Глава V

ДИПЛОМАТИЧЕСКАЯ ЗАЩИТА

A. Введение

55. 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[57]. 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[58]. Рабочая группа на той же сессии представила доклад, который был одобрен Комиссией[59]. 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 набросок рассмотрения темы, который, как рекомендовала Комиссия, должен был стать основой для представления предварительного доклада Специального докладчика[60].

56. Также на своей сорок девятой сессии Комиссия назначила г-на Мохамеда Беннуну Специальным докладчиком по данной теме[61].

57. 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".

58. На своей пятидесятой сессии в 1998 году Комиссия рассмотрела предварительный доклад Специального докладчика[62]. 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[63].

59. На своей пятьдесят первой сессии в 1999 году Комиссия назначила г-на Кристофера Джона Роберта Дугарда Специальным докладчиком по данной теме[64] после того, как г-н Беннуна был избран судьей Международного трибунала по бывшей Югославии.

60. На своей пятьдесят второй сессии в 2000 году Комиссия рассмотрела первый доклад Специального докладчика[65]. 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[66]. Впоследствии Комиссия постановила передать проекты статей 1, 3 и 5–8 Редакционному комитету вместе с докладом об итогах неофициальных консультаций.

61. На своей пятьдесят третьей сессии в 2001 году Комиссия рассмотрела оставшуюся часть первого доклада Специального докладчика, а также его второй доклад[67]. 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 той же сессии Комиссия постановила передать проекты статей 9–11 в Редакционный комитет.

62. На той же сессии Комиссия также учредила неофициальные консультации по статье 9 под руководством Специального докладчика.

63. На своей пятьдесят четвертой сессии в 2002 году Комиссии были представлены оставшаяся часть второго доклада Специального докладчика[68], касающаяся проектов статей 12 и 13, а также его третий доклад[69], охватывающий статьи 14–16. На той же сессии Комиссия постановила передать подпункты *a*, *b*, *d* (для рассмотрения совместно с подпунктом *a*) и *e* проекта статьи 14 в Редакционный комитет. Комиссия также постановила передать подпункт *c* проекта статьи 14 в Редакционный комитет для его рассмотрения совместно с подпунктом *a*.

---

[57] *Ежегодник.., 1996 год,* том II (часть вторая), пункт 248, стр. 124, и приложение II, добавление 1, стр. 177.

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

[59] Там же, пункт 171.

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

[61] Там же, пункт 190, стр. 71.

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

[63] Выводы Рабочей группы содержатся в *Ежегоднике.., 1998 год,* том II (часть вторая), пункт 108, стр. 56.

[64] *Ежегодник.., 1999 год,* том II (часть вторая), пункт 19, стр. 17.

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

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

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

[68] Там же.

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

64. На той же сессии Комиссия также рассмотрела доклад Редакционного комитета по проектам статей 1–7 [8]. Она приняла статьи 1–3 [5], 4 [9], 5 [7], 6 и 7 [8]. Комиссия также приняла комментарии к вышеперечисленным проектам статей.[70]

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

B. Рассмотрение темы на данной сессии

66. На данной сессии Комиссии был представлен четвертый доклад Специального докладчика (A/CN.4/530 и Add.1). 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, 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.

67. На своем 2762-м заседании, состоявшемся 23 мая 2003 года, Комиссия постановила учредить Рабочую группу открытого состава под председательством Специального докладчика по пункту 2 статьи 17. Комиссия рассмотрела доклад Рабочей группы на своем 2764-м заседании.

68. На своем 2764-м заседании Комиссия постановила передать в Редакционный комитет статью 17, предложенную Рабочей группой, и статьи 18–20. На своем 2777-м заседании Комиссия постановила передать статьи 21 и 22 Редакционному комитету.

69. Комиссия рассмотрела доклад Редакционного комитета по проектам статей 8 [10], 9 [11] и 10 [14] (A/CN.4/L.631) на своем 2768-м заседании. На том же заседании она приняла в предварительном порядке проекты статей 8 [10], 9 [11] и 10 [14] (см. раздел C, пункты 152–153, ниже).

1. Статья 17[71]

a) *Вступительное слово Специального докладчика*

70. Представляя статью 17, Специальный докладчик отметил, что в области дипломатической защиты юридических лиц доминирующую роль играет принятое МС в 1970 году решение по делу *Barcelona Traction*[72]. В своем решении Суд установил норму, согласно которой право на дипломатическую защиту в случае причинения вреда той или иной корпорации принадлежит государству, в соответствии с законодательством которого эта корпорация учреждена и на территории которого она имеет зарегистрированную контору, а не государству гражданства акционеров. Суд также признал, что в ряде случаев в решениях, касающихся двусторонних и многосторонних инвестиционных договоров, за акционерами признается право на прямую защиту, но это не является доказательством существования нормы обычного международного права, согласно которой государство гражданства или национальной принадлежности акционеров имеет право на осуществление дипломатической защиты в их интересах. Он отверг такую практику как представляющую собой *lex specialis*.

71. Принимая свое решение, МС руководствовался тремя основными соображениями: *a*) когда акционеры вкладывают средства в корпорацию, которая осуществляет коммерческую деятельность за рубежом, они берут на себя различные риски, в том числе риск того, что государство национальной принадлежности корпорации, реализуя свое дискреционное право, может отказаться от дипломатической защиты их интересов; *b*) если разрешить государству гражданства акционеров осуществлять дипломатическую защиту, это может привести к множественности требований, поскольку акционерами корпорации могут оказаться граждане многих стран и даже корпорации; и *c*) Суд предпочел не применять по аналогии нормы о двойном гражданстве физических лиц в отношении корпораций и акционеров, так как в результате этого правом на осуществление дипломатической защиты были бы наделены и государства национальной принадлежности корпорации, и государства гражданства или национальной принадлежности акционеров.

72. Специальный докладчик далее напомнил, что многие судьи были не согласны с аргументацией МС, о чем свидетельствует тот факт, что восемь из шестнадцати судей выразили особые мнения, а пять из них поддержали право государства гражданства акционеров на осуществление дипломатической защиты. Решение Суда вызвало также множество критических замечаний, в частности в отношении того, что он уделил недостаточное внимание государственной практике и что он установил неприменимую норму, поскольку на практике государства не будут защищать те компании, с которыми они не имеют подлинной связи. Фактически, по мнению ряда авторов, традиционные правовые нормы дипломатической защиты в значительной степени заменены процедурами разрешения споров, предусматриваемыми в двусторонних и многосторонних инвестиционных договорах.

---

[70] Тексты проектов статей с комментариями к ним содержатся в *Ежегоднике.., 2002 год,* том II (часть вторая), пункты 280–281.

[71] Статья 17, предложенная Специальным докладчиком в его четвертом докладе, гласит:

Статья 17

1. Государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту в связи с причинением вреда корпорации, которая имеет национальную принадлежность этого государства.

2. Для целей дипломатической защиты государством национальной принадлежности корпорации является государство, в котором корпорация учреждена [и на территории которого она имеет зарегистрированную контору].

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

73. Специальный докладчик отметил, что Комиссия международного права может сама решать, следовать ли ей решению МС, учитывая, что эти решения не обязательно связывают Комиссию, и памятуя о разной ответственности этих двух органов. Он далее отметил, что, хотя в деле *ELSI*[73] соответствующая камера Суда занималась толкованием договора, а не обычных норм международного права, она не приняла во внимание решение по делу *Barcelona Traction* и санкционировала осуществление Соединенными Штатами Америки дипломатической защиты в интересах двух американских компаний, которые владели всеми акциями итальянской компании. Вместе с тем он признал, что решение по делу *Barcelona Traction* по-прежнему рассматривается как подлинное отражение международного обычного права в этой области и что сегодня государства руководствуются им в своей практике в сфере дипломатической защиты корпораций.

74. Специальный докладчик предложил семь возможных вариантов определения государства, которое вправе осуществлять дипломатическую защиту: *a*) государство, в котором учреждена корпорация (норма, закрепленная в решении по делу *Barcelona Traction*); *b*) государство, в котором учреждена корпорация, и государство, с которым она имеет подлинную связь; *c*) государство регистрации конторы или *домициля* корпорации; *d*) государство, осуществляющее экономический контроль; *e*) государство, в котором учреждена корпорация, и государство, осуществляющее экономический контроль; *f*) государство, в котором учреждена корпорация, а при отсутствии такового – государство, осуществляющее экономический контроль; и *g*) государства национальной принадлежности всех акционеров.

75. Перечислив все эти варианты, он предложил Комиссии рассмотреть вопрос о кодификации нормы, закрепленной в решении по делу *Barcelona Traction*, с тем исключением, которое было признано самим Судом. В пункте 1 статьи 17 признается, что, поскольку государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту, именно оно и принимает решение о ее осуществлении или неосуществлении. При этом было отмечено, что дискреционный характер такого права означает, что корпорации, не имеющие подлинной связи с государством, в котором они учреждены, могут оказаться лишенными защиты. Однако это недостаток, который был признан самим МС и который побуждает инвесторов обеспечивать свою безопасность посредством заключения двусторонних инвестиционных договоров. В пункте 2 дается определение государства национальной принадлежности для целей проектов статей. Было предложено считать государством национальной принадлежности корпорации государство, в котором она была учреждена. Можно было бы включить дополнительный критерий в виде слов "и на территории которого она имеет зарегистрированную контору", – критерий, который также нашел свое отражение в решении по делу *Barcelona Traction*. Однако наличие этих двух критериев не является строго необходимым.

b) *Краткое изложение прений*

76. Члены Комиссии высоко оценили качество доклада, представленного Специальным докладчиком, и выразили свою признательность за беспристрастное изложение предложенных Комиссии вариантов.

77. Было выражено мнение о том, что в иностранных инвестициях нуждаются все государства, независимо от уровня их развития. Именно поэтому международное право должно обеспечивать инвесторам необходимые гарантии, и Комиссии следует позаботиться о том, чтобы увязать правовые нормы с фактическим положением дел при условии сохранения равновесия между интересами государств и интересами инвесторов. Исходя из этого, Комиссии было предложено признать право государств на осуществление дипломатической защиты в интересах корпорации, имеющей национальную принадлежность этого государства.

78. Члены Комиссии в целом поддержали пункт 1 статьи 17, который фактически основывается на решении по делу *Barcelona Traction*. Было сочтено, что это решение не противоречит решению по делу *ELSI*. Было отмечено, что критерий государства национальной принадлежности выбран в соответствии с принятой Комиссией в предварительном порядке на ее пятьдесят четвертой сессии в 2002 году статьей 3[74], в которой государство национальной принадлежности определяется как государство, имеющее право осуществлять дипломатическую защиту в отношении физических лиц. Такой унифицированный подход позволит применять другие нормы, которые будут сформулированы Комиссией в отношении дипломатической защиты как физических, так и юридических лиц. Так, было предложено привести текст пункта 1 статьи 17 в большее соответствие с пунктом 1 статьи 3, принятым Комиссией в 2002 году в первом чтении, сформулировав его следующим образом: "Государством, которое имеет право осуществлять дипломатическую защиту в связи с причинением вреда корпорации, является государство национальной принадлежности этой корпорации".

79. Что касается пункта 2 статьи 17, то большинство членов Комиссии поддержали предложение Специального докладчика опираться при обсуждении этой темы на норму, закрепленную в решении по делу *Barcelona Traction*. Было отмечено, что, несмотря на свои недостатки, это решение вполне соответствует современному состоянию права в области дипломатической защиты корпораций и правильно отражает нормы международного обычного права в этой области.

80. Одни члены Комиссии поддержали формулировку пункта 2, однако высказались за исключение второго критерия, взятого в квадратные скобки. Было отмечено,

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

[74] См. сноску 70, выше.

что МС упомянул оба требования по причине того, что страны континентального права предпочитают применять критерий местонахождения зарегистрированной конторы, в то время как страны обычного права – критерий места, в котором была учреждена корпорация. Тем не менее, Комиссия могла бы принять второй критерий ввиду его все более доминирующей роли в других областях права. Было также предложено пояснить в комментарии, что другой критерий является лишним, так как зарегистрированная контора корпорации почти всегда находится в том же государстве, где была учреждена корпорация.

81. Другие члены Комиссии высказались за сохранение обоих критериев. Было указано на то, что определение национальной принадлежности корпорации относится главным образом к сфере внутренней юрисдикции государств, а разрешение любого спора – к сфере международного права. Так же, как национальная принадлежность физических лиц определяется на основе двух основных критериев – *jus soli* и *jus sanguinis,* – национальная принадлежность корпорации зависит от двух альтернативных систем, а именно от места, где была учреждена корпорация, и места, где находится ее зарегистрированная контора, хотя многие государства применяют в той или иной степени обе эти системы. Наряду с этим было предложено проявлять осторожность, поскольку некоторые государства не применяют ни один из вышеописанных подходов или не признают понятия национальной принадлежности корпорации.

82. Далее была высказана мысль о том, что в случае сохранения дополнительного критерия, взятого в квадратные скобки, в тексте проекта статьи следует заменить союз "и" союзом "или". Ряд членов Комиссии заявили о том, что они бы предпочли, чтобы двум рассматриваемым условиям был придан взаимодополняющий характер. Другие члены Комиссии выразили озабоченность по поводу того, что если эта фраза будет сохранена с союзом "и", то корпорация, чья зарегистрированная контора находится не в государстве, где была учреждена корпорация, а в другом государстве, может лишиться права на дипломатическую защиту на том основании, что она не отвечает обоим условиям. При замене же союза "и" на союз "или" могут возникнуть проблемы двойной национальной принадлежности и конкуренции между несколькими государствами, желающими осуществлять дипломатическую защиту, что будет представлять собой отход от позиции, занятой МС в деле *Barcelona Traction.*

83. Некоторые члены Комиссии высказались за дальнейшее рассмотрение критерия *домициля*, или места регистрации конторы, который соответствует практике в сфере международного частного права.

84. Вместе с тем ряд членов Комиссии высказались за включение упоминания о наличии эффективной или подлинной связи между корпорацией и государством национальной принадлежности. Так, было подчеркнуто, что отсутствие ссылки на критерий подлинной связи может стимулировать явление создания "налоговых убежищ", пусть даже косвенно.

85. В дальнейшем было указано на то, что при рассмотрении дела *Barcelona Traction* МС фактически не пришлось выносить решение по вопросу о национальной принадлежности, которая не оспаривалась сторонами. Суд сослался на принципы места учреждения корпорации и нахождения ее зарегистрированной конторы, а также на другие связи корпорации с государством национальной принадлежности. Именно поэтому необходим достаточно широкий международно-правовой критерий, который охватывал бы различные возможные случаи. Было предложено вместо этого упомянуть в статье 17 о государстве, в котором была учреждена корпорация и/или на территории которого находится ее зарегистрированная контора, и/или с которым она поддерживает другие соответствующие связи. Другие предложения касались включения указания на то, что дипломатическая защита осуществляется государством национальной принадлежности, которая в каждом конкретном случае определяется внутренним правом государства, при условии существования подлинной связи или отношений между государством национальной принадлежности и соответствующей корпорацией; а также изменения формулировки статьи 17 следующим образом: "Государство, в соответствии с правом которого учреждена корпорация и в котором находится ее зарегистрированная контора, имеет право осуществлять ее дипломатическую защиту в качестве государства национальной принадлежности в связи с причинением вреда этой корпорации". Другие предложения предусматривали изменение формулировки статьи 2 следующим образом: "Для целей дипломатической защиты государством национальной принадлежности корпорации является то государство, в котором учреждена корпорация или в котором находится ее зарегистрированная контора или ее домициль, или в котором она осуществляет основную хозяйственную деятельность или действует её какой-либо другой признанный международным правом элемент, подтверждающий существование подлинной связи между этой корпорацией и соответствующим государством"; и изменение формулировки последней части пункта 2 следующим образом: "или которое иным образом признает приобретение его национальной принадлежности данной корпорацией".

86. В то же время было высказано предостережение против включения критерия "подлинной связи" – который не был признан в рамках дела *Barcelona Traction,* – поскольку фактически это означало бы применение подхода, основанного на концепции экономического контроля, определяемого тем, кому принадлежит контрольный пакет акций. Было подчеркнуто, что установление требования о существовании "подлинной связи" потребовало бы снятия "корпоративной завесы", что создало бы трудности не только для судов, но и для государств – получателей инвестиций, которые были бы вынуждены решать, принимать ли дипломатические представления или требования государств, считающих, что корпорации, с которой они имеют подлинную связь,

был причинен ущерб. Кроме того, было указано на сложность установления того, существует ли "надлежащая" связь, применительно к многонациональным корпорациям, местонахождение которых не ограничивается одним государством.

c) *Заключительные замечания Специального докладчика*

87. Специальный докладчик отметил, что большинство членов Комиссии одобрили пункт 1.

88. В отношении пункта 2 он заявил, что сначала Комиссия в целом поддержала выработанный им подход, хотя члены Комиссии и высказали самые разные мнения по вопросу о включении вместо двух одного критерия для определения национальной принадлежности корпорации для целей дипломатической защиты. Однако впоследствии обсуждение приняло новый оборот: многие члены Комиссии, хотя и поддержавшие общую идею проекта статьи 17, высказались за включение таких формулировок, в которых подчеркивались бы формальные связи между корпорацией и государством, осуществляющим дипломатическую защиту. Одни предложения были сформулированы осторожно, с тем чтобы избежать упоминания о государстве гражданства или национальной принадлежности акционеров, другие же носили более радикальный характер и предполагали снятие "корпоративной завесы" для определения государства, с которым корпорация имеет наиболее тесные связи, и, как следствие, того места, из которого осуществляется экономический контроль над ней. Специальный докладчик отметил, что, хотя данный подход вряд ли совместим с решением по делу *Barcelona Traction*, он согласуется с решением по делу *Nottebohm*[75], в котором принципу связи с государством придается важное значение. Однако, поскольку Комиссия не последовала принципам, положенным в основу решения по делу *Nottebohm*, в проекте статьи 3 в отношении физических лиц, было бы нелогично делать это применительно к юридическим лицам.

89. В ходе прений была также затронута проблема двойной защиты, а именно когда одна и та же корпорация пользуется дипломатической защитой одновременно государства, в котором она была учреждена, и государства регистрации ее конторы: такая возможность допускалась несколькими судьями при рассмотрении дела *Barcelona Traction*. Однако в своем решении по делу *Barcelona Traction* Суд недвусмысленно выступил противником идеи двойной защиты или дополнительного права на защиту корпорации и акционеров.

d) *Создание Рабочей группы*

90. Впоследствии Комиссия приняла решение создать рабочую группу открытого состава под председательством Специального докладчика для рассмотрения статьи 17 до принятия решения о ее передаче в Редакционный комитет.

91. Позднее Специальный докладчик представил доклад об итогах рассмотрения этого положения Рабочей группой. Он отметил, что Рабочая группа пришла к общему мнению о том, что необходимо, во-первых, учесть ситуации, когда учреждение корпораций не предусматривается внутренним правом и когда для этого применяется иная система, и, во-вторых, установить определенную связь между корпорацией и государством, подобную той, на которую указал МС в своем решении по делу *Barcelona Traction*. Наряду с этим Рабочая группа позаботилась о том, чтобы не принять такую формулу, из которой следовало бы, что при рассмотрении подобных дел суд должен принимать во внимание гражданство или национальную принадлежность акционеров, контролирующих корпорацию.

92. Рабочая группа выработала следующий текст статьи 17, который Специальный докладчик предложил Комиссии передать в Редакционный комитет:

> "Для целей дипломатической защиты [в связи с причинением вреда корпорации] государством национальной принадлежности является [то государство, в соответствии с правом которого учреждена корпорация]/государство национальной принадлежности [определяется в соответствии с внутренним правом в каждом конкретном случае] и с которым она имеет [достаточную]/[тесную и постоянную]/ [административную]/[формальную] связь".

2. Статья 18[76]

a) *Вступительное слово Специального докладчика*

93. Специальный докладчик пояснил, что проект статьи 18 касается исключений из общей нормы, закрепленной в статье 17. Первое исключение, сформулированное в подпункте *a*, касается ситуации, когда корпорация прекратила свое существование в месте, где она была учреждена. Он отметил, что формула "прекратила свое существование", использованная в решении по делу *Barcelona Traction*, нравится не всем специалистам: многие из них предпочли бы менее строгий критерий, позволяющий осуществлять вмешательство в

[75] *Nottebohm, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1955*, p. 4.

[76] Статья 18, предложенная Специальным докладчиком в его четвертом докладе, гласит:

Статья 18

Государство гражданства или национальной принадлежности акционеров корпорации не имеет права осуществлять дипломатическую защиту в интересах таких акционеров в связи с причинением вреда корпорации, за исключением случаев, когда:

a) корпорация прекратила свое существование в месте, где она была учреждена; или

b) корпорация имеет национальную принадлежность государства, ответственного за причинение вреда этой корпорации.

интересах акционеров, когда компания "практически перестала существовать". По мнению Специального докладчика, первый вариант представляется более предпочтительным.

94. Второе исключение, сформулированное в подпункте *b*, позволяет государству гражданства или национальной принадлежности акционеров осуществлять вмешательство, когда корпорация имеет национальную принадлежность государства, ответственного за причинение ей вреда. Нередко государство требует, чтобы находящиеся на его территории иностранцы осуществляли здесь свою предпринимательскую деятельность через посредство корпорации, учрежденной в соответствии с его законодательством. Если впоследствии это государство конфискует имущество корпорации или причинит ей вред каким-либо иным образом, единственная возможность для нее добиться защиты на международном уровне – это вмешательство государства гражданства или национальной принадлежности ее акционеров. Однако, как было указано в его докладе, эта норма не лишена противоречий.

95. Далее Специальный докладчик пояснил, что до вынесения решения по делу *Barcelona Traction* существование второго исключения подтверждалось практикой государств, арбитражными решениями и доктриной. При рассмотрении дела *Barcelona Traction* МС указал на возможность такого исключения, а затем пришел к выводу, что ему нет необходимости выносить заключение по этому вопросу, поскольку в данном деле речь не шла о причинении вреда корпорации государством, где эта корпорация была учреждена (Канада). В период после вынесения решения по делу *Barcelona Traction* определенные аргументы в поддержку этого принципа можно найти преимущественно в контексте толкования инвестиционных договоров. В деле о компании *ELSI* камера Суда санкционировала защиту Соединенными Штатами прав американских акционеров итальянской компании, которая была учреждена и зарегистрирована в Италии и которой был причинен вред правительством Италии. При этом не вызывает сомнений то, что, хотя камера и не стала вдаваться в детальное рассмотрение этого вопроса, он занимал мысли некоторых судей. Мнения специалистов по этому вопросу по-прежнему расходятся. Специальный докладчик предложил Комиссии принять это исключение.

b) *Краткое изложение прений*

96. В целом члены Комиссии поддержали подпункт *a*, хотя было предложено оговорить предельный срок, возможно, исчисляемый с даты, когда компания объявляет о своем банкротстве. Другие предложения заключались в том, чтобы исключить слова "в месте, где она была учреждена" и заменить слово "место" словом "государство".

97. Ряд членов Комиссии выразили мнение о том, что требование о том, чтобы корпорация "прекратила свое существование", возможно, является слишком жестким и что было бы предпочтительней использовать такие формулы, как "практически перестала существовать" или "лишена возможности обеспечить себе правовую защиту через посредство корпорации". В этом случае корпорация не прекращает своего фактического существования, а просто становится нефункционирующей, вследствие чего она оказывается лишенной возможности обеспечить себе правовую защиту. Было также предложено вставить между словами "существование" и "в месте, где она была учреждена" слова "де-юре или де-факто". Кроме того, было предложено пояснить в комментарии, что слова "прекратила свое существование" следует толковать как относящиеся к ситуациям, когда корпорация продолжает существовать, даже несмотря на то, что она находится в стадии ликвидации. Было также выражено мнение о том, что из данного положения должно было бы следовать, что дипломатическая защита может осуществляться в интересах акционеров тогда, когда компания лишена "возможности обеспечить себе правовую защиту через посредство компании" или когда компания фактически более неспособна отстаивать свои права и интересы.

98. Различные мнения были выражены относительно исключения, сформулированного в подпункте *b*. По мнению ряда членов Комиссии, оно является весьма спорным и потенциально дестабилизирующим и поэтому его не следует включать в текст проекта статьи. Было выражено мнение о том, что аргументация в поддержку данного исключения является малоубедительной. В нем игнорируется традиционная норма, согласно которой государство не является виновным в нарушении международного права в связи с причинением вреда одному из своих собственных граждан. Была также выражена обеспокоенность по поводу того, что наделение государства гражданства или национальной принадлежности акционеров правом возбуждения исков может привести к затяжным и сложным судебным процессам, а также вызвать трудности с применением нормы, касающейся непрерывности гражданства, ввиду быстрой смены владельцев акций. Кроме того, в большинстве случаев государство, в котором учреждена корпорация, обеспечивает правовые рамки для урегулирования споров и, как следствие, внутренние средства правовой защиты на случай нарушения прав корпорации. Необходимость в применении подпункта *b* будет возникать лишь в исключительных случаях исчерпания внутренних средств без достижения урегулирования. Действительно, инвестор всегда может решить не вкладывать средства в данную конкретную страну. Кроме того, было выражено мнение о том, что это исключение может поставить под угрозу принцип равного обращения с национальными акционерами и акционерами, являющимися гражданами другого государства, что означало бы нарушение международных норм, касающихся обращения с иностранцами. Аналогичным образом было указано на то, что заключенные в последнее время соглашения в области защиты инвестиций предусматривают для инвесторов эффективные средства правовой защиты в случае отказа в правосудии или совершения государством, в котором учреждена корпорация, противоправного деяния, вследствие которого этой корпорации причинен вред.

99. Ряд других членов Комиссии коснулись приведенного Специальным докладчиком главного довода в пользу сохранения данного исключения, а именно довода о том, что государства – импортеры капитала нередко требуют, чтобы иностранный консорциум, желающий заниматься предпринимательской деятельностью на его территории, осуществлял свои операции через посредство корпорации, учрежденной в соответствии с его законодательством. Было отмечено, что в деле *Mexican Eagle*[77] правительство Соединенного Королевства выразило озабоченность по поводу того, что требование об учреждении корпорации в соответствии с внутренним правом может служить источником противоправных деяний в тех случаях, когда государство национальной принадлежности использует такое учреждение корпорации для обоснования отклонения попыток дипломатической защиты со стороны другого государства. Это было бы равнозначно ограничению "бесспорного права [иностранных правительств] по международному праву на защиту коммерческих интересов своих граждан за рубежом"[78]. Таким образом, сформулированное в подпункте *b* исключение направлено на то, чтобы обеспечить таким корпорациям определенную защиту. Было указано на то, что этот основополагающий принцип отражен во многих инвестиционных договорах, заключенных многими государствами международного сообщества, независимо от уровня их развития или идеологической ориентации. Было также выражено мнение о том, что, даже если это исключение и не в полной мере "созрело" для кодификации, его следует рассматривать в благоприятном свете в контексте прогрессивного развития международного права.

100. Была высказана мысль о том, что если данное исключение будет принято, то можно будет включить ссылку на экономический контроль над компанией, определяемый тем, кому принадлежит контрольный пакет акций. По мнению других членов Комиссии, такое требование не только осложнило бы ситуацию, но и, возможно, оказалось бы дискриминационным. Было предложено ограничить сферу применения этого исключения ситуацией, когда законодательство принимающей страны требует создания корпорации.

101. Было также предложено оговорить "разумный предельный срок" для осуществления дипломатической защиты. Ряд членов Комиссии выразили сомнения относительно необходимости такого требования.

c) *Заключительные замечания Специального докладчика*

102. Специальный докладчик отметил, что первое исключение, сформулированное в подпункте *a*, не вызвало никаких серьезных трудностей: большинство членов Комиссии его поддержали. Вместе с тем был высказан ряд замечаний, направленных на то, чтобы улучшить это положение, в том числе было предложено оговорить предельный срок предъявления требования. Поскольку подпункт *a* статьи 18 не вызвал никаких возражений, он рекомендовал передать его в Редакционный комитет.

103. Подпункт *b* вызвал гораздо большие споры, и мнения членов Комиссии по нему разделились. В конечном счете большинство членов Комиссии высказались за включение подпункта *b* в статью 18. По мнению Специального докладчика, данное исключение является составной частью комплекса норм и принципов, положенных в основу решения, вынесенного МС по делу *Barcelona Traction*. Именно поэтому Специальный докладчик заявил о том, что убежден в необходимости его сохранения. По вопросу о том, закреплено ли это исключение в международном обычном праве или нет, мнения членов Комиссии также разделились. Специальный докладчик выразил мнение о том, что соответствующая обычная норма находится в стадии формирования и что Комиссию следует в случае необходимости побудить заняться прогрессивным развитием норм в этой области. Однако, занимаясь этим, она должна проявлять большую осторожность.

104. Специальный докладчик далее отметил, что, по мнению некоторых членов Комиссии, подпункт *b* статьи 18 является лишним, поскольку акционеры имеют в своем распоряжении другие возможности правовой защиты, такие, как обращение в национальный суд, МЦУИС или международные судебные органы, как это предусматривается некоторыми двусторонними и многосторонними соглашениями. Однако не всегда дело обстоит именно так, будь то в силу отсутствия внутренних средств правовой защиты или в силу того, что государство гражданства или принимающее государство не является участником механизма МЦУИС или двустороннего договора по инвестициям. Кроме того, несколько членов Комиссии подчеркнули, что сформулированное в подпункте *b* статьи 18 исключение должно применяться лишь как крайняя мера. По мнению Специального докладчика, это само собой разумеется: речь идет о средстве правовой защиты, которое может применяться только в исключительных случаях, то есть только тогда, когда нет иного выхода. С учетом вышеизложенного он рекомендовал передать подпункт *b* статьи 18 в Редакционный комитет.

3. Статья 19[79]

a) *Вступительное слово Специального докладчика*

105. Специальный докладчик пояснил, что статья 19 является своего рода защитительной оговоркой,

[77] M. M. Whiteman, *Digest of International Law* (Washington, D.C., 1967), vol. 8, pp. 1272–1274.

[78] Ibid, p. 1274.

[79] Статья 19, предложенная Специальным докладчиком в его четвертом докладе, гласит:

Статья 19

Статьи 17 и 18 не затрагивают права государства гражданства или национальной принадлежности акционеров корпорации осуществлять защиту таких акционеров, когда им был причинен прямой вред в результате международно-противоправного деяния другого государства.

направленной на защиту не прав корпорации, а собственных прав акционеров, которые были нарушены. Как было признано МС в его решении по делу *Barcelona Traction*, в подобных случаях акционеры имеют независимое право на подачу иска и могут рассчитывать на дипломатическую защиту в индивидуальном порядке. Камера Суда также рассмотрела этот вопрос в рамках дела о компании *ELSI*, однако не высказала своего мнения в отношении норм международного обычного права в этой области. Предлагаемая статья оставляет без ответа два вопроса: во-первых, вопрос о содержании права, или когда имеет место такое прямое его нарушение, и, во-вторых, вопрос о правовом режиме, на основе которого должен устанавливаться факт нарушения.

106. В своем решении по делу *Barcelona Traction* МС упомянул наиболее очевидные права акционеров, перечень которых отнюдь не является исчерпывающим. Это означает, что суды определяют пределы этих прав в каждом конкретном случае. Вместе с тем при проведении четкой разграничительной линии между правами акционеров и правами корпораций следует проявлять осторожность. По мнению Специального докладчика, выработать проект нормы по этому вопросу невозможно, поскольку суды должны выносить соответствующие решения исходя из каждого конкретного случая.

107. Что касается второго вопроса, то совершенно очевидно, что решение о применимом праве для определения того, были ли нарушены права акционера, должно приниматься в рамках правовой системы государства, в котором учреждена корпорация, хотя при этом можно также ссылаться на общие принципы международного права. Специальный докладчик стремился не выработать новую норму, а просто подтвердить ту, которая была признана МС в его решении по делу *Barcelona Traction*, а именно, что в тех ситуациях, когда прямо нарушены права акционеров, государство их гражданства или национальной принадлежности может осуществлять дипломатическую защиту в их интересах.

b) *Краткое изложение прений*

108. В целом статья 19 была одобрена членами Комиссии. Было выражено мнение о том, что она не вызывает никаких трудностей, поскольку кодифицирует наиболее широко распространенную ситуацию, а именно когда нарушены объективные права отдельного акционера, что соответствует общим нормам, сформулированным в части проектов статей, посвященной дипломатической защите физических лиц.

109. Было предложено в комментарии указать на отличие собственных прав акционеров от прав корпораций. Такие права, например, могут включать право контроля над корпорацией и управления ею. Так, было предложено определить сферу применения данного положения и провести четкое разграничение между нарушением прав акционеров вследствие причинения вреда корпорации и прямым нарушением прав, которыми они наделены в соответствии с уставом корпорации и корпоративным законодательством и примеры которых приводятся в решении по делу *Barcelona Traction*.

110. Был задан вопрос о том, будут ли в ситуациях, когда корпорация прекратила свое существование в результате национализации и, как следствие, не может возбудить иск от имени своих акционеров в национальном суде, права акционеров рассматриваться в качестве прямых прав? Какое в этой ситуации будет применяться положение: подпункт *b* статьи 18 или статья 19?

111. Было выражено мнение о том, что статью 19 можно рассматривать в качестве еще одного исключения из нормы, закрепленной в статье 17, исключения, которое касается случая причинения прямого вреда акционерам. Так, было предложено включить это положение в статью 18. Другие члены Комиссии выразили мнение о том, что, поскольку вопрос о дипломатической защите корпорации в этом случае не возникает вообще, статью 19 нельзя считать исключением из статьи 17.

112. В отношении правового режима, на основе которого будет приниматься решение о наличии прав у акционеров, было выражено мнение о том, что для определения содержания таких прав следует обращаться к законодательству государства, в котором учреждена корпорация. Члены Комиссии поддержали предложение о том, чтобы Комиссия проанализировала возможность ссылаться в некоторых случаях на общие принципы права, поскольку некоторые национальные системы могут не иметь четкого определения того, что собственно представляет собой нарушение этих прямых прав.

c) *Заключительные замечания Специального докладчика*

113. Специальный докладчик отметил, что статья 19 не вызвала никаких серьезных проблем. Хотя некоторые члены Комиссии и выразили мнение о том, что в ней предусматривается исключение, которое было бы лучше поместить в статье 18, он по-прежнему убежден, что если следовать решению по делу *Barcelona Traction*, то лучше сохранить две отдельные статьи.

4. Статья 20[80]

a) *Вступительное слово Специального докладчика*

114. Представляя статью 20 о непрерывности национальной принадлежности корпораций, Специальный докладчик отметил, что практика государств в этой об-

[80] Статья 20, предложенная Специальным докладчиком в его четвертом докладе, гласит:

Статья 20

Государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту в отношении корпорации, которая являлась учрежденной в соответствии с его законодательством как на момент причинения вреда, так и на дату официального предъявления требования [, при условии, что в случае, если в результате причинения вреда корпорация прекращает свое существование, государство, в котором была учреждена прекратившая свое существование корпорация, сохраняет право представить требование в отношении этой корпорации].

ласти касается главным образом физических лиц. Он напомнил о том, что на своей пятьдесят четвертой сессии в 2002 году Комиссия приняла проект статьи 4 [9] по этому вопросу[81]. Указанный принцип важен применительно к физическим лицам, поскольку они меняют гражданство чаще и легче, чем корпорации. Корпорация может изменить свою национальную принадлежность лишь путем воссоздания в другом государстве, в каковом случае она приобретает новую национальную принадлежность, нарушая тем самым непрерывность своей национальной принадлежности. Поэтому представляется разумным требовать, чтобы государство могло осуществлять дипломатическую защиту корпорации лишь в том случае, когда она являлась учрежденной в соответствии с его законодательством как на момент причинения вреда, так и на дату официального предъявления требования.

115. Вместе с тем, если корпорация прекращает свое существование в том месте, где она была учреждена, вследствие причинения вреда в результате международно-противоправного деяния другого государства, встает вопрос о том, какое государство должно предъявлять требование: государство гражданства или национальной принадлежности акционеров в соответствии с подпунктом *a* статьи 18, или государство национальной принадлежности прекратившей свое существование корпорации, или же оба? Он разделяет высказанное несколькими судьями по делу *Barcelona Traction* мнение о том, что право на осуществление дипломатической защиты должно быть предоставлено обоим государствам, поскольку определить точный момент прекращения существования корпорации сложно и поскольку будет существовать определенная "серая зона во времени", когда корпорация практически перестала функционировать, но формально еще не прекратила своего существования. В этом случае возможность вмешаться должны иметь как государство, в котором учреждена корпорация, так и государство гражданства или национальной принадлежности акционеров. Как заявил Специальный докладчик, ему известно, что в деле *Barcelona Traction* МС не поддержал указанный дуалистический подход к защите, однако такое решение, как представляется, могло бы быть уместным.

116. В заключение он выразил мнение о том, что в выработке отдельной нормы о непрерывности гражданства акционеров нет необходимости; поскольку все они являются физическими лицами, к ним будут применяться положения статьи 4 [9].

b) *Краткое изложение прений*

117. Члены Комиссии поддержали проект статьи 20. Было выражено мнение о том, что в вопросе непрерывности национальной принадлежности/гражданства проекты статей в принципе не должны ставить юридические лица в более выгодное положение по сравнению с физическими лицами.

118. Согласно другой точке зрения, трудности, которые возникают с применением нормы о непрерывности гражданства в отношении физических лиц, характерны также для ситуации с юридическими лицами: в силу самого принципа юридической фикции, на котором базируется концепция дипломатической защиты, значение имеет лишь гражданство защищаемого лица на момент совершения международно-противоправного деяния. Однако, поскольку в статье 4 [9] Комиссия заняла иную позицию, было бы непоследовательно придерживаться иной логики в отношении юридических лиц.

119. Было предложено распространить действие предусмотренного в пункте 2 статьи 4 исключения, касающегося физических лиц, на юридические лица.

120. Один из членов Комиссии выступил за сохранение взятой в квадратные скобки части статьи 20, поскольку это согласуется с подпунктом *a* статьи 18. Вместе с тем было указано на то, что ни в подпункте *a* статьи 18, ни в статье 20 упоминание о прекратившей по закону свое существование корпорации не имеет большого значения. Важно, чтобы она была фактически и практически неспособна защищать свои права и интересы. Другие члены Комиссии выразили мнение о том, что взятое в квадратные скобки положение противоречит подпункту *a* статьи 18, согласно которому государство национальной принадлежности корпорации не имеет права осуществлять дипломатическую защиту этой корпорации, если она прекратила свое существование. Однако, согласно оговорке, сформулированной в статье 20, государство национальной принадлежности сохраняет право на осуществление дипломатической защиты прекратившей свое существование корпорации. Поэтому было предложено исключить эту оговорку. Кроме того, было предложено разделить статью 20 на два пункта, при этом вторым пунктом стала бы часть взятого в квадратные скобки текста, из которого были бы исключены слова "при условии, что", а в конце подпункта *a* статьи 18 после слова "учреждена" – вставить слова ", с учетом исключения, предусмотренного в пункте 2 статьи 20".

121. Было поддержано мнение Специального докладчика о том, что нет необходимости в выработке отдельной нормы о непрерывности для акционеров. Вместе с тем было неясно, всегда ли норма о непрерывности, касающаяся физических лиц, распространяется на акционеров. Это верно лишь в одних случаях. В других же, гораздо более многочисленных, акционеры корпорации являются юридическими лицами.

122. Было предложено заменить слова "которая являлась учрежденной в соответствии с его законодательством" словами "которая имела его национальную принадлежность", а слова "государство, в котором была учреждена прекратившая свое существование корпорация" словами "государство национальной принадлежности прекратившей свое существование корпорации".

c) *Заключительные замечания Специального докладчика*

123. Специальный докладчик указал на то, что против статьи 20 не было высказано никаких серьезных возражений. Вместе с тем в отношении сформулированной в ней оговорки мнения разделились. Кроме того, было

[81] См. сноску 70, выше.

предложено согласовать текст этой статьи с текстом статьи 4 [9]. С учетом вышеизложенного он рекомендовал передать эту статью в Редакционный комитет.

5. Статья 21[82]

a) *Вступительное слово Специального докладчика*

124. Во вступительном слове к статье 21 Специальный докладчик напомнил, что в четвертом докладе по вопросу о дипломатической защите обращалось внимание на тот факт, что иностранные инвестиции все шире защищаются в рамках приблизительно 2 000 двусторонних инвестиционных договоров. Такие соглашения предусматривают два варианта урегулирования споров в качестве альтернативы внутренним средствам правовой защиты в принимающем государстве: *a*) непосредственное урегулирование инвестиционного спора между инвестором и принимающим государством; и *b*) урегулирование инвестиционного спора посредством арбитража между государством национальной принадлежности или гражданства инвестора, будь то корпорация или физическое лицо, и принимающим государством по делу о толковании и применении соответствующего двустороннего инвестиционного договора. Эта вторая процедура, как правило, доступна во всех делах, что позволяет укрепить механизм урегулирования споров между инвестором и государством. Некоторые государства являются также сторонами Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств, которая предусматривает создание трибуналов под эгидой МЦУИС.

125. Специальный докладчик отметил, что в тех случаях, когда стороны обращаются к процедурам урегулирования споров, предусмотренным в двусторонних инвестиционных договорах, или к процедурам МЦУИС, применение норм обычного права в области дипломатической защиты исключается. Представляется очевидным, что процедуры урегулирования споров в рамках этих двух средств правовой защиты дают более значительные преимущества иностранному инвестору, чем обычная международно-правовая система защиты. Так, например, применение обычной международно-правовой системы защиты неизменно сопровождается политической неопределенностью, присущей дипломатической защите в силу ее дискреционного характера. В случае применения норм двусторонних инвестиционных договоров или процедур МЦУИС иностранный инвестор получает прямой доступ к международному арбитражу. Существование специальных соглашений подобного рода было признано МС в решении по делу о компании *Barcelona Traction*, в рамках которого прослеживается тенденция к трактовке таких соглашений в качестве lex specialis.

126. Цель статьи 21 заключается в четкой фиксации того, что настоящие проекты статей не применяются к специальному режиму, предусмотренному в двусторонних и многосторонних инвестиционных договорах. Данное положение разработано по образцу статьи 55 проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, принятых Комиссией на ее пятьдесят третьей сессии в 2001 году[83]. Было указано, что в пункте 4 комментария к статье 55 отмечалось, что для применения этого принципа "недостаточно существования двух положений, регламентирующих один и тот же вопрос; между этими положениями также должно существовать какое-либо фактическое несоответствие либо одно из них должно исключить применение другого"[84].

127. По мнению Специального докладчика, существует явное несоответствие между нормами международного обычного права о дипломатической защите корпоративных инвестиций, которые предусматривают защиту лишь по усмотрению государства национальной принадлежности или лишь, с учетом ограниченных изъятий, в отношении самой корпорации, и специальным режимом для иностранных инвестиций, установленным в специальных договорах, которые напрямую наделяют правами иностранного инвестора, будь то корпорация или акционер, которые могут быть определены международным трибуналом. В силу вышеизложенного представляется необходимым включить данное положение в проекты статей.

b) *Краткое изложение прений*

128. В Комиссии высказывались различные мнения в отношении необходимости включения положения о lex specialis в проекты статьей. В связи с этим обсуждались следующие три возможности: *a*) ограничение проекта статьи двусторонними и многосторонними договорами, касающимися защиты инвестиций; *b*) переработка данного положения в более общее положение, применимое ко всем проектам статьей; или *c*) исключение этого положения.

129. Некоторые члены Комиссии находили целесообразным включить такое положение, поскольку это позволило бы прояснить характер взаимосвязей между этим принципом и проектами статей и обеспечило бы

---

[82] Статья 21, предложенная Специальным докладчиком в его четвертом докладе, гласит:

Статья 21. Lex specialis

Настоящие статьи не применяются, когда защита корпораций или акционеров корпорации, включая урегулирование споров между корпорациями или акционерами корпорации и государствами, регулируется специальными нормами международного права.

[83] Статья 55, предложенная Специальным докладчиком в его четвертом докладе, гласит:

"Настоящие статьи не применяются, если и в той мере, в какой условия наличия международно-противоправного деяния или содержание международной ответственности государства или ее имплементация определяются специальными нормами международного права" (*Ежегодник.., 2001 год,* том II (часть вторая), пункт 76, стр. 26).

[84] Там же, пункт 77, стр. 171.

признание существования важного режима lex specialis, который применяется в сфере защиты инвестиций. Было отмечено, что в области дипломатической защиты имеется множество специальных норм. Некоторые из них исключают или отсрочивают применение такой защиты в силу использования механизма урегулирования споров, в рамках которого инвестор играет непосредственную роль. Другие положения предусматривают внесение изменений в требование относительно гражданства претензий или отход от нормы о внутренних средствах правовой защиты. В связи с этим выражалась аналогичная точка зрения, из которой следовало, что, хотя включение в текст положения о lex specialis не является крайне необходимым, поскольку данное положение в любом случае будет применяться в качестве общеправового принципа, независимо от того, будет ли оно включено в проекты статьей, такое включение не нанесет никакого ущерба и может быть осуществлено ex abundanti cautela.

130. Вместе с тем отмечалось, что, хотя большинство таких специальных режимов может затрагивать систему дипломатической защиты корпораций или их акционеров, положение о lex specialis не должно ограничиваться защитой корпораций или их акционеров. В силу этого данное положение следует сделать более широким по охвату и переместить его в конец проектов статьей. Более того, высказывалось мнение, что нет никаких оснований уделять первоочередное внимание, в частности, договорам в области прав человека в контексте защиты физических лиц.

131. Другие члены Комиссии выражали обеспокоенность в связи с идеей о более широком применении указанного положения по сравнению с проектами статей в целом. Кроме того, в связи с этим отмечалось, что это может воспрепятствовать охвату дипломатической защитой физических лиц в тех случаях, когда существуют "специальные" режимы защиты прав человека, которые, как правило, базируются на многосторонних конвенциях и обычно не содержат четких норм, которые затрудняли бы осуществление дипломатической защиты. В силу этого распространение положения о lex specialis на физические лица может создать впечатление, что наличие режима защиты прав человека неизбежно исключает возможность применения дипломатической защиты. Однако эти два режима призваны взаимодополнять друг друга. В силу этого было предложено, чтобы в соответствующем положении оговаривалось, что принцип lex specialis применяется исключительно во всей его полноте и только тогда, когда на этот счет имеется четкая ссылка; в иных случаях применяются также и общие нормы международного права.

132. Кроме того, было выдвинуто еще одно предложение, в соответствии с которым требование, касающееся фактического несоответствия между двумя положениями, регламентирующими один и тот же вопрос, а также требование, касающееся наличия явного свидетельства того, что одно положение исключает применение другого, можно было бы включить в сам текст проекта статьи 21. Члены Комиссии ссылались на различия между статьей 21 и статьей 55 пректа статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, а именно, что общая норма не подлежит применению не только с учетом оговорки "если", но и с учетом оговорки "в той мере", и что вопрос о дипломатической защите регулируется специальными нормами международного права. Другие участники обсуждения указывали, что данное положение отличается от текста статьи 55, в котором рассматриваются случаи коллизии между общей нормой и специальной нормой. Вместо этого в статье 21 устанавливается принцип предпочтения: для корпораций такое предпочтение означало бы применение к ним специальной процедуры, которая верховенствует над общими нормами. В связи с этим было предложено изложить это положение в виде приоритетности, с тем чтобы не допустить возможности полного исключения средств дипломатической защиты. Было также высказано мнение о том, что режим приоритетности невозможно презюмировать и что "специальный режим" нельзя всегда рассматривать как средство защиты, требующее исчерпания, прежде чем может быть применена дипломатическая защита.

133. Основной посыл еще одного выдвинутого предложения заключался в том, чтобы признать либо в проектах статей, либо в комментарии, что существуют важные специальные режимы защиты инвестиций, включая, в частности, двусторонние инвестиционные договоры, и что цель проектов статей заключается отнюдь не в подмене или изменении этих режимов. Такой подход оставлял бы возможность для дальнейшего применения в данном контексте норм международного обычного права в той мере, в какой они не вступают в противоречие с указанными режимами.

134. К числу других предложений о пересмотре формулировки данного предложения относится, в частности, его оформление в качестве обусловленного рядом факторов исключения, конкретизация его содержания и сферы его применения, более тесная его привязка к терминологии, используемой в инвестиционных договорах, а также исключение из названия слов "lex specialis".

135. Другие члены Комиссии, наоборот, выражали сомнения относительно необходимости включения в проекты статей положения о lex specialis в какой бы то ни было форме. Они заявляли, что данное положение будет излишним, если исходить из того, что принцип lex specialis базируется лишь на договорных нормах. Кроме того, прозвучала точка зрения, согласно которой наличие такого положения может способствовать созданию ложного впечатления о существовании некоего мира "или-или", в котором нормы дипломатической защиты либо применяются полностью, либо не применяются вовсе. Так, например, в этом случае наличие какого-либо режима, в частности режима в области прав человека, исключало бы возможность применения дипломатической защиты в какой бы то ни было форме (что представляется неправомерным). Кроме того, включение такого положения в подготовленный Комиссией текст рискует создать неправомерное, a contrario, впе-

чатление, что соглашение, в котором отсутствует упоминание о норме lex specialis, свидетельствует о его особом "не допускающем отступлений" статусе. В связи с этим было сочтено предпочтительным исключить статью целиком и рассмотреть этот вопрос в комментарии.

c) *Заключительные замечания Специального докладчика*

136. Специальный докладчик напомнил, что он предложил статью 21 по двум причинам, обусловленным: *a*) следованием модели, использовавшейся при разработке проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, и *b*) необходимостью учесть то обстоятельство, что двусторонние инвестиционные договоры прямо нацелены на уклонение от применения режима дипломатической защиты в силу его дискреционного характера и, следовательно, наделить соответствующими правами государство гражданства или национальной принадлежности акционеров. Вместе с тем, с учетом состоявшихся обсуждений Специальный докладчик утратил былую уверенность в отношении обоих пунктов. Он согласен с тем, что нет необходимости слепо следовать модели, использовавшейся при разработке проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния; кроме того, его убедил аргумент, согласно которому цели двусторонних инвестиционных договоров отнюдь не предполагают полного исключения норм международного обычного права. Более того, стороны нередко проявляли стремление прибегать к нормам международного обычного права с целью заполнения лакун в том или ином режиме, с тем чтобы надлежащим образом ориентировать суды в процессе толкования этих договоров. Поскольку из статьи 21 следует, что режим двусторонних инвестиционных договоров предполагает исключение обычных норм, эта статья представляется, с одной стороны, неправомерной, а с другой – потенциально опасной. Для целей ее сохранения необходимо внести в нее изменения, исключив из названия термин lex specialis и сформулировав ее текст в соответствии с предложениями, высказанными в ходе обсуждений.

137. Кроме того, Специальный докладчик напомнил, что другое критическое замечание в отношении статьи 21 состояло в том, что нет никаких оснований ограничивать сферу ее применения режимом, предусмотренным двусторонними инвестиционными договорами. Так, например, существуют другие специальные режимы в рамках договоров, которые исключают правило об исчерпании внутренних средств правовой защиты, режимы, которые охватывают нормы в области прав человека, а также режимы, которые могут дополнять или заменять дипломатическую защиту. В связи с этим он обратил внимание на предложение о том, что статью следует сформулировать в качестве общего положения, с тем чтобы переместить ее в конец проектов статей. Вместе с тем он хотел бы предостеречь против применения такого подхода, поскольку это может способствовать укреплению точки зрения, согласно которой какой-либо договор в области прав человека может исключать применение режима дипломатической защиты, тогда как на деле именно дипломатическая защита может предложить более эффективный набор правовых гарантий. Специальный докладчик считает, что для целей обеспечения максимальной защиты прав индивида, последний должен иметь возможность прибегать к любым режимам защиты прав.

138. По размышлении и с учетом высказанных в ходе дискуссии озабоченностей Специальный докладчик предложил Комиссии рассмотреть возможность исключения из текста статьи 21 и урегулировать обсуждаемый вопрос в комментарии.

139. Однако Комиссия постановила передать соответствующее положение Редакционному комитету, с тем чтобы оно было сформулировано и помещено в конец проектов статей, например, в качестве клаузулы "без ущерба".

6. Статья 22[85]

a) *Вступительное слово Специального докладчика*

140. *Специальный* докладчик пояснил, что цель статьи 22 заключается в применении норм, разработанных в отношении корпораций, по отношению к другим юридическим лицам, допуская возможность производства изменений в случае других юридических лиц в зависимости от их различных структур, целей и характера. Специальный докладчик отметил, что такие другие юридические лица также могут требовать дипломатической защиты. В целом ряде решений ППМП подчеркивался тот факт, что другие институты могут обладать правосубъектностью, что может обусловливать дипломатическую защиту. Так, например, ничто не препятствует государству обеспечивать защиту университета, если последнему был причинен вред за рубежом, при условии, что он является полностью частным. В случае причинения вреда университету, финансируемому или контролируемому государством, такой вред будет являться вредом, непосредственно причиненным государству. Он далее сослался на пример фондов и неправительственных организаций, которые все шире участвуют в филантропической деятельности за рубежом в области здравоохранения, социального обеспечения, прав человека, прав женщин и т.д. По его мнению, такие фонды и неправительственные организации (несмотря на то, что некоторые специалисты придерживаются иной точки зрения) должны обеспечиваться защитой за рубежом.

141. Он отметил, что не представляется возможным разрабатывать статьи, касающиеся дипломатической

---

[85] Статья 22, предложенная Специальным докладчиком в его четвертом докладе, гласит:

Статья 22. Юридические лица

Принципы, содержащиеся в статьях 17–21 и касающиеся корпораций, применяются mutatis mutandis по отношению к другим юридическим лицам.

защиты каждого типа юридического лица, помимо корпораций. Трудность заключается в том, что среди различных правовых систем отсутствует какая-либо последовательность или единообразность в том, что касается создания юридического лица в соответствии с законом, что приводит к появлению широкого диапазона юридических лиц, обладающих различными характерными особенностями, включая корпорации, публичные предприятия, университеты, школы, фонды, церкви, муниципалитеты, некоммерческие ассоциации, неправительственные организации и даже, в некоторых странах, товарищества. Невозможность выявления общих или единообразных черт всех этих юридических лиц служит одним из объяснений того обстоятельства, что специалисты как в области публичного, так и частного международного права имеют тенденцию ограничивать рассмотрение этого вопроса корпорациями. Другая причина заключается в том, что именно корпорация занимается международной торговлей и иностранными инвестициями, вследствие чего большинство примеров юридической практики в данной области касается инвестиционных споров корпораций, а не других юридических лиц. Сложность данного вопроса иллюстрируется примером товарищества: в большинстве правовых систем, в особенности в системах общего права, товарищества не являются юридическими лицами. Однако в некоторых странах товарищества наделены статусом юридического лица. Поэтому товарищество может считаться юридическим лицом в одном государстве и не считаться таковым в другом.

142. В этих условиях единственный возможный путь заключается в том, чтобы сосредоточить основное внимание на корпорации, а затем включить общее положение по типу положения в статье 22, которое распространяет данный принцип, разработанный в отношении корпораций, mutatis mutandis по отношению к другим юридическим лицам. Он далее отметил, что большинство случаев, касающихся дипломатической защиты юридических лиц, помимо корпораций, будет охватываться проектами статей 17 и 20 и что статьи 18 и 19, касающиеся случаев защиты акционеров, не будут применяться по отношению к другим юридическим лицам, помимо корпораций.

b) *Краткое изложение прений*

143. Было поддержано мнение о невозможности дальнейшей разработки статей, касающихся дипломатической защиты, по отношению к каждому типу юридического лица. Главная трудность такого подхода заключается в бесконечном многообразии тех форм, которые могут принимать юридические лица в зависимости от внутреннего законодательства государств. Была также выражена точка зрения о том, что было бы целесообразно сохранить такое положение, отметив, что такие случаи, сколь бы редки они ни были, все же существуют, о чем свидетельствует дело *Peter Pázmány University*[86].

144. Хотя включение выражения mutatis mutandis, как это широко принято в юридическом языке, было поддержано, было также высказано мнение о том, что это не решит полностью существующей проблемы. Было отмечено, что трудность заключается в том, что это мало способствует прояснению обстоятельств, которые возникнут вследствие применения иной нормы, а также мало что скажет о содержании этой иной нормы, то есть что именно послужит побудительным мотивом для изменений и какими будут эти изменения. Поэтому предпочтение было отдано позитивной норме, касающейся других юридических лиц, помимо корпораций, которая основывалась бы на анализе практики государств. Была предложена следующая формулировка: "Государство, имеющее право осуществлять дипломатическую защиту юридического лица, помимо корпорации, является государством, в соответствии с законодательством которого создается юридическое лицо при условии, что правление расположено или регистрация имеет место на территории этого же государства".

145. Другое предложение заключалось в том, что в текст следует включить требование о взаимном признании правосубъектности того или иного образования соответствующими государствами. Другие участники дискуссии утверждали, что в данном случае важным является лишь признание со стороны государства, предъявляющего требование в отношении дипломатической защиты, поскольку, если согласиться с тем, что взаимное признание необходимо, государство, которое не признает некоторые образования, например неправительственные организации, получит в этом случае беспрепятственную возможность действовать в их отношении по своему усмотрению. Было отмечено, что требование о таком взаимном признании не было включено в контекст, касающийся корпораций. Согласно другой точке зрения, особенностью любого юридического лица является атрибут носителя прав и обязанностей. Если во внутреннем праве то или иное образование получает статус юридического лица, это будет являться достаточным для международного правопорядка, который должен будет принимать это во внимание для целей дипломатической защиты. Другие участники дискуссии предложили, что, возможно, государство должно по своему усмотрению определять, хочет ли оно осуществлять дипломатическую защиту в отношении юридического лица или нет.

146. Некоторые члены Комиссии выразили обеспокоенность по поводу использования дипломатической защиты государствами в интересах других юридических лиц, помимо корпораций, например неправительственных организаций, создание и функционирование которых обычно регулируется внутренним правом этих государств. Они напомнили о том, что акт осуществления дипломатической защиты является прежде всего политическим решением, и при этом было указано, что существует возможность того, что государство может склоняться к поддержке юридического лица, учрежденного на его территории, против другого государства, с которым оно не поддерживает дружеских отношений. В связи с этим было высказано предложение об уточне-

[86] *Appeal from a Judgment of the Hungaro/Czechoslovak Mixed Arbitral Tribunal (The Peter Pázmány University), Judgment, 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 61*, p. 208.

нии содержащейся в статье 22 формулировки, в которой следует указать, могут ли неправительственные организации пользоваться такой защитой или нет. Было поддержано мнение о том, что в большинстве случаев неправительственные организации не имеют достаточных связей с государством регистрации, с тем чтобы такое государство предоставляло им дипломатическую защиту. Ряд других членов Комиссии выразили мнение о том, что дипломатическая защита распространяется на всех других юридических лиц, включая неправительственные организации, и что в любом случае государствам принадлежит дискреционное право защищать своих физических и юридических лиц.

147. Другие участники дискуссии выразили сомнение в отношении необходимости включения такого положения, поскольку пока еще не существует достаточного юридического материала, включая данные о практике государств, для выработки проектов норм о дипломатической защите других юридических лиц, помимо корпораций. Была также выражена обеспокоенность тем, что статья 22 затрагивает гораздо более сложные вопросы, чем это кажется на первый взгляд, и что уподобление таких других юридических лиц корпорациям и акционерам является весьма непростым вопросом. Было предложено, чтобы данный вопрос был вместо этого проработан в рамках отдельного исследования.

148. Высказывались предложения, в которых отмечалось, что ссылка на статьи 17–21 является неточной, поскольку в данном случае статьи 18 и 19 не применяются. Вместо этого в данном положении следует просто указать "в статьях 17 и 20". Кроме того, эту статью можно было бы назвать "другие юридические лица". Некоторые участники дискуссии оспорили необходимость ссылки на "принципы".

c) *Заключительные замечания Специального докладчика*

149. Специальный докладчик отметил, что Комиссия располагает незначительным количеством примеров практики государств, касающейся обстоятельств, при которых государство могло бы обеспечивать защиту других юридических лиц, помимо корпораций. Корпорации являются юридическими лицами, которые чаще всего занимаются международной торговлей и по этой причине чаще всего фигурируют в международных судебных спорах. Вопрос заключается в том, что делать с ситуацией, когда примеров практики государств не достаточно или их нет вовсе, но когда в то же время существует реальная необходимость рассмотрения вопроса о других юридических лицах, помимо корпораций, в проектах статей. Он напомнил, что в ходе обсуждения вопроса о защите корпораций некоторые члены Комиссии затронули вопрос о защите других юридических лиц. Аналогичные вопросы возникнут в Шестом комитете и в рамках международного правового сообщества, если в проекты статей не будет включено соответствующее положение. По его мнению, вряд ли разумно избегать рассмотрения этого вопроса лишь в силу недостаточности примеров практики государств. Соответствующее положение по данной теме должно быть включено либо в силу того, что оно касается общего принципа, аналогичного тому, который фигурирует в деле о компании *Barcelona Traction*[87], либо в силу того, что оно может использоваться в качестве аналогии или в рамках прогрессивного развития.

150. Специальный докладчик отметил, что многие члены Комиссии выразили определенные сомнения в отношении неправительственных организаций. Он пояснил, что сам не намеревался рассматривать статус таких образований в проектах статей. Его идея заключалась лишь в признании того, что, если проблема существует, то следует обратиться к принципам дипломатической защиты корпораций и применять их mutatis mutandis. Он отметил, что с учетом ряда предложений редакционного характера большинство членов Комиссии, как представляется, поддерживают его подход, равно как и включение выражения mutatis mutandis.

151. Таким образом, Комиссии было предложено передать этот проект статей Редакционному комитету с целью выработки гибкого положения, которое позволяло бы учитывать примеры практики в осуществлении дипломатической защиты других юридических лиц.

C. Тексты проектов статей о дипломатической защите, принятые Комиссией до настоящего времени в предварительном порядке

1. Тексты проектов статей

152. Ниже воспроизводятся тексты проектов статей, принятые Комиссией до настоящего времени в предварительном порядке.

ДИПЛОМАТИЧЕСКАЯ ЗАЩИТА

Часть первая

ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 1. Определение и сфера применения

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

2. Дипломатическая защита может осуществляться в отношении негражданина в соответствии со статьей 7 [8][88].

Статья 2 [3][89]. Право осуществлять дипломатическую защиту

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

---

[87] См. сноску 72, выше.

[88] Этот пункт будет пересмотрен, если в проектах статей будут предусмотрены другие исключения. Комментарий см. в *Ежегоднике.., 2002 год,* том II (часть вторая), пункт 281.

[89] Цифры в квадратных скобках являются номерами статей, предложенными Специальным докладчиком. Комментарий см. в *Ежегоднике.., 2002 год,* том II (сноска 88, выше).

ЧАСТЬ ВТОРАЯ

ФИЗИЧЕСКИЕ ЛИЦА

Статья 3 [5][90]. Государство гражданства

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

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

Статья 4 [9][91]. 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. Вне зависимости от пункта 1 государство может осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица, являющегося его гражданином в день официального предъявления требования, но не являвшегося его гражданином на момент причинения вреда, при условии, что это лицо утратило свое прежнее гражданство и приобрело по причине, не имеющей отношения к предъявлению требования, гражданство этого государства каким-либо образом, не противоречащим международному праву.

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

Статья 5 [7][92]. 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 6[93]. Множественное гражданство и требование, предъявляемое государству гражданства

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

Статья 7 [8][94]. 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.

Статья 8 [10][95]. Исчерпание внутренних средств правовой защиты

1. Государство не может выдвигать международное требование в связи с причинением вреда гражданину или другому лицу, упомянутому в статье 7 [8][96], до того как потерпевшее лицо с учетом статьи 10 [14] исчерпало все внутренние средства правовой защиты.

2. "Внутренние средства правовой защиты" означают средства правовой защиты, которые по праву доступны потерпевшему лицу в судах или административных судах или органах власти, будь то обычных или специальных, предположительно несущего ответственность государства.

Статья 9 [11][97]. Категория требований

Внутренние средства правовой защиты должны быть исчерпаны, если международное требование или ходатайство о вынесении декларативного решения, связанного с этим требованием, выдвигается преимущественно на основе вреда, причиненного гражданину или другому лицу, упомянутому в статье 7 [8][98].

Статья 10 [14][99]. 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 обстоятельства дела иным образом делают исчерпание внутренних средств правовой защиты неразумным;

---

[90] Статья 3 [5] будет рассмотрена вновь в связи с обсуждением в Комиссии вопроса о дипломатической защите юридических лиц. Комментарий см. в *Ежегоднике.., 2002 год,* (сноска 88, выше).

[91] Комментарий см. в *Ежегоднике.., 2002 год,* (сноска 88, выше).

[92] Там же.

[93] Там же.

[94] Там же.

[95] Статьи 8 [10], 9 [11] и 10 [14] подлежат включению в будущую часть четвертую, которая будет озаглавлена "Внутренние средства правовой защиты", и их нумерация будет изменена. Комментарий см. в пункте 153, ниже.

[96] Возможность включения перекрестной ссылки на статью 7 [8] будет рассмотрена дополнительно, если в проектах статей будут предусмотрены другие исключения из правила о гражданстве. Комментарий см. в пункте 153, ниже.

[97] См. сноску 95, выше.

[98] См. сноску 96, выше.

[99] См. сноску 95, выше.

d) государство, предположительно несущее ответственность, отказалось от требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты[100].

2. Тексты проектов статей с комментариями к ним, принятые на пятьдесят пятой сессии Комиссии

153. Ниже воспроизводятся тексты проектов статей 8 [10], 9 [11], и 10 [14] с комментариями к ним, принятые Комиссией на ее пятьдесят пятой сессии.

Статья 8 [10][101]. *Исчерпание внутренних средств правовой защиты*

1. Государство не может выдвигать международное требование в связи с причинением вреда гражданину или другому лицу, упомянутому в статье 7 [8][102], до того как потерпевшее лицо с учетом статьи 10 [14] исчерпало все внутренние средства правовой защиты.

2. "Внутренние средства правовой защиты" означают средства правовой защиты, которые по праву доступны потерпевшему лицу в судах или административных судах или органах власти, будь то обычных или специальных, предположительно несущего ответственность государства.

Комментарий

1) Статья 8 преследует цель кодификации нормы международного обычного права, требующей исчерпания внутренних средств правовой защиты в качестве предварительного условия предъявления международного требования. Эта норма была признана МС в деле *Interhandel* в качестве "давно установившейся нормы международного обычного права"[103] и камерой Суда в деле *ELSI* в качестве “важного принципа международного обычного права”[104]. 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”[105]. Комиссия международного права 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[106].

2) Исчерпание внутренних средств правовой защиты требуется как от физических, так и от юридических лиц. Иностранная компания, финансируемая частично или преимущественно за счет публичного 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 7[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 10[14], где указаны исключительные обстоятельства, при которых не возникает необходимости в исчерпании внутренних средств правовой защиты. Было предложено сослаться в этом положении на необходимость исчерпания только "достаточных и эффективных" внутренних средств. Этому предложению не последовали 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[107], 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 разными в разных государствах. Поэтому никакие усилия по ко-

[100] Подпункт *d* может быть пересмотрен в будущем с целью переноса в отдельное положение, озаглавленное "Отказ". Комментарий см. в пункте 153, ниже.

[101] См. сноску 95, выше.

[102] См. сноску 96, выше.

[103] *Interhandel, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1959*, p. 27.

[104] *I.C.J. Reports 1989* (см. сноску 73, выше), p. 42, para. 50.

[105] См. сноску 103, выше.

[106] См. статью 22 проекта статей об ответственности государств, принятых Комиссией в предварительном порядке в первом чтении. *Ежегодник.., 1996 год,* том II (часть вторая), глава III, раздел D, стр. 76 (проект статьи 22 был принят Комиссией на ее двадцать девятой сессии, и соответствующие текст и комментарий воспроизводятся в *Ежегоднике..,* 1977 год, том II (часть вторая), стр. 34); см. также статью 44 проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, принятых Комиссией на ее пятьдесят третьей сессии, *Ежегодник.., 2001 год* (сноска 6, выше), комментарий к этой статье содержится на стр. 147 и 148.

[107] Вопрос о бремени доказывания был рассмотрен Специальным докладчиком в его третьем докладе о дипломатической защите (см. сноску 69, выше), пункты 102-118. Комиссия решила не включать проект статьи по этому вопросу (*Ежегодник.., 2002 год,* том II (часть вторая), пункты 240–252). См. также дело *ELSI* (сноска 73, выше) pp. 46–48, paras. 59-63.

дификации 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[108]. 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. Суды в связи с этим 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"[109]. Также должны быть исчерпаны административные средства защиты. Однако потерпевший иностранец обязан исчерпать только те средства защиты, которые существуют по праву и которые могут вести к принятию юридически обязательного решения в соответствии с максимой ubi jus ibi remedium. 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[110], или средства защиты, "цель которых заключается в том, чтобы добиться одолжения, а не защиты права"[111].

6) С тем чтобы заложить удовлетворительную основу для международного требования на основании исчерпания внутренних средств правовой защиты, иностранный истец должен представить во время внутреннего судопроизводства все 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[112]. Этот критерий представляется более предпочтительным, нежели более строгий критерий, провозглашенный в арбитражном решении по делу *Finnish Ships Arbitration*, согласно которому:

> все утверждения по вопросам факта и права, которые выдвинуты предъявившим требование правительством … до этого должны быть исследованы и оценены внутригосударственными судами[113].

7) Иностранный истец должен, поэтому, представить имеющиеся у него доказательства в обоснование существа своего требования в процессе исчерпания внутренних средств правовой защиты[114]. Он не может пользоваться международным средством, обеспечиваемым дипломатической защитой, чтобы компенсировать упущения при подготовке или представлении своего иска на внутригосударственном уровне[115].

Статья 9 [11][116]. *Категория требований*

Внутренние средства правовой защиты должны быть исчерпаны, если международное требование или ходатайство о вынесении декларативного решения, связанного с этим требованием, выдвигается преимущественно на основе вреда, причиненного гражданину или другому лицу, упомянутому в статье 7 [8][117]**.**

Комментарий

1) Норма об исчерпании внутренних средств правовой защиты применяется лишь в случаях, когда государству-истцу вред причинен "косвенно", то есть через его гражданина[118]. 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 оно содержит элементы вреда как государству, так и гражданам этого государства. Многие споры, рассматривавшиеся в международных

---

[108] В деле *Ambatielos* арбитражный трибунал заявил, что "вся система правовой защиты, предусмотренная внутригосударственным правом, должна была быть подвергнута критическому анализу" (award 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* (Cambridge, Grotius, 1990).

[109] *B. Schouw Nielsen v. Denmark*, application no. 343/57, decision of 2 September 1959, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1958–1959, p. 438 [касательно встречного удовлетворения Института международного права в его резолюции 1954 года (*Annuaire de l'Institut de droit international* (1956), vol. 46, p. 364)]. См. также дело *Lawless*, application No. 332/57, decision of 30 August 1958, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1958-1959, p. 308 at pp. 318–322.

[110] Claim of Finnish Shipowners against Great Britain in respect of the use of certain Finnish vessels during the war, decision of 9 May 1934, UNRIAA, vol. III (Sales No. 1949.V.2), p. 1479.

[111] *De Becker* v. *Belgium*, application No. 214/56, decision of 9 June 1958, *Yearbook of the European Convention on Human Rights, 1958–1959*, p. 238.

[112] *I.C.J. Reports 1989* (см. сноску 73, выше), p. 46, para. 59.

[113] UNRIAA (см. сноску 110, выше), p. 1502.

[114] *Ambatielos* (см. сноску 108, выше).

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

[116] См. сноску 95, выше.

[117] См. сноску 96, выше.

[118] Это согласуется с принципом, сформулированным ППМП в деле *Mavrommatis*, 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" (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, PCIJ, Series A, No.* 2, p. 12).

судах, являются примером смешанного требования. В деле *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*[119] имело место прямое нарушение Ираном обязанности перед Соединенными Штатами 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*[120] 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* Суд расценил 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 Швейцария 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 компании *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 следующее:

> [у] камеры нет сомнений в том, что требование Соединенных Штатов, в целом, "окрашено и пропитано" предполагаемым ущербом корпорациям "Райтеон" и "Мачлетт" [корпорации Соединенных Штатов][121].

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 ущерба, если бы оно не было требованием от имени потерпевшего гражданина. 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 ущербе гражданину, то это свидетельствует о том, что оно не выдвигалось бы, если бы гражданину 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 бы требование или нет, если бы гражданину 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[122] или государственного имущества[123], то требование обычно будет прямым, а если государство добивается от имени своего гражданина денежного возмещения, то требование будет косвенным.

5) В статье 9 [11] ясно сказано, что внутренние средства правовой защиты необходимо исчерпать не только в отношении международного требования, но и в отношении ходатайства о вынесении декларативного решения, выдвинутого преимущественно на основе ущерба гражданину. Хотя и можно привести подтверждения в поддержку мнения о том, что, когда государство не выдвигает требования о возмещении ущерба пострадавшему гражданину, а просто ходатайствует о вынесении решения о толковании и применении договора, необходимость в исчерпании внутренних средств правовой защиты отсутствует[124], но существуют случаи, при которых от государств требовалось исчерпание внутренних средств правовой защиты, когда они ходатайствовали о вынесении декларативного решения, связанного с толкованием и применением договора, который, как утверждалось, был нарушен государством-ответчиком в результате незаконного обращения с гражданином[125]. Статья 9 [11] ясно дает понять, что ходатайство о вынесении декларативного решения само по себе не освобождает государство от необходимости соблюдения нормы об исчерпании внутренних средств правовой защиты. Когда ходатайство о вынесении декларативного решения является второстепенным по отношению к требованию о возмещении ущерба гражданину или связано с ним – *независимо от того, увязывается ли ходатайство с требованием о компенсации или реституции в пользу пострадавшего гражданина или нет*, – трибунал все же может признавать, что с учетом всех обстоятельств дела ходатайство о вынесении декларативного решения преимущественно подано на основе ущерба гражданину. Такое решение было бы справедливым и разумным, когда ясно, что государство-истец умышленно просит вынести декларативное решение, с тем чтобы избежать необходимости соблюдения нормы о внутренних средствах правовой защиты.

---

[119] *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980*, p. 3.

[120] См. сноску 103, выше.

[121] *I.C.J. Reports 1989* (см. сноску 73, выше), p. 43, para. 52. См. также дело *Interhandel* (сноска 103, выше), p. 28.

[122] Дело *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (см. сноску 119, выше).

[123] *Corfu Channel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 4.

[124] Case concerning the Air Service Agreement between the United States of America and France, decision of 9 December 1978 (UNRIAA, vol. XVIII (Sales No. E/F.80.V.7), p. 415); *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 29, para. 41.

[125] См. *Interhandel*, (сноска 103, выше), pp. 28-29; и *ELSI* (сноска 73, выше), p. 43.

Статья 10 [14][126]. 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 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[127].**

Комментарий

1) Статья 10 [14] касается исключений из правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты. Подпункты *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. Подпункт *d* касается иной ситуации, которая возникает, если государство-ответчик отказалось от требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты. Поскольку речь идет об исключении иного характера, чем те, которые перечисляются в подпунктах *a–c*, возможно, на более позднем этапе будет необходимо оговорить эту ситуацию в отдельном положении[128].

Подпункт a

2) Подпункт 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:

a) внутренние средства правовой защиты явно бесполезны;

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

c) 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*[129], 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 [130], 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 *Certain Norwegian Loans*[131] и находит поддержку в трудах юристов[132]. 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[133]; национальное законодательство, оправдывающее деяние, по поводу которого жалуется иностранец, не будет рассматриваться внутренними

[126] См. сноску 95, выше.

[127] См. сноску 100, выше.

[128] Там же.

[129] UNRIAA (см. сноску 110, выше), p. 1504.

[130] *Retimag S.A.* v. *Federal Republic of Germany*, application No. 712/60, decision of 16 December 1961, *Yearbook of the European Convention on Human Rights, 1961*, p. 385 at p. 400; *X, Y and Z* v. *the United Kingdom*, application Nos. 8022/77 and 8027/77, decision of 8 December 1979, *European Commission of Human Rights, Decisions and Reports*, vol. 18, p. 66 at p. 74. См. также пункт 48 комментария к статье 22 проекта статей об ответственности государств, принятого Комиссией на ее двадцать девятой сессии, *Ежегодник ...* 1977 год (сноска 106, выше), стр. 55.

[131] *Certain Norwegian Loans, Judgment, I.C.J. Reports, 1957*, p. 9 at p. 39.

[132] См. третий доклад о дипломатической защите (сноска 69, выше), пункт 35.

[133] *Panevezys-Saldutiskis Railway, Judgment, 1939 P.C.I.J. Series A/B, No. 76*, p. 4 at p. 18; *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, AJIL, vol. 28 (1934), p. 760 at p. 789; claims of Rosa Gelbtrunk, award of 2 May 1902, and the "Salvador Commercial Coompany" (“El Triunfo Company”), award of 8 May 1902, *UNRIAA*, vol. XV (Sales No. 1966.V.3), p. 455 at pp. 467–479; *The Lotti May Incident* arbitration between Honduras and the United Kingdom, arbitral award of 18 April 1899, ibid., p. 29 at p. 31; особое мнение судьи Лаутерпахта по делу *Certain Norwegian Loans* (см. сноску 131, выше), pp. 39–40; и *Finnish Ships Arbitration* (см. сноску 110, выше), p. 1535.

судами[134]; отсутствие независимости внутренних судов является общеизвестным фактом[135]; существует последовательная и хорошо прослеживаемая серия прецедентов, неблагоприятных для иностранцев[136]; суды государства не компетентны предоставлять соответствующую и достаточную правовую защиту иностранцу[137]; или государство-ответчик не имеет надлежащей системы судебной защиты[138].

4) Вопрос о том, обеспечивают или не обеспечивают внутренние средства правовой защиты разумную возможность эффективного возмещения, должен решаться с учетом внутригосударственного права и обстоятельств на тот момент времени, когда они должны использоваться. Этот вопрос должен решаться компетентным международным трибуналом, 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 основательным[139].

Подпункт 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[140], договорами в области прав человека и практикой[141], судебными решениями[142] 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*:

"Комиссия не будет пытаться с точностью установить, 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"[143].

6) Подпункт *b* ясно дает понять, что задержка в процессе осуществления правовой защиты присваивается государству, предположительно несущему ответственность за причинение ущерба 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.

Подпункт c

7) Исключение из нормы, касающейся исчерпания внутренних средств правовой защиты в статье 10 [14] *a*, согласно которому не требуется исчерпания внутренних средств правовой защиты, когда “внутренние средства правовой защиты не дают никакой разумной возможности эффективного возмещения”, не охватывает ситуа-

---

[134] *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly* (см. сноску 133, выше). См. также дела *Affaire des Forêts du Rhodope Central (fond)*, decision of 29 March 1933, *UNRIAA*, vol. III (Sales No. 1949.V.2), p. 1405; *Ambatielos* (сноска 108, выше), p. 119; и *Interhandel* (сноска 103, выше), p. 28.

[135] Дела *Robert E. Brown (United States)* v. *Great Britain*, arbitral award of 23 November 1923, *UNRIAA*, vol. VI (Sales No. 1955.V.3), p. 120; и *Vélasquez Rodríguez* v. *Honduras Case*, Inter-American Court of Human Rights, Judgement of 29 July 1988, Series C No. 4 (см. также ILM, vol. 28 (1989), p. 291 at pp. 304–309.

[136] Дела *Panevezys-Saldutiskis Railway* (сноска 133, выше); *S.S.* "*Lisman*", award of 5 October 1937, 3 *UNRIAA*, vol. III (Sales No. 1949.V.2), p. 1767 at p. 1773; *S.S.* "*Seguranca*", award of 27 September 1939, *ibid.*, p. 1861 at p. 1868; *Finnish Ships Arbitration*, (см. сноску 110, выше), at p. 1495; *X.* v. *Federal Republic of Germany*, application No. 27/55, decision of 31 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, *Yearbook of the European Convention on Human Rights, 1958–1959*, p. 342 at p. 344; и *X* v. *Austria*, application No. 514/59, decision of 5 January 1960, *ibid., 1960*, p. 196 at p. 202.

[137] Дела *Finnish Ships Arbitration* (см. сноску 110, выше), pp. 1496-1497; *Vélasquez Rodríguez* (сноска 135, выше); *Yağci and Sargin* v. *Turkey*, judgment of 8 June 1995, European Court of Human Rights, *Series A: Judgments and Decisions*, vol. 319, p. 3 at p. 17, para. 42; *Hornsby* v. *Greece*, judgment of 19 March 1997, ibid., *Reports of Judgments and Decisions, 1997–II*, No. 33, p. 495 at p. 509, para. 37.

[138] *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. resolution No. 01a/88 of 12 September 1988, case 9755: Chile, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, 1987–1988*, pp. 132–139).

[139] Дела *Finnish Ships Arbitration* (см. сноску 110, выше), p. 1504; и *Ambatielos* (см. сноску 108, выше), pp. 119-120.

[140] См. обсуждение первых попыток кодификации Ф.В. Гарсия-Амадором, Специальным докладчиком, в его первом докладе об ответственности государств, *Ежегодник.., 1956 год*, том II, документ A/CN.4/96, приложение 2, стр. 223–226 англ. текста; и пункт 2 статьи 19 подготовленного Гарвардской школой права проекта конвенции о международной ответственности государств за ущерб иностранцам, который воспроизводится в AJIL, vol. 55, No. 3 (July 1961) p. 545 at p. 577.

[141] Международный пакт о гражданских и политических правах (статья 41, пункт 1 *c*); Американская конвенция о правах человека: "Пакт Сан-Хосе, Коста-Рика" (статья 46, пункт 2 *c*; *Weinberger* v. *Uruguay*, Communication No. 28/1978, Human Rights Committee, *Selected Decisions under the Optional Protocol* (second to sixteenth sessions) (United Nations publication, Sales No. E.84.XIV.2), 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, p. 64, para. 38; and *Erdoğan* v. *Turkey*, application No. 19807/92, decision of 16 January 1996, European Commission of Human Rights, *Decisions and Reports*, vol. 84–A, p. 5 at p. 15.

[142] Дело *El Oro Mining and Railway Company (Ltd.) (Great Britain)* v. *United Mexican States*, decision No. 55 of 18 June 1931, UNRIAA, vol. V (Sales No. 1952.V.3), p. 191 at p. 198. См. также дело *Prince von Pless Administration, Order of 4 February 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 52*, p. 11 at p. 16.

[143] См. сноску 142, выше.

ции, 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 потерпевшего 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 чинит серьезные препятствия для использования внутренних средств правовой защиты. В таких ситуациях предполагалось, что нет необходимости в исчерпании внутренних средств правовой защиты при отсутствии добровольной связи или территориальной связи между потерпевшим физическим лицом 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, когда требовалось исчерпание внутренних средств правовой защиты, наличествовала какая-то связь между потерпевшим лицом и государством-ответчиком, например добровольное физическое присутствие, проживание, владение собственностью или договорные отношения с государством-ответчиком[144]. Приверженцы этого мнения считают, что характер дипломатической защиты и нормы, касающейся внутренних средств правовой защиты, в последнее время претерпел значительные изменения. 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 27 July 1955*[145], в ходе которого Болгария сбила самолет компании "Эль-Ал", который случайно вошел в ее воздушное пространство). 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*[146] и *Salem*[147], в других делах[148] трибуналы подтверждали применимость правила о внутренних средствах правовой защиты, несмотря на отсутствие добровольной связи между потерпевшим иностранцем и государством-ответчиком. В деле *Certain Norwegian Loans*[149] и деле *Aerial Incident of 27 July 1955*[150] 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. По делу *Trail Smelter*[151], касавшемуся трансграничного загрязнения, при котором не было никакой добровольной связи или территориальной связи, Канада не настаивала на исчерпании внутренних средств правовой защиты. Это дело и другие дела[152], 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. Отсутствие настойчивости в применении правила о внутренних средствах правовой защиты в этих делах может, вместе с тем, быть объяснено

---

[144] См. Amerasinghe, *op. cit.* (сноска 108, выше), p. 138; и T. Meron, "The incidence of the rule of exhaustion of local remedies", BYBIL, 1959, vol. 35, p. 83 at p. 94.

[145] *I.C.J. Pleadings, Aerial Incident of 27 July 1955* (Israel *v.* Bulgaria), p. 127.

[146] Здесь МС заявил: "было сочтено необходимым, чтобы *государство, в котором имело место нарушение**, также имело возможность устранить его своими собственными средствами" (см. сноску 103, выше).

[147] В этом деле арбитражный трибунал заявил, что, "[к]ак правило, иностранец должен признавать применимость к нему решений органов правосудия страны, которую он избрал в качестве своего местожительства" (*Salem* case, award of 8 June 1932, *UNRIAA*, vol. II (Sales No. 1949.V.1), p. 1202).

[148] Дела *Finnish Ships Arbitration* (см. сноску 110, выше); и *Ambatielos* (см. сноску 108, выше).

[149] *I.C.J. Pleadings, Certain Norwegian Loans*, Vol. I (France *v.* Norway), аргументация Франции, p. 408.

[150] *I.C.J. Pleadings* (см. сноску 145, выше), аргументация г-на Розена (Израиль), pp. 531–532.

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

[152] Дело *Virginius*, 1873 год, изложено в J. B. Moore, *A Digest of International Law* (Washington, D.C, Government Printing Office, 1906), vol. II, p. 895 at p. 903; и дело *Jessie*, изложено в AJIL, vol. 16 (1922), pp. 114–116.

как пример прямого вреда, при котором нет необходимости исчерпывать внутренние средства правовой защиты, или тем, 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 потерпевшего, а не отсутствие объективно устанавливаемой связи между отдельным лицом и принимающим государством. Кроме того, было бы трудно доказать подобный субъективный критерий на практике. Поэтому Комиссия решила требовать существования "относящейся к делу связи" между потерпевшим иностранцем 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 потерпевшего, 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 потерпевшим иностранцем и принимающим государством в контексте ущерба, с тем чтобы установить, имело ли место такое принятие риска со стороны потерпевшего иностранца.

11) Вторая часть подпункта *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 потерпевшему иностранцу 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.

Подпункт d

12) Государство может быть готово отказаться от требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты. Поскольку цель этой нормы 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, норма, которая требует предварительного исчерпания внутригосударственных средств правовой защиты, предназначена во благо государства, поскольку эта норма направлена 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[153].

13) Отказ требовать исчерпания внутренних средств правовой защиты может принимать многообразные 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 имплицитным; 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 Конвенции.

В целом существует согласие относительно того, что прямо выраженные отказы, будь то в соглашении между государствами или в договоре между государством и

---

[153] Дело *Viviana Gallardo* et al., Inter-American Court of Human Rights, decision of 13 November 1981, No. G 101/81, *Series A: Judgments and Opinions*, p. 88; и ILR, vol. 67 (1984), p. 587, para. 26. См.также дело *ELSI* (сноска 73, выше), p. 42, para. 50; и дела *De Wilde, Ooms and Versyp* v. *Belgium* (“Vagrancy Cases”), European Court of Human Rights, judgment of 18 June 1971, *Series A: Judgments and Decisions*, p. 12 (и ILR, vol. 56 (1980), p. 337 at p. 370, para. 55).

иностранцем, безотзывны, даже если договор регулируется правом принимающего государства[154].

15) Отказ от внутренних средств правовой защиты не может быть сугубо имплицитным. В деле *ELSI* камера МС в связи с этим 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[155].

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[156] 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 тех случаях, когда государство-ответчик согласно передавать споры, которые могут возникнуть в будущем с государством-заявителем, в 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, когда одно из договаривающихся государств поддерживает иск своего гражданина"[157]. Тот факт, что существует обоснованная презумпция отсутствия имплицитного или молчаливого отказа в таком случае, был подтвержден камерой МС в деле *ELSI*[158]. 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[159], но 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.

---

[154] См. дела *Viviana Gallardo* et al. и *De Wilde, Ooms and Versyp* v. *Belgium* (сноска 153, выше).

[155] *I.C.J. Reports 1989* (см. сноску 73, выше), p. 42, para. 50.

[156] См., например, *Steiner and Gross* v. *Polish State*, case No. 322 (30 March 1928), A. D. McNair and H. Lauterpacht, eds., *Annual Digest of Public International Law Cases: Years 1927 and 1928* (London, Longmans, Green and Co., 1931), p. 472; и *American International Group, Inc.* v. *The Islamic Republic of Iran*, award No. 93–2–3 of 19 December 1983, Iran-U.S. C.T.R. (Cambridge, Grotius, 1985), vol. 4, p. 96.

[157] F.A. Mann, "State contracts and international arbitration", BYBIL, *1967*, vol. 42, p. 32.

[158] См. сноску 73, выше. В деле *Panevezys-Saldutiskis Railway* ППМП постановила, что принятие факультативного положения в соответствии с пунктом 2 статьи 36 Статута Международного Суда не подразумевает отказа от применения нормы об исчерпании внутренних средств правовой защиты (см. сноску 133, выше).

[159] См. дела *ELSI* (сноска 73, выше), p. 44, para. 54; *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges*, award of 30 November 1992, ILR, vol. 102 (1996), p. 216, at p. 285, para. 6.33; и *Foti and Others* (1982), ibid., vol. 71 (1986), p. 366 at p. 380, para. 46.

Глава VI

МЕЖДУНАРОДНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА ВРЕДНЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ ДЕЙСТВИЙ, НЕ ЗАПРЕЩЕННЫХ МЕЖДУНАРОДНЫМ ПРАВОМ (МЕЖДУНАРОДНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ В СЛУЧАЕ УЩЕРБА ОТ ТРАНСГРАНИЧНОГО ВРЕДА, ПРИЧИНЕННОГО В РЕЗУЛЬТАТЕ ОПАСНЫХ ВИДОВ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ)

A. Введение

154. Тему "Международная ответственность за вредные последствия действий, не запрещенных международным правом" Комиссия включила в свою программу работы на своей тридцатой сессии в 1978 году, назначив Специальным докладчиком г-на Роберта К. Квентин-Бакстера[160].

155. В период с тридцать второй (1980 год) по тридцать шестую сессию (1984 год) Комиссия получила и рассмотрела пять докладов Специального докладчика[161]. В этих докладах была предприняла попытка разработать концептуальную основу и схематический план темы и содержались предложения по пяти проектам статей. Схематический план был представлен в третьем докладе Специального докладчика тридцать четвертой сессии Комиссии (1982 год). Пять проектов статей были предложены в пятом докладе Специального докладчика, представленном Комиссии на ее тридцать шестой сессии. Они были рассмотрены Комиссией, однако решения о передаче их Редакционному комитету принято не было.

156. На той же тридцать шестой сессии Комиссии были также представлены следующие материалы: ответы на вопросник, направленный в 1983 году юрисконсультом Организации Объединенных Наций 16 отобранным международным организациям для выяснения, среди прочего, вопроса о том, могут ли обязательства, которые государства принимают и выполняют по отношению друг к другу в качестве членов международных организаций, в этих пределах соответствовать некоторым процедурам, упомянутым в схематическом плане, или же заменять их[162], а также обзор секретариата, посвященный практике государств, касающейся международной ответственности за вредные последствия действий, не запрещенных международным правом"[163].

157. На своей тридцать седьмой сессии в 1985 году Комиссия назначила Специальным докладчиком по этой теме г-на Хулио Барбосу. В период с тридцать седьмой сессии по сорок восьмую сессию (1996 год) Комиссия получила от Специального докладчика 12 докладов[164].

158. На своей сорок четвертой сессии в 1992 году Комиссия учредила Рабочую группу для рассмотрения некоторых общих вопросов, касающихся сферы охвата данной темы, подхода к ее рассмотрению и возможного направления будущей работы[165]. На основе рекомендации Рабочей группы Комиссия решила продолжить свою работу над данной темой поэтапно. Во-первых, завершить работу по вопросам предотвращения трансграничного вреда, а затем перейти к мерам по исправлению положения. Комиссия решила, что ввиду расплывчатости названия данной темы следует и впредь придерживаться рабочей гипотезы о том, что тема касается "видов деятельности", и отложить любое официальное изменение ее названия[166].

---

[160] На той сессии Комиссия учредила рабочую группу для рассмотрения в предварительном порядке вопроса о сфере охвата и характере этой темы. Доклад Рабочей группы см. в *Ежегоднике.., 1978 год*, том II (часть вторая), стр. 184–185.

[161] Эти пять докладов Специального докладчика воспроизводятся следующим образом: предварительный доклад: *Ежегодник.., 1980 год*, том II (часть первая), стр. 281, документ A/CN.4/334 и Add.1 и 2; второй доклад: *Ежегодник.., 1981 год*, том II (часть первая), стр. 127, документ A/CN.4/346 и Add.1 и 2; третий доклад: *Ежегодник.., 1982 год,* том II (часть первая), стр. 67, документ A/CN.4/360; четвертый доклад: *Ежегодник.., 1983 год*, том II (часть первая), стр. 251, документ A/CN.4/373; пятый доклад: *Ежегодник.., 1984 год*, том II (часть первая), стр. 203, документ A/CN.4/383 и Add.1.

[162] *Ежегодник.., 1984 год*, том II (часть первая), стр. 169, документ A/CN.4/378.

[163] *Ежегодник.., 1985 год*, том II (часть первая) (добавление), документ A/CN.4/384. См. также подготовленное Секретариатом исследование о режимах ответственности, относящихся к теме "Международная ответственность за вредные последствия действий, не запрещенных международным правом"», *Ежегодник.., 1995 год*, том II (часть первая) и исправление, документ A/CN.4/471.

[164] 12 докладов Специального докладчика воспроизводятся следующим образом: Предварительный доклад: *Ежегодник.., 1985 год*, том II (часть первая), стр. 119, документ A/CN.4/394; второй доклад: *Ежегодник.., 1986 год*, том II (часть первая), стр. 175, документ A/CN.4/402; третий доклад: *Ежегодник.., 1987 год,* том II (часть первая), стр. 57, документ A/CN.4/405; четвертый доклад: *Ежегодник.., 1988 год*, том II (часть первая), стр. 305, документ A/CN.4/413; пятый доклад: *Ежегодник.., 1989 год,* том II (часть первая), стр. 173, документ A/CN.4/423; шестой доклад: *Ежегодник.., 1990 год*, том II (часть первая), стр. 97, документ A/CN.4/428 и Add.1; седьмой доклад: *Ежегодник.., 1991 год,* том II (часть первая), стр. 83, документ A/CN.4/437; восьмой доклад: *Ежегодник.., 1992 год*, том II (часть первая), стр. 73, документ A/CN.4/443; девятый доклад: *Ежегодник.., 1993 год*, том II (часть первая), стр. 209, документ A/CN.4/450; десятый доклад: *Ежегодник.., 1994 год*, том II (часть первая), стр. 159, документ A/CN.4/459, одиннадцатый доклад: *Ежегодник.., 1995 год*, том II (часть первая), стр. 57, документ A/CN.4/468 и двенадцатый доклад: *Ежегодник.., 1996 год*, том II (часть первая), стр. 33, документ A/CN.4/475 и Add.1.

[165] *Ежегодник.., 1992 год*, том II (часть вторая), пункты 341–343, стр. 58.

[166] Там же, пункты 344–349 о подробностях рекомендации Комиссии.