



ГЕНЕРАЛЬНАЯ АССАМБЛЕЯ

Distr.
LIMITED

A/CN.4/L.594
31 July 2000

RUSSIAN
Original: ENGLISH

КОМИССИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Пятьдесят вторая сессия

Женева, 1 мая – 9 июня 2000 года и

10 июля – 18 августа 2000 года

ПРОЕКТ ДОКЛАДА КОМИССИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА
О РАБОТЕ ЕЕ ПЯТЬДЕСЯТ ВТОРОЙ СЕССИИ

Докладчик: г-н Виктор Родригес-Седеньо

ГЛАВА V

ДИПЛОМАТИЧЕСКАЯ ЗАЩИТА

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>	<u>Стр.</u>
A. Введение		
B. Рассмотрение темы на данной сессии		
1. Обзор подхода к теме.....		
2. Статья 1		
a) Вступительное слово Специального докладчика		
b) Краткое изложение прений.....		
c) Заключительные замечания Специального докладчика		
3. Статья 2		
a) Вступительное слово Специального докладчика		
b) Краткое изложение прений.....		
c) Заключительные замечания Специального докладчика		

СОДЕРЖАНИЕ (продолжение)

	<u>Пункты</u>	<u>Стр.</u>
4.	Статья 3	
	a) Вступительное слово Специального докладчика	
	b) Краткое изложение прений	
	c) Заключительные замечания Специального докладчика	
5.	Статья 4	
	a) Вступительное слово Специального докладчика	
	b) Краткое изложение прений	
	c) Заключительные замечания Специального докладчика	
6.	Статья 5	
	a) Вступительное слово Специального докладчика	
	b) Краткое изложение прений	
	c) Заключительные замечания Специального докладчика	
7.	Статья 6	
	a) Вступительное слово Специального докладчика	
	b) Краткое изложение прений	
	c) Заключительные замечания Специального докладчика	
8.	Статья 7	
	a) Вступительное слово Специального докладчика	
	b) Краткое изложение прений	
	c) Заключительные замечания Специального докладчика	
9.	Статья 8	
	a) Вступительное слово Специального докладчика	
	b) Краткое изложение прений	
	c) Заключительные замечания Специального докладчика	
10.	Доклад об итогах неофициальных консультаций	

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 развития¹. В том же году Генеральная Ассамблея в своей резолюции 51/160 от 16 декабря 1996 года предложила Комиссии продолжить изучение этой темы и определить ее объем и содержание в свете комментариев и замечаний, высказанных в ходе обсуждения в Шестом комитете, а также любых письменных комментариев, которые правительства пожелают представить. На своей сорок девятой сессии в 1997 году Комиссия учредила во исполнение вышеназванной резолюции Генеральной Ассамблеи на своем 2477-м заседании Рабочую группу по этой теме². Рабочая группа представила на этой же сессии доклад, который был одобрен Комиссией³. 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 докладчика⁴. 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".
4. На своей пятидесятой сессии в 1998 году Комиссия рассмотрела предварительный доклад Специального докладчика⁵. На той же сессии Комиссия учредила Рабочую группу

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

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

³ Там же, пункт 171.

⁴ Там же, пункты 189-190.

⁵ A/CN.4/484.

открытого состава для рассмотрения возможных выводов, которые могли бы быть сделаны на основе обсуждения относительно подхода к этой теме⁶.

5. На пятьдесят первой сессии в 1999 году г-н Беннуна был избран судьей Международного трибунала по бывшей Югославии. Комиссия назначила г-на Кристофера Джона Р. Дугарда Специальным докладчиком по данной теме⁷.

В. Рассмотрение темы на данной сессии

6. На данной сессии Комиссии был представлен первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/506 и Corr.1 и Add.1). Комиссия рассмотрела первый доклад, содержащийся в документе A/CN.4/506 и Corr.1, на своих 2617-2620, 2624-2627 и 2635-м заседаниях в период с 9 по 12 мая, с 19 по 25 мая и 9 июня 2000 года. Вследствие нехватки времени Комиссия перенесла рассмотрение документа A/CN.4/506/Add.1 на следующую сессию.

7. На своем 2624-м заседании Комиссия учредила неофициальную консультативную группу открытого состава под руководством Специального докладчика по статьям 1, 3 и 6. Доклад об итогах неофициальных консультаций воспроизводится в пункте 89 ниже.

8. Комиссия рассмотрела доклад об итогах неофициальных консультаций на своем 2635-м заседании и на том же заседании постановила передать проекты статей 1, 3 и 4-8 Редакционному комитету вместе с докладом об итогах неофициальных консультаций.

1. Обзор подхода к данной теме

9. Представляя свой первый доклад, Специальный докладчик заявил, что, поскольку Комиссия уже обсудила подход и связанные с данной темой общие вопросы в контексте предварительного доклада бывшего Специального докладчика и в контексте двух Рабочих групп, занимавшихся рассмотрением данной темы в 1997 и 1998 годах, а также в силу причин практического характера, он решил непосредственно перейти к рассмотрению предложений по статьям, поскольку этот подход в большей степени содействовал бы

⁶ Выводы Рабочей группы содержатся в документе Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят третья сессия, Дополнение № 10 (A/53/10), пункт 108.

⁷ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/54/10), пункт 19.

проведению предметного обсуждения, позволяющего сделать конкретные выводы. Вместе с тем он хотел бы представить разъяснения по ряду общих вопросов, которые являются общими для предложенных им статей и могли бы быть обсуждены в контексте этих проектов статей.

10. Во-первых, он выразил мнение о том, что дипломатическая защита могла бы использоваться в качестве средства для усиления защиты прав человека. Поэтому он считает, что дипломатическая защита по-прежнему является важным оружием в арсенале борцов за права человека. Пока государство является доминирующим участником международных отношений, поддержка государствами претензий, касающихся нарушения прав их граждан, остается наиболее эффективным средством защиты прав человека. Вместо того, чтобы пытаться ослабить это средство, отвергая его как устаревшую фикцию, которая изжила себя с точки зрения своей полезности, следует прилагать все усилия для укрепления норм, составляющих право дипломатической защиты. Именно этот подход лежит в основе его доклада.

11. Во-вторых, он не считает, что дипломатическая защита стала устаревшей в силу того факта, что теперь в распоряжении частных лиц имеются различные механизмы по урегулированию споров. Несмотря на то, что частные лица являются участниками международной правовой системы и имеют права, предусмотренные международным правом, их средства правовой защиты по-прежнему являются ограниченными.

12. В-третьих, он решил специально выдвинуть наиболее спорные вопросы, связанные с данной темой, на раннем этапе, с тем чтобы услышать мнения членов Комиссии и определиться по этим вопросам, прежде чем двигаться дальше. Это касается, в частности, вопроса о применении силы при осуществлении дипломатической защиты, обсуждавшемся в контексте статьи 2, и вопроса о том, возлагается ли на государства обязанность обеспечивать дипломатическую защиту, обсуждавшемся в контексте статьи 4.

13. Относительно структуры он заявил, что восемь проектов статей, предложенных в документе A/CN.4/506, подразделяются на две группы. В первой группе (статьи 1-4), статьи 1 и 3 являются в значительной мере основополагающими, тогда как статьи 2 и 4 – наиболее спорными. Статьи 5-8, относящиеся ко второй группе, также являются спорными, однако все они касаются вопросов, связанных с гражданством.

2. Статья 1⁸а) Вступительное слово Специального докладчика

14. Специальный докладчик пояснил, что в статье 1 преследовалась цель дать не столько определение, сколько описание данной темы. В данной статье также не предпринималась попытка затронуть вопрос о функциональной защите со стороны международной организации, который был вкратце рассмотрен в пункте 38 доклада и который, пожалуй, не следует включать в настоящее исследование, поскольку в связи с ним возникает столь большое число различных принципиальных вопросов, которые уже были обозначены. Совершенно очевидно, что концепция дипломатической защиты тесно связана с концепцией ответственности государств за причинение вреда иностранцам. Об этом свидетельствует то, что в рамках первоначального подхода к разработке проектов статей об ответственности государств Комиссия пыталась охватить как принципы ответственности государств в том виде, в котором они сформулированы сейчас, так и вопрос о дипломатической защите. Точка зрения о том, что международно-противоправные деяния или бездействия, причинившие вред иностранцам, влекут за собой ответственность государства, которому присваиваются такие деяния или бездействия, получила широкое признание в международном сообществе к 20-м годам. Было общепризнано мнение, что государство не обязано принимать иностранцев, однако если оно это сделало, то у него возникает обязательство перед государством гражданства соответствующего иностранца предоставлять определенную степень защиты его личности или имуществу в соответствии с международным минимальным стандартом обращения с иностранцами.

⁸ Текст статьи 1 является следующим:

Сфера применения

1. В настоящих статьях "дипломатическая защита" означает меры, предпринимаемые одним государством против другого государства в связи с причинением вреда личности или имуществу гражданина в результате международно-противоправного деяния или бездействия, присваиваемого последнему государству.
2. В исключительных обстоятельствах, предусмотренных в статье 8, дипломатическая защита может быть распространена на негражданина.

См. A/CN.4/506, p.11.

15. В связи с содержащимся в статье 1 термином "меры" возникают некоторые трудности. В большинстве определений дипломатической защиты не отражен адекватным образом характер мер, которые может принимать государство при осуществлении дипломатической защиты. Постоянная палата международного правосудия, судя по всему, провела разграничение между "дипломатическими мерами" и "судебным разбирательством", которое было вновь проведено Международным Судом при рассмотрении дела Ноттебома и Арбитражем по рассмотрению претензий между Ираном и Соединенными Штатами, в связи с рассмотрением дела № А/18. В отличие от этого теоретики права такого разграничения не проводят и употребляют термин "дипломатическая защита" для обозначения консульских мер, переговоров, посредничества, судебного и арбитражного разбирательства, репрессалий, реторсий, прекращения дипломатических отношений, экономического давления и, в качестве крайней меры, применения силы.

b) Краткое изложение прений

16. Было выражено мнение о том, что доклад Специального докладчика стимулирует обсуждение и является тщательно подготовленным; было также с удовлетворением отмечено, что в нем прямо и открыто обсуждаются наиболее спорные вопросы, с которыми может столкнуться Комиссия в связи с темой дипломатической защиты. Доклад поднимает ряд важных вопросов в контексте статьи 1, которые также затрагивают подход к данной теме.

17. Было отмечено, что Специальный докладчик придает большое значение в своем докладе дипломатической защите как инструменту, позволяющему не допускать посягательства на права человека. Вместе с тем было высказано мнение о том, что этот вопрос, возможно, был выделен чрезмерно. Идея о том, что государство использует дипломатическую защиту в тех случаях, когда оно поднимает связанные с правами человека вопросы в интересах своих граждан, не является очевидной. В рамках международного права обязательства, касающиеся прав человека, являются, как правило, обязательствами *erga omnes*. Любое государство может обратиться с просьбой о прекращении нарушения, независимо от того, являются ли затрагиваемые лица его собственными гражданами, гражданами государства, совершающего международно-противоправное деяние, или гражданами третьего государства. Таким образом, любое требование в отношении "гражданства" претензий, как представляется, является неуместным в тех случаях, когда затрагиваются вопросы прав человека. Государства прежде всего обеспокоены защитой прав человека своих собственных граждан, и хотя нормы общего международного права в области прав человека для большинства целей не

проводят разграничения между защищаемыми лицами по признаку их гражданства, государства тем не менее обеспечивают большую защиту в тех случаях, когда речь идет об их собственных гражданах. Следовательно, можно обоснованно утверждать, что концепция дипломатической защиты охватывает защиту прав человека своих граждан. Однако в этой связи возникают трудности. Международный Суд в своем знаменитом постановлении по делу "Барселона трэксн" указал на то, что в случаях дипломатической защиты соответствующие меры может принимать лишь государство гражданства, тогда как в случаях, касающихся прав человека, это могут делать любые государства.

18. Как уже отмечалось, что в связи со словом "меры", содержащимся в статье 1, возникают трудности. Дипломатическая защита является длительным и сложным процессом, который, как правило, состоит из двух стадий. На первой стадии, когда государство получает жалобу от частного лица, оно изучает данную жалобу с целью определения степени ее серьезности, а также того, является ли она правомерной. Эта первая стадия, являющаяся подготовительной стадией, в ходе которой проводится рассмотрение, не представляет собой дипломатическую защиту. Дипломатическая защита вступает в действие лишь после того, как государство решило выдвинуть претензии в интересах своего гражданина правительству, которое, предположительно, не обеспечило применения к данному лицу определенных норм международного права.

19. В этом контексте высказываются разные мнения по вопросу о том, распространяется ли концепция дипломатической защиты на меры, принятые правительством с целью предотвращения причинения вреда его гражданину (т.е. до совершения противоправного деяния), или лишь на противоправные деяния государства, которые уже были совершены. Некоторые члены Комиссии поддерживают последнюю точку зрения, согласно которой дипломатическая защита применяется в случае совершения международно-противоправного деяния другим государством, в результате которого был причинен вред гражданину другого государства. Участие государства гражданской принадлежности в переговорах с другими государствами с целью предотвращения причинения вреда своим гражданам не подпадает под сферу охвата дипломатической защиты с точки зрения классического толкования данного понятия. Некоторые члены Комиссии придерживаются другого мнения. Они заявляют, что на практике государства могут рассматривать опасения своих граждан в отношении действий или мер, которые в будущем могут причинить вред этим гражданам. Участие государства гражданской принадлежности на этой стадии следует также охарактеризовать в качестве дипломатической защиты. В любом случае, дипломатическая защита не сводится к "мерам" как таковым; она предполагает инициирование процесса, в результате которого претензия физического или юридического лица преобразуется в международно-правовые

отношения. С этой чисто технической точки зрения дипломатическая защита является одним из средств обеспечения признания международной ответственности государств.

20. Относительно характера дипломатической защиты было выражено два различающихся мнения. Согласно одному из них, дипломатическая защита является правом индивидуума. Сторонники этой точки зрения отмечают, что конституции ряда государств, в частности восточноевропейских государств, гарантируют право граждан на дипломатическую защиту; эта тенденция соответствует развитию защиты прав человека в современном международном праве. Согласно другому мнению, разделяемому многими членами Комиссии, дипломатическая защита является дискреционным правом государства. Государство имеет право представить претензию другому государству в связи с совершенным им противоправным деянием, даже если ущерб, вызванный этим противоправным деянием, был причинен не самому государству, а его гражданину. Однако государство не обязано представлять претензию в интересах потерпевшего гражданина. Конституционное обязательство об обеспечении для граждан дипломатической защиты никак не влияет на международное право, в том что касается института дипломатической защиты.

21. Относительно определения вреда было выражено общее мнение о том, что формулировка статьи 1 должна свидетельствовать о том, что дипломатическая защита рассматривается в связи с вредом по смыслу международного права, а не национального законодательства. По вопросу о том, влечет ли за собой нарушение национального законодательства появление права на осуществление дипломатической защиты, было предложено компромиссное решение, согласно которому ситуации, в которых национальное законодательство было нарушено в отношении иностранца и национальными судами не было обеспечено возмещение, являются основанием для постановки вопроса о причинении вреда по смыслу международного права. Однако это предложение не было поддержано некоторыми членами, поскольку проблема в связи с дипломатической защитой заключается не в отказе в проведении надлежащего судебного разбирательства, а в исчерпании внутренних средств правовой защиты, что представляет собой более широкий вопрос, чем отказ в проведении надлежащего судебного разбирательства. Дипломатическая защита может вступать в действие даже при отсутствии отказа в проведении надлежащего судебного разбирательства, и уделение значительного внимания вопросу об отказе в правосудии было бы связано с рассмотрением первичных норм.

22. Было отмечено, что в силу существования взаимосвязи между концепциями ответственности государств и дипломатической защиты в рамках второй концепции следует использовать термины, которые согласуются с первой. Была также отмечена

необходимость прояснения концепции дипломатической защиты, с тем чтобы избежать любого смешивания этой концепции с концепцией защиты дипломатов и их привилегий и иммунитетов, а также с вопросами, касающимися консульского и дипломатического представительства и функций.

с) Заключительные замечания Специального докладчика

23. Специальный докладчик заявил, что в отношении статьи 1 не возникло никаких серьезных возражений. Вместе с тем были выражены сомнения относительно используемых формулировок, в частности слова "меры", которое неодинаково толковалось различными членами. Было внесено предложение уделить данному вопросу более пристальное внимание. Некоторые члены также внесли предложение о том, чтобы формулировка статьи 1 была приведена в соответствие с формулировками статей об ответственности государств.

24. Были сделаны интересные замечания по вопросу о необходимости того, чтобы совершение противоправного деяния предшествовало возможности осуществления дипломатической защиты. Вместе с тем некоторые члены обратили внимание на возможность потенциального совершения противоправного деяния, например в случае законопроекта, предусматривающего принятие мер, которые могли бы представлять собой противоправное деяние. Этот вопрос также заслуживает последующего рассмотрения.

3. Статья 2⁹

⁹ Текст статьи 2 является следующим:

Угроза силой или ее применения запрещена как средство дипломатической защиты, за исключением случая спасения граждан, если:

a) оказывающее защиту государство оказалось не в состоянии обеспечить безопасность своих граждан мирными средствами;

b) причинившее ущерб государство не желает или не может обеспечить безопасность граждан оказывающего защиту государства;

c) граждане оказывающего защиту государства находятся в непосредственной опасности;

d) применение силы является соразмерным с учетом обстоятельств ситуации;

e) применение силы прекращается и оказывающее защиту государство выводит свои силы, как только граждане спасены.

Там же, стр. 15.

а) Вступительное слово Специального докладчика

25. Специальный докладчик пояснил, что в связи со статьей 2 возникают два крайне спорных вопроса: во-первых, неизменно актуальный вопрос о том, является ли интервенция с применением силы для защиты граждан разрешенной в соответствии с международным правом, и, во-вторых, подпадает ли данный вопрос под сферу охвата концепции дипломатической защиты. Ему не хотелось уделять слишком много места этому вопросу в своих комментариях, в частности с учетом вероятности исключения статьи 2. Он напомнил о том, что предыдущий Специальный докладчик в своем предварительном докладе в 1998 году категорически заявил, что государства не могут использовать угрозу силой или применять силу в целях обеспечения дипломатической защиты. Поэтому он считал необходимым не игнорировать этот вопрос в своем докладе.

26. Он заявил, что пункт 4 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций запрещает применение силы. Единственное исключение, касающееся односторонней интервенции, закреплено в статье 51 Устава, касающейся права на самооборону. Право на самооборону в международном праве было сформулировано задолго до 1945 года. Было общепризнано, что широкая сфера охвата этого права включает в себя как упредительную самооборону, так и интервенцию в целях защиты граждан. В статье 51 о них не содержится никакого упоминания, а говорится лишь о случаях, когда произошло вооруженное нападение. Имела место обширная дискуссия по данному вопросу между различными учеными, которые придерживались неодинаковых взглядов. Решения международных трибуналов и политических органов Организации Объединенных Наций не обеспечили четких ориентиров по данному вопросу. Суды, как правило, избегали рассмотрения данной темы. Поэтому существующие правовые нормы являются неясными. Вместе с тем в прошлом имело место большое число случаев злоупотребления данным правом, и оно по-прежнему стимулирует злоупотребление им. Следовательно, если это право будет включено в рассматриваемую статью, его следует сформулировать узко. Предприняв эту попытку, он предложил текст статьи 2, который, по его мнению, более точно отражает практику государств, чем абсолютный запрет на применение силы, который сложно согласовать с реальной практикой государств. Это же касается широкого по сфере охвата права на интервенцию, которое невозможно согласовать с протестами потерпевшего государства и третьих государств в случае интервенции с целью защиты граждан.

27. В пункте 60 доклада он отметил, что в настоящем исследовании не рассматривается вопрос о гуманитарной интервенции. Он понимает, что статья 2 вызовет значительные прения. Однако было бы целесообразно иметь решение по данному вопросу в самом начале, с тем чтобы исключить его повторное появление после того, как вопрос существа

будет подробно обсужден Комиссией. В докладе содержится достаточно материала для принятия решения по вопросу о том, следует ли включать в проект статьи положение подобного характера.

b) Краткое изложение прений

28. В отношении статьи 2 было выражено два различных мнения.

29. Согласно одному мнению, статья 2 вызывает возражение, поскольку она не содержит категорический запрет угрозы силой или ее применения при осуществлении дипломатической защиты. Проекты статей не должны предусматривать никаких исключений, которые могли бы вызывать сомнения относительно данного запрета. Обстоятельства, освобождающие государство от ответственности за акт применения силы, могли бы, возможно, включать неминуемую опасность или состояние необходимости – вопросы, которые должны регламентироваться проектом об ответственности государств. Тем не менее в контексте дипломатической защиты любая норма, разрешающая, оправдывающая или узаконивающая применение силы, является опасной и неприемлемой. Как отмечал Специальный докладчик, со времени разработки в 1902 году доктрины Драго и принятия Портерской конвенции об ограничении в применении силы при взыскании по договорным долговым обязательствам, запрет угрозы силой или ее применения являлся одним из наиболее примечательных аспектов развития права дипломатической защиты, которое, несомненно, содействовало дальнейшему развитию общего международного права. Этот запрет был окончательно закреплен в пункте 4 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций. Кроме того, учитывая имеющиеся в истории примеры применения силы под предлогом дипломатической защиты, важно сохранить в том или ином месте проекта первую часть вступительной фразы статьи 2, согласно которой "угроза силой или ее применения запрещена как средство дипломатической защиты", поскольку это положение является важным элементом в развитии обычного международного права в области дипломатической защиты. Однако оставшаяся часть предложенной Специальным докладчиком формулировки, начиная со слов "за исключением случая...", следует исключить. Следует напомнить о том, что текст об ответственности государств, в частности статья 50 а) о контрмерах, принятая в первом чтении, однозначно запрещает государству прибегать посредством использования контрмер к угрозе силой или ее применения в соответствии с содержащимся в Уставе запрещением. Вместе с тем любая попытка исключить первую часть первого предложения в статье 2, предложенной Специальным докладчиком, могла бы быть неправильно истолкована с учетом усиливающейся тенденции к применению силы в исключительных случаях.

30. В контексте мнения, выраженного в предыдущем пункте, было также заявлено, что предложение Специального докладчика также противоречит другому основополагающему принципу международного права, каковым является принцип невмешательства во внутренние дела государств, закрепленный в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, которая гласит, что ни одно государство или группа государств не имеет права вмешиваться прямо или косвенно по какой бы то ни было причине – а значит и по причине защиты своих граждан – во внутренние и внешние дела любого другого государства и что, следовательно, вооруженное вмешательство и все другие формы вмешательства или всякие угрозы, направленные против правосубъектности государства или против его политических, экономических или культурных основ, являются нарушением международного права.

31. Согласно другому мнению, вопрос о применении силы не является частью темы дипломатической защиты и не охватывается мандатом Комиссии. Дипломатическая защита связана с правовыми нормами об ответственности и в основном касается вопроса о приемлемости претензий. Комиссия не имеет возможности рассмотреть все механизмы, некоторые из которых являются сами по себе очень важными, посредством которых может обеспечиваться защита для индивидуумов, имеющих жалобы в отношении государств. Эти механизмы охватывают целый ряд мер, включая меры по поддержанию мира, консульскую деятельность и т.д. Кроме того, вопрос о применении силы для защиты своих граждан за границей не может рассматриваться в отрыве от вопроса о применении силы в целом и вопроса о применении положений Устава Организации Объединенных Наций. Меры, о которых упоминал Специальный докладчик, могли бы быть оправданы или допущены на основе других принципов международного права, таких, как необходимость, однако эти вопросы, как и вопрос о гуманитарной интервенции, являются спорными и не имеют отношения к вопросу о дипломатической защите.

32. Члены Комиссии, поддерживающие первое мнение, считают неприемлемой идею о том, что государствам следует предоставить правовую основу в рамках дипломатической защиты, которая позволила бы им применять силу в иных ситуациях, помимо самообороны, предусмотренной в статье 51 Устава Организации Объединенных Наций. По их мнению, понятие самообороны не может растягиваться для охвата защиты граждан того или иного государства в чужой стране. Вместе с тем те члены Комиссии, которые поддерживали вторую точку зрения, согласно которой вопрос о применении силы выходит за рамки дипломатической защиты, считают, что Специальный докладчик прав с юридической точки зрения и что государства прибегнут к силовым мерам, если жизнь их граждан будет находиться в опасности. Члены Комиссии, считающие, что вопросы,

обсуждаемые в статье 2, не охватываются темой дипломатической защиты и поэтому должны быть исключены, не согласны с сохранением первой части вступительной фразы, поскольку, по их мнению, применение силы с целью защиты граждан является одной из форм самопомощи, отличающейся от дипломатической защиты на любом уровне, будь то правовом или практическом. В силу этой причины сохранение этой части статьи 2 привело бы к появлению неясности.

33. Согласно другому высказанному мнению, в статьях следует четко указать, что дипломатическая защита является инициированием процедуры для обеспечения мирного урегулирования спора с целью защиты прав или имущества гражданина, который подвергся угрозе или которому был причинен вред в другом государстве. Тем самым применение силы исключается без использования формулировки, содержащейся в первом предложении проекта статьи 2. Следовательно, конструктивное решение, заслуживающее рассмотрения, могло бы предусматривать исключение слова "меры" из текста статьи 1 и включение формулировки о том, что дипломатическая защита означает инициирование процедуры для обеспечения мирного урегулирования спора.

с) Заключительные замечания Специального докладчика

34. Что касается статьи 2, то следует признать, что применение силы рассматривается некоторыми государствами как крайняя форма дипломатической защиты. Аргументы в поддержку этой точки зрения содержатся в трудах, которые были выпущены как до, так и после второй мировой войны. Является неоспоримым фактом то, что в целом ряде случаев государства прибегали к интервенции с применением силы для защиты своих граждан, утверждая, что тем самым они осуществляют право дипломатической защиты и что они будут продолжать пользоваться этим правом в будущем. Честно говоря, он не может утверждать, как это делал его предшественник, что применение силы является противоправным в случае защиты граждан. Однако он попытался предусмотреть применительно к такой интервенции серьезные ограничения. Некоторые члены отвергли проект статьи 2 на том основании, что Устав Организации Объединенных Наций категорически запрещает применение силы для защиты своих граждан и что такое применение является оправданным лишь в случае вооруженного нападения. Однако большинство членов Комиссии не заняло жесткой позиции в отношении положений Устава, а предпочло исключить статью 2 на том основании, что она просто не охватывается темой дипломатической защиты. В ходе прений выяснилось, что в отношении значения термина "дипломатическая защита" мнения разделились, однако прения также показали, что дипломатическая защита не включает применение силы. Поэтому совершенно очевидно, что проект статьи 2 является неприемлемым для Комиссии.

4. Статья 3¹⁰

а) Вступительное слово Специального докладчика

35. Специальный докладчик заявил, что вопрос о том, относится ли право на защиту к государству или индивидууму, рассматривается в статье 3. На нынешней стадии достаточно отметить, что традиционно этим правом наделялось государство гражданской принадлежности потерпевшего лица. Фикция, согласно которой ущерб причиняется государству гражданской принадлежности, восходит к XVIII столетию и к утверждению Ваттеля и была одобрена Постоянной палатой международного правосудия в связи с рассмотрением дела о концессиях Мавромматиса Палестине и дела о железной дороге Паневежис – Салдутискис, а также дела Ноттебома.

36. Статья 3 является относительно неспорной. В ней затрагивается вопрос о том, о чем праве идет речь, когда государство гражданской принадлежности ссылается на ответственность другого государства за ущерб, причиненный его гражданам. Традиционная точка зрения, согласно которой ущерб причиняется самому государству, оспаривается на том основании, что она является внутренне противоречивой. Как уже отмечалось, эта доктрина поддерживалась на протяжении столетий и была одобрена Постоянной палатой международного правосудия и Международным Судом.

37. Дипломатическая защита, хотя и основана на фикции, является признанным институтом обычного международного права, который по-прежнему представляет собой ценный инструмент в деле защиты прав человека. Она обеспечивает потенциальные средства защиты для миллионов иностранцев, которые не имеют доступа к средствам правовой защиты в международных органах, и она является более эффективным средством правовой защиты для тех, кто имеет доступ к часто неэффективным средствам правовой защиты, которые предусмотрены в международных документах по вопросам прав человека.

¹⁰ Текст статьи 3 является следующим:

Государство гражданской принадлежности имеет право осуществлять дипломатическую защиту в интересах гражданина, которому другое государство, действуя незаконно, причинило ущерб. С учетом положений статьи 4 государство гражданской принадлежности осуществляет это право по своему усмотрению.

38. В статье 3 предпринята попытка кодифицировать принцип дипломатической защиты в его традиционном виде. В ней признается дипломатическая защита в качестве права государства, которое может использовать его по своему усмотрению, с учетом положений статьи 4, всякий раз, когда другое государство, действуя незаконно, нанесло ущерб. Право на дипломатическое вмешательство государства гражданства не ограничивается случаями широкомасштабных и систематических нарушений прав человека, и государство также не обязано воздерживаться от осуществления этого права, когда физическое лицо задействует средства правовой защиты, предусмотренные договорами по правам человека или договорами об иностранных инвестициях. На практике государство, возможно, будет воздерживаться от реализации своего права, когда лицо обладает индивидуальными средствами правовой защиты, или оно может присоединиться к физическому лицу для защиты его права по соответствующему договору. В принципе, согласно статье 3, государство не обязано проявлять в этом случае сдержанность, поскольку, если его гражданину незаконно нанесен ущерб, нарушено его собственное право.

b) Краткое изложение прений

39. Содержащееся в статье 3 предложение в принципе было сочтено приемлемым, однако в отношении его формулировки был высказан целый ряд замечаний. Статья жестко следует традиционной доктрине дипломатической защиты, о чем свидетельствуют содержащиеся в ней центральные слова "в интересах гражданина, которому другое государство, действуя незаконно, причинило ущерб". Члены Комиссии выразили мнение о том, что более целесообразно было бы заменить эти заключительные слова выражением "которому причинен ущерб в результате международно-противоправного деяния другого государства", которое позволило бы удерживать вопрос существа в его собственных рамках, а именно в рамках международной ответственности. Еще более важным является то, что с точки зрения традиционной доктрины ущерб причиняется не физическому лицу, а государству, поскольку вред причиняется ему в лице его гражданина. Именно в этом и заключается традиционная фикция, и это необходимо последовательно отразить во всех проектах статей.

40. Было подчеркнуто, что весьма позитивный шаг в развитии международного права, заключающийся в признании прямых индивидуальных прав, в контексте будь то защиты прав человека или защиты инвестиций, отнюдь не подрывает традиционной доктрины дипломатической защиты. Дипломатическая защита является дискреционным правом государства в соответствии с существующим позитивным международным правом, и об этом, возможно, следует заявить более четко. В этой связи встает вопрос, не пришло ли время ограничить дискреционное право государства более узкими рамками. Было также

выражено мнение о том, что вряд ли целесообразно сохранять положение, гласящее, что право осуществлять дипломатическую защиту носит дискреционный характер, поскольку кое-кто может заявить, что такая формулировка лишит государства стимула к принятию внутренних нормативных актов, обязывающих их защищать своих граждан.

с) Заключительные замечания Специального докладчика

41. В отношении статьи 3 Специальный докладчик предложил, чтобы Комиссия взяла за основу традиционный подход, вытекающий из решения Постоянной палаты международного правосудия по делу *о концессиях Мавромматиса в Палестине*, согласно которому дипломатическая защита является правом государства, которое не выступает в качестве представителя своего гражданина. Одни члены Комиссии заявили, что следует более четко оговорить право требования государства. Другие выразили мнение, что больший упор следует сделать на то, что причинение ущерба гражданину является причиной нарушения норм международного права. Специальный докладчик заявил о своей убежденности в том, что эта идея имплицитно подразумевается в проекте статьи, однако согласился с тем, что ей можно было бы придать более эксплицитный характер.

5. Статья 4¹¹

¹¹ Статья 4 гласит следующее:

1. Если потерпевшее лицо не может возбудить иск, связанный с таким ущербом, в компетентном международном суде или трибунале, государство, гражданином которого оно является, юридически обязано осуществить дипломатическую защиту в интересах потерпевшего лица по его просьбе, если ущерб стал результатом серьезного нарушения нормы *jus cogens*, присваиваемого другому государству.
2. Государство, гражданином которого является потерпевшее лицо, освобождается от этого обязательства, если:
 - a) осуществление дипломатической защиты поставит под серьезную угрозу преобладающие интересы государства и/или его населения;
 - b) другое государство осуществляет дипломатическую защиту в интересах потерпевшего лица;
 - c) потерпевшее лицо не имеет эффективного и преобладающего гражданства этого государства.
3. Государства обязаны включать в свое внутреннее законодательство положения, обеспечивающие реализацию этого права в компетентном национальном суде или другом независимом национальном органе.

а) Вступительное слово Специального докладчика

42. Специальный докладчик заявил, что статья 4 касается еще одного противоречивого вопроса и что она представляет собой предложение de lege ferenda в области прогрессивного развития, а не кодификации. Согласно традиционной доктрине, государство обладает абсолютным правом решать, осуществлять ли ему дипломатическую защиту в интересах своего гражданина. Оно не обязано ее осуществлять. Как следствие, гражданин, которому причинен ущерб за рубежом, не имеет права на дипломатическую защиту согласно международному праву. Однако, по мнению ряда ученых, такое положение дел не является недостатком международного права и происходящие в настоящее время события в области международного права прав человека требуют, чтобы на государстве лежало определенное обязательство по предоставлению защиты потерпевшему лицу. Этот вопрос обсуждался в Шестом комитете, где большинство ораторов выразили мнение, что государство обладает абсолютным дискреционным полномочием в области предоставления дипломатической защиты. В то же время некоторые ораторы утверждали обратное.

43. Представляет интерес практика государств в этой области. Конституции многих государств предусматривают наличие права физического лица на дипломатическую защиту. Конституции некоторых стран, особенно стран Восточной Европы, содержат формулировку, согласно которой государство обязано защищать законные права своих граждан за рубежом или граждане государства должны пользоваться защитой во время своего проживания за рубежом. Однако ему не известно, подкреплены ли эти права санкцией во внутригосударственном праве этих стран или они просто направлены на обеспечение того, чтобы гражданин, которому причинен ущерб за рубежом, имел право обратиться к консульским должностным лицам своего государства.

44. В пунктах 89-93 описываются ограничения, которые следует ввести в отношении этого права. Во-первых, оно должно быть ограничено нарушением норм *jus cogens*. Во-вторых, государство гражданства должно иметь бóльшую степень усмотрения и не должно быть обязано защищать гражданина в том случае, если это противоречит его международным интересам. В-третьих, государство должно быть освобождено от этого обязательства, если физическому лицу доступно средство правовой защиты в международном трибунале. В-четвертых, государство должно быть освобождено от указанного обязательства, если другое государство может защитить физическое лицо, имеющее двойное или множественное гражданство. И наконец, он высказал идею о том, что государство не должно быть обязано оказывать защиту гражданину, который не имеет подлинной или эффективной связи с государством его гражданской принадлежности; в этом случае можно было бы применять критерий *Ноттебома*. Предлагая вниманию

Комиссии статью 4, он полностью осознает, что содержащееся в ней предложение представляет собой прогрессивное развитие права. И в этом случае также Комиссии необходимо будет уже на ранней стадии решить, не является ли оно слишком радикальным.

b) Краткое изложение прений

45. Ряд членов Комиссии выразили озабоченность по поводу статьи 4, которая, по их мнению, представляет собой предложение *de lege ferenda* и не подтверждается практикой государств. Конституционные положения, упомянутые в пунктах 80 и 81 доклада Специального докладчика, не содержат никаких доказательств *opinio juris*. Сегодня мало таких авторов, которые считают, что дипломатическая защита является обязанностью государства, и сделанный в пункте 87 вывод о том, что в современной государственной практике имеются "указания" в поддержку этой точки зрения, представляет собой оптимистическую оценку имеющихся фактических материалов.

46. В том же ключе было отмечено, что статья 4 идет слишком далеко в установлении обязанности государства оказывать дипломатическую защиту при определенных обстоятельствах без определения по отношению к кому действует эта обязанность. Возможно, по отношению к физическому лицу, однако, поскольку в статье упоминаются также императивные нормы, встает вопрос, не действует ли она по отношению ко всему международному сообществу в целом. Было указано на то, что дипломатическая защита является суверенной прерогативой государства, осуществляемой им по своему усмотрению. Национальное законодательство в лучшем случае определяет цели государственной политики с точки зрения осуществления защиты его граждан за рубежом, но не содержит положений, налагающих юридические обязательства.

47. Было подчеркнуто, что подобно статьям 1 и 3 эта статья поднимает вопрос о правах человека. Дипломатическая защита не признается однозначно в качестве права человека, и поэтому как таковая не может быть обеспечена санкцией. Было вновь указано на необходимость проведения различия между правами человека и дипломатической защитой, поскольку в случае путаницы может возникнуть больше проблем, чем их будет решено. Кроме того, статья создает большие трудности ввиду отсутствия четкого понимания сути и сферы действия "*jus cogens*". Именно по этой причине Комиссии следует ограничиться разработкой чисто технической концепции института дипломатической защиты и не выходить за рамки своего мандата.

48. Далее было отмечено, что статьи предусматривают "юридическую обязанность" государства оказывать дипломатическую защиту, но эта обязанность ограничивается

случаями, когда потерпевшее лицо обращается с просьбой о предоставлении защиты. Здесь кроется противоречие: если на государстве лежит обязанность, то оно должно выполнять ее, в противном случае оно совершает противоправное деяние. В статье 4 "просьба" со стороны потерпевших лиц увязана исключительно с серьезным нарушением норм *jus cogens*, однако эта формулировка резко сужает сферу действия права на дипломатическую защиту. Из нее следует, что государство обязано вмешиваться лишь тогда, когда затрагиваются нормы *jus cogens*. Возможно, цель состоит в том, чтобы, когда имеет место нарушение нормы *jus cogens*, государство было обязано вмешаться независимо от обстоятельств, и даже более эффективно, действенно и своевременно, чем в других ситуациях. Эта формулировка вступает в противоречие с принципами ответственности государств, согласно которым в случае нарушения норм *jus cogens* право и обязанность защитить физическое лицо возникает не только у государства гражданства, но и у всех государств.

49. Другой вопрос, возникающий в контексте этой статьи, касается того, в какой степени физическое лицо может выдвигать свои собственные претензии и можно ли одновременно с этим осуществлять право на дипломатическую защиту. Необходимо более детально уточнить, в какой момент государство должно осуществлять право на дипломатическую защиту, и если оно осуществляет такую защиту, то в какой степени физическое лицо продолжает играть свою роль во всем этом деле. Согласно гарвардскому проекту конвенции о международной ответственности государств за ущерб иностранцам, приоритет должен отдаваться претензии государства. Означает ли это прекращение рассмотрения претензии гражданина, и если нет, то означает ли это, что она более не будет находиться в центре урегулирования? Здесь вновь неясно, какова взаимосвязь между двумя претензиями, которые могут быть предъявлены одновременно.

50. Ряд других членов Комиссии заняли в отношении статьи 4 менее критическую позицию. По их мнению, в принципе в статье говорится о том, что в случае серьезного нарушения обязательства, имеющего огромную важность для обеспечения основополагающих интересов всего международного сообщества в целом, государство не может оставаться пассивным; а именно, если где-либо совершается геноцид или если государство систематически прибегает к пыткам или расовой дискриминации как средству государственного управления, другие государства не могут оставаться безучастными. Однако этот вопрос выходит за рамки дипломатической защиты. Он носит гораздо более общий характер, и члены Комиссии имеют о нем хорошее представление, поскольку он касается международных преступлений. При таких обстоятельствах государства не только имеют право, но и обязаны принимать меры, хотя все же это отнюдь не оправдывает применение силы. В то же время это не означает, что дипломатическая защита должна служить инструментом для совершения такого рода

деяний, поскольку в данном случае речь идет об обеспечении прав и интересов не только граждан, но и всего международного сообщества в целом. Эта проблема касается не дипломатической защиты, а значительно более широкой темы ответственности государств, и в особенности статьи 51 проектов статей об ответственности государств, принятых в первом чтении.

с) Заключительные замечания Специального докладчика

51. Специальный докладчик признал, что он предложил статью 4 в порядке de lege ferenda. Как уже отмечалось, его предложение получило поддержку ряда авторов, а также некоторых членов Шестого комитета и Ассоциации международного права; его положения даже фигурируют в конституциях ряда стран. Таким образом, оно направлено на прогрессивное развитие международного права. Однако, по общему мнению, этот вопрос еще не созрел для его рассмотрения в рамках Комиссии, и для того, чтобы у нее появилась такая возможность, государства должны накопить бóльший опыт в этой области, и в частности, должна быть расширена база *opinio juris*.

6. Статья 5¹²

а) Вступительное слово Специального докладчика

52. Специальный докладчик заявил, что в статье 5 в сущности рассматривается принцип, сформулированный в рамках дела *Ноттебома*, а именно принцип, согласно которому для целей дипломатической защиты между государством гражданства и физическим лицом должна существовать эффективная связь. Вопрос заключается в том, точно ли отражает этот принцип обычное право и следует ли его кодифицировать. Дело *Ноттебома* считается авторитетным подтверждением позиции о том, что между лицом и государством гражданства должна быть эффективная связь, причем не только в случае двойного или множественного гражданства, но и в том случае, когда гражданин имеет только одно гражданство. Однако два фактора, возможно, ограничивают значимость решения по этому делу и придают ему нетипичный характер. Во-первых, остаются сомнения относительно правомерности предоставления Лихтенштейном гражданства Ноттебому согласно своему внутреннему праву. Во-вторых, Ноттебом, несомненно, имел более тесные связи с Гватемалой, чем с Лихтенштейном. Поэтому, как считает

¹² Статья 5 гласит следующее:

Для целей дипломатической защиты физических лиц "государство гражданства" означает государство, гражданство которого лицо, желающее получить защиту, приобрело в силу рождения, происхождения или натурализации *bona fide*.

Специальный докладчик, Международный Суд не собирался выносить суждение относительно того, как выглядит лихтенштейнское гражданство Ноттебома по отношению ко всем государствам вообще. Он постарался ограничить свое решение правом Лихтенштейна осуществлять дипломатическую защиту от имени Ноттебома против Гватемалы, и поэтому не дал ответа на вопрос, смог бы Лихтенштейн защищать Ноттебома от какого-либо другого государства, помимо Гватемалы.

53. Что касается применения этого принципа, то информация о практике государств в этом вопросе является весьма ограниченной, а в доктрине по нему нет единого мнения. Признание этого принципа серьезно ограничит сферу действия дипломатической защиты, поскольку вследствие глобализации и эмиграции в современном мире многие люди, которые приобрели гражданство государства по рождению или происхождению, не поддерживают с ним эффективной связи. Именно по этой причине он считает, что принцип подлинной связи не должен применяться жестко и его не следует закреплять в качестве общей нормы. Поэтому предложенный им проект статьи 5 гласит, что "[д]ля целей дипломатической защиты физических лиц "государства гражданства" означает государство, гражданство которого лицо, желающее получить защиту, приобрело в силу рождения, происхождения или натурализации *bona fide*". Он исходит из двух основополагающих принципов, регулирующих вопросы гражданства. Во-первых, право государства осуществлять дипломатическую защиту основывается на связи гражданства между государством и физическим лицом; во-вторых, каждое государство само определяет в соответствии со своим внутренним правом, кто является его гражданами. Данный проект статьи учитывает также тот факт, что, являясь отнюдь не абсолютным, право государств осуществлять дипломатическую защиту в интересах гражданина носит относительный характер, что подтверждается доктриной, прецедентным правом, международными обычаями и общими принципами права (пункты 95-105 доклада). Приемлемыми связующими факторами для предоставления гражданства и признания гражданства для целей дипломатической защиты считаются рождение и происхождение. В принципе это также верно и для предоставления гражданства путем натурализации, будь то автоматически в силу закона в случаях заключения брака или усыновления или по заявлению гражданина после определенного срока проживания в стране. В то же время международное право не будет признавать натурализацию, полученную обманом путем, натурализацию, основанную на дискриминации, и натурализацию, предоставленную в отсутствие какой бы то ни было связи между государством гражданства и физическим лицом. В этом случае злоупотребление правом со стороны государства, предоставившего гражданство, придаст натурализации характер *mala fide*. Между тем существует презумпция добросовестности со стороны государства, которое имеет право на элемент субъективности при решении вопроса о том, какие факторы оно считает связующими для предоставления гражданства.

b) Краткое изложение прений

54. Было отмечено, что доклад содержит большой объем полезного материала, особенно в отношении соответствующей судебной практики и решений, принятых специализированными судебными органами, такими, как Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов и Компенсационная комиссия Организации Объединенных Наций (учрежденная после конфликта между Кувейтом и Ираком). Однако статья 5, в которой право на дипломатическую защиту основывается на гражданстве, не учитывает определенных политических и социальных реалий. Например, во многих традиционных обществах не предусматривается никакой регистрации новорожденных, и в таких обществах большому числу неграмотных людей было бы трудно доказать свое гражданство. Кроме того, существует такая категория людей, как пострадавшие от войны и беженцы, которые были вынуждены поспешно бежать за границу, как правило без проездных документов, и которые могут представить лишь устные доказательства о государстве своего происхождения. Требовать доказательств гражданства, особенно документальных, у таких людей, разумеется, бессмысленно. С этой точки зрения принцип "эффективного гражданства" является полезным, поскольку он служит основой для доказательства гражданства, которая в противном случае отсутствовала бы. Однако позиция Специального докладчика в этом вопросе представляется несколько нечеткой. Заняв в своих замечаниях по статье 5 взвешенный подход (пункт 117), согласно которому "[п]редлагаемое в деле *Ноттебома* требование относительно наличия подлинной связи при его буквальном применении серьезно подрывает традиционную доктрину дипломатической защиты", он вновь возвращается к этому принципу в комментарии к статьям 6 и 8, придав ему широкое и позитивное толкование. В своей практике государства ссылаются не на гражданство, а на место проживания как связующий фактор, который следует учитывать при урегулировании споров. В реальной жизни именно место проживания будет служить основой для дипломатической защиты, поскольку в противном случае право на нее невозможно будет подтвердить с помощью обычной документации.

55. Некоторые члены Комиссии настаивали на том, что не следует право на дипломатическую защиту слишком жестко увязывать с гражданством. Сегодня все чаще граждане принимают решение о проживании за границей. Поэтому место проживания создает такую связь с принимающим государством, которая не менее эффективна, чем гражданство. Даже если это и выходит за рамки традиционной доктрины, это реальность современной жизни, с которой следует считаться Комиссии. В контексте статей 5-8 место проживания следует рассматривать не просто, как дополнительный фактор, а как реальный связующий фактор.

56. В то же время было выражено мнение о том, что не следует переоценивать значение - как выразились некоторые члены Комитета - "обычного места проживания" применительно к дипломатической защите. В противном случае встанет вопрос о том, дает ли обычное проживание лица в государстве этому государству право осуществлять дипломатическую защиту даже в том случае, если это лицо обладает другим гражданством в силу *jus soli*, *jus sanguinis* или натурализации *bona fide*. Иное дело, когда речь идет о лице без гражданства или беженце; эта ситуация рассматривается в статье 8. Другой вопрос, который возникнет в этом случае, заключается в том, утрачивает ли государство, гражданство которого физическое лицо приобрело в силу *jus soli*, *jus sanguinis* или натурализации, право на дипломатическую защиту, если местом обычного проживания этого лица является другая страна. Согласно членам Комиссии, придерживающимся этого мнения, ответ на эти вопросы должен быть отрицательным, поскольку в противном случае место обычного проживания станет "естественным врагом" дипломатической защиты.

57. Было высказано замечание относительно того, что, хотя вопрос о гражданстве и имеет отношение к данной теме, он не носит центрального характера. Статья 5 не направлена на то, чтобы обеспечить всеобъемлющий охват норм международного права, касающихся гражданства. Но она будет служить основой для того, чтобы одно государство могло оспорить предоставление гражданства физическому лицу другим государством. Специальный докладчик справедливо указал на "чувствительность" государств к любого рода подозрениям относительно ненадлежащего осуществления ими того, что они считают своей суверенной прерогативой, а именно права на предоставление гражданства физическим лицам. Поэтому было бы желательно последовать тем же безопасным путем, что и Международный Суд в деле *Номтебома*, и согласиться с тем, что государства вправе предоставлять гражданство физическим лицам. Ответ на вопрос о том, имеет ли данное лицо гражданство определенного государства или нет, предполагает применение законодательства, и поэтому лучше оставить его на усмотрение самого государства. Согласно решению по делу *Номтебома*, подход к требованию в отношении гражданства заключается в том, чтобы позволить другим государствам, если они того пожелают, оспорить существование эффективной связи между государством и его гражданином. Было отмечено, что, как справедливо подчеркнул Специальный докладчик, в практике государств мало примеров оспаривания эффективности гражданства. Однако примеров оспаривания государствами способов предоставления гражданства другими государствами еще меньше. Число дел, иллюстрирующих тот и другой подход, не позволяет прийти к однозначному выводу: скорее следовало бы выяснить, ощущают ли себя государства, в отношении которых выдвигаются претензии, вправе использовать в качестве возражения отсутствие эффективности.

58. Было подчеркнуто, что, если Комиссия сохранит критерий эффективности, следует ввести в отношении его ряд ограничений, с тем чтобы сделать его пригодным для применения. Ей следует рассмотреть, служит ли отсутствие эффективности гражданства основанием для оспаривания его каким-либо государством или оно служит основанием для оспаривания факта существования подлинных связей физического лица с государством, заявляющим свое требование, лишь государством, которое имеет наиболее существенные связи с этим лицом. Тем не менее Международный Суд сослался на критерий *Ноттебома* в деле о компании "Барселона Трэкшн", которое касалось не физического, а юридического лица. Хотя Суд и не подтвердил этот критерий, он попытался установить, применим ли он в отношении Канады, и пришел к выводу, что между "Барселона Трэкшн" и Канадой существуют достаточные связи. В то же время он не сопоставил эти связи со связями "Барселона Трэкшн" с Испанией, где функционировали ее дочерние компании, или с Бельгией, граждане которой составляли большинство акционеров "Барселона Трэкшн". Дипломатическая защита основывается на идее о том, что государство гражданства особенно затрагивается ущербом, причиненным - или, возможно, причиненным - физическому лицу. Этот институт предназначен для того, чтобы дать возможность государствам поддерживать иски в интересах не физических лиц в целом, а лишь своих собственных граждан. Существование подлинной связи между физическим лицом и государством, которое не является государством гражданства, является тем возражением, к которому может, при желании, прибегнуть государство, независимо от того, существует ли более сильная подобная связь с самим этим государством. В случае отсутствия подлинной связи государство гражданства не является особенно затронутым.

59. Было отмечено, что статья 5 тесно связана со статьей 3 и что в ней дано определение гражданина, а не государства гражданства. Критерии предоставления гражданства - рождение, происхождение и натурализация - являются надлежащими и общепризнанными. Каждого из них достаточно для установления эффективной связи между государством гражданства и его гражданином, даже если местом обычного проживания этого гражданина является другое государство. В отношении места обычного проживания было подчеркнуто, что ряд авторов проводят различие между недобровольной и добровольной натурализацией исходя из того, приобретено ли гражданство путем усыновления, узаконения, признания, заключения брака или каким-либо иным способом. Сама натурализация, даже когда она ограничена Специальным докладчиком натурализацией "bona fide", остается весьма широкой концепцией, принимающей различные формы в зависимости от используемых оснований. Среди таких оснований место обычного проживания нередко играет важную роль, хотя, как правило, и в сочетании с другими связующими факторами.

60. Однако критерий "bona fide", по мнению ряда членов Комиссии, носит субъективный характер, и, как следствие, его применение вызовет затруднения. Было подчеркнуто, что требование "bona fide" возложит бремя доказывания недобросовестности на государство-ответчик и что это будет несправедливо. Вместо него было бы предпочтительней использовать термин "действительная натурализация", как это было сделано в деле *Флегенхаймера*. Далее было предложено сократить статью, исключив из нее слова «в силу рождения, происхождения или натурализации "bona fide"». Другие члены Комиссии высказались за то, чтобы сохранить эти слова, добавив, однако, выражение "в соответствии с международным правом" в целях квалификации натурализации. Это было сочтено неприемлемым некоторыми членами Комиссии, которые заявили, что сохранение какого бы то ни было упоминания о методах предоставления гражданства ставит под сомнение дискреционное право государства предоставлять гражданство в соответствии со своим внутренним правом.

61. Далее было указано, что перечисление требований в отношении приобретения гражданства в статье 5 в отличие от статьи 1 создает впечатление о том, что право государства предоставлять гражданство ставится под сомнение и что государства неправомочны предоставлять гражданство в случае, если основания не являются "bona fide". Было подчеркнуто, что проблема заключается не в гражданстве, а в возможности его оспаривания. Если подходить с этой точки зрения, то и вопрос о гражданстве "bona fide", и дело *Ноттебома*, и другие вопросы - все встает на свои места. Дело *Ноттебома* касается не права государства на предоставление гражданства, а права Лихтенштейна на возбуждение иска против Гватемалы. Поэтому, согласно этой точке зрения, пункты 97, 98, 101 и 102 доклада Специального докладчика следует обсуждать в контексте возможности оспаривания, а не права государства на предоставление гражданства, которое, несомненно, является абсолютным. Вследствие этого необходимо соответствующим образом изменить заключение, к которому пришел Специальный докладчик в пункте 120 своего доклада.

62. Кроме того, было высказано замечание о том, что содержащееся в пункте 117 доклада утверждение о том, что предлагаемое в деле *Ноттебома* требование, касающееся наличия "подлинной связи", серьезно подрывает традиционную доктрину дипломатической защиты, является преувеличением. Напротив, если физическое лицо имеет гражданство государства, приобретение которого отвечает одному из вышеперечисленных критериев, это государство имеет все основания для осуществления дипломатической защиты. Кроме того, как представляется, содержащееся в пункте 104 доклада Специального докладчика утверждение о том, что натурализация не будет признаваться в том случае, если она носила насильственный характер, хотя и уместно, все

же не учитывает случай правопреемства государств, когда государство-правопреемник обладает правом предоставить свое гражданство en masse и в авторитарной форме даже тем лицам, которые имеют гражданство государства-правопредшественника и которые постоянно проживают на территории государства, являющегося объектом правопреемства. Это - важное исключение, которое признается в международном праве на тех же основаниях, что и добровольная натурализация.

63. Ряд членов Комиссии выразили мнения о том, что будет сложно обсуждать статью 5 в отсутствие упоминания о вопросах отказа в правосудии и исчерпания местных средств правовой защиты. Для вменения ущерба государству необходима констатация факта отказа в правосудии, а именно должны быть исчерпаны все возможности получения возмещения или сатисфакции от государства, которому вменяется совершение деяния. Процедура дипломатической защиты может быть инициирована после того, как будут исчерпаны все местные административные и правовые средства защиты, и если не будет возмещен ущерб, причиненный в результате нарушения международного обязательства.

64. В этой связи была высказана идея о том, что в данных проектах статей целесообразно рассматривать только вопрос обращения с физическими лицами. Юридических лиц следует исключить из этого исследования с учетом очевидных трудностей с определением их гражданства, которое может быть гражданством государства, в котором расположена контора юридического лица или в котором оно зарегистрировано, гражданство его акционеров и, возможно, даже гражданство основного центра, в котором принимаются решения.

65. Вместе с тем другие члены Комиссии не согласились с включением в текст отказа в правосудии, поскольку это означало бы рассмотрение первичных норм вопреки уже принятому решению Комиссии ограничить пределы обсуждения данной темы вторичными нормами. Что касается вопроса о том, следует ли ограничивать эту тему физическими лицами, то некоторые члены Комиссии выразили мнение о том, что на данный момент предрешать этот вопрос не следует; с учетом расширения международной торговли граждане, нуждающиеся в дипломатической защите, могут быть акционерами компаний и т.п.

с) Заключительные замечания Специального докладчика

66. Специальный докладчик констатировал, что рассматриваемый вопрос, как подчеркивали многие члены Комиссии, касается не приобретения гражданства, а дипломатической защиты. В статье 5, возможно, не удалось провести четкое различие между этими понятиями. Реальная проблема заключается в выяснении того, потеряло ли

государство гражданства право защищать то или иное лицо, если это лицо постоянно проживает в другом государстве. Речь здесь идет об оспаривании права государства обеспечивать защиту граждан, а не обстоятельств, в которых оно может предоставлять гражданство. В данном случае в игру вступил фактор противопоставления гражданства, и этот фактор следует урегулировать посредством изменения формулировки данной статьи. Он согласился с предложением изменить редакцию статьи 5 в порядке исключения из нее ссылок на рождение, происхождение и натурализацию. Были высказаны возражения в отношении использования термина "недобросовестность", что также является вопросом формулировки. Таким образом, несмотря на то, что многие участники высказали предложения относительно того, как улучшить статью 5, ни один из них не поставил под сомнение необходимость в таком положении. Что касается требования об исчерпании средств местной правовой защиты, то Специальный докладчик согласился, что это один из вопросов, который должен рассматриваться в ходе работы по теме дипломатической защиты, даже несмотря на то, что он обсуждается и в рамках темы, касающейся ответственности государства.

7. Статья 6¹³

а) Вступительное слово Специального докладчика по статье 6

67. В статье 6 говорится о двойном или множественном гражданстве, которое представляет собой реальный факт международной жизни, даже если его признают и не все государства. Вопрос здесь заключается в том, может ли одно государство гражданства обеспечивать дипломатическую защиту против другого государства гражданства от имени лица, имеющего двойное или множественное гражданство. Попытки кодификации, практика государств, судебные решения и труды теоретиков расходятся по этому вопросу, как это явствует из доклада (пункты 122-159), однако в большинстве вышедших в последнее время источников эта норма, закрепленная в статье 6, судя по всему, находит поддержку: с учетом некоторых условий государство гражданства может осуществлять дипломатическую защиту от имени потерпевшего гражданина против государства,

¹³ Статья 6 гласит следующее:

С учетом пункта 4 статьи 9 государство гражданства может осуществлять дипломатическую защиту от имени потерпевшего гражданина против государства, гражданином которого потерпевший также является, когда [преобладающим] [эффективным] гражданством этого лица является гражданство первого государства.

гражданином которого потерпевший также является, в тех случаях, когда преобладающим гражданством этого лица является гражданство первого государства. Критерий преобладающего или эффективного гражданства является важным моментом, и в этой связи судам вменяется в обязанность тщательно рассматривать вопрос о том, имеет ли данное лицо более тесные связи с одним государством, чем с другим.

b) Краткое изложение прений

68. В отношении статьи 6 были высказаны различные точки зрения. Некоторые члены поддержали закрепленный в статье принцип и включение ссылки на "преобладающее и эффективное" гражданство. Другим было трудно согласиться с основным предложением, заложенным в этой статье. Еще одна группа членов высказалась по конкретным аспектам формулировки этой статьи.

69. Некоторые члены заявили, что, несмотря на классическое правило, в соответствии с которым государство не несет ответственности за своих собственных граждан, статью 6 следует одобрить по соображениям, изложенным Специальным докладчиком в докладе. Хотя, как указывается в пункте 153, при решении вопроса, касающегося эффективного или преобладающего гражданства, могут возникать определенные проблемы, тем не менее решить его можно. Как и в отношениях между двумя государствами гражданства, государство-истец на практике может одержать верх, если чаша весов в части гражданства явно склоняется в его пользу. Любое сомнение по поводу наличия эффективного или преобладающего гражданства между государством-истцом и государством-ответчиком должно решаться в пользу государства-ответчика.

70. Участники отметили, что "преобладающее" гражданство и "эффективное" гражданство в прецедентном праве рассматриваются на взаимозаменяемой основе. Вместе с тем некоторое предпочтение все же высказывается в пользу концепции "преобладающее гражданство", поскольку она предполагает, что в случае одного гражданства связь с государством более сильная, чем в случае другого. С другой стороны, выражение "эффективное гражданство" может означать, что связь в виде гражданства не будет достаточной для установления права государства осуществлять дипломатическую защиту ни в том, ни в другом случае. Если говорить о лице, имеющем двойное гражданство, то в этом случае можно было бы, например, утверждать, что связь в виде гражданства ни с одним, ни с другим государством не является эффективной. Из этого следует, что ни то, ни другое государство не может осуществлять дипломатическую защиту. Специальный докладчик сообщил, что он поддерживает тех членов Комиссии, которые предпочитают слово "преобладающее" слову "эффективное", поскольку в данном случае речь идет о сопоставлении соответствующих связей, которые поддерживает данное

лицо с одним или другим государством. Однако он не полностью поддержал причины, которые приводились в порядке обоснования этого предпочтения, поскольку гражданство, приобретенное в силу рождения, может вполне быть эффективным гражданством: это зависит от того, насколько широкий смысл вкладывается в слово "эффективное".

71. Было отмечено, что в статье 6 рассматривается сложный вопрос последствий множественного гражданства для права осуществлять дипломатическую защиту. Специальный докладчик готов признать право государства гражданства потерпевшего лица на осуществление дипломатической защиты от его имени по отношению к другому государству гражданства того же лица при условии, что гражданство государства, осуществляющего защиту, носит преобладающий или эффективный характер. Сделать этот вывод было не так просто по той причине, что исходный постулат этого анализа – статья 4 Гаагской конвенции, регулирующей некоторые вопросы, связанные с коллизией законов о гражданстве, 1930 года - противоречит этому мнению, поскольку она предусматривает, что "государство не может предоставлять дипломатическую защиту одному из своих граждан против государства, гражданством которого такое лицо также обладает". Даже сегодня этот принцип продолжает находить своих последователей.

72. Однако, как было показано Специальным докладчиком, развитие принципа преобладающего или эффективного гражданства сопровождалось значительным изменением в подходе к решению вопроса, касающегося осуществления дипломатической защиты от имени лиц, имеющих двойное или множественное гражданство. Специальный докладчик привел многочисленные примеры применения принципа преобладающего или эффективного гражданства в случаях двойного гражданства, главным образом судебные решения, начиная с дела *Ноттебома* и заканчивая судебной практикой Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и США. Сделанный им вывод в пункте 160 доклада заключается в том, что "таким образом, содержащийся в статье 6 принцип отражает современное состояние международного обычного права и согласуется с развитием международных стандартов в области прав человека, которые обеспечивают защиту лицам, даже против государства, гражданами которого они являются". Однако положение здесь не такое простое. Во-первых, "развитие международных стандартов в области прав человека" до настоящего времени происходило исключительно на основе договорных норм и носило ограниченный характер, поскольку оно касалось только государств, которые были связаны этими нормами, а также правами и свободами, которые эти нормы устанавливали. Кроме того, как указывается самим Специальным докладчиком в пункте 146 его доклада, у юристов нет единого мнения по поводу применимости принципа преобладающего гражданства. В этой связи отмечалось, что если государство в настоящее время относится более терпимо к множественному гражданству, чем 30-50 лет назад, то все же многие из них до сих пор инкорпорируют в свое внутреннее

законодательство право, содержащееся в статье 3 Гаагской конвенции 1930 года, которое предусматривает, что "лицо, имеющее два или более гражданства, может рассматриваться как гражданин каждого из государств, гражданством которых оно обладает". И даже сейчас, как представляется, государства не очень стремятся отказаться от этого права. Несмотря на дело *Ноттебома*, которое до сих пор рассматривается в качестве основной точки отсчета, принцип суверенного равенства государств продолжает пользоваться широкой поддержкой. В тех случаях когда двойное гражданство установлено точно, любое огульное применение принципа преобладающего или эффективного гражданства может привести к абсурдным последствиям и подорвать суверенитет государства. Кроме того, двойное гражданство дает тем, кто им обладает, целый ряд преимуществ тем, в связи с чем был поднят вопрос о том, почему такие лица не должны также страдать и от связанных с этим недостатков.

73. Было отмечено, что проблема, поставленная в статье 6, носит сложный характер, поскольку многие государства настаивают на том, чтобы их граждане сохраняли свое первоначальное гражданство, причем даже в тех случаях, когда они впоследствии приобретают другое гражданство. Это предполагает, что государство происхождения (т.е. первое государство гражданства) сохраняет за собой правомочие осуществлять дипломатическую защиту от имени одного из его граждан по отношению к государству, гражданство которого было данным гражданином приобретено (второе государство гражданства). В этой связи было бы лучше, если бы Комиссия ограничилась рассмотрением принципа, закрепленного в статье 4 Гаагской конвенции, регулирующей некоторые вопросы, связанные с коллизией законов о гражданстве, 1930 года, которая предусматривает, что "государство не может предоставлять дипломатическую защиту одному из своих граждан против государства, гражданством которого такое лицо также обладает". Защита лица, имеющего двойное гражданство, против государства, которому он обязан своей лояльностью и преданностью, неправомерна.

74. Было подчеркнуто, что принцип преобладающего или эффективного гражданства имеет право на существование в случаях двойного гражданства, когда дипломатическая защита соответствующего лица осуществляется одним из государств гражданства против третьего государства. Однако когда речь заходит о применении этого принципа против другого государства гражданства соответствующего лица, то достаточных примеров в обычном международном праве для кодификации такой нормы пока найти не удается. Кроме того, если проект статьи 6 рассматривать в контексте прогрессивного развития международного права, то ключевым фактором в определении того, может ли государство гражданства осуществлять дипломатическую защиту против другого государства гражданства, должно являться не преобладающее гражданство государства-истца, а

скорее отсутствие истинных и эффективных связей между данным лицом и государством-ответчиком.

с) Заключительные замечания Специального докладчика

75. Специальный докладчик признал, что статья 6 таит в себе много проблем и является предметом существенного расхождения во мнениях. Он согласился с тем, что ее было бы целесообразно поместить после статьи 7. Вместе с тем, в отличие от других членов, он не рассматривает ее в качестве явного случая прогрессивного развития международного права. На этот счет существуют две точки зрения, которые в том и другом случае находят широкую поддержку, и в этой связи выбор между этими конкурирующими принципами надлежит сделать Комиссии. Он подчеркнул, что многие государства не разрешают своим гражданам отказываться от их гражданства или терять его. В этой связи могут иметь место случаи, в которых то или иное лицо, которое прекратило все связи с государством гражданства и приобрело гражданство другого государства, все еще формально связано гражданством с государством происхождения. Это означает, что в том случае, если интересы такого лица ущемлены государством происхождения, то второе государство гражданства не может обеспечить защиту. Совершенно ясно, что в проекте должно содержаться положение, охватывающее суть вопроса, рассматриваемого в статье 6.

8. Статья 7¹⁴

а) Вступительное слово Специального докладчика

76. Специальный докладчик сообщил, что статья 7, в которой говорится об осуществлении дипломатической защиты от имени граждан с двойным или множественным гражданством против третьих государств, т.е. государств, гражданином которых данное лицо не является, предусматривает, что любое государство гражданства может осуществлять дипломатическую защиту, не будучи при этом обязанным

¹⁴ Статья 7 гласит следующее:

1. Любое государство, гражданином которого является лицо с двойным или множественным гражданством, в соответствии с критериями, перечисленными в статье 5, может осуществлять дипломатическую защиту от имени этого гражданина против государства, гражданином которого он также является.

2. Два или более государства гражданства по смыслу статьи 5 могут совместно осуществлять дипломатическую защиту от имени лица с двойным или множественным гражданством.

доказывать, что между ним и данным лицом существует эффективная связь. Это – компромиссное правило, которое было разработано в условиях расхождения во мнениях и нашло поддержку в решениях Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и США и Компенсационной комиссии Организации Объединенных Наций.

b) Краткое изложение прений

77. Многие члены в принципе поддержали статью 7. Они выразили мнение, что пункт 1 статьи 7 фактически отражает содержание статьи 5, ничего не добавляя в нее нового. Они поддержали мнение Специального докладчика о том, что принцип эффективного или преобладающего гражданства не применяется в тех случаях, когда одно государство гражданства стремится осуществить защиту лица с двойным гражданством против другого государства, гражданином которого он не является. Поддержку получило и предложение, содержащееся в пункте 170 доклада Специального докладчика, в соответствии с которым коллизия в отношении требования наличия эффективной связи в случаях двойного гражданства с участием третьих государств оптимальным образом разрешается посредством возложения на государство-истца требования о том, чтобы оно продемонстрировало лишь наличие *bona fide* связи в виде гражданства между ним и потерпевшим лицом.

78. Вместе с тем была выражена озабоченность по поводу того, что здесь Специальный докладчик, судя по всему, отказывается от принципа преобладающего или эффективного гражданства, который он стремился применить в статье 6. В пункте 173 своего доклада Специальный докладчик признает, что государство-ответчик может высказать возражение в том случае, когда гражданство государства-истца было приобретено недобросовестно. В соответствии с этим мнение *bona fide* связь в виде гражданства не может полностью подменять принцип преобладающего или эффективного гражданства, изложенный в статье 5 Гагской конвенции 1930 года и подтвержденный последующей судебной практикой, в том числе решением по делу Ноттебома. Естественно, в этой связи возникает вопрос о том, следует ли толковать концепцию *bona fides* в широком или узком смысле в контексте настоящей статьи. Однако Специальный докладчик, как представляется, применил строго формальный подход к гражданству без учета наличия эффективной связи между соответствующим лицом и рассматриваемыми государствами. В этой связи можно отметить, что, хотя принцип преобладающего гражданства, согласно данному мнению, можно оставить в стороне, тем не менее в статью 7 необходимо включить освобождающую оговорку, с тем чтобы этой статьей не могло воспользоваться какое-либо государство для осуществления дипломатической защиты от имени лица, имеющего множественное гражданство, с которым у него нет эффективной связи.

79. Что касается пункта 2, то было высказано замечание по поводу того, что концепция совместного осуществления дипломатической защиты двумя или более государствами гражданства является вполне приемлемой. Тем не менее либо в статье 7, либо в комментарии необходимо предусмотреть положение, согласно которому обоим государствам гражданства предоставлялась бы возможность осуществлять дипломатическую защиту от имени лица с двойным гражданством против третьего государства одновременно, но раздельно. В таком случае третье государство должно иметь возможность требовать применения принципа преобладающего гражданства с целью отказать одному из государств-истцов в праве на дипломатическую защиту. Определенные трудности могут также возникнуть в том случае, если одно государство гражданства отказывается от своего права осуществлять дипломатическую защиту или заявляет, что оно удовлетворено ответом государства-ответчика, в то время как другое государство продолжает настаивать на своем иске.

с) Заключительные замечания Специального докладчика

80. Специальный докладчик отметил, что статья 7 получила широкую поддержку, что были высказаны некоторые полезные соображения в отношении формулировок и что серьезных сомнений по поводу принципа, закрепленного в данной статье, высказано не было.

9. Статья 8¹⁵

а) Вступительное слово Специального докладчика

81. Специальный докладчик заявил, что норма, изложенная в статье 8, которая касается осуществления дипломатической защиты от имени лица, которое не имеет гражданства или является беженцем, представляет собой пример прогрессивного развития международного права. Она явно отходит от традиционной позиции, изложенной в решении по делу "Диксон карвил компани против Мексиканских Соединенных Штатов".

¹⁵ Статья 8, предложенная Специальным докладчиком, гласит следующее:

Государство может осуществлять дипломатическую защиту потерпевшего лица, которое не имеет гражданства и/или является беженцем, если такое лицо обычно и на законных основаниях проживает в государстве, выдвигающем претензии [и имеет эффективную связь с этим государством?]; при условии, что ущерб был нанесен после того, как это лицо стало на законных основаниях проживать в этом государстве.

См. там же, стр. 51.

По вопросу апатридов и беженцев был принят целый ряд конвенций, в особенности после второй мировой войны, однако в них вопрос дипломатической защиты не рассматривается. Многие теоретики высказывали идею о том, что это является своего рода просмотром, который необходимо устранить, поскольку государство должно быть в состоянии обеспечивать защиту беженцев и апатридов. Соответствующим государством в этом плане является государство проживания, поскольку именно проживание, как об этом свидетельствует судебная практика Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и США, является важным аспектом взаимосвязи данного лица с государством. Однако вопрос о том, готова ли Комиссия следовать этому принципу, даже несмотря на отсутствие обычной и судебной практики по этому вопросу, остается нерешенным.

b) Краткое изложение прений

82. В целом было высказано общее мнение о том, что статья 8 представляет собой пример прогрессивного развития международного права. Однако такое прогрессивное развитие международного права гарантируется нормами современного международного права, которые отнюдь не могут быть нейтральными по отношению к бедственному положению, в котором находятся беженцы и апатриды. Статья 8 подтверждает роль института дипломатической защиты в достижении основной цели международного права, каковой является цивилизованное существование на основе справедливости, и иллюстрирует то, каким образом Комиссия могла бы в нужное время и в соответствующих условиях выполнить одну из возложенных на нее задач, которая заключается в прогрессивном развитии международного права. Проблема защиты апатридов и беженцев является весьма актуальной, поскольку людей, которые относятся к этим категориям, в мире насчитывается многие миллионы. В этой связи была высказана идея о том, что в настоящее время есть альтернативы гражданству, которые необходимо принимать во внимание в конкретных обстоятельствах, и что случай беженцев и апатридов – это как раз тот случай, который нуждается в самом тщательном рассмотрении. Для этого необходимо посмотреть, можно ли провести параллель с гражданством в том случае, когда речь идет о постоянном проживании.

83. Вместе с тем некоторые члены поставили действенность статьи 8 под сомнение. По их мнению, хотя конвенции в области прав человека и обеспечивают апатридам и беженцам определенную степень защиты, тем не менее большинство государств проживания не намерены распространять практику дипломатической защиты на эти две группы. В ряде судебных решений подчеркивается, что государство не может совершать международно-противоправного деяния против лица, не имеющего гражданства, и, как следствие, такое государство не уполномочено принимать меры или возбуждать иск от его имени. В Конвенции о статусе беженцев 1951 года однозначно говорится о том, что

выдача проездных документов ни в коей мере не дает право держателю этих документов на защиту со стороны дипломатических или консульских органов страны выдачи, равно как и не облекает эти органы правом обеспечивать защиту. В Конвенции о сокращении безгражданства 1961 года вопрос о защите умалчивается. Несмотря на изменения, которые произошли в последние годы в части защиты беженцев и апатридов, время для решения вопроса, касающегося дипломатической защиты таких лиц, пока еще, судя по всему, не пришло.

84. Что касается статьи 8, то некоторые члены выразили озабоченность по поводу того, что если дипломатическая защита должна рассматриваться в качестве права какого-либо лица по отношению к государству, уполномоченному предоставлять ему дипломатическую защиту, то это возложило бы на государства, предоставляющие убежище или принимающие у себя беженцев и апатридов, дополнительное бремя. Проблема, связанная с защитой беженцев, может быть сведена к выражению "лучшее может стать врагом хорошего". Если государства полагают, что предоставление статуса беженца является первым шагом на пути предоставления гражданства и что любое осуществление дипломатической защиты является фактически констатацией для данного лица того факта, что предоставление ему статуса беженца предполагает предоставление гражданства, то это явилось бы еще одним фактором, препятствующим предоставлению статуса беженца. Статус беженца в классическом смысле этого слова является чрезвычайно мощным оружием в деле защиты отдельных лиц против преследований или обоснованных опасений преследования. Если Комиссия сделает это бремя чрезмерно тяжелым, то существующие уже и без того серьезные трудности с сохранением классической системы будут усугублены еще больше. Однако если концепцию дипломатической защиты строить в качестве дискреционного права государства, а не права отдельного лица, то тогда эта статья с некоторыми изменениями, касающимися условий, в которых может осуществляться такая защита, была бы для этих членов более приемлемой. Некоторые члены Комиссии, хотя и поддержали в какой-то мере тех, кто высказывал опасения по поводу того, что альтернатива, предлагаемая принимающему государству, может на практике превратиться в своего рода бремя, тем не менее высказали мнение о том, что государствам проживания нельзя отказывать в праве на осуществление дипломатической защиты от имени апатридов или беженцев, находящихся на их территории. Такое право, возможно, не будет осуществляться очень часто, однако в общем и целом отказывать в этом праве нельзя. Эти члены высказались за сохранение текста Специального докладчика при условии разделения статьи 8 на отдельные положения, в которых рассматривались бы соответственно апатриды и беженцы.

85. Один из выступающих подчеркнул, что в тех случаях, когда то или иное принимающее государство считает себя вынужденным по нравственным или

практическим соображениям поддерживать претензии лиц, проживающих на его территории, по отношению к третьим государствам, такое действие не может рассматриваться как правовое обязательство, а, скорее, как действие, предпринимаемое по усмотрению самого государства. Этот член Комиссии высказал уверенность в том, что Специальный докладчик никогда не имел в виду, что предоставление статуса беженца является предпоследним этапом в процессе предоставления права на гражданство. Государство может, по гуманитарным соображениям, поддержать некоторые претензии беженцев, ставя их в те же условия, что и своих граждан, поскольку никого другого, кто мог бы отстаивать их дело, нет.

86. Что касается вопроса проживания, то некоторые члены сочли целесообразным предусмотреть требование, в соответствии с которым беженец или апатрид должен прожить в принимающей стране определенный период времени, прежде чем он сможет претендовать на дипломатическую защиту. Вместе с тем другие члены предпочли требование, касающееся "эффективной связи".

87. Что касается вопроса о том, может ли государство проживания беженца осуществлять дипломатическую защиту против государства гражданства беженца, то мнения по этому вопросу разделились. В этой связи было отмечено, что Верховный комиссар по делам беженцев Организации Объединенных Наций является органом, обеспечивающим защиту беженцев, и может рассматривать жалобы от имени беженцев с правительством соответствующей страны. Если международные организации могут осуществлять функциональную защиту в отношении своих сотрудников, то тогда нет никаких причин, по которым УВКБ не может делать то же самое в отношении беженцев, находящихся под его "защитой". Это облегчило бы бремя, лежащее на принимающих государствах, которыми в большинстве случаев являются развивающиеся страны, сталкивающиеся с острыми проблемами, возникающими в связи с наплывом беженцев, которые негативно сказываются на их экономической жизни, а также на их экологической обстановке и общественном порядке. Другие члены не разделили это мнение и высказались в том плане, что если в отношении претензий, связанных с вопросами, которые возникли до предоставления статуса беженца, дипломатическая защита не должна осуществляться против государства гражданства беженца, то в отношении претензий, возникших после предоставления беженцам такого статуса, эта защита должна предоставляться без каких бы то ни было колебаний.

с) Заключительные замечания Специального докладчика

88. Статья 8 является ярким примером прогрессивного развития международного права, и подавляющее большинство членов высказались в ее поддержку. Высказанные

возражения были фактически обоснованы нечетко. Во-первых, принимающее государство оставляет за собой право осуществлять дипломатическую защиту и таким образом обладает в этом вопросе дискреционными полномочиями. Во-вторых, никаких соображений по поводу того, что государство, в котором данное лицо получило убежище, может возбудить иск против государства происхождения, высказано не было. Это весьма четко разъясняется в пунктах 183 и 184 его доклада, хотя в самой статье это можно было бы выразить более четко. В-третьих, этим положением вряд ли можно злоупотребить: апатриды и беженцы, проживающие в том или ином конкретном государстве, вряд ли могут очень часто выезжать за границу, поскольку в этом случае государству проживания пришлось бы выдавать им проездные документы, что на практике делается не часто. Дипломатическая защита потребуется только в том случае, когда то или иное лицо пользуется такими документами и когда ему был нанесен ущерб в третьем государстве, ином, чем государство происхождения. Члены Комиссии высказали ряд предложений, касающихся улучшения текста, включая предложение о разбивке статьи на две части, из которых одна будет касаться апатридов, а другая – беженцев.

10. Доклад об итогах неофициальных консультаций

89. На своем 2624-м заседании Комиссия учредила неофициальную консультативную группу открытого состава под руководством Специального докладчика по статьям 1, 3 и 6. Доклад об итогах неофициальных консультаций изложен ниже:

А. Обсуждение было по большей части сосредоточено на статье 1, которая призвана описать сферу охвата исследования.

1. Была достигнута договоренность, что статья 1 не должна включать ссылку на отказ в правосудии и что не следует предпринимать какой-либо попытки разработать по этой теме положение по существу, поскольку оно по сути является первичной нормой. При этом было решено, что отказ в правосудии следует упомянуть в качестве примера международно-противоправного деяния в комментарии к статье 1. Кроме того, было подчеркнуто, что элементы этой концепции должны рассматриваться в положении об исчерпании местных средств правовой защиты.
2. Было решено, что не должно быть исключаящей оговорки, увязанной со статьей 1. В то же время в комментарии должно быть четко показано, что проект статей не будет охватывать следующие вопросы:
 - а) функциональную защиту со стороны международных организаций;

- b) защиту дипломатов, консулов и других государственных должностных лиц, действующих в своем официальном качестве;
 - c) дипломатические и консульские иммунитеты;
 - d) отстаивание интереса гражданина, не связанного с правовым притязанием.
3. Было решено, что в проекте статей – на данном этапе – будет предпринята попытка охватить защиту как физических, так и юридических лиц. Соответственно в статье 1 будет упоминаться "гражданин" ("national") – термин, достаточно широкий для охвата лиц обеих категорий. Однако защита юридических лиц создает особые проблемы, в связи с чем было признано, что Комиссия могла бы позднее еще раз рассмотреть вопрос о целесообразности включения защиты юридических лиц.
4. Высказывалось мнение, что включение ссылки на "мирные процедуры" в статье 1 могло бы устранить необходимость прямого запрета применения силы (см. ниже, статья 1).

Рекомендовалось, чтобы следующие варианты статьи 1, учитывающие работу группы по неофициальным обсуждениям, были рассмотрены Редакционным комитетом.

ПЕРВЫЙ ВАРИАНТ

- 1) Дипломатическая защита означает процедуру, предпринимаемую одним государством в отношении другого государства, связанную с дипломатическим действием или судебным разбирательством [или другими средствами мирного урегулирования спора?] [в рамках международного права?] в связи с причинением вреда гражданину в результате международно-противоправного деяния, приписываемого последнему государству.
- 2) В исключительных обстоятельствах, предусмотренных в статье 8, дипломатическая защита может быть распространена на негражданина.

ВТОРОЙ ВАРИАНТ

Дипломатическая процедура является процессом, в котором государство поддерживает претензию своего гражданина и т.д. и т.п. [далее – по существу то же, что и первый вариант].

ТРЕТИЙ ВАРИАНТ

- 1) Дипломатическая защита представляет собой процесс, связанный с дипломатическим или судебным действием [или другими средствами мирного урегулирования споров], посредством которого государство, в интересах своих граждан, на международном уровне заявляет права в отношении вреда, причиненного его гражданину международно-противоправным деянием другого государства по отношению к данному государству.

В. Статья 3 не вызвала особых прений. Поэтому рекомендуется передать Редакционному комитету следующий текст.

Государство гражданства имеет право [управомочено?] осуществлять дипломатическую защиту в интересах гражданина [или негражданина, как определено в статье 8], которому был причинен вред международно-противоправным деянием со стороны другого государства.

Высказывалось мнение, что подтверждение права государства осуществлять дипломатическую защиту может быть истолковано как одобрение абсолютного права государства по своему усмотрению предоставлять защиту гражданину или отказывать в ней. Это подрывало бы усилия, предпринимаемые во внутригосударственном праве в порядке возложения на государство обязательства осуществлять дипломатическую защиту в интересах гражданина. Поэтому фраза "имеет право" может быть заменена словом "управомочено".

С. Статья 6 была передана на неофициальные консультации для того, чтобы устранить расхождение во мнениях, выявившееся в Комиссии по вопросу о том, может ли государство преобладающего или эффективного гражданства осуществлять дипломатическую защиту в отношении другого государства гражданства. Группа по неофициальным консультациям признала, что "среди источников имеется разногласие", однако согласилась с тем, что статья 6 согласуется с нынешними тенденциями в международном праве. Тем не менее было

решено, что Редакционному комитету следует рассмотреть вопрос о включении гарантий, исключающих злоупотребление принципом, содержащимся в статье 6. Это можно было бы сделать путем

1. усиления оговорки, содержащейся в пункте 4 статьи 9 в том, что касается статьи 6;
2. подчеркивания того, что гражданин не должен иметь эффективной связи с государством-ответчиком; а также
3. включения определения термина "преобладающее" или "эффективное" гражданство в отдельное положение.

Было рекомендовано передать статью 6 Редакционному комитету.

Статья 6

С учетом пункта 4 статьи 9 государство гражданства может осуществлять дипломатическую защиту от имени потерпевшего гражданина против государства, гражданином которого потерпевший также является, когда [преобладающим] [эффективным] гражданством этого лица является гражданство первого государства.

Пункт 4 статьи 9

Дипломатическая защита не может осуществляться новым государством гражданства против предыдущего государства гражданства за вред, причиненный в период, когда соответствующее лицо являлось гражданином только последнего государства.

D. Каких-либо возражений против передачи статей 5, 7 и 8 Редакционному комитету высказано не было. Поэтому рекомендуется передать статьи 1, 3, 5, 6, 7 и 8 Редакционному комитету.

90. Комиссия рассмотрела доклад об итогах неофициальных консультаций на своем 2635-м заседании и постановила на этом же заседании передать проекты статей 1, 3 и 5-8 Редакционному комитету вместе с докладом об итогах неофициальных консультаций.