



Генеральная Ассамблея

Distr.
GENERAL

A/CN.4/484
4 February 1998
RUSSIAN
ORIGINAL: FRENCH

КОМИССИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА
Пятидесятая сессия
Женева, 20 апреля - 12 июня 1998 года
Нью-Йорк, 27 июля - 14 августа 1998 года

ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЙ ДОКЛАД ПО ВОПРОСУ О ДИПЛОМАТИЧЕСКОЙ ЗАЩИТЕ

Мухамед БЕННУНА, Специальный докладчик

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>	<u>Стр.</u>
ВВЕДЕНИЕ		1 - 13
2		
I. ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА ДИПЛОМАТИЧЕСКОЙ ЗАЩИТЫ	14 - 54	5
А. Традиционная концепция	15 - 32	5
В. Признание прав индивида в международном плане	33 - 44	10
С. Внутреннее право и юридическая природа дипломатической защиты	45 - 48	14
D. О каких правах идет речь в контексте дипломатической защиты?	49 - 54	15
II. ХАРАКТЕР НОРМ, РЕГУЛИРУЮЩИХ ДИПЛОМАТИЧЕСКУЮ ЗАЩИТУ	55 - 65	16

ВВЕДЕНИЕ

1. Обсуждения доклада рабочей группы по вопросу о дипломатической защите, состоявшиеся как в рамках Комиссии, так и в ходе прений в Генеральной Ассамблее¹, позволили прояснить оба определяющих аспекта этой темы, которые необходимо будет рассмотреть в предварительном порядке, с тем чтобы Комиссия могла дать Специальному докладчику указания, которые требуются ему для продолжения исследования, которое ему поручено провести.

2. В первую очередь речь идет о юридической природе дипломатической защиты или, иными словами, о ее правовых истоках. Было высказано мнение о том, что развитие прав человека, за которым все шире признается статус субъекта международного права, должно побудить Комиссию пересмотреть применяемые в данной области традиционные нормы права, которые были четко сформулированы Постоянной палатой международного правосудия при рассмотрении дела о концессиях Мавромматиса в Палестине².

3. Кроме того, было отмечено, что предложение рабочей группы о том, чтобы ограничить рамки этой темы кодификацией вторичных норм, чревато возникновением трудностей на том этапе, когда потребуются изучить некоторые вопросы, например "принцип "чистых рук", который находится на самом стыке между первичными и вторичными нормами"³.

4. Поэтому после краткого обзора истории возникновения института дипломатической защиты в настоящем докладе будет проведен анализ природы соответствующих норм.

5. Рассматриваемая тема в значительной мере сопряжена с кодификацией; ее обычно-правовые истоки выявлены, как это подчеркнула рабочая группа, сославшись на решение по делу Мавромматиса, согласно которому: "Речь идет об элементарном принципе международного права, который разрешает государству защищать своих граждан, пострадавших в результате противоречащих международному праву деяний, совершенных другим государством, от которого они не смогли получить сатисфакции обычным путем"⁴ (подчеркнуто нами).

6. Этот "принцип" был сформулирован очень давно, поскольку нередко делаются ссылки на тех, кто первым занялся разработкой теории международного права, в частности на Ваттеля, который заявлял: "Всякий, кто обижает отдельного гражданина, наносит прямое оскорбление государству. Суверен должен отомстить за нанесенное его подданному оскорбление, потребовать – если он может это сделать – от обидчика полного возмещения ущерба или наказать его, ибо в

¹ Что касается обсуждения этого вопроса на сорок девятой сессии Комиссии международного права, см. документ A/CN.4/SR.2513. Что касается обсуждения, проведенного Генеральной Ассамблеей на ее пятьдесят второй сессии, см. документы A/C.6/52/SR.16-25.

² С.Р.Ж.И., Série A, n°2, Arrêt du 30 août 1924. См., в частности, тексты выступлений Лукашука и Пелле в Комиссии (A/CN.4/SR.2513, стр. 5 и 10 французского текста).

³ Выступление Б. Симмы на сорок девятой сессии Комиссии международного права (A/CN.4/SR.2513, стр. 8 французского текста).

⁴ Доклад рабочей группы по вопросу о дипломатической защите, созданной Комиссией международного права на ее сорок девятой сессии (A/CN.4/L.548). См. также "дело Мавромматиса" выше (сноска 2), стр. 12 оригинала.

противном случае объединение граждан не выполнило бы по отношению к этому гражданину своего главного предназначения, каковым является обеспечение безопасности"⁵.

7. В этом можно усмотреть либо некоторый отголосок феодального права, в соответствии с которым сеньор обеспечивал защиту в обмен на проявление верности его вассалами (пребывание в подданстве), либо одно из ответвлений теорий "общественного договора", которые широко использовались в свое время для оправдания законности существования государства и в которых устанавливалась неразрывная связь между социальным миром и признанием суверенной власти.

8. Однако в приводимой цитате Ваттеля четко просматривается один из основных упреков в адрес этого института, который, согласно этим упрекам, является дискриминационным по своей сути, поскольку лишь могущественные государства могут задействовать его против самых слабых. Таким образом, он, как утверждается, носит ярко выраженный несправедливый характер, поскольку возможность того, что дело отдельного человека будет интернационализировано, зависит от статуса государства, с которым этот человек связан отношениями гражданства. Более того, дипломатическая защита была использована в качестве предлога для вмешательства во внутренние дела некоторых стран. Судья Падилья Нерво, изобличая эту ситуацию, заявил следующее: "Что касается ответственности государств в их взаимоотношениях с иностранцами, то в историческом плане мы имеем дело с непрерывной чередой злоупотреблений, незаконных вмешательств во внутренние дела слабых государств, необоснованных претензий, угроз и даже вооруженных интервенций под предлогом осуществления прав на защиту и санкций, введенных с целью заставить соответствующие правительства выплатить требуемое возмещение"⁶.

9. Латиноамериканские страны, которые больше других испытали на себе пагубные последствия этого извращенного толкования дипломатической защиты, попытались использовать средство правовой защиты, известное как "доктрина Кальво", которая была названа так по имени одного из государственных деятелей Аргентины (1824-1906 годы) и которая предусматривала, что иностранец в договорном порядке отказывается от дипломатической защиты со стороны своего государства. Далее мы еще вернемся к спорам, порожденным этой доктриной.

10. Как бы то ни было, с самого начала дипломатическая защита рассматривалась как неизбежное следствие осуществления государством личной юрисдикции в отношении своего населения в тех случаях, когда его граждане, находясь на иностранной территории, пострадали в результате нарушения норм международного права⁷. По сути дела, речь идет о механизме или

⁵ E. de Vattel, Le droit des gens ou les principes de la loi naturelle (Londres, 1758), vol. I, livre II, p. 309, par. 71, in The Classics of International Law (Washington (D.C.), Carnegie institution of Washington, 1916).

⁶ C.I.J. Recueil 1970, p. 246, частное мнение судьи Падилья Нерво по делу о компании "Барселона трэксн, лайт энд пауэр лимитед", Бельгия против Испании, решение от 5 февраля 1970 года. Со своей стороны, Шарль де Висшер высказал мнение о том, что "империализм в XIX веке привел к установлению неразрывной связи между частным предпринимательством и дипломатией"; см. Théories et réalités en Droit international public (Paris, Pedone, 1953), p. 326.

⁷ "Когда гражданин покидает территорию своей страны, он становится субъектом международного права... допуская иностранцев на свою территорию, принимающее государство признает суверенитет того государства, гражданином которого является этот иностранец, и связь, (продолжение...)

процедуре осуществления международной ответственности государства, принимающего иностранцев, в силу чего, по мнению некоторых авторов, изучение проблемы этой ответственности должно охватывать и вопрос о дипломатической защите⁸. Однако в данном случае отношения одного государства с другим имеют ту особенность, что в их основе лежит ущерб, причиненный гражданам одного государства на территории другого государства. И в целях устранения возникающей при этом коллизии между личной юрисдикцией и юрисдикцией территориальной приоритет отдается тому, чтобы второе государство возместило ущерб (в силу принципа исчерпания внутренних средств правовой защиты), прежде чем первое государство заявит международную претензию, выступив в защиту своего гражданина.

11. В принципе государство всегда имеет возможность выбора средств, позволяющих ему защитить своих граждан, уважая при этом свои международные обязательства и императивные нормы международного права. Оно не может, однако, использовать угрозу силой или применять силу в целях обеспечения дипломатической защиты.

12. Тем не менее, как это отметила рабочая группа Комиссии, дипломатическая защита *stricto sensu* четко отличается от функций дипломатического представительства и консульских функций, осуществляемых представляемым государством в целях оказания помощи своим гражданам или защиты их интересов в принимающей стране⁹, особенно в тех случаях, когда такие действия состоят в том, чтобы добиться определенных уступок в отношении получения контрактов или доступа к рынкам, гарантировать своим гражданам право на защиту или облегчить им осуществление определенных процедур. В данной ситуации мы имеем дело не с претензией, предъявляемой другому государству в связи с нарушением международного права.

13. Хотя при самом осуществлении дипломатической защиты государство всегда имеет возможность выбора средств, следует задаться вопросом о том, на каком праве оно основывает свои действия – своем собственном праве или праве индивида. Ответ на этот вопрос предопределяет юридическую природу дипломатической защиты (см. главу I). Затем следует (глава II) рассмотреть характер норм, действующих в отношении дипломатической защиты: статус иностранцев согласно международному праву (первичные нормы) и механизмы его защиты в межгосударственных отношениях (вторичные нормы).

I. ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА ДИПЛОМАТИЧЕСКОЙ ЗАЩИТЫ

14. Изложим сначала традиционную концепцию дипломатической защиты и критические замечания в ее адрес, прежде чем задаться вопросом о том, не позволяют ли они разработать

⁷ (...продолжение)

существующую между ними". Edwin Borchard, "The diplomatic protection of citizens abroad" (New York, The Banks Law Publishing Co, 1915), p. 26.

⁸ Philip C. Jessup, "A modern law of nations - an introduction" (New York, Macmillan, 1948), p. 97. Herbert W. Briggs, "La protection des individus en droit international: la nationalité des réclamations", Annuaire de l'Institut de Droit international, 1965, session de Varsovie, vol. 51(1), p.9.

⁹ В статье 3 Конвенции о дипломатических сношениях от 18 апреля 1961 года перечислены "функции дипломатического представительства". В статье 5 Венской конвенции о консульских сношениях от 24 апреля 1963 года определены "консульские функции".

новые предложения, обусловленные развитием прав человека и усилением их роли в международном плане, постоянно помня при этом о нормах внутреннего права.

А. Традиционная концепция

15. Эта концепция была четко изложена Постоянной палатой международного правосудия в ходе рассмотрения дела о концессиях Мавромматиса:

"Выступая в защиту одного из своих граждан, осуществляя в его интересах дипломатические шаги или международные судебные действия, это государство, по сути дела, отстаивает свое собственное право – принадлежащее ему право обеспечивать уважение норм международного права по отношению к его гражданам. Таким образом, с этой точки зрения нет сомнений в том, что в основе этого иска лежит личный интерес, что, впрочем, имеет место в большинстве ситуаций, связанных с возникновением спора между государствами. С того момента, как государство выступает в защиту одного из своих граждан в международном судебном органе, этот орган рассматривает в качестве стороны в процессе лишь государство"¹⁰.

16. Разумеется, первоначально имеет место конфликт между принимающим государством и иностранным гражданином, которому было отказано в признании его прав и, в конечном итоге, в правосудии, когда он потребовал возмещения материального и/или морального ущерба. В ситуации, когда этот индивид лишен возможности интернационализировать этот конфликт и вывести его из сферы действия внутреннего права, государство, гражданином которого он является, может поддержать его претензию, придав ей, равно как и спору, характер подлинной "новации". В самом деле, поскольку лишь государство может привлечь к ответственности другое государство (индивид не имеет статуса субъекта международного права), подтверждение претензии позволяет истцу с учетом правовой связи, основанной на гражданстве, потребовать уважения права, которое ему принадлежит.

17. Следовательно, в традиционной концепции, основанной на дуалистическом подходе к взаимосвязи международного права и внутреннего права, на первый план выдвигается государство гражданства иностранца, а претензия индивида, являющаяся причиной спора, уходит на второй план. Таким образом, прямой ущерб, причиняемый государству как таковому (например, его территории и его представителям), противопоставляется косвенному ущербу, который причиняется ему через его граждан, находящихся на иностранной территории, и который затрагивает его личную юрисдикцию. Профессор Рейтер еще в 1950 году поставил вопрос о том, уместно ли и далее проводить такое различие в эпоху, когда имущество, принадлежащее отдельным гражданам, зачастую рассматривается как часть национального богатства их государства¹¹. Этот вопрос приобретает еще большую актуальность сейчас, в период ускоренной приватизации средств производства и "глобализации". Однако ответ на него дать не так просто, как это кажется, поскольку он связан со сложной проблемой установления национальной принадлежности имущества, которую мы рассмотрим позднее в контексте вопроса о защите юридических лиц и их акционеров.

¹⁰ C.P.J.I. Arrêt du 30 août 1924, *supra*, note 2, p. 12.

¹¹ P. Reuter, "Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en droit international public"; см. La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de Georges Scelle (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950), p. 540-541.

18. Сформулировав принцип исчерпания внутренних средств правовой защиты¹², Комиссия международного права была вынуждена учесть в своем проекте статей о международной ответственности научный спор, возникший между теми, кто считает этот принцип простой процессуальной нормой, и теми, кто, напротив, считает его материальной нормой. Согласно этому второму подходу, который был принят Комиссией, ответственность принимающего государства возникает лишь после того, как частные лица исчерпали внутренние средства правовой защиты. Дело в том, что эти лица, являющиеся "прямыми благоприобретателями по обязательству результата", касающемуся соответствующего обращения с ними согласно международному праву, сначала отстаивают свое право в национальных судебных органах. Однако в комментариях Комиссии не разъясняется, как это право после исчерпания внутренних средств трансформируется в право государства гражданства иностранца и как это вписывается в логику концепции дипломатической защиты.

19. Согласно традиционной концепции, подтверждение претензии входит в круг дискреционных полномочий государства гражданства иностранца, которое вправе подтвердить претензию или отказать в этом, "не испытывая при этом никакой необходимости приводить какие-либо оправдания и не выдвигая, например, в качестве аргументов необоснованность запроса или потребности, обусловленные интересами своей внешней политики"¹³.

20. Если государство гражданства иностранца примет решение предъявить иск, оно может использовать любое из средств урегулирования судебного спора, возникшего между ним и государством, принимающим иностранца, включая полюбовное урегулирование, в рамках которого оно соглашается на то, чтобы государство, принимающее иностранца, выплатило в качестве возмещения твердо установленную сумму. Можно даже сказать, что с точки зрения международного права совсем не важно знать, какую компенсацию в конечном итоге получил сам индивид.

21. По сути дела, традиционная концепция в значительной мере основана на юридической фикции. Если государство гражданства иностранца предполагает потребовать на международном уровне уважения "своего права" (на основании общеизвестного "минимального стандарта"

¹² Статья 22 (исчерпание внутренних средств правовой защиты) главы III "Нарушение международного обязательства" (проект статей об ответственности государств) гласит:

"Если поведение государства создало ситуацию, не соответствующую результату, предусмотренному международным обязательством о соответствующем обращении с иностранными физическими или юридическими лицами, но из указанного обязательства следует, что данный или эквивалентный результат может тем не менее быть обеспечен последующим поведением государства, нарушение этого обязательства налицо лишь в том случае, если данные физические или юридические лица безуспешно исчерпали доступные им эффективные внутренние средства правовой защиты в целях достижения предусмотренного этим обязательством соответствующего обращения или, если это было недостижимо, эквивалентного обращения". (См. Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/51/10), глава III.D).

Комментарий к этой статье см. Ежегодник, 1977 год, том II (часть вторая); стр. 35-59, документ A/32/10.

¹³ G. Berlia "Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique", Annuaire français de droit international, 1957, p. 63-64.

обращения, признаваемого международным правом применительно к иностранцам), нередко происходит прямое копирование права, признанного за соответствующим лицом во внутреннем праве, как об этом напомнил Международный Суд при рассмотрении дела о компании "Барселона трэкшн"¹⁴:

"В данной ситуации исключительно важно, таким образом, выяснить, явились ли убытки, которые, как утверждается, понесли бельгийские акционеры компании "Барселона трэкшн", следствием нарушения обязательств, благоприобретателями которых они были. Иными словами, было ли нарушено право Бельгии в результате того, что были, как утверждается, ущемлены права, принадлежащие бельгийским гражданам – акционерам компании, не являющейся бельгийской?".

22. С другой стороны, именно ущерб, причиненный иностранному гражданину, принимается в расчет при определении ответственности принимающего государства и оценке возмещения, причитающегося государству гражданства иностранца. Постоянная палата международного правосудия следующим образом определила эту взаимосвязь:

"Характер возмещения, причитающегося государству, не изменяется из-за того, что оно принимает форму компенсации в сумме, соразмерной ущербу, понесенному частным лицом. Таким образом, ущерб, понесенный частным лицом, никогда не будет идентичен по своей сути ущербу, который понесет государство: он может послужить лишь меркой, пригодной для оценки возмещения, причитающегося государству"¹⁵.

23. Фикция как раз и обнаруживается в тот момент, когда Палата оказывается вынуждена объявить в провозглашаемом принципе об отсутствии какой бы то ни было связи между этими двумя видами ущерба, но при этом признает, что один (ущерб, понесенный частным лицом) будет служить меркой для оценки второго (который остается условным), а следовательно, и оценки возмещения, причитающегося государству гражданства иностранца. "Эта знаменитая формулировка решения, вынесенного по делу о фабрике в Хожуве, представляет собой нечто большее, чем ловкий трюк талантливого фокусника", – восклицает профессор Л. Дубуа¹⁶.

¹⁴ Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Arrêt du 5 février 1970, C.I.J. Recueil 1970, p. 32-33.

Конвенция о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами, от 29 марта 1972 года предусматривает (статья XII) обеспечение возмещения ущерба, "восстанавливающего физическому или юридическому лицу ... положение, которое существовало бы, если бы ущерб не был причинен".

См. М. Dupuy La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle (Paris, Pedone, 1976), p. 51 et 55.

¹⁵ Manufacture de Chorzow, CPJI, série A, no. 17, Arrêt du 13 septembre 1928, p. 28.

¹⁶ L. Dubouis, "La distinction entre le droit de l'Etat réclamant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique - à propos de l'arrêt rendu par la Cour de Cassation de 14 juin 1997", Revue critique de droit international public, 1978, p. 624.

24. Как, к тому же, можно объяснить в рамках традиционной концепции требование о непрерывности гражданства частного лица в период с момента причинения ущерба до момента предъявления иска или даже момента вынесения окончательного решения? Как подчеркнул Шарль де Висшер: "Если действие, предпринятое по отношению к гражданину государства, представляло собой по своей сути нанесение оскорбления этому государству, то право на вмешательство, принадлежащее с того момента этому государству, не может быть утрачено из-за последующего изменения гражданства пострадавшего лица"¹⁷.

25. По этой же логике поведение частного лица принимается в расчет при установлении ответственности принимающего государства; на вину жертвы (реальную) можно, таким образом, сослаться либо с целью смягчить ответственность, либо добиться освобождения от нее (так называемое правило "чистых рук").

26. Ж. Селль даже квалифицирует дипломатическую защиту как "фиктивную новацию... несостоятельную и иллюзорную" и добавляет: "Мы сталкиваемся не только с тем, что фиктивная правосубъектность государства поглощает реальную правосубъектность индивида; благодаря этому фокусу исходный и реальный субъект права полностью вытесняется, а изначально существовавшее правоотношение заменяется отношением политическим"¹⁸.

27. Хотя критические замечания Ж. Селля вытекают из концепции международного права, отвергающей субъективное право государства, основанное на отношениях гражданства, и признающей объективное право на вмешательство на основании "межгосударственной общности"¹⁹, они не становятся от этого менее уместными, поскольку раскрывают все хитросплетения рассматриваемой правовой конструкции.

28. В латиноамериканской доктрине, разработанной на основе доктрины Кальво, было признано недопустимым, чтобы индивид, "являющийся носителем интереса и нарушенного права"²⁰, не мог по своей воле отказаться от защиты со стороны государства, гражданином которого он является. Отказавшись от этой защиты, он согласился бы признать принцип равенства в правах с гражданами принимающего государства, дела которых могут рассматриваться лишь национальными судебными органами. Однако этот вопрос вышел за рамки теоретических рассуждений, поскольку законодатели в некоторых странах закрепили это положение в качестве одного из условий действительности договоров, заключаемых с иностранцами. В практической плоскости ученый спор по поводу доктрины Кальво сводится для нас к решению ключевого вопроса о природе рассматриваемого права (а следовательно, и характере его носителя) в контексте осуществления государством дипломатической защиты.

¹⁷ Charles de Visscher; *op. cit.*, note 6, p. 331.

¹⁸ G. Scelle: "Droit de la paix", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1933, IV, vol. 46, p. 660-661.

¹⁹ Международный Суд, рассматривая дело о компании "Барселона трэксн", см. сноску 6 выше, стр. 32 оригинала, проводит различие между "обязательствами государств по отношению к международному сообществу в целом и обязательствами, которые возникают по отношению к другому государству в рамках обеспечения дипломатической защиты".

²⁰ Гарсиа-Амадор, Специальный докладчик по вопросу о международной ответственности, Комиссия международного права, *Annuaire, 1956*, vol. II, p. 194, doc. A/CN.4/96.

29. Поскольку цель состоит в том, чтобы свести к минимуму злоупотребление со стороны могущественных государств, которые к тому же являются основными экспортёрами капитала, нет ничего удивительного в том, что эта доктрина Кальво вновь проявилась – в других формах и в другом изложении – в требованиях развивающихся стран, выступивших в 70-е годы за установление нового международного экономического порядка. Речь шла о том, чтобы спорами в отношении статуса иностранной собственности занимались лишь национальные судебные органы соответствующего принимающего государства²¹.

30. Следует при этом отметить, что многие государства, выступавшие в поддержку этой идеи в международных форумах, в то же время заключали соглашения о поощрении и стимулировании инвестиций, в которых за государством гражданства иностранца признавалось право предпринимать действия, в частности обращаться в арбитраж, с целью добиться соблюдения прав, признанных в договоре, в пользу инвесторов из числа его граждан.

31. Однако речь идет о договорах, которые вписываются в общие рамки двусторонних отношений между соответствующими государствами и которые в большинстве случаев предусматривают, как мы это увидим позднее, возможность обращения самих частных лиц в международный арбитраж.

32. Как бы то ни было, дипломатической защите был придан мощный эмоционально-политический заряд, в результате чего она стала с недоверием восприниматься некоторыми как хитроумный механизм, позволяющий осуществлять манипуляции с имуществом и акциями иностранных граждан, на которых был навешен ярлык "троянского коня". Однако причиной, побудившей начать углубленный анализ вопроса о состоятельности традиционной концепции дипломатической защиты, явилось признание того, что частное лицо обладает некоторой международной правосубъектностью одновременно как прямой адресат международных норм и как обладатель права выдвигать связанные с ними претензии.

В. Признание прав индивида в международном плане

33. Это признание произошло в ряде сфер, в которых национальные рамки оказались неадекватными, поскольку они более не соответствовали потребностям человеческого общества; это касается, в частности, прав, неотъемлемо присущих каждому человеку вне зависимости от его гражданства, прав иностранных инвесторов или урегулирование некоторых международных споров.

Права отдельной личности

²¹ R.B. Lillich: "The diplomatic protection of national abroad: an elementary principle of international law under attack", American journal of international law, 1975, vol. 69, p. 359-365. Автор ссылается, в частности, на принятую 12 декабря 1974 года Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций (резолюция 3281 (XXIX)) Хартию экономических прав и обязанностей государств, в которой предусматривается, что

"в любом случае, когда вопрос о компенсации вызывает спор, он должен урегулироваться согласно внутреннему праву национализующего государства и его судами, если только все заинтересованные государства добровольно и по взаимному согласию не достигнут договоренности в отношении поиска других мирных средств урегулирования на основе суверенного равенства государств и в соответствии с принципом свободного выбора средств". (Статья 2, пункт 2с)

34. После принятия Устава Организации Объединенных Наций и Всеобщей декларации прав человека начался активный процесс признания прав отдельной личности, в рамках которого был принят целый ряд крупных, всеобъемлющих международных конвенций²². В результате этого возник ряд правовых последствий, которые никак не вписываются в рамки, основанные на традиционной концепции дипломатической защиты.

35. Государство не может более настаивать на том, чтобы индивид оставался субъектом исключительно его внутренней юрисдикции, поскольку благодаря международному порядку индивид приобретает непосредственно вытекающие из этого права, а на все государства возлагается обязанность обеспечивать их уважение. В определенных условиях индивид может даже обращаться в международные органы или комитеты, созданные в соответствии с международными конвенциями о правах человека, и отстаивать там свои права (право на подачу петиций). В данной ситуации дуалистический подход, которым руководствовались инициаторы идеи дипломатической защиты, становится, таким образом, неуместным, поскольку мы, скорее, имеем дело с фактором непрерывности в отношениях, связывающих межгосударственные механизмы и внутреннее законодательство в области прав человека.

36. Кроме того, государство, когда оно выступает в защиту частного лица, не обязательно руководствуется субъективным интересом, основанным на отношениях гражданства; предполагается, что оно предпринимает действия в целях защиты норм объективного международного права. В своем *obiter dictum* по делу о компании "Барселона трэкшн" Международный Суд заявил, что "нормы, касающиеся основополагающих прав человека", представляют собой "обязательства *erga omnes*", в силу которых все государства заинтересованы предпринимать действия²³.

37. Как было отмечено в отношении конвенционных норм, касающихся прав человека, и предоставленной государствам возможности требовать их полного соблюдения: "В теоретическом плане высокой оценки заслуживает то новшество, которое представляет собой эта процедура по сравнению с традиционной дипломатической процедурой". В самом деле, в данном случае речь идет о заинтересованности сообщества в защите "общих ценностей, освященных системой"²⁴. Индивид участвует в производстве по делу, возбуждаемому в

²² В частности, Международный пакт о гражданских и политических правах и Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах от 16 декабря 1966 года (см. резолюцию 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи, приложение).

²³ C.I.J. *Recueil*, 1970, Arrêt du 5 février 1970, *supra*, note 14, p. 32, par. 33 et 34.

²⁴ F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme* (Paris, Presses universitaires de France, 1995), p. 74.

Статья 24 Европейской конвенции о защите прав человека разрешает любому государству-участнику передать в Комиссию вопрос о любом предполагаемом нарушении положений Конвенции другим государством-участником. По мнению Комиссии, государство, действующее согласно статье 24, должно рассматриваться не как стремящееся отстоять свои собственные права, а, скорее, как передающее на рассмотрение Комиссии вопрос, затрагивающий публичный порядок в Европе" (решение от 11 января 1961 года, Австрия против Италии, цитируется по F. Sudre, *op cit.*, p. 281).

Европейском суде по правам человека, и отныне даже имеет возможность непосредственно обращаться в этот суд (протокол № 9 от 9 ноября 1990 года)²⁵.

Права иностранных инвесторов

38. Начиная с 60-х годов растет число двусторонних соглашений, касающихся поощрения и защиты инвестиций. В настоящее время насчитывается около 300 таких соглашений, которые были заключены между странами - экспортерами капитала и странами - импортерами капитала и которые основаны на типовых разработках, подготовленных в большинстве своем странами-экспортерами (главным образом Соединенными Штатами Америки, Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии, Францией и Германией)²⁶. По мнению Ж.П. Лавика, "эти недавно появившиеся механизмы защиты представляют собой, таким образом, альтернативу, позволяющую обойти "риффы", которыми изобилует дипломатическая защита, о закате которой они также возвещают"²⁷.

39. В самом деле, инвестициям, равно как и правам, гарантирующим их защиту, дано четкое определение; обычное право уточнено и дополнено (переводы прибылей и капитала, компенсация в случае экспроприации). Во многих из этих двусторонних соглашений предусматривается, что в случае возникновения спора между инвестором и принимающим государством любой из них может обратиться в целях разрешения этого спора в Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (ИКСИД)²⁸. Таким образом, иностранный инвестор может передать спор, возникший между ним и принимающим государством, непосредственно в арбитражный суд. Следовательно, в этих обстоятельствах можно считать, что он обладает международной правосубъектностью.

40. Соглашаясь на арбитражное разбирательство, стороны в споре отказываются от использования любого другого средства. Таким образом, утрачивают смысл и требование принимающего государства, касающееся исчерпания внутренних средств правовой защиты, и право на осуществление дипломатической защиты государством гражданства иностранца. Иными словами, эта "фикция" становится ненужной, если право частного лица напрямую признано в международном праве (уже упомянутые двусторонние соглашения) и если это лицо само может отстоять это право на этом уровне.

²⁵ International Legal Materials, vol. XXX (1991), p. 693.

²⁶ В исследовании, подготовленном в 1988 году Центром Организации Объединенных Наций по транснациональным корпорациям и озаглавленном "Bilateral investment treaties" ("Двусторонние договоры об инвестициях") (Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № 88.II.A.1), указывается, что таких соглашений насчитывается 265.

²⁷ J.P. LAVIEC, *Protection et promotion des investissements - étude de droit international économique* (Paris, Presses Universitaires de France, 1985), p. 5.

²⁸ ИКСИД был создан в соответствии с Конвенцией о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами, принятой в Вашингтоне 18 марта 1965 года под эгидой Международного банка реконструкции и развития, Nations Unies, Recueil des traités, vol. 575, No. 8359, p. 159.

Урегулирование отдельных международных споров

41. Государства создали специальные международные трибуналы, позволяющие им разрешать споры, возникающие между одним из государств и гражданами другого государства. Сначала, в XIX веке, возникли смешанные комиссии, первая из которых была создана в соответствии с англо-американским договором от 8 февраля 1853 года²⁹. По окончании первой мировой войны между Соединенными Штатами, с одной стороны, и Австрией и Венгрией – с другой, был заключен договор от 26 ноября 1924 года³⁰, в соответствии с которым был назначен комиссар, в задачу которого входило рассмотрение претензий, предъявленных Соединенными Штатами от имени американских граждан, понесших ущерб по вине этих стран в ходе первой мировой войны.

42. Если взять более близкий к нам исторический период, то можно упомянуть Арбитражный трибунал по рассмотрению споров между Ираном и США, который был создан в соответствии с Алжирским соглашением от 19 января 1981 года³¹, заключенным между этими двумя государствами. Этот трибунал вынес уже около 4000 решений по вопросам, касающимся споров, сторонами в которых являются иностранные граждане и то или другое из этих государств, выступающее в качестве принимающего государства. И в этом случае имеет место отказ от внутренних средств правовой защиты и механизма дипломатической защиты, поскольку частным лицам разрешено отстаивать свои права непосредственно в международном судебном органе.

43. И наконец, следует отметить условия, в которых Совет Безопасности принял решение урегулировать последствия ответственности за "вред, причиненный другим государствам и иностранным физическим и юридическим лицам" в результате незаконного вторжения Ирака и оккупации им Кувейта³². Эта задача возложена на Компенсационный фонд и Компенсационную комиссию, действующие под руководством Совета управляющих, в состав которого входят государства – члены Совета Безопасности и который размещается в Женеве³³. Вместе с тем процедура является смешанной, поскольку она предусматривает процессуальное обеспечение; трехсторонним комиссиям, в состав которых входят независимые комиссары, поручено изучать претензии и представлять предложения Совету управляющих, который во всех случаях утверждает их.

44. Претензии могут быть представлены в Комиссию государствами или международными организациями от имени соответствующих физических или юридических лиц, и через них же пострадавшие получают затем присужденную им компенсацию. В данном случае государство можно рассматривать в качестве своего рода уполномоченных представителей частных лиц в органе, которому поручено урегулировать спор между этими лицами и страной, виновной в причинении им ущерба. Некоторые государства даже предлагают своим гражданам взять ссуду в ожидании выплаты им компенсации, что может служить "подтверждением, если таковое еще необходимо,

²⁹ F. Rigaux, "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité général - Cours général de Droit international privé", Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1989, I, vol. 213, p. 120.

³⁰ Société des Nations, Recueil des traités, vol. XLVIII, No. 1151, p. 69.

³¹ International Legal Materials, vol. XX (1981), p. 230-233.

³² Резолюция 687 (1991) от 3 апреля 1991 года, пункт 16.

³³ Резолюция 692 (1991) от 20 мая 1991 года.

существования коренного различия между схемами, принятыми в отношении этого конфликта, и традиционными механизмами дипломатической защиты"³⁴.

С. Внутреннее право и юридическая природа дипломатической защиты

45. На данном этапе речь идет не о том, чтобы проанализировать все правовые системы в той их части, которая касается дипломатической защиты, а лишь о том, чтобы напомнить об их основных положениях, касающихся этого вопроса, и попытаться выявить признаки изменений, произошедших в данной области.

46. Во внутреннем праве было, разумеется, признано дискреционное право государства на осуществление дипломатической защиты и на этом основании был сделан вывод о том, что решение предъявлять или не предъявлять претензию, выбор средств правовой защиты, принятие заранее обусловленной компенсации (*lump sum agreement*), порядок ее распределения не подлежат контролю со стороны судебных органов. Однако в отношении последнего момента было отмечено, что с 50-х годов практика начала меняться в сторону установления судебного контроля за процессом перечисления средств, получаемых в виде компенсации государством. Так, Франция, Соединенное Королевство и Соединенные Штаты создали комиссии, наделенные функцией отправления правосудия, для распределения обусловленных сумм, полученных от некоторых государств Восточной Европы после второй мировой войны.

47. Хотя было бы поспешно на основании такой практики делать вывод о том, что из "дискреционных" полномочия государства превратилась теперь в "зависимые"³⁵, подобное развитие событий свидетельствует о "несостоятельности концепции дипломатической защиты, которая носит малоудовлетворительный, даже архаичный характер"³⁶.

48. Теперь законодательство большинства стран разрешает обращение в национальные суды в целях обеспечения перечисления средств, полученных правительством в качестве компенсации, и осуществление контроля за их распределением. Однако редко встает вопрос о праве отдельного лица на дипломатическую защиту со стороны его государства, а следовательно, об обязанности или обязанности, которые возлагались бы в этой связи на данное государство. Даже в тех случаях, когда о таком обязательстве говорится в конституции страны³⁷, оно, по сути дела, носит главным образом моральный, а не юридический характер; вероятность вмешательства государства гражданства иностранца, несомненно, зависит от политических соображений и обстоятельств, обусловленных состоянием дипломатических отношений с соответствующим

³⁴ G. Cottureau "Responsabilité de l'Irak: aperçu sur les indemnités urgentes des personnes physiques", Annuaire français de droit international, 1995, p. 166. Число претензий, заявленных физическими лицами, составляет 2 800 000.

³⁵ G. Verlia, *op. cit.*, note 13, p. 66. Автор ссылается на соглашения, заключенные этими тремя странами с Югославией и Чехословакией в период с 1948 по 1951 год.

³⁶ D. Carreau Droit international public (Paris, Pedone, 1997), p. 467.

³⁷ В частности, в Конституции Китая и конституциях Российской Федерации и ряда восточноевропейских стран.

государством. Это обязательство должно по меньшей мере согласовываться с высшими интересами государства гражданства иностранца³⁸.

D. О каких правах идет речь в контексте дипломатической защиты?

49. Твердо установлено, что существует "процессуальное" право государства предъявлять международную претензию в целях защиты своих граждан, пострадавших в результате нарушения норм международного права. Государство может ограничить это право или даже отказаться от него в рамках своих договорных отношений с другими странами.

50. Остается выяснить, как того требует традиционная концепция, следующий вопрос: когда государство действует таким образом, "отстаивает ли оно свое собственное право" или же лишь выполняет функции поверенного или представителя своего гражданина, обладающего в международном плане "правоохраняемым интересом" и, следовательно, определенным правом³⁹. В зависимости от выбора – право государства или право гражданина – преимущество отдается либо весьма древнему обычаю, который в значительной мере опирался на принцип суверенитета, а отчасти даже на фикцию, либо прогрессивному развитию и адаптации нового обычая с учетом реалий, отражающих международное признание прав отдельной личности.

51. Этот выбор, разумеется, не является чисто теоретическим, он сказывается на правовом режиме дипломатической защиты. Действительно, осуществление государством права, принадлежащего его гражданину, обязывает это государство тем или иным образом привлекать гражданина к участию в разбирательстве и возможном урегулировании. Можно было бы также допустить в этом случае, что государство не может предъявлять международную претензию против воли заинтересованного гражданина. Таким образом, отказываясь от дипломатической защиты со стороны своего государства, гражданин не ущемляет прав последнего, а лишь осуществляет принадлежащее ему право.

52. Мы показали, каким образом наделение правами частных лиц договорным путем может привести к тому, что им будет разрешено задействовать соответствующие механизмы и напрямую обращаться в международные судебные органы в целях обеспечения уважения этих прав. Но можно ли рассматривать этих лиц с точки зрения общего международного права как носителей прав, которые государства могут просто осуществить, предъявив международные претензии? В этом состоит суть ведущейся сегодня правовой дискуссии о дипломатической защите, в отношении которой Специальный докладчик хотел бы получить общие указания, необходимые для подготовки будущих докладов на эту тему.

53. Таким образом, перефразируя заявление, сделанное по делу о концессиях Мавромматиса, можно было бы сказать, что государство, вступая в защиту за своих граждан..., отстаивает их право на уважение международных обязательств в отношении обращения с иностранцами – физическими или юридическими лицами. В качестве возражения против такой формулировки, которая в большей степени согласуется с происходящим в последнее время развитием

³⁸ В практике судов Германии признается обязанность защиты граждан с учетом этой оговорки. См. "Diplomatic protection" в Encyclopedia of public international Law, published under the direction of Rudolf Bernhardt (Amsterdam, North Holland, 1992), vol. I, p. 1052.

³⁹ Согласно заявлению Международного Суда по делу о компании "Барселона трэксн", см. выше, сноска 14, C.I.J. Recueil 1970, p. 35.

международного права, можно было бы привести основополагающий принцип международной ответственности, в котором нарушение международного обязательства одним государством увязывается с существованием субъективного права, действующего в интересах другого государства. Однако, как нам известно, все шире признается, что государство может иметь обязательства в отношении отдельных лиц – носителей прав, которые за ними признаются международным правом. В этих условиях непонятно, что могло бы помешать государству гражданства иностранца, которое обязано защищать своих граждан, выступить в их защиту и предъявить от их имени международную претензию. Признавая, что "этот вопрос заслуживает углубленного рассмотрения", г-н Доминисе добавляет, "что, по-видимому, не существует принципиальных возражений против такого тезиса"⁴⁰.

54. Таким образом, Специальный докладчик хотел бы получить от Комиссии ответ на следующий вопрос: чье право отстаивает государство, предъявляя международную претензию, – свое собственное право или право его гражданина, которому был причинен ущерб?

II. ХАРАКТЕР НОРМ, РЕГУЛИРУЮЩИХ ДИПЛОМАТИЧЕСКУЮ ЗАЩИТУ

55. Должны ли мы, как это предложила рабочая группа Комиссии, ограничиться кодификацией вторичных норм в данной области? С таким ограничением согласились, по инициативе Р. Аго, разработчики проекта статей об ответственности государств; это, как утверждается, позволило его "разблокировать"⁴¹. Однако различие между обязательствами государств в той или иной сфере их взаимоотношений (первичные нормы) и обязательствами, которые возникают в результате их нарушения, например правом на возмещение ущерба (вторичные нормы), не такое явное, как может показаться на первый взгляд. Комиссии международного права пришлось подразделить первичные обязательства на обязательства поведения и обязательства результата и даже выделить обязательства, призванные обеспечить надлежащее обращение с иностранцами, с тем чтобы получить возможность сделать благодаря этому определенные выводы в отношении ответственности государств, однако Комиссия ограничилась установлением общих категорий, избежав рассмотрения сути соответствующих материальных норм права. Эта тактика использовалась в ходе всей этой работы: "Необходимо любой ценой избегать по причинам, о которых Комиссия неоднократно напоминала, чтобы рассмотрение в проекте принципа исчерпания внутренних возможностей или его различных аспектов сводилось к рассмотрению содержания "первичных" норм международного

⁴⁰ Ch. Dominicé, "La réparation non contentieuse" в La responsabilité dans le système international (Paris, Pedone, 1991), p. 221. Автор ссылается на соглашения о заранее обусловленной компенсации, "в которых речь идет о претензиях (требованиях) подданных (граждан) государства, которое получает компенсацию". Это повлекло бы за собой ответственность государства в отношении частного лица, предъявляющего требования на основании международного права.

⁴¹ A. Pellet "Remarques sur une révolution inachevée – le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats", Annuaire français de droit international, 1996, p. 8.

права, таких, как, например, нормы, касающиеся режима, применяемого к иностранцам, попытка определения которых была пагубной для предшествовавших усилий по кодификации в области международной ответственности"⁴².

56. И действительно, Комиссия решила при рассмотрении вопроса об ответственности государств начать с кодификации аспекта, который, по ее мнению, вызывал меньше всего проблем, а именно "ответственности государства за ущерб, причиненный иностранцам и их имуществу"⁴³.

57. Фактически же Специальный докладчик г-н Гарсиа-Амадор решил начать рассмотрение с первичных норм, а именно с "материально-правовых принципов и норм, т.е. действий и бездействий, которые влекут за собой международную ответственность государств за ущерб, причиненный иностранцам", оставив на первых порах в стороне все те (вторичные) нормы, "которые касаются процедуры или тесно связаны с ней: норму, касающуюся исчерпания внутренних средств правовой защиты, отказ иностранного гражданина от дипломатической защиты со стороны своего государства или отказ этого государства от осуществления своего права на дипломатическую защиту, методы и процедуры урегулирования (включая принцип национальной принадлежности претензии и нормы, касающиеся правоспособности предъявлять международные претензии), срок исковой давности, другие основания для освобождения от ответственности, смягчающие или отягчающие обстоятельства и, наконец, формы и размер возмещения"⁴⁴.

58. Именно с учетом этого первого опыта рабочая группа Комиссии предложила ограничить кодификацию дипломатической защиты вторичными нормами, то есть вторым аспектом плана, предложенного г-ном Гарсиа-Амадором, за исключением тех элементов, которые связаны с проектом статей о международной ответственности. Дело в том, что попытка г-на Гарсиа-Амадора осуществить более глобальный охват завела его в тупик, поскольку он предложил кодифицировать целые, весьма широкие, разделы международного права, которые помимо ответственности *stricto sensu* охватывали поведение государственных органов, права человека, государственные долги, акты экспроприации, договоры между государствами и частными лицами, приобретенные права и т.д.

59. Мы можем, таким образом, согласиться с тем, что при рассмотрении вопроса о дипломатической защите совершенно уместно ограничиться "вторичными нормами", с тем чтобы не допустить неизбежного выхода за рамки этой темы, к которому приведет любой анализ проблем международной ответственности⁴⁵.

60. Установив этот "ограничитель", Комиссия должна получить возможность ссылаться на "первичные нормы" на уровне общих категорий и, когда возникнет такая необходимость, для обеспечения надлежащей кодификации "вторичных норм", вписывающихся в рамки этой темы.

⁴² Заключительная часть комментария к статье 22 "Исчерпание внутренних возможностей" проекта статей об ответственности государств по поводу исчерпания внутренних возможностей, Ежегодник, 1997 год, том II (часть вторая), документ A/32/10, стр. 56.

⁴³ Annuaire, 1956, vol. II, p. 221, doc. A/CN.4/96.

⁴⁴ Annuaire, 1957, vol. II, p. 120, doc. A/CN.4/106.

⁴⁵ M. Bennouna, "Le règlement des différends peut-il limiter "le droit" de se faire justice soi-même", Journal européen de droit international, 1994, 1, p. 63-64.

Это случится, в частности, тогда, когда потребуется установить правовую связь, основанную на гражданстве физических лиц или государственной принадлежности юридических лиц, – связь, которая позволяет предъявлять международную претензию, или же основания для освобождения от ответственности, обусловленные поведением частных лиц. "Первичная норма" отныне рассматривается не сама по себе, а во взаимосвязи с "вторичной нормой". Таким образом, предметом обсуждения было бы в нашем случае не само гражданство, а условия его противопоставимости другому государству; и мы будем рассматривать не уважение частным лицом права принимающей страны, а условия, в которых поведение этого лица могло бы послужить основанием для освобождения принимающей страны от ответственности.

61. Эта связь между первичными и вторичными нормами была подчеркнута профессором Броунли, который, процитировав решение Арбитражного трибунала по рассмотрению споров между Ираном и США, касавшееся дела № А/18 ("В тех случаях, когда суд считает, что юрисдикция основана на преобладающем и эффективном гражданстве истца, другое гражданство сохраняет свою причастность к иску"), добавляет: "Эта оговорка четко применима к ситуациям, в которых использование в первую очередь другого гражданства было бы сопряжено с элементами мошенничества, или лишением права возражения, или основополагающими соображениями, касающимися отказа от права, таких, как принцип "чистых рук"⁴⁶. Таковы многочисленные возможности для рассмотрения первичных норм в целях установления права государства предъявлять претензию во имя защиты его граждан и, в особенности, оценки его ответственности.

62. Поэтому мы считаем, что прошло время строго разграниченных категорий и манихейских подходов к международному праву. Отныне мы имеем дело с непрерывностью как в отношениях между явлениями внутреннего и международного характера, так и между явлениями, относящимися к межгосударственным делам и делам сообщества⁴⁷, причем в разных областях те или иные явления могут доминировать.

63. И с учетом этого момента Специальный докладчик хотел бы получить от Комиссии общие указания по поводу ограничения темы дипломатической защиты вторичными нормами международного права. Означает ли это ограничение, что ссылка на данные нормы будет делаться в исключительных случаях или будет правилом?

64. Если будет выбран второй вариант, то, разумеется, не может идти речи о том, чтобы возвращаться к ошибочному первому подходу, который г-н Гарсиа-Амадор предложил использовать КМП, и не стоит вопрос о том, чтобы кодифицировать статус иностранцев или инвестиционное право. Однако необходимо иметь в виду, что Комиссии придется, возможно, рассматривать в качестве общих категорий некоторые первичные нормы в целях определения гражданства физических лиц и государственной принадлежности юридических лиц и условий противопоставимости этого статуса, а также оценки поведения этих лиц по отношению к принимающей стране для установления ее ответственности.

⁴⁶ "International Law at the fiftieth anniversary of the United Nations – General course of public international law", Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1995, vol. 255, p. 110. Pour l'affaire A/18 voir E. Lauterpacht (ed.), International law reports, Cambridge, vol. 75, 1997, p. 176-194.

⁴⁷ B. Simma, "From bilateralism to community interest in international law", Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1994-VI, vol. 250, p. 217-384.

65. Вопрос заключается, следовательно, в том, с какой концепцией вторичных норм – жесткой или гибкой – мы имеем дело в контексте дипломатической защиты?
