



ГЕНЕРАЛЬНАЯ АССАМБЛЕЯ

Distr.
LIMITED

A/CN.4/L.619
7 June 2002

RUSSIAN
Original: ENGLISH

Комиссия международного права

Пятьдесят четвертая сессия

Женева, 29 апреля - 7 июня 2002 года

и 22 июля - 16 августа 2002 года

**ПРОЕКТ ДОКЛАДА КОМИССИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА
О РАБОТЕ ЕЕ ПЯТЬДЕСЯТ ЧЕТВЕРТОЙ СЕССИИ**

Докладчик: г-н Валерий Кузнецов

ГЛАВА V

ДИПЛОМАТИЧЕСКАЯ ЗАЩИТА

A. Введение

B. Рассмотрение темы на данной сессии

1. Общие замечания по исследованию

- a) Вступительное слово Специального докладчика
- b) Краткое изложение прений
- c) Заключительные замечания Специального докладчика

2. Статьи 12 и 13

- a) Вступительное слово Специального докладчика
- b) Краткое изложение прений
- c) Заключительные замечания Специального докладчика

3. Статья 14

4. Статья 15

- a) Вступительное слово Специального докладчика
- b) Краткое изложение прений
- c) Заключительные замечания Специального докладчика

А. Введение

1. На своей сорок восьмой сессии в 1996 году Комиссия выделила тему "Дипломатическая защита" в качестве одной из трех тем, подходящих для кодификации и прогрессивного развития¹. В том же году Генеральная Ассамблея в своей резолюции 51/160 от 16 декабря 1996 года предложила Комиссии продолжить изучение этой темы и определить ее объем и содержание в свете комментариев и замечаний, высказанных в ходе обсуждения в Шестом комитете, а также любых письменных комментариев, которые правительства пожелают представить. На своей сорок девятой сессии в 1997 году Комиссия во исполнение вышеназванной резолюции Генеральной Ассамблеи учредила на своем 2477-м заседании Рабочую группу по этой теме². Рабочая группа представила на этой же сессии доклад, который был одобрен Комиссией³. Рабочая группа попыталась: а) выяснить, насколько это возможно, объем темы; и б) выделить вопросы, которые должны быть исследованы в рамках темы. Рабочая группа предложила план для рассмотрения темы, который, как рекомендовала Комиссия, должен был стать основой для представления предварительного доклада Специального докладчика⁴.

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

3. Генеральная Ассамблея в пункте 8 своей резолюции 52/156 одобрила решения Комиссии о включении в свою повестку дня темы "Дипломатическая защита".

4. На своей пятидесятой сессии в 1998 году Комиссия рассмотрела предварительный доклад Специального докладчика⁵. На той же сессии Комиссия учредила Рабочую группу открытого состава для рассмотрения возможных выводов, которые могли бы быть сделаны на основе обсуждения относительно подхода к этой теме⁶.

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

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

³ Там же, пункт 171.

⁴ Там же, пункты 189-190.

⁵ A/CN.4/484.

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

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

6. На своей пятьдесят второй сессии в 2000 году Комиссия рассмотрела первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/506 и Согг.1 и Add.1). Вследствие нехватки времени Комиссия перенесла рассмотрение документа A/CN.4/506/Add.1 на следующую сессию. На той же сессии Комиссия учредила неофициальную консультативную группу открытого состава под руководством Специального докладчика по проектам статей 1, 3 и 6⁸. Впоследствии на своем 2635-м заседании Комиссия постановила передать проекты статей 1, 3 и 5-8 Редакционному комитету вместе с докладом об итогах неофициальных консультаций.

7. На своей пятьдесят третьей сессии в 2001 году Комиссия рассмотрела оставшуюся часть первого доклада Специального докладчика (A/CN.4/506/Add.1), и ей был представлен его второй доклад (A/CN.4/514 и Согг.1 и 2 (только на испанском языке)). Комиссия рассмотрела документ A/CN.4/506/Add.1 на своих 2680-м и 2685-2687-м заседаниях, состоявшихся соответственно 25 мая и 9-11 июля 2001 года. Комиссия рассмотрела также второй доклад Специального докладчика на своих 2688-2690-м заседаниях, состоявшихся 12-17 июля 2001 года. Вследствие нехватки времени Комиссия смогла рассмотреть только те части второго доклада, которые охватывают проекты статей 10 и 11, и отложила рассмотрение остальной части документа A/CN.4/514, посвященной проектам статей 12 и 13, на следующую сессию. На своем 2688-м заседании, состоявшемся 12 июля 2001 года, Комиссия постановила передать проект статьи 9 в Редакционный комитет, а на состоявшемся 17 июля 2001 года 2690-м заседании - передать ему же проекты статей 10 и 11.

8. На своем 2688-м заседании Комиссия учредила неофициальную консультативную группу открытого состава под руководством Специального докладчика по статье 9.

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

⁸ Доклад об итогах неофициальных консультаций содержится в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/55/10), пункт 495.*

В. Рассмотрение темы на данной сессии

9. На данной сессии Комиссия рассмотрела оставшуюся часть второго доклада Специального докладчика (A/CN.4/514 и Согг.1 и 2 (только на испанском языке)), касающуюся проектов статей 12 и 13, а также его третий доклад (A/CN.4/523 и Add.1). Комиссия рассмотрела оставшиеся части второго доклада, а также первую часть третьего доклада, касающуюся состояния исследования по вопросу дипломатической защиты и статей 14 и 15, на своих 2712-2719-м и 2729-м заседаниях, состоявшихся соответственно 30 апреля - 14 мая и 4 июня 2002 года. Затем Комитет рассмотрел вторую часть доклада, касающуюся статьи 16, на своих 2725-м, 2727-2729-м заседаниях, состоявшихся соответственно 24 мая, 30 мая - 4 июня.

10. На своем 2719-м заседании, состоявшемся 14 мая 2002 года, Комиссия постановила передать пункты а), b), d) (для рассмотрения совместно с пунктом а)) и е) статьи 14 в Редакционный комитет. На своем 2729-м заседании, состоявшемся 4 июня 2002 года, Комиссия постановила также передать пункт с) проекта статьи 14 в Редакционный комитет для рассмотрения его совместно с пунктом а).

11. Комиссия рассмотрела доклад Редакционного комитета по проектам статей 1-7 [8] на своих 2730-2732-м заседаниях, состоявшихся 5-7 июня 2002 года. Она приняла статьи 1-3 [5] на своем 2730-м заседании, 4 [9], 5 [7] и 7 [8] на своем 2731-м заседании и проект статьи 6 на своем 2732-м заседании.

12. На своих ... - ... заседаниях, состоявшихся ..., Комиссия утвердила комментарии к вышеперечисленным проектам статей.

1. Общие замечания по исследованию

а) Вступительное слово Специального докладчика

13. Представляя свой третий доклад (A/CN.4/523), Специальный докладчик отметил, что дипломатическая защита является вопросом, по которому имеется множество материалов и источников в форме предпринятых попыток кодификации, конвенций, практики государств, судебных решений и положений доктрины. В международном праве нет другой отрасли, которая обладала бы столь обширными источниками. Вместе с тем практика зачастую оказывалась непоследовательной и противоречивой. Свою задачу Специальный докладчик видит в том, чтобы предложить вниманию Комиссии все источники и варианты и дать ей возможность сделать осознанный выбор.

14. В отношении сферы охвата проектов статей Специальный докладчик вновь заявил о своем нежелании выходить за рамки традиционных тем, относящихся к сфере дипломатической защиты, а именно гражданства требований и исчерпания внутренних средств правовой защиты. Однако он отметил, что в ходе дискуссии в предшествующем пятилетии высказывались предложения о включении в область дипломатической защиты ряда других вопросов, таких, как функциональная защита международными организациями своих должностных лиц, право государства флага водного или воздушного судна предъявлять требование от имени экипажа и, возможно, также пассажиров водного или воздушного судна, независимо от гражданства соответствующих лиц, случаи, когда одно государство осуществляет дипломатическую защиту гражданина другого государства в результате делегирования такого права, и случаи, когда государство или международная организация управляет территорией или контролирует ее. В порядке реагирования на эти предложения и отмечая важность этих вопросов, он заявил, что Комиссии не следует рассматривать их в контексте разрабатываемого в настоящее время свода проектов статей, особенно если она намерена принять проекты статей в первом и во втором чтениях к концу пятилетия. Кроме того, он выступил с предостережением о том, что обсуждение некоторых из этих вопросов, например относительно случаев, когда государство или международная организация управляет территорией или контролирует ее, может выйти далеко за рамки традиционно очерчиваемой области дипломатической защиты.

15. Наряду с этим он отметил, что Комиссия не может завершить исследование по теме дипломатической защиты без рассмотрения вопросов отказа в правосудии и оговорки Кальво, которые занимали видное место в судебных решениях в этой области.

16. Специальный докладчик подтвердил также свое намерение рассмотреть в своем следующем докладе вопрос о государственной принадлежности корпораций.

b) Краткое изложение прений

17. Специальный докладчик был удостоен похвальных оценок в отношении качества представленного им доклада и продемонстрированного широкого подхода к рассматриваемым вопросам. В то же время было выражено мнение о том, что подход Специального докладчика был, по-видимому, слишком общим. Поэтому встретило поддержку предложение о рассмотрении дополнительных вопросов, перечисленных Специальным докладчиком в его третьем докладе.

18. Было выражено мнение о том, что вопрос о функциональной защите международными организациями своих должностных лиц следует исключить из проектов статей, поскольку он представляет собой исключение из принципа гражданства, имеющего основополагающее значение для проблемы дипломатической защиты. В своем консультативном заключении о возмещении вреда, причиненного во время нахождения на службе у Организации Объединенных Наций⁹, Международный Суд четко разъяснил, что предъявленное Организацией требование было основано не на гражданстве потерпевшего, а на его статусе как агента Организации. Аналогичным образом в своем решении от 11 сентября 1964 года¹⁰ Административный трибунал Международной организации труда (МОТ) заявил, что привилегии и иммунитеты должностным лицам МОТ предоставляются исключительно в интересах Организации.

19. И наоборот, было высказано предложение о том, что Комиссии следует рассмотреть вопрос о последствиях для государства гражданства наличия у какой-либо международной организации права осуществлять дипломатическую - а не функциональную - защиту. Вопрос о коллизии требований государства гражданства и Организации Объединенных Наций в отношении личного вреда, причиненного должностным лицам Организации Объединенных Наций, был поднят Международным Судом в его консультативном заключении о возмещении причиненного вреда. Было предложено тщательно изучить связь между функциональной и дипломатической защитой и, возможно, включить в проекты статей какое-то упоминание о функциональной защите. Кроме того, было также предложено четко разъяснить, что, как было отмечено Международным Судом в его консультативном заключении, возможность коллизии между правом государства на дипломатическую защиту и правом организации на функциональную защиту не может иметь своим следствием предъявление двух требований или вынесение двух решений об удовлетворении. Таким образом, Комиссия могла бы рассмотреть необходимость ограничения требований и возмещений.

20. Было также отмечено, что вопрос о функциональной защите международными организациями своих должностных лиц представляет интерес для малых государств, граждане ряда из которых используются на службе у международных организаций, поскольку, если возможность защиты будет иметься только у государства гражданства, будет существовать опасность неодинакового обращения.

⁹ 1949 *I.C.J. Reports*, p. 174.

¹⁰ *In re Jurado*, Judgment No. 70.

21. Ряд членов Комиссии выразили сомнение в том, может ли такая защита быть охарактеризована как дипломатическая защита. Если Комиссия согласилась исключить из охватываемой данной темой сферы защиты дипломатических и консульских работников, эта же логика должна применяться и к должностным лицам международных организаций. Аналогичным образом служащие вооруженных сил обычно находятся под защитой государства, в ведении которого находятся эти силы, однако защита как таковая не рассматривается как "дипломатическая защита".

22. Согласно одному из дальнейших высказываний по данной теме, различие между дипломатической и функциональной защитой не обязательно должно применяться в контексте дипломатической защиты, осуществляемой в интересах служащих вооруженных сил. Подобные случаи представляют собой применение юридических интересов государства, которому принадлежат данные войска. Хотя отношение гражданства является важным выражением правовой заинтересованности государства в защите граждан, национальных корпораций и агентств, в праве признаются и другие основания для правовой заинтересованности, такие, как статус служащего в вооруженных силах.

23. В поддержку предложения о расширении сферы охвата проектов статей в целях включения дипломатической защиты членов экипажа и пассажиров водных судов в качестве примера было названо дело М/В "Сайга" (№ 2) (Сент-Винсент и Гренадины против Гвинеи)¹¹, в решении по которому Международный трибунал по морскому праву постановил, что государство флага судна имеет право предъявить требование в отношении вреда, причиненного членам экипажа, независимо от их индивидуального гражданства; таким образом, государство гражданства не обладает исключительным правом на осуществление дипломатической защиты. С другой стороны, в отношении дела М/В "Сайга" было рекомендовано проявлять известную осторожность, поскольку это дело было внесено на рассмотрение Международного трибунала по морскому праву в соответствии со специальными положениями, содержащимися в статье 292 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, а не как общий случай дипломатической защиты.

24. Было отмечено также, что одной из характерных особенностей эволюции международного права становится все более активно проявляемая забота о соблюдении прав человека. Поэтому была высказана мысль о том, что, если члены экипажа могут стать объектом защиты со стороны государства национальности водного или воздушного

¹¹ *М/В "Сайга" (№ 2) (Сент-Винсент и Гренадины против Гвинеи)*, Международный трибунал по морскому праву, решение от 1 июля 1999 года.

судна, это обстоятельство лишь обеспечит более высокую степень защиты, и поэтому его следует приветствовать.

25. По мнению других членов Комиссии, Специальный докладчик был прав, когда предлагал Комиссии исключить из сферы охвата проектов статей право государства национальности водного или воздушного судна предъявлять требование от имени экипажа или пассажиров. Было заявлено, что проблема заключается не в том, каким образом государству следует обеспечивать защиту своих граждан за границей, а, скорее, в том, как избежать возникновения конкурирующих требований, исходящих от различных государств. Если судно плавает под "удобным флагом", государство регистрации судна едва ли будет заинтересовано в осуществлении дипломатической защиты, если государства гражданства членов экипажа не сделают этого. Согласно этой точке зрения, подобные ситуации в любом случае охватываются морским правом.

26. Было также отмечено, что вопрос о защите экипажа судна охвачен как Конвенцией Организации Объединенных Наций по морскому праву¹², так и заключенными ранее международными соглашениями. Поэтому в данном случае необходимо более внимательное изучение других международно-правовых актов.

27. Было отмечено также, что правовые принципы, регулирующие вопросы, касающиеся гражданства воздушного судна, уже фигурируют в международном праве, в частности во многих таких международно-правовых актах, как Токийская конвенция 1963 года о преступлениях и некоторых других действиях, совершенных на борту воздушного судна, в которой устанавливается, например, обязательство дать экипажу и пассажирам возможность продолжить передвижение. В этом примере определяющим фактором была особая связь между государством гражданства или государством регистрации и данным водным или воздушным судном. Она не затрагивала людей, и, несмотря на то, что в указанных международно-правовых актах в некоторых случаях государству предоставлялось право осуществления прерогатив, которые, на первый взгляд, могли быть схожими с дипломатической защитой, эта защита была другого рода. Таким образом, подобные вопросы было бы неуместно затрагивать при рассмотрении темы дипломатической защиты.

28. Возражения вызвало предложение Специального докладчика о том, что Комиссии не следует рассматривать случай государства, осуществляющего дипломатическую защиту гражданина другого государства, вследствие делегирования такого права. Предметом

¹² United Nations, *Treaty Series*, vol. 1833, p. 3.

несогласия явились средства осуществления ответственности государств. Поэтому в принципе не было никаких причин, почему государство не могло бы осуществлять дипломатическую защиту в подобных обстоятельствах. Другие члены Комиссии подчеркнули, что, если дипломатическую защиту рассматривать как дискреционное право государства, в комментарии можно было бы отметить, что государство имеет право делегировать другим субъектам международного права осуществление дипломатической защиты своих граждан или других лиц, имеющих действительные связи с ним в рамках установленных исключений из принципа гражданства. Однако при этом важно не смешивать нормы, касающиеся дипломатической защиты, с другими видами защиты индивидов или их интересов.

29. Было поддержано мнение Специального докладчика о том, что в проекте статей не следует принимать во внимание случаи, когда международная организация контролирует какую-либо территорию. Было отмечено, что в данном случае речь идет о весьма специфической форме защиты - форме, которая по крайней мере также тесно связана с функциональной защитой, как с дипломатической защитой; как и в случае статей об ответственности государств, Комиссии не следует заниматься всеми вопросами, касающимися международных организаций. В то же время было поддержано предложение о том, что в проектах статей следует учесть ситуацию, при которой государство, управляющее не принадлежащей ему территорией или контролирующее ее, претендует на осуществление дипломатической защиты жителей, населяющих эту территорию.

30. По мнению некоторых членов Комиссии, в том случае если международная организация управляет какой-либо территорией, эта международная организация выполняет все функции государства и соответственно должна осуществлять дипломатическую защиту лиц без гражданства или лиц, вопрос о гражданстве которых остается неясным. Кроме того, хотя связь гражданства имела определенное важное значение в прошлом, когда государства были единственными субъектами на международной арене, эта связь постепенно утрачивает свое значение в мире, где международные организации играют все более заметную роль наряду с государствами. Было поэтому предложено охватить этот вопрос в проектах статей. И наоборот, было заявлено, что было бы опасно делать предположение о том, что специальные и временные функции, которыми наделяется, например, Организация Объединенных Наций как субъект, управляющий территорией, аналогичны управлению территориями со стороны государств.

31. Согласно еще одной точке зрения, в центре проблемы дипломатической защиты находится принцип гражданства, т.е. связи между государством и его гражданами за границей. Если государство заявляет о правовом интересе в осуществлении дипломатической защиты в случае международно-противоправного деяния, являющегося источником вреда, причиненного его гражданину, связью между правовым интересом и государством является гражданство этого лица. Если предлагаемые дополнительные вопросы будут затронуты в проектах статей, пусть даже и в виде исключительных случаев, было высказано мнение о том, что они неизбежно повлияют на характер норм о дипломатической защите, неоправданно расширяя право государств на вмешательство.

32. Было также высказано предположение о том, что, если Комиссия примет решение не рассматривать эти дополнительные вопросы, о них по крайней мере следует упомянуть в комментарии.

33. Комиссия рассмотрела также ряд других предложений о возможном включении в сферу охвата проектов статей некоторых вопросов. Она рассмотрела вопрос о том, может ли быть необходимым включение в проекты статей упоминания о доктрине "чистых рук". Было выражено мнение о том, что, хотя эта доктрина и имеет отношение к обсуждению дипломатической защиты, ее не следует каким-либо специальным образом затрагивать в проектах статей. В качестве примера было упомянуто о том, каким образом был решен вопрос с этой доктриной в контексте работы Комиссии над темой ответственности государств, когда Комиссия постановила, что эта доктрина не представляет собой обстоятельство, исключающее противоправность¹³. Аналогичным образом было заявлено, что то обстоятельство, что у лица "нечистые руки", не делает неизбежным лишение его дипломатической защиты.

34. В отношении правового статуса понятия "чистые руки" были высказаны и другие оговорки. Было отмечено, что оно мало употребляется - разве что в качестве преюдициального довода - и Комиссии необходимо соблюдать осторожность, чтобы "случайно" не легитимировать его. И наоборот, было заявлено, что имеются все законные основания поднимать этот вопрос в связи с дипломатической защитой. Вопрос о том, "чистые ли руки" у лица, в отношении которого осуществляется дипломатическая защита, нельзя игнорировать, и независимо от того, какие из этого впоследствии могут быть сделаны выводы, важно, чтобы этот вопрос был затронут. Третьи отметили, что Комиссии было бы лучше всего не принимать никакого решения, будь то положительного или отрицательного, в отношении нормы о "чистых руках".

¹³ См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят четвертая сессия, дополнение № 10 (A/54/10)*, глава V.B.48(A), пункты 411-415.

35. Комиссия рассмотрела также вопрос о необходимости включения положения об отказе в правосудии. В этой связи выступавшие напомнили, что ранее Комиссия не планировала прямо упоминать об этом положении в проектах статей. Утверждалось также, что понятие отказа в правосудии является частью материального права и темы обращения с иностранцами и напрямую не связано с вопросами дипломатической защиты. Имели место случаи, когда иностранцам, пытавшимся прибегнуть к защите суда, порою отказывалось в правосудии, и такие случаи могли иметь место совершенно независимо от любых обстоятельств, связанных с использованием внутренних средств правовой защиты как таковых. Поэтому было бы совершенно нелогично рассматривать эту тему, и это было бы связано с колоссальными трудностями для Комиссии.

36. Вопреки этому было отмечено, что вопрос об отказе в правосудии практически вырастает до существенной проблемы в той мере, насколько он затрагивает проблему равного обращения с иностранцами и гражданами в том, что касается доступа к судебной системе. Этот вопрос подробно рассматривается в частном международном праве, и он регулируется имеющимися, особенно на межамериканском уровне, конвенциями, в которых предусматривается право иностранцев на доступ к тем же средствам правовой защиты, что и у граждан - право, подтвержденное и другими принятыми в последнее время актами. В этих условиях нелегко не придавать значение вопросу об отказе в правосудии, что может стать одной из ситуаций, служащих основанием для осуществления дипломатической защиты.

37. Что касается других предложений, то было высказано мнение о необходимости определенным образом задуматься над рассмотрением последствий осуществления дипломатической защиты как части настоящего исследования.

38. Поддержано было, в частности, и предложение Специального докладчика о рассмотрении вопроса дипломатической защиты корпораций.

39. С точки зрения употребления терминов было указано, что понятие "гражданство требований" может вводить в заблуждение и, будучи англоязычным понятием, не имеет своих аналогов в других официальных языках. Отвечая на это замечание, Специальный докладчик признал, что это выражение действительно не свободно от коннотации с общим правом, но подчеркнул, что это выражение было использовано Председателем Международного Суда, для которого английский язык не является родным, в заключении по делу о *возмещении вреда, причиненного во время нахождения на службе у Организации Объединенных Наций*.

с) **Заключительные замечания Специального докладчика**

40. Специальный докладчик отметил, что члены Комиссии в целом поддерживают, по-видимому, его желание ограничить сферу охвата проектов статей вопросами, касающимися гражданства требований и нормы об исчерпании внутренних средств правовой защиты, с тем чтобы можно было завершить рассмотрение этой темы в пределах отведенного Комиссии пятилетнего срока.

41. В том что касается вопросов, выделенных в его третьем докладе и касающихся гражданства требований, но традиционно выпадающих за рамки этой области, то Специальный докладчик отметил, что предложение о всестороннем исследовании проблемы функциональной защиты организациями своих должностных лиц поддержки не встретило. Однако многие выступавшие подчеркнули необходимость проведения различия между дипломатической защитой и функциональной защитой в комментарии с особым упоминанием ответа Международного Суда на содержащийся в его консультативном заключении по делу о *возмещении вреда, причиненного во время нахождения на службе у Организации Объединенных Наций*, вопрос II о том, каким образом следует осуществление функциональной защиты со стороны Организации Объединенных Наций примирить с правом государства гражданства на защиту своих граждан. Он предложил разрешить этот вопрос в контексте коллизии требований о защите в комментарии к статье 1, хотя по-прежнему не отвергает и возможности включения отдельного положения по этому вопросу.

42. Специальный докладчик отметил, что, по всей видимости, почти не получило поддержки и предложение расширить проекты статей таким образом, чтобы включить в них упоминание о праве государства гражданства водного или воздушного судна на предъявление требования от имени экипажа или пассажиров такого судна. Однако он отметил, что этот вопрос точно так же будет затронут в комментарии со специальной ссылкой на дело *M/V "Сайга"*.

43. Что же касается случаев, когда какое-либо государство делегировало бы свое право на осуществление дипломатической защиты другому государству, то он отметил, что такие случаи не часто встречаются на практике и лишь в очень незначительной степени трактуются в литературе. Он также отметил, что этот вопрос частично разрешается в контексте статьи о непрерывности гражданства.

44. Специальный докладчик отметил далее наличие хотя и не столь широкой, но тем не менее определенной поддержки предложения о включении в сферу охвата исследования вопроса о дипломатической защите со стороны государства, которое управляет какой-

либо территорией или контролирует или оккупирует ее. Кроме того, он отметил, что рядом членов Комиссии было предложено рассмотреть вопрос о защите со стороны международной организации лиц, проживающих на контролируемой ею территории, как, например, это имеет место с Организацией Объединенных Наций в Косово и (в прошлом) имело место в Восточном Тиморе. Хотя эта идея и пользовалась определенной поддержкой, по его мнению, большинство членов Комиссии сочли, что этот вопрос лучше было бы рассмотреть в контексте ответственности международных организаций.

45. В том что касается принципа "чистых рук", то Специальный докладчик отметил, что этот вопрос может возникать в связи с поведением потерпевшего лица, предъявляющего требование государства или государства-ответчика, вследствие чего трудно сформулировать норму, применимую во всех случаях. Он также отметил, что этот вопрос будет охвачен в добавлении к его третьему докладу, касающемуся оговорки Кальво (A/CN.4/523/Add.1), а также в комментарии к статье 3 [5] в контексте дела *Ноттебома*¹⁴ и в связи с вопросом о государственной принадлежности корпораций в контексте дела *Барселона Трэкин*¹⁵.

46. В отношении отказа в правосудии Специальный докладчик заявил, что, хотя сам он и не поддерживает предложение о включении статьи об отказе в правосудии, необходимо признать, что, как и в случае с оговоркой Кальво, этот вопрос занимал значительное место в процессе эволюции дипломатической защиты, особенно в Латинской Америке, и многие представляющие этот регион члены Комиссии неоднократно возвращались к этому вопросу. Насколько он может судить о характере состоявшейся в Комиссии дискуссии, большинство членов Комиссии отрицательно или в лучшем случае нейтрально настроены по отношению к предложению о включении этого вопроса в исследование. Многие члены Комиссии подчеркивали, что эта норма является первичной, тогда как другие отмечали, что проблема отказа в правосудии действительно возникает в ряде процессуальных контекстов и представляет собой поэтому определенную форму вторичной нормы. И все же содержание понятия отказа в правосудии остается неопределенным. В начале двадцатого столетия это понятие подразумевало отказ в доступе в суды; латиноамериканские правоведы включили в это понятие предвзятость суда и проволочку с отправлением правосудия, тогда как, по мнению ряда других, отказ в правосудии не ограничивался действием или бездействием судебных органов, но включал нарушения положений международного права органами государственного управления и законодательной властью, охватывая тем самым всю область ответственности государств.

¹⁴ *I.C.J. Reports 1955*, p. 4.

¹⁵ *Барселона трэкин, лайт энд пауэр компани, лимитед, второй этап, Доклады Международного суда, 1970 год*, стр. 3 англ. текста.

В настоящее время, по общему мнению, отказ в правосудии ограничивается актами органов судебной системы или нарушениями судебной процедуры в форме несоблюдения процессуальных норм или вынесения неправомερных решений. Во всяком случае отказ в правосудии все реже и реже встречается в судебной практике, благодаря в значительной степени использованию стандартов отправления правосудия, установленных в международных договорах по правам человека, особенно в статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах¹⁶. Поскольку Комиссия совершенно очевидно придерживается мнения, что это понятие не имеет отношения к данному исследованию, Специальный докладчик отказывается от намерения готовить по нему добавление к своему докладу.

2. Статьи 12 и 13¹⁷

а) Вступительное слово Специального докладчика

47. Специальный докладчик напомнил, что вопросы статей 12 и 13 затрагивались им в его втором докладе, представленном на пятьдесят третьей сессии Комиссии в 2001 году, но не были рассмотрены тогда из-за нехватки времени. По его мнению, оба эти

¹⁶ United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, p. 171.

¹⁷ Статьи 12 и 13 гласят:

Статья 12

Требование исчерпания внутренних средств правовой защиты является процедурным предварительным условием, которое должно быть соблюдено до того, как государство сможет предъявить международное требование по факту причинения его гражданину вреда 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 внутренние средства правовой защиты, которые могут находиться в его распоряжении, до предъявления от его имени международного требования.

положения следует трактовать вместе, и поэтому он предложил рассматривать их совместно. Оба положения касаются вопроса о том, является ли норма об исчерпании внутренних средств защиты процессуальной или материальной - один из наиболее спорных вопросов в области исчерпания внутренних средств судебной защиты.

48. Было отмечено, что Комиссия уже принимала решение по этому вопросу в контексте рассмотрения темы об ответственности государств. Специальный докладчик напомнил, что соответствующее положение было принято в 1977 году и подтверждено в 1996 году в процессе рассмотрения проектов статей по этой теме в первом чтении¹⁸. Однако, по его мнению, эта норма по существу своей является скорее процессуальной, нежели чем материальной, и к вопросу поэтому пришлось вернуться.

49. Существовали три подхода: норма является материальной, норма является процессуальной и норма является, по его выражению, "смешанной". Правоведы, отстаивавшие материальный характер нормы, включая Борчарда и Аго, утверждали, что международно-противоправное деяние государства-правонарушителя не является законченным, пока не были исчерпаны внутренние средства судебной защиты. В этом случае норма об исчерпании внутренних средств является материальным условием, от которого зависит само существование международной ответственности.

50. Те, кто говорил о процессуальном характере нормы, например Амерасингхе, утверждали, что норма об исчерпании внутренних средств является процессуальным условием, которое должно быть соблюдено, прежде чем может быть предъявлено международное требование.

51. Сторонники же тезиса о смешанном характере нормы, например Фосет, проводили различия между вредом, причиненным иностранцу по внутреннему законодательству, и вредом по международному праву. Если вред был следствием нарушения только внутреннего права, причем таким образом, что он не представлял собой нарушение международного права, например имел форму нарушения договора о концессии, международная ответственность возникала только вследствие совершения государством-ответчиком деяния, представляющего собой отказ в правосудии, например в виде предвзятого отношения со стороны органов судебной власти, когда иностранец попытался добиться защиты своих прав во внутреннем суде. В этой ситуации норма об исчерпании внутренних средств, совершенно очевидно, является материальным условием, которое надлежит выполнить. С другой стороны, если причиненный иностранцу вред является нарушением международного права или международного права и внутреннего

¹⁸ Статья 22. См. *Ежегодник... 1977 год*, том II (часть вторая), пункт 31; *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), пункт 65.

законодательства, международная ответственность наступает в момент причинения вреда, и норма об исчерпании внутренних средств судебной защиты является процессуальным условием для предъявления международного требования.

52. Специальный докладчик отметил далее, что, хотя, по мнению некоторых, эти три подхода являются чисто академическими, часто существенное практическое значение имеет вопрос о том моменте, когда наступает международная ответственность. Во-первых, в том что касается гражданства требований, то иностранец должен быть гражданином в момент совершения международно-противоправного деяния. Отсюда проистекает важность определения того момента, когда было совершено международно-противоправное деяние. Во-вторых, может иметь место проблема юрисдикции, как это случилось в деле о *фосфатах в Марокко*¹⁹, когда возник вопрос о том, когда наступила международная ответственность, чтобы определить, обладает ли суд юрисдикцией или нет. В-третьих, государство было бы не в состоянии отказаться от нормы об исчерпании внутренних средств защиты, если бы эта норма была материальной, поскольку никакое международно-противоправное деяние не может считаться совершенным в отсутствие исчерпания внутренних средств правовой защиты.

53. Специальный докладчик отметил трудности, связанные с тем, что в источниках права отсутствуют ясные указания на то, какому из подходов надлежит следовать. Он далее кратко остановился на различных имевших ранее место попытках кодификации, которые он изложил в своем докладе. Было отмечено, что, если в 1977 году Комиссия в своей тогдашней статье 22 проектов статей об ответственности государств отдала предпочтение материальному характеру нормы, то в 2000 году Кокотт в своем докладе в Ассоциации международного права заняла позицию, предполагающую чисто процессуальный характер нормы.

54. Специальный докладчик отметил далее, что и судебные решения также представляются расплывчатыми и открывают возможности различного толкования в поддержку либо процессуального, либо материального характера нормы. Например, в деле о *фосфатах в Марокко* Специальный докладчик Аго заявил, что Постоянная палата не вынесла решения, которое было бы направлено против материального характера нормы. Однако согласно предлагаемому в настоящее время Специальным докладчиком толкованию ключевого отрывка решения Постоянная палата поддержала довод французской стороны о том, что норма о внутренних средствах защиты является не более чем процессуальной нормой.

¹⁹ 1938 *P.C.I.J. Reports*, Series A/B, No. 74.

55. Специальный докладчик отметил также, что в данном отношении особой ценности не представляет и практика государств, поскольку она обычно принимает форму аргументов, предъявляемых в ходе судебного разбирательства в международных судебных инстанциях, и государства неизбежно оказываются вынужденными отстаивать позицию, которая в наибольшей степени отвечает их собственным интересам. Поэтому на основании аргументов, выдвигаемых государствами, невозможно сделать четкий вывод.

56. Кроме того, было отмечено, что и среди теоретиков нет единства мнений по этому вопросу. Специальный докладчик признал, что на третий вариант, которому он лично отдает предпочтение, почти никто не обращает внимания. Например, международная ответственность государства, подвергшего пыткам иностранца, наступает в момент совершения этого деяния, но может оказаться, что это государство нарушило также и свое внутреннее законодательство. Если внутреннее средство защиты имеется, оно должно быть исчерпано прежде, чем может быть предъявлено международное требование; в этом случае норма о внутренних средствах правовой защиты является процессуальной по своему характеру. В проектах статей 12 и 13 предпринимается попытка признать действительным этот вывод, и мнение юристов-ученых в определенной степени отражает поддержку подобной позиции.

57. Комиссии предстоит также принять решение об отходе от позиции, занятой ею в бывшей статье 22 проектов статей об ответственности государств. Вместе с тем, предлагая проект этой статьи, тогдашний Специальный докладчик по ответственности государств предполагал, что в этом документе в его окончательном виде будет проведено различие между обязательствами поведения и результата, т.е. различие, которое не было сохранено. Исходя из этого, Специальный докладчик придерживается того мнения, что Комиссия имеет право утвердить предлагаемую им точку зрения.

b) Краткое изложение прений

58. В поддержку материальной позиции было отмечено, что в тех случаях, когда внутренние средства правовой защиты должны были быть исчерпаны, но этого не произошло, дипломатическая защита не может быть осуществлена. Поэтому требования в отношении предполагаемого нарушения не могут быть предъявлены и не могут быть приняты контрмеры. По сути дела, неясно, какое практическое значение имеет предполагаемое нарушение, которое не имело последствий на международном уровне ни для заинтересованного государства, ни для заинтересованного лица и в отношении которого не существует средства правовой защиты. Как таковой данный случай, учитывая, что данное предварительное условие применяется ко всем процедурам, связанным с ним, должен рассматриваться как материальный.

59. Другие члены Комиссии высказались в поддержку процессуальной позиции. Было отмечено в связи с вынесением деклараторного решения при отсутствии исчерпания внутренних средств правовой защиты, что с точки зрения малого государства исчерпание внутренних средств не представляется практически осуществимым, например, из-за чрезмерно высокой стоимости процедуры. Деклараторное решение в отсутствие исчерпания внутренних средств защиты может быть потенциально существенным удовлетворением, ведущим к практическим изменениям. Однако подобная возможность была бы исключена, если бы норма об исчерпании внутренних средств правовой защиты была определена как материальная.

60. Было также отдано предпочтение поддерживаемой Фосетом "третьей точке зрения" в том виде, в каком она изложена Специальным докладчиком в его докладе. И наоборот, было выражено мнение, согласно которому упомянутые в исследовании Фосета различные возможности, касающиеся проведения различия между средствами защиты по внутригосударственному праву и средствами защиты по международному праву, могут послужить основой теоретического спора, который без всякой на то необходимости только усложнит рассмотрение вопроса.

61. Преобладавшее в Комиссии мнение свелось к тому, что проекты статей 12 и 13 следует опустить, поскольку эти статьи не добавляют ничего нового к статье 11. Было признано, что хотя из принятия той или иной теории могут проистекать определенные последствия и что вопрос о материальной или процессуальной природе таких средств защиты в известной мере неизбежно возникает в особых обстоятельствах, таких, как, например, встретившиеся в деле о фосфатах в Марокко, они не имеют главенствующего значения и не оправдывают включение этих проектов статей. Аналогичным образом, было заявлено, что указанное различие отнюдь не является полезным или имеющим отношение в качестве глобального подхода к проблеме исчерпания внутренних средств правовой защиты. Не представляет оно особой ценности и с практической точки зрения. Фактически была выражена обеспокоенность в связи с тем, что такое различие может в значительной степени усложнить работу Комиссии, поскольку потребует детального рассмотрения подлежащих исчерпанию средств правовой защиты. Было также заявлено, что статьи 12 и 13 дублируют изложение принципа, содержащегося в статьях 10 и 11, или же просто указывают на понятия, например, отказа в правосудии, которые в них всесторонним образом не формулируются.

62. Кроме того, было отмечено, что при рассмотрении исключительно в контексте дипломатической защиты указанное различие, по-видимому, теряет все свое значение. Как исходный посыл было признано, что международно-противоправное деяние было

совершено; поэтому единственным подлежащим рассмотрению вопросом является вопрос о том, на каких условиях - и, быть может, в соответствии с какими процедурами - могло быть востребовано возмещение в случае причинения вреда какому-либо лицу, ведь в случае отсутствия международно-противоправного деяния вопрос о дипломатической защите не возникает. Если подходить к рассматриваемому вопросу с этой точки зрения, то вопрос представляется ясным: дипломатическая защита - это процедура, в соответствии с которой может быть задействована международная ответственность государства; исчерпание внутренних средств правовой защиты является предварительным условием осуществления этой процедуры; является ли эта норма материальной или процессуальной - существенной разницы не имеет.

63. Членам Комиссии напомнили, что это различие первоначально было проведено в контексте определения точного момента совершения противоправного акта в процессе рассмотрения темы об ответственности государств. Вопрос заключался в том, возникают ли основания для того, чтобы говорить об ответственности государств, сразу же после совершения международно-противоправного акта, независимо от исчерпания внутренних средств правовой защиты. Поэтому было предложено, чтобы в интересах сочетаемости Комиссия последовала подходу, избранному в статье 44 "Приемлемость требований" проекта статей об ответственности государств. Аналогичным образом было отмечено, что формулировка статьи 12 вызывает вопрос: каким образом может нарушение внутреннего законодательства само по себе составить международно-противоправное деяние. Это, по-видимому, противоречит и духу, и букве статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, и в частности статье 3.

64. Наряду с этим некоторые ораторы поставили под сомнение утверждение о том, что отказы несовместимы с материально-правовой природой нормы о внутренних средствах правовой защиты. Государства могут отказываться от признания приемлемости в качестве предварительного условия как в отношении материального, так и в отношении процессуального вопроса. Некоторые нормы не являются императивными по своей природе, но образуют объект соглашения между государствами.

65. Далее было отмечено, что вопрос о природе нормы внутренних средств правовой защиты ставит трудные теоретические вопросы и имеет политические последствия, поскольку процессуальная теория воспринимается как принижающая значение нормы, являющейся, по мнению многих государств, основополагающей. С учетом наличия этих проблем и отсутствия общего согласия среди членов Комиссии было признано нецелесообразным поддерживать какую-либо из конкурирующих точек зрения.

66. Было также выражено мнение, согласно которому Комиссия могла бы вместо этого подумать о необходимости проведения эмпирического исследования нормы внутренних средств правовой защиты на основе политики, практики и истории. Например, было заявлено, что такие вопросы, как принцип допущения риска, существование добровольной связи между иностранцем и принимающим государством и опирающееся на здравый смысл применение внутренних средств правовой защиты могли бы иметь большее значение, чем вопросы процессуальности или материальности.

67. Согласно одному из дальнейших предложений, этот вопрос мог бы быть рассмотрен в комментариях к статьям 10, 11 и 14.

68. Другие члены Комиссии утверждали, что статьи 12 и 13 представляются полезными, но не в их нынешней форме. Было выражено мнение, согласно которому норма о внутренних средствах правовой защиты, хотя она и является процессуальной, может иметь также и материальные последствия. Поэтому было предложено предусмотреть исключения, с тем чтобы учесть ситуации, когда применение этой нормы может оказаться несправедливым, например в тех случаях, когда имеет место смена гражданства или отказ от признания юрисдикции какого-либо международного суда. В этом случае необходимо было бы установить время, с которого начинается истечение срока действия права государства претендовать на дипломатическую защиту, и таким временем, вероятно, мог бы быть момент причинения вреда гражданину этого государства. Если бы статьи 12 и 13 были сформулированы в соответствии с таким подходом, они не дублировали бы статью 10.

69. Было также высказано предложение о том, чтобы только статья 12 была передана в Редакционный комитет, а статья 13 была исключена как выпадающая из сферы охвата проектов статей, поскольку в ней рассматривается ситуация, когда причиненный вред является следствием нарушения внутригосударственного права.

с) Заключительные замечания Специального докладчика

70. Специальный докладчик подтвердил, что он не испытывает особой склонности к тому, чтобы сохранить в проектах статей различие между процессуальной и материальной позициями. Он согласен с утверждением, что такое различие не является общей основой для исследования вопроса о дипломатической защите. Вместе с тем этот момент нельзя полностью игнорировать в исследовании по вопросу об исчерпании внутренних средств правовой защиты, поскольку ему было уделено достаточно много внимания в ходе рассмотрения в первом чтении проектов статей об ответственности государств, в особенности статьи 22, а также во всех работах, посвященных норме внутренних средств

правовой защиты. Вопрос имеет также практические последствия при определении времени, когда был причинен вред, т.е. вопроса, который возникает в связи с гражданством требований в силу того, что иностранец, которому был причинен вред, должен быть гражданином данного государства в момент причинения вреда.

71. В ответ на предложение о том, что, быть может, было бы более целесообразным дать обоснование существования нормы об исчерпании внутренних средств правовой путем рассмотрения причин, по которым эта норма была установлена в международном праве, он отметил, что включал в свой первый доклад вводный раздел по вопросу об обосновании нормы внутренних средств защиты, но что этот материал не был особенно горячо встречен Комиссией. Он постарается дополнительно исправить это упущение в комментарии к статье 10.

72. Специальный докладчик отметил, что статьи 12 и 13 подверглись существенной критике и не встретили общего одобрения. Статьи были восприняты как слишком умозрительные, иррелевантные, опирающиеся на дуалистический подход и явно подчиненные влиянию вопроса о разграничении между процессуальностью и материальностью. Он признал, что ряд критических замечаний в отношении статьи 13 являются вполне обоснованными. В качестве примера он назвал то обстоятельство, что речь о дипломатической защите может идти только когда имело место нарушение нормы международного права, в то время как в статье 13 упоминаются главным образом ситуации, когда международно-противоправное деяние еще не было совершено. Он также отметил, что некоторые члены Комиссии указали на то, что в статье 13 регулируется главным образом вопрос о том, когда было совершено международно-противоправное деяние; поэтому ясно, что она не имеет отношения к норме об исчерпании внутренних средств правовой защиты.

73. Поэтому он предложил не передавать статьи 12 и 13 в Редакционный комитет - решение, которое помогло бы обойти стороной вопрос о том, является ли процедурной или материально-правовой по своему характеру норма об исчерпании внутренних средств правовой защиты, и не лишало членов Комиссии права иметь свое собственное мнение по этому вопросу.

3. Статья 14

[См. A/CN.4/L.619/Add.1]

4. **Статья 15²⁰**

а) **Вступительное слово Специального докладчика**

74. Специальный докладчик отметил, что в контексте международного судебного разбирательства вопрос о бремени доказывания касается того, что должно быть доказано и какая сторона должна это доказывать. Тема эта представляется трудной для кодификации, во-первых, потому, что в международном праве отсутствуют подробно разработанные нормы вроде тех, которые можно найти в большинстве систем внутригосударственного права, и, во-вторых, поскольку обстоятельства дел неодинаковы в каждом конкретном случае и трудно установить общие нормы, которые применялись бы во всех возможных случаях. Тем не менее, по его мнению, эта тема имеет важное значение для нормы об исчерпании внутренних средств правовой защиты и поэтому заслуживает включения в проект.

75. Кроме того, Специальный докладчик отметил, что по общему принципу бремя доказывания ложится на сторону, которая выступает с утверждением. Этот принцип находит свое отражение в пункте 1 статьи 15. Однако, по его мнению, изложения общего принципа недостаточно, и поэтому он предложил включить в пункт 2 два дополнительных принципа. Эти принципы касаются бремени доказывания в отношении доступности и эффективности внутренних средств правовой защиты. Он напомнил, что в ходе

²⁰ Статья 15 гласит:

Статья 15

1. Государство-истец и государство-ответчик разделяют бремя доказывания в вопросах, касающихся исчерпания внутренних средств правовой защиты в соответствии с принципом, гласящим, что сторона, выступающая с утверждением, должна доказывать его.

2. В отсутствие особых обстоятельств и без ущерба последовательности, в которой требование должно доказываться:

а) бремя доказывания лежит на государстве-ответчике по доказыванию того, что международное требование является требованием, к которому применяется норма исчерпания внутренних средств правовой защиты, и того, что доступные внутренние средства правовой защиты не были исчерпаны;

б) бремя доказывания лежит на государстве-истце по доказыванию любого из исключений, упомянутых в статье 14, или по доказыванию того, что требование касается прямого вреда самому государству.

предпринимавшихся ранее попыток кодификации нормы о внутренних средствах правовой защиты удалось избежать искушения выработать конкретные положения по этим вопросам.

76. Было отмечено, что этот вопрос в определенной мере затрагивался договорными органами в области прав человека и что в их решениях находят подтверждение два предположения, а именно предположение о том, что государство-ответчик должно доказывать, что в наличии имеются средства правовой защиты, которые не были исчерпаны государством-истцом, и что, если имеются средства правовой защиты, государство-истец должно доказывать, что они являются неэффективными или что в отношении нормы об исчерпании внутренних средств защиты действовали какие-либо другие исключения. Однако Специальный докладчик признал, что в вынесении таких решений значительную роль сыграли международно-правовые документы, на основании которых были созданы договорные органы, и что нет ясности в вопросе о том, имели ли использованные этими органами принципы прямое отношение к общим принципам дипломатической защиты.

77. В том, что касается судебных и арбитражных решений, то Специальный докладчик заметил, что определенные моменты, говорящие в поддержку названных им принципов, можно найти в деле *о железной дороге Паневежис-Салдутискис*²¹, в арбитражном разбирательстве в отношении финских судов²², в требовании по делу *Амбательос*²³, в деле *ЭЛСИ*²⁴, в деле *о воздушном инциденте от 27 июля 1955 года (Израиль против Болгарии)*²⁵ и в деле *о норвежских займах*²⁶. На основании рассмотрения этих дел можно сделать два заключения: во-первых, бремя доказывания лежало на государстве-ответчике в том смысле, что оно должно было доказать наличие внутренних средств правовой защиты и, во-вторых, на государстве, предъявляющем требование, лежало бремя доказывания того, что, если средства защиты имелись, они были неэффективными, или же

²¹ 1939 *P.C.I.J. Reports*, Series A/B, No. 76.

²² *Finnish Vessels Arbitration (1934)*, 3 *U.N.R.I.A.A.* 1479.

²³ (1956) 12 *U.N.R.I.A.A.* 120.

²⁴ Дело компании "Элетроника Сикула С.п.А. (ЕЛСИ)", доклады Международного суда, 1989 год, стр. 15 англ. текста.

²⁵ (*Preliminary Objections*) 1959 *I.C.J. Reports*, 127.

²⁶ 1957 *I.C.J. Reports* 41.

что могли быть применены некоторые другие исключения, например, в том смысле, что государству-истцу был причинен прямой вред.

78. В то же время Специальный докладчик признал, что установить общие нормы трудно, поскольку результат связан с фактами каждого конкретного дела. Он напомнил дело *о норвежских займах*, отличавшееся особым характером стечения обстоятельств, в контексте которого судья Лаутерпахт изложил четыре принципа, получившие широкую поддержку в литературе: именно государство-заявитель должно было доказывать отсутствие эффективных средств правовой защиты, к которым можно обратиться; не требовалось никаких доказательств подобного рода, если существует законодательство, которое фактически лишает частных истцов средства правовой защиты; в этом случае именно государство-ответчик должно продемонстрировать, что, несмотря на видимое отсутствие средства правовой защиты, можно в разумной степени предположить, что оно существует; степень бремени доказывания не должна быть излишне обязательной.

79. Специальный докладчик подтвердил, что, по его мнению, выдвинутые Лаутерпахтом четыре принципа являются следствием наличия необычных обстоятельств в деле *о норвежских займах*. Как таковые эти четыре принципа не ставят под сомнение его собственную гипотезу, согласно которой имеются, по сути дела, две нормы, касающиеся доступности и эффективности внутренних средств правовой защиты, как об этом говорится в пунктах 2 а) и b) статьи 15.

b) Краткое изложение прений

80. Хотя статья 15 и встретила определенную поддержку в Комиссии, ее членами было высказано решительное несогласие с включением статьи 15, посвященной бремени доказывания. Было выражено сомнение в том, что правила, касающиеся доказательств, следует включать в сферу охвата данной темы. Кроме того, обычные нормы о доказывании, если они действительно существуют, трудно сформулировать. В этой связи делались ссылки на существующие в системах общего права и гражданского права различия в отношении вопросов, касающихся бремени доказывания. Аналогичным образом, было отмечено, что нормы доказательственного права также в значительной степени варьируются в зависимости от вида международного разбирательства. Кроме того, один и тот же договорный орган может иметь различные доказательственные нормы на каждой стадии разбирательства. В этом отношении приводился пример Европейского суда по правам человека. Далее было отмечено, что с точки зрения традиционных требований в отношении бремени доказывания представляется маловероятным, чтобы какой-либо судебный или иной орган ощущал себя стесненным в своих действиях тем, что является чрезвычайно сложным дополнительным положением.

81. Было отмечено, что государство-ответчик поставлено в гораздо более выгодное положение, нежели чем судьи или истец, с точки зрения доказывания наличия средств правовой защиты. Аналогичным образом, государство гражданства располагает более широкими возможностями по представлению доказательств о гражданстве человека. В данном случае бремя доказывания ложится на государство-истца. Исходя из этого положение государства как истца или ответчика представляется, по-видимому, менее важным обстоятельством, чем наличие доказательств.

82. Кроме того, были выражены сомнения в отношении значимости судебной практики из области прав человека - складывающейся на основе конкретных договорных положений, имеющих в рамках какой-либо процессуальной системы, - для решения задачи распределения бремени доказывания в общем международном праве. Хотя предлагаемая Специальным докладчиком норма в силу ее простоты и представляется весьма привлекательной, на практике положение дел наверняка окажется гораздо более сложным. Было также отмечено, что будет трудно прийти к согласию относительно предмета статьи 15.

83. Было высказано предположение о том, что вопрос о бремени доказывания лучше было бы урегулировать с помощью процессуальных норм или компромисса в случае международных судебных органов, а также с помощью права государства в тех случаях, когда речь идет об обращении к внутренним органам судопроизводства. Было также предложено отразить в комментарии обсуждение вопроса о бремени доказывания.

84. В том что касается пункта 1, то было выражено мнение о том, что он служит слабым подспорьем государству в качестве общего принципа, а именно принципа о том, что сторона, выступающая с утверждением, должна доказывать его. Существенным в данном случае представляется не утверждение, а тот интерес, который может испытывать сторона к установлению определенного факта, представляющегося имеющим отношение к делу. И наоборот, было высказано мнение о том, что пункт 1 представляется полезным и поэтому должен быть сохранен.

85. Что же касается пункта 2, то в этом отношении было высказано мнение о том, что разграничение между наличием средства правовой защиты, что должно быть доказано государством-ответчиком, и его фактической неэффективностью, что должно быть доказано государством-истцом, представляется искусственным. Средство правовой защиты, не открывающее возможностей достижения успеха, т.е. являющееся неэффективным, - это не то средство, которое необходимо исчерпывать. В связи с этим интерес государства-ответчика простирается далее, нежели чем установление наличия

какого-либо средства правовой защиты: этому государству следует также доказать, что при использовании этого средств защиты имеется в разумных пределах предполагаемая возможность добиться успеха. Определенные сомнения вызвал вопрос об эффективности средства правовой защиты при отсутствии соответствующих судебных прецедентов на момент причинения вреда. Согласно еще одному мнению, проблема сводится всего лишь к формулировке положения, т.е. задаче, которую мог бы попытаться разрешить Редакционный комитет.

с) Заключительные замечания Специального докладчика

86. Специальный докладчик отметил, что, хотя статья 15 была одними воспринята как достаточно безобидная, а другими как слишком сложная, подавляющее большинство членов Комиссии высказалось против ее сохранения. Поэтому он не может рекомендовать передать ее в Редакционный комитет.
