



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
30 August 2013
Russian
Original: English/Spanish

Шестьдесят восьмая сессия

Пункт 82 предварительной повестки дня*

Дипломатическая защита

Дипломатическая защита

Комментарии и информация, полученные от правительств

Доклад Генерального секретаря

Добавление

I. Введение

По состоянию на 30 августа 2013 года Генеральный секретарь также получил письменные комментарии от Колумбии (от 11 июня 2013 года), Сальвадора (от 16 июля 2013 года) и Португалии (от 25 июля 2013 года).

II. Комментарии по любым последующим действиям, касающимся статей о дипломатической защите

Колумбия

[Подлинный текст на испанском языке]
[11 июня 2013 года]

Положения, содержащиеся в рассматриваемых проектах статей, имеют общий характер, и следовательно, их применение не ограничивается каким-либо конкретным случаем. Таким образом, *prima facie* они могут послужить основой для норм общего международного права.

Исходя из вышесказанного, если будущий договор ратифицирует большое число сторон, то содержащиеся в этом международном документе положения могут постепенно и при наличии надлежащей практики получить статус международных обычаев.

* A/68/150.



Сальвадор

[Подлинный текст на испанском языке]

[16 июля 2013 года]

Что касается окончательного варианта обсуждаемых здесь проектов статей, то Республика Сальвадор сохраняет готовность, уже выраженную ею на предыдущих сессиях¹, приложить необходимые усилия для того, чтобы эти проекты стали международным документом, имеющим обязательную юридическую силу, при условии, что при этом будет признана необходимость усиления защиты прав человека всех лиц и гарантировано эффективное право всех государств на защиту своих граждан и их законных интересов в сфере международных отношений.

В целом Сальвадор соглашается с направленностью проектов статей и выраженным в них стремлением к мирному разрешению международных споров, поэтому он одобряет их содержание, не исключая при этом — как упоминалось выше — возможности дискуссии относительно внесения в этот текст определенных поправок в целях повышения его действенности и оптимизации его применения.

Португалия

[Подлинный текст на английском языке]

[16 июля 2013 года]

Комиссия международного права подготовила документ, содержащий 19 проектов статей о дипломатической защите в течение менее чем 10 лет с того момента, когда эта тема впервые была признана приемлемой для кодификации и прогрессивного развития. Этот факт свидетельствует об актуальности и пригодности указанной темы для кодификации, а также о том, что Комиссия является полезным институтом в контексте современных международных отношений.

Португалия уже имела возможность выразить свое удовлетворение в связи с разработкой проектов статей, а также в связи с рекомендацией Комиссии относительно разработки конвенции на основе этих проектов статей².

Португалия выражает свое согласие с проектами статей в целом и с тем, что они могли бы лечь в основу международной конвенции, невзирая на тот факт, что в ходе прений в Шестом комитете она выразила несогласие с некоторыми аспектами, в частности с теми, которые касаются сферы применения и конкретного содержания проектов статей³. Эти и другие вопросы могут обсуждаться в рамках органа по подготовке конвенции.

¹ См. A/C.6/62/SR.10, пункты 12 и 13, и A/C.6/65/SR.16, пункт 16.

² См. A/C.6/61/SR.10, пункты 61 и 71, A/C.6/62/SR.10, пункты 6 и 7, A/C.6/65/SR.16, пункт 13, A/62/118 и A/65/182.

³ См. A/C.6/61/SR.10, пункты 61–70.

Португалия считает, что проекты статей о дипломатической защите и статей об ответственности государств могли бы стать частью параллельных конвенций, поскольку эти темы традиционно связаны друг с другом, как это было признано самой Комиссией международного права. Это стало бы важным шагом в направлении укрепления права международной ответственности.

III. Комментарии по статьям о дипломатической защите

Колумбия

[Подлинный текст на английском и испанском языках]
[11 июня 2013 года]

Нижеперечисленные статьи *prima facie* имеют характер правовых обычаев, поскольку они нашли надлежащее отражение на практике и в *opinio juris* государств: 1 (Определение и сфера применения); 2 (Право осуществлять дипломатическую защиту); 3 (Защита со стороны государства гражданства или национальности); 4 (Государство гражданства физического лица); 6 (Множественное гражданство и требование, предъявляемое третьему государству); 7 (Множественное гражданство и требование, предъявляемое государству гражданства); 9 (Государство национальности корпорации); 10 (Непрерывная национальность корпорации); 12 (Прямой вред акционерам); 14 (Исчерпание внутренних средств правовой защиты); 15 (Исключения из правила о внутренних средствах правовой защиты), пункты (a), (b) и (d); 16 (Действия или процедуры, иные, нежели дипломатическая защита); 17 (Специальные нормы международного права) и 18 (Защита экипажей морских судов).

Исходя из этого, конвенция, которая, возможно, будет принята, будет иметь декларативный характер по отношению к вышеперечисленным положениям и не повлечет за собой принятие колумбийским государством новых обязательств.

Проект статей о дипломатической защите представляет собой общий свод практики международного права в сфере осуществления дипломатической защиты. Однако рассматриваемый документ также включает статьи, касающиеся функции обеспечения прогрессивного развития международного права, возложенной на Комиссию. В соответствии с этим ниже представлен юридический анализ тех статей, которые представляют собой материал для разработки *lege ferenda*, не опирающийся на существующую практику и *opinio juris* государств.

Статья 5, пункт 1 — Непрерывное гражданство физического лица

В пункте 1 проекта статьи 5 предусматривается, что дипломатическая защита в отношении лица обеспечивается, если оно являлось гражданином соответствующего государства непрерывно с даты причинения вреда по дату официального предъявления требования государством, осуществляющим дипломатическую защиту. Без ущерба для вышеизложенного, указанное положение предусматривает, что непрерывность гражданства физического лица презюмируется в тех случаях, когда представляется возможным подтвердить наличие такого гражданства на дату причинения вреда и в момент официального предъявления требования.

В этой связи следует отметить, что, по мнению Комиссии, международных судов и авторитетных юристов, требуется, чтобы гражданство совпадало только в двух вышеупомянутых моментах, и нет необходимости проверять, сохраняло ли соответствующее физическое лицо такое гражданство непрерывно.

Исходя из этого, вышеуказанный вспомогательный орган уточняет, что пункт 1 статьи 5 является шагом в направлении прогрессивного развития, призванным удовлетворить и примирить друг с другом различные интересы (пункт 2 комментария к статье 5), что сформулировано следующим образом:

В пункте 1 закрепляется традиционный принцип, согласно которому государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица, которое являлось его гражданином как во время причинения вреда, так и на дату официального предъявления требования. Практика государств и теория не дают четкого ответа на вопрос о том, должен ли гражданин сохранять гражданство государства, предъявляющего требование, между этими двумя датами в значительной мере по причине того, что на практике этот вопрос возникает весьма редко. Поэтому Институт международного права в 1965 году оставил открытым вопрос о том, должно ли сохраняться гражданство между обеими датами. *Вместе с тем нелепо требовать, чтобы одно и то же гражданство было показано как на дату причинения вреда, так и на дату официального предъявления требования, и при этом не требовать того, чтобы оно сохранялось между этими двумя датами. Таким образом, в порядке прогрессивного развития права была составлена эта норма, требующая, чтобы лицо, которому причинен вред, являлось гражданином непрерывно с даты причинения вреда по дату официального предъявления требования. Ввиду трудности представления доказательств непрерывности презюмируется существование одного и того же гражданства на обе эти даты. Разумеется, эта презумпция является опровержимой⁴.*

В соответствии с вышеизложенным прогрессивное развитие, предложенное Комиссией, заключается в том, чтобы сохранить требование непрерывности гражданства и, со временем, признать существование презумпции, которую необходимо будет опровергнуть государству-ответчику, то есть тому государству, которое якобы причинило вред гражданину государства-заявителя.

Без ущерба для вышесказанного следует отметить, что это проявление прогрессивного развития не отменяет традиционной практики осуществления дипломатической защиты. По сути это предложение содержит требование, вытекающее из решений международных судов, и призвано заполнить правовой вакуум, наличие которого признается учеными-юристами и международными судебными органами. Соответственно, приведенное выше положение предусматривает развитие в меньших масштабах, с тем чтобы уточнить объем требования, уже предъявляемого на практике.

⁴ См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/61/10)*, пункт 49.

Статья 8 — Лица без гражданства и беженцы

В проекте статьи 8 предлагается учесть достижения международного права в том, что касается юридического признания и защиты лиц без гражданства и беженцев на основании положений соответствующих международных документов, наиболее актуальных для данного вопроса, в том числе Конвенции о статусе беженцев 1951 года, Конвенции о статусе апатридов 1954 года и Конвенции о сокращении количества случаев безгражданства 1961 года.

Таким образом, в этой статье речь идет о современном явлении, которое не рассматривалось судами, исторически занимавшимися урегулированием требований, предъявляемых в порядке дипломатической защиты. Следовательно, в отсутствие какой-либо правовой основы в виде достаточного числа случаев в практике государств и *opinio juris*, вышеупомянутое положение является примером выполнения Комиссией международного права ее функции по обеспечению прогрессивного развития.

В этой связи следует отметить, что статья 8 является попыткой прогрессивного развития, которая представляет собой более радикальное отступление от международного обычного права, регулирующего осуществление дипломатической защиты. По сути, предусматривая осуществление этого права в отношении лиц без гражданства и беженцев, статья 8 устраняет одно из основных требований дипломатической защиты — наличие гражданства.

Без ущерба для вышесказанного следует подчеркнуть, что распространение этой прерогативы государства на лиц без гражданства зависит от соблюдения следующих конкретных требований.

Во-первых, требование о наличии гражданства заменяется другим условием осуществления дипломатической защиты, а именно подтверждением факта законного и обычного проживания беженца или лица без гражданства. Во-вторых, в отношении беженцев указывается, что принимающее государство предоставило лицу этот статус в соответствии с внутренним законодательством этого государства и действующими нормами международного права.

Кроме того, в пункте 3 проекта статьи 8 четко оговаривается, что государство, принявшее беженца, не может инициировать судебный процесс против государства, гражданином которого является этот беженец. В своих комментариях к этому проекту Комиссия поясняет это следующим образом:

Возможность осуществления такой защиты противоречила бы основному используемому в настоящих проектах статей подходу, согласно которому гражданство является преобладающей основой для осуществления дипломатической защиты. Включение этого пункта оправдано также и политическими соображениями. Большинство беженцев имеют серьезные основания для обжалования обращения с ними, применявшегося в их государстве гражданства, откуда они спасались бегством, чтобы не быть жертвами преследований. Разрешить дипломатическую защиту в подобных случаях значило бы открыть шлюзы для нескончаемого потока международных судебных споров. Кроме того, опасность требований о при-

нятии подобных мер со стороны беженцев может удерживать государства от приема беженцев⁵.

Этот запрет, в свою очередь, подкрепляется пунктом 3 статьи 5, в котором исключается предъявление требования в порядке дипломатической защиты к государству гражданства беженца, а также статьей 7.

Без ущерба для вышеизложенного, следует отметить, что понятия «преобладающее гражданство», употребленное в статье 7, и «дата причинения вреда», закрепленное в статье 5, могут повлечь за собой предъявление требований в порядке дипломатической защиты к прежнему государству гражданства беженца со стороны государства, которое, после предоставления убежища, постановило предоставить этому беженцу гражданство.

Эта ситуация могла бы иметь место в случае возникновения связей, имеющих длящийся или повторяющийся характер. По сути, согласно мнению Комиссии международного права, в случае наличия связей, имеющих длящийся характер, дата причинения вреда необязательно должна быть точной датой⁶, оно может охватывать определенный период времени. Таким образом, было бы целесообразно полагать, что беженец, получивший новое гражданство, продолжает зависеть от действий государства своего первоначального гражданства.

В этой связи следует напомнить о том, что для целей осуществления дипломатической защиты в отношении беженца требуется установить факт его законного и обычного проживания. Кроме того, следует отметить, что факт обычного проживания является основанием для придания гражданству одного государства преобладающего характера по сравнению с гражданством другого.

Исходя из вышесказанного, при возникновении ситуации, в которой постоянно нарушаются права беженца, получившего новое гражданство, государство, принявшее беженца, обладало бы возможностью предъявить государству первоначального гражданства соответствующее требование в порядке дипломатической защиты. Эта возможность грубо противоречила бы общему принципу, согласно которому это право в отношении государства гражданства не осуществляется.

Статья 15 — Исключения из правила о внутренних средствах правовой защиты

В проекте статьи 15 говорится об исключениях из одного из основных требований, предъявляемых к осуществлению дипломатической защиты, — требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты.

В пункте (с) комментария к этому проекту говорится о случаях, когда лицо добровольно согласилось с риском того, что при причинении ему вреда на него будут распространяться внутренние процедуры принимающего государства. Однако это положение не подкрепляется какой-либо государственной практикой.

⁵ Там же, пункт 10 комментария к статье 8.

⁶ «Первое требование касается того, чтобы гражданин, которому причинен вред, являлся гражданином государства-заявителя на дату причинения вреда. *Дата причинения вреда необязательно должна быть точной датой; она может охватывать период времени, если вред заключается в нескольких актах или длящемся акте, совершенном за определенный период времени*». Там же, пункт 3 комментария к статье 5.

тикой и следовательно, является примером выполнения Комиссией ее функции по обеспечению прогрессивного развития. Кроме того, этот орган оговаривает, что, обратившись в ходе анализа комментария к вышеуказанному пункту, он был не в состоянии определить, какова была конкретная цель его включения в документ.

Со своей стороны Комиссия признает следующее: пункт (d) статьи 15 признан способствовать прогрессивному развитию одного из исключений из требования о первоначальном исчерпании средств, с тем чтобы прояснить те случаи, в которых явно невозможно прибегнуть к этим средствам:

Этот пункт, который представляет собой результат прогрессивного развития права, должен трактоваться узко, при этом бремя доказывания лежит на лице, которому причинен ущерб и которое должно показать не только то, что имеются серьезные препятствия и трудности, мешающие исчерпанию внутренних средств правовой защиты, *но и что оно явно лишено возможности использования такими средствами*. Не предпринято какой-либо попытки предусмотреть всеобъемлющий перечень факторов, которые могут подпадать под это изъятие⁷.

Как можно видеть, к прогрессивному развитию в данном пункте прибегают с целью уточнить процессуальный аспект предъявления требований, не создавая новых обязательств, значительным образом влияющих на осуществление дипломатической защиты.

Статья 19 — Рекомендуемая практика

Статья 19 по своей формулировке является нетипичной для многосторонних договоров, поскольку ее положения преподносятся в рекомендательной форме и тем самым противопоставляются обязательствам, имеющим для государств юридическую силу.

Следует отметить, что, хотя международное право не признает норму, обязывающую государства осуществлять дипломатическую защиту, указанное положение закрепляет обязанность должным образом рассмотреть возможность осуществления этой защиты⁸.

Таким образом, следует с надлежащей осмотрительностью изучить возможность того, что указанной норме будет придан характер обязательства, согласно которому колумбийское государство должно будет рассматривать все требования, предъявляемые в порядке дипломатической защиты, в соответствии со стандартами, которые еще не определены.

⁷ Там же, пункт 11 комментария к статье 15.

⁸ Малкольм Шоу уточняет: «Вместе с тем в международном праве не предусматривается каких бы то ни было обязательств для государств по предоставлению дипломатической защиты своим гражданам за рубежом, хотя можно утверждать, что граждане имеют право просить правительство своей страны рассмотреть вопрос о дипломатической защите и что правительство обязано рационально подойти к рассмотрению этой просьбы». См. *International Law*, 6th ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2008), p. 809.

Сальвадор

[Подлинный текст на испанском языке]

[16 июля 2013 года]

Республика Сальвадор придает большое значение проектам статей о дипломатической защите, так как они явились результатом углубленного исследования, проведенного Комиссией международного права с целью содействия кодификации и прогрессивному развитию статей путем разработки положений, отражающих практику государств, а также затрагивающих новые вопросы в рамках этой темы.

Дипломатическая защита является классическим элементом международного права, однако его структура должна быть последовательной и совместимой с нормативной системой, в которую она в настоящее время интегрируется, а именно в международные правовые рамки, созданные на основе ряда принципов и норм, регулирующих отношения сотрудничества между государствами, а также положение других субъектов международного права.

В сущности, дипломатическая защита играла важную роль с самого начала своего существования, поскольку в ее основу был положен тезис о равенстве государств, в эпоху, когда права частных лиц в сфере международного права не признавались, в результате чего она превратилась в единственно возможную меру, гарантирующую признание и возмещение вреда, причиненного одним государством другому.

Вместе с тем в настоящее время инструмент дипломатической защиты следует рассматривать как один из разнообразных существующих ресурсов, благодаря которым гарантируется соблюдение прав частных лиц в международном сообществе и защита государственных интересов, если он сосуществует с другими инструментами, такими как правила, касающиеся ответственности государств, и юрисдикция международных судов, и при этом между ними не возникает несовместимость. Именно эта столь важная охранная функция, в конечном итоге, имеет принципиальное значение для дипломатической защиты как эффективного инструмента в сфере международного права.

В силу вышеизложенного можно утверждать, что проекты статей о дипломатической защите не ограничивают сферу применения основного правила международной ответственности государств, в соответствии с которым признается, что всякий раз, когда государство совершает международно противоправное деяние, наступает соответствующая международная ответственность, и как следствие, если речь идет о противоправном деянии в отношении иностранного гражданина, незамедлительно возникает международная ответственность, предполагающая прекращение такого поведения и полное возмещение причиненного вреда, что может быть сделано в виде реституции, компенсации или сатисфакции.

Кроме того, следует отметить, что в сфере внутреннего права инструмент дипломатической защиты имеет столь большое значение, что он был закреплен в статье 99 Конституции Республики, которая гласит:

Иностранцы не могут прибегать к дипломатическим каналам за исключением случаев отказа в правосудии и после исчерпания средств правовой защиты, которые следует предоставить им в оперативном порядке. Под отказом в правосудии не подразумевается принятие судебного решения, неблагоприятного для истца.

Содержащееся в этом положении конституции упоминание об отказе в правосудии как об элементе, наличие которого может привести к осуществлению дипломатической защиты, служит подтверждением того, что эта мера носит сугубо восстановительно-возместительный характер и может быть применена только после совершения государством противоправного деяния.

Можно сопоставить требование об исчерпании внутренних средств правовой защиты с аналогичным положением, содержащимся в проектах статей, подготовленных Комиссией, поскольку прежде чем предъявить международное требование, необходимо использовать имеющиеся ресурсы на национальном уровне, чтобы добиться соответствующего возмещения вреда. Вышеизложенное имеет силу без ущерба для международно признанных исключений, позволяющих законным путем обойти это требование, как то: необоснованная задержка, недоступность внутренних средств правовой защиты, явная невозможность лица получить доступ к имеющимся средствам правовой защиты и наконец, прямо выраженный государством отказ.

Для функционирования механизма дипломатической защиты считается принципиально важным проводить в каждом конкретном случае анализ различных фактических обстоятельств, которые привели к ее осуществлению, в частности, тяжесть причиненного вреда и мнение потерпевших относительно оказанной им защиты и получения возмещения, как об этом говорится в проекте статьи 19.

Комиссия международного права уже указала в комментариях к проектам статей, что дискреционное право государств осуществлять дипломатическую защиту должно трактоваться с учетом проекта статьи 19 (Рекомендованная практика), поэтому Республика Сальвадор полагает, что эта взаимосвязь выражена недостаточно отчетливо, принимая во внимание, что «рекомендованная практика» была помещена в конец документа и включена в главу «различные положения», как если бы это положение имело меньшую важность.

Если действительно поставлена цель достигнуть надлежащего равновесия между свободой усмотрения в вопросах дипломатической защиты и регулированием соответствующих элементов, которыми следует руководствоваться при ее осуществлении, то необходимо увязать друг с другом содержание статьи 2 (Право осуществлять дипломатическую защиту) и статьи 19 (Рекомендованная практика), не исключая при этом возможности изменения расположения последней в тексте документа и использованных в ней формулировок. Вышеизложенные положения призваны гарантировать, что актуальный подход, принятый Комиссией международного права при разработке проектов статей, найдет надлежащее отражение в юридической практике, как это было указано в ее соответствующих комментариях.