

Глава VII

ДИПЛОМАТИЧЕСКАЯ ЗАЩИТА

А. Введение

158. На своей сорок восьмой сессии в 1996 году Комиссия выделила тему "Дипломатическая защита" в качестве одной из трех тем, подходящих для кодификации и прогрессивного развития¹¹²¹. В том же году Генеральная Ассамблея в своей резолюции 51/160 от 16 декабря 1996 года предложила Комиссии продолжить изучение этой темы и определить ее объем и содержание в свете комментариев и замечаний, высказанных в ходе обсуждения в Шестом комитете, а также любых письменных комментариев, которые правительства пожелают представить. На своей сорок девятой сессии в 1997 году Комиссия учредила во исполнение вышеназванной резолюции Ассамблеи на своем 2477-м заседании Рабочую группу по этой теме¹¹²². Рабочая группа представила на этой же сессии доклад, который был одобрен Комиссией¹¹²³. Рабочая группа попыталась: а) выяснить, насколько это возможно, объем темы; и б) выделить вопросы, которые должны быть исследованы в рамках темы. Рабочая группа предложила план для рассмотрения темы, который, как рекомендовала Комиссия, должен был стать основой для представления предварительного доклада Специального докладчика¹¹²⁴.

159. На своем 2510-м заседании 11 июля 1997 года Комиссия назначила г-на Мохамеда Беннуна Специальным докладчиком по данной теме¹¹²⁵.

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

161. На своей пятидесятой сессии в 1998 году Комиссия рассмотрела предварительный доклад Специального докладчика¹¹²⁶. 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 теме¹¹²⁷.

162. На своей пятьдесят первой сессии в 1999 году Комиссия назначила г-на Кристофера Джона Роберта Дугарда Специальным докладчиком по данной теме¹¹²⁸ после того, как г-н Беннуна был избран судьей Международного трибунала по бывшей Югославии.

163. На своей пятьдесят второй сессии в 2000 году Комиссия рассмотрела первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/506 и Add.1). Вследствие нехватки времени Комиссия перенесла рассмотрение документа A/CN.4/506/Add.1 на следующую сессию. На той же сессии Комиссия учредила неофициальную консультативную группу открытого состава под руководством Специального докладчика по проектам статей 1, 3 и 6¹¹²⁹. Впоследствии на своем 2635-м заседании 9 июня 2000 года Комиссия постановила передать проекты статей 1, 3, 5, 6, 7 и 8 Редакционному комитету вместе с докладом об итогах неофициальных консультаций.

В. Рассмотрение темы на данной сессии

164. На данной сессии Комиссия рассмотрела оставшуюся часть первого доклада Специального докладчика (A/CN.4/506/Add.1), и ей был представлен его второй доклад (A/CN.4/514). Комиссия рассмотрела главу III (Непрерывность гражданства и возможность передачи претензии) на своих 2680 и 2685–2687-м заседаниях, состоявшихся соответственно 25 мая и 9–11 июля 2001 года. Комиссия рассмотрела также второй доклад Специального докладчика на своих 2688–2690-м заседаниях, состоявшихся 12–17 июля 2001 года. Вследствие нехватки времени Комиссия смогла рассмотреть только те части второго доклада, которые охватывают проекты статей 10 и 11, и отложила рассмотрение остальных частей доклада, посвященных проектам статей 12 и 13, на следующую сессию.

165. На своем 2688-м заседании, состоявшемся 12 июля 2001 года, Комиссия постановила передать проект статьи 9 в Редакционный комитет, а на состоявшемся 17 июля 2001 года 2690-м заседании – передать ему же проекты статей 10 и 11.

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

¹¹²² *Ежегодник...*, 1997 год, том II (часть вторая), стр. 68, пункт 169.

¹¹²³ Там же, пункт 171.

¹¹²⁴ Там же, стр. 70-71, пункты 189-190.

¹¹²⁵ Там же, стр. 71, пункт 190.

¹¹²⁶ *Ежегодник...*, 1998 год, том II (часть первая), документ A/CN.4/484.

¹¹²⁷ Выводы Рабочей группы см. там же, том II (часть вторая), стр. 56, пункт 108.

¹¹²⁸ *Ежегодник...*, 1999 год, том II (часть вторая), стр. 17, документ A/54/10, пункт 19.

¹¹²⁹ Доклад об итогах неофициальных консультаций содержится в *Ежегоднике...*, 2000 год, том II (часть вторая), стр. 101, документ A/55/10, пункт 495.

1. СТАТЬЯ 9¹¹³⁰а) *Вступительное слово Специального докладчика*

167. Представляя главу III своего первого доклада, в которой рассматривается проект статьи 9 о непрерывности гражданства, Специальный докладчик отметил, что, хотя право дипломатической защиты представляет собой область, в которой имеется обширный объем государственной практики, судебных решений и теоретических изысканий, все эти источники права, судя по всему, указывают в разных направлениях. В значительной степени стоящая перед Комиссией задача заключается не столько в формулировании новых норм, сколько в выборе между ними. Вопрос о непрерывности гражданства является хорошей иллюстрацией такого положения.

168. Согласно традиционным взглядам государство может осуществлять дипломатическую защиту только в интересах лица, которое являлось гражданином этого государства в момент причинения вреда, положенного в основание иска, и которое продолжало оставаться гражданином этого государства до начала и в течение всего времени предъявления иска. Такой традиционный подход находит поддержку в практике государств и отражен во многих соглашениях. Обоснованием такого традиционного подхода служит, в частности, цель воспрепятствовать лицам в поисках государства, предлагающего наиболее выгодную защиту, и тем самым воспрепятствовать могущественным государствам в превращении их в "агентства по взысканию претензий".

169. Однако традиционная норма подвергалась критике по ряду причин: ее трудно согласовать с фикцией де Ваттеля, согласно которой вред, причиненный гражданину, есть вред, причиненный самому государству; существует немало судебных решений, в которых под

¹¹³⁰ Предложенный Специальным докладчиком проект статьи 9 гласит:

Статья 9

1. В случае изменения *bona fide* потерпевшим лицом своего гражданства после причинения вреда новое государство гражданства может осуществлять дипломатическую защиту этого лица в связи с причинением вреда, если государство первоначального гражданства не осуществило или не осуществляет дипломатическую защиту потерпевшего лица в момент, когда происходит изменение его гражданства.

2. Это правило распространяется на случаи, когда претензия была передана *bona fide* лицу или лицам, имеющим гражданство другого государства.

3. Изменение гражданства потерпевшего лица или передача претензии гражданину другого государства не затрагивает право государства первоначального гражданства предъявить свою собственную претензию в связи с причинением вреда его общим интересам, пострадавшим в результате ущерба, который был нанесен потерпевшему лицу, когда оно еще являлось гражданином этого государства.

4. Дипломатическая защита не может осуществляться новым государством гражданства против любого предыдущего государства гражданства в связи с причинением вреда лицу, когда оно было гражданином предыдущего государства гражданства.

вопрос ставится ее действительность как общей нормы; ее содержание является неопределенным, поскольку в нем нет ясности относительно таких ключевых понятий, как "дата причинения вреда" (*dies a quo*) и дата, до которой должно было продолжаться гражданство (*dies ad quem*); ее обоснование не являлось более действительным в том смысле, что государства проявляют крайнюю осторожность в вопросах предоставления гражданства, и при рассмотрении дела *Nottebohm*¹¹³¹ Суд отметил, что предъявляющее претензию государство должно было доказывать наличие эффективной связи с гражданином, от имени которого оно предъявляет претензию; эта норма считалась несправедливой, в том смысле что она могла привести к отказу в дипломатической защите лицам, которые сменили гражданство недобровольно, будь то в результате правопреемства государств или по иным причинам, таким, как вступление в брак или усыновление; и в ней отсутствовало признание того, что именно лицо является главным бенефициаром дипломатической защиты. С учетом этих критических замечаний показалось необходимым, чтобы Комиссия пересмотрела данную традиционную позицию и приняла более гибкую норму, обеспечив более высокую степень признания индивида в качестве главного бенефициара дипломатической защиты.

170. Специальный докладчик заявил далее, что, хотя и можно было бы оставить эту норму, предусмотрев исключение в случае недобровольной смены гражданства, этого было бы недостаточно. Он таким образом предложил отказаться от традиционной нормы в пользу нового подхода, согласно которому государству будет разрешено предъявлять претензию от имени лица, которое приобрело гражданство добросовестно после даты причинения вреда, приписываемого государству, иному, нежели чем предыдущее государство гражданства, при условии, что государство первоначального гражданства не осуществило или не осуществляет дипломатическую защиту в отношении указанного вреда. Против злоупотреблений этой нормой предусмотрено несколько гарантий: государство первоначального гражданства все равно имеет приоритет; должны применяться требования добросовестного приобретения гражданства и существования эффективной связи между предъявляющим претензию государством и его гражданином; претензия не могла бы быть предъявлена предыдущему государству гражданства за вред, причиненный в то время, когда лицо было гражданином этого государства, – гарантия, позволяющая устранить трудности, возникшие, в частности, в связи с американским законом о свободе кубинцев и демократической солидарности (Либертад) 1996 года (закон Хелмса-Бертон)¹¹³², который разрешал натурализованным в Соединенных Штатах кубинцам предъявлять иски о компенсации за вред, причиненный им правительством Кубы, в то время, когда они еще были гражданами Кубы. Пункт второй расширяет новую норму до передачи претензий.

¹¹³¹ *Nottebohm, Second Phase*, (см. сноску 207, выше).

¹¹³² ILM, vol. 35, No. 2 (March 1996), p. 359.

b) *Краткое изложение прений*

171. Было выражено удовлетворение в связи с тем, что Специальный докладчик проявил объективный подход к рассмотрению темы в своем докладе. В то же время было отмечено, что Специальный докладчик поставил перед собой трудную задачу оспаривания устоявшейся нормы обычного международного права. Фактически в Комиссии была выражена решительная поддержка той точки зрения, что норма о непрерывности гражданства пользуется статусом нормы обычного международного права.

172. Было также высказано мнение в поддержку сохранения традиционной нормы, тем более что говорящие в ее защиту причины, в частности стремление не допустить злоупотребления ею со стороны граждан или государств, по-прежнему не утратили своей значимости. Другие члены Комиссии указали, что главным обоснованием нормы о непрерывности гражданства была не столько опасность злоупотреблений ею через практику выбора "удобного" гражданства, а скорее продемонстрированный в деле *Mavrommatis*¹¹³³ подход к дипломатической защите, согласно которому государство "по сути дела отстаивает свои собственные права". Это подразумевало, что в момент нарушения лицо должно было иметь гражданство государства, которое предъявляет претензию. Кроме того, против изменения нормы говорила весомость государственной практики и отсутствие доказательств наличия зарождающегося принципа или новой практики.

173. Далее было высказано мнение о том, что, для того чтобы Комиссия согласилась с предложением Специального докладчика, должно быть добавлено одно условие, согласно которому обязательство должно находиться в силе в момент нарушения между выступающим в качестве ответчика государством и государством, предъявляющим претензию от имени лица, которое впоследствии приобрело его гражданство, поскольку существовала возможность, что истребующее государство могло предъявить претензию за нарушение обязательства, которое произошло в тот момент, когда это обязательство не действовало в отношении него.

174. И наоборот, была высказана поддержка предложению Специального докладчика по статье 9. Хотя некоторыми членами Комиссии было признано, что такая обычная норма существует, было указано также и на имеющиеся сомнения в отношении этой нормы, которые сложились в течение определенного времени и нашли отражение в многочисленных судебных решениях и работах нескольких авторов. Было заявлено, что даже прочно установившиеся нормы могут быть изменены, если они не удовлетворяют более меняющимся условиям в международном сообществе, и что предложение таких изменений не противоречит предоставленному Комиссии мандату по прогрессивному развитию международного права. Поэтому с практической точки зрения существует заинтересованность в позитивном раз-

витии этого института, с тем чтобы он мог обеспечить более надежную защиту интересов народа и граждан, чем ранее. К тому же было выражено сомнение в том, что государства так уж легко позволят допускать злоупотребления по отношению к ним, поскольку многие из них уже ввели сложные процедуры приобретения гражданства.

175. Важным обсуждавшимся вопросом был вопрос об отношении между дипломатической защитой и защитой граждан в соответствии с международным правом. Те из членов Комиссии, которые поддержали новый предлагаемый Специальным докладчиком подход, выразили согласие с его мнением о том, что норма непрерывности гражданства пережила свою полезность в мире, где индивидуальные права признаны в международном праве. Было отмечено, что в процессе осуществления дипломатической защиты государство стремится защитить не свои собственные права. Наоборот, государство пытается обеспечить уважение прав индивида. Было отмечено, что, по сути дела, имеет значение лишь гражданство, существовавшее на момент предъявления претензии.

176. Другие члены Комиссии высказали мнение о том, что наблюдаемая в международном праве общая тенденция обеспечения защиты прав индивидов не является оправданием для изменения нормы непрерывности гражданства. Было подчеркнuto, что, если при осуществлении такой защиты государство обязано принимать во внимание права человека потерпевшего гражданина, дипломатическая защита не является сама по себе элементом прав человека. Не является дипломатическая защита и наилучшим механизмом защиты прав человека, учитывая свойственный ей дискреционный характер. Было также отмечено, что современная дипломатическая защита, базирующаяся в основном на международных договорах, в значительной степени зависит от процессов переговоров между государствами, в которых роль государства как "законодателя" отношения не может быть отделена от роли этого государства как главного гаранта соответствующих прав. Проблема заключается в том, как обеспечить права граждан и права государства, не нарушая складывающегося между ними тонкого равновесия.

177. В то же самое время было выражено согласие с тем, что норму необходимо сделать более гибкой, с тем чтобы не приходиться к несправедливым результатам. Если те члены Комиссии, которые высказывались в поддержку предложения Специального докладчика, придерживались мнения, что для этого требуется пересмотр самой нормы, большинство членов Комиссии отдали предпочтение промежуточному варианту, согласно которому традиционная норма должна быть сохранена, хотя и обставлена некоторыми исключениями в отношении тех ситуаций, когда у индивида не оказывается в соответствующих условиях возможности добиться защиты от государства. Было предложено, чтобы основные исключения были связаны с недобровольными изменениями гражданства защищаемого лица, связанными с правопреемством государств вступлением в брак и усыновлением. Было также предложено

¹¹³³ См. сноску 236, выше.

распространить сферу охвата этой нормы на другие ситуации, когда речь идет о различных гражданствах в связи с изменениями претензии, обусловленными, например, наследованием и суброгацией. Были также высказаны предложения о принятии дополнительных исключений в интересах лиц без гражданства и применительно к ситуациям, когда оказывается невозможным применить норму о непрерывности гражданства вследствие, например, исчезновения государства первоначального гражданства в результате распада или расчленения. Вместе с тем были высказаны сомнения в отношении, например, различия между случаями "недобровольного" и "добровольного" изменения гражданства.

178. В том что касается пункта 1 предложения Специального докладчика, то было предложено, чтобы он был переработан таким образом, чтобы в нем нашла отражение традиционная норма. Кроме того, было высказано мнение, согласно которому требование об изменении гражданства *bona fide* является слишком субъективным и вызывает проблемы, особенно в контексте изменений гражданства юридическими лицами. Было высказано предложение, согласно которому требование об "эффективной" связи, поддержанное в деле *Nottebohm*¹¹³⁴, будет служить достаточной гарантией против злоупотреблений. Было также предложено прояснить ссылку на "изменение гражданства" путем указания на то, что первоначальное гражданство было утрачено, с тем чтобы не допустить возможного столкновения претензий. Было также отмечено, что данное выражение является недостаточным, поскольку в нем конкретно не указывается применимое право и условия, при которых имело место такое "изменение".

179. В отношении пункта 2 были высказаны мнения о необходимости проведения различия между передачей претензий между юридическими лицами и передачей претензий между лицами физическими и что юридические лица должны быть исключены из сферы охвата проектов статей. Однако в связи с этим было упомянуто, что на своей прошлой сессии Комиссия высказалась в том отношении, что она на более поздней стадии, возможно, пожелает вернуться к вопросу о том, включать ли вообще положения о защите юридических лиц в проект статей¹¹³⁵. Специальный докладчик подтвердил свое понимание того, что его мандат включает проблему обращения с юридическими лицами, но не охватывает защиту, предлагаемую международными организациями. Он указал, что имеет намерение подготовить специальные конкретные положения в отношении нормы о непрерывности гражданства и возможности передачи претензий применительно к юридическим лицам. Были также высказаны серьезные сомнения относительно обоснованности концепции передачи.

180. Было заявлено, что вопрос передачи претензий требует более пристального внимания, нежели то, которое ему уделено в докладе. Было высказано мнение о

том, что пункт 2 должен быть более ограничительным, с тем чтобы учесть норму о непрерывности, которая не применялась бы только в отношении ситуаций недобровольной передачи претензий, например в случае смерти потерпевшего лица, но не в отношении добровольной передачи. Было также высказано предложение о необходимости разъяснения содержания выражения "международная претензия".

181. В том что касается пункта 3, то было высказано мнение о нежелательности отделения общей заинтересованности предъявляющего претензию государства от интересов конкретного потерпевшего лица. В этом же смысле утверждалось, что этот пункт может вызвать путаницу, поскольку он, как представляется, в одинаковой степени имеет отношение как к ответственности государств за международно-противоправные деяния, так и к дипломатической защите.

182. Хотя некоторые члены Комиссии поддержали пункт 4, были высказаны предложения о том, что его следует сформулировать в более широких выражениях. Было также отмечено, что реализация этого положения может быть связана с определенными проблемами, поскольку по внутреннему законодательству некоторых государств граждане лишены возможности утратить свое гражданство. Что же касается вопроса о законе Хелмса-Бертонна, то было выражено мнение, что возможная противоправная природа этого закона в большей степени объясняется его экстерриториальным применением, нежели чем несовместимостью с нормой, излагаемой в этом пункте.

183. Было высказано предложение, чтобы Комиссия рассмотрела следующие дополнительные вопросы, касающиеся гражданства претензий: *a)* в случае международных организаций, осуществляющих как функциональную защиту, так и дипломатическую защиту одного из своих сотрудников (применительно к консультативному заключению по делу *Reparation for Injuries*¹¹³⁶); *b)* правило, согласно которому государство гражданства водного или воздушного судна должно отдавать предпочтение претензии, предъявляемой экипажем и, возможно, также и пассажирами водного или воздушного судна, независимо от гражданства соответствующих физических лиц¹¹³⁷; *c)* случай, когда одно государство осуществляет дипломатическую защиту гражданина другого государства, поскольку оно делегировало право сделать это государству происхождения; и *d)* случай, когда государство или международная организация осуществляют управление или контроль над территорией.

c) Заключительные замечания Специального докладчика

184. Специальный докладчик вновь подтвердил свою точку зрения о том, что правовая фикция де Ваттеля, согласно которой государство защищает свой собст-

¹¹³⁴ *Nottebohm, Second Phase*, см. сноску 207, выше.

¹¹³⁵ *Ежегодник... 2000 год*, том II (часть вторая), стр. 101, документ A/55/10, пункт 495.

¹¹³⁶ См. сноску 38, выше.

¹¹³⁷ *M/V "Saiga"* (см. сноску 515, выше), пара. 172.

венный интерес в тех случаях, когда оно действует от имени своего гражданина, *не* служит основанием для нормы о непрерывности гражданства, поскольку она подразумевает, что только государство гражданства в момент причинения вреда может быть государством-истцом, независимо от того, сохраняло ли потерпевшее лицо гражданство этого государства в момент предъявления претензии. Он признал, что предложенный им проект статьи 9 представляет собой новеллу и что несмотря на то, что некоторые выступавшие поддержали его предложение, они остались в меньшинстве. Вместе с тем единодушно была признана необходимость некоторой формы гибкости и изменений. Это должно быть реализовано путем включения разумных исключений к правилу, особенно в контексте правопреемства государств и вступления в брак. Редакционному комитету следовало бы также рассмотреть вопрос о том, может ли натурализация после долгого периода проживания образовывать исключение к норме. Он также напомнил, что был высказан ряд имеющих право на существование критических замечаний, в частности в отношении понятия изменения гражданства *bona fide* и что, по мнению ряда выступавших, недостаточно внимания было уделено вопросу о передаче претензий. Он также заметил, что дальнейшего рассмотрения заслуживают вопросы *dies a quo* и *dies ad quem*.

2. СТАТЬЯ 10¹¹³⁸

а) Вступительное слово Специального докладчика

185. Представляя проект статьи 10 и норму об исчерпании местных средств правовой защиты в целом, Специальный докладчик заявил, что не вызывает сомнений, что данная норма представляет собой одну из норм обычного международного права, как это было подтверждено МС в решениях по делам компании *Interhandel*¹¹³⁹ и *ELSI*¹¹⁴⁰. В ее основании лежит соблюдение суверенитета принимающего государства, а также его судебных органов. Он напомнил, что проект статьи, устанавливающей норму об исчерпании местных средств правовой защиты, был включен в проекты статей об ответственности государств (проект статьи 22), принятых Комиссией в первом чтении на сорок восьмой сессии¹¹⁴¹, но что с тех пор Комиссия постановила

¹¹³⁸ Предложенный Специальным докладчиком проект статьи 10 гласит:

Статья 10

1. Государство не может выдвигать международное требование, связанное с ущербом гражданину, будь то физическое или юридическое лицо, до того как потерпевший гражданин с учетом статьи 14 исчерпал все доступные местные средства правовой защиты в государстве, которое, как утверждается, виновно в нанесении ущерба.

2. "Местные средства правовой защиты" означают средства правовой защиты, которые по праву доступны физическим или юридическим лицам в судах или административных судах или органах власти, будь то обычных или специальных.

¹¹³⁹ См. сноску 684, выше.

¹¹⁴⁰ См. сноску 85, выше.

¹¹⁴¹ *Ежегодник...*, 1996 год, том II (часть вторая), стр. 73, документ A/51/10, пункт 65.

заниматься этим вопросом проектов в рамках рассмотрения проектов статей о дипломатической защите.

186. Проект статьи 10 имел своей целью установление контекста для последующих статей об исчерпании местных средств правовой защиты. В пункте 1 подтверждалось существование нормы и ее применимости как к физическим, так и юридическим лицам. Однако она не применялась к дипломатам или государственным предприятиям, осуществляющим *acta jure imperii*, которые причиняли прямой вред государству, и в этом случае не требовалось исчерпания местных средств правовой защиты.

187. Специальный докладчик отметил далее, что не всегда оказывается возможным сохранить различие между первичными и вторичными нормами на всем протяжении проектов статей о дипломатической защите. Это различие имело важное значение в проектах статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, но не имело столь важного значения в отношении дипломатической защиты. Это объясняется тем, что понятие отказа в правосудии выступало на передний план в большинстве попыток кодификации нормы о местных средствах правовой защиты. Хотя ранее он придерживался той точки зрения, что вопрос об отказе в правосудии связан с первичной нормой и его не следует рассматривать, впоследствии он пришел к выводу о том, что этот вопрос следует рассмотреть.

188. В пункте 2 речь идет о содержании нормы о местных средствах правовой защиты. До того как претензия будет предъявлена на международном уровне, должны быть исчерпаны все средства правовой защиты. Однако имеются трудности, связанные с определением термина "средства правовой защиты". В него явно включались все средства судебной защиты, имеющиеся в муниципальной системе, а также административные средства защиты в тех случаях, когда они имелись как средства по праву, но не в тех случаях, когда они являлись дискреционными или предоставлялись как льгота. Он далее отметил, что в деле *Ambatielos* возникли трудности, поскольку от истца требовалось исчерпать "процессуальные средства", имеющиеся в муниципальных судах¹¹⁴². Это решение явилось предупреждением о том, что истец, который не смог представить свое дело надлежащим образом на муниципальном уровне, не мог вновь открыть дело на уровне международном. Он также указал на принцип, согласно которому иностранец должен привести во внутренних судах все аргументы, которые он намеревается выдвинуть на международном уровне. Наконец, в пункте 2 содержится требование о том, что, для того чтобы норма была применима, данные средства защиты должны "иметься в наличии" как в теории, так и на практике.

б) Краткое изложение прений

189. Выступавшие поддержали мнение о том, что исчерпание местных средств правовой защиты является

¹¹⁴² *UNRIIA*, vol. XII (Sales No. 63.V.3), p. 120.

давно установившейся нормой обычного международного права. Был также поддержан подход Специального докладчика к отражению темы в нескольких статьях, а не в одной длинной статье, хотя и было предложено изменить формулировку статьи 10 так, чтобы она представляла собой синтетическое определение нормы, за которым следовали бы более конкретные положения. В то же время было отмечено, что существует известный предел, далее которого не следует заходить в требования конкретности, поскольку применение нормы о местных средствах правовой защиты является в высшей степени контекстуальным.

190. В отношении пункта 1 было высказано мнение о том, что необходимо прояснить указание на "международное требование" и что слова "доступные... средства правовой защиты" требуют более пристального внимания. Кроме того, было отмечено, что отсутствует критерий эффективности, который традиционно выступает в качестве одной из сторон нормы. Было выражено мнение, согласно которому без добавления определения "эффективные" ссылка на "все" доступные местные средства правовой защиты будет слишком широкой и будет налагать слишком тяжкое бремя на потерпевшее лицо. И наоборот, были выражены сомнения относительно включения требования "эффективности", поскольку такой критерий может оказаться в высшей степени субъективным и может неизбежно привести к обсуждению вопроса о справедливом судебном разбирательстве – спорному вопросу в международном праве. Кроме того, предлагалось опустить упоминание о "физических или юридических лицах" при том понимании, что проекты статей применяются и к физическим, и к юридическим лицам, если отсутствует ясно выраженное упоминание об ином.

191. Что касается содержащегося в пункте 2 определения "местных средств правовой защиты", то было отмечено, что каждое государство регулирует вопрос о средствах правовой защиты в соответствии со своими собственными процедурами и, во многих случаях, конституционным правом. Было выказано предложение о том, что в пункте можно было бы указать цель исчерпания средств правовой защиты: в некоторых случаях местные средства правовой защиты бывают доступны только для предупреждения ущерба, тогда как в других только для обеспечения возмещения.

192. Что касается английского слова "legal", то было высказано мнение о том, что оно может относиться ко всем судебным институтам, от которых лицо вправе ожидать вынесения решения, определения или административного постановления. По мнению еще одного выступавшего, это слово является излишним. Хотя некоторые выступавшие поддержали мнение Специального докладчика о том, что неправовые или дискреционные средства защиты должны быть исключены из сферы действия нормы об исчерпании местных средств правовой защиты, было отмечено, что важное значение имеет результат, а не средства его достижения. Был также поднят вопрос о том, может ли слово "местный" предусматривать возможность обращения с жалобой в

региональный механизм по правам человека, такой, как Европейский суд по правам человека.

193. Было выражено мнение о том, что Специальный докладчик дал слишком узкое толкование "административных средств защиты". Было запрошено разъяснение относительно указания в докладе (в пункте 14) на возможность административной защиты по решению трибунала, поскольку многие подобные средства защиты не предоставляются трибуналами. Был задан также вопрос о том, будет ли обращение к омбудсмену рассматриваться как административное "местное средство правовой защиты".

194. Было поддержано мнение Специального докладчика о том, что различие между первичными и вторичными нормами не является необходимым во всех случаях и что строгое проведение такого различия может привести к исключению понятия отказа в правосудии. И наоборот, было заявлено, что нет необходимости вводить положение об отказе в правосудии, поскольку это является одним из примеров случаев, когда местные средства правовой защиты не являются "эффективными".

195. Были выражены сомнения относительно "нормы", упомянутой в арбитраже по делу *Finnish Shipowners*¹¹⁴³, в соответствии с которой от тяжущейся стороны требовалось представить в ходе разбирательства на муниципальном уровне все аргументы, которые она намеревалась выдвинуть при рассмотрении на международном уровне. Было отмечено, что эта норма должна применяться гибко, чтобы признать, что если какой-либо аргумент может быть достаточным для обоснования претензии на местном уровне, он может оказаться недостаточным на уровне международном.

с) *Заключительные замечания Специального докладчика*

196. Специальный докладчик отметил, что, хотя в поддержку статьи 10 высказались многие выступавшие, был также выдвинут ряд редакционных соображений, которые будут рассмотрены Редакционным комитетом. Он согласился с критикой в отношении включения выражения "физические или юридические лица". Он также указал, что имел намерение решить вопрос об эффективности в отдельной статье. Однако он признал, что все-таки необходимо будет указать в статье 10, что средство правовой защиты должно быть и доступным и эффективным, чтобы тем самым отразить господствующее мнение в международном праве. Хотя и верно, что во многих случаях проверка на доступность является достаточной, имеются примеры ситуаций (как в деле *Robert E. Brown*¹¹⁴⁴), когда необходимо рассматривать эффективность местного средства правовой защиты в контексте судебной системы государства-ответчика, что действительно означает изучение вопроса о стандартах отправления правосудия, действующих в этом государстве.

¹¹⁴³ *Finnish Shipowners* (см. сноску 103, выше), p. 1484.

¹¹⁴⁴ См. сноску 295, выше.

197. Он объяснил далее, что пункт 2 представляет собой попытку дать широкое определение местных средств правовой защиты, с тем чтобы указать, что индивид должен исчерпать весь диапазон доступных средств правовой защиты. Важнейший вопрос заключается не в обычном или чрезвычайном характере средства правовой защиты, а в том, открывает ли оно возможность предоставления эффективных средств удовлетворения.

198. Кроме того, он отметил ряд критических высказываний относительно "нормы", согласно которой от иностранца в споре требовалось представление на муниципальном уровне всех аргументов, которые он намеревался выдвинуть на международном уровне. Он согласился с тем, что в этом вопросе имеются трудности, и именно по этой причине он не упомянул об этом в самой статье.

199. В том что касается вопроса о сохранении различия между первичными и вторичными нормами и целесообразности включения положения об отказе в правосудии, он отметил, что в отношении включения такого понятия были высказаны различные мнения.

3. СТАТЬЯ 11¹¹⁴⁵

а) Вступительное слово Специального докладчика

200. Специальный докладчик объяснил, что в проекте статьи 11 речь идет о различии между "прямыми" и "непрямыми" претензиями для целей и нормы об исчерпании местных средств правовой защиты. Такое положение необходимо в проектах статей, с тем чтобы установить, какие случаи подпадают под действие проектов статей. Общий принцип заключался в том, что норма применяется только в том случае, если ущерб был причинен гражданину государства, то есть когда государству через его гражданина был причинен "непрямой" ущерб. Норма не применяется в тех случаях, когда прямой ущерб причинен самому государству.

201. Для определения вида соответствующего ущерба были предложены два критерия: а) проверка преимущественности и б) проверка *sine qua non*. Он предположил, что, быть может, достаточно будет принять только одну из этих проверок. В рамках первой проверки вопрос заключается в том, был ли причинен ущерб преимущественно гражданину государства-истца, и в этом случае этот ущерб будет непрямым и норма об исчер-

пани местных средств правовой защиты не будет применяться. При проверке же *sine qua non* потребовалось бы установить, могла бы быть претензия предъявлена только в случае причинения ущерба гражданину государства-истца. Он отметил, что в литературе предлагались также и другие критерии, включая: "предмет" спора, "характер" требования и характер истребуемого средства правовой защиты. Например, если государство требует только деклараторной защиты, это могло бы служить указанием на то, что ущерб был прямым. Однако в тех случаях, когда государство добивалось бы деклараторного приказа, а также компенсации ущерба лицу, то тогда решать вопрос о том, что является преимущественным фактором, надлежало бы суду. Кроме того, он заметил, что необходимо предусмотреть гарантии от возможности требования государством деклараторного приказа только для того, чтобы обойти норму об исчерпании местных средств правовой защиты. По его мнению, при решении вопроса о том, является ли претензия "преимущественно" прямой или непрямой, необходимо рассматривать дополнительно три фактора. Как таковые они не требуют отдельного упоминания в проекте статьи. Однако они были оставлены в скобках с целью выяснить мнение Комиссии относительно их включения.

б) Краткое изложение прений

202. Хотя члены Комиссии поддержали статью 11, которая была признана ими как отражающая сложившуюся практику, была также высказана мысль о том, что она требует дальнейшего обдумывания. Среди соответствующих предложений были предложения о слиянии статей 10 и 11 и полном исключении статьи 11 как выходящей за рамки дипломатической защиты.

203. Было отмечено, что термины прямой и непрямой ущерб вводят в заблуждение. Говорилось о том, что во франкоязычном мире проводится различие между "опосредствованным" ущербом и "непосредственным" ущербом. "Непосредственный" ущерб – это ущерб, причиненный государству прямо. "Опосредствованный" или отдаленный ущерб – это ущерб, который причинен государству в лице его граждан.

204. Была выражена точка зрения, согласно которой основные трудности в данном положении связаны с оценкой "преимущественности" в случае предъявления смешанной претензии. Было также отмечено, что могут возникнуть случаи, когда критерий преимущественности нельзя будет применить, поскольку причиненный государству ущерб эквивалентен ущербу, причиненному гражданину. Было также заявлено, что не следует рассматривать дело таким образом, что оба критерия могут применяться в совокупности, как и не следует требовать, чтобы проверка преимущественности осуществлялась до проверки *sine qua non*. Было отмечено также, что, хотя в деле *ELSI*¹¹⁴⁶ можно обнаружить элементы в поддержку субъективного критерия, значение для этого дела, а также для дела компании *Interhandel*¹¹⁴⁷, имело, как выяснилось, то, шла ли речь по существу об одном и том же споре и относился ли он к ущербу, причиненному гражданину.

¹¹⁴⁵ Предложенный Специальным докладчиком проект статьи 11 гласит:

Статья 11

Местные средства правовой защиты должны быть исчерпаны, если международное требование или ходатайство о вынесении деклараторного решения, связанного с этим требованием, выдвигается преимущественно на основе ущерба гражданину и если рассматриваемое юридическое разбирательство не было бы возбуждено, если бы этому гражданину не был причинен ущерб. [При решении этого вопроса необходимо учитывать такие факты, как требуемые средства правовой защиты, характер требования и предмет спора].

205. В отношении вопроса об использовании деклараторной защиты было отмечено, что потерпевшее государство имело право требовать прекращения нарушения соглашения, не будучи обязанным при этом сначала исчерпать местные средства правовой защиты.

206. Что же касается перечня дополнительных факторов, которые необходимо учитывать, то было выражено мнение о том, что этот перечень можно не включать, поскольку включение иллюстративных примеров в кодифицирующий текст не является установившейся

практикой. И наоборот, была высказана мысль о том, что, поскольку во взятом в скобки предложении излагаются критерии, а не приводятся примеры, и поскольку любое решение по данному вопросу так или иначе является изначально субъективным, было бы целесообразно сохранить предложение в скобках.

с) *Заключительные замечания
Специального докладчика*

207. Специальный докладчик напомнил, что были высказаны различные редакционные предложения, и указал, что Редакционному комитету, возможно, следует обсудить некоторые дальнейшие вопросы, включая вопрос о возможности того, чтобы применялся только критерий преимущественности. Он заметил, что в отношении дополнительных факторов, указанных в скобках, отсутствует единое мнение, и, кроме того, принял к сведению критические замечания относительно терминов "прямой" и "непрямой" ущерб. Он подчеркнул, что, хотя они использовались в его докладе, они не были использованы в самом проекте статьи.

¹¹⁴⁶ См. сноску 85, выше.

¹¹⁴⁷ См. сноску 684, выше.