



ГЕНЕРАЛЬНАЯ АССАМБЛЕЯ

Distr.
LIMITED

A/CN.4/L.637/Add.3
20 June 2003

RUSSIAN
Original: ENGLISH

КОМИССИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА
Пятьдесят пятая сессия
Женева, 5 мая - 6 июня и 7 июля - 8 августа 2003 года

ПРОЕКТ ДОКЛАДА КОМИССИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА
О РАБОТЕ ЕЕ ПЯТЬДЕСЯТ ПЯТОЙ СЕССИИ

Докладчик: г-н Уильям МЭНСФИЛД

ГЛАВА V

ДИПЛОМАТИЧЕСКАЯ ЗАЩИТА

Добавление

СОДЕРЖАНИЕ

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
C. Текст проектов статей 8-10 проектов статей о дипломатической защите, принятых в предварительном порядке Комиссией (продолжение).....		
2. Текст проектов статей с комментариями к ним.....		

С. Текст проектов статей 8-10 проектов статей о дипломатической защите, принятых в предварительном порядке Комиссией (продолжение)

2. Текст проектов статей с комментариями к ним

1. Тексты проектов статей 8-10 с комментариями к ним, принятые Комиссией на ее пятьдесят пятой сессии, воспроизводятся ниже.

ДИПЛОМАТИЧЕСКАЯ ЗАЩИТА

Статья 8 [10]¹

Исчерпание внутренних средств правовой защиты

1. Государство не может выдвигать международное требование, связанное с ущербом гражданину или другому лицу, упомянутому в статье 7 [8]², до того как потерпевшее лицо с учетом статьи 10 [14] исчерпало все внутренние средства правовой защиты.

2. "Внутренние средства правовой защиты" означают средства правовой защиты, которые по праву доступны потерпевшему лицу в судах или административных судах или органах власти, будь то обычных или специальных, государства, предположительно несущего ответственность за нанесение ущерба.

Комментарий

1) Статья 8 преследует цель кодификации нормы международного обычного права, требующей исчерпания внутренних средств защиты в качестве предварительного условия предъявления международного требования. Эта норма была признана Международным Судом в деле *Interhandel (дело о компании "Интерхандель")* в качестве "давно установившейся нормы обычного международного права"³ и Камерой Международного Суда в деле *Elettronica Sicula (ELSI) (дело о компании "Электроника*

¹ Статьи 8 [10], 9 [11] и 10 [14] подлежат включению в будущую Часть четвертую, которая будет озаглавлена "Внутренние средства правовой защиты", и их нумерация будет изменена.

² Перекрестная ссылка со статьей 7 [8] будет рассмотрена дополнительно, если в проекты статей будут включены другие изъятия из правила о гражданстве.

³ 1959 I.C.J. Reports 27.

Сикула" (ЭЛСИ)) в качестве "важного принципа международного обычного права"⁴. Правило исчерпания внутренних средств правовой защиты обеспечивает, чтобы "государство, где произошло нарушение, имело возможность устранить его последствия своими собственными средствами, в рамках своей собственной внутренней правовой системы"⁵. Комиссия международного права ранее рассмотрела исчерпание внутренних средств правовой защиты в контексте своей работы по теме ответственности государств и пришла к выводу, что оно является "одним из принципов общего международного права", поддерживаемых судебными решениями, практикой государств, договорами и трудами юристов⁶.

2) Исчерпание внутренних средств правовой защиты требуется как от физических, так и от юридических лиц. Иностранная компания, финансируемая частично или преимущественно за счет публичного капитала, также должна исчерпывать внутренние средства правовой защиты при осуществлении ею *acta jure gestionis*. Неграждане осуществляющего защиту государства, которые имеют право на дипломатическую защиту в исключительных обстоятельствах, предусмотренных в статье 7[8], также должны исчерпать внутренние средства правовой защиты.

3) В пункте 1 говорится о выдвижении требования, а не о предъявлении требования, поскольку слово "выдвижение" описывает соответствующий процесс точнее, чем слово "предъявление", которое обозначает формальный акт с соответствующими последствиями и которое лучше использовать для обозначения момента официального представления требования.

4) Слова "все внутренние средства правовой защиты" должны трактоваться с учетом статьи 10[14], где указаны исключительные обстоятельства, при которых не возникает необходимость в исчерпании внутренних средств правовой защиты. Было предложено сослаться в этом положении на необходимость исчерпания только "достаточных и эффективных" внутренних средств. Этому предложению не последовали по двум причинам: во-первых, поскольку такому ограничению условия исчерпания внутренних средств необходимо уделить особое внимание в отдельном

⁴ 1989 I.C.J. Reports 42, para 50.

⁵ Дело *Interhandel*, выше, сноска 3, 27.

⁶ Статья 22 в первом чтении. См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 10 и исправление (A/51/10 and Corr. 7)*, Глава III D 1; *Ежегодник* 1977 год, том II (Часть вторая), стр. 30-50 англ. текста; статья 44 во втором чтении: *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/56/10)* стр. 304-307 англ. текста.

положении. Во-вторых, из того, что на государстве-ответчике, как правило, лежит бремя доказывания доступности внутренних средств правовой защите, а на государстве-истце лежит бремя доказывания отсутствия у потерпевшего эффективных средств правовой защиты⁷, следует, что эти два аспекта правила о внутренних средствах правовой защиты требуют отдельного рассмотрения.

5) Доступные иностранцу средства правовой защиты, которые должны быть исчерпаны до предъявления международного требования, неизбежно будут разными в разных государствах. Поэтому никакие усилия по кодификации не позволят разработать абсолютную норму, которая подходила бы на все случаи жизни. Пункт 2 отражает попытку охарактеризовать в общей форме основной род средств, которые должны быть исчерпаны⁸. С самого начала ясно, что иностранец должен исчерпать все доступные судебные средства защиты, предусмотренные во внутреннем праве государства-ответчика. Если внутреннее право соответствующего государства с учетом обстоятельств дела позволяет подавать апелляцию в суд высшей инстанции, такая апелляция должна быть подана в целях получения окончательного решения по данному делу. 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"⁹.

Также должны быть исчерпаны административные средства защиты. Однако потерпевший иностранец обязан исчерпать только те средства защиты, которые существуют по праву и которые могут вести к принятию юридически обязательного решения в соответствии с максимой *ubi jus ibi remedium*. Он не обязан обращаться к исполнительной власти, с тем чтобы она назначила возмещение в порядке

⁷ См. постановление Камеры Международного Суда по делу *Электроника сикула* (ЭЛСИ), 1989 I.C.J. Reports, p. 14 at pp. 46-48 (paras 59-63). Вопрос о бремени доказывания был рассмотрен *Специальным докладчиком* в Третьем докладе о дипломатической защите; A/CN.4/523 и Add.1, п.п. 102-118. Комиссия решила не включать проект статьи по этому вопросу: *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/57/10)* п.п. 240-252.

⁸ В деле *Ambatielos Claim* арбитражный трибунал заявил, что "вся система правовой защиты, предусмотренная внутригосударственным правом, должна была быть подвергнута критическому анализу": (1956) 12 U.N.R.I.A.A. 120. См. также по этой теме C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (1990).

⁹ *B. Schouw Nielsen v. Denmark*, Application no. 343/57 (1958-9), 2 *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 438. См. также *Lawless Case*, Application No. 332/57 (1958-9), 2 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, pp. 318-322.

осуществления своих дискреционных полномочий. Внутренние средства правовой защиты не включают в себя средства защиты, предоставляемые в порядке доброй воли¹⁰ или средства защиты, "цель которых заключается в том, чтобы добиться одолжения, а не защиты права"¹¹.

б) С тем чтобы заложить удовлетворительную основу для международного требования на основании исчерпания внутренних средств правовой защиты, иностранный истец должен представить во время внутреннего судопроизводства все доводы в свою пользу, которые он намерен выдвинуть в ходе международного разбирательства. В ходе арбитража по делу *Finnish Ships* арбитр заявил, что:

"все утверждения по вопросам факта и права, которые выдвинуты предъявившим требование правительством ... до этого должны быть исследованы и оценены внутригосударственными судами"¹².

Этот принцип был подтвержден Международным Судом в деле "ЭЛСИ"¹³. Из него следует, что иностранный истец должен представить все имеющиеся у него доказательства в обоснование своей позиции в процессе исчерпания внутренних средств правовой защиты¹⁴. Он не может пользоваться международным средством, обеспечиваемым дипломатической защитой, чтобы компенсировать упущения при подготовке или представлении своего иска на внутригосударственном уровне¹⁵.

Статья 9 [11]¹ **Классификация требований**

Внутренние 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 или другому лицу, упомянутому в статье 7 [8]².

¹⁰ *Finnish Ships Arbitration* (1934) 3 *U.N.R.I.A.A.* 1479.

¹¹ *De Becker v. Belgium*, Application No. 214/56, (1958-9), 2 *Yearbook of ECHR* 238.

¹² *Выше*, сноска 10 на 1502.

¹³ *Выше*, сноска 4, на стр. 45-46.

¹⁴ Дело *Ambitielos Claim*, *выше*, сноска 8, п. 120.

¹⁵ D.P. O'Connell, *International Law*, vol. 2, p. 1059.

Комментарий

1) Норма об исчерпании внутренних средств правовой защиты применяется лишь в случаях, когда государству-истцу ущерб нанесен "косвенно", т.е. через его гражданина¹⁶. Она не применяется, если государство-истец понесло прямой ущерб в результате противоправного деяния другого государства, поскольку у этого государства имеются отдельные основания для предъявления международного требования. Кроме того, нельзя ожидать, что государство будет исчерпывать внутренние средства правовой защиты в таком случае, поскольку это нарушило бы принцип *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem*.

2) 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 государства. Многие споры, рассматривавшиеся в международных судах, являются примером смешанного требования. В деле *Hostage Case ("О заложниках")*¹⁷, имело место прямое нарушение Ираном обязанности перед Соединенными Штатами Америки защищать их дипломатических и консульских работников, однако в то же время был нанесен ущерб самим гражданам (дипломатам и консулам), которые были захвачены в качестве заложников; и в деле *Interhandel*¹⁸, 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 *Hostages* Суд расценил требование как основанное на прямом нарушении международного права; и в деле *Interhandel* Суд пришел к выводу о том, что требование было в основном косвенным и что Швейцария не исчерпала внутренних средств правовой защиты.

3) В случае смешанного требования трибунал обязан изучить различные элементы требования и решить, какой элемент преобладает: прямой или косвенный. В деле

¹⁶ Это согласуется с принципом, сформулированным Постоянной палатой международного правосудия в деле *Mavrommatis Palestine Concession*, согласно которой "[в]зяв сторону одного из своих подданных и прибегнув к дипломатическим действиям или международному судопроизводству от его имени, государство на самом деле утверждает свое собственное право – свое право обеспечить в лице своих подданных уважение норм международного права": 1924 *P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 12.

¹⁷ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, 1980 *I.C.J. Reports*, 3.

¹⁸ *Выше*, сноска 3.

компания ЭЛСИ Камера Международного Суда отклонила довод Соединенных Штатов о том, что часть требования основывалась на нарушении договора и что поэтому необходимо было исчерпать внутренние 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]"¹⁹.

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 внутренние средства правовой защиты должны быть исчерпаны. Однако 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. В этих обстоятельствах Комиссия предпочла принять только один критерий – критерий преимущественного характера.

4) 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. Так, если спор касается должностного лица с дипломатическим статусом²⁰ или государственного имущества²¹, требование обычно будет прямым, а если государство добивается от имени своего гражданина денежного возмещения, требование будет косвенным.

5) В статье 9[11] ясно сказано, что внутренние средства правовой защиты необходимо исчерпать не только в отношении международного требования, но и в отношении

¹⁹ *Выше*, сноска 4, п. 43, para. 52. See, too, the *Interhandel Case*, *выше* сноска 3, п. 28.

²⁰ *Hostages Case*, *выше*, сноска 17.

²¹ *Corfu Channel Case*, 1949 I.C.J. Reports, p. 4.

ходатайства о вынесении деклараторного решения, выдвинутого преимущественно на основе ущерба гражданину. Хотя можно привести подтверждения в поддержку 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 внутренних средств правовой защиты отсутствует²², существуют случаи, при которых от государств требовалось исчерпание внутренних средств правовой защиты, когда они ходатайствовали о вынесении деклараторного решения, связанного с толкованием и применением договора, который, как утверждалось, был нарушен государством-ответчиком в результате незаконного обращения с гражданином²³. Статья 9[11] ясно дает понять, что ходатайство о вынесении деклараторного решения само по себе не освобождает государство от необходимости соблюдения нормы об исчерпании внутренних 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 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 гражданину. 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 внутренних средствах правовой защиты.

Статья 10 [14]¹

Исключения из правила о внутренних средствах правовой защиты

Не требуется исчерпания внутренних средств правовой защиты, когда:

- a) внутренние средства правовой защиты не дают никакой разумной возможности эффективного возмещения;
- b) существует необоснованная задержка в процессе осуществления правовой защиты, присваиваемая предположительно несущему ответственность государству;

²² *Air Services Agreement*, (1978) 19 *U.N.R.I.A.A.* 415; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement*, 1988 *I.C.J. Reports*, p. 29, para. 41.

²³ См. *Interhandel*, выше, сноска 3, pp. 28-29; *ЭЛСИ*, выше, сноска 4, p. 43.

с) нет никакой относящейся к делу связи между потерпевшим лицом и государством, предположительно несущим ответственность, или обстоятельства дела иным образом делают исчерпание внутренних средств правовой защиты неразумным;

d) государство, предположительно несущее ответственность, отказалось от требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты²⁴.

Комментарий

1) Статья 10 [14] касается исключений из правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты. Пункты а)-с) касаются обстоятельств, при которых требовать от потерпевшего иностранца исчерпания внутренних средств правовой защиты в качестве предварительного условия выдвижения иска было бы несправедливо или неразумно, и, следовательно, речь идет о явных исключениях из правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты. Пункт d) касается иной ситуации, которая возникает, если государство-ответчик отказалось от требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты. Поскольку речь идет об исключении иного характера, чем те, которые перечисляются в пунктах а)-с), возможно, на более позднем этапе будет необходимо оговорить эту ситуацию в отдельном положении²⁵.

Пункт а)

2) Пункт а) касается исключения из правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты, которое иногда называют в общем смысле изъятием по причине "бесплодности" или "неэффективности". Комиссия рассмотрела три варианта формулировок нормы с описанием обстоятельств, при которых исчерпания внутренних средств правовой защиты не требуется:

- i) внутренние средства правовой защиты явно бесплодны;
- ii) внутренние средства правовой защиты не дают никакой разумной надежды на успех;

²⁴ Пункт (d) может быть вновь рассмотрен в будущем на предмет его выделения в отдельное положение, озаглавленное "Изъятие".

²⁵ См. сноску 24.

- iii) внутренние средств правовой защиты не дают никакой разумной возможности эффективного возмещения.

Все они пользуются известной поддержкой в авторитетных источниках.

3) Комиссия рассмотрела критерий "очевидной бесплодности", подробно охарактеризованный арбитром Багге по делу *Finnish Ships*²⁶, но решила, что он устанавливает слишком высокий порог. С другой стороны, Комиссия пришла к мнению о том, что критерий "отсутствия разумной надежды на успех", принятый Европейской комиссией по правам человека в ряде ее решений²⁷, представляется слишком щедрым по отношению к истцу. Поэтому она предпочла третий вариант, формулировка которого позволяет обойтись без строгих положений об "очевидной бесплодности", но, тем не менее, налагает значительное бремя на истца, требуя, чтобы он доказал, что в обстоятельствах дела и в контексте правовой системы государства-ответчика у него нет никакой разумной возможности добиться эффективного средства правовой защиты. Этот критерий взят на вооружение из особого мнения сэра Херша Лаутерпахта по делу "*Norwegian Loans*"²⁸ и находит поддержку в трудах юристов²⁹. Кроме того, он согласуется с судебными решениями, согласно которым исчерпания внутренних средств правовой защиты не требуется, если суд не обладает юрисдикцией в отношении спора, о котором идет речь³⁰; национальное законодательство, оправдывающее деяние, по поводу которого жалуется иностранец, не будет

²⁶ *Выше*, сноска 11, на стр. 1504.

²⁷ *Retimag v FRG*, Application No. 712/60, 4 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, p. 385 at p. 400; *X, Y and Z v UK*, Application Nos. 8022/77, 8027/77, 18 *European Commission of Human Rights, Decisions and Reports*, p. 66 at p. 74. См. также комментарий к статье 22 проекта статей об ответственности государств, принятого Комиссией в первом чтении: *Ежегодник ... 1977 год*, том 11 (Часть вторая) стр. 47 англ. текста, пункт 48.

²⁸ 1957 I.C.J. Reports 9 at p. 39.

²⁹ См. третий доклад о дипломатической защите 2002 года, A/CN.4/523 и Add.1, пункт 35.

³⁰ Дело *Panevesys-Saldutiskis Railway*, 1939 P.C.I.J. Series A/B, no. 76, p. 4 at p. 18, *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, излагается в (1934), 28 *A.J.I.L.* p. 760 at p. 789; R Gelbtrunk and "Salvador Commercial Co." et al. (1902), 15 *U.N.R.I.A.A.*, p. 467 at pp. 467-477; *Lotti May Incident* (1899), 15 *U.N.R.I.A.A.*, p. 29 at p. 31; особое мнение судьи Лаутерпахта по делу *Norwegian Loans*, *выше*, сноска 28, pp. 39-40; *Finnish Ships Arbitration*; *выше*, сноска 10, p. 1535.

рассматриваться местными судами³¹; отсутствие независимости местных судов является общеизвестным фактом³²; существует последовательная и хорошо прослеживаемая серия прецедентов, неблагоприятных для иностранцев³³; суды государства не компетентны предоставлять соответствующее и достаточное средство правовой защиты иностранцу³⁴; или государство-ответчик не имеет достаточной системы судебной защиты³⁵.

4) Вопрос о том, обеспечивают или не обеспечивают внутренние средства правовой защиты разумную возможность эффективного возмещения, должен решаться с учетом внутригосударственного права и обстоятельств на тот момент времени, когда они должны использоваться. Этот вопрос должен решаться компетентным международным трибуналом, которому будет поручено определить, исчерпаны ли внутренние средства правовой. Решение по этому вопросу должно быть принято на основании презумпции о том, что требование является основательным³⁶.

³¹ *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, выше, сноска 32, p. 789. См. также дела *Forests of Central Rhodope*, (1933) 3 *U.N.R.I.A.A.* p. 1405; *Ambatielos*, выше сноска 8 p. 119; *Interhandel*, выше сноска 3, p.28.

³² Дела *Robert E. Brown Claim* (1923) 6 *U.N.R.I.A.A.* p. 120; *Vélasquez Rodríguez* (1989) 28 *I.L.M.* p. 291 at pp. 304-309.

³³ Дела *Panevezys-Saldutiskis Railway*, выше, сноска 30, p. 18; *S.S. Lisman* (1937), 3 *U.N.R.I.A.A.*, p. 1769 at p. 1773; *S.S. Seguranca*(1939), 3 *U.N.R.I.A.A.* p. 1861 at p. 1868; *Finnish Ships Arbitration*, выше сноска 10 p. 1495; *X. v. Federal Rpublic of Germany* (19576), 1 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, p. 138; *X v. Federal Republic of Germany* (1958), 2 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, p. 342 at p. 344; *X v. Austria* (1960), 3 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, p. 196 at p. 202.

³⁴ Дела *Finnish Ships Arbitration*, выше, сноска 10, pp. 1496-1497; *Vélasquez Rodríguez*, выше сноска 32, pp. 304-309; *Yagci and Sargin v. Turkey*, Application No. 16426/90 (1995) *European Court of Human Rights, Reports and Decisions*, No. 319 p. 3 at p. 17 para. 42; *Hornsby v. Greece*, Application No. 18357/91, 1997-II) *European Court of Human Rights, Reports and Decisions*, No. 33, p. 495 at p. 509, para. 37.

³⁵ Дело *Mushikiwabo and others v. Barayagwiza* (1977) 107, *I.L.R.* 457 at 460. Во время военной диктатуры в Чили Межамериканская комиссия по правам человека решила, что нарушения, присущие судопроизводству в органах военной юстиции, устраняют необходимость исчерпания внутренних средств правовой защиты; resolution 1a/88, case 9755, *Ann.Rep I A Com HR* 1987/88.

³⁶ Дела *Finnish Ships Arbitration*, выше, сноска 10, p. 1504; *Ambatielos*, выше, сноска 8, pp. 119-120.

Пункт b)

5) Тот факт, что можно обойтись без требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты в случаях, в которых государство-ответчик несет ответственность за необоснованную задержку в предоставлении внутреннего средства правовой защиты, подтверждается результатами попыток кодификации³⁷, договорами в области прав человека и практикой³⁸, судебными решениями³⁹ и мнениями авторитетных юристов. Комиссия отдавала себе отчет в трудности, связанной с наполнением понятия "излишняя задержка" объективным содержанием или попытками оговорить конкретные сроки, в течении которых должны использоваться внутренние средства правовой защиты. О каждом случае необходимо судить на основании его фактов. Как заявила Британско-мексиканская комиссия по претензиям в деле "*El Oro Mining*":

"Комиссия не будет пытаться установить с точностью, в какой именно период от Суда может ожидать вынесение решения. Это будет зависеть от нескольких обстоятельств, прежде всего от объема работы, связанного с тщательным изучением дела, иными словами, от масштаба последнего"⁴⁰.

б) Пункт b) ясно дает понять, что задержка в процессе осуществления правовой защиты присваивается государству, предположительно несущему ответственность за причинение ущерба иностранцу. Формулировка "процесс осуществления правовой защиты" представляется более предпочтительной, чем "внутренние средства правовой защиты", поскольку она отражает стремление охватить весь процесс, через который

³⁷ См. обсуждение первых попыток кодификации Ф. В. Гарсия-Амадором в первом докладе, *Ежегодник ... 1956 год*, том II, стр. 173 англ. текста в 223-226; статья 19 (2) Проекта конвенции о международной ответственности государств за ущерб иностранцам 1960 года, подготовленного Гарвардским научно-исследовательским институтом международного права, воспроизводится в (1961) 55 *A.J.I.L.* p. 545 at p. 577.

³⁸ Международный пакт о гражданских и политических правах (статья 41 (1)(с)); Американская конвенция о правах человека (статья 46 (2)(с)); *Weinberger v. Uruguay*, Сообщение 28/1978 в Комитет по правам человека, *Selected Decisions*, vol. 1, p. 57, at p. 59; *Las Palmeras*, Американский суд по правам человека, Series C, *Decisions and Judgments*, No. 67, para. 38 (4 February 2000); *Erdogen v. Turkey*, Application No. 19807/92, 84 A, Европейская комиссия по правам человека (1996), *Decisions and Reports*, p. 5 at p. 15,

³⁹ Дело *El Oro Mining and Railway Co.* (1931) 5 *U.N.R.I.A.A.*, p. 191 at p. 198. *Administration of the Prince of Pless* (1933) *P.C.I.J. Series A/B*, No. 52, p. 16.

⁴⁰ *Выше*, сноска 39 на стр. 198.

задействуются и осуществляются средства правовой защиты и посредством которого они используются.

Пункт с)

7) Исключение из нормы, касающейся исчерпания внутренних средств правовой защиты в статье 10 [14] а), согласно которому не требуется исчерпание внутренних средств правовой защиты, когда “внутренние средства правовой защиты не дают никакой разумной возможности эффективного возмещения”, не охватывает ситуации, при которых внутренние средства правовой защиты могут давать разумную возможность эффективного возмещения, но потерпевшему иностранцу было бы неразумно исчерпывать их или этот процесс был бы сопряжен для него с большими тяготами. Например, даже при существовании эффективных внутренних средств правовой защиты было бы неразумно и несправедливо требовать от потерпевшего исчерпания внутренних средств правовой защиты в случае причинения его имуществу ущерба в результате воздействия загрязнения окружающей среды, выпадения радиоактивных осадков или падения обломков космического объекта, ответственность за которые лежит не на государстве, где находится эта собственность, или же если он находится на борту авиалайнера, сбитого государством, в воздушное пространство которого этот авиалайнер случайно вторгся; или если государство-ответчик либо кто-либо еще чинят серьезные препятствия для использования внутренних средств правовой защиты. В таких ситуациях предполагалось, что необходимость в исчерпании внутренних средств правовой защиты отсутствует в отсутствие добровольной связи или территориальной связи между потерпевшим физическим лицом и государством-ответчиком либо в силу действия изъятия, касающегося особых тягот.

8) В литературе по праву приводится обоснование тезиса о том, что во всех случаях, в которых требовалось исчерпание внутренних средств правовой защиты, наличествовала какая-то связь между потерпевшим лицом и государством-ответчиком, например добровольное физическое присутствие, проживание, владение собственностью или договорные отношения с государством-ответчиком⁴¹. Приверженцы этого мнения считают, что характер дипломатической защиты и нормы, касающейся внутренних средств правовой защиты, претерпел значительные изменения в последнее время. Если на ранних этапах дипломатическая защита было связана с ситуациями, при которых иностранцу, проживающему и ведущему деловую деятельность в иностранном государстве, наносился вред деянием этого государства, в

⁴¹ См. Amerasinghe, *выше*, сноска 8, стр. 138; T. Meron, "The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies", (1959) 35 *B.Y.I.L.* p. 83 at p. 94.

связи с чем от него могло ожидаться исчерпание внутренних средств правовой защиты в соответствии с принципом, предусматривающим, что направляющийся за границу гражданин должен обычно рассматриваться как признающий местные законы в том виде, в котором он их находит, включая средства, предоставляемые для компенсации вреда, то в настоящее время индивиду может быть причинен вред деянием иностранного государства вне его территории или каким-то деянием в пределах его территории в обстоятельствах, при которых индивид не имеет никакой связи с этой территорией. Примерами служат трансграничный экологический вред (к примеру, взрыв на Чернобыльской атомной электростанции вблизи Киева в Советском Союзе, в результате которого радиоактивные осадки выпали в таких удаленных районах, как Япония и Скандинавия) и сбитие летательного аппарата, который в результате случайного отклонения от маршрута входит в воздушное пространство того или иного государства (иллюстрацией чему служит "Воздушный инцидент", в ходе которого Болгария сбивала самолет компании "Эль-Ал", который случайно вошел в ее воздушное пространство).

Основанием для такой добровольной связи или территориальной связи является принятие риска иностранцем в иностранном государстве. Лишь в том случае, когда иностранец добровольно подчиняет себя юрисдикции государства-ответчика, можно ожидать от него исчерпания внутренних средств правовой защиты.

9) Ни судебные решения, ни государственная практика не содержат четких указаний по поводу существования подобного изъятия из правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты. Несмотря на наличие предварительных решений в поддержку такого изъятия в делах "*Interhandel*"⁴² и "*Salem*"⁴³, в других делах⁴⁴ трибуналы подтверждали применимость правила о внутренних средствах правовой защиты, несмотря на отсутствие добровольной связи между потерпевшим иностранцем и государством-ответчиком. В деле "*Norwegian Loans*"⁴⁵ и деле "*Aerial Incident*"

⁴² Здесь Международный Суд заявил: "было сочтено необходимым, чтобы государство, в котором имело место нарушение, также имело возможность устранить его своими собственными средствами", выше примечание 3 на стр. 27. *Курсив наш*..

⁴³ В этом деле арбитражный трибунал заявил, что, "как правило, иностранец должен признавать применимость к нему решений органов правосудия страны, которую он избрал в качестве своего местожительства", (1932) 2 *U.N.R.I.A.A.* p. 1165 at p. 1202.

⁴⁴ Дела *Finnish Ships Arbitration*, выше сноска 10; *Ambatielos*, выше, сноска 8.

⁴⁵ Oral Pleadings of France, 1957 I.C.J. Pleadings, vol. I, p. 408.

(Израиль против Болгарии)⁴⁶ доводам в пользу существования требования добровольной связи уделялось большое внимание, однако ни в первом, ни во втором случаях Международный Суд не принял решения по данному вопросу.. По делу "*Trail Smelter*"⁴⁷, касавшемуся трансграничного загрязнения, при котором не было никакой добровольной связи или территориальной связи, Канада не настаивала на исчерпании внутренних средств правовой защиты. Это и другие дела⁴⁸, в которых не было никакой добровольной связи и в рамках которых не шла речь о внутренних средствах правовой защиты, истолковывались как поддерживающие требования о добровольном признании юрисдикции в качестве одного из предварительных условий для применения нормы о внутренних средствах правовой защиты. Ненастаивание на применении правила о внутренних средствах правовой защиты в этих делах может, вместе с тем, быть объяснено как пример прямого вреда, при котором нет необходимости исчерпывать внутренние средства правовой защиты, или исходя из того, что арбитражное соглашение, о котором идет речь, не требовало исчерпания внутренних средств правовой защиты.

10) Практика государств в последнее время указывает на то, что государство, несущее ответственность за неумышленно сбитие иностранного летательного аппарата, не будет требовать исчерпания внутренних средств правовой защиты в качестве предварительного условия применительно к искам, возбужденным против него семьями жертв. Китай не требовал исчерпания внутренних средств правовой защиты до выплаты компенсации пострадавшим, когда в 1960 году он сбил самолет авиакомпании "Бритиш Катэй"⁴⁹. Не делали этого и Соединенные Штаты, когда они добровольно предложили компенсацию гражданам Ирана, после того, как Соединенные Штаты сбили своими ракетами иранский пассажирский авиалайнер над Ираном⁵⁰. Индия не ставила вопроса о неисчерпании внутренних средств правовой защиты в качестве предварительного возражения на иск Пакистана на предмет

⁴⁶ Oral Pleadings of Israel, 1959, I.C.J. Pleadings, pp. 531-532.

⁴⁷ (1935) 3 *U.N.R.I.A.A.* p. 1905.

⁴⁸ Дело *Virginus*, изложено в J.V. Moore, *A Digest of International Law* (1906), vol. II, p. 895 at p. 903; Дело *Jessie*, изложено в (1922) 16 *A.J.I.L.* pp. 114-116.

⁴⁹ Этот инцидент описан в C.H.P. Law, *The Local Remedies Rule in International Law* (1961) p. 104.

⁵⁰ См. *Aerial Incident of 3 July 1988 (Iran v. United States of America)*, *I.C.J. Pleadings*, Предварительные возражения, представленные Соединенными Штатами Америки, Part I, chap. III, sect. I, pp. 44-48.

возмещения ущерба, вызванного уничтожением Индией пакистанского самолета⁵¹. Та же практика, как представляется, применима в случае трансграничного экологического ущерба⁵². Это мнение дополнительно поддерживается в статье XI Конвенции о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами, 1972 года: “для предъявления запускающему государству претензии о компенсации за ущерб на основании настоящей Конвенции не требуется, чтобы государство-истец либо физические или юридические лица, которых оно представляет, предварительно исчерпали местные средства удовлетворения претензий, которые могут иметься в их распоряжении”⁵³.

11) Хотя Комиссия пришла к мнению о необходимости прямо предусмотреть это изъятие из правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты, она предпочла не пользоваться термином "добровольная связь" для описания этого изъятия, поскольку он подчеркивает субъективное намерение потерпевшего, а не отсутствие объективно установимой связи между отдельным лицом и принимающим государством. Кроме того, было бы трудно доказать подобный субъективный критерий на практике. Поэтому Комиссия решила требовать существования "соответствующей связи" между потерпевшим иностранцем и принимающим государством. Такая связь должна быть "соответствующей" в том смысле, что она должна в той или иной мере быть связана с понесенным ущербом. Трибунал будет обязан рассматривать не только вопрос о присутствии потерпевшего, его проживании или ведении им деловых операций на территории принимающего государства, но и вопрос о том, приняло ли это лицо своим поведением в данных обстоятельствах риск того, что при причинении ему ущерба на него будет распространяться законодательство принимающего государства. Слово "соответствующий", как было решено, лучше всего поможет трибуналу рассмотреть основные элементы связи между потерпевшим иностранцем и принимающим государством в контексте ущерба, с тем чтобы установить, имело ли место такое принятие риска со стороны потерпевшего иностранца.

12) Вторая часть пункта с) призвана дать трибуналу возможность не требовать исчерпания внутренних средств правовой защиты в тех случаях, когда с учетом обстоятельств дела было бы неразумно ожидать соблюдения этого правила. Каждый

⁵¹ *Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v. India), Jurisdiction of the Court, (2000) 39 I.L.M. p. 1116.*

⁵² См. the United States-Canada Lake Ontario (Gut Dam) Arbitration Agreement, (1965), 4 I.L.M. p. 468.

⁵³ United Nations, *Treaty Series*, vol. 961, p. 187 at pp. 191-192.

случай, разумеется, необходимо рассматривать по существу при принятии такого решения, и было бы неразумно пытаться предусмотреть всеобъемлющий перечень факторов, которые могут подпадать под это изъятие. Однако предлагается применить это изъятие, если государство не позволяет потерпевшему иностранцу фактически получить доступ в свои суды, например, лишая его права въезда на свою территорию или подвергая его жизнь угрозе, с тем чтобы сделать для него небезопасным въезд на свою территорию; или если преступные группировки в принимающем государстве препятствуют возбуждению разбирательства в местных судах; или если стоимость исчерпания внутренних средств правовой защиты непомерно высока.

Пункт d)

13) Государство может быть готово отказаться от требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты. Поскольку цель этой нормы состоит в защите интересов государства, обвиняемого в неправильном обращении с иностранцем, то из этого вытекает тот факт, что государство само может отказаться от этой защиты. Межамериканский суд по правам человека заявил:

"В делах подобного рода, согласно общепризнанным принципам международного права и международной практике, норма, которая требует предварительного исчерпания внутригосударственных средств правовой защиты, предназначена во благо государства, поскольку эта норма направлена на освобождение государства от обязанности отвечать на обвинения в международном органе в связи с деяниями, которые были присвоены ему до того, как оно имело возможность исправить их на основе внутренних средств. Это требование, таким образом, рассматривается как средство защиты, и от него как такового можно, даже путем умолчания, отказаться"⁵⁴.

14) Отказ требовать исчерпания внутренних средств правовой защиты может принимать многие разнообразные формы. Он может фигурировать в двустороннем или многостороннем договоре, заключенном до или после возникновения спора; он может фигурировать в контракте между иностранцем и государством-ответчиком; он может быть прямым или имплицитным; или он может вытекать из поведения государства-ответчика в обстоятельствах, в которых он может быть охарактеризован как эстопель или утрата.

⁵⁴ Дело *Government of Costa Rica*, Межамериканский суд по правам человека, (1984) 67 *I.L.R.*, p. 578 at 587, para. 26. См. также дело *ЭЛСИ*, выше, сноска 7, p. 42, para. 50; Дела *De Wilde, Ooms u Versyp* ("Vagrancy Cases"), Европейский суд по правам человека (1971) 56 *I.L.R.*, p. 37 at p. 370, para. 55.

15) Прямо выраженный отказ может быть включен в специальное арбитражное соглашение, заключенное с целью урегулировать уже существующий спор, или в общий договор, предусматривающий, что возникающие в будущем споры должны разрешаться посредством арбитража или на основе урегулирования международных споров в какой-то другой форме. Он может также быть включен в контракт между государством и иностранцем. Существует общее согласие относительно того, что прямо выраженный отказ от выполнения нормы, касающейся внутренних средств правовой защиты, действителен. Отказы являются общим элементом современной практики государств, и многие арбитражные соглашения содержат положения об отказе. Вероятно, самый широко известный пример можно найти в статье 26 Конвенции об урегулировании инвестиционных споров, которая гласит:

"Согласие сторон на арбитраж по Конвенции рассматривается, если не заявляется об ином, как согласие на такой арбитраж, исключая любое иное средство правовой защиты. Договаривающееся государство может требовать исчерпания внутренних, административных или судебных средств правовой защиты в качестве условия своего согласия на арбитраж по Конвенции"⁵⁵.

В целом существует согласие относительно того, что прямо выраженные отказы, будь то в соглашении между государствами или в договоре между государством и иностранцем, неотзывны, даже если договор регулируется правом принимающего государства⁵⁶.

16) Отказ от внутренних средств правовой защиты не может быть сугубо имплицитным. В деле "ЭЛСИ" камера Международного Суда в этой связи заявила, что она

“не может согласиться с тем, что один из важных принципов обычного международного права должен рассматриваться как исключенный по умолчанию в отсутствие каких-либо слов, ясно указывающих на намерение сделать это”⁵⁷.

⁵⁵ United Nations, *Treaty Series*, vol. 575, p. 159.

⁵⁶ Дела *Government of Costa Rica*, выше, сноска 54, p. 5887, para 26; *De Wilde, Ooms u Versyp*, выше, сноска 54, p. 370, para 55.

⁵⁷ *Выше*, сноска 7, p. 42, para. 50. Курсив наш.

17) Вместе с тем в тех случаях, когда намерение сторон отказаться требовать исчерпание внутренних средств правовой защиты носит ясный характер, этому намерению должно придаваться значение. Как судебные решения⁵⁸ так и работы правоведов поддерживают такой вывод. Нельзя установить никакого общего правила относительно того, когда намерение отказаться от требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты может быть подразумеваемым. В каждом случае необходимо определяться в свете формулировок соответствующего документа и обстоятельств его принятия. В случаях когда государство-ответчик согласилось передавать споры, которые могут возникнуть в будущем с государством-заявителем, на арбитраж, есть основания, позволяющие поддержать мнение о том, что подобное соглашение "не сопряжено с отказом от требования об исчерпании всех внутренних средств правовой защиты в случаях, в которых одна из договаривающихся сторон поддерживает иск своего гражданина"⁵⁹. Тот факт, что существует обоснованная презумпция отсутствия имплицитного или молчаливого отказа в таком случае, был подтвержден Камерой Международного Суда в деле "ЭЛСИ"⁶⁰. Такой отказ скорее может подразумеваться в случае арбитражного соглашения, заключенного после возникновения спора, о котором идет речь. В таком случае можно утверждать, что подобный отказ может подразумеваться, если государство-ответчик заключило арбитражное соглашение с государством-заявителем, охватывающее споры, касающиеся порядка рассмотрения исков граждан после нанесения вреда гражданину, являющемуся субъектом спора, но в этом соглашении ничего не говорится по поводу сохранения правила о внутренних средствах правовой защиты.

18) Хотя есть основания для тезиса о том, что поведение государства-ответчика в ходе международного разбирательства может вызвать утрату этим государством права требовать исчерпания внутренних средств правовой защиты⁶¹, Комиссия предпочла не

⁵⁸ См., например, *Steiner and Gross v. Polish State* (1927-28) 4 *Annual Digest of Public International Law Cases*, p. 472; *American International Group Inc. v. Iran*, Award No. 93-2-3 (1983) 4 *Iran-US CTR* p. 96.

⁵⁹ F.A. Mann, "State contracts and international arbitration" (1967), 42 *B.Y.I.L.* p. 1 at p. 32.

⁶⁰ *Выше*, сноска 7. В деле *Panevezys-Saldutiskis Railway* Постоянная палата международного правосудия постановила, что принятие факультативного положения в соответствии с пунктом 2 статьи 36 Статута Суда не подразумевает отказа от применения нормы об исчерпании внутренних средств правовой защиты: 1939 *P.C.I.J. Series A/B*, No. 76, p. 4.

⁶¹ См. дела *ЭЛСИ*, *выше*, сноска 7 на стр. 44, пункт 54; *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (Arbitration Tribunal), (1966) 102 *I.L.R.* p. 216, para. 6.33; *Foti and others*, (1982) 71 *I.L.R.* p. 360 at p. 380, para. 46.

упоминать об эстопели такого права в формулировке своей нормы об исключениях ввиду неопределенности этой доктрины в международном праве. Комиссия пришла к мнению о том, что было бы разумнее разрешать поведение, из которого отказ от требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты может рассматриваться в качестве косвенного отказа.
