые на основании договоров и норм обычного права в отношении других аспектов, таких, как защита иностранных инвестиций. Данные проекты статей также не наносят ущерба таким правам, существующим согласно процедурам, иным, нежели дипломатическая защита.

6) Статья 17 четко устанавливает, что настоящие проекты статей не наносят ущерба правам государств, индивидов или других субъектов добиваться возмещения вреда, причиненного в результате международно-противоправного деяния, с помощью процедур, иных, нежели дипломатическая защита. Однако в тех случаях, когда государство прибегает к использованию таких процедур, оно не отказывается от своего права осуществлять дипломатическую защиту в отношении индивида, если этот индивид является его гражданином[221].

7) Один из членов Комиссии высказал мнение о том, что средства правовой защиты, задействуемые на основании договоров по правам человека, представляют собой lex specialis и имеют приоритет перед средствами правовой защиты в рамках дипломатической защиты. Некоторые члены Комиссии высказали также мнение о необходимости объединения статей 17 и 18.

Статья 18. Специальные договорные положения

Настоящие проекты статей не применяются, если, и в той мере в какой, они несовместимы со специальными договорными положениями, включая положения, касающиеся разрешения споров между корпорациями или акционерами корпорации и государствами.

Комментарий

1) Иностранные инвестиции в значительной степени регулируются и защищаются двусторонними инвестиционными договорами (ДИД)[222]. В последние годы число ДИД значительно увеличилось и в настоящее время, по оценкам, составляет порядка 2 000. Важной отличительной чертой ДИД являются предусматриваемые ими процедуры урегулирования инвестиционных споров. Одни ДИД предусматривают непосредственно урегулирование инвестиционного спора между инвестором и принимающим государством в специальном трибунале либо в трибунале, учрежденном Международным центром по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), в соответствии с Конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими и юридическими лицами других государств (Конвенция МЦУИС). Другими ДИД предусматривается урегулирование инвестиционных споров посредством арбитража между государством гражданства или национальности инвестора (корпорации или акционера) и принимающим государством по делам о толковании или применении соответствующего положения ДИД. Предусматриваемые ДИД и Конвенцией МЦУИС

---

[216] Там же, пункт 76.

[217] См., например, Факультативный протокол к Международному пакту о гражданских и политических правах, статью 14 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации и статью 22 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания.

[218] *La Grand* (*Germany* v. *United States of America*), *Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 466, at p. 494, para. 77.

[219] *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals* (см. сноску 169, выше), p. 36, para. 40.

[220] В пункте 2 этой статьи говорится: "Настоящая Часть не затрагивает любого права, вытекающего из международной ответственности государства, которое может непосредственно приобретаться любым лицом или образованием, иным чем государство" (*Ежегодник.., 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, пункт 76).

[221] В деле *Selmouni* v. *France, Application No. 25803/94, Judgment of 28 July 1999*, ECHR, *Reports of Judgments and Decisions 1999-V*, p. 149, Нидерланды выступили в поддержку направленной их гражданином индивидуальной жалобы против Франции в Европейский суд по правам человека. Это не исключало возможности для Нидерландов выдвинуть требования в порядке осуществления дипломатической защиты в отношении потерпевшего индивида, если бы они захотели сделать это.

[222] Это было признано МС в деле *Barcelona Traction, Second Phase, Decision* (см. сноску 40, выше), p. 47, para. 90.

процедуры урегулирования споров предлагают иностранному инвестору бо□льшие выгоды, чем имеющая в своей основе международное обычное право система дипломатической защиты, поскольку эти процедуры открывают инвестору прямой доступ к международному арбитражу и устраняют элемент политической неопределенности, заложенный в дискреционной природе дипломатической защиты.

2) Когда стороны обращаются к процедурам урегулирования споров, предусмотренным в ДИД, или процедурам в Конвенции МЦУИС, дипломатическая защита в большинстве случаев исключается[223].

3) В статье 18 ясно говорится, что настоящие проекты статей не применяются к альтернативному, специальному режиму защиты иностранных инвесторов, предусматриваемому в двусторонних и многосторонних инвестиционных договорах. Однако в статье признается, что некоторые договоры все-таки не исключают совсем возможность обращения к дипломатической защите. В связи с этим статья сформулирована таким образом, что проекты статей не применяются "*если, и в той мере в какой*", они не совместимы с положениями какого-либо ДИД. В той мере, в какой проекты статей совместимы с таким ДИД, они по-прежнему применяются.

Статья 19. Экипажи судов

Право государства гражданства членов экипажа судна на осуществление дипломатической защиты от их имени не затрагивается правом государства национальности судна добиваться возмещения от имени таких членов экипажа, независимо от их гражданства, если им был причинен вред в ходе нанесения ущерба судну вследствие международно-противоправного деяния.

Комментарий

1) Цель проекта статьи 19 состоит в том, чтобы подтвердить право государства или государств гражданства членов экипажа судна на осуществление дипломатической защиты от их имени, хотя в то же время и допускается, что государство национальности судна также имеет право добиваться возмещения от их имени, независимо от их гражданства, если им был причинен вред в ходе нанесения ущерба судну вследствие международно-противоправного деяния. Потребность подтвердить право государства гражданства осуществлять дипломатическую защиту от имени членов экипажа судна возникла в связи с необходимостью исключить какие бы то ни было предположения о том, что это право было заменено правом государства национальности судна. В то же время необходимо признать право государства национальности судна добиваться возмещения в отношении членов экипажа судна. Хотя такая защита не может быть названа дипломатической защитой в связи с отсутствием связи гражданства между государством флага судна и членами экипажа судна, тем не менее существует близкое сходство между этим видом защиты и дипломатической защитой.

2) В практике государств, в судебных решениях и в трудах публицистов[224] высказывается некоторая поддержка позиции, согласно которой государство национальности судна (государство флага) может добиваться возмещения для членов экипажа судна, которые не имеют его гражданства. В пользу такого подхода говорят и некоторые политические соображения.

3) Примеры государственной практики связаны главным образом с Соединенными Штатами. По американским законам иностранные моряки традиционно пользовались правом на защиту Соединенных Штатов, отбывая службу на американских судах. Американская точка зрения заключалась в том, что, как только моряк зачисляется на судно, единственной имеющей значение национальностью становится национальность государства флага[225]. Такой уникальный статус иностранцев, служащих на американских судах, традиционно подтверждался в дипломатических сообщениях и консульских постановлениях Соединенных Штатов[226]. Однако сомнения в том, что такая практика свидетельствует о существовании нормы обычного права, были высказаны самими Соединенными Штатами в сообщении, направленном в Комиссию 20 мая 2003 года[227].

4) Международные арбитражные решения не позволяют сделать окончательный вывод в отношении права государства оказывать дипломатическую защиту не являющимся его гражданами морякам, однако вынесшие их арбитры скорее склоняются в пользу такого права, чем против него. В деле *McCready* арбитр сэр Эдвард Торнтон утверждал, что

> "моряки, отбывающие службу в военно-морском или торговом флоте под флагом, не являющимся их собственным, имеют право на защиту флага, под которым они служат"[228].

---

[223] Статья 27(1) Конвенции МЦУИС предусматривает следующее: "Ни одно из Договаривающихся государств не будет обеспечивать дипломатической защиты или обращаться с исками международно-правового характера, если речь идет о спорах между его лицами и другим Договаривающимся государством, по поводу которых имеется согласие о передаче или о передаче их в будущем для разрешения посредством арбитража, согласно настоящей Конвенции, за исключением случаев, когда Договаривающееся государство откажется исполнять или совершать действия в соответствии с решением, вынесенным в отношении такого спора".

[224] См. H. Meyers, *The Nationality of Ships*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1967, pp. 90–107; R. Dolzer, "Diplomatic protection of foreign nationals", в R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992, p. 1067; и I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2003, p. 460.

[225] См. дело *Ross, United States Reports*, vol. 140 (1911), p. 453.

[226] См. Hackworth, op. cit. (сноска 127, выше), vol. III, p. 418, и vol. IV, pp. 883–884.

[227] Это сообщение хранится в архиве Отдела кодификации Управления по юридическим вопросам Организации Объединенных Наций. Это сообщение во многом опирается на критическую статью A. Watts, "The protection of alien seamen", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 7 (1958), p. 691.

[228] *McCready (US* v. *Mexico)*, J. B. Moore, *International Arbitrations*, vol. 3, p. 2536.

В деле *"I'm Alone"*[229], которое возникло в связи с потоплением канадского судна судном береговой охраны Соединенных Штатов, канадское правительство успешно претендовало на компенсацию от имени трех не являвшихся гражданами Канады членов экипажа, утверждая, что, когда претензия заявляется от имени судна, члены экипажа должны для целей такой претензии рассматриваться как имеющие ту же национальность, что и судно. В консультативном заключении по делу *Reparation for Injuries* двое судей в своих особых мнениях признали право государства на осуществление дипломатической защиты от имени иностранных членов экипажа[230].

5) В 1999 году МТМП вынес свое решение по делу *Saiga*[231], в котором оказывается поддержка, хотя и не единодушная, праву государства флага добиваться возмещения для не являющихся его гражданами членов экипажа. Спор в этом деле возник в связи с арестом и задержанием Гвинеей судна "Сайга", когда оно снабжало топливом рыболовецкие суда вблизи берегов Гвинеи. "Сайга" было зарегистрировано в Сент-Винсенте и Гренадинах ("Сент-Винсент"), а его капитан и экипаж были гражданами Украины. На борту во время ареста находилось также трое сенегальских рабочих. После ареста Гвинея задержала судно и экипаж. При рассмотрении дела в МТМП Гвинея возражала против приемлемости претензии Сент-Винсента, в частности на том основании, что потерпевшие члены экипажа не были гражданами Сент-Винсента. Трибунал отверг эти возражения против приемлемости претензии и вынес решение о том, что Гвинея нарушила права Сент-Винсента, арестовав и задержав судно и его экипаж. Трибунал распорядился о выплате Гвинеей компенсации Сент-Винсенту за ущерб судну "Сайга" и за вред, причиненный его экипажу.

6) Хотя Трибунал рассматривал этот спор прежде всего как спор, связанный с прямым ущербом Сент-Винсенту[232], аргументы Трибунала наводят на мысль о том, что он рассматривал этот вопрос и как дело о дипломатической защите. Гвинея явно возражала против приемлемости претензии в отношении экипажа на том основании, что она являлась претензией в отношении дипломатической защиты лиц, не являющихся гражданами Сент-Винсента[233]. Сент-Винсент столь же ясно настаивал на том, что он имеет право защищать членов экипажа судна под его флагом, "независимо от их гражданства"[234]. Отвергнув возражение Гвинеи, Трибунал заявил, что Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву в ряде соответствующих положений, включая статью 292, не проводит никакого различия между гражданами и негражданами государства флага[235]. Он подчеркнул, что

"судно, все предметы на нем и все лица, участвующие или заинтересованные в его операциях, рассматриваются как единое целое, связанное с государством флага. Национальность этих лиц не имеет значения"[236].

7) Есть убедительные политические причины для того, чтобы позволить государству флага добиваться возмещения для экипажа судна. Это было признано МТМП в деле *Saiga*, когда он обратил внимание на "неустойчивый и многонациональный состав экипажей судов" и заявил, что большие суда

"могут иметь экипаж, состоящий из лиц различной национальности. Если каждое лицо, несущее убытки, было бы обязано обращаться за защитой к государству, гражданином которого такое лицо является, возникли бы чрезмерные трудности"[237].

При этом не следует игнорировать практические соображения, связанные с представлением претензий. Гораздо проще и более эффективно, чтобы одно государство добивалось возмещения от имени всех членов экипажа, чем требовать, чтобы государства национальности всех членов экипажа заявляли отдельные претензии от имени их граждан.

8) Поддержка права государства флага добиваться возмещения для членов экипажа судна представляется обоснованной и оправданной, однако такую защиту нельзя считать дипломатической защитой. Не следует ее рассматривать и как заменяющую дипломатическую защиту. По мнению Комиссии, следует признать и дипломатическую защиту государством гражданства и право государства флага добиваться возмещения для экипажа, не отдавая приоритета какому-либо из этих двух видов. Члены экипажей судов часто становятся жертвами тягот и лишений по вине государства флага – в виде тяжелых условий труда – или же по вине третьих государств – в случае задержания судна. В этих обстоятельствах они должны пользоваться максимальной защитой, которую им может предложить международное право.

---

[229] *S. S. "I'm Alone" (Canada* v. *United States),* UNRIAA, vol. III, p. 1609.

[230] *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations* (см. сноску 29, выше), pp. 202–203 (Judge Hackworth) and pp. 206–207 (Judge Badawi Pasha).

[231] *The M/V "Saiga" (No. 2) case (Saint Vincent and the Grenadines* v. *Guinea), Judgment, ITLOS Reports 1999,* vol. 3, p. 10.

[232] Ibid., pp. 45–46, para. 98.

[233] Ibid., p. 47, para. 103.

[234] Ibid., para. 104.

[235] Ibid., pp. 47–48, para. 105.

[236] Ibid., p. 48, para. 106.

[237] Ibid, para. 107.