



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
28 February 2001
Russian
Original: English

Комиссия международного права

Пятьдесят третья сессия

Женева, 23 апреля — 1 июня и

2 июля — 18 августа 2001 года

Второй доклад по вопросу о дипломатической защите, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Джоном Дугардом

Содержание

| | <i>Пункты</i> | <i>Стр.</i> |
|---|---------------|-------------|
| A. Исчерпание местных средств правовой защиты | 1–4 | 2 |
| B. Общий принцип о необходимости исчерпания местных средств правовой защиты | | 4 |
| C. Норма об исчерпании местных средств правовой защиты является нормой обычного права | 5 | 4 |
| D. Лица, которые должны исчерпать местные средства правовой защиты . . | 6 | 4 |
| E. Первичные и вторичные нормы | 7–10 | 5 |
| F. Средства правовой защиты, которые должны быть исчерпаны | 11–17 | 8 |
| G. Местные средства правовой защиты должны быть исчерпаны, если требование преимущественно основывается на ущербе гражданину | 18–34 | 11 |
| Статья 11 | 18–31 | 11 |
| Статьи 12 и 13 | 32–34 | 17 |
| H. Кодификация | 35–43 | 20 |
| I. Судебные решения | 44–50 | 25 |
| J. Практика государств | 51–52 | 30 |
| K. Мнения правоведов | 53–62 | 31 |
| L. Заключение | 63–66 | 38 |
| M. Будущая работа | 67 | 40 |

A. Исчерпание местных средств правовой защиты

1. Норма об исчерпании местных средств правовой защиты представляет собой одну из норм обычного международного права. В деле компании «Интерхандель» Международный Суд заявил, что:

«Норма о необходимости исчерпания местных средств правовой защиты до возбуждения международного разбирательства представляет собой давно установившуюся норму обычного международного права; эта норма обычно соблюдается в делах, когда государство становится на защиту своего гражданина, который утверждает, что другое государство ущемило его права в нарушение международного права. До возможного обращения в такой ситуации в международный суд считается необходимым, чтобы государство, где произошло нарушение, имело возможность устранить его последствия своими собственными средствами, в рамках своей собственной внутренней системы»¹.

В деле компании «Электроника Сикюла (С.П.А.)» (ELSI) Международный Суд охарактеризовал ее не просто как норму, а как «важный принцип обычного международного права»².

2. В поддержку этой нормы выдвигалось много аргументов. Бошар приводит следующие аргументы:

«Во-первых, существует презумпция, согласно которой гражданин, выезжающий за рубеж, учитывает средства, предоставляемые местным правом в целях возмещения ущерба в результате правонарушения; во-вторых, право на суверенитет и независимость дает государству местной юрисдикции основания требовать, чтобы вмешательство в деятельность его судов не осуществлялось, исходя из того, что они способны отправлять правосудие; в-третьих, правительство государства гражданской принадлежности потерпевшего должно дать правительству государства-нарушителя возможность свершить правосудие по отношению к пострадавшей стороне в соответствии с его собственной законной процедурой, что позволит избежать международных дискуссий вообще; в-четвертых, если ущерб причинен частным лицом или младшим чиновником, исчерпание местных средств необходимо для установления того, что противоправное деяние или отказ в правосудии представляют собой умышленное деяние государства; и, в-пятых, если оно представляет собой умышленное деяние государства, это государство не желает устранить последствия противоправного деяния. Логический принцип заключается в том, что если существует судебное средство правовой защиты, то должны быть предприняты попытки для его использования. Если попытки использовать его добросовестно были предприняты и установлен факт отказа в правосудии, в действие вступают нормы, касающиеся дипломатической защиты»³.

¹ 1959, *I.C.J. Reports*, 27.

² 1989, *I.C.J. Reports*, 42, para. 50.

³ *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1915), pp. 817–818. Дополнительные аргументы см. К. Doehring, “Local Remedies, Exhaustion of”, in *Encyclopedia of Public International Law* (1997), vol. 3, p. 238; Bernardo Sepúlveda Amor, “International Law and

Согласно Хименес де Арчаге в основе этой нормы лежит «уважение суверенитета и юрисдикции государства, компетентного рассматривать вопрос через посредство его судебных органов»⁴.

3. Норма об исчерпании местных средств правовой защиты была включена в статью 22 проектов статей об ответственности государств, принятых Комиссией в первом чтении⁵. В комментарии к этой статье⁶ говорится, что требование об исчерпании местных средств правовой защиты является «одним из принципов общего международного права». В проектах статей об ответственности государств, принятых в предварительном порядке Редакционным комитетом во втором чтении в 2000 году⁷, предусматривается, что «ссылка на ответственность государства не является возможной, если... к требованию применяется норма об исчерпании местных средств правовой защиты и все доступные и эффективные местные средства правовой защиты не были исчерпаны»⁸; однако при этом поставлена задача сформулировать всеобъемлющую норму по этому вопросу в настоящем исследовании.

4. Специальному докладчику Роберто Аго, который занимался составлением статьи 22, удалось включить многие из принципов, составляющих местные средства правовой защиты, в единую статью из одного предложения, которая гласит следующее:

«Если поведение государства создало ситуацию, не соответствующую результату, предусмотренному международным обязательством о соответствующем обращении с иностранными физическими или юридическими лицами, но из указанного обязательства следует, что данный или эквивалентный результат может тем не менее быть обеспечен последующим поведением государства, нарушение этого обязательства налицо лишь в том случае, если данные физические или юридические лица безуспешно исчерпали доступные им эффективные местные средства правовой защиты в целях достижения предусмотренного этим обязательством соответствующего обращения и, если это было недостижимо, эквивалентного обращения».

В настоящем докладе не предприняты попытки соперничать в мастерстве, во-первых, поскольку компоненты нормы об исчерпании местных средств правовой защиты, рассматриваемые в настоящем докладе, выходят за рамки тех компонентов, которые рассматривал Аго⁹, и, во-вторых, поскольку цель, заключающаяся в обеспечении четкости, лучше всего достигается благодаря

National Sovereignty: NAFTA and the Claims of Mexican Jurisdiction” (1996), 19 *Houston Journal of International Law* 586.

⁴ “International Responsibility”, in M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law* (1968), p. 584.

⁵ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 10 и исправления (A/51/10 и Corr.7)*, глава III.D.1.

⁶ *Ежегодник... 1977 год, том II (Часть вторая)*, стр. 34–59.

⁷ A/CN.4/L.600.

⁸ Там же, статья 45.

⁹ Аго признал, что цель статьи 22 не заключается в охвате всех аспектов нормы об исчерпании местных средств правовой защиты, особенно тех, которые выходят за рамки цели проектов статей, а именно кодификации общих норм, регулирующих ответственность государств; комментарий к статье 22, пункты (52) и (61) выше, сноска 6, стр. 56, 58–59.

составлению нескольких проектов статьи. Поэтому одна статья Роберто Аго в настоящем докладе заменена не менее пятью статьями.

В. Общий принцип о необходимости исчерпания местных средств правовой защиты

Статья 10

1. Государство не может выдвигать международное требование, связанное с ущербом гражданину, будь то физическое или юридическое лицо, до того как потерпевший гражданин с учетом статьи 15 исчерпал все доступные местные средства правовой защиты в государстве, которое, как утверждается, виновно в нанесении ущерба.

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

С. Норма об исчерпании местных средств правовой защиты является нормой обычного права

5. То, что исчерпание местных средств правовой защиты является давно установившейся нормой обычного международного права, не оспаривается. Это было подтверждено в решениях международных¹⁰ и национальных судов, двусторонних и многосторонних договорах, государственной практике, в рамках кодификационных усилий правительственных и неправительственных органов и в трудах юристов. Тот факт, что в договорах, особенно инвестиционных договорах, может иногда предусматриваться действие этой нормы, никоим образом не затрагивает общий характер нормы или универсальность ее признания¹¹. В комментарии к статье 22 проектов статей об ответственности государств, принятых Комиссией в первом чтении¹², содержится перечень источников, подтверждающих ее действительность. Необходимость перечисления этих источников отсутствует.

Д. Лица, которые должны исчерпать местные средства правовой защиты

6. Исчерпывать местные средства правовой защиты должны как физические, так и юридические лица. Иностранная компания, финансируемая частично или главным образом за счет публичного капитала, также должна исчерпывать местные средства правовой защиты при осуществлении ею *acta jure gestionis*¹³.

¹⁰ См. пункт 1 выше.

¹¹ Выше, сноска 6, стр. 57, пункт 55. См. также С.Ф. Amerasinghe, "Whither the Local Remedies Rule?" (1990), 5 *ICSID Review* 292 (в дальнейшем "Whither the Rule?").

¹² Выше, сноска 6.

¹³ Выше, сноска 6, стр. 53, пункт 45. Р. Аго, шестой доклад об ответственности государств, Ежегодник ... 1977 год, том II (Часть первая), стр. 48, пункт 103 (A/CN.4/209); см. также

Вместе с тем дипломаты или государственные предприятия, осуществляющие *acta jure imperii*, не должны исчерпывать местные средства правовой защиты, поскольку причиненный им ущерб является прямым ущербом государству, по отношению к которому норма об исчерпании местных средств правовой защиты не применяется¹⁴.

Е. Первичные и вторичные нормы

7. В настоящем докладе не предпринимаются попытки определить или охарактеризовать большой диапазон международно-противоправных деяний, которые влекут за собой ответственность государств, когда ущерб причиняется иностранцу, по отношению к которому применяется норма об исчерпании местных средств правовой защиты. Такие попытки означали бы вторжение в область «первичных норм» международного права, чего Комиссия старательно избегала в ее проектах статей об ответственности государств и чего, как она предложила, следует подобным образом избегать в исследовании по вопросу о дипломатической защите¹⁵. Такая политика сослужила хорошую службу Комиссии в том, что касается подхода к ответственности государств. Однако следует подчеркнуть, во-первых, что четкое различие между первичными и вторичными нормами отсутствует; во-вторых, что это различие покоится на неясных судебно-практических основаниях; и в-третьих, что это различие имеет сомнительную ценность в исследовании, посвященном вопросу об исчерпании местных средств правовой защиты.

8. О невозможности проведения четкого различия между первичными и вторичными нормами свидетельствуют многие случаи, когда между членами Комиссии возникали разногласия относительно квалификации той или иной формы в качестве первичной или вторичной¹⁶. Ученые также испытывали трудности с проведением четкого различия¹⁷.

report of the Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property to the International Law Association London Conference (2000), pp. 12–13; M. Herdegen, “Diplomatischer Schutz und die Erchöpfung von Rechtsbehelfen”, in G. Ress and T. Stein, *Der diplomatische Schutz im Völker – und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen* (1996), p. 65; C.H.P. Law, *The Local Remedies Rule in International Law* (1961), pp. 116–121.

¹⁴ См. пункт 27, ниже.

¹⁵ Рабочая группа Комиссии международного права на ее сорок девятой сессии рекомендовала, чтобы исследование темы о дипломатической защите было ограничено «кодификацией вторичных норм: затрагивая условие совершения государством международно-противоправного деяния в качестве предпосылки, она не будет касаться при этом конкретно содержания нарушенных международно-правовых обязательств, будь то по обычному или договорному праву». *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/52/10)*, глава III.B, пункт 181.

¹⁶ Спорная статья 19 в проектах статей об ответственности государств, принятых Комиссией в первом чтении (выше, сноска 5), которая касалась международных преступлений государств, часто квалифицировалась в качестве первичной нормы в кодексе, содержащем вторичные нормы. См. первый доклад об ответственности государств, подготовленный Джеймсом Кроуфордом (1998 год), A/CN.4/490, пункт 18.

¹⁷ См. R.B. Lilich, “Duties of States regarding the Civil Rights of Aliens” (1978-III), 161 *Recueil des Cours* 373. См. также Combacau and D. Allard, “‘Primary’ and ‘Secondary’ Rules in the Law of State Responsibility: Categorizing International Obligations” (1985), 16 *Netherlands Yearbook of International Law* 81. Эта в высшей степени сложная статья не разъясняет

9. На различие между первичными и вторичными нормами сослался Специальный докладчик Роберто Аго в качестве способа для избавления Комиссии от трудностей, вызванных предложениями Специального докладчика Гарсиа Амадора кодифицировать международный минимальный стандарт в его проектах статей об ответственности государств¹⁸. Аго уделил мало внимания судебно-практической основе этого различия, когда он впервые ввел это различие в своем втором докладе об ответственности государств, в котором говорится следующее:

«Вопрос об ответственности весьма отличен по своим аспектам от других вопросов, намеченных ранее Комиссией для их кодификации. При составлении предыдущих проектов Комиссия обычно занималась, главным образом, определением норм международного права, налагающих на государства в той или иной области межгосударственных отношений конкретные обязательства и подпадающих в некотором отношении под определение «первичные» в противоположность другим нормам, которые как раз относятся к области ответственности и которые могут быть определены как «вторичные», так как они служат для определения последствий невыполнения обязательств, установленных первыми»¹⁹.

Юристы из стран общего права, знакомые с различием между первичными и вторичными нормами, развитым Х.Л.А. Хартом в вышедшей в 1961 году работе «Концепция права», который рассматривает вторичные нормы в значительной степени как нормы признания, призванные выявлять первичные нормы об обязательствах²⁰, сразу поймут, что Аго имел в виду некоторые иные судебно-практические разъяснения. Более вероятно, что на Аго повлияли труды такого юриста, как Эльф Росс²¹, который рассматривает правовую норму в качестве завершённой лишь в том случае, если «вторичные нормы» об эффективности (или санкции) добавляются к «первичным нормам» об обязательстве²². Независимо от причин для проведения использованного Комиссией различия между первичными и вторичными нормами, оно не имеет под собой четкой судебно-практической основы.

10. Хотя различие между первичными и вторичными нормами сыграло свою роль в области ответственности государств, это различие нельзя строго провести в исследовании, посвященном вопросу об исчерпании местных

различия между первичными и вторичными нормами. Скорее она свидетельствует об имманентных трудностях, связанных с проведением такого различия.

¹⁸ См. Первый доклад об ответственности государств, подготовленный Аго, *Ежегодник...* 1969 год, том II, стр. 139–157, документ A/CN.4/217 и Add.1; и Второй доклад об ответственности государств, *Ежегодник...* 1970 год, том II, стр. 207–231, документ A/CN.4/233.

¹⁹ *Ежегодник...* 1970 год, том II, стр. 209, документ A/CN.4/233.

²⁰ K. Wellens, “Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law: Some Reflections on Current Trends”, in L.A.N.M. Barnhoorn and K.C. Wellens (eds.), *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law* (1995), p. 3, где рассматривается вопрос международного права с точки зрения проведенного Х.Л.А. Хартом различия между первичными и вторичными нормами. Однако это не означает, что это различие определяло подход Аго к ответственности государств.

²¹ *On Law and Justice* (1959), pp. 209–210.

²² Анализ этого вопроса см. в L.F.E. Goldie, “State Responsibility and the Expropriation of Property” (1978), 12 *International Lawyer* 63.

средств правовой защиты в контексте дипломатической защиты, поскольку концепция отказа в правосудии в конечном счете связана с нормой об исчерпании местных средств правовой защиты. Авторы, пишущие о норме об исчерпании местных средств правовой защиты, часто включают в свои работы анализ отказа в правосудии в качестве одного из неотъемлемых элементов нормы об исчерпании местных средств правовой защиты или считают по меньшей мере необходимым обсуждать связь между отказом в правосудии и исчерпанием местных средств правовой защиты²³. Кроме того, попытки кодифицировать норму о местных средствах правовой защиты часто направлены на формулирование некоторого определения отказа в правосудии²⁴. Подобного рода обстоятельства в сочетании с тем, что отказ в правосудии может рассматриваться как вторичная норма, оправдывающая обращение к дальнейшим средствам правовой защиты (связана с «нормой о тщетности», которая обсуждается в статье 15), или как первичная норма, влекущая за собой международную ответственность, предполагают, что попытки сохранить жесткое различие между первичными и вторичными нормами, проведенное в исследовании об ответственности государств, в настоящем исследовании не должны предприниматься так же активно. В комментарии к статье 22 проектов статей об ответственности государств, принятых Комиссией в первом чтении, указывается, что необходимо любой ценой избегать, чтобы рассмотрение темы об исчерпании местных средств правовой защиты «сводилось к рассмотрению содержания «первичных» норм международного права»²⁵. Однако это указание было сделано в контексте кодификации норм об ответственности государств, и

²³ C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (1990), chap. 3 (в дальнейшем “*Local Remedies*”); Borchard, *supra*, note 3, part I, chap. 8; A.A. Cançado Trindade, “Denial of Justice and its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law” (1978), 53 *Philippine Law Journal* 404 (в дальнейшем “Denial of Justice”); C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law* (1928), p. 113; и “Denial of Justice in International Law” (1928), 22 *A.J.I.L.* 542; D.P. O’Connell, *International Law*, 2nd ed. (1970), vol. 2, pp. 945–950; R. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim’s International Law*, 9th ed. (1992), vol. 1, pp. 525, 544; I.L. Head, “A Fresh Look at the Local Remedies Rule” (1967), 5 *Canadian Yearbook of International Law* 149; A.O. Adede, “A Survey of Treaty Provisions on the Rule of Exhaustion of Local Remedies” (1977), 5 *Harvard International Law Journal* 1 (в дальнейшем “Survey”); и “A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of the Denial of Justice” (1976), 14 *Canadian Yearbook of International Law* 76 («доктрина отказа в правосудии и норма о местных средствах правовой защиты являются двумя сторонами одной и той же монеты») (в дальнейшем “Fresh look”); F.S. Dunn, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law* (1932), pp. 146–159.

²⁴ Статьи 4 и 9 из *Статей, принятых в первом чтении Третьим комитетом Конференции по кодификации международного права* (Гаага, 1930 год) (League of Nations publication V. Legal, 1930. V.17) (текст в *Ежегоднике...* 1956 год, том II, стр. 225–226 текста на англ. языке); American Institute of International Law (1925) Project No 15, article 4; (текст в *Ежегоднике...* 1956 год, том II, стр. 226 текста на англ. языке); Draft Convention on Responsibility of States for Injuries on their Territory to the Person or Property of Foreigners, Institute of International Law (1927), articles 5 and 6 (text in *ibid.*, p. 228); Draft Convention on Responsibility of States for Damage Done in their Territory to the Person or Property of Foreigners (particularly article 9), Harvard Law School 1929 (text in *ibid.*, p. 229); Principles of International Law that Govern the Responsibility of the State in the Opinion of Latin-American Countries (article 8), prepared by the Inter-American Juridical Committee in 1962 (текст в *Ежегоднике...* 1969 год, том II, стр. 153 текста на англ. языке, документ A/CN.4/217 и Add.1); F.V. García Amador, Third Report to ILC, *Yearbook...* 1958, vol. II, pp. 55–60, document A/CN.4/111.

²⁵ Выше, сноска 6, стр. 56, пункт 52.

оно не лишает Комиссию возможности использовать другой подход в исследовании, посвященном дипломатической защите.

Е. Средства правовой защиты, которые должны быть исчерпаны

11. Доступные иностранцу средства правовой защиты, которые должны быть исчерпаны до предъявления международного требования, неизбежно будут разными в разных государствах. Поэтому ни одна кодификация не может обеспечить разработку абсолютной нормы, регулирующей все ситуации. Слова «все», «доступные» и ограничение местных средств правовой защиты средствами правовой защиты «в судах или административных судах» или трибуналах, будь-то обычных или специальных» дают определенные ориентиры, но не могут охватывать всех обстоятельств. Кроме того, эта статья должна толковаться вместе со статьей 15, в которой предусматриваются изъятия из нормы о том, что должны быть исчерпаны все доступные местные средства правовой защиты.

12. Активной поддержкой пользуется мнение о том, что должны быть исчерпаны все *правовые* средства защиты, которые дают физическому лицу возможность добиться успеха. В деле *Нильсен против Дании*²⁶ Европейская комиссия по правам человека заявила, что норма об исчерпании требует, «чтобы были использованы все *правовые* средства защиты, доступные согласно местному праву»; в то время как в деле *Амбатиелоса*²⁷ арбитражный трибунал заявил, что «должна быть испробована вся система *правовой* защиты, предусмотренная внутренним правом». Ученые также формулировали эту норму с требованием об исчерпании *правовых* средств защиты²⁸. Однако существует некоторая неопределенность относительно значения термина «правовой» в контексте местных средств защиты.

13. Ясно, что «правовые» средства защиты включают в себя судебные средства защиты. Иностранец должен исчерпать все доступные судебные средства защиты, предусмотренные во внутрисударственном праве государства-ответчика. Если внутреннее право соответствующего государства позволяет подавать апелляцию в том или ином деле в суд высшей инстанции, такая апелляция должна быть подана в целях получения окончательного решения по данному вопросу. Суды в этой связи включают в себя как обычные, так и специальные суды, поскольку «решающее значение имеет не обычный или чрезвычайный характер того или иного средства правовой защиты, а то, дает ли оно возможность добиться эффективного и достаточного возмещения»²⁹.

²⁶ Application No. 343/57, *Report of the Commission, Council of Europe* (1961), p. 37.

²⁷ (1956) 12 *U.N.R.I.A.A.* 120.

²⁸ См., например, *Oppenheim's International Law*, выше, сноска 23, p. 523; Amerasinghe, *Local Remedies*, выше, сноска 23, p. 157; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law* (1983), p. 58 (в дальнейшем “*Application of the Rule*”).

²⁹ *B. Schauw Hielsen v. Denmark Case*, Application No. 343/57 (1958–9), 2 *Yearbook of the*

14. Правовые средства защиты также включают в себя средства защиты в административных органах, при условии, что иностранный гражданин имеет право на получение возмещения по решению трибунала. В некоторых источниках обращение к административным органам сформулировано чересчур широко. В проекте конвенции о международной ответственности государств за ущерб иностранцам, подготовленном юридическим факультетом Гарвардского университета в 1961 году³⁰, говорится, что местные средства правовой защиты считаются исчерпанными, «если истец использовал все административные, арбитражные или судебные средства защиты, которые были ему предоставлены государством-ответчиком»³¹. Кроме того, в пояснительном комментарии к проекту говорится следующее:

«Под административными средствами защиты понимаются все те средства защиты, которые доступны через исполнительную власть, а также специальные средства защиты, которые могут предоставляться в силу законодательных мер, если требования обычно рассматриваются с помощью частных исков о возмещении»³².

Эта схема, которая пользуется поддержкой некоторых ученых³³, предполагает, что истец не только должен исчерпать те средства, которые существуют по праву в соответствии с принципом *ubi jus ibi remedium*, но и, видимо, должен обратиться к исполнительной (или законодательной?) власти, с тем чтобы она назначила возмещение в порядке осуществления своих дискреционных полномочий. Ясно, что попытки получить такое возмещение не подпадают под сферу охвата норм об исчерпании местных средств правовой защиты. Местные средства правовой защиты, которые должны быть исчерпаны, включают в себя средства правового характера, «но не экстраправового средства защиты, или средства защиты, предоставляемые в порядке доброй воли»³⁴ или средства защиты, «цель которых заключается в том, чтобы добиться одолжения, а не защиты права»³⁵. Поэтому административные или иные средства защиты, которые не носят судебного или квазисудебного характера и являются

European Convention on Human Rights 438. См. также *Lawless Case*, Application No. 332/57 (1958–9), 2 *Yearbook of the European Convention of Human Rights* 318–322.

³⁰ Текст см. в *Ежегоднике...* 1969 год, том II, стр. 163, документ A/CN.4/217 и Add.1; (1961) 55 *A.J.I.L.* 577.

³¹ Статья 19.

³² L.B. Sohn and R.R. Baxter, *Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens* (1961), p. 164.

³³ Adede, “Survey”, выше, сноска 23, pp. 4–7.

³⁴ J.L. Brierly, *The Law of Nations*, 6th ed. (ed. H. Waldock), p.281; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed. (1998), p. 499 (в дальнейшем “*Principles*”); C.F. Amerasinghe, “The Local Remedies Rule in Appropriate Perspective” (1976), 36 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 747 (в дальнейшем “The Local Remedies Rule”); A.M. Aronovitz, “Notes on the Current Status of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in the European Convention of Human Rights (1995)”, 25 *Israel Yearbook on Human Rights* 89; *Greece v. United Kingdom*, Application No. 299/57 (1958–9), 2 *Yearbook of ECHR* 192; *Finnish Vessels Arbitration* (1934), 3 *U.N.R.I.A.A.* 1479.

³⁵ *De Becker v. Belgium*, Application No 214/56, (1958–9), 2 *Yearbook of ECHR* 238; E. Jiménez de Aréchaga, “General Course in Public International Law” (1978–I), 159 *Recueil des Cours* 293 (в дальнейшем “General Course”).

дискреционными, выходят за рамки применения нормы об исчерпании местных средств правовой защиты³⁶.

15. Решение по делу *Амбатиелоса*³⁷, в котором арбитражная комиссия сделала вывод о том, что иностранец не исчерпал местные средства правовой защиты, не вызвав важного свидетеля, и постановила, что «местные средства правовой защиты» включают не только обращение в суд и арбитраж, но также использование процессуальных возможностей, которые внутреннее право предоставляет тяжущимся в таких судах и арбитражах», было подвергнуто справедливой критике в качестве налагающего слишком тяжкое бремя на иностранного гражданина³⁸. Представляется невозможным и нецелесообразным разрабатывать норму, которая правильно отражала бы все сложности, присущие делу *Амбатиелоса*. Представляется более уместным просто обратить на это дело внимание тяжущихся сторон в качестве напоминания о том, что у них нет «второго шанса» на международном уровне, если они в силу небрежной подготовки и представления иска на внутригосударственном уровне не сделали все от них зависящее для исчерпания местных средств правовой защиты³⁹.

16. С тем чтобы заложить удовлетворительную основу для международного требования на основании исчерпания местных средств правовой защиты иностранный истец должен выдвинуть во время внутреннего судопроизводства все аргументы, которые он намерен выдвинуть в ходе международного разбирательства. В ходе *арбитража по делу о финских судах* арбитр заявил, что:

«все спорные факты и правовые нормы, которые выдвинуты правительством-истцом... должны быть расследованы и решены внутригосударственными судами»⁴⁰.

Этот принцип был подтвержден Международным Судом в деле «ЭЛСИ»⁴¹. Как и «норма» в решении по делу *Амбатиелоса*, этот принцип, как представляется, включен в комментарий в качестве рекомендации будущим тяжущимся

³⁶ Cançado Trindade, *Application of the Rule*, выше, сноска 28, p. 62; Amerasinghe, *Local Remedies*, выше, сноска 23, p. 161; J.E.S. Fawcett, *The Application of the European Convention on Human Rights* (1965), p. 295 (в дальнейшем «Application»). В деле *Веласкес против Родригеса*, Межамериканский суд по правам человека, Preliminary Objections, Judgement of 26 June 1987, Series C, No. 1 (1994) определил средства защиты как средства, «которые подходят для защиты законного права» (p. 222, para. 64).

³⁷ Выше, сноска 27, p. 120.

³⁸ См. особое мнение арбитра Спиropулоса, *ibid*, p. 128; Amerasinghe, *Local Remedies*, выше, сноска 23, pp. 215–249; E. Jiménez de Aréchaga, «International Responsibility», in M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law* (1968), pp. 586–587; (1956) 46 *Annuaire de l'Institut de Droit International* 306–7 (в дальнейшем «International Responsibility»). *Sed contra* T. Haesler, *The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals* (1968), pp. 81–92; C.H.P. Law, *The Local Remedies Rule in International Law* (1961), pp. 83–91; *Oppenheim's International Law*, выше, сноска 23, p. 524.

³⁹ См. O'Connell, выше, сноска 23, pp. 1059.

⁴⁰ Выше, сноска 34, pp. 1502. См. также *the Ambatielos Claim*, выше, сноска 27, p. 123.

⁴¹ Выше, сноска 2, p. 45–46. См. также комментарий к статье 22 проектов статей об ответственности государств, принятых Комиссией в первом чтении (выше, сноска 6, стр. 55, пункт 49), в котором говорится, что решающее значение имеет демонстрация намерения выиграть дело.

сторонам, а не компонента статьи об исчерпании местных средств правовой защиты.

17. Из статьи 10 явствует, что местные средства правовой защиты должны быть «доступными». Это означает, что местные средства правовой защиты должны быть доступны как в теории, так и на практике. Однако существуют определенные разногласия относительно того, как иностранец может опробовать или исчерпать местные средства правовой защиты, которые на самом деле доступны больше в теории, чем на практике. В решении по *делу о родопских лесах*⁴² трибунал признал отсутствие средств правовой защиты, которые надлежит исчерпывать в тех случаях, когда суверен пользуется судебно-процессуальным иммунитетом по внутригосударственному праву, в то время как в решении по *делу о железной дороге Паневежис-Салдутискис*⁴³ Постоянная палата международного правосудия отказалась признать отсутствие местного средства правовой защиты в случае протеста против действительности акта конфискации со стороны правительства в порядке *jure imperii*. Палата постановила следующее:

«Вопрос о том, обладают ли литовские суды юрисдикцией рассматривать тот или иной конкретный иск, регулируется литовским законодательством, и лишь литовский суд может выносить по нему окончательное решение... До тех пор пока не будет четко продемонстрировано, что [они] не обладают юрисдикцией, Палата не может согласиться с утверждением о том, что норма об исчерпании местных средств правовой защиты не применяется».

Именно Суд должен решать с учетом фактов каждого дела вопрос об отсутствии средства правовой защиты в рамках правовой системы соответствующего государства. Хотя заключению адвоката о доступности того или иного средства правовой защиты следует уделить серьезное внимание, оно не может иметь решающую силу⁴⁴. Вопросы, касающиеся доступности того или иного средства правовой защиты, также обсуждаются в статье 15.

G. Местные средства правовой защиты должны быть исчерпаны, если требование преимущественно основывается на ущербе гражданину

Статья 11

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

⁴² (1933) 3 U.N.R.I.A.A 1420.

⁴³ 1939 P.C.I.J. Reports, Series A/B, No. 76, p. 19. См. также Amerasinghe, “The Local Remedies Rule”, *выше*, сноска 34, pp. 752–754; ILA Report, *выше*, сноска 13, p. 17; Aronovitz, *выше*, сноска 34, pp. 78–79.

⁴⁴ Amerasinghe, *Local Remedies*, *выше*, сноска 23, pp.191–192.

требуемые средства правовой защиты, характер требования и предмет спора.]

18. Норма об исчерпании местных средств правовой защиты определенно имеет отношение к исследованию, посвященному дипломатической защите, поскольку эта норма применяется лишь в случаях, когда государству-истцу ущерб нанесен «косвенно», т.е. через посредство его гражданина. Она не применяется, если государство-истец понесло прямой ущерб в результате противоправного деяния другого государства⁴⁵, поскольку у этого государства имеются свои собственные основания для предъявления международного требования. Кроме того, нельзя ожидать, что государство будет исчерпывать местные средства правовой защиты в таком случае, поскольку это будет нарушать принцип *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem*⁴⁶.

19. На практике сложно установить, является ли требование «прямым» или «косвенным», когда оно «смешанное» в том смысле, что оно содержит элементы ущерба как государству, так и гражданам этого государства⁴⁷. Многие споры, рассматривавшиеся в международных судах, являются примером смешанного требования. В деле о воздушном инциденте от 27 июля 1955 года (*Израиль против Болгарии*)⁴⁸, когда Болгария сбила самолет компании «Эль Аль», ущерб был нанесен как Государству Израиль, так и его гражданам, находившимся на борту самолета; в деле о заложниках⁴⁹ имело место прямое нарушение Ираном обязанности перед Соединенными Штатами Америки защищать их дипломатов и консулов, однако в то же время был нанесен ущерб самим гражданам (дипломатам и консулам), которые были захвачены в заложники; и в деле компании «Интерхандель»⁵⁰ Швейцария выдвинула требования, касающиеся прямого ущерба, причиненного ей и связанного с нарушением договора, а также косвенного ущерба в результате вреда, причиненного швейцарской корпорации. В деле о воздушном инциденте Международному Суду не надо было выносить решение; в деле о заложниках Суд рассматривал требование как основанное на прямом нарушении международного права; и в деле компании «Интерхандель» Суд пришел к выводу о том, что требование являлось преимущественно косвенным и что Швейцария не исчерпала местные средства правовой защиты.

20. Ученые предлагали различные критерии, которые можно использовать при решении вопроса о том, носит ли требование прямой или косвенный характер. Однако для поддержки различных критериев используется часто одно

⁴⁵ *Oppenheim's International Law*, выше, сноска 23, p. 523; Amerasinghe, *Local Remedies*, выше, сноска 23, pp. 107 et seq.; A.V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (1983), p. 404; P. Jessup, *A Modern Law of Nations* (1956), pp. 118–120; Cançado Trindade, *Application of the Rule*, выше, сноска 28, p. 172 (with special reference to human rights cases); T. Meron, “The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies” (1959), 35 *B.Y.I.L.* 85; A. Verdoss and B. Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, 3rd ed. (1984), p. 886; Herdegen, выше, сноска 13, p. 68; Adede, “Survey”, выше, сноска 23, p. 1, n.1; Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1989), part II, para. 902, cmt.k, p. 348. Cf. Brownlie, *Principles*, выше, сноска 34, p. 498.

⁴⁶ Meron, выше, сноска 45, pp. 83, 85. Cf. Brownlie, *Principles*, выше, сноска 34, p. 498.

⁴⁷ G. Fitzmaurice, “Hersch Lauterpacht — The Scholar as Judge” (1961), 37 *B.Y.I.L.* 54.

⁴⁸ (Preliminary Objections) 1959 *I.C.J. Reports*, 127.

⁴⁹ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, 1980 *I.C.J. Reports*, 3.

⁵⁰ Выше, сноска 1.

и то же решение и, более того, имеет место определенное частичное дублирование различных критериев. Чаще всего выдвигаются следующие критерии или факторы для разъяснения различия между требованиями прямого и косвенного характера: преимущество, предмет спора, характер требования, характер средств правовой защиты и критерий *sine qua non*.

21. В случае смешанного требования трибунал обязан изучить различные элементы требования и решить, какой элемент преобладает: прямой или косвенный⁵¹. Этот критерий был поддержан как в решении по делу компании «Интерхандель», так и в решении по делу компании «ЭЛСИ». В решении по делу компании «Интерхандель» Суд заявил, что, хотя спор может содержать элементы прямого ущерба,

«такие аргументы не лишают спора... характера спора, в котором, как представляется, правительство Швейцарии отстаивает права своего гражданина»⁵².

В деле компании «ЭЛСИ» камера Международного Суда отклонила аргумент Соединенных Штатов о том, что часть требования основывалась на нарушении договора и что поэтому необходимо было исчерпать местные средства правовой защиты, заявив следующее:

«у Камеры нет сомнений в том, что требование Соединенных Штатов в целом «окрашено и пропитано» предполагаемым ущербом корпорациям «Райтеон» и «Мачлетт» [корпорации Соединенных Штатов]»⁵³.

22. С критерием преимущественного характера тесно связан критерий *sine qua non* (или критерий «если бы не»), который ставит вопрос о том, было ли бы представлено требование, содержащее элементы как прямого, так и косвенного ущерба, если бы оно не было бы требованием от имени потерпевшего гражданина. Если на этот вопрос дается положительный ответ, то требование является косвенным и местные средства правовой защиты должны быть

⁵¹ Согласно своду норм Соединенных Штатов Америки о внешних сношениях (второе издание) (1965 год) (*Restatement (Second) of the Foreign Relations Law of the United States* (1965)), норма об исчерпании местных средств правовой защиты не применяется, если «государство, гражданином которого является иностранец, которое поддержало его требование, выдвигает от своего собственного имени отдельное и преимущественное требование о прямом ущербе, который был причинен ему и связан с тем же противоправным поведением» (Part IV, para. 208(c)). В своде норм (третье издание) (1989 год) (*Restatement* (1989)) содержится этот же принцип:

«Согласно международному праву прежде чем государство может выдвинуть официальное требование от имени частного лица... это лицо должно обычно исчерпать внутренние средства правовой защиты, доступные в государстве-ответчике... Местные средства правовой защиты не должны исчерпываться в случае нарушений международного права, не связанных с частными лицами; государство не должно добиваться средства правовой защиты от нарушения его прав в судах государства-ответчика, даже если его интересы были ущемлены в результате нарушений международного права, которые также причинили ущерб его гражданам». (Part II, para. 902, cmt.k, p. 348)

См. также Meron, выше, сноска 45, p. 86; M.M. Whiteman, *Digest of International Law* (1967), vol. 9, p. 779.

⁵² Выше, сноска 1, p. 28.

⁵³ Выше, сноска 2, p. 43, para. 52.

исчерпаны⁵⁴. Этот критерий был использован в деле компании «ЭЛСИ», однако, как явствует из вышеизложенного, дело компании «ЭЛСИ» может также приводиться в поддержку критерия преимущественного характера.

23. Критерий преимущественного характера мало чем отличается от критерия *sine qua non*. Если требование преимущественно основывается на ущербе гражданину, то это свидетельствует о том, что оно не выдвигалось бы, если бы гражданину не был причинен ущерб. И напротив, если существуют доказательства, свидетельствующие о том, что требование не выдвигалось бы, если бы не был нанесен ущерб гражданину, эти доказательства будут обычно свидетельствовать о том, что требование является преимущественно косвенным. В статье 11 устанавливаются оба критерия, поскольку вместе они подчеркивают необходимость того, что ущерб гражданину должен быть доминирующим фактором в подаче требования, для того чтобы требовалось исчерпание местных средств правовой защиты.

24. Другие «критерии», используемые для установления того, носит ли требование прямой или косвенный характер, являются не столько критериями, сколько факторами, которые необходимо учитывать при решении того, склоняется ли преимущественно требование в пользу прямого или косвенного требования, или того, выдвигалось ли бы требование или нет, если бы гражданину не был причинен ущерб. Основными факторами, которые необходимо учитывать при такой оценке, являются предмет спора, характер требования и требуемое средство правовой защиты.

25. *Предмет спора* совершенно определенно является одним из факторов, который необходимо учитывать при квалификации требования в качестве прямого или косвенного. Если ущерб причинен дипломатическому или консульскому должностному лицу (как это имело место в деле о заложниках) или имуществу государства (как это имело место в деле о воздушном инциденте или деле об инциденте в проливе Корфу⁵⁵), требование обычно будет прямым⁵⁶. В большинстве случаев нарушение договора будет служить основанием для прямого требования, если только нарушение договора не является случайным и не играет подчиненную роль по отношению к ущербу, причиненному гражданину, как это имело место в деле компании «Интерхандель» и деле компании «ЭЛСИ».

26. Мерон, рассматривая *характер требования* в качестве одного из факторов, который надлежит учитывать, высказывает идею о том, что «подлинный критерий — это реальные интересы и цели, преследуемые государством-истцом»⁵⁷. Этот определяющий фактор был развит другими учеными. Терлуэй говорит следующее:

⁵⁴ M. Adler, “The Exhaustion of the Local Remedies Rule after the International Court of Justice’s Decision in *ELSI*” (1990), 39 *I.C.L.Q.* 641.

⁵⁵ 1949 *I.C.J. Reports*, p. 4.

⁵⁶ Мерон, выше, сноска 45, p. 87; F.V. García Amador, *The Changing Law of International Claims* (1984), pp. 467–468. См. также проект конвенции об ответственности государств за ущерб, причиненный на их территории личности или имуществу иностранцев, подготовленный юридическим факультетом Гарвардского университета, 1929 год, и комментарии, воспроизводимые в (1929) 23 *A.J.I.L.*, Special Suppl., pp. 156–157.

⁵⁷ Выше, сноска 45, p. 87.

«Поэтому представляется, что в практике Суда важность для определения возможной применимости нормы о местных средствах правовой защиты имеет характер основного элемента требования. Очевидно, что, если требование не сопряжено с ущербом, который может быть компенсирован посредством обращения в местные суды, применение этой нормы полностью исключается; однако не в силу того, что речь идет исключительно о правах межгосударственного уровня, а в силу того, что требование по своему характеру является таковым, что удовлетворение не *может* быть получено в местных судах. Однако если суть вопроса заключается в ущербе гражданам, требования которых поддерживает их государство, а возмещение, присужденное местными судами, реально положит конец

спору, то тогда норма будет применяться для того, чтобы сделать неприемлемыми также любые второстепенные аспекты требования, которые могут рассматриваться как строго вопросы непосредственных межгосударственных отношений»⁵⁸.

Амерасингхе, поддерживая критерий «характера требования», выдвигает следующий аргумент:

«Норма об исчерпании связана с нарушенным правом или причиненным ущербом, а не с основанным на нем требованием как таковым, что отражает вторичное право или право на получение судебной защиты. Кроме того, важное значение имеет суть нарушенного материального права, как она определяется целями и интересами, которые оно защищает»⁵⁹.

Этот подход поддержан в решении по делу компании «Интерхандель», в котором Суд заявил следующее:

«Суд считает, что один интерес, причем только он один, т.е. интерес компании «Интерхандель», который заставил ее возбудить и возобновить разбирательство в судах Соединенных Штатов, побудил правительство Швейцарии возбудить международное разбирательство»⁶⁰.

Ясно, что «реальные интересы и цели», которые преследует государство-истец, представляя требование (Мерон), «характер основного элемента требования» (Терлуэй) и «суть нарушенного материального права» (Амерасингхе) являются факторами, которые необходимо учитывать при квалификации требования. Однако ни один из них не является решающим. В конечном счете, вопрос, на который необходимо дать ответ, заключается в том, основывается ли требование преимущественно на ущербе гражданину и было ли бы это требование выдвинуто, если бы такой ущерб отсутствовал.

⁵⁸ “The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960–1989” (1995), 66 *B.Y.I.L.* 89–90.

⁵⁹ *Local Remedies*, выше, сноска 23, р. 129.

⁶⁰ Выше, сноска 1, р. 29.

27. Кроме того, содействовать квалификации требования будет определение *характера средства правовой защиты*, которого добивается государство-истец. Когда государство добивается исключительно деклараторного удовлетворения, требование является прямым; а если государство добивается денежного возмещения или реституции для своего гражданина, требование является косвенным. Разумеется, что существует поддержка мнения о том, что, когда государство не выдвигает требования о возмещении ущерба пострадавшему гражданину, а просто ходатайствует о вынесении решения о толковании и применении договора, необходимость в исчерпании местных средств правовой защиты отсутствует. Во время арбитражного разбирательства по делу о Соглашении о воздушном обслуживании⁶¹ между Соединенными Штатами и Францией Соединенные Штаты высказали возражение против решений правительства Франции, причиняющих ущерб перевозчикам из Соединенных Штатов, которые, как утверждали Соединенные Штаты, представляют собой нарушение двустороннего соглашения о воздушном обслуживании. Франция утверждала, что компания «Пэн америкэн эйрлайнз», перевозчик из Соединенных Штатов, которая была больше всего затронута поведением Франции, должна была исчерпать местные средства правовой защиты до выдвижения международного требования; а Соединенные Штаты утверждали, что из того, какое средство правовой защиты испрашивается — авторитетное толкование Соглашения о воздушном обслуживании, — явствует, что их заинтересованность в арбитражном разбирательстве выходит за рамки проблем, которые испытывала компания «Пэн америкэн эйрлайнз», и касается других перевозчиков, назначенных Соединенными Штатами. Поддержав довод Соединенных Штатов, арбитражная коллегия постановила, что необходимость в исчерпании местных средств правовой защиты отсутствует, поскольку спор связан с «правом, которое предоставлено одним правительством другому правительству»⁶².

Этот подход также поддержан в заключении Международного Суда в деле о применимости обязательства приступить к процедуре арбитража в соответствии с разделом 21 Соглашения по вопросу о месторасположении Центральных учреждений Организации Объединенных Наций, в котором Суд заявил, что предполагаемый спор, возникший в связи с законодательством Соединенных Штатов, предусматривающим закрытие отделения ООП,

«касается исключительно того, что, по мнению Организации Объединенных Наций, является ее правами по Соглашению о Центральных учреждениях. Цель арбитражной процедуры, предусмотренной этим Соглашением, заключается именно в урегулировании споров, которые могут возникать между Организацией и страной пребывания без какого-либо предварительного обращения во внутрисударственные суды, которое может противоречить как букве, так и духу этого соглашения, поскольку реализация этой процедуры может быть поставлена в зависимость от такого предварительного обращения.

⁶¹ (1978) 19 *U.N.R.I.A.A.* 415; 54 *I.L.R.* 304.

⁶² 54 *I.L.R.* 324. См. также *Swiss Confederation v. German Federal Republic*, 25 *I.L.R.* 38 at 47, noted in (1958) 34 *B.Y.I.L.* 363. Основываясь на этих решениях, Адлер утверждал, что «источники до решения «ЭЛСИ» предполагают, что характер испрашиваемого средства правовой защиты должен определять применимость нормы об исчерпании по отношению к смешанным требованиям». (Выше, сноска 54, р. 643.)

Очевидно, что положение, подобное разделу 21 Соглашения о Центральных учреждениях, не может требовать исчерпания местных средств правовой защиты в качестве одного из условий для его реализации»⁶³.

28. Нередко государства, выдвигая международные требования, добиваются предоставления «смешанных» средств правовой защиты. В делах «Интерхандель» и «ЭЛСИ» государство-истец требовало вынесения деклараторного решения, связанного с толкованием и применением договора, который, как утверждалось, был нарушен государством-ответчиком в результате незаконного обращения с гражданином. Ни в одном из этих дел попытки государства-истца избежать применения нормы о местных средствах правовой защиты успехом не увенчались. В деле «Интерхандель» Суд признал, что швейцарское требование в первую очередь «имеет своей целью обеспечить реституцию активов компании «Интерхандель» в Соединенных Штатах»⁶⁴; а в деле компании «ЭЛСИ» Суд постановил, что требование Соединенных Штатов покрыть финансовый ущерб, выдвинутое от имени их граждан, «окрашивает и пропитывает требование Соединенных Штатов в целом»⁶⁵.

29. Примеры компаний «Интерхандель» и «ЭЛСИ» свидетельствуют о том, что местные средства правовой защиты должны быть исчерпаны в тех случаях, когда ходатайства о вынесении деклараторного решения связаны с другими видами возмещения ущерба гражданину. Однако представляется, что государство может ходатайствовать о вынесении деклараторного решения в отношении толкования договора в связи с обращением с гражданами, не исчерпывая местные средства правовой защиты, при условии, что оно не сочетает это ходатайство с требованием о компенсации или реституции в пользу своего гражданина⁶⁶. Такая ситуация не является желательной, поскольку она позволяет государству «обойти норму о местных средствах правовой защиты посредством ходатайства о вынесении деклараторного решения, которое обретает силу *res judicata* в отношении последующего международного разбирательства, преследующего цель обеспечения возмещения»⁶⁷.

30. Невозможно разработать норму, которая заставляет государство-истца соблюдать норму о местных средствах правовой защиты в вышеуказанном случае, не налагая на государство обязанность соблюдать норму об исчерпании местных средств правовой защиты в делах, связанных с толкованием договора, когда это может не требоваться⁶⁸. Однако в статье 11 четко указывается, что ходатайство о вынесении деклараторного решения само по себе не освобождает государство от необходимости соблюдения нормы об исчерпании местных средств правовой защиты. Когда ходатайство о вынесении деклараторного решения является второстепенным по отношению к требованию о возмещении ущерба гражданину или связано с ним — *независимо от того, увязывается ли ходатайство с требованием о*

⁶³ 1988 *I.C.J. Report*, 29, para 41.

⁶⁴ *Выше*, сноска 1, pp. 28–29.

⁶⁵ *Выше*, сноска 2, p. 43.

⁶⁶ *Adler*, *выше*, сноска 54, p. 652, *Meeron*, *выше*, сноска 45, p. 86.

⁶⁷ *Agécha*, “*General Course*”, *выше*, сноска 35, p. 293.

⁶⁸ Как в делах, описанных в пункте 30 *выше*.

компенсации или реституции в пользу пострадавшего гражданина или нет, — трибунал все же может признавать, что с учетом всех обстоятельств дела ходатайство о вынесении деклараторного решения преимущественно подано на основе ущерба гражданина. Такое решение было бы справедливым и разумным, когда ясно, что государство-истец умышленно просит вынести деклараторное решение, с тем чтобы избежать необходимости соблюдения нормы о местных средствах правовой защиты.

31. В статье 11 в квадратных скобках перечислены несколько факторов, которые должны приниматься во внимание при квалификации того, является ли требование прямым или косвенным. Понятно, что Комиссия может стать на точку зрения, согласно которой такие факторы уместнее всего рассматривать в комментарии, поскольку, как правило, в ходе кодификации следует избегать включения примеров подобного рода в нормативную часть текста.

Статья 12

Требование исчерпания местных средств правовой защиты является процедурным предварительным условием, которое должно быть соблюдено до того, как государство сможет предъявить международное требование по факту нанесения его гражданину ущерба в результате международно-противоправного деяния, совершенного против этого гражданина, если деяние, в связи с которым предъявляется требование, представляет собой нарушение как внутреннего законодательства, так и международного права.

Статья 13

Если иностранный гражданин возбуждает юридическое разбирательство в национальных судах какого-либо государства с целью получить возмещение в связи с нарушением внутреннего законодательства этого государства, не являющимся международно-противоправным деянием, то государство, в котором возбуждается такое разбирательство, может нести международную ответственность в случае отказа этому иностранному гражданину в правосудии. С учетом положений статьи 14 потерпевший иностранный гражданин должен исчерпать любые другие местные средства правовой защиты, которые могут находиться в его распоряжении, до предъявления от его имени международного требования.

32. В «Энциклопедии публичного международного права» (*Encyclopedia of Public International Law*) Карл Доэринг (Karl Doehring) указал:

«До тех пор, пока будет существовать норма об исчерпании местных средств правовой защиты, будут продолжаться споры по вопросу о ее концептуальном характере, т.е. о том, к чему относится эта норма — процессуальному праву или материально-правовым нормам»⁶⁹.

Этот спор, который не обошел стороной и Комиссию международного права, свидетельствует о наличии трех позиций⁷⁰. В соответствии с первой позицией

⁶⁹ K. Doehring, "Local Remedies, Exhaustion of" in *Encyclopedia of Public International Law* (1997), vol. 3, p. 240.

⁷⁰ Еще одна позиция, не пользующаяся значительной поддержкой, сводится к концепции,

международно-противоправное деяние государства-нарушителя не является завершённым до момента безуспешного исчерпания всех местных средств правовой защиты; исчерпание местных средств правовой защиты является материально-правовым условием, от которого зависит само существование международной ответственности. В соответствии со второй позицией норма об исчерпании местных средств правовой защиты представляет собой всего лишь процедурное условие, которое должно быть удовлетворено до предъявления международного требования. В соответствии с третьей позицией⁷¹ проводится разграничение между ущербом иностранцу по внутреннему праву и по международному праву. Если ущерб нанесен в результате нарушения внутреннего права, не являющегося нарушением международного права, то международная ответственность возникает лишь в силу действия или бездействия, представляющего собой отказ в правосудии и совершенного против иностранца судебными органами государства-ответчика при его попытках добиться возмещения в связи с нарушением внутреннего права. Здесь норма об исчерпании местных средств правовой защиты является одним из материально-правовых условий возникновения международной ответственности. В отличие от этого, если ущерб иностранцу наносится вследствие нарушения международного права, международная ответственность возникает в момент нанесения ущерба, и требование об исчерпании местных средств правовой защиты до заявления международного требования является всего лишь процедурным предварительным условием. Необходимость установления факта отказа в правосудии со стороны судебных органов государства-ответчика отсутствует. Кроме того, если действие или бездействие представляет собой нарушение международного, а не внутреннего права, то отсутствие местных средств правовой защиты устраняет необходимость исчерпания таких средств.

33. Некоторые юристы указывают, что спор по вопросу о том, является ли норма об исчерпании местных средств правовой защиты материально-правовой или процедурной, является сугубо теоретическим спором⁷². Это — явно некорректно, поскольку критический момент наступления международной ответственности будет варьироваться в зависимости от принятого подхода. Если норма является материально-правовой, то международная ответственность будет возникать только после исчерпания всех местных средств правовой защиты, тогда как если норма является процедурной, то международная ответственность возникает сразу же в момент совершения

согласно которой в тех случаях, когда международная ответственность государства устанавливается по факту первоначального ущерба, исчерпания местных средств правовой защиты более не требуется. (См. J.H.W. Verzijl, цитируется в: H.W. Briggs, "The Local Remedies Rule: A Drafting Suggestion" (1956), 50 A.J.I.L. 923).

⁷¹ J.E.S. Fawcett, "The Exhaustion of Local Remedies: Substance or Procedure?" (1954) 31 B.Y.I.L. 452 (в дальнейшем "Exhaustion of Local Remedies"); Brownlie, *Principles*, выше, сноска 34, р. 497.

⁷² Шварценбергер отметил:

«На уровне неорганизованного международного общества попытки классифицировать норму об исчерпании местных средств правовой защиты путем ссылки на irrelevantные различия между материально-правовыми и процедурными нормами были бы такими же бессмысленными, как и в случае с критерием национальной принадлежности». (*International Law*, 3rd ed. (1957), vol. 1, p. 611)

См. также Dunn, выше, сноска 23, р. 156; и комментарий КМП, выше, сноска 6, стр. 40–41, пункт (14).

международно-противоправного деяния. Это различие имеет серьезные последствия для принципа национальной принадлежности требований, в соответствии с которым обычно необходимо, чтобы потерпевший иностранец был гражданином государства-истца во время совершения международно-противоправного деяния⁷³. Оно может также влиять на признание компетентности трибунала, если государство, участвующее в споре, оговорило свое признание юрисдикции определенными сроками, как это имело место в *деле о фосфатах в Марокко*⁷⁴. Кроме того, позиция, занятая по вопросу о характере этой нормы, имеет решающие последствия для целей вынесения деклараторного решения в случае исчерпания местных средств правовой защиты, и отказа от необходимости обращения государства-ответчика к местным средствам правовой защиты, поскольку, по логике, ни один из этих вариантов не был бы возможен, если норма квалифицируется как материально-правовая⁷⁵. От того, квалифицируется ли эта норма как материально-правовая или процедурная, может также зависеть ответ на вопрос о том, следует ли трактовать ее как предварительное возражение (если она носит процедурный характер) или как элемент существенных обстоятельств дела (если она носит материально-правовой характер), при разбирательстве в международном трибунале⁷⁶.

34. Разногласия относительно характера нормы об исчерпании местных средств правовой защиты нашли свое отражение в кодификационных процессах, судебных решениях, отдельных судебных мнениях и практике государств. Более того, ни один серьезный научный труд, посвященный норме об исчерпании местных средств правовой защиты, не может считаться законченным без изложения мнений по вопросу о том, является ли эта норма материально-правовой или процедурной.

Н. Кодификация

35. Для предпринимавшихся кодификаций нормы об исчерпании местных средств правовой защиты в общем было характерно уклонение от четкой позиции по вопросу о процедурном или материально-правовом характере этой нормы. Однако имела место отчетливая тенденция в пользу признания этой нормы в качестве процедурной, до того как в 1977 году Комиссия международного права стала на позицию, согласно которой эта норма носит материально-правовой характер.

36. В 1927 году Институт международного права пришел к мнению о том, что:

⁷³ Doehring, выше, сноска 69, p. 240.

⁷⁴ 1938 *P.C.I.J. Reports*, Series A/B, No. 74.

⁷⁵ C.F. Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens* (1967), pp. 201–208 (в дальнейшем “*State Responsibility*”); C.F. Amerasinghe, “The Formal Character of the Rule of Local Remedies” (1965), 25 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 447–455 (в дальнейшем “Formal Character”); Amerasinghe, *Local Remedies*, выше, сноска 23, pp. 330–337.

⁷⁶ Amerasinghe, *Local Remedies*, выше, сноска 23, pp. 333–335. *Sed contra*, см. Ago, выше, сноска 6, стр. 48–49, пункт 33.

«Никакие требования о возмещении не могут предъявляться по государственным дипломатическим каналам, если в распоряжении потерпевшего физического лица имеются эффективные и достаточные средства, позволяющие ему добиться по отношению к себе надлежащего обращения.

Аналогичным образом, никакие требования о возмещении не могут предъявляться, если несущее ответственность государство предоставляет в распоряжение потерпевшего физического лица эффективные средства для взыскания соответствующих убытков»⁷⁷.

Хотя это положение едва ли может служить образцом ясности, оно интерпретируется как отражающее мнение о том, что норма об исчерпании местных средств правовой защиты связана с приемлемостью требования, а не с источником ответственности. Кроме того, оно, как представляется, поддерживает мнение о том, что ответственность наступает в момент нанесения ущерба⁷⁸.

37. Двумя годами позже, в 1929 году, Подготовительный комитет Гаагской конференции по кодификации международного права 1930 года подготовил положение, которое гласило:

«Если иностранец имеет возможность обращаться в судебные органы государства (этот термин включает в себя и административные суды), это государство может требовать, чтобы вопрос о международной ответственности не рассматривался до тех пор, пока его суды не вынесут окончательного решения. Эта норма не исключает возможности применения положений [об ответственности государства за отказ в правосудии]»⁷⁹.

Текст, принятый в первом чтении Третьим комитетом Конференции, гласил:

«Международная ответственность государства может возникнуть в том, что касается возмещения ущерба, причиненного иностранцу, лишь после исчерпания всех внутренних возможностей, предоставленных внутренним правом лицу, права которого ущемлены»⁸⁰.

Обе эти формулировки могут служить примером преднамеренной двусмысленности⁸¹. Они предполагают, с одной стороны, что международная ответственность не наступает до тех пор, пока не исчерпаны местные средства правовой защиты, а, с другой стороны, что момент возникновения ответственности откладывается до исчерпания этих средств⁸².

⁷⁷ Статья XII, воспроизводится в первом докладе Ф.В. Гарсии Амадора, см. *Yearbook ... 1956*, vol. II, p. 228, документ A/CN.4/96.

⁷⁸ E.M. Borchard, "Theoretical Aspects of the International Responsibility of States" (1929), 1 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 235 (в дальнейшем "Theoretical Aspects"); C. de Visscher, "Responsabilité internationale des États et la protection diplomatique d'après quelques documents récents" (1927), 8 *Revue de droit international et législation comparée* 245.

⁷⁹ Основа для обсуждения (Basis of Discussion) № 27, воспроизводится в первом докладе Гарсии Амадора, выше, сноска 77, p. 227.

⁸⁰ Article 4, *ibid.*, p. 225.

⁸¹ См. комментарии КМП, выше, сноска 6, стр. 36–37, пункт (19).

⁸² См. A.A. Cançado Trindade, "The Birth of State Responsibility and the Nature of the Local

38. В положениях подготовленного юридическим факультетом Гарвардского университета в 1929 году проекта конвенции об ответственности государств за вред, причиненный на их территории личности или имуществу иностранцев, поддерживается позиция, согласно которой эта норма носит материально-правовой характер. Они гласят:

«Статья 6

Государство, как правило, не несет ответственность (по обязанности производить возмещение другому государству) до исчерпания местных средств правовой защиты, доступных потерпевшему иностранцу.

Статья 7

а) Государство несет ответственность, если ущерб иностранцу является результатом противоправного действия или бездействия со стороны одной из его высших инстанций в пределах полномочий или функций такой инстанции, если местные средства правовой защиты были исчерпаны, а надлежащего возмещения не предоставлено.

б) Государство несет ответственность, если ущерб иностранцу является результатом противоправного действия или бездействия со стороны одного из подчиненных ему должностных лиц или служащих в пределах его полномочий или функций, если потерпевшему иностранцу было отказано в правосудии или если, не предоставив потерпевшему иностранцу достаточное возмещение, государство не приняло дисциплинарные меры в отношении такого должностного лица или служащего.

Статья 8

а) Государство несет ответственность, если ущерб иностранцу является результатом невыполнения им своего договорного обязательства перед иностранцем, если местные средства правовой защиты были исчерпаны, и надлежащее возмещение не предоставлено.

б) Государство не несет ответственность, если ущерб иностранцу является результатом невыполнения договорного обязательства его политического подразделения перед иностранцем, помимо ответственности в связи с отказом в правосудии.

Статья 9

Государство несет ответственность, если ущерб иностранцу является результатом отказа в правосудии...»⁸³.

В резолюции, принятой в 1933 году в Монтевидео седьмой Международной конференцией американских государств, говорится, что «дипломатическая защита не может быть инициирована»⁸⁴, пока не будут исчерпаны местные

Remedies Rule” (1978) 58 *Revista di Diritto Internazionale* 158 (в дальнейшем “Birth of State Responsibility”).

⁸³ Текст в первом докладе Гарсии Амадора, выше, сноска 77, р. 229.

⁸⁴ Там же, р. 226.

средства правовой защиты, что отражает полную поддержку позиции, согласно которой эта норма является материально-правовой.

39. В 1956 году Институт международного права, отклонив радикальное предложение Верзийля⁸⁵ об отказе от нормы об исчерпании внутренних средств правовой защиты, принял резолюцию, в которой содержалось одобрение той точки зрения, что исчерпание местных средств правовой защиты является по своему характеру процедурной нормой:

«Если государство утверждает, что ущерб личности или имуществу одного из его граждан был нанесен в результате нарушения международного права, то любое дипломатическое требование или требование, предъявляемое в судебную инстанцию, относящуюся к государству, которое выдвигает это требование в связи с нанесением такого ущерба одному из его граждан, является неприемлемым, если во внутренней правовой системе государства, против которого выдвигается требование, предусматриваются средства возмещения ущерба, доступные потерпевшему лицу, которые представляются эффективными и достаточными, до тех пор пока обычные возможности использования этих средств не будут исчерпаны»⁸⁶.

40. В 1956 году Комиссия международного права приступила к изучению этой темы. Специальный докладчик Гарсия Амадор представил свой первый доклад об ответственности государств, в котором он предложил следующую основу для обсуждения:

«Следующие обстоятельства, в числе прочих, могут считаться оправдывающими обстоятельствами [в контексте международной ответственности]:

а) неисчерпание местных средств правовой защиты в том смысле, что, пока эти средства не будут исчерпаны, международное требование не будет приниматься и обязанность предоставить возмещение не будет подлежать выполнению...»⁸⁷.

В комментарии разъясняется, что:

«эта норма подразумевает наличие отлагательного условия, которое может носить процедурный или материально-правовой характер, но от которого зависит право предъявлять международные требования. Ответственность

⁸⁵ В своем предварительном докладе Институту Верзийль предлагал:

«I) Если ущерб личности или имуществу иностранца сам по себе не связан с международной ответственностью государства, на территории которого был нанесен ущерб, дипломатическое требование может выдвигаться только после возникновения международной ответственности в результате отказа в правосудии.

II) Если ущерб личности или имуществу иностранца сам по себе связан с международной ответственностью государства, на территории которого был нанесен ущерб, то нет никаких обоснованных причин для того, чтобы обуславливать предъявление дипломатического требования необходимостью предварительного исчерпания местных средств правовой защиты».

(1954) 45 *Annuaire de l'Institut de Droit international* 24,31. См. также в отношении этого предложения Briggs, выше, сноска 70.

⁸⁶ (1956) 46 *Annuaire de l'Institut de Droit international* 364.

⁸⁷ Основа для обсуждения (Basis of Discussion) № V(2), см. первый доклад Гарсии Амадора, выше, сноска 77, p. 220.

может возникать или не возникать в зависимости от конкретной ситуации, однако если это условие не будет удовлетворено, государство-истец имеет только потенциальное право. Ответственность как таковая может быть вмененной, однако ссылка на обязанность предоставить возмещение не допускается. Следовательно, сугубо в теоретико-правовом плане неисчерпание местных средств правовой защиты может быть, а может и не быть основанием для освобождения от международной ответственности, в зависимости от обстоятельств, однако оно всегда будет полностью исключать возможность предъявления международной претензии»⁸⁸.

В своем третьем докладе он видоизменил это положение следующим образом:

«Международное требование, предъявленное для целей взыскания возмещения за ущерб, наличие которого утверждается иностранцем, ... не подлежит принятию, пока не будут исчерпаны все средства правовой защиты, предусмотренные во внутреннем праве»⁸⁹.

В то же время юридический факультет Гарвардского университета предложил следующую норму, более явно склоняющуюся в пользу позиции, согласно которой эта норма является процедурной:

«а) Иностранец имеет право предъявлять международное требование в соответствии с настоящей Конвенцией лишь после исчерпания им местных средств правовой защиты, предоставляемых государством, к которому предъявляется требование.

б) Государство имеет право предъявить требование в соответствии с настоящей Конвенцией только от имени лица, которое является его гражданином, и только после исчерпания местных средств правовой защиты и каких-либо специальных международных средств правовой защиты, предоставляемых государством, к которому предъявляется требование»⁹⁰.

41. В 1977 году по настоянию Специального докладчика Альберто Аго Комиссия международного права приняла статью 22 проекта статей об ответственности государств в первом чтении, в которой была отражена позиция, согласно которой норма об исчерпании местных средств правовой защиты является материально-правовой нормой:

«Если поведение государства создало ситуацию, не соответствующую результату, предусмотренному международным

⁸⁸ Гарсия Амадор, первый доклад, выше, сноска 77, р. 206, пункт 173. Автор выражает это же мнение в работе F.V. García Amador, "State Responsibility. Some New Problems" (1958 II) 94 *Recueil des Cours* 449; и в третьем докладе, выше, сноска 24, р. 56, пункт 3.

⁸⁹ Статья 15, третий доклад Гарсии Амадора, выше, сноска 24, р. 55. Это же положение включалось в каждый из следовавших друг за другом проектов, представлявшихся Специальным докладчиком. Последнюю формулировку см. в статье 18(1) шестого доклада Ф.В. Гарсии Амадора, *Yearbook...* 1961, vol. II, р. 48, документ A/CN.4/134 и Add.1.

⁹⁰ Статья 1(2) проекта конвенции о международной ответственности государств за ущерб, нанесенный иностранцам, подготовленный Гарвардским университетом в рамках исследования по вопросам международного права в 1960 году. Воспроизводится в: L.B. Sohn and R.R. Baxter, "Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens" (1961), 55 *A.J.I.L.* 548.

обязательством о соответствующем обращении с иностранными физическими или юридическими лицами, но из указанного обязательства следует, что данный или эквивалентный результат может, тем не менее, быть обеспечен последующим поведением государства, нарушение этого обязательства налицо лишь в том случае, если данные физические или юридические лица безуспешно исчерпали доступные им эффективные местные средства правовой защиты в целях достижения предусмотренного этим обязательством соответствующего обращения или, если это было недостижимо, эквивалентного обращения»⁹¹.

В основу этого положения положено разграничение между обязательствами поведения и обязательствами результата, отраженное в статьях 20 и 21 проекта статей об ответственности государств, принятого в первом чтении.

42. В проекте статей, принятом в предварительном порядке Редакционным комитетом Комиссии международного права во втором чтении⁹², лишь в статье 45 вскользь упоминается норма об исчерпании местных средств правовой защиты, вследствие чего рассмотрение этой нормы в полном объеме предполагается осуществить в настоящем докладе о дипломатической защите. Кроме того, в этих проектах статей снимается различие между обязательствами поведения и результата, которое было положено в основу статьи 22 проекта статей, принятого в первом чтении.

43. В 2000 году Комитет по дипломатической защите лиц и имущества Ассоциации международного права представил свой первый доклад на пленарном заседании Ассоциации в Лондоне. В промежуточном докладе Комитету, подготовленном Юлианом Кокоттом, было рекомендовано принять следующий проект статьи:

«В соответствии с общими принципами международного права исчерпание местных средств правовой защиты является процедурным предварительным условием предоставления дипломатической защиты»⁹³.

I. Судебные решения

44. Судебные решения четкого ответа на рассматриваемый вопрос не дают. Суды, как и кодификационные органы, нередко умышленно отдают предпочтение использованию расплывчатых формулировок в своей аргументации по вопросу о характере нормы, касающейся местных средств правовой защиты. Этим объясняется тот факт, что сторонники как теории материально-правового характера, так и точки зрения о процессуальном характере нередко приводят в поддержку своих доводов одно и то же решение⁹⁴.

⁹¹ Выше, сноска 6, стр. 34–35. Обсуждение этого положения в Комиссии см. в кратких отчетах о 1463-м и 1465–1469-м заседаниях Комиссии, *Ежегодник ... 1977*, т. I, стр. 250–283 текста на англ. языке.

⁹² A/CN.4/L.600.

⁹³ “The Exhaustion of Local Remedies”, interim report in International Law Association, *Report of the sixty-ninth Conference (2000)*, p. 629.

⁹⁴ В этой связи небезынтересно сравнить аргументацию основных сторонников двух школ, Америксингхе и Аго. См. Amerasinghe, *State Responsibility*, выше, сноска 75, pp. 216–235;

45. Дело о мексиканских железных дорогах явно подтверждает обоснованность точки зрения о материально-правовом характере, поскольку в нем утверждается, что:

«ответственность государства по международному праву может начинаться лишь тогда, когда заинтересованные лица использовали все имеющиеся в их распоряжении средства правовой защиты согласно национальному законодательству соответствующего государства»⁹⁵.

С другой стороны, имплицитная поддержка процедурного подхода просматривается в деле об интересах Германии в Верхней Силезии⁹⁶, при рассмотрении которого было признано, что до исчерпания местных средств правовой защиты может быть вынесено деклараторное решение, и в таких делах, как дело о фабрике в Хожуве⁹⁷ и дело об электрокомпании Софии⁹⁸, при рассмотрении которых норма о местных средствах правовой защиты была воспринята в качестве предварительного возражения.

46. В деле о фосфатах в Марокко⁹⁹, при рассмотрении которого Роберто Аго выступал в качестве адвоката Италии, отстаивающего точку зрения о материально-правовом характере нормы, были высказаны противоположные мнения.

В своем предварительном ходатайстве от 30 марта 1932 года, направленном в Постоянную палату международного правосудия, правительство Италии просило Палату рассмотреть и подтвердить, что решение горнорудного управления Марокко от 8 января 1925 года и отказ в правосудии, который за этим последовал, были несовместимы с международным обязательством Франции уважать права итальянской компании. Французское правительство согласилось с обязательной юрисдикцией Палаты в заявлении от 25 апреля 1931 года в отношении «всех споров, которые могли бы возникнуть после ратификации этого заявления, в отношении *ситуации и фактов после этой ратификации*». Таким образом, вопрос заключался в том, можно ли было рассматривать международно-противоправное деяние, на которое ссылалось итальянское правительство, в качестве «деяния, совершенного после» указанной даты. Правительство Италии утверждало, что нарушение международного обязательства, начатое решением от 1925 года, стало законченным нарушением лишь в результате некоторых действий, имевших место после 1931 года, в частности ноты министерства иностранных дел Франции посольству Италии от 28 января 1933 года и после письма, направленного в этот же день этим министерством заинтересованному итальянскому гражданину. В этой ноте и в этом письме итальянское

Amerasinghe, “The Formal Character”, выше, сноска 75, pp. 462–476; Amerasinghe, *Local Remedies*, выше, сноска 23, pp. 337–356; Аго, «Шестой доклад об ответственности государств», *Ежегодник...* 1977 год, том II (Часть первая), стр. 15–39, пункты 27–79, документ A/CN.4/302 и Add.1–3. См. также там же (Часть вторая), стр. 29–33, пункты 20–31.

⁹⁵ (UK v. Mexico) (1926) 5 U.N.R.I.A.A. 122.

⁹⁶ 1925 *P.C.I.J. Reports*, Series A, No. 6.

⁹⁷ 1927 *P.C.I.J. Reports*, Series A, No. 9.

⁹⁸ 1939 *P.C.I.J. Reports*, Series A/B, No. 77.

⁹⁹ Выше, сноска 74.

правительство усмотрело официальное толкование приобретенных прав итальянских граждан, толкование, которое противоречило международным обязательствам Франции. Оно усмотрело в этом также подтверждение отказа в правосудии, которое уже имело место в отношении соответствующих итальянских граждан вследствие отказа генерального резидента Франции позволить этим лицам представить ему заявление о возмещении ущерба. Новый отказ в правосудии выразился в окончательном отказе французского правительства представить в распоряжение истцов какое-либо исключительное административное или другое средство защиты, учитывая недостаточность обычных средств защиты. Основываясь на этих фактах, итальянское правительство поддержало тезис, согласно которому международно-противоправное деяние, совершение которого началось первоначальным поведением государства, противоречащим результату, требуемому международным обязательством, становится законченным, когда лица, права которых ущемлены, безрезультатно прибегли к помощи всех существующих полезных и эффективных средств защиты. Именно с этого момента, по его мнению, возникла ответственность.

В отличие от итальянского правительства французское правительство заявило, что если, как утверждало первое, решение от 1925 года горнорудного управления действительно заслуживало критики — нарушение договоров, нарушение международного права в целом, — то это имело место именно тогда, когда Франция не выполнила свои международные обязательства, и именно в это время имело место международно-противоправное деяние. Представитель Франции утверждал:

«В данном случае норма об исчерпании местных средств защиты является лишь процедурной нормой. Международная ответственность уже возникла, но она может быть реализована дипломатическим путем или путем обращения в международный суд, или путем представления жалобы в Постоянную палату международного правосудия лишь после предварительного исчерпания местных средств правовой защиты»¹⁰⁰.

В своем решении от 14 июня 1938 года Палата указала, что в действиях французского правительства, имевших место после решения 1925 года, она не видит никакого нового факта, который привел бы к спору, и что отказ французского правительства согласиться с просьбой о передаче спора чрезвычайным судьям не является международно-противоправным деянием, порождающим новый спор. После этого Палата добавила:

«Отказ в правосудии, о котором заявляет итальянское правительство, Палата не может рассматривать в качестве элемента, являющегося причиной нынешнего спора. В своей жалобе итальянское правительство представило решение горнорудного управления в качестве международно-противоправного деяния, поскольку это

¹⁰⁰ Описание этого дела взято из пунктов 25–27 комментария к статье 22 в проектах статей об ответственности государств, принятых Комиссией в первом чтении, выше, сноска 6, стр. 44–45.

решение было вызвано желанием освободиться от иностранного присутствия, и поэтому оно является нарушением закрепленных прав, которые являются объектом защиты международных конвенций. Если это так, то именно в этом решении следует усматривать уже совершенное нарушение международного права, нарушение, которое само по себе немедленно вызывает международную ответственность. *Поскольку данное деяние может быть вменено в вину государству и поскольку оно описывается как деяние, противоречащее договорному праву другого государства, международная ответственность была бы установлена непосредственно между этими двумя государствами.* В подобном случае предполагаемый отказ в правосудии, вызванный либо бездействием судебного органа, либо отказом в средствах административной или чрезвычайной защиты, предназначенных для восполнения его недостатков, может лишь способствовать наличию противоправного деяния. Он не оказывает никакого влияния ни на его завершение, ни на вытекающую из него ответственность»¹⁰¹.

Аго утверждает, что, хотя Постоянная палата отклонила ходатайство Италии, она не отвергла аргумент Италии, заключающийся в том, что норма о местных средствах правовой защиты является по своему характеру материально-правовой¹⁰². С этим аргументом трудно согласиться, особенно с учетом вывода Палаты о том, что международная ответственность была установлена «непосредственно между этими двумя государствами» после вынесения решения горнорудным управлением, а не после исчерпания местных средств правовой защиты¹⁰³. По этим соображениям следует отдать предпочтение оценке вывода по данному делу, сделанной Ч.Ф. Амерасингхе:

«Постоянная палата международного правосудия ясно определила, что первоначальное деяние, являющееся нарушением норм международного права, влечет за собой международную... ответственность, и что такая ответственность возникает не только после последующих действий, связанных с исчерпанием, по утверждению государства-истца, местных средств правовой защиты. Время возникновения международной ответственности имело важное значение применительно к этому делу, и, следовательно, решение по нему основывается на том понимании, что международная ответственность возникла до того, как могло произойти какое-либо обращение к местным средствам правовой защиты. Это явно основывается на подходе, согласно которому норма о местных средствах правовой защиты носит процедурный характер»¹⁰⁴.

¹⁰¹ Выше, сноска 74, стр. 28. Курсив добавлен.

¹⁰² Выше, сноска 6, стр. 45–46, пункт (28).

¹⁰³ Выделенное курсивом предложение в отрывке из процитированного выше решения Палаты, которое, как представляется, является ключевым в решении Палаты, из описания дела, содержащегося в комментарии КМП, исключено; выше, сноска 6, стр. 45 (пункт 27).

¹⁰⁴ *Local Remedies*, выше, сноска 23, стр. 349–350.

47. Дело о железной дороге *Паневежис-Салдутискис*, хотя и имеет узкое значение, является определенным аргументом в поддержку точки зрения о процедурном характере нормы о местных средствах правовой защиты, поскольку она упоминается как одна из тех норм, которые «в принципе ставят в зависимость *предъявление* международного требования от такого исчерпания»¹⁰⁵. Кроме того, в этом деле, как и в деле об *администрации принца фон Плесса*¹⁰⁶ и деле *Losinger & Co.*¹⁰⁷, хотя возражение в отношении исчерпания внутренних средств правовой защиты было отнесено к конкретным обстоятельствам, обусловленным сложностью данного вопроса, оно было расценено в качестве предварительного возражения, а не основного аргумента защиты по данному делу.

48. *Арбитраж по спору о финских судах*¹⁰⁸ является еще одним делом, по которому были высказаны противоречивые мнения. По утверждению Аго, арбитр Багге «сохранил своего рода нейтралитет в отношении двух подходов к требованию об исчерпании местных средств правовой защиты»¹⁰⁹, в то время как другие авторы расценили это решение как подтверждение обоснованности точки зрения о процессуальном характере нормы¹¹⁰. Аргументация арбитра Багге, несомненно, является определенной поддержкой токования Аго¹¹¹, согласно которому решение является неубедительным в том, что касается характера нормы о местных средствах правовой защиты. В статье¹¹², опубликованной по прошествии 20 с лишним лет, Багге опять не изложил своей позиции по вопросу о том, носит норма о местных средствах правовой защиты процессуальный или же материально-правовой характер, однако предполагается, что была поддержана первая точка зрения.

49. Ни в одном решении Международного Суда не поддерживается точка зрения о том, что норма о местных средствах правовой защиты является по своему характеру материально-правовой. Хотя на явную судебную поддержку точки зрения о ее процессуальном характере также не приходится рассчитывать, имеются некоторые признаки того, что этот подход является предпочтительным. В ряде решений норма о местных средствах правовой защиты рассматривается в качестве предварительного возражения¹¹³ или включается в число конкретных обстоятельств дела в качестве предварительного возражения¹¹⁴, что некоторые авторы расценивают в качестве признаков поддержки точки зрения о ее процессуальном характере¹¹⁵, хотя в комментарии КМП это отрицается¹¹⁶. Более важным, возможно, является *obiter dictum* Суда по делу компании «*Электроника Сикула*» (*ЭЛСИ*),

¹⁰⁵ Выше, сноска 43, p. 18.

¹⁰⁶ 1933, *P.C.I.J. Reports*, Series A/B, No. 54.

¹⁰⁷ 1936, *P.C.I.J. Reports*, Series A/B, No. 67.

¹⁰⁸ Выше, сноска 34.

¹⁰⁹ Выше, сноска 6, стр. 49, пункт (34).

¹¹⁰ Amerasinghe, *Local Remedies*, выше, сноска 23, pp. 344-347; A.P. Fachiri, "The Local Remedies Rule in the Light of the Finnish Ships Arbitration" (1936), 17 *B.Y.I.L.* 19.

¹¹¹ См., в частности, решение (выше, сноска 34), pp. 1502-1503.

¹¹² "Intervention on the Ground of Damage Caused to Nationals, with Particular Reference to Exhaustion of Local Remedies and the Rights of Shareholders" (1958), 34 *B.Y.I.L.* 162.

¹¹³ *Ambatielos case*, 1953 *I.C.J. Reports* 18, 22, 23.

¹¹⁴ *Barcelona Traction case* (Preliminary Objections) 1964 *I.C.J. Reports* 41-44.

¹¹⁵ Amerasinghe, *Local Remedies*, выше, сноска 23, pp. 347, 350-352.

¹¹⁶ Выше, сноска 6, стр. 48-49, пункт (33).

согласно которому стороны могут условиться в договоре о том, что «норма о местных средствах правовой защиты не применяется к требованиям, основанным на якобы имевших место нарушениях этого договора»¹¹⁷. Если данная норма носит процедурный характер, такой отказ от ее применения не вызывает никаких сложностей. Если же она носит материально-правовой характер, закономерен вопрос о том, могут ли стороны, заключившие договор, «принять решение условиться о том, что действия, которые обыкновенно не являются нарушением норм международного права, если только они не влекут за собой последующего отказа в правосудии, должны, в отношениях между этими сторонами, рассматриваться *ab initio* в качестве нарушения договора»¹¹⁸.

50. Расхождения во мнениях относительно характера нормы о местных средствах правовой защиты находят свое отражение в отдельных и особых мнениях судей. В качестве поддержки точки зрения о ее материально-правовом характере следует рассматривать мнения судей Хадсона¹¹⁹, Кордовы¹²⁰, Морелли¹²¹ и Швелеба¹²². С другой стороны, судьи Лаутерпахт¹²³, Арманд-Угон¹²⁴ и Танака¹²⁵ высказали мнения в поддержку точки зрения о процессуальном характере нормы.

Ж. Практика государств

51. Практика государств в отношении характера нормы о местных средствах правовой защиты отражена главным образом в доводах, которые приводились государствами в ходе разбирательств в международных судах. Ценность такой практики, если ее можно, строго говоря, считать таковой, является весьма сомнительной, поскольку государства (или, точнее, их адвокаты) неизбежно выдвигают на первый план мнение о ее процессуальном или материально-правовом характере по функциональным причинам, а не в силу своей убежденности. Так, Италия в деле о *фосфатах в Марокко* в основном

¹¹⁷ Выше, сноска 2, р. 42, пункт 50.

¹¹⁸ Thirlway, выше, сноска 58, р. 84.

¹¹⁹ В своем особом мнении по делу о железной дороге *Паневежис-Салдутискис* судья Хадсон заявил:

«Речь идет о весьма важной норме международного права, согласно которой местные средства правовой защиты должны быть исчерпаны без возмещения, прежде чем какое-либо государство сможет успешно поддержать требование своего гражданина к другому государству. Это не процессуальная норма. Это не просто вопрос надлежащего поведения. Это является частью материального права применительно к международной, т.е. государства перед государством, ответственности. Если адекватное возмещение за ущерб может быть предоставлено лицу, которому он был причинен, если такое лицо должно только заявить о своем намерении получить такое возмещение, оснований для требования, подлежащего поддержке государством, гражданином которого является такое лицо, не имеется. До тех пор пока не исчерпаны имеющиеся в наличии местные средства возмещения, никакой международной ответственности возникнуть не может». (Выше, сноска 43, р. 47).

¹²⁰ *Interhandel case*, выше, сноска 1, pp. 45–46.

¹²¹ *Barcelona Traction case (Preliminary Objections)*, выше, сноска 114, р. 114.

¹²² *ELSI case*, выше, сноска 2, стр. 116.

¹²³ *Norwegian Loans case*, 1957 *I.C.J. Reports* 41.

¹²⁴ *Interhandel case*, выше, сноска 1, pp. 88–89.

¹²⁵ *Barcelona Traction case (Second Phase)* 1970 *I.C.J. Reports* 143.

использовала материально-правовой подход¹²⁶, хотя спустя 50 лет в деле «ЭЛСИ»¹²⁷ она заявила, что норма о местных средствах правовой защиты является по своему характеру процессуальной! В этих условиях бессмысленно пытаться отыскать доказательства *usus* или *opinio juris* для какой-либо конкретной точки зрения на основании аргументов адвокатов.

52. Государства редко занимают какую-либо позицию в вопросе о характере нормы, касающейся местных средств правовой защиты, вне контекста судебных разбирательств. В связи с первым докладом об ответственности государств, подготовленным Гарсией Амадором, государственный департамент Соединенных Штатов подготовил меморандум, в котором выражается решительная поддержка в отношении «третьей точки зрения», описанной в пункте 34:

«В соответствии с действующим международным правом в тех случаях, когда первоначальное деяние или правонарушение, в связи с которым выдвигается требование, *не может быть вменено* в вину государству, необходимым условием исчерпания местных средств правовой защиты является обусловленный этим отказ в правосудии со стороны государства. Это означает, что норма об исчерпании средств правовой защиты является материально-правовой нормой, т.е. она необходима с материально-правовой точки зрения в соответствии с международным правом для возложения ответственности на государство.

С другой стороны, в тех случаях, когда первоначальное деяние или правонарушение, в связи с которым выдвигается требование, *может быть вменено* в вину государству, по существу, исчерпание местных средств правовой защиты для возложения ответственности на государство не является необходимым. Если в проекте, в конечном счете подготовленном Комиссией международного права, будет содержаться требование об исчерпании местных средств правовой защиты во второй ситуации, норма об исчерпании местных средств правовой защиты в таких обстоятельствах является процессуальной, т.е. предварительным условием предъявления официального требования.

Соответственно, норма об исчерпании местных средств правовой защиты может быть материально-правовой в одних видах дел и процессуальной — в других»¹²⁸.

В 1985 году правительство Великобритании опубликовало свод норм, касающихся международных требований и предусматривающих следующее:

«Правило VII

Правительство Ее Величества, как правило, не принимает к рассмотрению и официально не поддерживает требование подданного Соединенного Королевства к другому государству до тех пор, пока не будут исчерпаны

¹²⁶ Выше, пункт 48.

¹²⁷ 1989 *I.C.J. Pleadings, Oral Arguments and Documents*, vol. 2, pp. 156–165; выше, сноска 2, p. 21.

¹²⁸ Воспроизводится в М.М. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 8 (1967), pp. 789–790. Курсив в оригинале.

все доступные ему в соответствующем государстве средства правовой защиты, если таковые имеются.

Комментарий. Несоблюдение условия об исчерпании всех местных средств правовой защиты не будет являться правовым препятствием для предъявления требования, если четко установлено, что, принимая во внимание обстоятельства дела, обращение с апелляцией в вышестоящий национальный суд не будет иметь никакого результата. Нет необходимости и в том, чтобы истец, предъявляющий требование к другому государству, исчерпал возможности правосудия в этом государстве, если возможности, которые должны быть исчерпаны, не существуют.

Правило VIII

Если при исчерпании любых внутренних средств правовой защиты, истец сталкивается с предвзятостью или обструкцией, что является отказом в правосудии, Ее Величество может вмешаться от его имени в целях восстановления справедливости»¹²⁹.

Несмотря на отсутствие четкости, формулировка правила VII и смысл правила VIII, из которых следует, что отказ в правосудии не является необходимым условием в каждом деле, наводят на мысль о том, что, как и Соединенные Штаты, правительство Великобритании предпочитает третью точку зрения, согласно которой норма о местных средствах правовой защиты является процедурной, если международно-противоправное деяние совершено против иностранца, но материально-правовой, если в ходе исчерпания местных средств правовой защиты имел место отказ в правосудии.

К. Мнения правоведов

53. Мнения правоведов о характере нормы об исчерпании местных средств правовой защиты разделяются, и, как говорится в комментарии КМП, среди ученых «четко определенного мнения не существует»¹³⁰. Кроме того, трудно говорить об определенных теоретических школах, «так как аргументы, высказываемые за или против определенного тезиса, настолько различны у различных авторов, что эти авторы зачастую приходят к аналогичным выводам практически противоположными путями»¹³¹. С учетом этого замечания Аго составил библиографию работ авторов, принадлежащих к различным теоретическим школам¹³². В настоящем исследовании не ставится задача представить всеобъемлющий обзор различных мнений правоведов. Вместо этого внимание будет привлекаться к мнениям, выраженным ведущими теоретиками этих трех различных школ.

¹²⁹ Правила, касающиеся международных претензий; опубликованы в 1985 году, воспроизводятся в С. Warbrick, "Protection of Nationals Abroad: Current Legal Problems" (1988), 37 *I.C.L.Q.* 1008.

¹³⁰ Выше, сноска 6, стр. 39, пункт (15).

¹³¹ Цит. соч.

¹³² Цит. соч., сноски 135–137.

54. Наиболее убежденными сторонниками теоретической школы, в соответствии с которой эта норма носит материально-правовой характер, являются Борчард и Аго.

В 1929 году Борчард писал:

«Весьма сомнительно, чтобы согласно самой распространенной точке зрения иностранное государство рассматривалось как автоматически потерпевшее во всех случаях, когда должностное лицо другого государства наносит ущерб иностранцу. Иностранец не считается живым воплощением своего государства, на основании чего государство считалось бы потерпевшим с момента нанесения ущерба его гражданину.

...

Какой логичной ни казалась бы эта точка зрения [в соответствии с которой данная норма является процессуальной], несомненно, что она явно отвергается в международной практике потому, что в большинстве стран внутреннее законодательство еще не достигло этапа, на котором государство считалось непосредственно ответственным за гражданские правонарушения своих должностных лиц. Однако даже если абстрагироваться от этого факта, то вышеупомянутая точка зрения не учитывает важнейших различий между *внутренней* ответственностью перед иностранцем и *международной* ответственностью перед его государством. На мнение большинства, согласно которому государство-истец не несет *международный ущерб*, — и представляется правильным рассматривать международное требование или ущерб как возникающие одновременно с правом на дипломатическое вмешательство, а не до него, — до тех пор, пока иностранец не исчерпает местные средства правовой защиты, если таковые имеются и являются эффективными, серьезно повлияло то обстоятельство, что иностранец должен, как правило, соглашаться на тот же правовой режим, что и режим, действующий в отношении, и что если граждане могут вчинить иск только против совершившего противоправное деяние должностного лица, то это все, чего могут требовать иностранцы, и государство не берет на себя большей ответственности в отношении иностранцев, нежели в отношении своих граждан. Это мнение представляется совершенно обоснованным»¹³³.

Выше неоднократно упоминалось о мнениях Роберто Аго, выраженных в его докладе Комиссии международного права, подготовленном в 1977 году. Впрочем, настоящее исследование было бы неполным без более подробного рассмотрения мнения Аго по вопросу о характере нормы об исчерпании местных средств правовой защиты. Приведенная ниже цитата, следует надеяться, точно отражает взгляды Аго:

«Следует напомнить, что факт установления нарушения государством международного обязательства, налагаемого договором и состоящего в определенном обращении с гражданами другого государства, а также посягательства на право этого другого государства на то, чтобы определенный режим был предоставлен его гражданину, равнозначен

¹³³ Borchard, "Theoretical Aspects", выше, сноска 78, pp. 236-237.

констатации того, что первое государство при наличии всех необходимых условий навлекло на себя международную ответственность по отношению к другому государству. Возникновение международной ответственности соответствует в рассмотренном примере возникновению у государства, которому нанесен ущерб, нового права: права на возмещение ущерба, нанесенного праву, предоставляемому ему договором. Однако трудно предположить, что это новое право, предоставляемое ущемленному в правах государству международным юридическим порядком, будет зависеть от результата действия, предпринятого частным лицом во внутреннем плане, действия, которое может привести к восстановлению права этого частного лица, но не к восстановлению права государства в международном плане, права, которому в этом плане был нанесен ущерб. Если до тех пор, пока условие исчерпания местных средств правовой защиты не выполнено, ущемленное в правах государство не имеет возможности требовать исправления международно-противоправного деяния, которое было совершено ему в ущерб по отношению к личности или имуществу его гражданина, то это означает, что его новое право на возмещение ущерба, понесенного им, еще не возникло. Это означает, что нарушение обязательства, налагаемого договором, пока не имело места или, по крайней мере, не проявилось окончательно. Следовательно, в этот момент международная ответственность, которая выражается в нашем конкретном случае в праве государства на возмещение понесенного убытка, еще не возникла. Другими словами, констатация того факта, что право государства требовать возмещения ущерба возникает лишь после окончательного отклонения демарша частных лиц, приводит к выводу о том, что нарушение международного обязательства не реализуется в полной мере до исчерпания этих возможностей, т.е. до того, как негативные последствия нового поведения государства в отношении этого демарша не дополняют негативные последствия первоначального поведения государства в данном случае и не сделают таким образом окончательно недостижимым результат, требуемый международным обязательством»¹³⁴.

Хотя имя Аго явно ассоциируется с точкой зрения, согласно которой эта норма является материально-правовой, следует указать, что приведенные им аргументы касаются только того, что он называет «обязательствами результата», т.е. обязательствами, не связанными со способом достижения конкретного результата. В случае нарушений «обязательства поведения», другими словами, в тех случаях, когда само поведение государства представляет собой нарушение международного обязательства, независимо от законности достигнутого результата, международная ответственность государства не зависит от условия исчерпания местных средств правовой защиты. Действительно, хотя об этом прямо и не говорится в докладе, представляется, что данная норма не применима во всех этих случаях, если руководствоваться теорией Аго¹³⁵.

¹³⁴ Выше, сноска 6, стр. 41, пункт (15).

¹³⁵ Там же, стр. 21–31, пункты 1–24.

55. В число правоведов, являющихся сторонниками материально-правовой теории, входят Гаха¹³⁶, который утверждает, что исчерпание местных средств правовой защиты является «исходной предпосылкой» противоправности, и О'Коннэл¹³⁷, который подчеркивает право государства попытаться возместить ущерб в рамках его собственной правовой системы.

56. Материально-правовая теория подверглась острой критике со стороны правоведов, особенно Ч.Ф. Амерасингхе, который в своих трудах многократно выступал в поддержку процессуальной позиции¹³⁸. С его точки зрения, в отстаиваемой в рамках материально-правовой теории позиции, согласно которой международная ответственность зависит от принятия мер на местном уровне, а нарушение международного права и международная ответственность окончательно возникают лишь после вынесения решений местными судами, есть что-то в корне некорректное.

«В случае с международным правом любой международный суд является надлежащим органом, призванным выносить окончательное решение о том, что та или иная норма международного права была нарушена. Внутренние суды могут высказываться по этому вопросу, однако ясно, что для международно-правовой системы такое решение не может быть окончательным»¹³⁹.

Амерасингхе оспаривает тот аргумент сторонников материально-правовой теории, согласно которому международно-противоправное деяние считается совершенным лишь после исчерпания местных средств правовой защиты.

«В действительности нарушением международного права является нанесение первоначального ущерба иностранцу. Как представляется, утверждение, согласно которому международное право просто запрещает нанесение ущерба после обращения к местным средствам правовой защиты и, таким образом, особо не учитывает первоначальный ущерб в качестве нарушения международных норм, если в результате обеспечивается сатисфакция потерпевшего иностранца, искажает истину в угоду теории. Короче говоря, представляется затруднительным принять такую интерпретацию ситуации, при которой от государства требовалось бы просто выполнить его вторичное обязательство, предоставив возмещение любым способом по своему выбору, как результат, подлежащий достижению в соответствии с обязательством по

¹³⁶ L'Esaurimento dei Ricorsi Interni nel Diritto Internzionale (1967), pp. 12, 33.

¹³⁷ Выше, сноска 23, p. 1053:

«Государство несет международную ответственность перед иностранными гражданами только тогда, когда понесенный ими по вине этого государства ущерб является невозместимым с помощью их собственных действий через внутреннюю правовую систему этого государства. Если в соответствии с законом имеется возможность для взыскания возмещения либо с помощью обращения в высшие суды, либо через механизмы исполнительной власти, ущерб не считается завершённым до момента безуспешного исчерпания такой возможности».

См. также Head, выше, сноска 23, p. 150; Nguyen Quos Dinh, *Droit international public* (P. Daillier and A. Pellet (eds.)), 6th ed. (1999), p. 775, para. 490; J. Combacau and S. Sur, *Droit international public*, 4th ed. (1999), p. 546.

¹³⁸ *State Responsibility*, выше, сноска 75, p. 169-270; *Local Remedies*, выше, сноска 23; "The Local Remedies Rule", выше, сноска 34, p. 727.

¹³⁹ *State Responsibility*, выше, сноска 75, p. 215.

международному праву; таким образом, это вторичное обязательство характеризуется как единственное невыполненное обязательство, а первичному обязательству не наносит ущерб иностранцу особого значения не придается. Норма об исчерпании местных средств правовой защиты действительно распространяется только на вторичное обязательство, тогда как нарушение первичного обязательства оставляется по существу без внимания»¹⁴⁰.

57. Доэринг указывает на невозможность в некоторых случаях утверждать, что первоначальное деяние не является нарушением международного права¹⁴¹. Даже если предположить возможность того, что приведенный им пример — убийство физического лица — более тесно связан с защитой прав человека, он также является весьма актуальным с точки зрения обращения с иностранцами и, вследствие этого, имеет отношение к более широкому спектру ситуаций¹⁴². Кроме того, утверждается, что исключения из правила об исчерпании местных средств правовой защиты, например, отказ государства, зафиксированный в арбитражном соглашении, идут вразрез с концепцией, согласной которой международная ответственность возникает только после исчерпания местных средств правовой защиты¹⁴³. Кроме того, если считать международно-противоправное деяние совершенным только после исчерпания местных средств правовой защиты, то нелогичной становится норма о непрерывности гражданства¹⁴⁴.

58. Важный аргумент против интерпретации этой нормы как материально-правовой был сформулирован Верзийлем следующим образом:

«Если предположить, что международная противоправность вообще не возникает до исчерпания местных средств правовой защиты, то данная норма неизбежно становится намного более жесткой, чем в другом теоретическом построении, поскольку в этом случае само международное требование временно лишается какой-либо правовой основы. Если же, напротив, признать ее сугубо процедурный характер, то намного больше свободы остается для смягчения этой нормы и ее квалификации на предмет избежания очевидных злоупотреблений этой нормой, которые могут иметь место и, к сожалению, часто действительно происходят»¹⁴⁵.

59. Хотя в своем третьем издании свода норм Американский институт права не занимает определенную позицию по вопросу о характере нормы исчерпания

¹⁴⁰ *Local Remedies*, выше, сноска 23, p. 328.

¹⁴¹ Выше, сноска 69, p. 240. Взгляды Доэринга были поддержаны другими немецкими правоведами: Herdegen, выше, сноска 13, p. 65; Kokott, выше, сноска 93, p. 613; W.K. Geck, "Diplomatic Protection", *Encyclopedia of Public International Law* (vol. 1 (1992)), p. 1056.

¹⁴² В контексте защиты прав человека процедурный характер нормы об исчерпании местных средств правовой защиты признается более широко, чем в контексте дипломатической защиты. См., например, Amerasinghe, *Local Remedies*, выше, сноска 23, p. 354 et seq.

¹⁴³ Verdross и Simma, выше, сноска 45, p. 883, n. 42. Другие немецкие правоведа также придерживаются этой позиции. См., например, Kokott, выше, сноска 93, p. 613; Herdegen, выше, сноска 13, p. 65; J. Schwarze, "Rechtsschutz Privater bei völkerrechtswidrigem Handeln fremder Staaten" (1986), 24 *Archiv des Völkerrechts* 428-429. См. также Adede, "Survey", выше, сноска 23, p. 15.

¹⁴⁴ Schwarze, выше, сноска 143, p. 429.

¹⁴⁵ J.H.W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective* (1973), part VI, p. 629.

местных средств правовой защиты, во втором издании свода говорится следующее:

«Процедурный характер требования об исчерпании. Как указано в § 168, определенные типы поведения, наносящего ущерб иностранцам, являются сами по себе международно-противоправными деяниями, тогда как другие виды поведения всего лишь ведут к возникновению обязанности предоставить возмещение, и в этом случае нарушение международного права не считается совершенным, если факт отказа от предоставления такой выплаты не установлен. Тем не менее, после того как международно-противоправное деяние, состоящее в нанесении первоначального ущерба или неуплате компенсации, было совершено, международная ответственность государства вступает в силу и исчерпание имеющихся средств правовой защиты играет роль главным образом процедурного условия»¹⁴⁶.

60. По причинам, подобным приведенным выше, многие юристы-международники поддержали процедурную теорию¹⁴⁷.

61. Третья теория, которая восходит к трудам Хайда и Иглтона, не идет вразрез с процедурной теорией. Главное отличие состоит в том, что ее сторонники считают, что:

«при рассмотрении требований важно различать события, обычно свидетельствующие о международно-противоправном поведении суверена территории, и события, которые, как правило, свидетельствуют о том, что он не предоставил средство для взыскания ущерба, нанесенного таким поведением. События, упомянутые первыми, необходимы для установления

ответственности на национальном уровне; события второго служат оправданием для подачи требования»¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Выше, сноска 51, Part IV, para. 206, cmt d, p. 612.

¹⁴⁷ См. С. de Visscher, "Le Deni de justice en droit international" (1935–II), 52 *Recueil de Cours* 363–421; Freeman, выше, сноска 45, pp. 407 и далее; M.N. Shaw, *International Law*, 4th ed. (1997), pp. 603–604; P.C. Jessup, *A Modern Law of Nations*, reprint (1968), p. 104; Geck, выше, сноска 141, p. 1056; Herdegen, выше, сноска 13, p. 65; Kokott, выше, сноска 93, p. 613; Schwarzenberger, выше, сноска 72, pp. 603–604. Есть основания считать, что эта позиция отражена также в учебнике международного права Оппенгейма (*Oppenheim's International Law* (выше, сноска 23, pp. 522–524), о чем свидетельствует следующее утверждение:

«Если государство обращается с иностранцем на своей территории вопреки своим международным обязательствам, однако может последующими действиями обеспечить для этого иностранца обращение в соответствии со своими обязательствами (или эквивалентное обращение), международные трибуналы не будут рассматривать требование, выдвинутое от имени этого лица, пока оно не исчерпает доступные ему в данном государстве средства правовой защиты. До тех пор пока высший компетентный орган в этом государстве не вынесет окончательное заключение, нельзя будет считать, что появилась возможность для правомерного выдвижения международного требования».

¹⁴⁸ С.С. Hyde, *International Law chiefly as interpreted and applied by the United States* (1922), vol. 1, p. 493. См. также Eagleton, выше, сноска 23, pp. 97–100. К правоведом того времени,

Иными словами, в рамках этой теории данная норма рассматривается как представляющая собой процедурное условие, когда речь идет о случаях, при которых первоначальное действие или бездействие само по себе составляет нарушение международного, равно как и внутреннего права. В отличие от этих случаев, если ущерб наносится в результате деяния, представляющего собой нарушение внутреннего права, но не международного права, международная ответственность возникает лишь после исчерпания местных средств правовой защиты, которое привело к отказу в правосудии.

62. Ведущим сторонником этой теории является Дж. Фосет. В опубликованной в 1954 году статье¹⁴⁹, где он предпринимает попытку провести четкое различие между основаниями требования и правом на предъявление требования, Фосет изложил три возможные правовые ситуации, в которых должна рассматриваться норма об исчерпании местных средств правовой защиты:

«Случай I: Обжалуемое деяние является... нарушением международного права, но не внутреннего права.

Случай II: Обжалуемое деяние является нарушением внутреннего права, но не международного права.

Случай III: Обжалуемое деяние является нарушением как внутреннего, так и международного права»¹⁵⁰.

«В первом случае, когда обжалуемое деяние является нарушением международного права, но не внутреннего права, норма об исчерпании местных средств правовой защиты вообще не применяется; ибо, поскольку ничего противоречащего местному праву сделано не было, необходимость исчерпания местных средств правовой защиты отсутствует»¹⁵¹.

Примеры, которые относились бы к этому случаю, включают нанесение ущерба высшим исполнительным органом государства, возмещение за который не предусмотрено во внутреннем законодательстве; или совершение должностным лицом государства преступления против человечности (например, апартеид), которое допускается или поощряется внутренним законодательством.

«Во втором случае, когда обжалуемое деяние является нарушением внутреннего законодательства, но изначально не является нарушением международного права, международная ответственность государства не возникает в связи с обжалуемым деянием: она может возникнуть лишь из *последующего* деяния государства, представляющего собой отказ в

склоняющимся к третьей теоретической школе, относятся Dunn, выше, сноска 23, p. 166 (об этом свидетельствует его интерпретация и критика статьи 8(a) проекта конвенции 1929 года об ответственности государств за ущерб, нанесенный на их территории личности и имуществу иностранцев, подготовленного юридическим факультетом Гарвардского университета); Fachiri, выше, сноска 110, p. 33; J.G. Starke, "Imputability in International Delinquencies" (1934), 14 *B.Y.I.L.* 107–108.

¹⁴⁹ "Exhaustion of Local Remedies", выше, сноска 71.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 454.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 455.

правосудии потерпевшей стороне, ищущей возмещения за первоначальное деяние, которое она обжалует»¹⁵².

Здесь норма об исчерпании местных средств правовой защиты функционирует как материально-правовое препятствие для международного требования, поскольку никакое требование не может быть предъявлено до установления факта отказа в правосудии.

В третьем случае,

«Когда обжалуемое деяние является нарушением внутреннего законодательства и международного соглашения или обычного международного права, норма об исчерпании местных средств правовой защиты функционирует в качестве процедурного препятствия для международного требования»¹⁵³.

Простой, но четкий анализ Фосета, который был одобрен Фитцморисом¹⁵⁴ и Броунли¹⁵⁵, дает ответ на вопросы, поставленные в рамках дискуссии о характере нормы об исчерпании местных средств правовой защиты. Следует сожалеть, что этому анализу было уделено столь мало внимания в исследовании Аго¹⁵⁶. Амерасингхе попытался примирить позицию Фосета со своей собственной процедурной теорией, указав, что второй случай по Фосету, который представляет материально-правовой подход, не имеет ничего общего с нормой об исчерпании местных средств правовой защиты.

«То, что называется материально-правовым аспектом нормы, фактически вообще не является аспектом данной нормы. Имеет место неправильное применение терминологии в области ответственности государств за ущерб иностранцам, которая связана с нарушениями международного права, совершаемыми в связи с отправлением правосудия. То, что называется материально-правовым аспектом нормы, фактически относится к «видам отказа в правосудии» и должно рассматриваться с использованием соответствующих терминов»¹⁵⁷.

После этого пояснения, продолжает он, позиция Фосета может быть сведена к «в основном процедурной концепции этой нормы»¹⁵⁸.

L. Заключение

63. С логической точки зрения наиболее удовлетворительной представляется «третья позиция». Если государство совершает международно-противоправное деяние, например подвергает иностранца пыткам, оно несет международную ответственность с этого момента. Факт пытки дает основания для предъявления требования к несущему ответственность государству, однако исковое право, т.е. право предъявлять международное требование, не вступает

¹⁵² Ibid., p. 456. Курсив в оригинале.

¹⁵³ Ibid., p. 458.

¹⁵⁴ Выше, сноска 47, p. 53.

¹⁵⁵ *Principles*, выше, сноска 34, p. 497.

¹⁵⁶ Выше, сноска 6, стр. 39–40, пункт 13, примечание 137.

¹⁵⁷ Amerasinghe, *State Responsibility*, выше, сноска 75, pp. 212–214. Аналогичная точка зрения была выражена Law, выше, сноска 13, p. 34.

¹⁵⁸ *Local Remedies*, выше, сноска 23, p. 326.

в силу, пока государство имеет возможность исправить ситуацию, например путем возмещения, через свои собственные суды. В таком случае норма об исчерпании местных средств правовой защиты является процедурной. Это мнение было поддержано в рамках нескольких кодификационных попыток, в нескольких судебных решениях и большинством правоведов, так как эту позицию разделяют как сторонники процедурной теории, так и те, кто принадлежит к «третьей теоретической школе». Сторонники материально-правовой теории не могут принять это толкование нормы об исчерпании местных средств правовой защиты из-за, главным образом, того, что они отказываются проводить разграничение между наносящими ущерб иностранцу деяниями, нарушающими международное право, и деяниями, которые нарушают только внутреннее право.

64. Еще более четкий консенсус существует в отношении того, что, когда первоначальный ущерб наносится в результате действия или бездействия, которое представляет собой нарушение только внутреннего права, то для того, чтобы можно было представить международное требование, нужно, чтобы в ходе внутренних разбирательств имел место отказ в правосудии. С этим утверждением согласны сторонники как материально-правовой теории, так и процедурной теории, однако последние отрицают, что это явление подпадает под действие нормы об исчерпании местных средств правовой защиты. Отказ сторонников процедурной теории рассматривать случаи такого рода как относящиеся к сфере применения нормы об исчерпании местных средств правовой защиты не имеет практического значения и не обуславливает необходимость дополнительного рассмотрения.

65. Остается еще один вопрос, который необходимо рассмотреть: обуславливает ли отказ в правосудии также необходимость исчерпания оставшихся местных средств правовой защиты не только в контексте ситуации, описанной в пункте 64, но и тогда, когда отказ в правосудии следует за нарушением международного права. Правоведы, высказавшиеся по этому вопросу в охваченных обзором работах¹⁵⁹, поддерживают точку зрения о том, что в таких случаях местные средства правовой защиты должны быть исчерпаны. Это представляется логичным, если рассматривать отказ в правосудии как нарушение международного права. Этой позиции не противоречат кодификационные попытки, международные решения или практика государств.

66. В представленных выше проектах статей предпринята попытка использовать выводы, достигнутые в настоящем докладе. Решение отойти от материально-правовой теории, примененной Роберто Аго в проекте статьи 22 проектов статей об ответственности государств, принятых в первом чтении, далось нелегко. Было учтено, однако, что в основу его позиции было положено разграничение между обязательствами поведения и результата, которое не было сохранено в проектах статей об ответственности государств, принятых в предварительном порядке Редакционным комитетом в 2000 году. Материально-правовая теория не получила существенной поддержки в рамках кодификационных попыток, в судебных решениях и работах правоведов. Кроме того, начиная с 1977 года среди правоведов стала прослеживаться тенденция в

¹⁵⁹ Law, выше, сноска 13, p. 34; Fitzmaurice, выше, сноска 47, p.59; Amerasinghe, “The Local Remedies Rule”, выше, сноска 34, p. 732.

поддержку процедурной теории или «третьей теоретической школы». В этих обстоятельствах предлагается, чтобы Комиссия утвердила концепцию, использованную в проектах статей 12 и 13.

М. Будущая работа

67. Комментарий к статье 14 все еще находится на стадии подготовки. Вероятно, что эта статья будет предложена в следующей формулировке:

Местные средства правовой защиты не надо исчерпывать, когда:

- a) эффективные средства правовой защиты отсутствуют;
- b) исчерпание местных средств правовой защиты было бы бесполезным;
- c) государство-ответчик отказалось от требования об исчерпании местных средств правовой защиты;
- d) между потерпевшим физическим лицом и государством-ответчиком добровольная связь отсутствует;
- e) международно-противоправное деяние, на котором основывается международное требование, не было совершено в пределах территориальной юрисдикции государства-ответчика.

Последующие статьи об исчерпании местных средств правовой защиты будут касаться бремени доказывания и предварительного отказа от предъявления международного требования иностранным гражданином («оговорка Кальво»). Желательно также разработать положение о значении термина «отказ в правосудии» с учетом того, что в проекте статьи 13 содержится ссылка на этот термин, несмотря на тот факт, что это, вероятно, повлечет за собой необходимость формулирования первичной нормы. Тем не менее, как указывается в комментарии к проекту статьи 10, в контексте данной кодификационной попытки проведение различия между первичными и вторичными нормами не всегда представляется целесообразным.