



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
7 March 2006
Russian
Original: English

Комиссия международного права

Пятьдесят восьмая сессия

Женева, 1 мая — 9 июня

и 3 июля — 11 августа 2006 года

Седьмой доклад о дипломатической защите, подготовленный Специальным докладчиком Джоном Дугардом

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
A. Введение	1–7	3
B. Рассмотрение проектов статей	8–92	5
1. Статья 1	8–21	5
Дипломатическая защита и консульская помощь	15–21	6
2. Статья 2	22–24	12
3. Статья 3	25–27	13
4. Статья 4	28–30	14
5. Статья 5	31–47	15
6. Статья 6	48	23
7. Статья 7	49	24
8. Статья 8	50–51	24
9. Статья 9	52–55	26
10. Статья 10	56–59	27
11. Статья 11	60–68	29
12. Статья 12	69	33
13. Статья 13	70–71	33
14. Статья 14	72–74	34



15. Статья 15	75	35
16. Статья 16	76–81	35
Подпункт (а)	77–78	36
Подпункт (с)	79	37
Подпункт (d)	80–81	38
17. Статьи 17 и 18	82–89	39
18. Статья 19	90–92	42
С. Право потерпевшего физического и юридического лица на получение компенсации	93-103	43
Приложение. Библиография на тему о дипломатической защите после 2000 года		52

А. Введение*

1. Комиссия международного права на своей пятьдесят шестой сессии, состоявшейся в 2004 году¹, завершила первое чтение 19 проектов статей о дипломатической защите. Комиссия впоследствии решила, в соответствии со статьями 16 и 21 своего статута направить через Генерального секретаря эти проекты статей правительствам для замечаний и соображений с просьбой представить их Генеральному секретарю к 1 января 2006 года. В ноте от 19 октября 2004 года Секретариат попросил правительства представить их письменные замечания к 1 января 2006 года. По состоянию на 26 января 2006 года письменные замечания были получены от следующих 11 государств: Австрии, Гватемалы, Катара, Марокко, Мексики, Нидерландов, Норвегии (от имени стран Северной Европы: Дании, Финляндии, Исландии, Норвегии и Швеции), Панамы, Сальвадора, Соединенных Штатов Америки и Узбекистана².

2. С 2000 года, когда Комиссия одобрила первые проекты статей о дипломатической защите, отмечался непрерывный поток книг (как монографий, так и новых изданий и научных трудов общего характера), а также научных статей на тему о дипломатической защите, с особым упором на работу Комиссии. Библиография трудов на эту тему содержится в приложении к настоящему докладу.

3. Многие из публикаций, выпущенных после 2000 года, касаются характера дипломатической защиты, и в них рассматривается вопрос о том, считать ли дипломатическую защиту своего рода процедурой защиты прав человека индивида или же механизмом защиты интересов государства, осуществляющего дипломатическую защиту. В некоторых из них ставится под сомнение обоснованность нормы, сформулированной в деле о *Концессиях Мавромматиса в Палестине*, а именно, что:

выступая на стороне одного из своих граждан и принимая дипломатические меры или возбуждая международное судебное разбирательство от его имени, государство фактически отстаивает свое собственное право, — право обеспечивать применительно к своим гражданам уважение норм международного права³.

Такие критики справедливо указывают, что некоторые из условий, предъявляемых к осуществлению дипломатической защиты, как, например, норма о непрерывном гражданстве и об исчерпании внутренних средств правовой защиты, а также оценка ущерба, указывают на то, что в действительности требование является требованием индивида, а не государства. Вместе с тем такая аргументация не учитывает различие между первичными и вторичными нормами

* Специальный докладчик желает выразить свою благодарность д-ру философии, научному сотруднику Аннемарике Кюнцли из Лейденского университета и Алексу Смитману, в прошлом из Нью-Йоркского университета, а в настоящее время из фирмы «Чен Палмера», Веллингтон, Новая Зеландия, который являлся помощником Специального докладчика в 2005 году, за помощь, оказанную ими.

¹ См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/59/10)*, пункт 59.

² Эти замечания опубликованы в документе A/CN.4/561 (в дальнейшем они называются «Замечания»).

³ *Mavrommatis Palestine Concession (Greece v. United Kingdom)*, 1924 *P.C.I.J. Series A*, No. 2, p.12.

международного права — различие, которое является основополагающим для настоящих проектов статей. Индивид имеет право не подвергаться пыткам или не быть лишенным своей собственности без компенсации. Ясно, что такие права не являются правами государства. Эти права индивида, нарушение которых может привести к осуществлению дипломатической защиты со стороны государства его гражданства, относятся к области первичных норм международного права. Однако право государства на осуществление дипломатической защиты в ответ на нарушение такой первичной нормы международного права путем отстаивания требования является вторичной нормой международного права⁴. Поскольку международная правосубъектность индивида является неполной по причине ограниченной возможности индивида отстаивать свои права, фикция, присущая делу о *Концессиях Мавромматиса в Палестине* представляет собой средство, используемое международным правом — вторичной нормой, — обеспечить исполнение первичной нормы, которая защищает несомненное право индивида. Учитывая тот факт, что проекты статей исходят из предпосылки о разумной обоснованности (если не правильности) нормы *Мавромматиса* (см., в частности, статью 1), вряд ли будет какая-либо польза от подробного рассмотрения критики этой нормы на данном этапе. Вместе с тем рассуждения на эту тему преследуют цель подчеркнуть, что дипломатическая защита является инструментом, который позволяет государству принимать участие в защите индивида и что конечной целью дипломатической защиты является защита прав человека индивида. В этом смысле дипломатическая защита и стандарты прав человека дополняют друг друга⁵. Эту точку зрения решительно поддержали Нидерланды, которые настоятельно призывают Комиссию уделять больше внимания положению индивида при разработке своих проектов статей⁶.

4. В некоторых научных статьях содержится критика решений Комиссии не включать определенные предложения. Например, Комиссия подвергалась критике за то, что не возложила на государства обязанность осуществлять дипломатическую защиту посредством прогрессивного развития⁷. Поскольку эти вопросы не могут и не должны вновь стать предметом обсуждений в ходе второго чтения, они в настоящем докладе не рассматриваются.

⁴ См. C. Dominicé, “La prétention de la personne privée dans le système de la responsabilité internationale des Etats” in *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz* (2004), p. 729; C. Dominicé, “Regard actuel sur la protection diplomatique” in *Liber Amicorum Claude Reymond* (2004), p. 73.

⁵ L. Condorelli, “L’evoluzione del campo d’applicazione della protezione diplomatica” in J.-F. Flauss (ed.), *La Protezione Diplomatica* (2003), p. 1; J.-F. Flauss, “Vers un aggiornamento des conditions d’exercice de la protection diplomatique” in J.-F. Flauss, *La Protezione Diplomatica* (2003), p. 29; P. H. Kooijmans, “Is the right to diplomatic protection a human right?” in *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz* (2004), p. 1975; M. Faria Tinta, “Due process and the right to life in the context of the Vienna Convention on Consular Relations: arguing the *La Grand* case”, *European Journal of International Law*, vol. 12, No. 2 (2002), p. 363; M. Pinto, “De la protection diplomatique et la protection des droits de l’homme”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 106, No. 3 (2002), p. 513

⁶ Замечания, стр. 10.

⁷ E. Milano, “Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 35 (2004); p. 85, at pp. 94–97; P. H. Kooijmans, note 5 above.

5. В нескольких научных обзорах на эту тему содержалась критика языка или содержания тех или иных положений проектов статей. Эти критические замечания рассматриваются в ходе пересмотра таких положений, поскольку они воспринимаются как замечания государств.

6. В настоящем докладе не предпринимаются попытки разработать проекты статей, относящиеся к вопросам, которые необходимо будет решать, если эти проекты статей приобретут форму договора, как, например, проекта статей о подписании, ратификации и урегулировании споров. В этом отношении можно будет скопировать проекты статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния. Судьба настоящих проектов статей тесно увязана с судьбой проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния. Если будет принято решение облечь последние в договорную форму, вполне возможно и целесообразно превратить и настоящие проекты статей в какой-либо такой договор. Если, с другой стороны, проекты статей об ответственности государств сохраняют свой нынешний статус как подтверждение действующих правовых норм, тогда представляется неизбежным, что настоящие проекты статей постигнет та же участь.

7. В настоящем докладе будут рассмотрены проекты статей, одобренные Комиссией в первом чтении, в контексте замечаний, критики и предложений, высказанных правительствами и учеными по этим статьям. В тех случаях, когда это необходимо, будет предлагаться измененное или новое положение взамен предыдущего проекта статьи. Будет предложено лишь одно крупное нововведение. Некоторые члены Комиссии, некоторые государства и ученые призвали Комиссию включить положение о выплате гражданину компенсации, полученной за вред, причиненный этому гражданину государством гражданства. Предложение на этот счет включено после рассмотрения 19 проектов статей.

В. Рассмотрение проектов статей

1. Статья 1

Определение и сфера применения

Дипломатическая защита состоит из дипломатических мер или применения других средств мирного урегулирования со стороны государства, выступающего от собственного имени в интересах физического лица, являющегося его гражданином, или юридического лица, имеющего его национальность, в связи с причинением вреда этому лицу в результате международно-противоправного деяния другого государства.

8. Замечания по статье 1 состоят из трех категорий: замечания, вносящие ясность в язык или изменения в текст; те, в которых содержатся добавления к комментарию; и замечания, проводящие четкое различие между дипломатической защитой и консульской помощью. Третья категория, несомненно, является самой важной, и она будет подробно рассмотрена. С другими комментариями и предложениями можно будет поступить гораздо проще.

9. Узбекистан предлагает включить в проекты статей положение, указывающее, в каком смысле следует понимать такие термины, как «национальность

юридического лица», «инкорпорация» и «ущерб имуществу»⁸. Он также возражает против использования термина «национальность» в отношении юридических лиц на том основании, что понятие «национальность» может относиться к физическим, а не к юридическим лицам⁹. В этой связи возникают два замечания. Прежде всего, надо отметить, что определения — вещь «тонкая» и с ними возникает больше проблем, чем они решают¹⁰. Представляется более целесообразным пояснять смысл терминов в контексте каждой нормы, что и пытаются сделать проекты статей. Во-вторых, в праве термин «национальность» используется зачастую в отношении юридических лиц, и этого невозможно отрицать.

10. Нидерланды предлагают ясно указать, что статья 1 включает в себя лиц без гражданства и беженцев по смыслу статьи 8¹¹. Предлагается пояснить это путем соответствующего добавления в текст.

11. Гватемала предложила включить добавление в пункт 7 комментария по статье 1 с целью четко указать, что дипломаты и консулы могут лишь выиграть от дипломатической защиты в том случае, когда они выступают не в своем официальном качестве¹². Это замечания будет учтено.

12. Из статьи 1 ясно, что требованием дипломатической защиты является «международно-противоправное деяние другого государства». Это не мешает государству принимать шаги по защите своих граждан до совершения противоправного деяния, однако такие меры не квалифицируются как дипломатическая защита¹³. Нидерланды выступили с разумным предложением, заявив, что этот вопрос следует прояснить в комментарии¹⁴.

13. Комментарий должен также ясно указывать на то, что ссылка на «гражданина» в статье 1 включает защиту групп граждан, как это предложил Кондорелли¹⁵.

14. Ряд государств предложили в статье 1 и ее комментарии внести большую ясность в значение терминов «дипломатические меры» и «другие средства мирного урегулирования» и провести четкое различие между дипломатической защитой и консульской помощью¹⁶. В научных трудах указывается то же самое. По этой причине этот вопрос требует тщательного рассмотрения.

Дипломатическая защита и консульская помощь

15. Международное право признает два вида защиты, которые государства могут осуществлять от имени своих граждан и юридических лиц: консульская помощь и дипломатическая защита¹⁷. Между этими двумя понятиями, однако,

⁸ Замечания, стр. 58. Полное замечание Узбекистана проясняет смысл его предложения.

⁹ Замечания, стр. 13.

¹⁰ «Определение ... зачастую создает больше проблем, чем оно решает», — Lord Reid in *Brutus v. Cozens* [1972] 3 W.L.R. 521, at p. 525.

¹¹ Замечания, стр. 13.

¹² Замечания, стр. 12.

¹³ Это мнение оспаривает Кондорелли; см. "L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), p. 3, at p. 7.

¹⁴ Замечания, стр. 12.

¹⁵ Примечание 13 выше, стр. 6–7.

¹⁶ Замечания, стр. 12 (Австрия), 12–13 (Нидерланды, Панама) и 8–9 (Сальвадор).

¹⁷ Другим источником путаницы являются дипломатическое представительство и

имеются существенные различия, и камнем преткновения для споров и разногласий является вопрос о том, какие виды деятельности правительств подпадают под понятие дипломатической защиты и какие не относятся к таковой. Споры на этот счет разгораются в равной степени сохраняющимся неверным пониманием определения термина «меры» (“action”) для целей дипломатической защиты, состоящей из мер, которые ошибочно трактуются как осуществление консульской помощи. Проблема заключается не столько в том, что понимать под консульской помощью, сколько в определении мер для целей дипломатической защиты, чтобы исключить из нее консульскую помощь.

16. Зачастую считается, что дипломатическая защита связана с судебным разбирательством. Вмешательство за пределами судебного процесса от имени граждан и юридических лиц иногда не рассматривается как составляющая часть дипломатической защиты, а считается консульской помощью. Такой взгляд на дипломатическую защиту представляется слишком узким. Любое вмешательство, включая переговоры, на межгосударственном уровне от имени гражданина/юридического лица визави иностранного государства должно классифицироваться как дипломатическая защита (а не как консульская помощь), при условии соблюдения общих требований, предъявляемых к дипломатической защите, а именно: наличие факта нарушения международного права, за которое государство-ответчик может нести ответственность; исчерпание внутренних средств правовой защиты и наличие у пострадавшего гражданства/национальности осуществляющего защиту государства. Такое широкое представление о «мерах» в контексте дипломатической защиты является оправданным, и оно подкрепляется доктриной¹⁸ и международными¹⁹ и внутригосударственными²⁰ судебными решениями. Статья 1 и комментариев к ней наглядно поддерживают такую широкую интерпретацию дипломатических мер. В статье 1 предусматривается, что дипломатическая защита «состоит из дипломатических мер или применения других средств мирного урегулирования»,

дипломатическая защита. Они, однако, являются весьма различными по своему характеру, ибо, как заявляют Варбрик и Макголдрик: «Дипломатическое представительство охватывает весьма широкий круг коммуникаций от одного правительства до другого, при которых одно правительство выражает свое несогласие с действием или бездействием другого. Они не обязательно приписывают неправомерный конфликт другому государству...», — требование для осуществления дипломатической защиты (*International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, No. 3 (July 2002), p. 723, at p. 724).

¹⁸ E.M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1919), p. 439; F.S. Dunn, *The Protection of Nationals* (1932), pp. 18–19; L. Condorelli, “L’evolution du champ d’application de la protection diplomatique” in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), p. 6.

¹⁹ В деле о *Концессиях Мавромматиса в Палестине* Постоянная палата международного правосудия объявила, что государствам позволяется заниматься делом гражданина/юридического лица, «используя дипломатические меры или возбуждая международное судебное разбирательство от его имени» (1924 *P.C.I.J. Series A*, No. 2, p. 12 (emphasis added)). См. также *Panevezy’s-Saldutiskis Railway*, 1939 *P.C.I.J. Series A/B*, No. 76, p. 16; *Nottebohm (Second Phase)*, 1955 *I.C.J. Reports*, p. 24; *Reparation for Injuries*, 1949 *I.C.J. Reports*, p. 177.

²⁰ В деле *Рудольфа Хесса*, например, Германский конституционный суд счел, что дипломатические демарши правительства Германии представляют собой доказательство того, что правительство выполнило свои обязательства по Германской конституции, которые предусматривают право дипломатической защиты граждан Германии (*I.L.R.*, vol. 90 (1992), p. 387, at p. 396). См. также *Kaunda and others v. President of the Republic of South Africa and others*, 2005 (4) *South African Law Reports* 235 (CC); *International Legal Materials*, vol. 44, No. 1 (January 2005), p. 173.

а в пункте 5 комментария говорится, что «дипломатические меры» охватывают все законные процедуры, используемые одним государством для информирования другого государства о своих мнениях и озабоченности, включая протест, просьбу о проведении расследования и переговоры, направленные на урегулирование споров. «Другие средства мирного урегулирования» охватывают все формы законного урегулирования споров, начиная от переговоров, посредничества и примирения и кончая арбитражным или судебным урегулированием споров». Трудно составить более всеобъемлющее положение и комментарий к нему о понятии дипломатические «меры» в контексте дипломатической защиты. По этой причине было предложено сохранить без изменений нынешний проект статьи. Это положение, однако, прямо не исключает консульскую помощь, и к этому вопросу необходимо будет вернуться вновь.

17. К сожалению, ни германские официальные лица, ни ученые-юристы²¹ не проводят четкого различия между дипломатической защитой и консульской помощью. Вместе с тем существуют три структурные различия, которые должны служить своего рода руководством в проведении различия между этими двумя институтами. Прежде всего, ограниченный характер консульских функций, предусмотренный в Венской конвенции 1963 года о консульских сношениях²² (далее «Венская конвенция»), по сравнению с менее ограниченными функциями дипломатов, содержащимися в Венской конвенции 1961 года о дипломатических сношениях²³. Во-вторых, различие в уровне представительства между консульской помощью и дипломатической защитой и, в-третьих, превентивный характер консульской помощи в отличие от дипломатической защиты, направленной на исправление положения. Консулы жестко ограничены в том, что касается мер, которые они могут принимать в целях защиты своих граждан на основании статьи 55 Венской конвенции, в которой предусматривается, что консулы «обязаны не вмешиваться во внутренние дела [этого] государства».

Это означает, согласно Шоу, что «на них возложена конкретная роль помогать гражданам, оказавшимся в бедственном положении, например в поиске адвоката, посещения тюрем и установления контактов с местными властями, однако они не могут вмешиваться в судебный процесс или во внутренние дела принимающего государства или оказывать юридические консультации, либо расследовать преступление»²⁴. Это означает, что консулам разрешается представлять интересы гражданина, а не интересы государства в защите этого гражданина. Такая защита является дипломатической прерогативой. Имеется еще один элемент различия между дипломатической защитой и консульской помощью. Консульская помощь носит, в основном, превентивный характер и предоставляется до исчерпания внутренних средств правовой защиты или же до того, как происходит нарушение норм международного права. В силу этого консульская помощь является менее формальной и в то же время более прием-

²¹ See E. Denza, *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2nd ed. (1998), p. 33; and L.T. Lee, *Consular Law and Practice* (1991), pp. 138, 148–151, 155 and 167. See generally on this subject, A. Künzli, “Exercising diplomatic protection: the fine line between litigation *démarches* and consular assistance”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2006, forthcoming).

²² United Nations, *Treaty Series*, vol. 596, p. 261.

²³ *Ibid.*, vol. 500, p. 95.

²⁴ *International Law*, 5th ed. (2003), p. 688.

лемой для принимающего государства²⁵. Консульская помощь связана, главным образом, с защитой прав индивида, и для оказания ее требуется согласие соответствующего индивида²⁶. И действительно, как предусмотрено в статье 36(1) Венской конвенции, консульская помощь будет оказана только тогда, когда об этом просит заинтересованный индивид. Дипломатический демарш, с другой стороны, предназначен для того, чтобы поднять возникший вопрос на международный или межгосударственный уровень, на котором в конечном итоге можно будет возбудить международное разбирательство. Кроме того, данный индивид не может помешать своему государству предъявить требование или прекратить процедуры в ходе дипломатической защиты.

18. В этой связи следует особо упомянуть о делах *Ла Гранд* и *Авена*²⁷, поскольку в них присутствуют как консульская помощь, так и дипломатическая защита. В этих делах Германия и Мексика соответственно возбудили процесс против Соединенных Штатов за нарушение Венской конвенции и использовали свое право на осуществление дипломатической защиты, поскольку их граждане в индивидуальном порядке пострадали от несоблюдения положений этой Конвенции. Существо дел, поданных в Международный Суд, касалось предоставления консульской помощи, хотя используемый механизм для предъявления требований в обоих случаях основывался на осуществлении дипломатической защиты. В деле *Ла Гранд* Международный Суд признал требование Германии (частично) как осуществление ее права на дипломатическую защиту и установил, что как германское государство, так и германские граждане и юридические лица пострадали в результате отсутствия консульской помощи²⁸. Однако в деле Мексики Суд вынес иное решение и определил, что нарушения Венской конвенции представляли собой прямой вред Мексики в том плане, что дипломатическая защита не являлась необходимой в качестве инструмента предъявления требования. Дело *Ла Гранд* представляется особенно важным. Требование Германии, предъявленное в Международный Суд, основывалось на том, что Соединенные Штаты не уведомили своевременно участников *Ла Гранд* об их праве на консульскую помощь и не информировали германские власти об аресте и задержании двух германских граждан, — причем оба эти обязательства вытекают из статьи 36(1) Венской конвенции. Германия утверждала, что она могла бы посредством консульской помощи оказать необходимую юридическую помощь и дать соответствующую информацию, которые в свою очередь, возможно, предотвратили бы вынесение участникам дела *Ла Гранд* приговора смертной казни²⁹. Указанное требование было предъявлено Германией как от своего собственного имени, так и в порядке осуществления ее права на обеспечение дипломатической защиты от имени ее граждан³⁰. Соединенные Штаты опротестовали требование Германии в связи с дипломатической защитой и пытались убедить Суд в том, что Германия путает дипломатическую защиту с консульской помощью и что Суд поэтому должен объявить указанное требование неприемлемым. Соединенные Штаты заявляли, что в Венской конвенции

²⁵ L. Caflisch, “La pratique suisse de la protection diplomatique” in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), p. 77.

²⁶ J. Zourek “Quelques problèmes théoriques du droit consulaire”, *Journal du Droit International*, vol. 90 (1963), p. 4 at pp. 54–55.

²⁷ 2001 *I.C.L. Reports*, p. 466 and 2004 *I.C.L. Reports*, p. 12, respectively.

²⁸ 2001 *I.C.L. Reports*, p. 494, para. 77.

²⁹ *Ibid.*, p. 491, para. 71.

³⁰ *Ibid.*, p. 481, para. 38 and p. 489, para. 65.

не идет речь о дипломатической защите и что она касается лишь консульской помощи. Кроме того, они утверждали, что аргументация Германии не имеет под собой оснований, поскольку Венская конвенция не защищает права личности, и поэтому право на осуществление дипломатической защиты не может быть признано³¹.

Суд отверг возражения, представленные Соединенными Штатами, и постановил, что он обладает компетенцией рассматривать требование как на основе прямого, так и косвенного вреда. Он ясно указал, что общая юрисдикционная клаузула на основании Факультативного протокола к Венской конвенции о консульских сношениях относительно обязательного урегулирования споров³² «не препятствует государству — участнику договора, который создает права личности, заниматься делом одного из своих граждан и возбуждать международное судебное разбирательство от имени этого гражданина»³³. Суд провел четкое разграничение между консульской помощью и дипломатической защитой, признав, что права личности, возникающие на основании договора о консульских сношениях, можно отстаивать посредством механизма дипломатической защиты³⁴. Дипломатическая защита представляет собой механизм, к которому можно прибегать после совершения международно-противоправного деяния, причинившего вред иностранцу. Поскольку несоблюдение положений Венской конвенции Соединенными Штатами привело к причинению вреда германским гражданам в результате нарушения их прав личности, предусмотренных этой Конвенцией, Германия прибегла к надлежащей процедуре требования о возмещении за причиненный вред.

19. Одним из конкретных источников путаницы дипломатической защиты с консульской помощью является статья I-10 Договора о Конституции Европы³⁵ (далее «Конституция»), которая соответствует статье 46 Хартии об основных правах Европейского союза³⁶ и статье 20 Договора о создании Европейского сообщества³⁷. В пункте 2(с) этой статьи предусматривается, что «граждане Союза ...имеют ...право пользоваться на территории третьей страны, в которой государство-член, гражданами которого они являются, не представлено, защитой со стороны дипломатических и консульских властей любого государства-члена на тех же условиях, что и граждане этого государства»³⁸.

На первый взгляд, это положение может не вызывать никаких возражений. Оно отражает принцип недискриминации, который является основопола-

³¹ Ibid., p. 482, para. 40.

³² United Nations, *Treaty Series*, vol. 596, p. 487.

³³ 2001 *I.C.J.Reports*, pp. 482–483, para. 42; see also O. Spiermann, “The *La Grand* case and the individual as a subject of international law”, *Zeitschrift für öffentliches recht*, vol. 58 (2003), pp. 197–221.

³⁴ 2001 *I.C.J.Reports*, pp. 492–494, paras. 75–77.

³⁵ *Official Journal of the European Union*. vol. 47, No. C 310 (16 December 2004), pp. 13–14 (hereinafter Constitution).

³⁶ Ibid., vol. 43, No. C 364 (18 December 2000), p. 1.

³⁷ Ibid., vol. 45, No. C 325 (24 December 2002), p. 45.

³⁸ Хотя эта Конституция (еще) не вступила в силу и, таким образом, пока не является документом, имеющим обязательную силу, тем не менее она представляет собой самый свежий документ, в котором предусмотрено право на дипломатическую защиту. Следует иметь в виду, что это положение является по сути дела тем же самым положением, что и положение, содержащееся в Договоре о Европейском сообществе, который, несомненно, имеет обязательную силу для государств — членов Европейского союза.

гающим для Европейского союза. Поскольку в этом Союзе запрещена дискриминация по признаку гражданства, неудивительно, что граждане Союза должны также иметь равную защиту вне Союза. Однако, предоставляя как консульскую помощь, так и дипломатическую защиту, это положение упускает из виду фундаментальные различия между этими двумя механизмами. Кроме того, указанное, в частности, вызывает сомнения в свете критериев, предъявляемых к дипломатической защите.

Основное возражение против этого положения состоит в том, что оно вступает в противоречие с принципом *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Европейские договоры являются договорами, заключенными на основании международного права, и поэтому к ним применимы положения статьи 34 Венской конвенции о праве международных договоров³⁹, которая предусматривает, что договор применим только к его участникам и не создает обязательств для третьих государств. Таким образом, любое положение, содержащееся в договоре, уставе или конституции ЕС, не является обязательным для государств, не являющихся членами Европейского союза. Третьи государства не обязаны соблюдать какие-либо положения, содержащиеся в договорах и конвенциях, действующих в рамках Европейского союза, и они не обязаны принимать, а в отношении дипломатической защиты маловероятно, что они согласятся принять защиту со стороны государств, которые не являются государством гражданства отдельного гражданина Европейского союза⁴⁰.

«Гражданин» Европейского союза не является гражданином всех государств — членом Европейского союза, из чего вытекает, что гражданство Европейского союза не отвечает условию гражданства требований для цели дипломатической защиты. По этой причине договорное положение Европейского союза, ставящее целью наделить всех граждан Европейского союза правом на дипломатическую защиту со стороны всех государств — членом Европейского союза, является ущербным, если только его не истолковывать как применимое лишь к консульской помощи. Утверждают, что именно таковым и является его намерение⁴¹. Хотя консульская помощь обычно предоставляется лишь от имени гражданина, международное право не запрещает оказывать консульскую помощь гражданам другого государства. Поскольку консульская помощь не представляет собой обеспечение защиты прав государства либо отстаивание требования, критерий гражданства или национальности не обязательно должен применяться так неукоснительно, как в случае с дипломатической защитой. По этой причине нет необходимости отстаивать законный интерес в силу уз гражданства или национальности.

20. Теоретически различие между дипломатической защитой и консульской помощью является четким. Первая представляет собой межгосударственное вмешательство, осуществляемое дипломатами или представителями правительства, работающими в министерстве иностранных дел, в том случае, когда гражданину или юридическому лицу нанесен вред в результате международно-противоправного деяния, совершенного другим государством, и гражданин или

³⁹ United Nations *Treaty Series*, vol. 1155, No. 18232.

⁴⁰ См. С. Storost, *Diplomatischer Schutz durch EG und EU?* (2005), pp. 148–149.

⁴¹ T. Stein, Interim Report on “Diplomatic protection under the European Union Treaty” in *International Law Association, Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property, Second Report, New Delhi (2002)*, pp. 36–37.

юридическое лицо исчерпали внутренние средства правовой защиты. Такое вмешательство направлено на исправление международно-противоправного акта, и оно может принимать самые различные формы, включая протест, переговоры и судебное урегулирование спора. Консульская помощь, с другой стороны, представляет собой оказание помощи гражданам (возможно, и негражданам), которые оказываются в затруднительном положении в иностранном государстве, и она оказывается профессиональными или почетными консулами, не занимающимися политическим представительством. Такая помощь является превентивной в том смысле, что она преследует цель предотвратить совершение международно-противоправного деяния. Указанному гражданину оказывается консульская поддержка и юридическая помощь, с тем чтобы обеспечить данному лицу справедливое судебное разбирательство (если ему предъявлено уголовное обвинение) или же с целью защитить его личные или имущественные интересы в принимающем государстве. Несмотря на такое четкое теоретическое различие между этими двумя институтами, тем не менее происходят переклесты (как это наглядно видно из дел *Ла Гранд* и *Авена*) или же неумение отличить одно от другого (как явствует из договоров Европейского союза). В этих условиях может представляться целесообразным ясно указать в статье 1, что Комиссия знает о таком различии и желает, чтобы оно сохранялось. В комментарии этот вопрос также найдет свое отражение.

21. Предлагается изложить статью 1 в следующей редакции:

«1) Дипломатическая защита состоит из дипломатических мер или применения других средств мирного урегулирования со стороны государства, выступающего от собственного имени в интересах физического лица, являющегося его гражданином, или юридического лица, имеющего его национальность, или лица, упомянутого в статье 8, в связи с причинением вреда этому юридическому или физическому лицу в результате международно-противоправного деяния другого государства.

2) *Дипломатическая защита не должна толковаться как включающая в себя оказание консульской помощи в соответствии с международным правом».*

2. Статья 2

Право осуществлять дипломатическую защиту

Государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту в соответствии с настоящими проектами статей.

22. Есть несколько замечаний по этому положению. Нидерланды предлагают либо исключить, либо пояснить пункт 3 комментария⁴². Действительно, этот пункт представляется излишним и его следует исключить.

23. В пункте 2 комментария говорится, что государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту, однако оно не обязано делать это. По этому вопросу несколько государств приняли законодательные решения после того, как Комиссия постановила не устанавливать обязанность для государств осуществлять дипломатическую защиту: *дело Аббаси и другие против министра*

⁴² Замечания, стр. 14.

*иностранных дел и по делам Содружества*⁴³; *дело Каунда и другие против президента Южно-Африканской Республики*⁴⁴ и *дело Ван Зил и другие против правительства Южно-Африканской Республики и других*⁴⁵. Эти решения, которые подтверждают наличие обязанности осуществлять дипломатическую защиту в соответствии с внутренним законодательством, следует рассмотреть в комментарии.

24. В общем замечании по этим проектам статей Австрия заявляет:

«Как представляется, Комиссия сконцентрировалась лишь на одном аспекте дипломатической защиты, а именно на праве государства выдвигать определенные требования в интересах своих граждан. Однако это право уравнивается соответствующим обязательством других государств признавать такие требования государства. Правовой режим дипломатической защиты также предусматривает, на каких условиях государство должно признавать такие вмешательства со стороны другого государства. Такая точка зрения, несомненно, под другим углом зрения проливает свет на этот правовой режим и обнаруживает другие его аспекты, которые текст, разработанный Комиссией, не учитывает в достаточной степени»⁴⁶.

Высказывалось предложение о том, что статья 2 является соответствующим местом, где можно предусмотреть признание такой обязанности со стороны государств. В этой связи статью 2 можно было бы сформулировать следующим образом:

«1) Государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту в соответствии с настоящими проектами статей.

2) *На государство возложена обязанность признавать требование дипломатической защиты, осуществляемой в соответствии с настоящими проектами статей».*

3. Статья 3

Защита со стороны государства гражданства или национальности

1. Государством, которое имеет право осуществлять дипломатическую защиту, является государство физического лица или национальности юридического лица.

2. Независимо от положений пункта 1, дипломатическая защита может осуществляться в отношении негражданина в соответствии с проектом статьи 8.

25. Нидерланды предлагают сформулировать это положение следующим образом: «Государством гражданства или национальности является государство, имеющее право осуществлять дипломатическую защиту»⁴⁷. Каким образом это «в большей степени подчеркивает перспективу индивида», как заявили Нидер-

⁴³ (2002) EWCA Civ. 1598; [2002] All ER (D) 70; *International Legal Materials*, vol. 42, No. 2 (March 2003), p. 358.

⁴⁴ 2005 (4) South African Law Reports 235 (CC); *International Legal Materials*, vol. 44, No. 1 (January 2005), p. 173.

⁴⁵ Judgment of 20 July 2005, TPD case No. 20320/2002 (unreported at time of writing).

⁴⁶ Замечания, стр. 8–9.

⁴⁷ Замечания, стр. 14.

ланды, трудно понять. Вместе с тем следует принять более обтекаемую формулировку, чем настоящий проект статьи 3.

26. Нидерланды также заявляют, без какого-либо пояснения, что это положение следует рассматривать в свете событий, связанных с европейским гражданством. Как пояснялось выше, существует различие между европейским «гражданством» и национальностью государств-членов. В директиве 2004/38/ЕС⁴⁸ содержится определение концепции гражданства Европейского союза. Хотя эта директива в основном касается передвижения и проживания лиц, имеющих право на получение гражданства Европейского союза *в пределах* Европейского союза, некоторые положения этого документа имеют отношение к вопросу о защите их *за пределами* Европейского союза. Хотя в пункте 3 преамбулы предусматривается, что «Гражданство Союза должно являться основополагающим условием граждан государств-членов при осуществлении ими своего права свободно передвигаться и проживать», в постановляющей части говорится, что под гражданином Европейского союза понимается «лицо, имеющее гражданство государства-члена» (статья 2(1)). Таким образом, гражданство государства-члена является обязательным условием для гражданства Европейского союза. В статье I-10(1) Конституции говорится, что «гражданство Союза дополняет собой национальное гражданство, а не подменяет его»⁴⁹. Эти положения ясно свидетельствуют о том, что гражданство не может быть приравнено к национальности и что гражданство Европейского союза не должно истолковываться как сводящее на нет национальность индивидуальных государств или полномочия государств — членов Европейского союза принимать свои собственные законы о гражданстве и устанавливать критерии натурализации. В этих обстоятельствах трудно понять, каким образом гражданство Европейского союза может иметь какое-либо отношение к гражданству физического лица.

27. Было предложено изложить статью 3 в следующей редакции:

«1) *Государством гражданства является государство, имеющее право осуществлять дипломатическую защиту.*

2) *Несмотря на положения пункта 1, дипломатическая защита может осуществляться в отношении негражданина в соответствии со статьей 8».*

4. Статья 4

Государство гражданства физического лица

Для целей дипломатической защиты физических лиц государство гражданства означает государство, гражданство которого лицо, добывающееся защиты, приобрело в силу рождения, происхождения, правопреемства государств, натурализации или каким-либо иным способом, не противоречащим международному праву.

⁴⁸ Директива 2004/38/ЕС Европейского парламента и Совета от 29 апреля 2005 года о праве граждан Союза, *Official Journal of the European Union*, vol. 47, No. L 158 (30 April 2004), pp. 77–123.

⁴⁹ См. Н.У. Барбер, “Citizenship, nationalism and the European Union”, *European Law Review*, vol. 27 (2002), который говорит, что «европейское гражданство предназначалось для того, чтобы дополнять, а не заменять национальное гражданство» (стр. 241).

28. Статья 4 подверглась критике по той причине, что она не поясняет, что гражданство определяется внутренним, национальным правом, при условии, что оно, право, не противоречит международному праву⁵⁰. Комиссия твердо уверена, что это вытекало из самой формулировки положения, а все сомнения на этот счет развеяны в пункте 1 комментария. Тем не менее указанное можно пояснить и в самой статье 4.

29. Австрия выступает против формулировки статьи 4 на том основании, что «гражданство не приобретается путем правопреемства государств, а является следствием такого правопреемства»⁵¹, и она предлагает изменить соответственно формулировку этой статьи.

30. С целью учесть критические замечания по статье 4 ее можно было бы изложить следующим образом:

«Для целей дипломатической защиты физических лиц государство гражданства означает государство, гражданство которого лицо, добывающее защиты, приобрело в силу рождения, происхождения или натурализации, или, как следствие правопреемства государств, или каким-либо иным способом, не противоречащим международному праву».

5. Статья 5

Непрерывное гражданство

1. Государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица, являющегося его гражданином на момент причинения вреда и являющегося его гражданином в день официального предъявления требования.

2. Независимо от положений пункта 1, государство может осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица, являющегося его гражданином в день официального предъявления требования, но не являющегося его гражданином на момент причинения вреда, при условии, что это лицо утратило свое прежнее гражданство и приобрело по причине, не имеющей отношения к предъявлению требования, гражданство этого государства каким-либо образом, не противоречащим международному праву.

3. Дипломатическая защита не осуществляется настоящим государством гражданства в отношении лица, против предыдущего государства гражданства этого лица в связи с вредом, причиненным, когда это лицо было гражданином предыдущего государства гражданства, а не гражданином настоящего государства гражданства.

31. Статья 5 вызвала наибольшее количество замечаний и критики со стороны государств. Критика, в основном, обрушилась на положение *dies ad quem* (официальное представление требования) и на пункт 2. Они будут подробно

⁵⁰ См. замечание Узбекистана. Замечания, стр. 17. Карло Сантулли предлагает изменить формулировку этой статьи следующим образом: «Гражданство есть состояние, при котором индивид [объект дипломатической защиты] добросовестно пользуется им в соответствии со своим внутренним правом». (“Travaux de la Commission du droit international”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 47 (2001), стр. 349–371.

⁵¹ Замечания, стр. 15.

рассмотрены. Вместе с тем вначале необходимо будет договориться по целому ряду предложений редакционного характера.

32. Австрия возражает против фразы «к предъявлению требования» в пункте 2 на том основании, что эта фраза подразумевает судебную процедуру и тем самым делает статью более ограничительной, чем формы дипломатической защиты, изложенные в статье 1⁵². Она предлагает, чтобы в комментарии было ясно указано, что такое ограничение не является преднамеренным в том случае, если пункт 2 будет сохранен в его прежнем виде.

33. Нидерланды предлагают, чтобы в пункте 3 глагол “shall” был заменен глаголом “may”, поскольку такая замена в большей степени соответствовала бы дискреционному характеру дипломатической защиты⁵³. В английском языке слова “may not” не являются более дискреционными, чем “shall not”, так что такое предложение не должно быть поддержано. Нидерланды также предлагают, с целью привести язык статьи 5(3) с языком других положений, заменить глагол “incurred” словом “caused”. Это предложение представляется разумным.

34. Соединенные Штаты предлагают включить слово «только» в первой строке пункта (1) — «Государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту *только* в отношении...», — чтобы было ясно, что этот пункт предназначен для того, чтобы ограничить право дипломатической защитой, о которой говорится в статьях 2 и 3, требованиями лиц, которые отвечают условию непрерывного гражданства⁵⁴. Рекомендуются учесть это предложение.

35. Ряд государств высказали возражения по пункту 2⁵⁵. Самая деловая критика исходит от Соединенных Штатов, которые заявляют, что основная цель пункта 2 состоит в защите лица, гражданство которого изменилось в результате правопреемства. Они поднимают вопрос, требует ли законодательство изменения гражданства в случае вступления в брак или усыновления. И действительно, можно добавить, что запрещение автоматического изменения гражданства женщин в случае замужества, содержащееся в Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин⁵⁶, еще больше уменьшает вероятность того, что такие изменения будут происходить. Соединенные Штаты полагают, что право на дипломатическую защиту переходит при правопреемстве государств, и право на дипломатическую защиту в таком случае не следует рассматривать как исключение из общего требования. Следовательно, предлагают они, этот вопрос необходимо решить посредством добавления ссылки в статье 5(1) на «государство-правопреемника». Рекомендуются принять это предложение.

36. Практически не существует примеров из практики государств, которые поддерживали бы требование о том, что гражданство должно непрерывно сохраняться с момента нанесения вреда до даты предъявления или разрешения требования (см. A/CN.4/506/Add.1, пункты 12–16). И все же, как указывают Соединенные Штаты⁵⁷, возникает неувязка в разработке нормы о непрерывном

⁵² Замечания, стр. 16.

⁵³ Замечания, стр. 17.

⁵⁴ Замечания, стр. 18–20.

⁵⁵ Замечания, стр. 16 (Сальвадор), 18 (Катар) и 18–21 (Соединенные Штаты).

⁵⁶ United Nations *Treaty Series*, vol. 1249, No. 20378, article 9 (1).

⁵⁷ Замечания, стр. 21–22.

гражданстве, которая не принимает во внимание период между *dies a quo* и *dies ad quem*. Они предлагают внести соответствующие изменения в статью 5(1). Для этого, возможно, потребуется прогрессивное развитие, но оно тем не менее считается оправданным.

37. Самым спорным аспектом нормы о непрерывном гражданстве является *dies ad quem*, — окончательная дата или стадия разбирательства, на которой индивид с причиненным ему вредом должен оставаться гражданином. На основе своего первого чтения статей о практике государств, Комиссия остановила свой выбор на дате официального предъявления требования. Такая позиция находит поддержку со стороны ряда государств⁵⁸. С другой стороны, против нее решительно выступают Соединенные Штаты, которые утверждают, что окончательной датой должна являться дата разрешения требования, присуждения компенсации⁵⁹.

38. Соединенные Штаты ссылаются, главным образом, на решение арбитража Международного центра по урегулированию инвестиционных споров по делу «Лоуэн Групп Инк.» против Соединенных Штатов Америки, который заявил, что, «выражаясь языком международного права, необходимо, чтобы национальная принадлежность сохранялась непрерывно с даты событий, приведших к возникновению требования, каковой является *dies a quo*, вплоть до даты урегулирования требования, которой считается *dies ad quem*»⁶⁰.

Это решение, как заявляют США, подкрепляется целым рядом других арбитражных решений и требований, предъявленных по дипломатическим каналам, в которых лицо, от чьего имени было предъявлено требование, изменило свое гражданство *после* официального предъявления этого требования, но до окончательного его урегулирования. В каждом из этих случаев международное требование было отклонено или отозвано, когда становилось известно, что данное требование отстает от имени гражданина иного государства, чем государство-предъявитель. Соединенные Штаты утверждают, что эти случаи свидетельствуют о последовательной практике государств, которая приобретает характер обычая. Кроме того, в политическом плане эта норма предпочтительна, поскольку она позволяет избежать ситуации, когда государство-ответчик оказывается должником у государства-заявителя требования за вред, нанесенный лицу, которое юридически уже не имеет отношения к этому государству.

39. Мнения ученых не проливают свет на этот вопрос. Некоторые авторы статей на эту тему отстаивают дату предъявления требования⁶¹, в то время как другие поддерживают дату урегулирования требования⁶². Большинство, однако, заявляют, что положение *dies ad quem* является неопределенным по той

⁵⁸ Замечания, стр. 16 (Австрия), 17 (Нидерланды) и 18 (Норвегия от имени стран Северной Европы).

⁵⁹ Замечания, стр. 19–20.

⁶⁰ Case No. ARB (AF)/98/3, 26 June 2003; *International Legal Materials*, vol. 42, No. 4 (July 2003), p. 811, at para. 225.

⁶¹ E. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1919), p. 666.

⁶² R. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed. (1992), p. 512; C.J.V. Hurst, "Nationality of claims", *British Yearbook of International Law* (1926), p. 163; F. V. García-Amador et al., *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (1974), p. 82.

причине, что поддержку находят обе позиции⁶³. Практика государств также мало чем может помочь, поскольку в договорах по-разному трактуется формула *dies ad quem*⁶⁴. Хотя в поддержку даты возмещения⁶⁵ часто ссылаются на Гаагскую конференцию 1930 года по кодификации международного права, следует напомнить, что такая «поддержка» основывается только на опросе мнений государств, а из 20 государств, которые ответили на вопросник, 8 отвергли требование непрерывного гражданства как норму, 3 государства воздержались, а 9 проголосовали за (включая Великобританию и ее четыре доминиона)⁶⁶!

40. Решения судов по этому вопросу также не являются достаточно весомыми, чтобы служить основанием считать ее в качестве нормы международного обычного права. В большинстве своем расхождения в судебных решениях в этой области можно объяснить расхождениями в договорах, регулирующих такие требования. Как заявил главный арбитр Паркер в *Административном решении No. V*:

«Когда приходится анализировать большинство решений по таким делам, то становится ясно, что они в каждом конкретном случае следуют формулировкам, содержащимся в том или ином конкретном протоколе о работе арбитража по такого рода делам, язык которого определяет его юрисдикцию требованиями не только иметь гражданство государства, отстаивающего такое дело на основании происхождения, но и в силу непрерывности гражданства, а в некоторых случаях — до даты *регистрации* требования, в других — до даты *предъявления* требования в арбитраж или — до даты *вынесения решения*, а в некоторых случаях и до самой даты *урегулирования* требования. Такое отсутствие единообразия, в том что касается периода непрерывности гражданства, требуемого для юрисдикционных целей, объясняется в каждом случае положениями конкретного учредительного договора»⁶⁷.

В такой ситуации неудивительно, что в некоторых решениях предпочтение отдается дате предъявления требования⁶⁸, в других случаях — дате возме-

⁶³ Оппенгейм, там же квалифицирует поддержку даты возмещения на стр. 512, заявляя, что в некоторых случаях достаточно будет указать дату предъявления требования. См. далее G. Schwarzenberger, *International Law*, 3rd ed. (1957), vol. 1, p. 597; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed. (2003), p. 461; A.H. Feller, *The Mexican Claims Commissions 1923-4* (1935), pp. 86 and 96–97; судья Джессуп высказал особое мнение по делу *Барселона Трэкшн*, 1970 *I.C.J. Reports*, pp. 202–203; E. Borchard, “The protection of citizens abroad and change of nationality”, *Yale Law Journal*, vol. 20 (1934), p. 359; at pp. 377–378; E. Borchard, “Protection diplomatique des nationaux à l'étranger”, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 36 (1931), pp. 256, 284; C.J.B. Hurst; note 62 above, at pp. 179–180; M.S. Duchesne, “The continuous-nationality-of-claims principle: its historical development and current relevance to investor-state investment disputes”, *George Washington International Law Review*, vol. 36 (2004), p. 783, at pp. 799–802; J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (2005), p. 183.

⁶⁴ См. комментарий арбитра Паркера по *Административному решению № V, U.N.R.I.A.A.*, vol. 77, p. 119, at p. 143. See, further, J.H. Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals* (Revised ed. 1926), pp. 164–165; G.H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. 5 (1943), pp. 807–808.

⁶⁵ See *Eschauzier* (Great Britain v. Mexico), *U.N.R.I.A.A.*, vol. 5, p. 207, at pp. 210–211.

⁶⁶ Этот опрос мнений см. в Duchesne, note 62 above, pp. 794–797.

⁶⁷ *U.N.R.I.A.A.*, vol. 7, p. 199, at p. 143.

⁶⁸ *Case of Captain W.H. Gleadell* (Great Britain v. Mexico), reported in G.H. Hackworth, *Digest of*

ния⁶⁹, а остальные — незаконченные дела⁷⁰. Имеется весьма много решений, в которых основной датой объявляется дата урегулирования требования, — решения, на которые ссылаются Соединенные Штаты и которые касаются случаев, когда лицо изменило свое гражданство после предъявления требования, но до вынесения решения о возмещении лицу государства-ответчика. В таком случае трудно ожидать, что это требование будет удовлетворено, поскольку тогда государство-ответчик будет выплачивать компенсацию другому государству за вред, причиненный его собственному гражданину⁷¹! Такого рода делом явилось дело *Эбензер Барстон*⁷², требование исполнителей завещания *Ф. Ледерер*⁷³, *Гавайские требования*⁷⁴, *Чёпин*⁷⁵, *Гриббл*⁷⁶ и, конечно же, дело *Лоуэна*⁷⁷.

41. Соединенные Штаты в основном исходят из решения по делу *Лоуэна*; однако это решение, именно в этом аспекте дела, страдает серьезными изъянами. Хотя основная часть решения тщательно обоснована и хорошо продумана (например, в вопросе о внутренних средствах правовой защиты), решающий вопрос, стоящий перед арбитражем, а именно вопрос о норме *dies ad quem*, был воспринят так, что создается впечатление, будто бы арбитраж не занимался им совсем. В нем просто говорится, без каких-либо пояснений существа (несмотря на то, что адвокат указал арбитражу на соответствующие законодательные положения), что согласно международному обычному праву «необходимо, чтобы национальная принадлежность сохранялась непрерывно с даты событий, приведших к возникновению требования, ... вплоть до даты урегулирования этого требования»⁷⁸. Арбитраж отмечает, что «Комиссия международного права представила доклад, в котором предлагалось упразднить норму о непрерывном гражданстве даже в случае дипломатической защиты»; что «сам доклад был подвергнут критике с различных сторон» и что «Комиссия международного права далека от проведения какой-либо новой кодификации, основанной на этом докладе»⁷⁹. Если бы этот арбитраж удосужился ознакомиться с докладом (A/CN.4/506/Add.1, пункты 12–16), то он узнал бы о том, какие споры шли по

International Law, vol. 5 (1943), p. 805; *Case of F.W. Flack* (Great Britain v. Mexico), reported in A.H. Feller, *The Mexican Claims Commissions 1923-4* (1935), p. 96.

⁶⁹ *Eschauzier* (Great Britain v. Mexico), *U.N.R.I.A.A.*, vol. 5 (1931), p. 207; *Benchiton case* (Great Britain v. Spain), *U.N.R.I.A.A.*, vol. 2 (1924), p. 615 (translations in 1923–1924 Annual Digest of Public International Law Cases, p. 189); Guadalupe (unpublished), reported in A.H. Feller, *The Mexican Claims Commissions 1923-4* (1935), p. 97; *Loewen Group Inc v. United States of America*, note 60 above, para. 225.

⁷⁰ *Exors of F. Lederer v. German Government*, *Recueil des Decisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes*, vol. 3, p. 762 (largely a question of treaty interpretation); *Hawaiian Claims* reported in F.K. Nielson, *American and British Claims Arbitration* (1926), p. 30 (claims withdrawn); *Chopin, French and American Claims Commission, 1880–1884*, vol. 60, Records of Claims (claim withdrawn); *Case of M. and T. Gennes* reported in J.H. Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals* (Revised ed. 1926), p. 165; *Kren Claim*, 20 *I.L.R.* (1953), p. 234.

⁷¹ См. комментарий на этот счет Верховного суда Соединенных Штатов по делу *Бурт против Дэниса*, 133 US (1890), p. 514, at pp. 520–521.

⁷² G.H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. 5 (1943), p. 805.

⁷³ 3 *Recueil des Decisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes* 763.

⁷⁴ See F.K. Nielson, *American and British Claims Arbitration* (1926), p. 30.

⁷⁵ *French and American Claims Commission, 1880–1884*, vol. 60, Records of Claims.

⁷⁶ Report of Robert S. Hale Esq. [1873, Part II, vol. III] U.S. Foreign Relations 14 (1874).

⁷⁷ Note 60 above, at para. 225.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*, para. 236.

поводу *dies ad quem*, которая занимает важное место в этом докладе. Кроме того, если бы арбитраж до вынесения своего решения 26 июня 2003 года ознакомился с работой Комиссии по этой теме, он узнал бы, что в 2002 году Комиссия приняла проект статьи о непрерывном гражданстве, в котором дата официального предъявления требования считается как *dies ad quem*⁸⁰. Однако он не предпринял таких попыток. Если бы арбитраж попытался узнать, какие разногласия возникли в связи с *dies ad quem* при обсуждении вопроса о непрерывном гражданстве, не исключается, что он попытался бы выработать более ограничительную норму, которая учитывала бы факты, представленные ему, — а именно норму, которая делала бы невозможным для государства предъявлять требование от имени гражданина, который после регистрации этого требования приобрел гражданство государства-ответчика.

42. Дело *Лоуэна* справедливо подверглось жесткой критике. Ян Паулссон заявляет, что

«рассмотрение в арбитраже вопроса о непрерывном гражданстве, учитывая его результат — серьезные последствия, — было ошеломляющим по своей краткости⁸¹.

В арбитражном решении ничто не указывает на то, что арбитры рассмотрели специальное добавление по вопросу о «непрерывном гражданстве и передаче требований», подготовленное докладчиком КМП по теме дипломатической защиты, профессором Дугардом, в начале 2000 года. Они написали только, что в деле *Лоуэна* содержится упоминание, что такой доклад был издан и что он был подвергнут критике. Однако любой, кто прочитает этот доклад, увидит, что тщательное ознакомление Дугарда с авторитетными источниками по этому вопросу привело его к выводу о том, что нет какой-либо установленной нормы в этой области. Требование *dies ad quem*, которое было рекомендовано арбитрам по делу *Лоуэна* принять во внимание, явилось, вероятно, наименее привлекательным в длительном перечне альтернативных возможностей...

Сюда относятся: i) дата утверждения правительством требования гражданина; ii) дата начала дипломатических переговоров; iii) дата регистрации требования; iv) дата подписания договора о передаче требования в соответствующий орган; v) дата ратификации указанного договора; vi) дата вступления его в силу; vii) дата представления требования; viii) дата завершения устных слушаний; ix) дата вынесения решения (т.е. решение по делу *Лоуэна*); и x) самая последняя — дата урегулирования.

Без какого-либо указания на информированность об этом арбитры по делу *Лоуэна* 24 июня 1931 года приняли обоснование по делу *Минни Стивенс Эшхаузер* (Великобритания против США), V RIAA 207, требование которой было отклонено, поскольку она утратила свое британское подданство, выйдя замуж за американца в период между датой завершения устных слушаний и датой вынесения решения. Как отметил главный

⁸⁰ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/57/10), пункт 280.

⁸¹ J. Paulsson, "Continuous nationality in *Loewen*", *Arbitration International*, vol. 20 (2004), p. 213, at p. 214.

арбитр (Эдвин П. Паркер) 31 октября 1924 года в гораздо более важном Административном решении № V (*США против Германии*), VII RIAA 119: (A) приобретение гражданства означает переход преданности государству, но не передачу существующих государственных обязательств, и (B) в любом случае, большинство решений зависит от *lex specialis* соответствующего договора и по этой причине не отражает общего принципа; вполне можно сомневаться в том, что так называемая норма [непрерывного гражданства] получила такое универсальное признание, которое могло бы оправдывать сформулированное в общих чертах заявление о том, что она является установившейся нормой международного права...»⁸².

М.С. Дучесне, высказывая аналогичную мысль, утверждает, что «имеются веские причины отрицать обоснованность» дела *Лоуэна*. Он продолжает:

«Какую бы другую реакцию решение арбитража по делу *Лоуэна* ни вызывало, обсуждение в нем «нормы» о непрерывном гражданстве явилось если не поверхностным, то по крайней мере безапелляционным... обсуждение в арбитраже вопроса о непрерывном гражданстве лишь подтверждает существование нормы без какого-либо обоснования или хотя бы обсуждения... арбитраж ограничился тем, что установил: «Наличие лишь *ограниченное* обсуждение истории требования о непрерывном гражданстве *до конца* какого-либо международного разбирательства». Однако... даже те, кто поддерживает договорное непрерывное гражданство в качестве «нормы», признали, что имеется много путаницы и мало консенсуса в вопросе о том, до какого предела должно сохраняться первоначальное гражданство. Непризнание арбитражем по делу Лоуэна, не говоря уже о попытке заняться этим вопросом, противоположного мнения, в частности, после брифинга по существу в ходе обсуждений противоположными сторонами и после подробного устного слушания этого вопроса, дает основания полагать, что... он подошел к этому вопросу с заранее сформировавшимся мнением относительно международного обычного права и практически не посчитал нужным подвергнуть это мнение тщательной проверке»⁸³.

В этих обстоятельствах неудивительно, что Нидерланды «считают, что не ясно, действительно ли дело *Лоуэна* правильно отражает право, как это до сих пор считается»⁸⁴.

43. Учитывая неопределенность, связанную с *dies ad quem*, Комиссия должна сделать выбор между датой официального предъявления требования и датой разрешения этого требования. Признанные авторитетные источники являются неполными, а в ответах государств, хотя они и многочисленны, государства отдают предпочтение дате предъявления требования. В этих обстоятельствах Комиссия при выборе должна руководствоваться принципом и политикой. Принцип поддерживает дату предъявления требования, поскольку такой выбор в наибольшей мере отвечает интересам индивида. Так же обстоит дело и с политикой, если мы под политикой понимаем справедливость. Много лет может

⁸² J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (2005), pp. 183–184.

⁸³ “The continuous-nationality-of-claims principle”, *George Washington International Law Review*, vol. 36 (2004), p. 783, at p. 808. The reader should be aware that the author was involved in the *Loewen* case.

⁸⁴ Замечания, стр. 17.

пройти между предъявлением требования и его окончательным разрешением, и было бы несправедливо отрицать за человеком право на изменение гражданства посредством брака или натурализации в течение этого периода. Кроме того, дата предъявления является важной, поскольку она представляет собой дату, когда государства гражданства лица демонстрируют явное намерение осуществить дипломатическую защиту, — факт, который до сего времени не являлся несомненным. Возможно самое решительное заявление по вопросу о политике можно найти в деле *Эшхаузера* (с помощью которого Соединенные Штаты обосновывают свою позицию):

«Может оказаться, что международная юрисдикция будет значительно запутанней, если арбитражу придется принимать во внимание изменения, происшедшие в период между регистрацией требования и датой вынесения арбитражного решения. Такие изменения могут быть многочисленными и одно может даже аннулировать другое. Могут подаваться заявления на натурализацию, и она может предоставляться, но она может также быть добровольно утрачена. Браки могут заключаться и расторгаться. В большинстве случаев изменения в идентификации или гражданстве личности не дойдут до сведения арбитража, а зачастую также и до сведения сторон. Представляется чрезвычайно трудным, даже когда это возможно, установить, продолжают ли во время принятия решения все личные элементы оставаться идентичными тем, которые существовали во время предъявления требования. Юрисдикция несомненно стала бы значительно проще, если бы дата регистрации требования была бы принята в качестве основополагающей без каких-либо событий, которые могут очень часто происходить после этой даты и которые придется устанавливать вплоть до даты вынесения арбитражного решения. По этой причине не удивительно, что, как в деле *Борчарда* (стр. 664 и 666), так и в деле *Ралстона* (раздел 293) говорится, что многолетний опыт вынесения арбитражных решений свидетельствует о том, что требование должно постоянно находиться в руках гражданина государства-заявителя до временного предъявления»⁸⁵.

44. Совершенно иные политические соображения применяются в том случае, когда гражданин, от имени которого предъявлено требование, приобретает гражданство государства-ответчика после предъявления требования, как это произошло в деле *Лоуэна* и по многим другим делам, на которые ссылаются Соединенные Штаты. В таких случаях справедливость требует, чтобы дата вынесения арбитражного решения была выбрана как *dies ad quem*, поскольку в противном случае, выражаясь словами Лоуэна, «результат будет настолько несправедливым, что его можно будет обосновать лишь непроверяемой логикой или непоколебимым прецедентом, а таких не существует»⁸⁶.

45. По этой причине было предложено, чтобы Комиссия для целей нормы непрерывного гражданства сохранила официальную дату предъявления требования, как *dies ad quem*, однако с исключением, предусмотренным для случая, когда гражданин, от имени которого предъявлено требование, приобретает гражданство государства-ответчика после предъявления требования. В таком случае дата разрешения требования является *dies ad quem*.

⁸⁵ *U.N.R.I.A.A.*, vol. 5, p. 207, at p. 209.

⁸⁶ *International Legal Materials*, vol. 42, No. 4 (July 2003), p. 848, para. 232.

46. Можно утверждать, что статья 5(3) является излишней, если будет исключена статья 5(2). С другой стороны, высказывается мнение, что она может оказаться полезной в случае изменения гражданства в связи с правопреемством государства. По этой причине этот пункт статьи сохранен.

47. Предлагается статью 5 изложить в следующей редакции:

«1) Государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту *только* в отношении лица, *которое являлось гражданином этого государства или любого государства-предшественника непрерывно с даты нанесения вреда до даты официального предъявления требования.*

2) *Государство не имеет права осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица, которое приобретает гражданство государства, против которого предъявлено требование, после предъявления этого требования.*

3) Дипломатическая защита *не может* осуществляться настоящим государством гражданства в отношении лица против предыдущего государства гражданства этого лица в связи с вредом, *причиненным*, когда это лицо было гражданином предыдущего государства гражданства, а не гражданином настоящего государства гражданства».

6. Статья 6

Множественное гражданство и требование, предъявляемое третьему государству

1. Любое государство, гражданином которого является лицо с двойным или множественным гражданством, может осуществлять дипломатическую защиту в отношении этого лица против государства, гражданином которого это лицо не является.

2. Два или более государств гражданства могут совместно осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица с двойным или множественным гражданством.

48. По мнению Австрии, нет необходимости в пункте 2, «ибо не вызывает никаких сомнений то обстоятельство, что два или более государств могут действовать совместно, осуществляя право на дипломатическую защиту». Даже если такое положение будет опущено, «государство, которому предъявляется требование, должно признать такой совместный демарш»⁸⁷. Австрия предупреждает, что этот пункт неизбежно приведет к возникновению трудных вопросов относительно того, каким образом осуществлять совместные действия или какое государство должно иметь приоритет в предъявлении требования. Обоснованность в постановке такого вопроса подтверждается замечаниями Сальвадора, Гватемалы, Катара и Узбекистана⁸⁸. В этих обстоятельствах наилучшим решением представляется сохранение лишь пункта 1 статьи 6.

⁸⁷ Замечания, стр. 23.

⁸⁸ Замечания, стр. 24.

7. Статья 7
Множественное гражданство и требование, предъявляемое государству гражданства

Государство гражданства не может осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица против государства, гражданином которого это лицо также является, если только гражданство первого государства не является преобладающим как во время нанесения ему вреда, так и на дату официального предъявления требования.

49. Указанное положение вызвало незначительную критику со стороны ученых-юристов⁸⁹ и государств. Австрия и Норвегия (от имени государств Северной Европы) приветствовали его⁹⁰. Хотя некоторые государства ставили под сомнение это положение как норму международного обычного права⁹¹, Норвегия заявила, что проект этой статьи «представляет собой кодификацию существующего международного обычного права»⁹². Некоторые государства настаивали на внесении ясности в термин «преобладающее»⁹³, — которое поясняется в комментарии; Марокко предпочитает термин «эффективное» термину «преобладающее»⁹⁴. Комиссия, однако, ясно указала в комментарии, что она предпочитает термин «преобладающее», поскольку первый несет в себе элемент релятивизма и указывает, что у данного индивида связи с одним государством являются более крепкими, чем с другим⁹⁵.

Было предложено сохранить проект статьи 7 в его нынешнем виде.

8. Статья 8
Лица без гражданства и беженцы

1. Государство может осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица без гражданства, которое на момент причинения вреда и в день официального предъявления требования законно и обычно проживает в этом государстве.

2. Государство может осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица, которое признано этим государством в качестве беженца, если это лицо на момент причинения вреда и в день официального предъявления требования законно и обычно проживает в этом государстве.

3. Пункт 2 не применяется в отношении вреда, причиненного международно-противоправным деянием государства гражданства беженца.

⁸⁹ Cf. C. Santulli, “Travaux de la Commission du droit international”, *Annuaire Français de Droit International* (2001), pp. 369–378.

⁹⁰ Замечания, стр. 23.

⁹¹ Катар (Замечания, стр. 23) и, возможно, Марокко (Замечания, стр. 23).

⁹² Замечания, стр. 23.

⁹³ Сальвадор (Замечания, стр. 22), Узбекистан (Замечания, стр. 23).

⁹⁴ Замечания, стр. 23.

⁹⁵ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/59/10)*, пункт 60, комментариев по проекту статьи 7, пункт (5).

50. Проект статьи 8 был в целом поддержан, хотя и в различной степени, что явно свидетельствует о прогрессивном развитии⁹⁶. Поскольку указанное является прогрессивным развитием, было бы целесообразно проявлять осторожность и возможно в строгом смысле при описании условий осуществления дипломатической защиты. Таким образом, рекомендуется, чтобы Комиссия не следовала предложению Австрии о том, что беженец удовлетворяет требованиям дипломатической защиты, если, после признания его в качестве беженца в одном из европейских государств, он приобретает законное проживание в другом европейском государстве⁹⁷. По той же причине рекомендуется не следовать предложению стран Северной Европы⁹⁸ о замене критерия «законного и обычного проживания» на критерий «законного пребывания». И наоборот, предложение Узбекистана⁹⁹ о включении требования «законного и постоянного проживания» заходит слишком далеко в обратном направлении и его не следует принимать.

51. Возник спор в связи с решением Комиссии принять гибкий подход в вопросе о понятии «беженец» и не ограничивать это понятие беженцами, как они определены в Конвенции 1951 года о статусе беженцев¹⁰⁰. Австрия утверждает, что нельзя ожидать от государства-ответчика признать требование дипломатической защиты от имени лица, рассматриваемого государством-заявителем в качестве беженца в отсутствие международно признанного понятия¹⁰¹. Государства Северной Европы, с другой стороны, утверждают, «что государство может осуществлять дипломатическую защиту лиц, которые отвечают требованиям наличия территориальной связи с государством, осуществляющим дипломатическую защиту, и которые, по мнению данного государства, явно нуждаются в защите, но при этом могут не соответствовать официальным требованиям, предъявляемым при предоставлении статуса беженца»¹⁰². Хотя этот вопрос касается комментария, а не формулировки статьи 8, он является важным вопросом принципа. Государства Северной Европы рассматривают этот вопрос целиком и полностью с точки зрения государства-заявителя, в то время как Австрия правильно предупреждает, что государство-ответчик может отказаться признать право государства на осуществление дипломатической защиты от имени беженца, который неполностью отвечает требованиям, предъявляемым к лицу как к беженцу. Специальный докладчик хотел бы получить от Комиссии соответствующие указания по данному вопросу.

⁹⁶ Соединенные Штаты просят (Замечания, стр. 57) ясно указать, что вышеупомянутое представляет собой прогрессивное развитие. Это уже сделано в пункте 2 комментария (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 10* (A/59/10), пункт 60, комментарий по проекту статьи 8).

⁹⁷ Замечания, стр. 26.

⁹⁸ Замечания, стр. 28.

⁹⁹ Замечания, стр. 29. Другое предложение Узбекистана о том, чтобы в пункте 2 после слов «в качестве беженца» добавить слова «и предоставило ему убежище» не считается нужным, поскольку этот вопрос уже решен посредством признания лица в качестве беженца в пункте 2.

¹⁰⁰ См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 10* (A/59/10), пункт 60, комментарий по проекту статьи 8, пункт 8.

¹⁰¹ Замечания, стр. 26 и 27. См. также Сальвадор и Катар, замечания, стр. 27 и 29.

¹⁰² Замечания, стр. 28.

9. **Статья 9**
Государство национальности корпорации

Для целей дипломатической защиты корпораций государство национальности означает государство, по праву которого корпорация была учреждена и на территории которого она имеет свое зарегистрированное отделение или месторасположение правления или некоторую сходную связь.

52. Замечания по этому положению поднимают два важных вопроса. Во-первых, заключительная фраза «или некоторую сходную связь» можно истолковывать как требование истинной связи между корпорацией и государством, осуществляющим дипломатическую защиту. Во-вторых, существует проблема, когда корпорация учреждена (инкорпорирована) в одном государстве, а ее правление зарегистрировано в другом государстве. В таком случае какое государство может осуществлять дипломатическую защиту?

53. В своем комментарии по статье 9 Комиссия заявляет, что «зарегистрированное отделение, месторасположение правления или «некоторую сходную связь» не следует... рассматривать как формы подлинной связи... Фразу «или некоторую сходную связь» следует понимать в контексте «зарегистрированного отделения или месторасположения ее правления» в соответствии с нормой толкования *eiusdem generis*, которая требует, чтобы общая фраза такого рода толковалась узко с целью соответствовать фразам, которые ей предшествуют. Это означает, что такая фраза не может существовать сама по себе. Она должна указывать на определенную связь, аналогичную связи с «зарегистрированным отделением» или «месторасположением правления»¹⁰³. Не смотря на это пояснение, представляется очевидным, что фраза «или некоторую сходную связь» будет истолковываться как требующая своего рода подлинную связь. Это наглядно видно из замечаний Австрии, Нидерландов и Катара¹⁰⁴. Рекомендуется эту фразу исключить, поскольку никакие пояснения в комментарии не помогут понять ее смысла без подлинной связи с чем-то конкретным.

54. Несколько государств подняли вопрос о том, можно ли дипломатически защитить корпорацию, если ее зарегистрированное отделение находится в государстве ином, чем государство, в котором она создана (инкорпорирована)¹⁰⁵. Такой вопрос является правильным, поскольку настоящая формулировка статьи 9 свидетельствует о том, что только государство, в котором корпорация учреждена и на территории которого она имеет «свои зарегистрированное отделение и месторасположение правления или некоторую сходную связь», может осуществлять дипломатическую защиту. Такое толкование подтверждается тем фактом, что в статье 9 говорится о «государстве национальности», а пункт 7 комментария гласит, что «такой подход используется для того, чтобы не складывалось впечатление, что корпорация может иметь двойную национальность». Указанное положение является ошибочным и его следует исправить. Как правильно указали Нидерланды¹⁰⁶, корпорации зачастую учреждаются в более чем одном государстве и имеют зарегистрированные отделения более

¹⁰³ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/59/10)*, пункт 60, комментарий по проекту статьи 9, пункты 5 и 6.

¹⁰⁴ Замечания, стр. 29–30 и 32.

¹⁰⁵ Замечания, стр. 27 (Сальвадор), 27 (Гватемала) и 29 (Марокко и Нидерланды).

¹⁰⁶ Замечания, стр. 32.

чем в одном государстве. Это факт коммерческой жизни, и его нельзя игнорировать или отмахнуться от него. Предлагается существенным образом пересмотреть статью 9; в этом отношении предложение Гватемалы может помочь найти решение¹⁰⁷. Для этого потребуется признание возможности двойной национальности корпораций и установление проверки «самой тесной связи», «эффективной национальности» или «преобладающей национальности» (по аналогии со статьей 7), в качестве указания на то, какое государство может осуществлять дипломатическую защиту. (Гватемала предлагает четко указать, что термин «корпорация» означает «компанию с ограниченной ответственностью», что уже учтено в пункте 2 комментария.)

55. Предлагается статью 9 изложить в следующей редакции:

«1) Государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту в связи с вредом, нанесенным корпорации, которая имеет национальность этого государства.

2) Для целей дипломатической защиты корпораций корпорация имеет национальность государства, на основании законодательства которого эта корпорация была учреждена или на территории которого она имеет свое зарегистрированное отделение или место расположения своего правления.

3) В том случае, когда два государства имеют право осуществлять дипломатическую защиту на основании пункта 2, государство, национальность которого является преобладающей, осуществляет такую защиту».

10. Статья 10

Непрерывная национальность корпорации

1. Государство вправе осуществлять дипломатическую защиту в отношении корпорации, которая имела национальность этого государства на момент причинения вреда и имеет национальность этого государства в день официального предъявления требования.

2. Независимо от положений пункта 1, государство продолжает иметь право осуществлять дипломатическую защиту в отношении корпорации, которая имела национальность этого государства на момент причинения вреда и которая в результате причинения вреда прекратила свое существование в соответствии с правом этого государства.

56. Норма непрерывной национальности уже подробно обсуждалась в связи со статьей 5. Поэтому нет необходимости повторять аргументацию в пользу изменения пункта 1 с целью включить в него слова «только» и «непрерывно», а также предусмотреть случай с государством-предшественником¹⁰⁸. Нет также необходимости повторять аргументацию в пользу сохранения даты официального предъявления требования как *dies ad quem* за исключением случая, когда

¹⁰⁷ Замечания, стр. 30–31.

¹⁰⁸ Озабоченность Австрии (Замечания, стр. 33), что в статье 10 не предусматривается случай правопреемства государства, снята включением ссылки на «государство-предшественник».

гражданин, добивающийся защиты, приобретает гражданство государства-ответчика после предъявления требования.

57. Соединенные Штаты, однако, возражают против пункта 2 статьи 10¹⁰⁹, аргументируя свое возражение тем, что защита исчезнувших корпораций не должна служить исключением из нормы о непрерывной национальности. Они заявляют, что «государство может продолжать осуществлять защиту требований корпорации до тех пор, пока корпорация сохраняет правосубъектность, и так же очевидно, как и право выступать в качестве истца или ответчика на основании муниципального права. Многие муниципальные системы позволяют корпорациям продолжать выдвигать и отстаивать требования, которые возникли в ходе их деятельности, в течение ограниченного периода времени после роспуска, что означает сохранение их правосубъектности до истечения этого периода. Таким образом, проблема отстаивания требований исчезнувших корпораций будет не часто возникать, поскольку подавляющее большинство требований может быть рассмотрено в период, когда корпорация сохраняла свою правосубъектность»¹¹⁰. Они добавляют, что соображения здоровой политики в муниципальном праве позволяют корпорациям утрачивать свою правосубъектность: «Муниципальные статуты выживания корпораций и сворачивание их деятельности включают в себя ограниченный по времени период сворачивания деятельности, с тем чтобы позволить тем, кто связан с корпорациями, получить выгоды от завершения их деятельности, зная, что после окончания периода сворачивания деятельности требования корпораций или против корпораций прекращаются»¹¹¹. В поддержку своей аргументации Соединенные Штаты ссылаются на законодательство в Соединенных Штатах, Соединенном Королевстве, Канаде и Франции, которое позволяет корпорациям возбуждать судебные разбирательства и выступать в качестве ответчика в течение ряда лет после их роспуска.

58. К сожалению, Соединенные Штаты не учитывают проблемы, поднятые в этой связи судьями (в частности, американским судьей Джессупом в деле *Барселона Трэкин*¹¹², арбитражами и учеными, упомянутыми в комментарии и четвертом докладе о дипломатической защите¹¹³. В свете отказа вступить в полемику (или даже рассматривать) по этим вопросам с известными авторитетами, и в отсутствие более широкого сравнительного анализа корпоративного права и практики с целью установить, сколько правовых систем позволяют корпорациям возбуждать судебные дела и являться ответчиками после роспуска, Специальный докладчик намерен сохранить пункт 2 хотя бы *ex abundanti cautela*.

59. Пересмотренный проект статьи 10 следует поэтому изложить в следующей редакции:

¹⁰⁹ Замечания, стр. 33–34.

¹¹⁰ Там же.

¹¹¹ Там же.

¹¹² 1970, *I.C.J. Reports*, p. 193. See also the options of Judges Gros (p. 277) and Fitzmaurice (pp. 101–102) and Judge ad hoc Riphagen (p. 345).

¹¹³ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/59/10)*, пункт 60, комментарий по проекту статьи 10, пункт 4, примечания 102–104; и A/CN.4/530, пункты 93–105.

«1) государство вправе осуществлять дипломатическую защиту *только* в отношении корпорации, *которая имела национальность этого государства или любого государства предшественника, непрерывно с даты нанесения вреда до даты официального предъявления требования.*

2) *Государство не имеет право осуществлять дипломатическую защиту в отношении корпорации, которая приобретает национальность государства, против которого выставлено требование после предъявления требования.*

3) Независимо от положений пункта 1 государство продолжает иметь право осуществлять дипломатическую защиту в отношении корпорации, которая имела национальность этого государства на момент причинения вреда и которая в результате причинения вреда прекратила свое существование в соответствии с правом этого государства».

11. Статья 11

Защита акционеров

Государство гражданства или национальности акционеров корпорации не имеет право осуществлять дипломатическую защиту от имени таких акционеров в связи с причинением вреда корпорации, за исключением случаев, когда:

а) корпорация прекратила существовать в соответствии с правом государства инкорпорации по причине, не имеющей отношения к причинению вреда; или

б) корпорация в момент причинения вреда имела национальность государства, предположительно несущего ответственность за причинение вреда, и инкорпорация по праву этого государства требовалась им в качестве предварительного условия для ведения в нем дел.

60. Подпункт (а) статьи 11 преследует цель претворить в жизнь мнение Международного Суда, высказанное по делу *Барселона Трэкин*, в котором Суд признал наличие исключения из общей нормы, что только государство инкорпорации может защитить корпорацию (и ее акционеров), в том случае, когда компания прекратила свое существование¹¹⁴. Комиссия ограничила рамки этого исключения требованием о том, что корпорация должна прекратить свое существование «по причине, не связанной с вредом». Австрия справедливо указывает¹¹⁵, что это ограничение «мало что значит, поскольку государство, в котором компания прекратила свое существование, отличается от государства, нанесшего вред». Специальный докладчик разделяет эту точку зрения и предлагает исключить эту фразу.

61. Другое предложение Австрии заменить в подпункте (а) статьи 11 слова «государства инкорпорации» словами «государства национальности»¹¹⁶ не может быть принято, поскольку в намерение Комиссии входит указать, что право государства инкорпорации будет являться решающим. Обычно это одно и то

¹¹⁴ 1970 *I.C.J. Reports*, pp. 41–42 (paras. 64–68).

¹¹⁵ Замечания, стр. 35.

¹¹⁶ Там же.

же, что и право государства национальности, однако не всегда, учитывая к тому же предлагаемое изменение статьи 9.

62. Соединенные Штаты предлагают исключить подпункт (а) статьи 11, поскольку он создает ненормальную ситуацию, предоставляя государствам акционеров более широкое право отстаивать требования корпорации, чем государству самой инкорпорации¹¹⁷. Они заявляют, что в комментарии не содержится никаких обоснований такого исключения. Вместе с тем, Соединенные Штаты не желают учитывать обоснования Международного Суда в деле *Барселона Трэкин*, высказанные в пользу такого исключения¹¹⁸. Статья 11 преследует цель кодифицировать право в том виде, в каком оно изложено в деле *Барселона Трэкин*, за что Суд заслужил благодарность со стороны других государств¹¹⁹. В этих обстоятельствах предлагается сохранить подпункт (а) статьи 11 при условии исключения, которое предложила Австрия.

63. Соединенные Штаты возражают против подпункта (b) статьи 11 на основании вопроса права и государственной политики. Что касается права, то они заявляют, что дела, на которые ссылается Комиссия, в качестве оснований для такого исключения, зиждутся на «специальной договоренности между двумя государствами о предоставлении права акционерам выдвигать требование компенсации или договоренности между государством, нанесшим вред, и его национальной корпорацией о предоставлении компенсации акционерам. В результате таких договоренностей вышеупомянутые дела мало что значат в плане обоснований разработки нормы международного обычного права, позволяющей государствам отстаивать требования акционеров против государства инкорпорации, в котором эта инкорпорация должна была вести дела»¹²⁰. Что касается вопроса о политике, то Соединенные Штаты утверждают: «Это исключение создаст режим, при котором акционеры корпораций, инкорпорированных в государстве, будут иметь большие права добиваться дипломатической защиты своих требований в этом государстве, чем акционеры иностранных корпораций, которым придется полагаться на государство корпорации в отстаивании своих требований. Еще надо выяснить, является ли такой результат справедливым»¹²¹.

64. Специальный докладчик не может согласиться с высказанной выше критикой по следующим причинам:

а) тот факт, что дела, на которых основывается это исключение, являются специальными договоренностями, не лишает их весомости в правотворческом процессе. Двойным требованием, предъявляемым для создания нормы обычного права, являются *usus* и *opinio juris*. Урегулирование требований по специальному соглашению между государством инкорпорации и государством национальности акционеров выступает как доказательство практики государств (*usus*) и как своего рода обязательство со стороны государства-ответчика урегулировать требование (*opinio juris*);

¹¹⁷ Замечания, стр. 33.

¹¹⁸ 1970 *I.C.J. Reports*, pp. 41–42 (paras. 64–68).

¹¹⁹ Замечания, стр. 35 (государства Северной Европы) и стр. 37 (Нидерланды).

¹²⁰ Замечания, стр. 38–39.

¹²¹ Замечания, стр. 39.

б) Соединенные Штаты не принимают во внимание обоснованность юридического мнения в пользу такого исключения. Например, отдельные мнения судей Веллингтона, Ку¹²², Джессапа¹²³, Танаки¹²⁴ и Фитцмориса¹²⁵ по делу *Барселона Трэкин*. Не рассматривают они также вопрос о том, подтверждает ли дело компании ЭЛСИ¹²⁶ необходимость в таком исключении, как это предлагается в комментарии¹²⁷ и в четвертом докладе¹²⁸;

с) хотя по этому вопросу доктрина расходится, существует значительная поддержка в пользу предлагаемого исключения;

д) проекты статей 9, 11 и 12 преследуют цель кодифицировать право, сформулированное Международным Судом по делу *Барселона Трэкин*. Такое исключение является частью принципов по этому вопросу, провозглашенных Судом;

е) возможно, самой слабой мотивировкой Соединенных Штатов по данному вопросу является мотивировка относительно политики. Как указывает Норвегия (от имени стран Северной Европы):

«Государству не следует разрешать требовать, чтобы в качестве условия ведения в нем предпринимательской деятельности иностранные предприниматели были инкорпорированы по местным законам, и после этого ссылаться на такую инкорпорацию, как основание для отказа в осуществлении дипломатической защиты со стороны государства национальности иностранных предпринимателей»¹²⁹.

Такое заявление перекликается с ответом Соединенного Королевства на аргументацию Мексики по делу *Мексиканский Орел* о том, что государство (in casu Соединенное Королевство) не может вмешиваться от имени своих акционеров в дела мексиканской компании:

«Если бы в доктрине допускалось, что правительство может сначала обусловить деятельность иностранных предпринимателей на своей территории их инкорпорацией на основании местных законов, а затем заявлять, что такая инкорпорация является оправданием для отклонения дипломатического вмешательства иностранного государства, совершенно ясно, что ничто бы не могло помешать иностранным правительствам осуществлять их несомненное право по международному праву защищать коммерческие интересы своих юридических лиц за границей»¹³⁰.

Когда в качестве предварительного условия для ведения дел в государстве компанию принуждают инкорпорироваться в этом государстве, такая компания называется «корпорацией Кальво», поскольку инкорпорация защищает принимающее государство так же надежно, как оговорка Кальво. Этим объясняется

¹²² Preliminary objections, 1964 *I.C.J. Reports*, p. 58, para. 20.

¹²³ 1970 *I.C.J. Reports*, pp. 191–193.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 134.

¹²⁵ *Ibid.*, pp. 72–75.

¹²⁶ 1989 *I.C.J. Reports*, p. 15.

¹²⁷ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/59/10)*, пункт 60, комментарий к проекту статьи 11, пункт 10.

¹²⁸ A/CN.4/530, пункты 81 и 82.

¹²⁹ Замечания, стр. 37.

¹³⁰ M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 8, pp. 1273–1274.

замечание Нидерландов, что «государства гражданства акционера в случаях, сходных с [корпорациями] Кальво, будут иметь право осуществлять дипломатическую защиту»¹³¹. Политические соображения такого рода являются более весомыми, чем те, которые выдвинули Соединенные Штаты;

f) последним слабым звеном в американской позиции является тот факт, что они не пытаются провести различие между корпорациями, которые свободно и добровольно инкорпорируются в государстве, и теми, которые вынуждены инкорпорироваться в таком государстве в результате действующего законодательства или оказания на них политического давления. Это различие, которое является основополагающим в подпункте (b) статьи 11¹³², не рассматривается Соединенными Штатами.

65. Специальный докладчик при разработке настоящих проектов статей руководствовался главным образом практикой государств, судебными решениями и общими принципами. Что касается подпункта (b) статьи 11, он выступил в пользу такого исключения главным образом по причине американской практики (судебные решения по делам *Делагоа Бэй Рейлвей Ко*¹³³, *Эль Триунфо* (1902)¹³⁴, в которых участвовали Соединенные Штаты (дело *ЭЛСИ*¹³⁵), судебное мнение (судья Джессуп в деле *Барселона Трэкин*¹³⁶), а также общими принципами (возражения в связи с оговоркой Кальво и «корпорации Кальво»). По этой причине ему представляется странным, что Соединенные Штаты должны выступать против этого исключения, которое столь решительно было поддержано авторитетными американскими юристами. Короче говоря, представляется, что причины, выдвинутые в пользу исключения подпункта (b) статьи 11, являются неубедительными и этот подпункт следует сохранить.

66. Государства Северной Европы выступают против требования, содержащегося в подпункте (b) статьи 11, согласно которому, чтобы воспользоваться этим исключением, необходимо доказать, что инкорпорация «согласно закону» государства, нанесшего вред, требовалась как предварительное условие для ведения в нем дел. Предполагается, что «в плане прогрессивного развития международного права налицо веские основания для распространения этого исключения также на случаи, когда требование инкорпорации не носит формального характера, а является результатом давления неофициального или политического характера на иностранных предпринимателей»¹³⁷. Северные страны предлагают осветить этот вопрос в комментарии. Вместе с тем рекомендуется изложить его в самом подпункте (b) статьи 11. В большинстве случаев правительства будут оказывать политическое давление на иностранных инвесторов, с тем чтобы они инкорпорировались в принимающих государствах, не прибегая при этом к помощи местного законодательства. Неизбежно эффективность такого давления будет равнозначна эффективности буквы закона.

¹³¹ Замечания, стр. 37.

¹³² См. пункт 8.

¹³³ J.V. Moore, *Digest of International Law*, vol. 6 (1906), p. 647.

¹³⁴ *U.N.R.I.A.A.*, vol. 15 (1991), p. 467.

¹³⁵ *I.C.J. Reports*, (1989) p. 15.

¹³⁶ *I.C.J. Reports*, (1970) pp. 191–193.

¹³⁷ Замечания, стр. 38.

67. Необходимо будет обеспечить единообразие терминологии, как это предлагают Нидерланды¹³⁸, и дать пояснение в комментарии понятия «вреда» в контексте подпункта (b) статьи 11, как об этом заявила Австрия¹³⁹.

68. Предлагается изложить статью 11 в следующей редакции:

«Государство гражданства или национальности акционеров корпорации не имеет права осуществлять дипломатическую защиту от имени таких акционеров в связи с причинением вреда корпорации, за исключением случаев, когда:

а) корпорация прекратила существовать в соответствии с правом государства инкорпорации [по причине, не имеющей отношения к причинению вреда]; или

б) корпорация на момент причинения вреда имела национальность государства, предположительно несущего ответственность за причинение *этого* вреда, и инкорпорация [по праву этого государства] требовалась им в качестве предварительного условия для ведения в нем дел».

12. Статья 12

Прямой вред акционерам

В той мере, в какой международно-противоправное деяние государства наносит прямой вред правам акционеров как таковым, в отличие от прав самой корпорации, государство гражданства или национальности любых таких акционеров вправе осуществлять в отношении них дипломатическую защиту.

69. Соединенные Штаты заявляют, что это положение представляется ненужным, поскольку права акционеров уже предусмотрены статьями 2 и 3¹⁴⁰. Это так. Однако их необходимо сохранить, с тем чтобы эти проекты статей в полной мере кодифицировали принципы, провозглашенные в деле *Барселона Трэкин*¹⁴¹. Дополнительным доводом в пользу сохранения их является то, что комментарий по этому положению обеспечивает, чтобы комментарии и проекты статей о защите корпораций и акционеров представляли полную картину действующего права по вопросу о дипломатической защите. Специальный докладчик не выносит никаких рекомендаций Комиссии по этому положению, а выражает пожелание относительно его сохранения.

13. Статья 13

Другие юридические лица

Принципы, содержащиеся в проектах статей 9 и 10 в отношении корпораций, применяются в соответствующих случаях к дипломатической защите других юридических лиц.

70. Намерение статьи 13 заключается в распространении принципов, относящихся к дипломатической защите корпораций, на других юридических лиц. Она не преследует цель, чтобы такие другие юридические лица включали в се-

¹³⁸ Замечания, стр. 37.

¹³⁹ Замечания, стр. 37.

¹⁴⁰ Замечания, стр. 39.

¹⁴¹ *I.C.J. Reports*, (1970) pp. 46–47.

бя физические лица¹⁴². С другой стороны, как указала Гватемала¹⁴³, юридические лица или компании, иные чем корпорации (коммерческие предприятия с ограниченной ответственностью, капитал которых составляют акции) могут иметь акционеров, которые несут ответственность за долги компании в размере, не превышающем объем их акционерного участия. Принципы, закрепленные в статьях 11 и 12, применимы к ним. Следовательно, ссылку на статьи 9 и 10 следует расширить с тем, чтобы она включала статьи 9–12. Специальный докладчик не может понять, почему независимость неправительственных организаций пострадает от дипломатической защиты, как об этом заявил Катар¹⁴⁴.

71. В этой связи статью 13 следует изложить в следующей редакции:

«Принципы, содержащиеся в проектах статей 9–12 в отношении корпораций, применимы, в зависимости от случаев, к дипломатической защите других юридических лиц».

14. Статья 14

Исчерпание внутренних средств правовой защиты

1. Государство не может выдвигать международное требование в связи с причинением вреда лицу, имеющему его гражданство или национальность, или другому лицу, упомянутому в проекте статьи 8, до того как лицо, которому причинен вред, с учетом проекта статьи 16 исчерпало все внутренние средства правовой защиты.

2. «Внутренние средства правовой защиты» означают средства правовой защиты, которые доступны лицу, которому причинен вред, в судах или административных судах или органах, будь то обычных или специальных, предположительно несущего ответственность государства.

72. Помимо предложений Нидерландов¹⁴⁵ относительно новой редакции комментария, единственным замечанием по пункту 1 статьи 14 явилось замечание Соединенных Штатов. Они указали, что по делу *ЭЛСИ* Международный суд «признал, что в связи с тем или иным требованием внутренние средства правовой защиты могут быть исчерпаны для целей международного права, когда требование по существу было рассмотрено внутригосударственными судами, независимо от того, находилось ли под дипломатической защитой то же самое физическое или юридическое лицо, возбудившее иск во внутригосударственном суде»¹⁴⁶. Они соответственно предлагают изменить формулировку пункта 1 с целью исключить требование о том, чтобы пострадавшее лицо являлось стороной, исчерпывающей внутренние средства правовой защиты. Специальный докладчик в долгу у Соединенных Штатов за это ценное предложение, которое рекомендуется Комиссии.

¹⁴² См. предложение на этот счет Сальвадора (замечания, стр. 39).

¹⁴³ Замечания, стр. 40.

¹⁴⁴ Там же.

¹⁴⁵ Замечания, стр. 41.

¹⁴⁶ Замечания, стр. 42–43. Позицию см. в договорах о правах человека, см. H.G. Schermers, “Exhaustion of local remedies” in N. Ando et al. (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* (2002), p. 947, at pp. 954–958.

73. Нидерланды предложили внести незначительную поправку в пункт 2 с целью привести ее в соответствие с подпунктом (b) статьи 11¹⁴⁷.

74. Предлагается изложить статью 14 в следующей редакции:

«1. Государство не может выдвигать международное требование в связи с причинением вреда лицу, имеющему его гражданство или национальность, или другому лицу, упомянутому в проекте статьи 8, до того как исчерпаны, с учетом проекта статьи 16, внутренние средства правовой защиты.

2. «Внутренние средства правовой защиты» означают средства правовой защиты, доступные лицу, которому причинен вред, в судах или административных судах или органах, обычных или специальных, государства, которое предположительно несет ответственность за *причинение* вреда».

15. Статья 15

Категория требований

Внутренние средства правовой защиты должны быть исчерпаны, если международное требование или ходатайство о вынесении деклараторного решения, связанного с этим требованием, выдвигается государством преимущественно на основе вреда, причиненного лицу, являющемуся его гражданином или имеющему его национальность, или другому лицу, упомянутому в проекте статьи 8.

75. Решение Международного Суда по делу *Авены*¹⁴⁸ значительно обогащает правовую норму о различии между прямым и косвенным вредом в контексте исчерпания внутренних средств правовой защиты, однако оно не затрагивает правомерность формулировки принципа, содержащегося в статье 15. Очевидно, для этого потребуются обсуждение этого вопроса в комментарии. Австрия поднимает вопрос о заголовке статьи 15. Представляется, что заголовок «Смешанные требования» может быть более подходящим. Никаких изменений в саму статью 15 вносить не рекомендуется.

16. Статья 16

Исключения из правила о внутренних средствах правовой защиты

Не требуется исчерпания внутренних средств правовой защиты, когда:

а) внутренние средства правовой защиты не дают никакой разумной возможности эффективного возмещения;

б) существует необоснованная задержка в процессе осуществления правовой защиты, которая присваивается предположительно несущему ответственность государству;

¹⁴⁷ Замечания, стр. 37.

¹⁴⁸ (Mexico v. US), 2004 *I.C.J. Reports*, p. 12, particularly at para. 40. См. также отдельные мнения судей Парра — Арангурен (пункты 27–28) и Верещетина (пункты 7–11). См. далее А. Кюнзли «Дела, касающиеся мексиканских граждан» (2005), *Leiden Journal of International Law*, vol. 18; and E. Milano “Diplomatic Protection and Human Rights before the I.C.J.”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 35 (2004), p. 85, at pp. 128–130.

с) нет никакой относящейся к делу связи между потерпевшим лицом и предположительно несущим ответственность государством 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 защиты.

76. Мексика сделала два общих замечания по статье 16¹⁴⁹. Во-первых, она привлекает внимание к исключению из правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты в случае вероятного повторения нанесения вреда. Хотя это исключение стало предметом особого внимания со стороны Амерасингхе¹⁵⁰, оно, по-видимому, охвачено положениями подпункта (а) и будет рассмотрено в комментарии к нему. Мексика также предлагает включить положение о бремени доказывания относительно внутренних средств правовой защиты. Можно напомнить, что Комиссия решила не включать такое положение¹⁵¹. Вместе с тем, возможно, будет целесообразно рассмотреть этот вопрос в комментарии.

Подпункт (а)

77. Можно напомнить, что, когда Комиссия обсуждала этот подпункт (а), у нее имелись три варианта на этот счет: явная бесполезность; никакой разумной надежды на успех; и никакой разумной возможности эффективного возмещения¹⁵². Она отдала предпочтение третьему варианту, который в настоящее время фигурирует в подпункте (а). Соединенные Штаты¹⁵³ призывают Комиссию пересмотреть свое решение и принять норму о бесполезности на том основании, что она более точно отражает международное обычное право¹⁵⁴ и подкрепляется политическими соображениями, согласно которым «во всех обстоятельствах, кроме самых чрезвычайных, у государства есть возможность исправить внутри своей собственной правовой системы нарушения международного права»¹⁵⁵. По этой причине Соединенные Штаты предлагают принять следующее положение:

«Нет необходимости в исчерпании внутренних средств правовой защиты в том случае, когда такие внутренние средства являются явно бесполезными или совершенно неэффективными. Исчерпание внутренних средств правовой защиты не является явно бесполезным или совершенно неэффективным в том случае, когда разумно доступен суд для обеспечения эффективного возмещения».

¹⁴⁹ Замечания, стр. 45.

¹⁵⁰ *Local Remedies in International Law*, 2nd ed. (2004), p. 212.

¹⁵¹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/57/10)*, пункт 252.

¹⁵² *Ibid.*, para. 178.

¹⁵³ Замечания, стр. 46–49.

¹⁵⁴ См. Амерасингхе, примечание 150 выше, p. 206: «Критерий явной бесполезности или совершенной неэффективности, а не отсутствие разумной надежды на успех или невероятности добиться успеха, оба из которых являются менее жесткими критериями».

¹⁵⁵ Замечания, стр. 49.

Хотя Специальный докладчик не был склонен вновь открывать обсуждения вопросов, по которым уже были приняты решения, следует напомнить, что вопрос о бесполезности получил определенную поддержку в Комиссии. Поэтому было предложено, чтобы Комиссия пересмотрела этот вопрос. Вместе с тем ей следует учесть аргументацию, приведенную против вопроса о бесполезности, которая приведена в комментарии¹⁵⁶ и в третьем докладе (A/CN.4/523, пункты 18–38). Как видно из третьего доклада, критерий «явной бесполезности» был впервые проверен в деле *Finnish Ships Arbitration*¹⁵⁷; он не был применен в деле *ELSI*¹⁵⁸ и подвергнут критике в юридической литературе¹⁵⁹. Основное возражение против этого критерия заключается в том, что он предполагает, что неэффективность внутренних средств правовой защиты должна быть *ex facie* «явно очевидной». С целью преодолеть это, сэр Херш Лаутерпахт предложил включить в этот критерий элемент «разумности»¹⁶⁰, который позволяет суду выяснить, было ли в сложившихся обстоятельствах конкретного дела разумно возможным эффективное средство правовой защиты. Таковым являлся текст, подготовленный Комиссией в 2002 году, и он до сих пор находит поддержку со стороны Специального докладчика.

78. Если Комиссия решит не принимать предложение Соединенных Штатов, она должна рассмотреть австрийское предложение о включении слова «доступные» в подпункт (а) для обеспечения терминологической согласованности со статьей 44¹⁶¹ проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния¹⁶².

Подпункт (с)

79. В связи с подпунктом (с) были выдвинуты два весьма различных предложения. Австрия предлагает исключить первую часть этого подпункта и ограничить его ситуацией, когда из-за обстоятельств дела исчерпание внутренних средств правовой защиты становится неразумным¹⁶³. Соединенные Штаты, с другой стороны, предлагают сохранить лишь первую часть этого подпункта, изменив его формулировку следующим образом:

¹⁵⁶ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/59/10)*, пункт 60, комментарий по проекту статьи 16, пункты 2–3.

¹⁵⁷ *U.N.R.I.A.A.*, vol. 3 (1934), p. 1479, at p. 1504.

¹⁵⁸ 1989 *I.C.J. Reports*, p. 14, at pp. 46–47 (paras. 59, 62).

¹⁵⁹ C.F. Amerasinghe, “The local remedies rule in appropriate perspective”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 36 (1976), p. 726, at p. 752; G. Simpson and H. Fox, *International Arbitrations* (1959), p. 114; D. Mummery, “The content of the duty to exhaust local remedies”, 58 *A.J.I.L.* (1964), p. 389, at p. 401.

¹⁶⁰ *Norwegian Loans case*, 1957 *I.C.J. Reports*, p. 9, at p. 39.

¹⁶¹ «На ответственность государства нельзя ссылаться, если... b) требование является требованием, в отношении которого необходимо исчерпать все внутренние средства правовой защиты, и остается неисчерпанным какое-либо доступное и эффективное средство правовой защиты».

¹⁶² *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/56/10)*, пункт 76.

¹⁶³ Замечания, стр. 49.

«Нет необходимости в исчерпании внутренних средств правовой защиты, когда отсутствует значимая связь между лицом, которому нанесен вред, и предположительно несущим ответственность государством»¹⁶⁴.

Специальный докладчик согласен с предложением Соединенных Штатов. Основная цель подпункта (с) — предусмотреть исключение из правила об исчерпании внутренних средств правовой защиты в том случае, когда между лицом, которому причинен вред, и государством, предположительно несущим за это ответственность, не существует никакой добровольной связи, как, например, в случае трансграничного загрязнения или сбившегося с курса летательного аппарата¹⁶⁵. Некоторые члены Комиссии начали затем затрагивать другие ситуации, в отношении которых, возможно, не будет необходимости в исчерпании внутренних средств правовой защиты: такие, как отказ во въезде на территорию государства-ответчика или запретительные цены¹⁶⁶. Именно для таких ситуаций была предусмотрена вторая часть подпункта (с). Однако, как указывают Соединенные Штаты, такие ситуации уже разбираются в подпункте (а). По этой причине предлагается согласиться с предложением Соединенных Штатов при условии включения в него фразы, которая четко поясняет, что на момент причинения вреда не должно быть никакой относящейся к делу связи, как это предложено Австрией¹⁶⁷.

Подпункт (d)

80. В подпункте (d) не проводится различия между ясно выраженным и подразумеваемым отказом от права. В комментарии, однако, четко записано, что отказ от права может подразумеваться тогда, когда имеется явное намерение отказаться от внутренних средств правовой защиты¹⁶⁸. Текст этого комментария будет изменен с целью учесть ценное предложение Гватемалы по этому вопросу¹⁶⁹.

81. Предлагается рассмотреть статью 16 в следующей формулировке:

«Нет необходимости в исчерпании внутренних средств правовой защиты когда:

либо

а) внутренние средства правовой защиты не дают никакой разумной возможности обеспечить *доступное и эффективное возмещение*;

или

а) *внутренние средства правовой защиты являются явно бесполезными или совершенно неэффективными. Исчерпание внутренних*

¹⁶⁴ Замечания, стр. 49–50.

¹⁶⁵ Соединенные Штаты предлагают осветить в комментарии более подробно вопрос отсутствия относящейся к делу связи в случае пролета самолетов (Замечания, стр. 49–50).

¹⁶⁶ См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/59/10)*, пункт 60, комментарий по проекту статьи 16, пункт 11, другие примеры.

¹⁶⁷ Замечания, стр. 48–49.

¹⁶⁸ Комментарий, пункт 16. По этой причине нет необходимости включать четкое положение о подразумеваемом отказе от права, как предлагается Узбекистаном в замечаниях, стр. 51.

¹⁶⁹ Замечания, стр. 50–51.

средств правовой защиты не является явно бесполезным или совершенно неэффективным в том случае, когда суд является разумно доступным для цели обеспечения эффективного возмещения;

b) существует необоснованная задержка в процессе осуществления правовой защиты, которая присваивается предположительно несущему ответственность государству;

c) *нет никакой относящейся к делу связи между потерпевшим лицом и предположительно несущим ответственность государством на момент причинения вреда;*

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

17. Статьи 17 и 18

Статья 17

Действия или процедуры, иные, нежели дипломатическая защита

Настоящие проекты статей не наносят ущерба правам государств, физических лиц или других субъектов осуществлять действия или процедуры по международному праву, иные, нежели дипломатическая защита, для обеспечения возмещения вреда, причиненного в результате международно-противоправного деяния.

Статья 18

Специальные договорные положения

Настоящие проекты статей не применяются, если, и в той мере, в какой они несовместимы со специальными договорными положениями, включая положения, касающиеся разрешения споров между корпорациями или акционерами корпорации и государствами.

82. Узбекистан предлагает озаглавить эту часть «Другие положения», а не «Различные положения»¹⁷⁰. Это предложение следует рассмотреть.

83. Поскольку были сделаны предложения объединить статьи 17 и 18¹⁷¹, эти два положения будут рассмотрены вместе. Статьи 17 и 18 преследуют одну и ту же цель: дать ясно понять, что настоящие проекты статей не затрагивают другие процедуры или механизмы на основании международного обычного права или договорного права, которые предусматривают методы утверждения прав или урегулирования требований, и они прямо не затрагиваются такими процедурами или механизмами. На первый взгляд может показаться целесообразным объединить эти два положения. И действительно, в пятом докладе рекомендуется такое объединение в статье, которая гласит:

«Ничто в настоящих статьях не наносит ущерба правам государств или лиц ссылаться на процедуры, иные, нежели дипломатическая защита, для обеспечения компенсации за вред, понесенный в результате международно-противоправного деяния [которое могло бы также привести к тре-

¹⁷⁰ Замечания, стр. 52.

¹⁷¹ Сальвадор и Катар (Замечания, стр. 52, 53). См. также Нидерланды (Замечания, стр. 57).

бованию о дипломатической защите государством гражданства потерпевшего лица]»¹⁷².

Вместе с тем после некоторых размышлений представляется, что, учитывая совершенно различные интересы, которым отвечают статьи 17 и 18, самым мудрым решением было бы сохранить эти два отдельных положения.

84. Статья 17 в основном предназначена для того, чтобы указать, что обеспечение дипломатической защиты не создает помех или каких-либо препятствий для защиты прав человека другими средствами. Комиссия признает, что дипломатическая защита является лишь одним из инструментов защиты прав человека, причем весьма лимитированным, учитывая, что такая защита ограничивается рамками защиты прав человека граждан этого государства. Другие процедуры защиты прав человека не ограничиваются в этом отношении. Договоры о правах человека предусматривают права и средства правовой защиты для всех людей, права человека которых нарушены, независимо от их гражданства. Кроме того, новые события в международном праве позволяют государству защищать путем протеста, переговоров, арбитража и судебного разбирательства¹⁷³ как граждан, так и неграждан, стандарты прав человека которых нарушены (со статусом *jus cogens*¹⁷⁴ и ли которые квалифицируются как обязательства *erga omnes*¹⁷⁵) в иностранных государствах¹⁷⁶. Указанное положение было недавно подчеркнуто судьей Симма в *Деле, касающемся вооруженных операций на территории Конго (ДРК против Уганды)*¹⁷⁷, по которому он постановил, что события такого рода в международном праве дали бы возможность Уганде защищать как граждан, так и неграждан, права человека которых были поставлены под угрозу армейскими подразделениями Демократической Республики Конго в аэропорту Киншасы.

85. К сожалению, назначение статьи 17 не было понято до конца. Энрико Милано толковал взаимосвязь между статьями об ответственности государств за международно-противоправные деяния, разработанные в 2001 году, и проектами статей о дипломатической защите 2004 года как означающую, что право государства вмешиваться на основании статьи 48(1)(b) проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния от имени неграждан, чьи *jus cogens* права были нарушены, ограничивается проектами статей о дипломатической защите, в которых требуется доказательство гражд-

¹⁷² A/CN.4/538, раздел D.2.

¹⁷³ При условии, конечно, существования юрисдикционной связи. Однако это ограничение в равной степени применимо к дипломатической защите.

¹⁷⁴ См. статьи 40, 41 и 48 проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/56/10)*, пункт 77.

¹⁷⁵ *Barcelona Traction case*, 1970 *I.C.J. Reports*, p.32.

¹⁷⁶ См. далее по этому вопросу G. Gaja "Is a State specially affected when its national's human rights are infringed?" in L.C. Vohrah et al. (eds.), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* (2003), p. 373; G. Gaja, "Droits des Etats et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), p. 63; L. Condorelli, "L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique" in *La Protection Diplomatique*, p. 3; and C. Forcese, "Shelters from the storm: rethinking diplomatic protection of dual nationals in modern international law", *George Washington International Law Review*, vol. 37 (2005), p. 469, at pp. 497-498.

¹⁷⁷ International Court of Justice, unreported judgment of 19 December 2005, separate opinion, paras. 17-41. See also the separate opinion of Judge ad hoc Kateka, para. 69.

данства¹⁷⁸. Он приходит к этому выводу посредством толкования статьи 48 в увязке со статьей 44, в которой предусматривается, что на ответственность государства нельзя ссылаться, если «требование не предъявляется в соответствии с какой-либо применимой нормой относительно гражданства или национальности предъявителей требований», — норма, которая в настоящее время разрабатывается в проектах статей о дипломатической защите. Вышесказанное приводит его к выводу о том, что «на основании права об ответственности государств механизм дипломатической защиты отводится превосходящая роль по сравнению с механизмами стандартов прав человека, даже в том случае, когда вред индивиду нанесен в результате нарушения его прав человека»¹⁷⁹. Он добавляет, что

«...сравнительное чтение проектов статей 2001 года об ответственности государств и проектов статей 2004 года о дипломатической защите показывает, что возможность обеспечения соблюдения erga omnes обязательств в области прав человека за рамками традиционных механизмов дипломатической защиты представляется минимальной»¹⁸⁰.

86. Статья 17 должна рассеять сомнения такого рода, четко предусмотрев, что проекты статей никоим образом не предназначены для создания помех другим процедурам защиты прав человека. Лучше всего эту цель можно достичь, предусмотрев отдельное положение, наподобие статьи 17. Вместе с тем представляется, судя по докладу Милано¹⁸¹, что этот результат таким путем достигнут не был. В создавшихся обстоятельствах, возможно, окажется необходимым изменить формулировку статьи 17, чтобы еще больше прояснить ее цель, хотя, по мнению Специального докладчика, сделать ее еще более ясной представляется делом трудным. Возможно, этого можно будет достичь посредством изменения формулировки, как это было предложено Нидерландами?

«Права государств, физических лиц или других субъектов прибегать к действиям или процедурам иным, чем дипломатическая защита для обеспечения возмещения вреда, причиненного в результате международно-противоправного деяния, не затрагиваются настоящими проектами статей».

87. По этой причине предложено сохранить статью 17 в качестве отдельного положения в следующей редакции:

либо

«Настоящие проекты статей не наносят ущерба правам государств, физических лиц или других субъектов прибегать [согласно международному праву?¹⁸²] к действиям или процедурам иным, чем дипломатическая

¹⁷⁸ “Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?” *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 35 (2004), p. 85, at pp. 103–108.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p.106.

¹⁸⁰ Там же, p.107. Милано высказывает мысль о том, что странная связь между статьей 44 и статьей 48 возможно была установлена по причине недосмотра со стороны КМП конкретно указать, что статья 44 применяется только к требованиям дипломатической защиты, а не к положениям статьи 48. Возможно он прав!

¹⁸¹ Там же, стр. 107: Милано по-прежнему не убежден положениями статьи 17.

¹⁸² Нидерланды предлагают исключить эту фразу на том основании, что право государств представлять записки *amicus curiae* в ходе внутренних судебных разбирательств, как это сделал Европейский союз в юридических делах, должно остаться без изменений.

защита, для обеспечения возмещения вреда, причиненного в результате международно-противоправного деяния».

или

«Право государств, физических лиц или других субъектов прибегать к действиям или процедурам иным, чем дипломатическая защита, для обеспечения возмещения вреда, причиненного в результате международно-противоправного деяния, не затрагиваются настоящими проектами статей».

88. Цель статьи 18 состоит в том, чтобы пояснить, что проекты статей не создают помех для двусторонних и многосторонних договоров об инвестициях, которые могут включать в себя различные правила обращения как с индивидуальными, так и корпоративными инвесторами. Поскольку эти договоры существенно отличаются как по форме, так и по содержанию от тех, которые предусматриваются в статье 17, представляется целесообразным заниматься этими договорами отдельно.

89. Как Австрия, так и Марокко возражают против разработки статьи 18, в частности относительно фразы «специальные договорные положения»¹⁸³. Марокко справедливо указывает, что Венская конвенция о праве международных договоров не признает концепцию «специальные договоры». Поэтому оно предлагает и Специальный докладчик рекомендует изменить формулировку этой статьи следующим образом:

«Настоящие проекты статей не применяются, если и в той мере, в какой они несовместимы со специальными режимами, предусмотренными в соответствии с двусторонними и многосторонними договорами относительно защиты инвестиций».

18. Статья 19 Экипажи судов

Право государства гражданства членов экипажа судна на осуществление дипломатической защиты от их имени не затрагивается правом государства национальности судна добиваться возмещения от имени таких членов экипажа, независимо от их гражданства, если им был причинен вред в ходе нанесения ущерба судну вследствие международно-противоправного деяния.

90. Большинство государств, которые представили замечания, позитивно отреагировали на статью 19¹⁸⁴, однако высказали ряд предложений. Австрия указывает, что условие — привязка к осуществлению государством флага судна защиты может истолковываться как применимое к праву государства гражданства членов экипажа на осуществление дипломатической защиты. Эту проблему можно решить, разделив указанное положение на два предложения, как показано ниже. Мексика просит Комиссию разрешить вопрос о встречных требованиях. Комиссия выступила против такого решения вопроса в отношении тре-

См. замечания, стр. 52.

¹⁸³ Замечания, стр. 53–54.

¹⁸⁴ Замечания, стр. 54–55: Австрия, Мексика, Нидерланды и Норвегия (от имени стран Северной Европы).

бований со стороны лиц с двойным гражданством, и было бы в равной степени нецелесообразно или неразумно поступать так в данном случае. Нидерланды предлагают включить положения статьи 19 в статью 8, поскольку они касаются одного и того же вопроса. Однако это неправильно. Статья 8 говорит о распространении дипломатической защиты на лиц без гражданства и на беженцев, в то время как статья 19 признает право государства флага судна добиваться возмещения от имени членов экипажа, а не осуществлять дипломатическую защиту.

91. Соединенные Штаты не находят никаких недостатков в принципах, провозглашенных в статье 19. Вместе с тем они заявляют, что право государства флага судна добиваться возмещения от имени членов экипажа выходит за рамки дипломатической защиты, и его не следует включать¹⁸⁵. Этот вопрос следует рассмотреть в Комиссии. С другой стороны, следует напомнить, что Комиссия постановила включить статью 19, поскольку защита, предлагаемая государством флага судна, является аналогичной дипломатической защите, как это признано Международным трибуналом по морскому праву в деле *М/С «Сайга № 2»*¹⁸⁶, причем политические соображения требуют, чтобы оба метода защиты были подтверждены, поскольку команды судов являются уязвимыми и нуждаются в максимальной защите, которую они могут получить¹⁸⁷.

92. Предлагается, что в случае, если Комиссия примет решение сохранить статью 19, она должна сохранить ее в нынешнем виде. Или же положение этой статьи можно разделить на два предложения с целью учесть критику Австрии. Следовательно, эта статья могла бы выглядеть в следующей редакции:

«Государство гражданства членов экипажа судна имеет право на осуществление дипломатической защиты от их имени. Государство национальности судна [Государство флага судна?] может [точно так же?] добиваться возмещения от имени членов экипажа, независимо от их гражданства, если им был причинен вред в ходе нанесения ущерба судну в результате международно-противоправного деяния».

Специальный докладчик отдает предпочтение первоначальному тексту, поскольку он сомневается, можно ли его толковать так, как это делает Австрия.

С. Право потерпевшего физического и юридического лица на получение компенсации

93. Настоящие проекты статей касаются лишь гражданства (национальности), требований и исчерпания внутренних средств правовой защиты. В них не разбираются первичные нормы дипломатической защиты, а именно нормы, регулирующие обращение с иностранцами. Не касаются они также и последствий дипломатической защиты. Ограниченный охват этих проектов статей обсуждался и был одобрен Комиссией как на ее пятьдесят шестой, так и пятьдесят седьмой сессиях. Решение не заниматься вопросом о последствиях дипломатической защиты может быть оправдано на том основании, что статьи об ответ-

¹⁸⁵ Замечания, стр. 54–55.

¹⁸⁶ *Сент-Винсент и Гренадины против Гвинеи, ITLOS Reports 1999*, p. 10, paras. 103–107.

¹⁸⁷ См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия Дополнение № 10 (A/59/10)*, пункт 60, комментарий по проекту статьи 19.

ственности государств за международно-противоправные деяния вместе с их всеохватывающими комментариями покрывают большинство аспектов этой темы¹⁸⁸. Тем не менее существует один аспект последствий дипломатической защиты, который не рассматривается в статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния, а именно вопрос о том, обязано ли государство-предъявитель требования в случае успешного решения дела выплачивать какую-либо компенсацию потерпевшему лицу, которую оно могло получить. Проекты статей подверглись критике за то, что в них не учтено такое правило, хотя бы посредством прогрессивного развития¹⁸⁹. Выступая в Шестом комитете 24 октября 2005 года французский делегат заявила, что причины, приведенные Специальным докладчиком, почему нет необходимости обсуждать последствия дипломатической защиты, не являются достаточно убедительными. Даже если дипломатическая защита представляет собой исключение из общего права в части, касающейся ответственности, представляется крайне важным вопросом о том, обязано ли государство выплачивать потерпевшему лицу деньги, которые оно получило в виде компенсации по иску, удовлетворенному в результате дипломатической защиты¹⁹⁰.

Аналогичная точка зрения была высказана Австрией в ее замечаниях Комиссии:

«Еще одним вопросом, заслуживающим особого внимания, является проблема отношений между физическим лицом, о защите прав которого идет речь, и государством, осуществляющим право на дипломатическую защиту. Можно полагать, что этот вопрос затрагивает также проблему результата осуществления дипломатической защиты и доступа физического лица к такому результату. Конечно же, с другой стороны, можно утверждать, что это проблема между государством и его гражданами; однако, с другой стороны, надлежит обеспечивать, чтобы пострадавшее лицо, в интересах которого была предъявлена претензия, получало пользу от осуществления дипломатической защиты»¹⁹¹.

Поразмыслив, Специальный докладчик считает, что Комиссии следует рассмотреть этот вопрос, пока не стало слишком поздно.

94. Норма, сформулированная в деле *Палестинские концессии Мавромматиса*, по-видимому, предусматривает, что государство-заявитель обладает абсолютным дискреционным правом распределять любую компенсацию, которую оно может получить в порядке возмещения по требованию, предъявленному от имени потерпевшего лица. Если, как гласит эта норма, «отстаивая дело одного из своих граждан.., государство фактически отстаивает свои собственные права» и становится «единственным заявителем»¹⁹²; трудно возражать, рассуждая логично, что любые ограничения налагаются на государство в интересах индивида при урегулировании претензии или выплаты какой-либо полученной ком-

¹⁸⁸ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/56/10), пункт 43, статьи 28–39.*

¹⁸⁹ Milano, note 178 above, p. 108. See, too, G. Gaja, “Droits des Etats et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique” in J.-F. Flauss, *La Protection Diplomatique* (2003), p. 63, at p. 69.

¹⁹⁰ См. A/C.6/60/SR.11, пункт 73.

¹⁹¹ Замечания, стр. 8.

¹⁹² 1924 *P.C.I.J. Series A*, No. 2, p. 2.

пенсации. Поскольку государство «обладает полной свободой действий»¹⁹³, от него не требуется настаивать на получении всей компенсации за вред, причиненный его гражданину. Вместо этого оно может согласиться на частичное урегулирование, что часто и случается. На практике это означает, что индивид может получить всего 10 процентов от стоимости требования¹⁹⁴. По франко-русскому соглашению, заключенному в 1999 году, было уступлено 99 процентов имущественных прав физических и юридических лиц¹⁹⁵. В 1994 году Высший суд правосудия Мадрида отклонил жалобу гражданина относительно заключения соглашения между Испанией и Марокко о паушальной сумме, заявив, что международная практика допускает выплату возмещения на сумму меньше, чем сумма ущерба¹⁹⁶.

95. Комиссия признала норму, сформулированную в деле *О палестинских концессиях Мавромматиса*, в качестве основы для своих проектов статей. В противовес этому решению она отвергла предложение о том, чтобы возложить на государство обязанность осуществлять дипломатическую защиту гражданина, которому причинен вред в результате нарушения нормы *jus cogens*. С другой стороны, логика, возобладавшая в деле *Мавромматиса*, не всегда одерживает верх. Как норма о непрерывном гражданстве, так и требование об исчерпании внутренних средств правовой защиты подрывают логику дела *Мавромматиса*, поскольку они показывают, что вред, причиненный гражданину, автоматически не наделяет государство-заявителя правом на осуществление дипломатической защиты. Не нашла норма *Мавромматиса* логического и последовательного применения и в отношении оценки заявленного ущерба, поскольку компенсация в основном рассчитывается на основе вреда, причиненного индивиду. Эта норма была признана Постоянной палатой международного правосудия в деле *О фабрике в Хожуве*¹⁹⁷, и она сейчас является нормой меж-

¹⁹³ В деле *Барселона Трэкин* Международный Суд постановил: «Государство следует рассматривать в качестве единого судьи при принятии решения об осуществлении своей защиты: в каком объеме такая защита должна быть предоставлена и когда она прекращается. В этом отношении государство обладает дискреционным правом, осуществление которого может определяться соображениями политического и иного характера, не относящегося к конкретному делу. Поскольку требование государства не является идентичным требованию индивида или корпоративного лица, дело которого отстаивают, государство обладает *полной свободой действий*» (1970 *I.C.J. Reports*, p. 3, at p. 44; emphasis added).

¹⁹⁴ W.K. Geck, "Diplomatic protection" in *Encyclopaedia of Public International Law* (1992), vol. 1, at p. 1058; D. Bederman, Interim report on "Lump sum agreements and diplomatic protection" in International Law Association, Report of the Seventieth Conference, New Delhi (2002), p. 230; R. Lillich, "The United States-Hungarian Claims Agreement of 1973" 69 *A.J. I.L.* (1975), p. 534; R. Lillich and B. Weston, *International Claims: Their Settlement by Lump-Sum Agreements* (1975).

¹⁹⁵ D. Carreau, *Droit International*, 7th ed. (2001), p. 462, para. 1118.

¹⁹⁶ J. Pastor Ridruejo, "La pratique espagnole de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss, *La Protection Diplomatique* (2003), p. 112.

¹⁹⁷ *Дело о фабрике в Хожуве* (существо дела), 1928 *P.C.I.J. Series A*, No. 17, p. 28: «Поэтому ущерб, понесенный индивиду, никогда не является по своему характеру идентичным ущербу, который будет понесен государством; оно может применить подходящую шкалу расчетов репарации, причитающейся государству». Профессор Дюбуа прокомментировал этот диктум в *Revue Critique de Droit International Privé* (1978), pp. 615 and 624.

дународного обычного права¹⁹⁸. Аномалия правового положения была признана судьей Морелли в деле *Барселона Трэкин*, когда он заявил:

«Международная репарация всегда выплачивается государству, а не частному лицу, даже в случае компенсации и несмотря на тот факт, что размер компенсации должен определяться на основе ущерба, понесенного частным лицом»¹⁹⁹.

Если понесенный ущерб должен «определяться на основе ущерба, понесенного частным лицом», представляется, что государство-заявитель обязано консультироваться по этому вопросу с пострадавшим лицом, из чего следует, что государство не обладает полной свободой действий в связи с требованием.

96. Практика государства по этому вопросу является противоречивой. Хотя в большинстве судебных решений, как и в международных, так и национальных, подчеркивается, что гражданин, которому причинен вред, не имеет права претендовать на какую-либо компенсацию, полученную государством; другие национальные механизмы свидетельствуют о том, что государства признают наличие определенного обязательства для них предоставлять полученную компенсацию гражданину, которому был причинен вред.

97. В *Административном решении V* Американско-германская комиссия по смешанным требованиям подтвердила широкие дискреционные полномочия государства:

«В ходе осуществления такого контроля [государство] руководствуется не только интересом конкретного заявителя, но и важными интересами всего населения государства, и оно должно осуществлять неограниченное дискреционное право при определении когда и как предъявить и отстаивать требование, отозвать ли его или пойти на компромисс, а частное лицо будет обязано выполнить принятое решение. *Даже если выплата производится отстаивающему свое требование государству во исполнение арбитражного решения, оно обладает полным контролем над денежными средствами и распоряжается ими и может, с целью пресечь мошенничество, исправить ошибку или защитить национальную честь, по своему усмотрению вернуть денежные средства выплачивающему их государства или иным образом распорядиться ими*»²⁰⁰.

Национальные суды заняли аналогичную позицию²⁰¹.

Соединенное Королевство

В деле *Гражданские иски о возмещении ущерба, понесенного во время войны*²⁰² заявители обратились с петицией к королеве выделить им долю репараций, выплаченных Соединенному Королевству Германией по Версальскому договору за ущерб, нанесенный во время первой мировой войны. Утверждалось, что, когда Британская корона вела переговоры о заключении договора с

¹⁹⁸ B. Bollecker-Stern, *Le Préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale* (1973), p. 98.

¹⁹⁹ 1970 *I.C.J. Reports*, p. 223.

²⁰⁰ (United States v Germany) U.N.R.I.A.A., vol. 7 (1925), p. 119, at p. 152. Emphasis added.

²⁰¹ See R. Jennings and A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9th ed. (1992), vol. 1, p. 539.

²⁰² [1932] A.C. 14. See also *Rustomjee v. R* [1876] 1 QBD, p. 487.

другим главой государства, представлялось несовместимым с ее позицией как соверена выступать в качестве попечителя или агента ее подданных, если только не было ясно указано, что оно выступает в таком качестве. В договоре не содержалось никакого положения на этот счет. Скорее, договор оставлял на усмотрение правительства решение вопроса о том, как будут распределены деньги между государством и его подданными. Это решение было недавно подтверждено в деле *Lonrho Exports Ltd v Export Credits Guarantee Department*²⁰³.

Соединенные Штаты

Согласно внутреннему праву Соединенных Штатов, «деньги, полученные от иностранного государства в результате международного решения о возмещении или урегулировании, принадлежат Соединенным Штатам»²⁰⁴, а распределение возмещения оставлено на усмотрение конгресса:

«Судя по делам, рассмотренным Верховным судом Соединенных Штатов, установлено, что средства, полученные от иностранных государств в порядке урегулирования требований американских граждан, являются национальными денежными средствами Соединенных Штатов, и ни один заявитель не имеет никакого законного права востребовать полученные средства, причем конгресс не несет никакого юридического обязательства производить платежи за счет этих денежных средств, хотя, несомненно, существует *моральное обязательство* правительства перечислять денежные средства лицам, потерпевшим убытки»²⁰⁵.

²⁰³ [1996] 4 All E R, pp. 673, at p. 687:

«(3) когда Корона отстаивает требования (т.е. подданных, которые являются кредиторами иностранного государства или граждан) и осуществляет дипломатическую защиту (т.е. путем переговоров о заключении договора, предусматривающего выплаты Короне для целей распределения денежных средств среди ее подданных), то согласно международному праву Корона отстаивает свое собственное право от своего собственного имени на такую защиту своих подданных... (4) С учетом положений (5) ниже, при заключении такого договора и осуществлении по нему обязательств Корона не выступает в качестве агента или попечителя в отношении своих подданных; и независимо от условий договора и (как мне представляется) условий выплат, предусмотренных в договоре, выплаты, произведенные Соединенному Королевству на основании таких договоров, осуществляются в пользу Короны как соверена и в форме абсолютной собственности государства... (6) Право Короны оставлять за собой платежные средства не затрагивается по английскому праву условиями договора или же положениями, которые могут содержаться в договоре относительно их распределения. В равной степени условия договора не могут затрагивать или ограничивать суверенный характер полученных Короной платежей... Корона по английскому праву не несет юридического или справедливого обязательства, а в лучшем случае моральное обязательство выполнять указанные условия. Если Корона не выполняет их, единственным средством внутренней защиты является парламент или (в случае иностранного государства) международное судебное разбирательство... (7) Корона при распределении любых платежей, полученных на основании договора, может определять характер таких платежей и заранее планировать их выплату...».

²⁰⁴ American Law Institute, *Restatement of the Law* (Third), Foreign Law of the United States (1987), para. 902, pp. 348–349.

²⁰⁵ *Distribution of the Aslop Award*, Opinion of J. Reuben Clark, Department of State, cited in Hackworth, *Digest of International Law*, vol. 5, p.766.

Франция

Во Франции дипломатическая защита остается «актом государства» — последним бастионом, который не регулируется правом, а процедуры приписывания возмещения вреда традиционно находятся вне поля зрения судебной власти²⁰⁶.

98. Несмотря на вышеупомянутые утверждения об абсолютном праве государства распределять полученную компенсацию, как оно того желает, нередко встречаются заявления о том, что нормальной практикой государства в таких случаях является выплата полученных денег пострадавшему лицу. Гек, например, утверждает, что «государство-заявитель обычно выплачивает индивидам ущерб, нанесенный государством-ответчиком»²⁰⁷. С его замечанием перекликается комментарий Гарварда Драфта по этому вопросу: «...передача индивидуальному заявителю любой репарации, которую получило государство-заявитель, является обычной практикой»²⁰⁸. Для того чтобы понять заявления подобного рода, необходимо рассмотреть шаги, которые предпринимают государства в целях ограничения своего дискреционного права.

99. Начиная с 1950-х годов, Соединенные Штаты приступили к проведению судебного обзора арбитражных решений о компенсации. Франция, Соединенные Штаты и Соединенное Королевство учредили комиссии по распределению паушальных выплат, полученных от восточноевропейских стран после второй мировой войны. Это явление явилось следствием возникновения большого числа истцов, претендующих на получение доли в основном незначительных совокупных поступлениях от конфискации и национализации частной собст-

²⁰⁶ B. Bollecker-Stern, note 198 above, at p. 108.

²⁰⁷ Примечание 194 выше, p. 1057.

²⁰⁸ F.V. Garcia-Amador, Louis B. Sohn and R.R. Baxter, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (1974), p. 151. В *Административном решении V* главный арбитр Комиссии по смешанным требованиям (Соединенные Штаты и Германия), созданной по соглашению от 10 августа 1922 года, заявил: «...Но когда требование предъявляется от имени уполномоченного лица и арбитражное решение и выплаты производятся по специальному требованию, денежные средства, выплаченные таким образом, не являются денежными средствами этого лица в том смысле, что право на них принадлежит получающему их государству, будучи свободным от какого-либо обязательства давать отчет частному заявителю, от имени которого было успешно проведено и оплачено требование и который является действительным владельцем таких средств. Обширные и ошибочные заявления, связанные с этой конструкцией, можно найти в делах, по которым выплачены паушальные суммы и платежи государству-заявителю, связанные с многочисленными требованиями, предъявленными им и в том случае, когда арбитраж, выносящий решение, не удосужился рассмотреть каждое требование или установить какую-либо конкретную сумму по представленному требованию... [цитаты опущены]. Невозможно привести все случаи, по которым международный арбитраж вынес решения в пользу государства-заявителя, выступавшего от имени своего назначенного физического или юридического лица, в которых государство, получающее выплаты согласно такому решению, колебалось бы, в отсутствие мошенничества или ошибки, отчитаться перед назначенным физическим или юридическим лицом или перед теми, кто выступает от его имени, за всю сумму, полученную в соответствии с решением о возмещении. Что касается Соединенных Штатов, то представляется, что конгресс рассматривает денежные средства, выплаченные государству в порядке возмещения по конкретным требованиям, как находящиеся «в доверительном управлении для граждан Соединенных Штатов или других» (примечание 200 выше, стр. 152).

венности. Распределение денежных средств, полученных в порядке возмещения, стало деликатным делом, и для этой цели оказалось целесообразным создавать специализированные учреждения. Каждое государство разработало свою собственную процедуру.

Соединенные Штаты²⁰⁹

После второй мировой войны лавина имущественных урегулирований привела к созданию в 1949 году Международной комиссии по претензиям, созданной на основании Закона 1949 года о международном урегулировании претензий, на которую была возложена задача заниматься соглашениями о распределении паушальных сумм, заключенных с Югославией, а позднее с Панамой и другими народными демократиями, которые занимались национализацией. В 1982 году эта Комиссия была переименована в Комиссию Соединенных Штатов по урегулированию иностранных претензий. В ее функции входило распределять среди различных истцов получаемые от иностранных правительств денежные средства после рассмотрения каждой претензии в отдельности и принятия решения о ее законности, а также о сумме, причитающейся каждому истцу на основе, во-первых, конкретной договоренности по существу и, во-вторых, посредством использования «применимых принципов международного права и справедливости». Эта Комиссия являлась по своему характеру квазисудебной. Обжалование ее решений не допускается. Она обладает постоянными полномочиями на распределение денежных средств, полученных Соединенными Штатами от иностранного правительства. Таким образом, деньги, полученные от урегулирования, являются деньгами, принадлежащими правительству Соединенных Штатов. Конгресс обычно предусматривает выплаты денежных средств частным истцам, особенно тем, иски которых подлежат урегулированию в соответствии с решениями Комиссии Соединенных Штатов по специальному искам о распределении паушальных средств²¹⁰.

Соединенное Королевство²¹¹

Комиссия по иностранным компенсациям была создана на основании Закона 1950 года о компенсации иностранными государствами с целью распределения возмещения в результате договоренностей, достигнутых с Польшей, Чехословакией и Югославией. Эта Комиссия функционирует как обычный арбитраж в соответствии с внутренним законодательством. Применяемое законодательство состоит из правительственных декретов, которые в свою очередь зачастую копируют условия того или иного договора. Обжалование решений не допускается.

Франция²¹²

Во Франции система функционирует на специальной основе, причем начиная с 1951 года для распределения возмещения в соответствии с каждой конкретной договоренностью создается комиссия. Не так давно, в 1998 году, была

²⁰⁹ *Third Restatement*, note 204 above, para. 713.

²¹⁰ *Ibid.*, para. 902.

²¹¹ J. Berlia, "Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique", *Annuaire Français de Droit International* (1957), p. 63, at pp. 67–68.

²¹² *Ibid.*

создана комиссия для рассмотрения вопроса о выплате кредиторам российских долгов, возникших еще в царское время²¹³. Общее право обжалования отсутствует. Хотя нигде конкретно не указано, но прослеживается тенденция комиссии применять в этом вопросе международное право, как договорные нормы, так и обычные.

100. Указанным событиям не придается большого значения, поскольку они отражают работу национальных правовых институтов²¹⁴. Несмотря на это, некоторые юристы в своей литературе настаивают на том, что они оказали свое влияние на международное право²¹⁵.

101. Еще одно свидетельство эрозии дискреционного права государства можно найти в решениях арбитражей, в которых предписывается как следует распределять возмещение, полученное в результате арбитражного решения²¹⁶. Кроме того, в 1994 году Европейский суд по правам человека постановил в деле *Beaumartin v. France*²¹⁷, что международное соглашение, содержащее положение о компенсации, может послужить основанием для возникновения у пострадавших лиц права на компенсацию, имеющего обязательную исполнительную силу.

102. Хотя имеется определенная поддержка в пользу ограничения абсолютного права государства удерживать на основании внутреннего законодательства, судебных решений и доктрины выплату полученной компенсации лицу, которому причинен вред, вряд ли можно заявлять, что такое положение отражает закрепленную практику или существует своего рода обязательство со стороны государств, которое ограничивает их свободу распоряжаться таким возмещением. Государственная политика, справедливость и уважение прав человека — все это может выступать в пользу ограничения дискреционного права государства на распределение компенсации, однако указанное не создает нормы международного обычного права.

103. В создавшейся обстановке предлагается, чтобы Комиссия серьезно рассмотрела возможность принятия положения по этому вопросу в качестве прогрессивного развития международного права. В настоящих проектах статей содержится немного прогрессивного развития. Действительно, ряд государств-ответчиков подвергли их критике на этом основании. Принятие положения на этот счет ликвидировало бы одну из основных несправедливостей в дипломатической защите. На рассмотрение Комиссии вносится следующее предложение:

1) При количественной оценке своего требования для целей дипломатической защиты государство учитывает материальные и моральные последствия вреда, причиненного физическому или юридическому лицу, в отношении которого оно осуществляет дипломатическую защиту. [С этой целью оно проводит консультации с лицом, которому причинен вред.]

²¹³ Carreau, note 195 above, para. 1172.

²¹⁴ Ibid., para. 1173; Reuben Clark, note 205 above, at p. 763.

²¹⁵ See, for instance, Berlia, note 211 above, p. 70.

²¹⁶ Bollecker-Stern, note 198 above, at p. 109.

²¹⁷ No. 15287/89 [1994] ECHR 40. См. далее практику Европейского суда по правам человека, J.-F. Flauss, "Contentieux européen et protection diplomatique" in Condorelli et al. (eds.), *Libertés, Justice et Tolérance* (2004), vol. 1, p. 813, at pp. 829–830.

Замечание: В большей своей части это положение просто кодифицирует существующую практику.

2) Когда государство получает компенсацию полностью или частично в порядке удовлетворения требования в результате дипломатической защиты, оно переводит (должно переводить) сумму лицу, в отношении которого оно предъявило требование [после вычета расходов, связанных с предъявлением этого требования].

Замечание: Комиссия может отдать предпочтение использованию слов «должно переводить» слову «переводит» в пункте 2. Это создаст дефектное обязательство для государств. Такой прием известен в международном праве. Например, в статье 3 Женевской конвенции 1958 года об открытом море²¹⁸ предусматривается, что «Государства, не имеющие морского берега, для того чтобы пользоваться свободой морей на равных правах с прибрежными государствами, *должны* иметь свободный доступ к морю». (В статье 125 Конвенции по морскому праву 1982 года²¹⁹ говорится, что «Государства, не имеющие выхода к морю, *имеют* право на доступ к морю и от него...».)

²¹⁸ United Nations *Treaty Series*, I-6465, vol. 450, p. 82.

²¹⁹ United Nations *Treaty Series*, vol. 1883, p. 3.

Приложение

Библиография на тему о дипломатической защите после 2000 года

Книги

Amerasinghe, C. F. *Local Remedies in International Law*, 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

Flauss, J.-F. (ed.). *La Protection Diplomatique: Mutations Contemporaines et Pratique Nationales*. Brussels, Bruylant, 2003.

Paulsson, J. *Denial of Justice in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Storost, C. *Diplomatischer Schutz durch EG und EU?* Berlin: Dunker & Humblot, 2005.

Tiburcio, C. *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*. The Hague: Marthinus Nijhoff, 2001.

Статьи

Cafilisch, L. “La pratique suisse de la protection diplomatique” in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 73–86.

Condorelli, L. “L’evolution du champ d’application de la protection diplomatique” in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 3–28.

Condorelli, L. “La protection diplomatique et l’evolution de son domaine d’application”. *Revista di Diritto Internazionale* 86 (2003), pp. 5–26.

Deen-Racsmany, Z. “Diplomatic protection and the *La Grand* case”. *Leiden Journal of International Law* 15 (2002), pp. 87–104.

Dominicé, C. “La prétention de la personne privée dans le système de la responsabilité internationale des Etats” in *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz* (2003), pp. 729–745.

Dominicé, C. “Regard actuel sur la protection diplomatique” in *Liber Amicorum Claude Reymond* (2004), pp. 73–81.

Dominicé, C. “L’arret *Avena* et le sort judiciaire des droits individuels” in *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress* (2005), pp. 55–62.

Duchesne, M. S. “The continuous-nationality-of-claims principle: its historical development and current relevance to Investor-State Investment Disputes”. *George Washington International Law Review* 36 (2004), pp. 783–815.

Dugard, J. “Diplomatic protection and human rights: the draft articles of the International Law Commission”. *Australian Yearbook of International Law* 24 (2005), pp. 75–91.

Erasmus, G. and Davidson, L. “Do South Africans have a right to diplomatic protection?”. *South African Yearbook of International Law* 25 (2000), pp. 113–130.

- Feria Tinta, M. "Due process and the right to life in the context of the Vienna Convention on Consular Relations: arguing the *La Grand* case". *European Journal of International Law* 12 (2002), p. 363.
- Ferrari Bravo, L. "La pratique italienne de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 87–92.
- Flauss, J.-F. "Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique?" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 29–62.
- Flauss, J.-F. "Protection diplomatique et protection internationale des droits de l'homme". *Revue Suisse de Droit International et Européen* (2003), pp. 1–37.
- Flauss, J.-F. "Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique" in L. Condorelli (ed.), *Libertés, Justice et Tolérance: Mélanges en Hommage au Doyen Gérard Dohen-Jonathan* (2004), pp. 813–838.
- Flauss, J.-F. "Les contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique". *Revue Générale de Droit International Public* 109 (2005), pp. 407–419.
- Forcese, C. "Shelter from the storm: rethinking diplomatic protection of dual nationals in modern international law", *George Washington International Law Review* 37 (2005), pp. 469–500.
- Gaja, G. "Is a State specially affected when its nationals human rights are infringed?" in L.C. Vorah et al. (eds.), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honor of Antonio Cassese* (2003), pp. 373–382.
- Gaja, G. "Droits des Etats et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 63–69.
- Hopkins, K. "Diplomatic protection and the South African Constitution". *SA Public Law* 16 (2001), pp. 387–395.
- Iovane, M. "The 55th session of the International Law Commission". *Italian Yearbook of International Law* 13 (2003), pp. 173–177.
- Kooijmans, P. H. "Is the Right to Diplomatic Protection a Human Right?" in *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz* (2003), pp. 1975–1984.
- Künzli, A.M.H. "Case concerning Mexican nationals". *Leiden Journal of International Law* 18 (2005), pp. 49–64.
- Malenovsky, J. "La pratique de la protection diplomatique dans les P.E.C.O., en République Tchèque en particulier" in J.-F. Flauss, *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 93–107.
- Milano, E. "Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition", *Netherlands Yearbook of International Law* 35 (2004), pp. 85–142.
- Pastor Ridruejo, J. "La Pratique espagnole de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 109–113.
- Paulsson, J. "Continuous nationality in *Loewen*". *Arbitration International* 20 (2004), pp. 213–215.

- Pellet, A. "Human Rightism and International Law". *Italian Yearbook of International Law* 10 (2001), p. 3.
- Pinto, M. "De la protection diplomatique et la protection des droits de l'homme". *Revue Générale de Droit International Public* 106 (2002), pp. 513–547.
- Puissochet, J.-P. "La pratique française de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 115–120.
- Ress, G. "La pratique allemande de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 121–151.
- Santulli, C. "Travaux de la Commission du droit international". *Annuaire Français de Droit International* (2000), pp. 424–426; (2001), pp. 369–378; (2002), pp. 561–564; (2003), pp. 442–446.
- Santulli, C. "Entre protection diplomatique et action directe: la représentation" in *Colloque du Mans: Le Sujet en Droit International* (2005), pp. 85–98.
- Schermers, H. "Exhaustion of domestic remedies" in N. Ando et al. (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* (2002), pp. 947–975.
- Spiermann, O. "The *La Grand* case and the individual as a subject of international law". *Zeitschrift für öffentliches Recht* 58 (2003), pp. 197–221.
- Storost, C. "Der Fall Abbasi: Wegbereiter eines gemeineuropäischen Anspruchs auf diplomatischen Schutz?". *Archiv des Völkerrechts* 42 (2005), pp. 422–424.
- Warbick, C. and McGoldrick, D. "Current developments in public international law". *International and Comparative Law Quarterly* 51 (2002), pp. 723–733.
- Wittich, S. "Direct injury and the incidence of the local remedies rule". *Austrian Review of International and European Law* 5 (2000), pp. 121–187.
- Zieck, M. "Codification of the law of diplomatic protection: the first eight draft articles". *Leiden Journal of International Law* 14 (2001), pp. 209–232.
-