



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
12 April 2006
Russian
Original: English

Комиссия международного права

Пятьдесят восьмая сессия

Женева, 1 мая — 9 июня и

3 июля — 11 августа 2006 года

Дипломатическая защиты

Замечания и соображения, полученные от правительств

Содержание

	<i>Стр.</i>
II. Замечания и соображения, полученные от правительств	2
Общие замечания	2
Часть первая. Общие положения	2
Проект статьи 1. Определение и сфера применения	2
Проект статьи 2. Право осуществлять дипломатическую защиту	3
Часть вторая. Гражданство и национальность	4
Глава II. Физические лица	4
Проект статьи 7. Множественное гражданство и требование, предъявляемое государству гражданства	4
Глава III. Юридические лица	5
Проект статьи 9. Государство национальности корпорации	5
Часть третья. Внутренние средства правовой защиты	6
Проект статьи 16. Исключения из правила о внутренних средствах правовой защиты	6
Подпункт (а)	6
Подпункт (б)	6
Подпункт (с)	7
Часть четвертая. Различные положения	8
Проект статьи 17 — Действия или процедуры, иные, нежели дипломатическая защита	8

II. Замечания и соображения, полученные от правительств

Общие замечания

Италия

Правительство Италии приветствует проделанную Комиссией международного права работу и одобряет подход, принятый Комиссией при составлении проектов статей.

Часть первая. Общие положения

Проект статьи 1. Определение и сфера применения

Правительство Италии полагает, что при определении понятия «дипломатическая защита» и сферы его применения в проекте статьи 1 используется излишне традиционная формулировка, особенно когда речь идет о государстве, «выступающем от собственного имени в интересах физического лица, являющегося его гражданином». Такая формулировка подразумевает не только то, что право дипломатической защиты принадлежит лишь тому государству, которое осуществляет такую защиту, но и то, что лишь этому же государству принадлежит то право, которое было нарушено международно-противоправным деянием. Вместе с тем последняя концепция в нынешнем международном праве более не представляется правильной. Международный Суд установил по делам «*ЛаГранд*»¹ и «*Авена и другие мексиканские граждане (Авена)*»², что нарушение международных норм обращения с иностранцами может вести как к нарушению права государства гражданства, так и нарушению права индивида. К такому же выводу пришел Межамериканский суд по правам человека в своем Консультативном заключении ОС-16/99³.

В связи с этим правительство предлагает изменить проект статьи 1, с тем чтобы более ясно кодифицировать нынешнее международное право. Новая формулировка (которая была взята из дела «*Авена*», пункт 40) могла бы звучать:

Дипломатическая защита состоит из дипломатических мер или применения других средств мирного урегулирования со стороны государства, утверждающего о нарушении своих собственных прав и прав своего гражданина в связи с причинением вреда этому гражданину в результате международно-противоправного деяния другого государства.

Следует отметить, что в этой формулировке остается неизменной базовая концепция, в соответствии с которой право на осуществление дипломатической защиты принадлежит государству.

¹ 2001 *I.C.J. Reports* 466, para. 77.

² 43 *I.L.M.*, 2004, p. 581, para. 40.

³ Series A, No. 16 (1999), paras. 80–84.

Проект статьи 2. Право осуществлять дипломатическую защиту

Правительство Италии полагает, что осуществление дипломатической защиты, как правило, является правом, принадлежащим только государству, и что в международном праве не предусматриваются ни право лица, которому причинен вред, на получение дипломатической защиты от его государства, ни соответствующая обязанность для такого государства. Вместе с тем с точки зрения прогрессивного развития международного права, когда речь идет о защите основополагающих ценностей, касающихся достоинства человека и признанных международным сообществом в целом, в некоторых частных и очень ограниченных обстоятельствах было бы уместно иметь исключение из этого правила.

Специальный докладчик Джон Дугард, следуя вышеуказанному подходу, предусмотрел аналогичное исключение в случаях нарушения норм *jus cogens*. С другой стороны, правительство Италии полагает, что в проект статьи 2 следует включить более точное и более ограниченное исключение при следующих условиях: а) в случае серьезных нарушений основополагающих прав человека и, более конкретно, нарушений права на жизнь, запрета пыток и бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, запрещения рабства и запрещения расовой дискриминации; и б) в случае, если, кроме того, после этих нарушений потерпевший индивид не имеет возможности обратиться в международные судебные или квазисудебные органы, способные обеспечить возмещение. При совокупности этих двух условий государство гражданства должно быть обязанным осуществлять дипломатическую защиту в интересах потерпевшего и дополнительно обязано предоставить в пользу потерпевшего эффективные внутренние средства правовой защиты от его собственного отказа.

В вышеупомянутых исключительных обстоятельствах тот факт, что некоторые международно-правовые первичные нормы, касающиеся прав человека (которые, безусловно, имеют характер *jus cogens*), предоставляют также индивидуальные права, и тот факт, что их нарушение (которое ведет к очень серьезной ответственности государств) сопряжено также с нарушением индивидуальных прав, не могут не сказываться на вторичных нормах, касающихся дипломатической защиты, отражаясь на связи между государством гражданства и потерпевшим индивидом. Следует также учитывать, что в этих исключительных и остаточных условиях дипломатическая защита является единственным имеющимся у индивида средством защиты, и таким образом отказ в ней со стороны государства гражданства наносил бы ущерб этим основополагающим принципам, касающимся достоинства человека, которые решительно намеревается защищать все международное сообщество.

В связи с этим правительство предлагает добавить в статью 2 два пункта, которые можно было бы сформулировать следующим образом:

2. Несмотря на положения пункта 1, государство несет правовую обязанность осуществлять по просьбе дипломатическую защиту в интересах лица, которому причинен вред:

а) если вред является результатом вменяемого другому государству серьезного нарушения международного обязательства, имеющего

крайне важное значение для охраны интересов человека, связанной с защитой права на жизнь, запрещением пыток или бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания и запрещением рабства и расовой дискриминации;

b) если, кроме того, лицо, которому причинен вред, не может обратиться с требованием в связи с причиненным вредом в компетентный международный суд или трибунал или орган судебного характера.

3. В случаях, изложенных в пункте 2, государства обязаны предусмотреть в своем внутреннем государственном праве обеспечение осуществления права индивида на дипломатическую защиту в компетентном национальном суде или другом независимом национальном органе.

Часть вторая. Гражданство и национальность

Глава II. Физические лица

Проект статьи 7. Множественное гражданство и требование, предъявляемое государству гражданства

В связи с возможностью осуществления тем или иным государством дипломатической защиты против другого государства правительство Италии предлагает вновь ввести критерий подлинной связи вместе критерия преобладающего гражданства. Как представляется, критерий подлинной и эффективной связи более соответствует элементам, выделенным в международном прецедентном праве⁴.

По вышеуказанным причинам правительство предлагает следующую формулировку окончательного текста проекта статьи 7:

Государство гражданства может осуществлять дипломатическую защиту какого-либо лица против государства, гражданином которого это лицо также является, при наличии подлинной связи между этим лицом и последним государством как на момент причинения вреда, так и в день официального предъявления требования.

⁴ См. решение Международного Суда от 6 апреля 1955 года по делу «Ноттебом», *I.C.J.*, 1955, pp. 25–26; решение согласительной комиссии Италии и Соединенных Штатов по иску «Мерже», *I.L.R.*, 1955, p. 455; и решения Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов от 29 марта 1983 года по делу № 157 «Насер Эсфаханян против Банка “Теджарат”», *I.U.C.T.R.*, 1984, vol. 2, p. 166 ff., и по делу № 211 «Атаолла Голпира против правительства Исламской Республики Иран», *ibid.*, pp. 174–175, соответственно.

Глава III. Юридические лица

Проект статьи 9. Государство национальности корпорации

Правительство Италии сомневается в том, что предоставление национальности корпорации для целей дипломатической защиты должно зависеть как от места инкорпорации, так и от места зарегистрированного отделения (в тексте на французском языке — “siège social”) или от месторасположения правления или каких-то аналогичных связей. Верно, что в решении Международного Суда по делу «Барселона трекшн», являющемуся единственным в своем роде прецедентом, на который ссылается Комиссия, одновременно учитываются два связующих фактора⁵. Вместе с тем Суд рассматривал дело, в котором эти два связующих фактора фактически совпадали. Кроме того, Суд также счел, что «в конкретной сфере дипломатической защиты корпораций нет общепризнанного абсолютно авторитетного текста с изложением „подлинной связи”». Помимо дела «Барселона трекшн», правительство испытывает озабоченность по поводу такого случая, когда корпорация, инкорпорированная в одном государстве, впоследствии переводит свое зарегистрированное отделение или правление в другое государство. Этот случай отнюдь не теоретический. К примеру, именно об этом идет речь в статье 8 постановления Совета Европейского союза от 8 октября 2001 года (ЕС) No. 2157/2001) о статуте европейской компании. Трудно представить себе, какое решение принял бы Суд в 1970 году, если бы он имел дело с корпорацией, использующей возможности, о которых идет речь в статье 8 постановления Европейского сообщества!

Нет никаких сомнений в том, что если инкорпорация имеет место в государстве, ином, нежели то, с которым связана корпорация на основе других связующих факторов, предусмотренных в проекте статьи 9, то одновременное применение критерия государства инкорпорации и других критериев приводит к отсутствию какой бы то ни было дипломатической защиты. Из комментариев к проекту статьи 9 не ясно, в какой степени Комиссия рассмотрела эту возможность. В любом случае правительство предлагает, для устранения подобного пробела не учитывать в проекте статьи 9 место инкорпорации для целей дипломатической защиты; вместо этого следует рассмотреть один из других связующих факторов, предусмотренных в проекте статьи 9. Хотя такой подход может привести к ситуации, в которой в целях дипломатической защиты будут рассматриваться несколько государств, его следует предпочесть такому подходу, при котором в качестве государства национальности не могут рассматриваться никакие государства. Представляется очевидным, что координация разных государств национальности могла бы быть достигнута посредством применения критериев, предусмотренных в проекте статьи 6, касающейся физических лиц.

⁵ *I.C.J. Reports*, 1970, para. 70.

Часть третья. Внутренние средства правовой защиты

Проект статьи 16. Исключения из правила о внутренних средствах правовой защиты

Подпункт (а)

Правительство Италии полагает, что первое исключение из правила о внутренних средствах правовой защиты, являющееся также самым важным, сформулировано излишне лаконично и ограничительно.

Во-первых, следует учитывать, что в международной практике и прецедентном праве со временем был выработан ряд исключений, а именно «отсутствие», «недоступность», «неэффективность» и «неадекватность» внутренних средств правовой защиты. Они носят характер четырех конкретных, точных и автономных концепций, и представляется весьма затруднительным учесть их все в рамках так называемого критерия «правила тщетности» или в рамках аналогичного критерия наподобие того, который используется в подпункте (а) статьи 16 проекта («не дают никакой разумной возможности эффективного возмещения»). Фактически эта формулировка в подпункте (а) не включает все вышеупомянутые исключения, а касается скорее немного иной проблемы: изыскания наиболее подходящего или толковательного критерия для конкретной оценки в каждом отдельном случае тщетности внутренних средств правовой защиты, особенно с точки зрения их неэффективности. В связи с этим формулировка подпункта (а) представляется излишне расплывчатой, неопределенной и общей, порождая опасность того, что не будут охвачены все вышеупомянутые исключения в ущерб интересам потерпевшего. Правительство предлагает изменить подпункт (а) следующим образом:

а) внутренние средства правовой защиты не существуют или недоступны, или неэффективны, или неадекватны.

Во-вторых, если Комиссия международного права не примет вышеупомянутое предложение и предпочтет сохранить единую и всеобъемлющую формулировку, то правительство полагает, что нынешняя формулировка подпункта (а) излишне ограничительна, учитывая самые последние изменения во внутренних средствах правовой защиты не только в сфере дипломатической защиты в строгом смысле, но и в сфере прав человека. Фактически практика продвигается в сторону более гибкого толковательного критерия, который лучше отражался бы следующей формулировкой: «Внутренние средства правовой защиты не дают разумной надежды на успех». Эта формулировка была рассмотрена, однако, к сожалению, отвергнута Специальным докладчиком Дугардом. Вместе с тем правительство считает, что нынешняя формулировка подпункта (а) противоречит тенденции в международной практике и создает опасность того, что будущее применение правила о внутренних средствах правовой защиты будет носить менее гибкий и менее благоприятный для индивидов характер.

Подпункт (b)

Правительство Италии полагает, что в подпункт (b) следует включить не только положение о необоснованной задержке в процессе осуществления правовой защиты, но и положение об отказе в правосудии как таковом. В действительности международная практика показывает, что существует исключение из

правила о внутренних средствах правовой защиты, когда (на любом этапе процесса осуществления правовой защиты) местные суды отказываются вести дело⁶ или не обладают необходимой независимостью⁷, или выносят явно несправедливое решение или решение *mala fide*, или нарушают основополагающие процессуальные права индивида⁸. С другой стороны, исключение в связи с отказом в правосудии не может без труда быть выведено из положений подпункта (a) статьи 16. В связи с этим подпункт (b) следует изменить следующим образом:

- b) имел место отказ в правосудии или существует необоснованная задержка в процессе осуществления правовой защиты, которая может быть вменена предположительно несущему ответственность государству.

Подпункт (c)

Правительство Италии полагает, что содержащееся в подпункте (c) положение следует разделить на два разных пункта, поскольку в нем идет речь о двух разных исключениях из правила о внутренних средствах правовой защиты: a) «нет никакой относящейся к делу связи между потерпевшим лицом и предположительно несущим ответственность государством»; и b) «обстоятельства дела иным образом делают исчерпание внутренних средств правовой защиты неразумным». Между этими двумя исключениями нет никакой смысловой связи. Кроме того, при нынешней формулировке представляется неясным, является ли отсутствие относящейся к делу связи исключением само по себе или оно является таковым лишь тогда, когда оно делает неразумным исчерпание внутренних средств правовой защиты (как, пожалуй, можно было бы вывести из положений пункта (7) комментария к проекту статьи 16).

С учетом вышесказанного правительство полагает, что второе вышеуказанное исключение (связанное с обстоятельствами дела) следует сформулировать более детально и одновременно более конкретно, прямо используя хорошо известную терминологию «особых обстоятельств» и перечисляя в проекте статьи 16 (или по крайней мере в комментарии) наиболее важные «особые обстоятельства», которые могут быть выведены из международной практики.

Термин «особые обстоятельства» можно найти в практике, существующей в сфере дипломатической защиты в строгом смысле, и даже еще чаще — в сфере прав человека. Кроме того, практика в обеих сферах позволяет выделить главные особые обстоятельства объективного и субъективного характера, которые крайне затрудняют потерпевшему исчерпание внутренних средств правовой защиты. К их числу относятся: a) серьезные и объективные трудности практического или пространственного характера⁹; b) ситуации, сопряженные с опасностью, риск репрессий или серьезного ущерба или непомерно высокие

⁶ *Cotesworth and Powell case*, in A. de La Pradelle and A. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, III, p. 726.

⁷ *Robert E. Brown, claim*, 6 *UNRIAA*, p. 124 ff.; *Don Pacifico case*, J.B. Moore, *Digest*, 6, p. 853; *Panevezys-Salutiskis Railway case*, *P.C.I.J.*, Series C, No. 86, p. 195; *case concerning the Aerial Incident of 27 July 1955*, *I.C.J. Pleadings*, 1959, p. 327.

⁸ *Salem case*, 2 *UNRIAA*, p. 1202; *B.E. Chattin v. United Mexican States*, 4 *UNRIAA*, p. 288 ff.

⁹ *Carmalt*, in A. de La Pradelle and A. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, III, p. 126; *Perry*, *ibid.*, p. 127; *Nottebohm*, 1 *I.C.J. Pleadings*, p. 416.

судебные расходы¹⁰; с) общие условия недостатков в функционировании системы отправления правосудия или нестабильности всего правительственного аппарата¹¹; d) противоправные законодательные меры или незаконная административная практика¹²; и е) ситуации серьезных и систематических нарушений прав человека¹³. Три последние обстоятельства являются наиболее важными и актуальными в нынешней практике.

Вместе с тем правительство отмечает, что в нынешней формулировке подпункт (с) проекта статьи 16 приобретает лишь периферийное и остаточное значение. Это подтверждается также в комментарии, который весьма краток и в котором ввиду наличия примеров лишь небольшого числа обстоятельств умалчиваются наиболее важные из них.

Правительство, напротив, придает большое значение этому исключению и полагает, что включение в проект статьи прямого и автономного исключения, касающегося «особых обстоятельств» с последующим перечнем примеров, учитывающим также новейшую практику в сфере прав человека, явилось бы заметным вкладом в прогрессивное развитие международного права в части исключений из правила о внутренних средствах правовой защиты.

Часть четвертая. Различные положения

Проект статьи 17. Действия или процедуры, иные, нежели дипломатическая защита

Статья включает оговорку, позволяющую государству или подлежащему защите лицу обращаться к действиям или процедурам, иным, нежели дипломатическая защита, по международному праву. В числе подобных процедур в комментарии (пункт 4) упоминаются процедуры, предусмотренные в различных международных конвенциях по правам человека, или процедуры, нацеленные на создание механизмов по защите инвестиций. Кроме того, в комментарии (пункт 6, последнее предложение) Комиссия предупреждает о том, что даже в том случае, когда государство использует ту или иную альтернативную процедуру, оно по-прежнему будет иметь возможность осуществлять свое право на дипломатическую защиту своего гражданина.

Правительство Италии подчеркивает важность последней части пункта 6 комментария. Вместе с тем оно полагает, что эту часть можно улучшить и сделать более конкретной и что эти конкретные положения следует включить в текст проекта статьи 17. В том случае, когда применяется альтернативная процедура, будь то государством или подлежащим защите индивидом, и ее применение влечет за собой вынесение обязательного для выполнения решения в

¹⁰ *Neptune*, in A. de LaPradelle and A. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, I, p. 139 ff.; *Nottebohm*, 1 *I.C.J. Pleadings*, p. 408.

¹¹ *Akdivar*, ECHR, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV, para. 69; *Aksoy*, *ibid.*, paras. 52–57; *Godinez Cruz* case, IACHR, Series C, No. 5, para. 58; and others.

¹² *Donnelly*, ECHR, CD, vol. 43, p. 146; *Akdivar*, *op. cit.*, para. 67; *Velásquez Rodríguez*, IACHR, Series C, No. 4, para. 68; and others.

¹³ *Barbato v. Uruguay* (84/1981), *Official Records of the General Assembly, Thirty-eighth Session, Supplement No. 40 (A/38/40)*, annex IX; *Free Legal Assistance Group*, Afr. CHRPR, *I.H.R.R.* 1997, p. 92; *Amnesty International*, *ibid.*, 2001, p. 261; and others.

полной мере независимым и беспристрастным судьей, право на осуществление дипломатической защиты не должно более существовать. Не должно быть никаких оснований для осуществления дипломатической защиты в таком случае, поскольку принятые меры являются основанием для более надежной ликвидации последствий любого противоправного деяния, которое могло бы быть совершено. Иным был бы результат применения альтернативной процедуры в такой структуре (к примеру, Комитет по правам человека, учрежденный в соответствии с положениями статьи 28 Международного пакта о гражданских и политических правах), которая не уполномочена принимать решения обязательного характера. В этом случае государство нельзя принудить отказаться от своего права осуществлять дипломатическую защиту, учитывая тот факт, что государство-правонарушитель, факт правонарушения которого был установлен этой структурой, не обязано выполнять подобное решение и обременять себя его последствиями.

В связи с этим правительство предлагает принять в проекте статьи 17 такой подход, который позволяет координировать дипломатическую защиту и альтернативные процедуры на ~~основе вышеупомянутого~~ критерия. Правительство сознает, что Комиссия отвергла предложение одного из ее членов рассматривать средства правовой защиты, связанные с правами человека, как *lex specialis* применительно к нормам дипломатической защиты (см. комментарий, пункт 7), и признает, что применительно к любому альтернативному средству правовой защиты такое предложение было бы, безусловно, излишним. Вместе с тем правительство Италии считает такое предложение более разумным, если оно будет касаться лишь вышеупомянутой более узкой категории юрисдикционных средств правовой защиты.