



ГЕНЕРАЛЬНАЯ АССАМБЛЕЯ

Distr.
LIMITED

A/CN.4/L.552
27 May 1998

RUSSIAN
Original: ENGLISH

КОМИССИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Пятидесятая сессия

Женева, 20 апреля - 12 июня 1998 года

Нью-Йорк, 27 июля - 14 августа 1998 года

ПРОЕКТ ДОКЛАДА КОМИССИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА
О РАБОТЕ ЕЕ ПЯТИДЕСЯТОЙ СЕССИИ

Докладчик: г-н Кристофер Джон Роберт Дугард

ГЛАВА IV

ДИПЛОМАТИЧЕСКАЯ ЗАЩИТА

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Стр.</u>
A. Введение	3
B. Рассмотрение темы на данной сессии	4
1. Представление Специальным докладчиком его предварительного доклада	4
a) юридическая природа дипломатической защиты	4
i) истоки дипломатической защиты	4
ii) признание прав индивида в международном плане	6

СОДЕРЖАНИЕ (продолжение)

Стр.

iii) о каких правах идет речь в контексте дипломатической защиты	7
b) вопрос о "первичных" и "вторичных" нормах	7
2. Краткое изложение прений	8
a) Общие замечания	8
b) Традиционная концепция дипломатической защиты	8
c) Связь между правами человека и дипломатической защитой	10
d) Предварительные условия для осуществления дипломатической защиты	13
e) Вопрос о "первичных" и "вторичных" нормах	15
f) Связь между темами "Дипломатическая защита" и "Ответственность государств"	16
g) Рамки темы	17

ГЛАВА IV

ДИПЛОМАТИЧЕСКАЯ ЗАЩИТА

A. Введение

1. 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 1/. В том же году Генеральная Ассамблея в своей резолюции 51/160 предложила Комиссии продолжить изучение этой темы и определить ее объем и содержание в свете комментариев и замечаний, высказанных в ходе обсуждения в Шестом комитете, а также любых письменных комментариев, которые правительства пожелают представить. На своей сорок девятой сессии в 1997 году Комиссия учредила во исполнение этой резолюции Генеральной Ассамблеи на своем 2477-м заседании Рабочую группу по этой теме 2/. Рабочая группа представила на этой же сессии доклад, который был одобрен Комиссией 3/. Рабочая группа попыталась: а) выяснить, насколько это возможно, объем темы; и б) выделить вопросы, которые должны быть исследованы в рамках темы. Рабочая группа предложила план для рассмотрения темы, который, как рекомендует Комиссия, должен стать основой для представления предварительного доклада Специального докладчика 4/. Комиссия также решила, что она должна стремиться завершить первое чтение по данной теме к концу нынешнего пятилетия.

2. На своем 2501-м заседании 11 июля 1997 года Комиссия назначила г-на Мохамеда Беннуну Специальным докладчиком по данной теме.

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

1/ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/51/10), пункт 249 и Add.1.

2/ Там же, пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/52/10), глава VIII.

3/ Там же, пункт 172.

4/ Там же, пункты 189-190.

В. Рассмотрение темы на данной сессии

4. На этой сессии Комиссии был представлен предварительный доклад Специального докладчика (A/CN.4/484).

5. Комиссия рассмотрела предварительный доклад Специального докладчика на своих 2520-2523-м заседаниях в период с 28 апреля по 1 мая 1998 года.

1. Представление Специальным докладчиком его предварительного доклада

6. Предварительный доклад вызвал ряд основополагающих вопросов, которые лежат в основе темы и по которым Специальный докладчик стремился получить мнение Комиссии. Вопросы были разделены на две широкие категории: а) юридическая природа дипломатической защиты; и б) природа норм, регулирующих дипломатическую защиту.

а) Юридическая природа дипломатической защиты

и) Истоки дипломатической защиты

7. Ссылаясь в докладе Рабочей группы 1997 года на эту тему, Специальный докладчик отметил, что тема о дипломатической защите предполагает главным образом кодификацию и что ее обычное происхождение сформировалось благодаря заявлению, сделанному в ходе рассмотрения дела Mavrommatis Palestine Concessions 5/. Ссылаясь на историю использования института дипломатической защиты, Специальный докладчик напоминает об определенной критике, которой подвергалась концепция дипломатической защиты. Такая критика включает упреки в том, что институт дипломатической защиты является дискриминационным по своей сути, поскольку лишь могущественные государства могут использовать его против более слабых государств. Согласно этим утверждениям,

5/ Постоянная Палата Международного правосудия заявила, что:

"Выступая в защиту одного из своих граждан и осуществляя в его интересах дипломатические шаги или международные судебные действия, 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".
P.C.I.J. Series A, No. 2, Judgment of 30 August 1924, p. 12.

дипломатическая защита не является справедливой по своему характеру, поскольку возможность того, что дело отдельного человека будет вынесено на международный уровень, зависит от статуса государства, с которым этот человек связан отношениями гражданства. К числу других критических замечаний относится утверждение о том, что дипломатическая защита служила предлогом для вмешательства в дела некоторых стран 6/. Специальный докладчик отметил, что доктрина Кальво была сформулирована для предотвращения злоупотреблений и обеспечения для иностранного гражданина возможности согласиться соблюдать принцип равенства с гражданами страны, на которых распространяется лишь юрисдикция их судов.

8. Специальный докладчик объясняет, что в центре дипломатической защиты лежит спор между принимающим государством и иностранцем, права которого были попраны и которому в результате был нанесен ущерб. Если иностранец не может вынести спор на международный уровень и соглашается с юрисдикцией местного закона, его или ее государство гражданства по своему усмотрению может поддержать это требование индивида, подвергнув его настоящей "трансформации", поскольку лишь государство может задействовать ответственность другого государства. Он считает, что этот традиционный взгляд основан главным образом на правовой фикции, поскольку именно ущерб, причиненный иностранному гражданину, помогает установить ответственность принимающего государства и дать оценку возмещению, которое причитается государству гражданства 7/.

9. Далее он отмечает, что при формулировании принципа исчерпания внутренних средств правовой защиты в статье 22 проекта статей об ответственности государств 8/ Комиссия приняла во внимание научный спор относительно того, является ли данная норма "процедурной" или "материальной". Комиссия поддержала вторую точку зрения, и,

6/ См. личное мнение судьи Падилья Нерво в решении по делу *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Бельгия против Испании) от 5 февраля 1970 года, где он заявил: "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 более 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". I.C.J., Reports, 1970, p. 246.

7/ См. *Chorzow Factory*, P.C.I.J., Series A, No. 17 Judgment of 13 September 1928, p. 28.

8/ Статью 22 и комментарии к ней см. *Yearbook ... 1997*, vol. II (Part Two), pp. 30-50.

следовательно, ответственность принимающего государства возникает лишь после исчерпания индивидом внутренних средств правовой защиты. Однако, по мнению Специального докладчика, из комментария Комиссии не ясно, как такое право после исчерпания внутренних средств превращается в право государства гражданства, если следовать логике дипломатической защиты.

10. Он также ссылается на последние события, когда государства путем соглашений признают право государства гражданства принимать меры, в том числе в арбитражном органе, для обеспечения исполнения прав, предоставленных по договору их гражданам, или когда индивид получает прямой доступ к международному третейскому органу. Специальный докладчик полагает, что вышесказанное, а также факт наделения некоторой правосубъектностью индивида в качестве прямого бенифициара международного права привели к более четким научным спорам относительно уместности традиционной концепции дипломатической защиты.

i i) Признание прав индивида в международном плане

11. Специальный докладчик упомянул появление большого числа многосторонних договоров, признающих право отдельных людей на защиту, независимо от вмешательства государств, непосредственно самими индивидами благодаря доступу к международным органам. В этой связи он упомянул право на подачу петиций. Далее он упомянул о признании основных прав человека, создающих обязательства *erga omnes* и вызывающих интерес со стороны государств 9/. Такое развитие событий в сочетании с распространением двусторонних соглашений, касающихся поощрения и защиты инвестиций, и созданием комиссий по рассмотрению претензий 10/, с помощью которых граждане одного государства может обратиться с иском против другого государства, создали правовые рамки за пределами традиционной концепции дипломатической защиты.

12. Специальный докладчик отметил, что в целом национальное право государств не предусматривает какого-либо "права" на дипломатическую защиту для своих граждан. Отмечая некоторые принятые в последнее время конституции, где, по всей видимости, право на дипломатическую защиту предоставлялось гражданам страны, он считает, что такие положения в конституциях выражают в большей степени моральное, нежели

9/ См. выше примечание 6, стр. 32, пункты 33-34.

10/ Таких, как Трибунал по рассмотрению претензий Ирана и Соединенных Штатов, учрежденный в соответствии с Алжирским соглашением от 19 января 1981 года и Компенсационная комиссия Организации Объединенных Наций, созданная на основании резолюции 692 Совета Безопасности от 20 мая 1991 года.

юридическое обязательство, поскольку любое решение какого-либо государства по этому вопросу будет находиться под воздействием политических соображений и дипломатических отношений, существующих между заинтересованными государствами.

iii) Права, затрагиваемые дипломатической защитой

13. Специальный докладчик заявил, что, как установлено, государство имеет "процедурное право", от которого оно может отказаться, выдвинуть требования международного характера, с тем чтобы защитить своих граждан, в тех случаях, когда им был причинен ущерб в результате нарушения международного права. Придерживаясь такого традиционного взгляда, государство обеспечивает исполнение своего собственного права. Более современный подход поможет предусматривать, что государство просто является агентом своего гражданина, который имеет юридически охраняемый интерес на международном уровне. В зависимости от того, будет ли выбрано право государства или право гражданина, акцент будет сделан либо на исключительно старом обычве, который предоставляет больше суверенитета, чем надлежит, даже прибегая к фикции, или на прогрессивном развитии обычая, учитывающем реальное положение вещей с помощью международного признания прав человека. Выбранный подход будет иметь практические последствия для формулирования положения по данной теме.

b) Вопрос о "первичных" и "вторичных" нормах

14. Специальный докладчик стремился получить мнение Комиссии о том, должна ли тема ограничиваться вторичными нормами, как это рекомендовано Рабочей группой в 1997 году, или она может быть более гибкой, поскольку, по его мнению, международное право не может быть помещено в жесткие рамки "первичных" и "вторичных" норм. Напоминая, что рекомендация Рабочей группы и ее принятие Комиссией объясняется тем тупиком, в котором оказалась Комиссия во время своей первой попытки кодификации темы "Ответственность государств за ущерб личности и имуществу иностранцев", Специальный докладчик предлагает другой подход. Согласно этому подходу, Комиссия ограничится вторичными нормами и обсудит первичные нормы лишь применительно к общим категориям и, когда это необходимо, для надлежащей кодификации вторичных норм. К числу примеров относятся ситуации национальной принадлежности физических или юридических лиц или основания для освобождения от ответственности на основе поведения отдельных сторон. Соответственно рассматриваться будет не представление гражданства, а его применимость к другому государству. Подобным образом рассматриваться будет не соблюдение индивидом законодательства принимающей страны, а обстоятельства, при которых поведение индивида становится основанием для освобождения от ответственности принимающего государства.

15. Специальный докладчик также предложил изменить название темы на "Дипломатическая защита лиц и имущества", которое, как представляется, в большей степени согласуется с ее содержанием. Новое название будет также пояснить различие между этой темой и темами, касающимися дипломатических и консульских отношений.

2. Краткое изложение прений

a) Общие замечания

16. В целом наметилось общее согласие относительно того, что тема рассматривает сложный и очень важный с практической точки зрения вопрос и что едва ли имеется какая-либо другая тема, которая, как и тема дипломатической защиты, в такой степени готова для кодификации и по которой имеется такой относительно разумный свод норм императивного права.

17. Было высказано замечание о том, что большая часть международного права, касающегося дипломатической защиты, формировалась по мере распространения экономических, социальных и политических идей из Европы и Северной Америки в другие части мира. При развитии права в направлении универсального применения следует избегать использования устарелых документов, и, напротив, ощущается постоянная необходимость в модернизации и в учете позиций новых государств.

18. Было отмечено, что первоначально институт дипломатической защиты имел целью смягчить неблагоприятное положение и несправедливость, в которой оказывались физические и юридические лица. Поэтому отнюдь не являясь институтом подавления, дипломатическая защита по крайней мере частично корректировала несправедливость системы, которая сводила индивида, и прежде всего частное лицо, на уровень не субъекта международного права, а жертвы нарушений этого права. Дипломатическая защита также не является "дискриминационной по сути". Она может стать дискриминационной в процессе осуществления, поскольку она почти исключительно является прерогативой наиболее могущественных государств. Поэтому столь важно не делать необоснованных обобщений.

19. Отмечалось, что, возможно, уместно разработать директивы или правила по таким вопросам, как гражданство, обоснованные требования, отказ в правосудии или нарушение основных прав человека, с тем чтобы не допустить злоупотреблений дискреционной властью иностранного государства с точки зрения предоставления дипломатической защиты.

20. Были высказаны другие мнения о том, что, несмотря на некоторые злоупотребления в истории дипломатической защиты, достаточно часто институт дипломатической защиты использовался среди государств с равным статусом и часто в одном и том же регионе.

b) Традиционная концепция дипломатической защиты

21. Некоторые члены не согласились с предположением о том, что правовой интерес со стороны государства к судьбе своих граждан предполагает правовую фикцию. Они утверждали, что нет ничего нелогичного в том, что государство может иметь такой интерес. Дипломатическая защита толкуется в том же смысле, что и концепции владения и права собственности. По этой причине в рамках толкования дела о Мавромматисе

дипломатическая защита не должна рассматриваться в качестве фикции. Некоторые другие члены не были убеждены в том, что аналогия с правовой фикцией, проведенная Специальным докладчиком, вводит в заблуждение. По их мнению, право состоит из фикций или, другими словами, из нормативного воссоздания реальной жизни.

22. Было высказано мнение о том, что, независимо от того, как это называется, фикция, новация, субституция и т.д., в данном случае речь идет о теоретическом подходе, который не уместен для нормативного развития темы. Как правильно подчеркнул Специальный докладчик, основной вопрос состоит в том, кто осуществляет право с помощью дипломатической защиты – государство гражданства или жертвы, которым принесен ущерб? Естественно, согласно этому мнению, им должно быть государство, и в принципе его полномочия в этом отношении являются дискреционными. Дипломатическая защита всегда была суверенной прерогативой государства как субъекта международного права. Если бы дело обстояло иначе, то никакого соглашения не было бы заключено после второй мировой войны относительно выплаты компенсации за национализированную собственность.

23. По вопросу о том, обеспечивает ли государство при осуществлении дипломатической защиты свое собственное право или право гражданина, которому был причинен ущерб, было высказано также замечание, что лицо, связанное узами гражданства с каким-либо государством, является частью его населения и поэтому одним из составляющих элементов государства. Защита своих граждан является одной из основных обязанностей государства наряду с обязанностью защищать свою территорию или свой суверенитет. В то же время государство защищает конкретные права и интересы гражданина, которому был нанесен ущерб другим государством. Поэтому никакого жесткого различия не может быть проведено между правами государства и правами его граждан, поскольку эти два типа прав являются взаимодополняющими и могут защищаться вместе. Было также отмечено, что государство в целом заинтересовано в том, чтобы к его гражданам относились справедливо в других странах, но было бы преувеличением полагать, что во всех случаях когда какому-либо гражданину причиняется ущерб в иностранном государстве, ущерб причиняется также и государству его происхождения. На практике ущерб определяется с учетом ущерба, понесенного индивидом, а не государством, как если бы именно ущерб, нанесенный индивиду, является основанием для иска.

24. Утверждалось также, что важно установить, кто имел прямой и непосредственный правовой интерес, атрибуты и правомочие выдвигать требования международного характера. Согласно одному из мнений, государство не имело такого прямого и непосредственного интереса. Если бы это было так, то данные права станут неизбежными и не смогут осуществляться по усмотрению государства. Например, соглашения о защите иностранных капиталовложений наделяют как физических, так и юридических лиц правоспособностью обращаться с иском в международные органы. Это же действует и в случае оговорки Кальво, с помощью которой иностранец в договорном порядке отказывается от дипломатической защиты со стороны государства его происхождения. В этом случае также ясно, что лишь индивид прямо и непосредственно заинтересован в предъявлении иска.

Соответственно прения по вопросу о правовой фикции в отношении держателя этих прав являются бесперспективными, и Комиссии вместо этого следует сосредоточить свое внимание на охраняемых правах и законных интересах.

25. Согласно другому мнению, государство осуществляет право, первоначально предоставленное индивиду. Поэтому необходимо четко различать осуществление охраняемого права и само право. Государство обладает дискреционными полномочиями осуществлять дипломатическую защиту, несмотря на тот факт, что охраняемые права – это не права государства, но скорее права индивида, которому причинен ущерб. Специальный докладчик также согласен с тем, что это различие между обладанием правом и его осуществлением может быть полезным для согласования обычного права по этому вопросу и новых концепций.

26. В этой связи было сделано замечание о том, что Комиссия, возможно, пожелает вновь рассмотреть вопрос о дискреционном праве государства на дипломатическую защиту и об отсутствии такого права у индивида. С другой стороны, было высказано также мнение о том, что при решении вопроса об осуществлении дипломатической защиты применительно к какому-либо конкретному случаю государство должно оценить общие внешнеполитические интересы государства, а не просто интересы отдельного гражданина, которому, возможно, был причинен ущерб в результате противоправного действия другого государства. Поэтому осуществление дипломатической защиты должно быть оставлено на усмотрение государства.

27. Отмечалось, что с учетом сложности этого вопроса было бы неуместно перегружать этот вопрос теоретическими концепциями. Например, вопрос о признании того факта, что индивид имел статус субъекта международного права, является исключительно спорным и не должен возникать на этой стадии. Лучше всего учитывать практику, особенно судебную практику, в рамках которой индивид рассматривается в качестве бенефициария международного права.

с) Связь прав человека и дипломатической защиты

28. В отношении связи прав человека и дипломатической защиты был сделан ряд замечаний, авторы которых предостерегали от отождествления этих двух институтов или установления иерархии между ними.

29. Отмечалось, что, хотя действительно право дипломатической защиты существовало задолго до появления прав человека в качестве термина международного права, эти два подхода существовали параллельно и их соответствующие возможности дублировали друг друга лишь частично. Отказ от дипломатической защиты в пользу прав человека в некоторых случаях означал бы лишение индивидов защиты, которая им ранее предоставлялась. Разумеется, права человека могут в настоящее время служить в качестве подкрепления дипломатической защиты, осуществляющей государством гражданства:

например, некоторые страны при осуществлении дипломатической защиты приводят, когда это возможно, в качестве аргумента права человека, поскольку требование, основанное на правах человека, является для многих государств более привлекательным, нежели требования, основанные на международных минимальных стандартах, которые являлись яблоком раздора на протяжении всего XIX века и первой половины XX века. С учетом этого было отмечено, что традиционный "подход Мавромматиса" к дипломатической защите имеет много плюсов и не должен отбрасываться без тщательного рассмотрения вопроса о том, что требуется для обеспечения эффективных индивидуальных прав. Отмечалось, что для проведения дальнейших прений в Комиссии по данному вопросу на основе каждого отдельного случая может быть допущен подход, основанный на правах человека, но, делая такой акцент, Комиссия не должна впредь ставить под сомнение саму основу дипломатической защиты.

30. Было сделано замечание о том, что система прав человека действует образом, подобным принципам дипломатической защиты: в качестве условия для принятия требования сторона должна исчерпать все имеющиеся внутренние средства правовой защиты и государства имеют дискреционные полномочия поддержать требование от имени индивида или корпорации. Очень схожей является практика Европейской комиссии прав человека: имелись важные принципиальные случаи, в которых индивид принимал решение об отзыве своей жалобы, но Европейская комиссия не считала такое требование отозванным, поскольку имелся объективный интерес к сохранению в силу стандартов публичного порядка в Европе. Поэтому Комиссии следует проявлять осторожность, чтобы не занимать полярные позиции при выборе между правами человека и дипломатической защитой. Не следует приижать значение дипломатической защиты до тех пор, пока ей не найдено эффективной замены.

31. Было высказано замечание о том, что права человека и дипломатическая защита являются полностью самостоятельными понятиями и что при более тщательном рассмотрении этого вопроса обнаруживается, что дипломатическая защита традиционно беспокоилась об имущественных правах, в то время как права человека беспокоят сама суть личной свободы. Традиционно охватываемые дипломатической защитой права включают режим наибольшего благоприятствования и требование к деятельности предприятий, которые не находятся в центре внимания традиционных прав человека. Это мнение не разделяли другие члены Комиссии. Отмечалось, что в то время как на практике дипломатическая защита чаще всего использовалась в случаях нарушения имущественных прав, она могла быть задействована и в отношении других прав. Поэтому было бы слишком ограничительным предполагать, что дипломатическая защита касается исключительно ущерба собственности.

32. Было высказано также мнение о том, что можно провести черту между дипломатической защитой и требованиями прав человека. Этот вопрос является особенно уместным в контексте вопроса о юридических лицах – неизведанной области, которую ни

Комиссия, ни другие органы не изучали достаточно глубоко, ограничившись цитированием не очень ясного заявления Международного Суда по делу *Barcelona Traction*. Также отмечалось, что отнюдь не является совпадением тот факт, что на уровне европейской системы защиты прав человека ближайшие права к правам юридических лиц, в частности право собственности, рассматриваются не в Европейской конвенции о правах человека, а в отдельном протоколе к ней. Поэтому, по-видимому, все более обоснованным является новый подход, и это будет важнейшим аспектом исследования, которое должен провести Специальный докладчик. Однако в этой связи было отмечено, что Американская конвенция по правам человека излагает принцип, согласно которому никто не может быть произвольно лишен своей собственности, но что этот принцип тесно связан с одним из прав человека – правом на справедливое судебное разбирательство.

33. Было сделано замечание о том, что различие между процедурами подачи индивидуальных петиций в делах, касающихся прав человека, и дипломатической защитой не является столь выраженным, как это могло бы показаться. В некоторых случаях элемент дипломатической защиты может быть дополнительным компонентом в процедуре подачи петиции в связи с нарушением прав человека. Например, в деле *Soering* 11/ германское правительство обратилось с жалобой в Европейский суд по правам человека от имени своего гражданина. В литературе также признается, что имеется по крайней мере теоретическая связь между этими двумя институтами.

34. Было отмечено, что, если ущерб иностранному гражданину связан с нарушением права, признаваемого в качестве права человека, ничто не может помешать государству происхождения этого иностранного гражданина поддержать его или ее жалобу. Такой подход подкрепляется практикой в некоторых странах. Если ущерб иностранцам в виде нарушений прав человека исключается из сферы применения дипломатической защиты, то никаких эффективных средств защиты не будет в случаях, когда иностранец не имеет доступа к международным органам, занимающимся правами человека. Однако в большинстве случаев нарушений прав человека иностранцев, таких, как несправедливое тюремное заключение или грубое обращение, международные процедуры отсутствуют, и поэтому исключительно важно подтвердить право государства происхождения на осуществление дипломатической защиты.

11/ ЕСПЧ, дело *Soering*, решение от 26 января 1989 года, Series A, No.161.

35. При анализе связи между правами человека и дипломатической защитой внимание было обращено на ситуацию нарушений прав человека в условиях данного режима когда поддержка жалобы государством в соответствии с этим режимом не входит в сферу действия дипломатической защиты.

36. Специальный докладчик подчеркнул, что он никогда не пытался противопоставлять дипломатическую защиту и права человека. Он лишь утверждал, что концепция дипломатической защиты, которая была сформулирована до концепции прав человека, не может более изучаться без надлежащего учета эволюции прав человека в последние годы. Именно страны, находящиеся на переходной стадии построения демократического общества, были в наибольшей степени заинтересованы в подкреплении прав человека и таким образом в обеспечении того, чтобы государство, принимая решение, учитывало индивидов.

d) Предварительные условия для осуществления дипломатической защиты

37. Подчеркивалось, что необходимые предварительные условия для дипломатической защиты были установлены в решении по делу *Mavrommatis*. Первое условие предусматривает, что должно иметься подтверждение нанесения ущерба гражданину; что ущерб является нарушением международного права; что он может быть вменен государству, против которого подана жалоба; и наконец, что между нанесенным ущербом и вменением ущерба существует казуальная связь. Таким образом, в международном требовании относительно дипломатической защиты будут три основных действующих лица: субъект, личности, имуществу или правам которого был нанесен ущерб; государство, причиняющее ущерб, и государство, поддерживающее требование. Второе предварительное условие осуществления дипломатической защиты предусматривает, что потерпевшие субъекты не сумели получить удовлетворение с помощью национальных средств правовой защиты, которые предоставляли государству возможность избежать нарушения своих международных обязательств путем предоставления своевременного возмещения.

38. Отмечалось, что основа для предварительного исчерпания внутренних средств правовой защиты является эмпирической, и весьма спорно, что имеется принцип косвенного риска, который означает, что нет никакой необходимости исчерпывать внутренние средства правовой защиты в отсутствие какой-либо предварительной добровольной связи с

соответствующей юрисдикцией 12/. Было высказано также мнение о том, что требование об исчерпании внутренних средств правовой защиты приводит к дополнительному последствию, а именно к тому, что пример суброгации не может применяться к дипломатической защите, поскольку имело место важное изменение в характере права. Кроме того, отмечалось, что Комиссия должна рассмотреть вопрос о том, следует ли рассматривать обращение к международному органу в целях защиты прав человека в качестве "местного средства правовой защиты", даже хотя простое толкование текста не может привести к положительному ответу на этот вопрос.

39. В связи с внутренними средствами правовой защиты возник вопрос о том, должен ли минимальный стандарт обращения, предоставляемый иностранцам в соответствии с международным правом, быть единственным стандартом. Должен ли стандарт обращения не определяться со ссылкой на внутреннее право, с тем чтобы избежать предоставления привилегированного статуса иностранцам? Конечно, применение любого стандарта вызывает полемику, учитывая культурные, социальные, экономические и юридические различия, которые могут существовать между принимающим государством и иностранным государством.

40. Было высказано замечание о том, что иностранные инвесторы находятся в привилегированном положении по сравнению с гражданами, поскольку для защиты своих прав они прибегают к трем процедурам – внутренним средствам правовой защиты, дипломатической защите и международному арбитражу, в то время как граждане могут воспользоваться лишь национальными средствами правовой защиты.

12/ См., например, предварительные возражения по делу *Concerning the Aerial Incident of July 27th 1955* (Израиль против Болгарии), в которых в ответ на предварительное возражение Болгарии о том, что имеющиеся в Болгарии внутренние средства правовой защиты не были исчерпаны, Израиль утверждал, что имелся целый ряд важных ограничений для применения правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты:

"[Важно]... чтобы между пострадавшим индивидом и государством, действия которого оспариваются, существовала связь. ... Правило применяется лишь в тех случаях, когда иностранец, потерпевший индивид, создает или считается создавшим добровольную, сознательную и намеренную связь между собой и иностранным государством, действия которого оспариваются. ... [В данном случае] жертвы не имеют никакой добровольной, сознательной и намеренной связи с Болгарией. Напротив, такая связь, если ее можно так назвать, "была недобровольной, неизвестной и полностью непреднамеренной".

См. *ibid*, I.C.J. *Pleadings*, 1959, pp. 533–534. Суд считал, что он не обладает юрисдикцией на другом основании и не принял решений по другим вопросам, выдвинутым в качестве предварительных возражений, включая требование об исчерпании национальных средств правовой защиты.

41. Далее отмечалось, что государство, защищающее своих граждан, не может при осуществлении дипломатической защиты прибегать к угрозе применения или к применению силы. Поэтому Комиссия могла бы внести важный вклад в рассмотрение этой темы, определив, какие средства имеются у государств для отстаивания своих прав и прав своих граждан в рамках дипломатической защиты.

42. Ставились вопросы о том, может ли государство осуществлять дипломатическую защиту параллельно с непосредственным обращением потерпевшего индивида в международной судебный орган или государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту лишь после того, как были исчерпаны все другие национальные средства регулирования спора.

е) Вопрос о "первичных" и "вторичных" нормах

43. Было высказано замечание о том, что обсуждение таких теорий и концепций, как различие между первичными и вторичными нормами, будет бесполезным, если прежде не обсуждены институты и нормы дипломатической защиты. Эти вопросы можно обсуждать по мере того, как они увязываются с конкретным контекстом. Высказывалось мнение о том, что широкое понимание дипломатической защиты является достаточно ясным: важным является вопрос о приемлемости жалоб, а также вопрос о праве, касающемся предварительных условий, которые должны быть выполнены до выдвижения требований. В этом отношении следует учитывать доклад Рабочей группы по дипломатической защите 1997 года.

44. Были высказаны замечания о том, что хотя Комиссия рассматривает вторичные нормы и если она будет утверждать об обратном, то это приведет к путанице, различие между первичными и вторичными нормами не должно использоваться в качестве абсолютного критерия. Классификация нормы в качестве первичной или вторичной будет зависеть от характера вопроса в каком-либо конкретном случае. Однако речь идет не о дублировании, а о двойной функции приемлемости и достоинствах, например правила "чистых рук", некоторых вопросов гражданства и всей сферы молчаливого согласия и отсрочки. Поэтому Комиссия не сможет рассмотреть в контексте этой темы вторичные нормы отдельно. Она также должна затронуть и первичные нормы, поскольку вторичные нормы, будучи процедурными по характеру, являются средством, используемым для обеспечения исполнения предоставленных прав.

45. Что касается вопроса о том, какое право регулирует дипломатическую защиту, то, по общему согласию, им является международное право. В этой связи было отмечено, что некоторые правительства в своих конституциях берут на себя обязательства перед своими гражданами осуществлять дипломатическую защиту. Высказывалось также мнение о том, что такие национальные законы не затрагивают дискреционное право государства осуществлять дипломатическую защиту.

46. Отмечалось также, что имеются возможности для прогрессивного развития и значительной модернизации права, регулирующего дипломатическую защиту. Даже если законодательство государства взять в качестве исходной базы, то для прогрессивного развития права должны иметься возможности по усилению роли индивида в контексте дипломатической защиты, особенно когда речь идет о возмещении вреда.

47. Было отмечено, что исследование дипломатической защиты должно включать исследование средств ее осуществления. Следует рассмотреть традиционный механизм мирного урегулирования споров, особенно переговоры, но также и посредничество, добрые услуги и арбитраж, а также вопрос о контрмерах в контексте дипломатической защиты.

48. В отношении названия темы было отмечено, что оно может быть сформулировано более конкретно, но что это следует сделать позднее, с учетом проекта, который предстоит подготовить.

f) Связь между темами "Дипломатическая защита" и "Ответственность государств"

49. Как отмечалось, важно помнить о том, что дипломатическая защита является всего лишь частью обширной области международной ответственности. Как средство задействования государственной ответственности она создает отношения между двумя государствами: государством- "защитником" и государством, против которого предпринимаются действия; которое рассматривается в качестве ответственного за международно-правовый акт, причинивший ущерб гражданину государства- "защитника". Придаваемое ныне особое значение защите прав человека, что само по себе вполне правильно, не должно заслонять собой тот факт, что отношения между государствами являются важнейшим элементом определения характера дипломатической защиты. В этом контексте было также отмечено, что темы дипломатической защиты и ответственности государств связаны с точки зрения аргументации: государство отвечает за любое нарушение международного права, которое совершено или присваивается ему, как это предусмотрено в части первой проектов статей об ответственности государств. Если выполнено это первое условие, то возникает ряд последствий (Часть вторая проекта), главным из которых является обязательство предоставить компенсацию. Если обязательство о компенсации взято перед частным индивидом, который, за редким исключением, не имеет возможности действовать на международном уровне, то дипломатическая защита вступает в игру и таким образом оказывается продолжением, следствием и компонентом права ответственности государств.

50. Внимание было также обращено на проблему рассмотрения вопросов нанесения прямого ущерба государствам, которые, хотя четко и не составляют часть полномочий Комиссии, тем не менее часто неразрывно связаны с вопросами дипломатической защиты на практике. Иногда какое-либо конкретное дело может представлять собой как прямой, так и косвенный интерес для государства. Примером такого случая может служить инцидент Rainbow Warrior, когда Новая Зеландия подала жалобу на нарушение ее

суверенитета, а также от имени Нидерландов относительно фотографа, который погиб в ходе этого инцидента и который для целей урегулирования рассматривался в качестве гражданина Нидерландов. Инцидент в Чернобыле вызвал прямые экономические потери для частных лиц в ряде стран, но сделал возможным для самих государств предъявить иск о нанесении прямого ущерба их воздушному пространству, если бы они этого пожелали. Эти примеры касаются прямой или потенциальной дипломатической защиты частных интересов. Тот факт, что они не касались исключительно частных интересов, не должен выводить их за рамки вопросов, рассматриваемых в Комиссии.

г) Рамки темы

51. Было высказано замечание о том, что необходимо рассмотреть вопрос распространении дипломатической защиты на граждан государства, ущерб которым был причинен не в тот момент, когда они находились за границей, а когда они находились в своем собственном государстве, в результате международно-противоправного деяния, совершенного иностранной дипломатической миссией или должностным лицом такой миссии, которые пользуются юрисдикционным иммунитетом и соответственно не могут быть привлечены к ответственности местными судами. Нет никаких оснований для того, чтобы государство, которое защищает своих граждан в случае нанесения им ущерба за границей в результате нарушения международного права, не должно поступать подобным же образом, если ущерб наносится им в момент проживания на территории своей страны.
