



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
7 March 2002
Russian
Original: English/French

Комиссия международного права

Пятьдесят четвертая сессия

Женева, 29 апреля — 7 июня и 22 июля — 16 августа

2002 года

Третий доклад по вопросу о дипломатической защите, подготовленный Специальным докладчиком, г-ном Джоном Дугардом

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
A. Введение	1–17	2
1. Нынешнее положение дел с исследованием вопроса о дипломатической защите	1–10	2
2. Подход Специального докладчика	11–12	4
3. Будущее направление проектов статей	13–17	4
B. Исключения из общего принципа необходимости исчерпания местных средств правовой защиты	18–101	6
Статья 14		
1. Бесполезность (статья 14(a))	18–45	6
2. Отказ и эстопель (статья 14(b))	46–64	20
3. Добровольная связь и территориальная связь (статья 14(c) и (d)) ..	65–89	30
4. Излишняя задержка (статья 14(e))	90–99	41
5. Отказ в доступе (статья 14(f))	100–101	44
C. Бремя доказывания	102–118	45
Статья 15		45

А. Введение*

1. Нынешнее положение дел с исследованием вопроса о дипломатической защите

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

2. На своем 2501-м заседании 11 июля 1997 года Комиссия назначила г-на Мохамеда Беннуну Специальным докладчиком по данной теме. Генеральная Ассамблея в пункте 8 своей резолюции 52/156, принятой 15 декабря 1997 года, одобрила решение Комиссии о включении в свою повестку дня темы «Дипломатическая защита».

3. Комиссия рассмотрела предварительный доклад (A/CN.4/484) Специального докладчика на своих 2520–2523-м заседаниях в период с 28 апреля по 1 мая 1998 года.

4. Комиссия на своем 2534-м заседании, состоявшемся 22 мая 1998 года, учредила Рабочую группу открытого состава, возглавляемую Специальным докладчиком по этому вопросу г-ном М. Беннуной, для рассмотрения возможных выводов, которые могут быть сделаны на основе обсуждения подхода к этой теме, а также представления соображений по вопросам, которые должны быть охвачены вторым докладом Специального докладчика, подлежащим представлению на пятьдесят первой сессии Комиссии. Рабочая группа провела два заседания 25 и 26 мая 1998 года. В том что касается подхода к данной теме, Рабочая группа согласилась о нижеследующем:

а) предусматриваемый обычным правом подход к дипломатической защите должен стать основой для работы Комиссии по этой теме;

* Специальный докладчик желает с благодарностью отметить помощь г-жи Сузанны Дин-Раксмани, аспиранта Лейденского университета, в подготовке настоящего доклада.

¹ *Ежегодник Комиссии международного права, 1996 год*, том II (Часть вторая), пункт 248 и приложение II, добавление I.

² *Ежегодник... 1997 год*, том II (Часть вторая), глава VIII.

³ Там же, пункт 171.

⁴ Там же, пункты 189–190.

b) в рамках темы будут рассматриваться вторичные нормы международного права, касающиеся дипломатической защиты; первичные нормы будут рассмотрены лишь в тех случаях, когда их разъяснение важно как руководство при формулировании какой-либо конкретной вторичной нормы;

c) осуществление дипломатической защиты является правом государства. При осуществлении этого права государство должно учитывать права и интересы своих граждан, в отношении которых оно осуществляет дипломатическую защиту;

d) при работе над темой о дипломатической защите следует принять во внимание развитие международного права в направлении более широкого признания и защиты прав индивидов и предоставления им большего прямого и косвенного доступа к международным органам для реализации ими своих прав.

5. На своем 2544-м заседании 9 июня 1998 года Комиссия рассмотрела и одобрила доклад Рабочей группы.

6. В 1999 году г-н Бенуна вышел из состава Комиссии. 14 июля 1999 года Комиссия на своем 2602-м заседании избрала автора настоящего доклада в качестве Специального докладчика по вопросу о дипломатической защите.

7. На своей пятьдесят второй сессии в 2000 году Комиссия рассмотрела первый доклад нынешнего Специального докладчика (A/CN.4/506 и Corr.1 и Add.1). Вследствие нехватки времени Комиссия перенесла рассмотрение документа A/CN.4/506/Add.1 на пятьдесят третью сессию. На той же сессии Комиссия учредила неофициальную консультативную группу открытого состава под руководством Специального докладчика по проектам статей 1, 3 и 6⁵. Впоследствии на своем 2635-м заседании Комиссия постановила передать проекты статей 1, 3 и 5–8 Редакционному комитету вместе с докладом об итогах неофициальных консультаций.

8. На пятьдесят третьей сессии в 2001 году Комиссия рассмотрела оставшуюся часть первого доклада Специального докладчика (A/CN.4/506/Add.1), а также его второй доклад (A/CN.4/514). Комиссия рассмотрела документ A/CN.4/506/Add.1 на своих 2680-м и 2685–2687-м заседаниях, состоявшихся соответственно 25 мая и 9–11 июля 2001 года. Комиссия рассмотрела также второй доклад Специального докладчика на своих 2688–2690-м заседаниях, состоявшихся 12–17 июля 2001 года. Вследствие нехватки времени Комиссия смогла рассмотреть только те части второго доклада, которые охватывают проекты статей 10 и 11, и отложила рассмотрение остальной части документа A/CN.4/514, посвященной проектам статей 12 и 13, на пятьдесят четвертую сессию.

9. На своем 2688-м заседании, состоявшемся 12 июля 2001 года, Комиссия постановила передать проект статьи 9 в Редакционный комитет, а на состоявшемся 17 июля 2001 года 2690-м заседании — передать ему же проекты статей 10 и 11.

⁵ Доклад об итогах неофициальных консультаций содержится в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/55/10)*, пункт 495.

10. Редакционный комитет еще не имел возможности рассмотреть ни один из представленных ему проектов статей. Ожидается, что Комитет начнет свою работу над этими проектами статей на пятьдесят четвертой сессии Комиссии.

2. Подход Специального докладчика

11. Дипломатическая защита является вопросом, по которому имеются обширные материалы и источники, связанные с кодификацией, конвенциями, практикой государств, юриспруденцией и теорией. Фактически, пожалуй, справедливо сказать, что в международном праве нет такой другой отрасли, которая обладала бы столь обширными источниками. Вместе с тем, это не означает наличия обязательной ясности или определенности в отношении норм, регулирующих дипломатическую защиту в целом или исчерпание местных средств защиты в частности. Напротив, эти источники зачастую непоследовательны и противоречивы и разнонаправлены. В этих условиях задача Комиссии состоит в том, чтобы сделать выбор между конкурирующими нормами. При этом выборе ей следует руководствоваться как весомостью источников в поддержку той или иной нормы, так и справедливостью этой нормы в современном международном сообществе. Хотя Комиссия в основном занимается кодификацией, она все-таки вместе с тем развивает право, делая выбор между конкурирующими нормами.

12. Функция Специального докладчика состоит не в том, чтобы диктовать Комиссии, какую ей следует выбрать конкретную норму, а в том, чтобы предложить вниманию Комиссии все источники и варианты, с тем чтобы она могла выбрать подходящую норму. Решение принимает Комиссия, а не Специальный докладчик. Иногда Специальный докладчик представляет Комиссии несколько вариантов. Тем не менее в большинстве случаев Специальный докладчик предлагает какую-то конкретную норму, которая, по его мнению, наиболее подходит во всех обстоятельствах. Конкурирующие нормы или формулировки нормы включены в пояснительную часть настоящего доклада вместе с источниками в поддержку такой нормы, с тем чтобы Комиссия могла, располагая всей информацией, сделать выбор, если она предпочитает вариант, не предложенный Специальным докладчиком.

3. Будущее направление проектов статей

13. В первом докладе по вопросу о дипломатической защите речь шла главным образом о гражданстве требований, в то время как во втором докладе была представлена норма об исчерпании местных средств правовой защиты. В настоящем (третьем) докладе рассмотрение ограничивается двумя проектами статей: статьи 14, в которой рассматриваются обстоятельства, при которых нет необходимости исчерпания местных средств правовой защиты; и статьи 15, в которой рассматривается вопрос о бремени доказывания при применении нормы о местных средствах правовой защиты. Специальный докладчик рассчитывает представить добавление (или два отдельных добавления) к настоящему докладу по двум спорным вопросам, которые занимали видное место в истории и формировании местных средств правовой защиты: клаузула Кальво и отказ в правосудии. Специальный докладчик знает, что определенные круги настроены против включения положения об отказе в правосудии в проекты статей о дипломатической защите, обосновывая это тем, что это понятие в основном (од-

нако, без сомнения, не исключительно) принадлежит к числу первичных норм⁶. Несмотря на это Специальный докладчик полагает, что Комиссия должна надлежащим образом решить вопрос о включении такого положения, которое имеет такое же центральное значение для рассмотрения нормы о местных средствах правовой защиты, как Принц Датский для «Гамлета». Дипломатическая защита является вопросом, глубоко укоренившимся в истории и судебных решениях Латинской Америки. Исторически он больше всего касался сферы охвата и содержания понятия отказа в правосудии и правовых последствий клаузулы Кальво. В связи с этим при рассмотрении дипломатической защиты надлежащим образом никак нельзя обойтись без рассмотрения этих вопросов.

14. В проектах статей еще предстоит рассмотреть один из ключевых компонентов гражданства требований, а именно: гражданство корпораций. В четвертом докладе по этому вопросу будет представлено несколько статей. При наличии времени Специальный докладчик предлагает, чтобы Рабочая группа рассмотрела предварительные предложения по данному вопросу в ходе второй части текущей сессии.

15. После рассмотрения проектов статей, упомянутых в пункте 14, будет завершено исследование вторичных норм дипломатической защиты в их традиционном контексте. Специальный докладчик предлагает Комиссии не стремиться расширять сферу охвата проектов статей, выходя за пределы вопросов, обычно традиционно рассматриваемых как принадлежащие к гражданству требований и исчерпанию местных средств правовой защиты. Если это предложение будет принято, то должно быть возможным завершить работу над настоящим исследованием как в первом, так и во втором чтении к концу нынешнего пятилетия.

16. Были также предложения о том, чтобы расширить нынешние проекты статей для охвата целого ряда вопросов, связанных с гражданством требований, которые традиционно не подпадают под эту сферу. К их числу относятся⁷: а) функциональная защита своих должностных лиц международными организациями⁸; b) право государства флага судна или летательного аппарата предъявлять требование от имени экипажа и возможно также пассажиров судна или летательного аппарата, независимо от гражданства соответствующих индивидов⁹; c) случай, когда одно государство осуществляет дипломатическую защиту гражданина другого государства в результате делегирования такого права; и d) случай, когда государство или международная организация управляет территорией или контролирует ее.

17. Специальный докладчик выступает против расширения проектов статей в целях включения таких вопросов. Он особенно настроен против включения в настоящее исследование функциональной защиты. Это сложная тема, которая вывела бы Комиссию за рамки дипломатической защиты в ее традиционном

⁶ См. второй доклад по вопросу о дипломатической защите, A/CN.4/514, пункт 10.

⁷ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок шестая сессия, Дополнение № 10* (A/56/10), пункт 183.

⁸ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Advisory Opinion)*, 1949 I.C.J. Reports, p. 174.

⁹ См. *The M/V "Saiga" (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, International Tribunal for the Law of the Sea, judgment of 1 July 1999, para. 172, reprinted in (1999) 38 I.L.M. p. 1323, at p. 1387, с которым также можно ознакомиться на сайте: www.itlos.org.

понимании и гарантировала бы, что завершение работы над нынешними проектами статей в пределах текущего пятилетия стало бы невозможным. Это не означает, что функциональная защита не является важным вопросом. Она, безусловно, важна. Вместе с тем, если Комиссия полагает, что этот вопрос следует рассмотреть, предлагается, чтобы Комиссия сделала это в рамках отдельного исследования. Специальный докладчик приветствовал бы такое решение, поскольку такое исследование велось бы с использованием нынешних статей и дополняло бы их. Этот вопрос часто поднимался на протяжении предыдущего пятилетия, и явное большинство членов выступало против включения функциональной защиты в настоящее исследование. Пришло время для безотлагательного и окончательного решения этого вопроса.

В. Исключения из общего принципа необходимости исчерпания местных средств правовой защиты

Статья 14

Не требуется исчерпание местных средств правовой защиты, когда:

- a) местные средства правовой защиты:**
 - очевидно бесполезны (вариант 1)
 - не дают никакой разумной надежды на успех (вариант 2)
 - не дают никакой разумной возможности эффективного средства защиты (вариант 3);
- b) государство-ответчик прямо или имплицитно отказалось от требования об исчерпании местных средств правовой защиты или лишено права предъявлять это требование;**
- c) нет никакой добровольной связи между потерпевшим лицом и государством-ответчиком;**
- d) международно противоправное деяние, на котором основывается международное требование, не было совершено в пределах территориальной юрисдикции государства-ответчика;**
- e) государство-ответчик несет ответственность за необоснованную задержку в предоставлении местного средства правовой защиты;**
- f) государство-ответчик препятствует получению доступа потерпевшим лицом к его институтам, которые обеспечивают местные средства правовой защиты.**

1. Бесполезность (статья 14(a))

Статья 14

Не требуется исчерпание местных средств правовой защиты, когда:

- a) местные средства правовой защиты:**

- очевидно бесполезны (вариант 1)
- не дают никакой разумной надежды на успех (вариант 2)
- не дают никакой разумной возможности эффективного средства правовой защиты (вариант 3);

...

Предварительные замечания

18. В статье 10¹⁰, предложенной в представленном Комиссии втором докладе по вопросу о дипломатической защите, говорится о том, что государство не может выдвигать международное требование, связанное с ущербом гражданину до того, как потерпевшее лицо исчерпало «все доступные местные средства правовой защиты». В ходе прений как в Комиссии, так и в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи было предложено внести поправки в это положение, чтобы потребовать исчерпания «всех доступных *достаточных и эффективных* местных средств правовой защиты». Это предложение понятно, поскольку во втором докладе нет никакой ссылки на требование о том, чтобы средства правовой защиты были «эффективными» (или чтобы они не были «неэффективными»), за исключением пункта 67 о будущей деятельности, который уведомляет о том, что этот вопрос будет рассматриваться в третьем докладе.

19. Нет никаких возражений относительно включения ссылки на потребность в достаточных и эффективных и доступных средствах правовой защиты в статью 10 при том условии, что в отдельном положении будет идти речь о неэффективных или бесполезных средствах правовой защиты. Как показано в статье 15, бремя доказывания в отношении доступности и эффективности местных средств правовой защиты в большинстве обстоятельств будет лежать на разных сторонах. От государства-ответчика потребуются доказать, что местные средства правовой защиты доступны, в то время как государство-истец будет обременено доказыванием того, что такие средства правовой защиты неэффективны или бесполезны. В связи с этим неэффективность подпадает под категорию исключений из нормы о местных средствах правовой защиты и рассматривается как таковое в данном положении.

20. Местное средство правовой защиты неэффективно, когда оно «очевидно бесполезно»/«не дает никакой разумной надежды на успех»/или «не дает никакой разумной возможности эффективного средства правовой защиты». Эти фразы более точны, чем общий термин «неэффективно», а поэтому предпочитают судами и авторами при характеристике явления неэффективных местных средств правовой защиты. Критерий «очевидной бесполезности» стоит выше критерия «никакой разумной надежды на успех», в то время как критерий «никакой разумной возможности эффективного средства правовой защиты» занимает место между ними. Все три варианта представлены для рассмотрения Комиссией. Все они пользуются некоторой поддержкой в авторитетных источниках.

21. Отказ в правосудии является понятием, которое в основном подпадает под сферу первичных норм. Вместе с тем оно неразрывно связано со многими аспектами нормы местных средств правовой защиты, включая неэффективность,

¹⁰ A/CN.4/514, раздел B.

и, можно сказать, что как таковое имеет вторичный характер. Как говорится во втором докладе¹¹, он может рассматриваться в качестве вторичной нормы, когда он освобождает от обращения к дальнейшим местным средствам правовой защиты, и как первичная норма, когда он порождает международную ответственность. Эти две грани отказа в правосудии хорошо проиллюстрированы в статьях, принятых в первом чтении Третьим комитетом Гаагской конференции по кодификации международного права 1930 года, который в статье 9 определил отказ в правосудии как первичную норму в том случае, когда иностранец «встречает препятствие со стороны судебных властей при осуществлении своего права обращаться к средствам правовой защиты по суду или сталкивается в ходе разбирательств с неоправданными препятствиями или задержками, подразумевающими отказ в правосудии», а после этого придал ему вторичный характер, освободив потерпевшего иностранца от исчерпания местных средств правовой защиты, когда он был подвергнут такому отказу в правосудии (статья 4(2))¹².

22. Будет делаться все возможное, чтобы избежать формулировок, связанных с отказом в правосудии, в данном комментарии. Тем не менее это не всегда будет представляться возможным, поскольку норма о местных средствах правовой защиты и отказ в правосудии исторически тесно переплетаются между собой. Как явствует из введения к настоящему докладу, место отказа в правосудии в настоящих проектах статей будет рассмотрено в добавлении к третьему докладу.

Введение

23. Нет потребности в исчерпании местных средств правовой защиты, когда такие средства неэффективны или исчерпание таких средств было бы бесполезным. Это объясняется тем, что от обращающегося с требованием лица не требуется исчерпание возможностей правосудия в иностранном государстве, «когда нет того правосудия, которое должно быть исчерпано»¹³. Этот принцип поддерживается судебными решениями¹⁴, правовой доктриной¹⁵, практикой государств¹⁶ и кодификацией нормы о местных средствах правовой защиты¹⁷.

¹¹ A/CN.4/514, пункт 10.

¹² Приводится в первом докладе Ф.В. Гарсии Амадор, *Yearbook ... 1956*, vol. II, p. 173 at p. 226, документ A/CN.4/96.

¹³ *Robert E. Brown claim* (1923), 6 *U.N.R.I.A.A.*, p. 120, at p. 129; US Secretary of State Fish to Mr. Pile, 29 May 1873, in J.B. Moore, *History and Digest of International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. 6., p. 677 (hereinafter *International Arbitrations*); *Finnish Ships Arbitration* (1934) 3 *U.N.R.I.A.A.*, p. 1479, at 1497.

¹⁴ См. дела, упомянутые выше в сноске 13, и *Panevezys-Saldutiskis Railway case*, 1939 *P.C.I.J. Series A/B*, No. 76, p. 4, at p. 19; *Ambatielos claim* (1956), 12 *U.N.R.I.A.A.*, p. 83, at pp. 122-123; *International case*, 1959, *I.C.J. Reports* p. 6 at pp. 27-29.

¹⁵ См. ниже, особенно сноски 53, 54, 59, 60, 64, 66.

¹⁶ Изложение практики соответственно американского и британского государств, см. *Restatement of the Law of the Foreign Relations Law of the United States*, (Second) (1965), para. 207, cmt.(b) at pp. 615-616; (Third) (1989), Part II, para. 713, cmt.(f) at p. 219; C. Warbrick, "Protection of Nationals Abroad: Current Legal Problems" (1988) 37 *I.C.L.Q.*, p. 1002 at p. 1008.

¹⁷ См. ниже сноски 26, 27, 30, 31. Исключением является доклад Герреро 1926 года, в котором иностранцы освобождались от исчерпания местных средств правовой защиты лишь в тех случаях, когда им было отказано в доступе к национальным судам: (1926) 20 *A.J.I.L.*, p. 176 at pp. 202-3.

В статье 22 проектов статей об ответственности государств, принятых в первом чтении, исчерпание требовалось лишь применительно к тем средствам правовой защиты, которые являются «эффективными»¹⁸. Хотя этот принцип принят, его новая формулировка является предметом споров, как это будет показано ниже.

24. Бесплезность местных средств правовой защиты должна определяться в тот момент времени, когда они должны использоваться¹⁹. Кроме того, решение о бесплезности таких средств правовой защиты должно приниматься на основании презумпции о том, что требование является основательным²⁰.

25. Представлялось бы очевидным, что компетентному Международному Суду следует принимать решение по вопросу об эффективности *vel non* местных средств правовой защиты. Как указывает Амерасингхе:

«в широком смысле имеются три возможных варианта. Суд может принять утверждение государства-истца относительно эффективности средства правовой защиты или он может принять утверждение государства-ответчика, или может расследовать вопрос на основе представленных ему фактов и прийти к своему собственному заключению. С точки зрения разумности и здравого смысла представлялось бы, что это такой вопрос права и факта, который суд должен обычно расследовать и по которому должен принять решение на основе имеющихся у него фактических материалов. Для определения эффективности средства правовой защиты должна делаться оценка вероятностей, и нет никакой причины, по которой суд не должен быть компетентен, чтобы сделать такую оценку»²¹.

Этой очевидной истине может, как представляется, противоречить следующее решение Постоянной палаты Международного правосудия по делу «*Panevezys-Saldutiskis Railway*»:

«вопрос о наличии у литовских судов юрисдикционных полномочий рассматривать конкретное дело зависит от закона Литвы и является таким вопросом, по которому окончательное решение могут вынести литовские суды. Настоящий суд не уполномочен рассматривать обращения к нему аргументы на предмет установления юрисдикции литовских судов, обосновывая это конкретными положениями действующих в Литве законов, или отрицания юрисдикции этих судов, присваивая конкретный характер (арест *jure imperii*) акту литовского правительства»²².

Вместе с тем, как следует из содержащегося в том же решении замечания о том, что «не может быть никакой потребности в обращении к муниципальным судам, если эти суды не обладают юрисдикцией для обеспечения защиты, суд

¹⁸ *Yearbook ... 1996*, vol. II (Part Two), p. 60.

¹⁹ C.F. Amerasinghe, "The Exhaustion of Procedural Remedies in the Same Court" (1963) 12 *I.C.L.Q.* p. 1285 at p. 1312 (hereinafter Exhaustion of Procedural Remedies).

²⁰ *Finnish Ships Arbitration*, *supra* note 13, p. 1504; *Ambatielos Claim*, *supra* note 14, p. 119-120. См. также G. Schwarzenberger, *International Law*, 3rd ed. (1957), vol. 1, p. 609; G. Fitzmaurice, "Hersch Lauterpacht — The Scholar as Judge" (1961), 37 *B.Y.I.L.* p. 1, at p. 60; D.P. O'Connell, *International Law*, 2nd ed. (1970), vol. 2, p. 1057; and E.M. Borchard, "The Local Remedy Rule" (1934), 28 *A.J.I.L.*, p. 729 at p. 730.

²¹ Exhaustion of Procedural Remedies, сноска 19 выше, p. 1307.

²² См. сноску 14 выше, p. 19.

не намеревался оставлять окончательное решение по таким вопросам на усмотрение национальных судов»²³. Мнение о том, что надлежащим органам для принятия решений по вопросам бесполезности является тот или иной международный суд, подтверждается сэрмом Хершем Лаутерпактом²⁴ и Гарсией Амадором²⁵.

Формулирование исключения

26. Хотя относительно отсутствия необходимости в исчерпании местных средств правовой защиты, когда они бесполезны или неэффективны, имеется согласие, нет согласия относительно того, каким образом формулировать это исключение. Некоторые предпочитают формулировать его с точки зрения отказа в правосудии: нет нужды в исчерпании местных средств правовой защиты при отказе в правосудии. Другие предпочитают требование о том, чтобы средства правовой защиты были эффективны, не явно бесполезны, давали разумную надежду на успех или разумную возможность эффективного средства правовой защиты. Эти критерии будут подробно изложены, после чего будут рассмотрены основные примеры бесполезности или неэффективности, признанные в судебных решениях. После того, как это будет сделано, будет предложена самая подходящая формулировка этого исключения.

27. На более ранних этапах кодификации предусматривалось освобождение от выполнения нормы о местных средствах правовой защиты при отказе в правосудии. Как показано выше, в статьях, принятых в первом чтении Третьим комитетом Конференции по кодификации международного права в Гааге в 1930 году, предусматривалось, что истец освобождается от исчерпания местных средств правовой защиты, когда он «встречает препятствия со стороны судебных властей при осуществлении своего права на обращение к средствам правовой защиты по суду» или «столкнулся в ходе разбирательств с неоправданными препятствиями или задержками, подразумевающими отказ в правосудии»²⁶. Седьмая Международная конференция американских государств, состоявшаяся в Монтевидео в 1933 году, также исключила «те случаи явного отказа или беспричинной задержки в правосудии» из-под сферы применения нормы о местных средствах правовой защиты²⁷. Гарсия Амадор занял аналогичную позицию²⁸.

28. Простой критерий «эффективности» пользуется некоторой поддержкой кодификации. В своей резолюции, принятой на сессии в 1956 году в Гренаде, Институт международного права указал, что норма о местных средствах правовой защиты применяется лишь, «если внутренний правовой порядок государства, в отношении которого возбуждается иск, обеспечивает средства защи-

²³ Ibid., p. 18.

²⁴ *The Development of International Law by the International Court* (1958), p. 101. См. также C.H.P. Law, *The Local Remedies Rule in International Law* (1961), p. 66.

²⁵ Первый доклад, см. сноску 12 выше, p. 205, para. 169.

²⁶ Ibid., at p. 226. См. также Law, *supra* note 24, p. 71.

²⁷ Приводится в первом докладе Гарсии Амадор, см. сноску 12 выше, p. 229.

²⁸ F.V. García Amador, Sixth report, *Yearbook ... 1961*, vol. II, at p. 48, doc. A/CN.4/134 и Add.1, articles 18(2) and 3(2). См. также, F.V. García Amador, "State Responsibility" (1958-II), 94 *Recueil des Cours*, p. 421 at p. 452; см. далее, особое мнение судьи Танаки по делу *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited case* (Second Phase), 1970 *I.C.J. Reports* p. 3 at p. 145.

ты, доступные для потерпевшего лица, которые, как представляется, являются эффективными и достаточными»²⁹. В статье 22 проектов статей об ответственности государств, принятой Комиссией международного права в первом чтении, требуется исчерпание «эффективных местных средств правовой защиты»³⁰. Аналогичным образом Джулиан Кокотт в своем докладе 2000 года об «Исчерпании местных средств правовой защиты» предложила Комитету по дипломатической защите лиц и имущества Ассоциации международного права, чтобы истец был освобожден от выполнения нормы о местных средствах правовой защиты, когда «по любой причине ему недоступно ни одно средство правовой защиты, которое эффективно защитило бы от совершенного в отношении него нарушения»³¹.

29. Строгий критерий «очевидной бесполезности» применительно к освобождению от выполнения нормы о местных средствах правовой защиты обязан своим появлением следующему заявлению арбитра Багге по делу “Finnish Ships Arbitration”:

«И наконец, что касается третьего вопроса относительно того, должно ли рассматриваться местное средство правовой защиты как неэффективное лишь в том случае, если в обстоятельствах дела, которые необходимо учитывать, является очевидно бесполезным обращаться к муниципальному средству защиты, или, как предлагает финское правительство, достаточно ли, чтобы такой шаг лишь казался бесполезным, то определенная строгость в выстраивании этой нормы представляется оправданной мнением Боршара, когда упоминается норма, применяемая по делам о призах. Боршар говорит (а.а. § 383): в ходе разбирательств по нескольким делам о призах было сочтено возможным обойтись без апелляций ввиду отсутствия надежды на отмену приговора перед лицом единообразных решений в судах высшей инстанции; однако эта норма была сформулирована самым строгим образом, и при наличии существенного права на апелляцию неподача апелляции служила препятствием получению защиты»³².

Эта формулировка критерия освобождения от выполнения нормы о местных средствах правовой защиты впоследствии была принята большинством членов Комиссии при арбитражном разбирательстве дела “Ambatielos”³³ и в существенной степени согласуется со строгим критерием, изложенным в деле “Panevezys-Saldutiskis Railway”, сводящимся к тому, что неэффективность средства правовой защиты должна быть «ясно продемонстрированной»³⁴.

²⁹ (1956) 46 *Annuaire del'Institut de Droit International*, p. 364. Выделено автором.

³⁰ *Yearbook ... 1996*, vol. II (Part Two), p. 132.

³¹ *International Law Association, Report of the Sixty-Ninth Conference* (2000), (здесь и далее “Exhaustion of Local Remedies”), p. 606 at pp. 629–630.

³² Сноска 13 выше, p. 1504. Согласно судье Танаке в его частном мнении по делу “Barcelona Traction”, норма о местных средствах правовой защиты «как представляется, не требует от соответствующих лиц явно бесполезной и бесцельной деятельности» (сноска 28 выше, p. 145).

³³ Сноска 14 выше, p. 119.

³⁴ Сноска 14 выше, p. 19. Этот критерий, как представляется, отражает британскую практику, которая требует, чтобы неэффективность средства правовой защиты была обязательно «ясно установлена». См. Уорбрик, сноска 16 выше, p. 1008. Соединенные Штаты Америки в заключении государственного департамента от 1930 года также требовали, чтобы неэффективность местных средств правовой защиты была «ясно продемонстрирована»:

30. Критерий «очевидной бесполезности» был подвергнут резкой критике некоторыми авторами и не соблюдался в деле «ELSI», по которому одна из камер Международного Суда была готова признать неэффективность местных средств правовой защиты³⁵. Амерасингхе утверждал, что арбитр Багге был не прав, когда использовал применительно к праву дипломатической защиты строгий критерий, изложенный в делах о призах, которые появились в контексте военных действий и в отношении которых государства обладают особыми юрисдикционными полномочиями³⁶, в то время как Маммери заявил, что критерий очевидной бесполезности «мало что дает для точности и объективности мысли»³⁷. Амерасингхе добавляет:

«Вместе с тем действительное возражение в отношении строгого критерия, изложенного в решении по делу «Finnish Ships Arbitration», как представляется, состоит в отсутствии обоснования для применения такого строгого критерия к обращению иностранцами к местным средствам правовой защиты, когда, практически говоря, можно ожидать, что стороны разбирательства могут в обычных условиях не тратить время и деньги, осуществляя доступные средства правовой защиты, если представляется в разумной степени более чем вероятным, что они вряд ли достигнут успеха. Применительно к иностранцу этот довод даже еще более убедителен. В его случае речь идет в действительности не о выборе между обращением к средствам правовой защиты или при необращении к ним полным неполучением возмещения, как в случае с обычным участником разбирательства. Это выбор между обращением к средствам правовой защиты, как на местном уровне, так и на международном уровне, и не обращением к средствам защиты на местном уровне со ссылкой на международное средство правовой защиты, которое могло бы привести к адекватному возмещению»³⁸.

31. Освобождение от выполнения нормы о местных средствах правовой защиты на основании неэффективности может быть достигнуто более простым путем на основе формулировки, которая устраняет необходимость исчерпания местных средств правовой защиты, когда средства правовой защиты не дают обращающемуся с требованием лицу разумной надежды на успех. В пользу этой формулировки говорят критерии, которые подчеркивают разумность обращающегося с требованием лица, которое прибегает к внутригосударствен-

G.H.H. Hackworth, *Digest of International Law* (1943), vol. 5, p. 511.

³⁵ 1989 *I.C.J. Reports* p. 14 at pp. 46–47. Здесь камера заявила: «Ввиду такого объема разбирательств [продолжавшихся с 1968 года по 1975 год в различных итальянских судах] в муниципальных судах по делу, которое по существу составляет основу рассматриваемого камерой иска, именно Италия должна продемонстрировать, что, несмотря на это, есть какое-то местное средство правовой защиты, которое не было испробовано; или, по крайней мере, не было исчерпано... (пункт 59); по нынешнему делу... именно Италия должна продемонстрировать фактическое наличие какого-то средства правовой защиты, которое открыто акционерам Соединенных Штатов и которое они не использовали. Камера не считает, что Италия справилась с этой задачей» (пункт 62).

³⁶ “The Local Remedies Rule in an Appropriate Perspective” (1976), 36 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* p. 726 at p. 752 (здесь и далее “Local Remedies Rule”); одобрение Е. М. Боршаром подхода арбитра Багге, см. “The Local Remedy Rule”, *supra* note 20, pp. 732–33.

³⁷ “The Content of the Duty to Exhaust Local Remedies” (1964), 58 *A.J.I.L.* p. 389 at p. 401.

³⁸ См. сноску 36 выше.

ным средствам правовой защиты. Этот критерий сопряжен с меньшими требованиями, нежели критерий «очевидной бесполезности», который требует доказательств не только отсутствия разумной надежды на успех местного средства правовой защиты, но и очевидной и четкой ясности того, что местное средство правовой защиты не дало бы результата.

32. Самым ясным свидетельством в пользу этого критерия являются решения Европейской комиссии по правам человека, которая в нескольких случаях применяла стандарт «реальной» или «разумной» надежды на успех³⁹. Среди комментаторов нет единого мнения относительно того, намеревалась ли Комиссия заменить этот критерий критерием «очевидной бесполезности», и они высказывают сомнения относительно применения этого критерия к общему праву дипломатической защиты⁴⁰. Американский институт права в “*Restatement of the Law (Second) of the Foreign Relations Law of the United States (1965)*” в некоторой степени поддерживает этот критерий:

«Исчерпание того или иного средства правовой защиты не требует предпринимать все шаги, которые, как представляется, могли бы привести к благоприятному решению, однако иностранец должен предпринять все шаги, которые дают разумную возможность, если не вероятность, успеха... Сопряженные расходы или затраты времени, если они существенны сравнительно с объемом или характером искомого возмещения, могут иметь значение при определении, какие шаги следует с разумной точки зрения предпринять для исчерпания доступных средств правовой защиты. От иностранца не требуется существенных расходов и затрат времени в попытке применить средства правовой защиты, когда нет разумной возможности того, что это средство правовой защиты было бы доступным»⁴¹.

³⁹ *Retimag v FRG*, Application No. 712/60, 4 *Yearbook of the European Convention on Human Rights* p. 385 at p. 400; *X, Y and Z v UK*, Application Nos. 8022/77, 8027/77, 18 *European Commission of Human Rights, Decisions and Reports* p. 66 at p. 74.

⁴⁰ A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Local Remedies in International Law* (1983), p. 97 (здесь и далее “*Application*”); C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (1990), p. 202 (здесь и далее “*Local Remedies*”).

⁴¹ Para. 207, cmt. (b) at pp. 615–616. Выделено автором. Вместе с тем следует отметить, что в пункте 208 используются термины «очевидный» и «явно не эффективный». *Ibid.* at 618 Cf. *The Restatement of the Law (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1989), Part II, para. 713, cmt. (f) at p. 219, где от граждан Соединенных Штатов требуется исчерпание местных средств правовой защиты «за исключением тех случаев, когда ясно продемонстрировано, что такие средства правовой защиты недостаточны». В более ранних заявлениях официальных лиц Соединенных Штатов прослеживается более строгое требование, а именно об «отсутствии, как представляется, достаточных оснований полагать, что предоставлено достаточное средство правовой защиты», о том, что «Департамент... не может предполагать, что в обычном порядке установленные суды страны не будут отправлять правосудие до тех пор, пока не будет ясно продемонстрировано, что дело обстоит именно так» (21 июля 1930 года, мнение Юрисконсультанта государственного департамента, цитируемое в Hackworth, *supra* note 34, vol. 5, p. 511), или о том, что «политика Департамента всегда состояла и состоит в настоящее время в том, чтобы не вмешиваться, когда дело истца рассматривается в суде, за исключением тех случаев, когда суды носят такой характер, который исключает надежду на возможность правосудия...» (письмо от 27 февраля 1907 года об исках против Канады, возбужденных Юрисконсультантом Департамента, цитируемое в *ibid.* at p. 520).

33. Как показано выше⁴², в статье 22 проектов статей об ответственности государств, принятых Комиссией международного права в первом чтении, просто требуется, чтобы местные средства правовой защиты были эффективны. Вместе с тем в комментариях к этому положению поддерживается формулировка «разумная надежда на успех»:

«С точки зрения инициатора, представляется ясным, что мера, которая должна быть принята, касается всех направлений, которые дают реальную надежду все-таки прийти к тому результату, на который изначально нацелено международное обязательство, или, если это действительно стало невозможным, к равноценному результату. Однако представляется в равной мере ясным, что надо исследовать лишь те направления, которые дают такую надежду»⁴³.

34. В то время как критерий «очевидной бесполезности» слишком строг, критерий «разумной надежды на успех», вероятно, излишне благоприятен для лица, обращающегося с требованием. В связи с этим представляется более правильным искать такую формулировку, которая несет в себе понятие разумности, но освобождает обращающегося с требованием лицо от соблюдения нормы о местных средствах правовой защиты без излишней легкости. Возможное решение отыскивается в варианте 3, при котором освобождение от соблюдения нормы о местных средствах правовой защиты наступает в случаях, когда «нет разумной возможности эффективного средства защиты в судах государства-ответчика». Эта формулировка позволяет обойтись без строгих положений об «очевидной бесполезности», но, тем не менее, налагает тяжелое бремя на истца, требуя, чтобы он доказал, что в обстоятельствах дела и в контексте правовой системы государства-ответчика нет никакой разумной возможности эффективного средства правовой защиты. Это более строгий критерий, чем критерий отсутствия «разумной надежды на успех», который применяется в некоторых правовых системах для отказа в разрешении на подачу апелляции в суд более высокой инстанции.

35. Этот критерий взят на вооружение из особого мнения сэра Херша Лаутерпакта по делу «Norwegian Loans», в котором он после рассмотрения оснований, исходя из которых можно было сомневаться, что норвежские суды могли бы предоставить какое бы то ни было эффективное средство правовой защиты, заявил:

«Вместе с тем, эти сомнения не представляются сильными в степени, достаточной для того, чтобы в результате этого перестало действовать требование о предварительном исчерпании местных средств правовой защиты. Правовая позиция по данному вопросу не может рассматриваться как настолько ясная, что она исключает с точки зрения разумной возможности наличие эффективного средства в норвежских судах»⁴⁴.

Целый ряд авторов поддержал это мнение⁴⁵. Наилучшим образом этот критерий, пожалуй, изложен сэром Джеральдом Фицморисом:

⁴² Пункт 28.

⁴³ *Jearbook*... 1977, vol. II (Part Two), p. 47, para 48. См. также *Law supra* note 24, pp. 78–79, который формулирует этот критерий как «разумное ожидание успеха».

⁴⁴ 1957 *I.C.J. Reports* p.9 at p.39.

⁴⁵ I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (5th ed., 1998), p.499.D.R. Маммери

«... Лаутерпакт предложил для обсуждения критерий наличия «разумной возможности» предоставления средства правовой защиты как критерий эффективности или, иными словами, он высказал мысль о том, что никакая форма обращения не может рассматриваться как бесполезная с точки зрения эффективности, за исключением случаев, когда, как представляется, нет даже разумной возможности того, что это обеспечит эффективное средство. Данный критерий приемлем, если учитывать, что необходимо обязательное наличие разумной возможности существования возможного эффективного средства и что сам факт отсутствия разумной возможности получения истцом такого средства по причине правовой необоснованности его дела не представляет собой такой вид отсутствия разумной возможности, который устраняет норму, касающуюся местных средств правовой защиты»⁴⁶.

36. Есть основания утверждать, что предложенный текст более соответствует ходу рассуждений арбитра Багге в деле «Finnish Ships», чем текст, касающийся «очевидной бесполезности». Это ясно дают понять Симпсон и Фокс:

«Употребление таких терминов, как «очевидно бесполезной» и «очевидно недостаточной» применительно к правам на подачу апелляции, тем не менее, вводит в заблуждение. В деле «Finnish Ships» арбитр заслушал многочисленные доводы о праве судовладельцев на подачу апелляции на решение Арбитражного совета Апелляционного суда и о том, что они не осуществили его, и в своем решении самым обстоятельным образом рассмотрел этот вопрос, прежде чем прийти к выводу о том, что подпадающие под апелляцию вопросы права были «очевидно» недостаточными, чтобы обеспечить отмену решения Арбитражного совета. В связи с этим «очевидность» не должна пониматься в смысле непосредственной очевидности. Если судить по делу «Finnish Ships», то критерий заключается в том, «была ли окончательно или, по крайней мере убедительно» продемонстрирована недостаточность оснований для апелляции»⁴⁷.

Это толкование соответствует взглядам самого Багге, высказанным в ином контексте, когда он, касаясь решения по делу о «Finnish Ships», приводит довод о том, что:

«Было бы неразумным требовать, чтобы частная сторона затрачивала время и деньги на средство правовой защиты, которое, *по всей вероятности*, было бы бесполезным... Даже если факты, утверждаемые осуществляющим защиту государством в дипломатической корреспонденции в отношении ущерба, нанесенного актом, за который несет ответственность государство-ответчик, могут казаться международному суду твердо установленными, могут иметься иные основания, требуемые внутригосударственным правом, которые имеют решающее значение для принятия или отклонения частного иска на национальном уровне и относительно суще-

предпочитает задаваться вопросом о том, может ли местное средство правовой защиты, о котором идет речь, «в разумной мере рассматриваться как неспособное дать удовлетворительное возмещение» (см. сноска 37 выше, п. 401).

⁴⁶ Сноска 20 выше, pp. 60-61. См. также M. Herdegen, «Diplomatischer Schutz und die Ershöpfung von Rechtsbehelfen» in G. Ress and T. Stein, *Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen* (1966), p. 63 at p. 70.

⁴⁷ *International Arbitrations* (1959), p. 114. Выделено автором.

ствования которых могут иметь место разные мнения. *Лишь в тех случаях, когда различия во мнениях представляются в разумной степени невозможными [т.е. в случаях, когда нет разумной надежды на успех], ...применение нормы о местных средствах правовой защиты должно рассматриваться как необязательное в связи с основаниями иска*⁴⁸.

37. Возражение против критерия «очевидной бесполезности» на предмет того, что он предполагает, что эффективность местного средства правовой защиты должна быть «непосредственно очевидной»⁴⁹ ex facie, преодолевается внесением элемента «разумности» в этот критерий. Это позволяет суду рассмотреть вопрос о разумной возможности, в обстоятельствах данного дела, наличия эффективного средства правовой защиты. Необходимость этого была подчеркнута Мэнли О. Хадсоном в его особом мнении по делу “Panevezys-Saldutiskis Railway”⁵⁰ и сэром Хершем Лаутерпактом в его особом мнении по делу о “Norwegian Loans”⁵¹. Правильный подход восхитительно сформулирован Маммери:

«...Международному суду следует смотреть не просто на изложенные на бумаге средства правовой защиты, но и на сопутствующие этому средству правовой защиты обстоятельства. Если они делают неэффективным это эффективное в иных случаях средство правовой защиты и если они в большей степени обязаны своим происхождением деятельности государства, нежели деятельности истца, то в этом случае это средство правовой защиты необходимо рассматривать как неэффективное для целей применения этой нормы... — наделять юрисдикционным приматом местные суды не абсолютно, а в случае, когда они могут в разумной степени принять его и когда принимающее государство в разумной степени способно выполнить свою обязанность обеспечения средства правовой защиты. Таким образом, результат в любом частном случае будет зависеть от баланса факторов. К примеру, в ситуации, в которой, согласно самому квалифицированному местному правовому мнению, представляется «весьма невероятным», что дальнейшее обращение к местным средствам правовой защиты приведет к решению, благоприятному для истца, правильным заключением вполне может быть, что местные средства правовой защиты исчерпаны, если затраты, связанные с дальнейшими шагами, значительно превышают возможность получения любого последующего удовлетворения; и это заключение может быть противоположным, если дальнейшие шаги сопряжены с незначительными беспокойствами или расходами, или вообще не сопряжены с ними»⁵².

⁴⁸ “Intervention on the Ground of Damage Caused to Nationals, with Particular Reference to Exhaustion of Local remedies and the Rights of Shareholders” (1958), 34 B.Y.I.L., p. 162 at pp. 166-167. Выделено автором.

⁴⁹ Simpson and Fox, сноска 47 выше.

⁵⁰ См. сноску 14 выше, p. 48.

⁵¹ См. сноску 44 выше, p. 39.

⁵² Mummery, сноска 37 выше, pp. 400-401. См. также Herdegen, сноска 46 выше, p. 71.

Обстоятельства, в которых местные средства правовой защиты сочтены неэффективными или бесполезными

38. Местный суд не обладает юрисдикцией в отношении спора, о котором идет речь⁵³. Этот принцип широко принят как в судебных решениях, так и в литературе⁵⁴. Дело о “Panevezys-Saldutiskis Railway” не отрицает этого принципа. В нем суд счел, что он не убежден, что суды Литвы не имеют юрисдикции в отношении «деяния государства», как об этом утверждает Эстония, в отсутствие решения литовского суда⁵⁵. Учитывая факты, это был крайне осторожный⁵⁶, возможно робкий, подход, однако Суд ясно дал понять, что он согласен с принципом отсутствия «какой бы то ни было потребности обращения в муниципальные суды, если эти суды не обладают юрисдикцией, чтобы обеспечить меры послабления»⁵⁷.

39. Обязательным следствием этого принципа является отсутствие необходимости исчерпывания апелляционных процедур, когда апелляционный суд обладает ограниченной юрисдикцией. Таким образом, в деле “Finnish Ships Arbitration” арбитр Багге счел, что местные средства правовой защиты были исчерпаны, когда оспариваемый вопрос является вопросом факта, а апелляционный суд компетентен решать лишь вопросы права⁵⁸.

40. Национальное законодательство, оправдывающее деяние, по поводу которого жалуется иностранец, не будет рассматриваться судами. В случаях, когда, к примеру, законодательство было принято в целях конфискации имущества иностранца и представляется ясным, что суды обязаны обеспечивать выполнение этого законодательства, не будет никакой потребности в исчерпании местных средств правовой защиты. Таким образом, в деле “Arbitration under

⁵³ Kokott, Exhaustion of Local Remedies, *supra* note 31, p. 622; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra* note 40, pp. 197-198; R. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed., (1992), vol. 1, p. 525; A. Verdross and B. Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, 3rd ed. (1984), p. 884; Mummery, *supra* note 37, pp. 396-397.

⁵⁴ См. *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, reported in (1934), 28 *A.J.I.L.* p. 760 at p. 789. («в целом норма об исчерпании местных средств правовой защиты не применяется, когда вменяемый акт состоит из мер, принятых правительствами или его членом при исполнении официальных функций. Редко бывают местные средства правовой защиты от актов уполномоченных органов государства»); R. Gelbtrunk and “Salvador Commercial Co.” et al. (1902), 15 *U.N.R.I.A.A.*, p. 467 at pp. 467-477; *Lotti May Incident* (1899), 15. *U.N.R.I.A.A.*, p. 29 at p. 31; особое мнение судьи Лаутерпакта в *Norwegian Loans case*, *supra* note 44, pp. 39-40; E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1915), p. 823 (hereinafter *Diplomatic Protection*); *Oppenheim's International Law*, *supra* note 53, vol. 1, p. 525; Brownlie, *supra* note 45 p. 500; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra* note 40, pp. 197; C. F. Amerasinghe, “Whither the Local Remedies Rule?” (1990), 5 *I.C.S.I.D. Review*, p. 292 at p. 306; E. Jiménez de Aréchaga, “International Responsibility”, in M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law* (1968), p. 531 at pp. 587-588; Verzijl, in (1956) 46 *Annuaire de l'Institut de Droit International* p. 266; *Forests of Central Rhodope* (1933) 3 *U.N.R.I.A.A.*, p. 1405 at p. 1420; *Interhandel case*, *supra* note 14, p. 27; Verdross and Simma, *supra* note 53, p. 883; Law, *supra* note 24, p. 69; Schwarzenberger, *supra* note 20, vol. 1, p. 608.

⁵⁵ См. сноску 14 выше, p. 19.

⁵⁶ См. Лаутерпакт, сноска 24 выше, p. 101.

⁵⁷ См. сноску 14 выше, p. 18.

⁵⁸ См. сноску 13 выше, p. 1535. См. также Schwarzenberger, *supra* note 20, vol. 1, p. 609; Jiménez de Aréchaga, “International Responsibility”, *supra* note 54, p. 588; Brownlie, *supra* note 45, p. 499; Mummery, *supra* note 37, p. 398; Law, *supra* note 24, p. 68.

Article 181 of the Treaty of Neuilly”, касавшемся конфискации лесов Болгарией по принятому в 1904 году в Болгарии закону, арбитр Унден счел, что:

«Министерство сельского хозяйства, принимая определенные меры по конфискации лесов, исходило из закона Болгарии от 1904 года, в соответствии с которым все “уайлакс” должны рассматриваться как принадлежащие государству. Учитывая, что этот закон не был изменен в целях допуска применения специального режима на аннексированных территориях, истцы имели основания для рассмотрения в качестве бесполезных любых исков в болгарских судах против Казначейства Болгарии»⁵⁹.

41. *Местные суды известны недостатком независимости*⁶⁰. Ведущим источником в поддержку этого принципа является иск “Robert E. Brown”⁶¹. В данном случае президент Южно-Африканской Республики Пауль Крюгер уволил в отставку главного судью за решение в пользу удовлетворения претензий Брауна на некоторые права на горную добычу, и как президент, так и законодательный орган Республики аннулировали решение главного судьи. В этих обстоятельствах адвокат Брауна дал ему совет о бесполезности продолжения его иска с целью получения возмещения за ущерб, поскольку вновь сформированный верховный суд был явно настроен враждебно по отношению к нему⁶². Суд, заслушивавший международный иск, отверг тот аргумент, что Браун не исчерпал местных средств правовой защиты, считая, что «бесполезность дальнейших мер была полностью продемонстрирована, и совет его адвоката был более чем оправдан». Суд заявил, что нет необходимости исчерпывать все возможности правосудия, «когда для исчерпания никаких возможностей правосудия нет»⁶³.

42. *Существует последовательная и прочно закрепленная цепь прецедентов, неблагоприятных для иностранца*. «Нет необходимости вновь обращаться в национальные суды, если результаты должны быть повторением уже вынесен-

⁵⁹ *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, *supra* note 54, p. 789. См. также *Forests of Central Rhodope*, *supra* note 54, p. 1405; *Ambatielos claim*, *supra* note 14, p. 119; *Interhandel case*, *supra* note 14, p. 28; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra* note 40, p. 198; *Oppenheim's International Law*, *supra* note 53, vol. 1, p. 525; Jiménez de Aréchaga, “International Responsibility”, *supra* note 54, p. 589; Law, *supra* note 24, pp. 66, 70; K. Doering, “Local Remedies, Exhaustion of”, in *Encyclopedia of Public International Law (E.P.I.L.)*, (1997), vol. 3, p. 238 at p. 240; Schwarzenberger, *supra* note 20, vol. 1, p. 608; *Yearbook... 1977*, vol. II (Part Two), pp. 30–50, para 50.

⁶⁰ Jiménez de Aréchaga, *supra* note 54, p. 589; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra* note 40, p. 198; Borchard, *Diplomatic Protection*, *supra* note 54, p. 823 (referring to courts controlled by a hostile mob); *Oppenheim's International Law*, *supra* note 54, vol. 1, p. 525; Brownlie, *supra* note 45, p. 500; *Vélasquez Rodríguez case* (1989) 28 *I.L.M.* p. 291, pp. 304-309; M.M. Whiteman, *Digest of International Law* (1967), vol. 8, p. 784; separate opinion by Judge Tanaka in *Barcelona Traction case* (Second Phase), *supra* note 28, p. 147; dissenting opinion by Judge Levi Carneiro in the *Anglo-Iranian Oil Co. case*, 1952 *I.C.J. Reports* 165; Moore, *International Arbitrations*, *supra* note 13, vol. 3, pp. 1655, 1657, 3076 et seq., 4902; *ibid.*, vol. 6, p. 287; Mummery, *supra* note 37, p. 403; Law, *supra* note 24, p. 86; Cançado Trindade, *Application*, *supra* note 40, p. 78; Fitzmaurice, *supra* note 20, p. 59; *Yearbook ... 1977*, vol. II (Part Two), pp. 30–50, para 50; Nguyen Quoc Dinh, *Droit International Public* (eds. P. Daillier and A. Pellet), 6th ed. (1999), p. 776.

⁶¹ См. сноску 13 выше, p. 120.

⁶² Обстоятельства этого дела см. в J. Dugard, “Chief Justice versus President: Does the Ghost of Brown v. Leyds NO Still Haunt our Judges?” (1981), *De Rebus*, p.421.

⁶³ Сноска 13 выше, p. 129.

ного решения»⁶⁴. Простая вероятность неблагоприятного решения не достаточно: должно быть «нечто более весомое, нежели вероятность потерпеть неудачу, но менее весомое, нежели определенность»⁶⁵.

43. Суды государства-ответчика не компетентны предоставлять соответствующее и достаточное средство правовой защиты иностранцу⁶⁶.

44. Государство-ответчик не имеет достаточной системы судебной защиты. В решении по делу “Mushikiwabo and others v. Barayagwiza” окружной суд Соединенных Штатов счел, что можно обойтись без выполнения нормы о местных средствах правовой защиты в этом деле, поскольку «руандийская судебная система практически бездействует и не [будет] способна рассматривать гражданские иски в ближайшем будущем»⁶⁷. В период военной диктатуры в Чили Межамериканская комиссия по правам человека постановила, что иррегулярности, свойственные судебным разбирательствам в военном суде, устраняют потребность в исчерпании местных средств правовой защиты⁶⁸. Понятия справедливого разбирательства и соблюдения должной процедуры в современном международном праве обладают большим весом благодаря влиянию международных судебных решений в области прав человека, нежели в первые 60 лет XX столетия, когда выносились многие базовые решения об исчерпании местных средств правовой защиты. В связи с этим сегодня следует наделить

⁶⁴ *Panevezys-Saldutiskis Railway case*, *supra* note 14, p. 18. См. также Borchard, *Diplomatic Protection*, *supra* note 54, pp. 823–824; S.S. *Lisman* (1937), 3 *U.N.R.I.A.A.*, p. 1769 at p. 1773; S.S. *Seguranca* (1939), 3 *U.N.R.I.A.A.*, p. 1861 at p. 1868; *Finnish Ships Arbitration*, *supra* note 13, p. 1495; *X v. Federal Republic of Germany* (1956), 1 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, p. 138; *X v. Federal Republic of Germany* (1958), 2 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, p. 342 at p. 344; *X v. Austria* (1960), 3 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, p. 196 at p. 202; Jiménez de Aréchaga, “*International Responsibility*”, *supra* note 54, p. 589; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra* note 40, pp. 196–197; Brownlie, *supra* note 45, p. 499; Kokott, *Exhaustion of Local Remedies*, *supra* note 31, p. 622; Mummery, *supra* note 37, p. 402; Law, *supra* note 24, p. 66; Cançado Trindade, *Application*, *supra* note 40; *Restatement (Second)*, *supra* note 16, p. 618, para 208; Doering, *supra* note 59, p. 240; Schwarzenberger, *supra* note 20, vol. 1, p. 609; *Yearbook...* 1977, vol. II (Part Two), p. 48, para 50.

⁶⁵ Amerasinghe, *Local Remedies*, сноска 40 выше, p. 196.

⁶⁶ *Finnish Ships Arbitration*, *supra* note 13, pp. 1496–1497; *Vélasquez Rodríguez case*, *supra* note 60, pp. 304–309; Borchard, *Diplomatic Protection*, *supra* note 54, p. 332; *Oppenheim's International Law*, *supra* note 53, vol. 1, p. 525; Kokott, *The Exhaustion of Local Remedies*, *supra* note 31, p. 622; *Yagci and Sargin v. Turkey*, Application No. 16426/90, (1995) *European Court of Human Rights, Reports and Decisions*, No. 319 p, 3 at p. 17 para. 42; *Hornsby v. Greece*, Application No. 18357/91, (1997-II) *European Court of Human Rights, Reports and Decisions*, No. 33, p. 495 at p. 509, para. 37; Mummery, *supra* note 37, pp. 401–402; Cançado Trindade, *Application*, *supra* note 40, pp. 76–78; Verdross and Simma, *supra* note 53, p. 884; Article 19(2)(a) of the 1960 Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens prepared by the Harvard Research on International Law, reproduced in L. B. Sohn and R. R. Baxter, “*Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens*” (1961), 55 *A.J.I.L.* p. 545 at p. 577; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra* note 40, p. 198.

⁶⁷ (1997) 107 *I.L.P.* p. 457 at p. 460.

⁶⁸ См. также resolution 1a/88, Case 9755, *Ann. Rep. IACom.HR* 1987–88, p. 137; Amerasinghe, *Local Remedies* *supra* note 40, p. 200; Amerasinghe, “*Whither the Local Remedies Rule?*”, *supra* note 54, p. 307; Borchard, *Diplomatic Protection*, *supra* note 54, p. 822; Mummery, *supra* note 37, p. 404; *Restatement (Second)*, *supra* note 16, p. 618, para 208; Doering, *supra* note 59, p. 239; Schwarzenberger, *supra* note 20, vol. 1, p. 609.

большим весом это исключение из положения о местных средствах правовой защиты.

Заключение

45. Вышеприведенные примеры обстоятельств, в которых предусматривается освобождение от обращения к местным средствам правовой защиты, указывают на то, что истцу требуется привести доказательства, превышающие те, которые показывают, что местные средства правовой защиты не дают разумной надежды на успех (вариант 2). Напротив, они указывают на то, что истец должен доказать их бесполезность. Вместе с тем они не поддерживают критерий «очевидной бесполезности» (вариант 1), который указывает на то, что бесполезность местных средств правовой защиты должна быть «непосредственно очевидной»⁶⁹. Вместо этого они требуют, чтобы трибунал рассмотрел обстоятельства, касающиеся конкретного иска, которые могут не быть непосредственно очевидными, такие, как независимость судебных органов, способность местных судов провести справедливое судебное разбирательство, наличие цепочки прецедентов, неблагоприятных для истца, и поведение государства-ответчика. В связи с этим разумность обращения к местным средствам правовой защиты должна рассматриваться в каждом отдельном случае⁷⁰. Все это указывает в направлении варианта 3: обращающееся с требованием лицо не должно быть обязанным исчерпывать местные средства правовой защиты, когда суды государства-ответчика не предоставляют «никакой разумной возможности эффективного средства правовой защиты».

2. Отказ и эстопель (статья 14(b))

Статья 14

Не требуется исчерпания местных средств правовой защиты, когда:

...

b) государство-ответчик прямо или имплицитно отказалось от требования об исчерпании местных средств правовой защиты или лишено права предъявлять это требование;

46. Иногда государства готовы отказаться от требования об исчерпании местных средств правовой защиты⁷¹. Поскольку цель этой нормы состоит в защите

⁶⁹ Simpson and Fox, *supra* note 47, p. 114.

⁷⁰ В этой связи Маммери заявляет:

«По мере развития международной юриспруденции по данному вопросу анализ дел потребует самой высокой компетентности в области сравнительного права; для различных юрисдикций общего и гражданского права сформировались различающиеся понятия о том, что является исключительно важным для эффективного национального средства правовой защиты, и из этих понятий можно выделить критерии для целей международного стандарта, связанного с нормой о местных средствах правовой защиты. Отсюда представляется важным рассматривать все случаи в контексте основополагающего, объединяющего принципа разумности» (*supra* note 37, p. 404).

⁷¹ Существует много причин, по которым государство может принять решение поступать таким образом. Государство, к примеру, может полагать, что такой курс сберег бы ему время и деньги. См. C.F. Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens* (1967),

интересов государства, обвиняемого в неправильном обращении с иностранцем, то из этого вытекает тот факт, что государство само может отказаться от этой защиты. Межамериканский суд по правам человека заявил:

«В делах подобного рода, согласно общепризнанным принципам международного права и международной практике, норма, которая требует предварительного исчерпания внутригосударственных средств правовой защиты, предназначена во благо государства, поскольку эта норма направлена на освобождение государства от обязанности отвечать на обвинения в международном органе в связи с деяниями, которые были присвоены ему до того, как оно имело возможность исправить их на основе внутренних средств. Это требование, таким образом, рассматривается как средство защиты, и от него как такового можно, даже путем умолчания, отказаться»⁷².

47. На практике, как представляется, нет запрета в отношении отказа от местных средств правовой защиты. Тем не менее, с теоретической точки зрения представляется затруднительным примирить отказ с основным подходом к исчерпанию местных средств правовой защиты⁷³. Причина этого ясно изложена Америкасингхе:

«Если норма, касающаяся местных средств правовой защиты, является процедурной, то такой отказ действительно возможен и понятен. Поскольку эта норма является лишь средством установления упорядоченного проведения международного разбирательства, то можно сделать исключение из этой нормы и шагов в исключенном порядке. Это никоим образом не скажется на характере предполагаемого вреда. Меняется лишь метод урегулирования. Вред, который остается тем же самым, окончательно определяется и возмещается международным судом напрямую, а не посредством обычного предварительного суда или судов.

Если норма является материальной, то из этого будет следовать, что отказ от требования об исчерпании местных средств правовой защиты не будет представляться возможным. Обращение к местным средствам правовой защиты становится материальной частью вреда, утверждаемого в международном суде. Без такого обращения не будет основания для иска. Если отказ от этого требования был бы разрешен, то никакого основания для иска, связанного с международной ответственностью, нельзя было бы продемонстрировать в международном суде. Либо придется исчерпывать средства правовой защиты при отказе в правосудии или придется доказывать отсутствие достаточных средств правовой защиты. Представляется неуместным говорить о подлинном отказе в таком случае.

Те же самые доводы справедливы в отношении отказа от положений нормы посредством эстоппеля или по любым другим причинам. С этой нормой поступают таким образом в международном суде, если после от-

р. 207.

⁷² *Government of Costa Rica case*, Inter-American Court of Human Rights, (1984) 67 *I.L.R.*, p. 578 at p. 587, para 26. См. также *ELSI case*, *supra* note 35, p. 42, para 50; *De Wilde, Ooms and Versyp Cases* ("Vagrancy Cases"), European Court of Human Rights (1971) 56 *I.L.R.* p. 37 at p. 370, para. 55. See also Cançado Trindade, *Application*, *supra* note 40, p. 133.

⁷³ См. второй доклад о дипломатической защите, A/CN.4/514, пункт 33.

каза от нее все еще имеется вред международного характера, в отношении которого может дать удовлетворение международный суд. Это может быть так лишь в том случае, если норма носит процедурный характер, а не материальный. Точно так же подлинные исключения из нормы [например, если средства правовой защиты бесполезны] могут быть позволены лишь в случаях спора в международном суде, занимающемся этим делом, в отношении международного права, которое должно применяться для судебного разбирательства. Дело обстоит так лишь в том случае, если касающаяся местных средств правовой защиты норма, которая не применяется в данном деле, носит процедурный характер»⁷⁴.

48. Отказ вызывает проблемы для тех, кто выступает в пользу субстантивной позиции в отношении нормы, касающейся местных средств правовой защиты. Вероятно, именно по этой причине субстантивисты практически не рассматривают вопрос об отказе⁷⁵, хотя никто из них не отвергает его. Напротив, Боршар, видный субстантивист, признает возможность отказа⁷⁶. Авторы, склоняющиеся к процедурной позиции, без каких бы то ни было затруднений поддерживают право на отказ со стороны государства-ответчика⁷⁷, даже применительно к конвенциям о правах человека⁷⁸.

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

Прямо выраженный отказ

50. Прямо выраженный отказ может быть включен в специальное арбитражное соглашение, заключенное с целью урегулировать уже существующий спор, или в общий договор, предусматривающий, что возникающие в будущем споры должны разрешаться посредством арбитража или на основе урегулирования международных споров в какой-то другой форме. Он может также быть включен в контракт между государством и иностранцем. Существует общее соглашение относительно того, что прямо выраженный отказ от выполнения нормы,

⁷⁴ *Supra* note 71, at 207–8.

⁷⁵ Роберто Аго не рассматривает отказы при рассмотрении им нормы, касающейся местных средств правовой защиты. R. Ago, Sixth report on State Responsibility, *Yearbook...* 1977, vol. II (Part One), p. 3; *ibid.*, vol. II, Part Two, p. 30. See also O'Connell, *supra* note 20, vol. 2, p. 1059.

⁷⁶ См., например, Borchard, *Diplomatic Protection*, *supra* note 54, pp. 819, 825.

⁷⁷ Amerasinghe, Local Remedies Rule, *supra* note 36, pp. 735–736; Law, *supra* note 24, p. 59; F.V. García Amador, Third report, *Yearbook ...* 1958, vol. II, p. 47 at p. 93, document A/CN.4/111; F. V. García Amador, *The Changing Law of International Claims* (1984), p. 466 (hereinafter *Changing Law*); J. C. Witenburg, “La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales” (1932-III), 41 *Recueil des Cours* p. 1 at p. 55; K. Ipsen, *Völkerrecht*, 3rd revised ed. (1990), p. 313; E. M. Borchard, “Theoretical Aspects of the International Responsibility of States” (1929), 1 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, p. 223 at p. 240 (hereinafter *Theoretical Aspects*). See *Restatement (Second)*, *supra* note 16, vol. II, p. 620–622, para. 209; Kokott, Exhaustion of Local Remedies, *supra* note 31, p. 613.

⁷⁸ Cançado Trindade, *Application*, *supra* note 40, pp. 128–133.

касающейся местных средств правовой защиты, действителен⁷⁹, и было указано на то, что этот принцип созрел для кодификации, Институтом международного права⁸⁰ и Специальным докладчиком Комиссии Гарсией Амадором⁸¹.

51. Отказы являются общим элементом современной практики государств, и многие арбитражные соглашения содержат положения об отказе⁸². Вероятно, самый широко известный пример можно найти в статье 26 Конвенции об урегулировании инвестиционных споров, которая гласит:

«Согласие сторон на арбитраж по Конвенции рассматривается, если не заявляется об ином, как согласие на такой арбитраж, исключая любое иное средство правовой защиты. Договаривающееся государство может требовать исчерпания местных, административных или судебных средств правовой защиты в качестве условия своего согласия на арбитраж по Конвенции»⁸³.

52. В целом существует согласие относительно того, что прямо выраженные отказы, будь то в соглашении между государствами или в договоре между государством и иностранцем, неотзывны, даже если договор регулируется правом принимающего государства⁸⁴.

Имплицитный отказ

53. Отказ от местных средств правовой защиты не должен быть непосредственно имплицитным. В деле «ELSI» камера Международного Суда в этой связи заявила, что она

«не может согласиться с тем, что один из важных принципов обычного международного права должен рассматриваться как исключенный по

⁷⁹ См. работы, упомянутые в сноске 77 выше. См. также Doering, *supra* note 59, p. 239; H. W. Briggs, "The Local Remedies Rule: A Drafting Suggestion", 50 *A.J.I.L.* (1956), p. 921 at p. 925; Amerasinghe, "Whither the Local Remedies Rule?", *supra* note 54, pp. 293-294; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra* note 40, p. 251; *Oppenheim's International Law*, *supra* note 53, pp. 525-526; Schwarzenberger, *supra* note 20, vol. 1, p. 610; Verdross and Simma, *supra* note 53, p. 883; Herdegen, *supra* note 46, p. 69.

⁸⁰ Резолюция, принятая на его Гренадской сессии гласит: «Эта норма не применяется: ...b) в случае если заинтересованные государства договорились об этом». (Сноска 29 выше, стр. 315.) См. также Bourquin, in (1954) *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 1, p. 58.

⁸¹ Гарсия Амадор, третий доклад, см. сноску 77 выше, стр. 55. В статье 17 говорится, что норма об исчерпании местных средств правовой защиты «не применяется, если государство прямо договорилось с иностранцем... обойтись без местных средств правовой защиты». См. также его шестой доклад (сноска 28 выше, стр. 134), статья 18, пункт 4.

⁸² К примеру, Конвенция о создании Комиссии Соединенных Штатов-Мексики по искам 1923 года (статья V) и Соглашение между Соединенными Штатами и Великобританией 1910 года, цитируемое в Borchard, *Theoretical Aspects*, *supra* note 77, p. 240. См. также арбитражное соглашение между Соединенными Штатами и Канадой об озере Онтарио (плотина Гат), статья II(2)(c), приводимая в (1965) 4 *I.L.M.* p. 468 at p. 469.

⁸³ United Nations, *Treaty Series*, vol. 575, p. 159.

⁸⁴ *Government of Costa Rica case*, *supra* note 72, p. 587, para 265 *De Wilde, Ooms and Versyp cases*, *supra* note 72, p. 370, para 55; Amerasinghe, *Whither the Local Remedies Rule?*; *supra* note 54, pp. 294-295; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra* note 40, pp. 252-253; Amerasinghe, *Local Remedies Rule*, *supra* note 36, p. 737; United Kingdom pleadings in the *Anglo-Iranian Oil Company case*, 1951, *I.C.J. Pleadings* pp. 118-119. See *contra* Iran's pleadings in *ibid.* at p. 501.

умолчанию в отсутствие любых слов, ясно указывающих на намерение сделать это»⁸⁵.

Действительно, Георг Шварценбергер высказал мнение, что существует презумпция против имплицитного формулирования отказа:

«В такой ситуации неопределенности необходимо придавать должное значение трем соответствующим презумпциям: презумпции против любого имплицитного отказа от прав и презумпций в пользу минимального ограничения суверенитета и толкования договоров исходя из международного обычного права. Все три настроены против любого имплицитного отказа от нормы, касающейся местных средств правовой защиты»⁸⁶.

54. Вместе с тем в тех случаях, когда намерение сторон отказаться от местных средств правовой защиты носит ясный характер, это намерение должно быть реализовано. Как судебные решения⁸⁷, так и работы⁸⁸ правоведов поддерживают такой вывод. Специальный докладчик Гарсиа Амадор высказался двусмысленно по данному вопросу: в его шестом и окончательном докладе Комиссии в 1961 году он рассмотрел лишь прямо выраженный отказ от местных средств правовой защиты⁸⁹, однако позднее в работе “The Changing Law of International Claims” (1984 год) он согласился с тем, что отказ мог бы подразумеваться, если он ясен и однозначен⁹⁰.

55. Нельзя установить никакого общего правила относительно того, когда намерение отказаться от местных средств правовой защиты может быть имплицитным. В каждом случае необходимо определяться в свете формулировок документа и обстоятельств его принятия⁹¹. Вместе с тем полезно взглянуть на

⁸⁵ Сноска 35 выше, стр. 42, пункт 50. Выделено автором. См. также Kokott, *Exhaustion of Local Remedies*, *supra* note 31, p. 626.

⁸⁶ Сноска 20 выше, стр. 610-611. См. также García Amador, *Changing Law*, *supra* note 77, p. 467; García Amador, Third report, *supra* note 77, p. 47, para 23; *Salem case*, (1932), 2 U.N.R.I.A.A. p.1165 at p. 1189; Law, *supra* note 24, p. 98; E. Jiménez de Aréchaga, “General course in public international law” (1978-I), 159 *Recueil des Cours* p. 1 at p. 292 (hereinafter *General Course*); Cançado Trindade, *Application*, *supra* note 40, p. 131.

⁸⁷ См., например, *Steiner and Gross v. Polish State* (1927-28) 4 *Annual Digest of Public International Law Cases* (hereinafter *Annual Digest*), p. 472; *American International Group Inc. v. Iran*, Award No. 93-2-3 (1983) 4 *Iran-US CTR* p. 96.

⁸⁸ Law, *supra* note 24, p. 93; *Oppenheim's International Law*, *supra* note 53, pp. 525-526; Amerasinghe, *Local Remedies Rule*, *supra* note 36, pp. 735-736; Borchard, *Diplomatic Protection*, *supra* note 54, pp. 819, 825.

⁸⁹ В этом докладе он придерживался мнения о том, что норма об исчерпании местных средств правовой защиты «не применяется, если государство-ответчик прямо согласилось с государством гражданства потерпевшего иностранца о том, что в обращении к любому или ко всем местным средствам правовой защиты нет необходимости» (Гарсиа Амадор, шестой доклад, сноска 28 выше, стр. 48, статья 18(4)). См. далее *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire Ottoman* (Greece v. France) (1956) 12 U.N.R.I.A.A. p. 161 at pp. 186-187.

⁹⁰ На стр. 467 текста на английском языке.

⁹¹ В своем первом докладе Гарсиа Амадор заявил, что необходимо учитывать историю подготовки соглашения: «чтобы определить, входит ли конкретный спор в число тех, которые охватываются арбитражным соглашением, и, если он входит, содержится ли в этом соглашении, прямо или имплицитно, намерение отказаться от применения в этих спорах нормы о местных средствах правовой защиты. Иными словами, применение нормы о местных средствах правовой защиты будет обязательно зависеть не только от цели и сферы охвата соглашения, но и от обстоятельств каждого конкретного дела». Первый

различные виды арбитражных соглашений, поскольку особые соображения могут быть применимы к различным соглашениям.

Общее арбитражное соглашение, заключенное до спора

56. В случаях, когда государство-ответчик согласилось передавать споры, которые могут возникнуть в будущем с государством-заявителем, на арбитраж, есть основания, позволяющие поддерживать мнение о том, что подобное соглашение «не сопряжено с отказом от требования исчерпать все местные средства правовой защиты в случаях, в которых одна из договаривающихся сторон поддерживает иск своего гражданина»⁹². Действительно, в нескольких делах, связанных с общим соглашением такого рода, государство-заявитель не пожелало сослаться на отказ, подразумеваемый фактом обращения к арбитражу в качестве контраргумента на предварительное возражение, основанное на неисчерпании местных средств защиты⁹³. Тот факт, что существует обоснованная презумпция против имплицитного или молчаливого отказа в таком случае, был подтвержден камерой Международного Суда в деле *ELSI*⁹⁴.

57. В деле *Panevezys-Saldutiskis Railway* Постоянная Палата Международного Правосудия сочла, что принятие Факультативной клаузулы по статье 36 (пункт 2) Статута Суда не представляет собой имплицитного отказа от нормы о местных средствах правовой защиты⁹⁵, как об этом заявлял судья ван Эйсинга в особом мнении⁹⁶. Тот факт, что принято мнение большинства, подтверждается тем, что государство-заявитель не стало сослаться на отказ в ответ на предварительное возражение о неисчерпании местных средств правовой защиты ни в деле *Norwegian Loans*⁹⁷, ни в деле *Interhandel*⁹⁸, в котором юрисдикция Суда утверждалась на основе заявления по Факультативной клаузуле. Поскольку обращение к Международному Суду по Факультативной клаузуле аналогично об-

доклад, сноска 12 выше, пункт 164. См. также Law, *supra* note 24, pp. 93, 98; Jiménez de Aréchaga, General Course, *supra* note 86, p. 292; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra* note 40, pp. 256-257; *Restatement (Second)*, *supra* note 16, vol. II, p. 620, para 209, cmt. (b). См. также *Steiner and Gross v. Polish State*, *supra* note 87, p. 472.

⁹² F.A. Mann, "State contracts and international arbitration" (1967), 42 B.Y.I.L. p. 1 at p. 32; A.V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (1938), p. 414; Verzijl, *supra* note 54, pp.3-4; *Oppenheim's International Law*, *supra* note 53, vol. 1, p. 526, n. 16; Jiménez de Aréchaga, General Course, *supra* note 86, p. 292; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra* note 40, pp. 253, 257-258; Amerasinghe, "Whither the Local Remedies Rule?", *supra* note 54, pp. 295-296; Law, *supra* note 24, p. 98.

⁹³ См., например, the *Interhandel* case, *supra* note 14, and the *ELSI* case, *supra* note 35. См. далее Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra* note 40, p. 253; Amerasinghe, Whither the Local Remedies Rule?, *supra* note 54, p. 295.

⁹⁴ Сноска 85 выше.

⁹⁵ Сноска 14 выше. Эта позиция поддерживается Верзилом, *supra* note 54, p.4; Schwarzenberger, *supra* note 20, p. 610; Jiménez de Aréchaga, General Course, *supra* note 86, p. 292; and Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra* note 40, pp. 256-257.

⁹⁶ Судья ван Эйсинга заявил: «Представлялось бы, что Литва не может сослаться на эту норму [норма о местных средствах правовой защиты] в споре против Эстонии по той причине, что согласие обоих государств на обязательную юрисдикцию Суда по статье 36 Статута Суда, являющееся согласием безоговорочным..., подразумевает исключение этой нормы, о которой идет речь, применительно к обоим государствам». *Panevezys-Saldutiskis Railway* case, *supra* note 14, pp. 35-36.

⁹⁷ Сноска 44 выше.

⁹⁸ Сноска 14 выше.

ращению к общему арбитражному соглашению, представляется возможным сослаться на эти прецеденты, касающиеся Факультативной клаузулы, в поддержку презумпции против молчаливого отказа посредством общего арбитражного соглашения. Хотя такая презумпция сильна, она не является неопровержимой⁹⁹.

Специальное арбитражное соглашение, заключенное после спора

58. Более простым образом отказ от местных средств правовой защиты может подразумеваться в случае с арбитражным соглашением, заключенным после возникновения спора, о котором идет речь. В таком случае можно утверждать, что подобный отказ может подразумеваться, если государство-ответчик заключило арбитражное соглашение с государством-заявителем, охватывающее споры, касающиеся обращения с гражданами после нанесения вреда гражданину, являющемуся субъектом спора, и соглашение обходит молчанием вопрос о сохранении нормы, касающейся местных средств правовой защиты¹⁰⁰. В пользу такой позиции говорят решения комиссий по искам¹⁰¹. Некоторые видят подтверждение возможности подразумевать отказ исходя из арбитражных соглашений, заключенных *после* возникновения спора, в том, что подобные соглашения прямо требуют исчерпания местных средств правовой защиты¹⁰². Ни Постоянная палата Международного Правосудия, ни Международный Суд не рассматривали вопрос об отказе в случае соглашений, подпадающих под эту категорию.

Договор между иностранцем и государством-ответчиком

59. Договор об арбитраже между иностранцем и принимающим государством, который прямо или имплицитно содержит отказ от местных средств правовой защиты, не имеет для настоящей работы непосредственного значения, поскольку урегулирование споров в таком случае не сопряжено с поддержкой иска иностранца государством гражданства. Вместе с тем такой договор может приобрести актуальность для рассматриваемых целей, если принимающее государство отказывается от арбитража и государство гражданства вступается в защиту своего гражданина. В таком случае возникает вопрос о преобладании,

⁹⁹ См. *Steiner and Gross v. Polish State*, *supra* note 87, p. 472. Суд Верхней Силезии счел, что Польша имплицитно отказалась от нормы о местных средствах правовой защиты в статье 5 Немецко-польской конвенции 1922 года, в которой предусматривалось: «Вопрос о том, в каком случае и в каком объеме государство должно выплачивать компенсацию за нарушение или умаление приобретенных прав, будет непосредственно рассматриваться арбитражем по жалобе правообладателя». Суд счел, что слово «непосредственно» должно толковаться как дающее истцам право обращаться в международный суд без исчерпания сначала местных средств правовой защиты.

¹⁰⁰ *Law supra* note 24, pp. 93–94; Borchard, *Theoretical Aspects*, *supra* note 77, p. 240; Borchard, *Diplomatic Protection*, *supra* note 54, pp. 819, 825; García Amador, *Changing Law*, *supra* note 77, p. 550.

¹⁰¹ См. дела, подтверждающие такую позицию в Borchard, *Theoretical Aspects*, *supra* note 77, p. 240; Borchard, *Diplomatic Protection*, *supra* note 54, pp. 819 и Hackworth, *supra* note 34, vol. 5, p. 525. См. *American International Group, Inc. v. Iran*, *supra* note 87, p. 102; *Giorgio Uzielli case*, Italian-United States Conciliation Commission, (1963) 16 *U.N.R.I.A.A.* p. 267 at pp. 270–271. *Sed contra Salem case*, *supra* note 86, p. 1189.

¹⁰² См., например, Borchard, *Diplomatic Protection*, *supra* note 54, p. 819. См. также особое мнение судьи ван Эейсинга по делу *Panevezys-Saldutiskis Railway*, сноска 14 выше, pp. 37–38.

будь то прямо или имплицитно, выраженного договорного положения об исключении внутригосударственных средств правовой защиты. В то время как есть основания поддерживать мнение о том, что прямо выраженный отказ¹⁰³ должен реализовываться, представляется менее ясным, должен ли договор между государством и иностранцем, соглашающимися урегулировать споры путем арбитража, без прямого упоминания обращения к местным средствам правовой защиты в качестве одного из предварительных условий арбитража истолковываться как подразумевающий отказ от местных средств правовой защиты. Авторы решительно поддерживают мнение о том, что такое соглашение рассчитано на исключение местных средств правовой защиты¹⁰⁴. Некоторые решения арбитражных судов прямо свидетельствуют в пользу этого подхода¹⁰⁵, в то время как во многих случаях подобного рода государство-ответчик не выступало с каким бы то ни было возражением, основанным на исчерпании местных средств правовой защиты¹⁰⁶. В то время как и в Постоянной палате Международного Правосудия, и в Международном Суде¹⁰⁷ приводился довод в пользу имплицитного отказа в подобного рода делах, ни один из этих судов не высказался по данному вопросу.

Эстония

60. Поведение государства-ответчика в ходе международных разбирательств может привести к тому, что это государство окажется утратившим право требо-

¹⁰³ Law, *supra* note 24, p. 94; Herdegen, *supra* note 46, p. 69; García Amador, Third report, *supra* note 77, p. 55. В статье 17 проекта Гарсии Амадора заявляется, что норма об исчерпании местных средств правовой защиты (статья 15) «не применяется, если государство прямо договорилось с иностранцем, или, в зависимости от обстоятельств, с государством его гражданства обойтись без местных средств правовой защиты».

¹⁰⁴ Mann, *supra* note 92, p. 32; *Oppenheim's International Law*, *supra* note 53, vol. 1, p. 523, n. 3; García Amador, Sixth report, *supra* note 28, p. 48, article 18(5); García Amador, *Changing Law*, *supra* note 77, p. 539–550; S.M. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems* (1987), pp. 117–121; S.M. Schwebel and J.G. Wetter, "Arbitration and Exhaustion of Local Remedies" (1966), 60 *A.J.I.L.* p. 484 at pp. 499; Report of the Executive Directors of the Bank on the International Convention for the Settlement of Investment Disputes, приводимый в Whiteman, *supra* note 60, vol. 9, p. 806; *Restatement (Third)*, *supra* note 16, vol. II, p. 226, para. 713, Reporter's Note 5, См. также *Restatement (Second)*, *supra* note 16, vol. II, p. 621, para. 209, cmt. (c); O'Connell, *supra* note 20, p. 1059. *Sed contra* A.O. Adede, "A Survey of Treaty Provisions on the Rule of Exhaustion of Local Remedies" (1977), 18 *Harvard International Law Journal* p. 1 at pp. 8, который утверждает, что заявления, сделанные государствами при ратификации Генерального договора о межамериканском арбитраже, который прямо не требует исчерпания местных средств правовой защиты, указывают на их убежденность в отсутствии, тем не менее, отказа от этой нормы.

¹⁰⁵ *LIAMCO v. Libya* (1977) 62 *I.L.R.* p. 141 at pp. 179–180; *Elf Aquitaine Iran v. National Iranian Oil Company*, (1982) 96 *I.L.R.* p. 252 at pp. 278–279, para. 44.

¹⁰⁶ Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra* note 40, p. 262.

¹⁰⁷ См. меморандум Швейцарии в *Affaire Losinger and Co.* (1936) P.C.I.J. Series C, No. 78, p. 40; утверждения Соединенного Королевства в *Anglo-Iranian Oil Co.*, *supra* note 84, pp. 81–82; представления Франции в *Compagnie du Port, des Quais et des Entrepôts de Beyrouth and the Société Radio-Orient Case*, 1960 *I.C.J. Pleadings* pp. 39, 91–93. *Sed contra* Yugoslav pleadings in *Affaire Losinger and Co.* (1936) P.C.I.J. Series C, No. 78, p. 132; представления Ирана в *Anglo-Iranian Oil Co.*, 1951 *I.C.J. Pleadings* p. 288; доводы Ливана в *Compagnie du Port, des Quais et des Entrepôts de Beyrouth and the Société Radio-Orient Case*, 1960 *I.C.J. Pleadings* pp. 67–70.

вать исчерпания местных средств правовой защиты¹⁰⁸. Это было признано Камерой Международного Суда в деле *ELSI*, когда она заявила, что:

«нельзя исключить, что эстопель мог бы в некоторых обстоятельствах возникать в результате молчания, когда что-то следовало заявить»¹⁰⁹.

Доводы в поддержку этого принципа можно также найти в *Heathrow Airport User Charges Arbitration*¹¹⁰.

61. По делу *Aerial Incident (United States v. Bulgaria)* Соединенные Штаты заявили, что:

«если для родственников американцев, погибших в сбитом самолете компании «Эль-Ал Эйрлайнз Констелейшн» 27 июля 1955 года, имелись какие бы то ни было местные средства правовой защиты в Болгарии, правительство Болгарии ни разу не сослалось на них, как и на желательность или необходимость их исчерпания, когда Соединенные Штаты представили свое дипломатическое требование правительству Болгарии в 1955 и 1957 годах. Вместо этого правительство Болгарии рассмотрело дипломатическое требование и взяло на себя обязательство выполнить его... Ввиду этих фактов Болгария не имеет права впервые утверждать о наличии требования об исчерпании местных средств правовой защиты»¹¹¹.

Международный Суд, тем не менее, не имел возможности высказаться по данному вопросу.

62. Как Европейский суд по правам человека¹¹², так и Межамериканский суд по правам человека¹¹³ указали, что государство-ответчик может утратить право

¹⁰⁸ Kokott, Exhaustion of Local Remedies, *supra* note 31, p. 626; *Oppenheim's International Law*, *supra* note 53, vol. I, pp. 525–526; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra* note 40, p. 268–270, 272–275.

¹⁰⁹ *Supra* note 35, p. 44, para. 54.

¹¹⁰ *United States — United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (Arbitration Tribunal), (1996), 102 *I.L.R.* p. 216 at p. 285, para. 6.33.

¹¹¹ 1959 *I.C.J. Pleadings*, p. 326.

¹¹² По делу “*Foti and Others*” Суд заявил: «Суд примет к сведению предварительные возражения такого рода [относительно неисчерпания местных средств правовой защиты] в той степени, в которой государство-ответчик может впервые выступить с ними в Комиссии, в принципе на стадии первоначального рассмотрения приемлемости, насколько позволяют их характер и обстоятельства; если это условие не выполнено, правительство утрачивает право выступать с возражением в Суде» (1982) 71 *I.L.R.* p. 366 at p. 380, para. 46. *Emphasis added*. См. далее *Artico* (1980), 60 *I.L.R.* p. 182 at pp. 192–194, paras. 24–27; *Guzzargi* (1980) 61 *I.L.R.* p. 276 at pp. 301–302, para. 67; *Corigliano* (1982) 71 *I.L.R.* p. 395 at p. 403.

¹¹³ По делу *Castillo Petruzzi v. Peru* Суд заявил:

«Суд также указывает на то, что государство не утверждало в Комиссии о неисчерпании местных средств правовой защиты. Не сделав этого, оно тем самым отказалось от своих средств защиты, которые установлены в Конвенции в его пользу, и молчаливо признало несуществование таких средств правовой защиты или их своевременное исчерпание, как заявлялось в ходе разбирательств в органах международной юстиции (таких, как Европейский суд, по мнению которого, возражения против неприемлемости следует высказывать на первоначальном этапе разбирательств в Комиссии, за исключением тех случаев, когда оказывается невозможным высказать их в соответствующее время по причинам, которые не могут быть отнесены на счет правительства)». (1999) 20 *Human Rights Law Journal* p. 176 at pp. 181, para. 56.

на возражение, основанное на исчерпании местных средств правовой защиты, когда оно не заявило этого возражения в надлежащее время.

63. Норма, касающаяся исчерпания местных средств правовой защиты, является одной из норм обычного международного права. В связи с этим государство-ответчик не должно утрачивать право прибегать к этой норме, за исключением случаев, когда его поведение ясно побудило государство-заявителя действовать таким образом, который наносит ущерб его интересам. Это было ясно продемонстрировано Камерой Международного Суда в деле *ELSI*, когда она заявила:

«имеются очевидные затруднения в утверждении наличия эстопея, вытекающего из простого неупоминания того или иного вопроса на том или ином этапе несколько неупорядоченных дипломатических обменов»¹¹⁴.

Суд аналогичным образом занял осторожный подход в деле “*Interhandel*”, по которому он заявил, что он

«не считает необходимым останавливаться на утверждении правительства Швейцарии о том, что «сами Соединенные Штаты признали, что “*Interhandel*” исчерпал средства правовой защиты, имеющиеся в судах Соединенных Штатов». Представители правительства Соединенных Штатов действительно выражали это мнение в нескольких случаях, в частности в меморандуме, приложенном к ноте государственного секретаря... Это мнение базировалось на взгляде, который оказался необоснованным. На деле велись разбирательства, которые “*Interhandel*” возбудил в судах Соединенных Штатов»¹¹⁵.

Амерасингхе излагает эту позицию точно, заявляя:

«Должны существовать неоспоримые доказательства того, что поведение было не только рассчитано на то, чтобы побудить иностранца или индивида полагать, что нет необходимости в дальнейшем исчерпании местных средств правовой защиты, по любой причине, но и того, что от последнего можно было в разумной степени ожидать, что он будет руководствоваться этим поведением, что он действительно руководствовался им и по этой причине не обратился к имевшимся местным средствам правовой защиты»¹¹⁶.

¹¹⁴ *Supra* note 35, p. 44, para. 54.

¹¹⁵ См. сноску 14 выше, стр. 27. См. также особое мнение судьи Кордовы на стр. 46–47 текста на английском языке. Ср. особое мнение судьи Эриха по делу *Panevezys-Saldutiskis*:

«Может случиться, что государство, которому представляется иск, может быть вполне готово обсудить его основания или даже готово передать иск в Международный Суд в отсутствие какого бы то ни было окончательного решения компетентного судебного или административного органа страны. Если в конкретном случае из позиции правительства явствует, что оно отказывается от этого условия и что оно, собственно говоря, готово перевести рассмотрение иска непосредственно на международный уровень, оно не может впоследствии оставить эту позицию»

(сноска 14 выше, p. 52).

¹¹⁶ *Local Remedies*, *supra* note 40, p. 273.

Закключение

64. При том, что имеются мнения в пользу как имплицитного отказа от местных средств правовой защиты, так и эстоппеля в качестве аргумента против возражения, основанного на исчерпании местных средств правовой защиты, представляется ясным, что нельзя легко согласиться ни с одним из этих препятствий на пути применения обычной правовой нормы. Несмотря на это, необходимо признать их возможное существование в зависимости от формулировок соответствующих документов и обстоятельств и контекста конкретного дела. Это является исходной основой предложенного исключения из нормы, касающейся местных средств правовой защиты.

3. Добровольная связь и территориальная связь (статья 14(c) и (d))

Статья 14

Не требуется исчерпание местных средств правовой защиты, когда:

...

с) нет добровольной связи между потерпевшим лицом и государством-ответчиком;

d) международно-противоправное деяние, на котором основывается международное требование, не было совершено в пределах территориальной юрисдикции государства-ответчика;

65. Исключения из нормы, касающейся исчерпания местных средств правовой защиты, содержащиеся в подпунктах (с) и (d), будут рассмотрены вместе, поскольку они тесно взаимосвязаны. Несмотря на наличие мнений в поддержку этих норм, Специальный докладчик сомневается в их оправданности по причине того, что другие исключения из нормы, касающейся местных средств правовой защиты, или общих принципов международного права обычно будут обеспечивать, чтобы норма, касающаяся местных средств правовой защиты, была исключена в обстоятельствах, охватываемых в подпунктах (с) и (d). По этой и иным причинам Комиссия международного права отказалась принять такую норму в 1977 году при рассмотрении ею статьи 22 проектов статей об ответственности государств (первое чтение)¹¹⁷. Вместе с тем, этот вопрос требует тщательного рассмотрения, и по этой причине исключения в подпунктах (с) и (d) представлены в качестве возможных норм на тот случай, если Комиссия пожелает принять положения по данному вопросу. Для того, чтобы Комиссия имела полное представление, приводятся доводы в пользу и против этих норм.

66. Некоторые авторы заявляют, что норма, касающаяся исчерпания местных средств правовой защиты, не применяется, когда потерпевший иностранец не имеет добровольной связи с государством-ответчиком ввиду отсутствия какой бы то ни было территориальной связи между этим индивидом и государством-ответчиком¹¹⁸.

¹¹⁷ *Yearbook... 1977*, vol. II (Part Two), pp. 43–45, paras. 38–42.

¹¹⁸ См. O'Connell, *supra* note 20, vol. II, p. 951; T. Meron, "The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies", (1959) 35 *B.Y.I.L.* p. 83; C. Parry, "Some Considerations upon

67. В поддержку этого мнения утверждается, что во всех случаях, в которых требовалось исчерпание местных средств правовой защиты, наличествовала какая-то связь между потерпевшим лицом и государством-ответчиком, например добровольное физическое присутствие, проживание, владение собственностью или договорные отношения с государством-ответчиком. Так, Мерон заявлял:

«Хотя представляется возможным найти максимально широкие формулировки нормы, касающейся местных средств правовой защиты, анализ прецедентов указывает на нижеследующую общую основу фактов: во всех из них потерпевший иностранец добровольно установил или может считаться, что установил, либо прямо, либо имплицитно, связь с государством, деяния которого оспариваются. Такая связь могла бы устанавливаться разнообразными способами, перечислять которые исчерпывающим образом здесь нет необходимости. Будет достаточно сослаться на более общие примеры. Они включают в себя случаи, когда иностранец проживает, постоянно или временно, на территории государства-ответчика, занимается там деловой деятельностью, владеет там собственностью или вступает в договорные отношения с правительством этого государства. Представляется, что во всех указанных случаях, которые имеют актуальное значение с точки зрения нормы, касающейся местных средств правовой защиты, и в которых считалось необходимым, чтобы предположительно совершающее противоправное деяние государство в первую очередь получало возможность исправить предполагаемый вред средствами, предоставляемыми его собственными судами, связь такого характера действительно наличествует»¹¹⁹.

68. Приверженцы этого мнения считают, что характер дипломатической защиты и нормы, касающейся местных средств правовой защиты, претерпел значительные изменения в последнее время. В то время как на ранних этапах дипломатическая защита характеризовалась ситуациями, в которых иностранцу, проживающему и ведущему деловую деятельность в иностранном государстве, наносился вред деянием этого государства, в связи с чем от него могло ожидать исчерпание местных средств правовой защиты в соответствии с принципом, предусматривающим, что «направляющийся за границу гражданин должен обычно рассматриваться как принимающий местный закон в том виде, в котором он его находит, включая средства, предоставляемые для компенсации вреда»¹²⁰, в настоящее время индивиду может быть причинен вред деянием иностранного государства вне его территории или каким-то деянием в пределах его территории в обстоятельствах, в которых индивид не имеет никакой

the Protection of Individuals in International Law" (1956-II), 90 *Recueil des Cours*, p. 190 at p. 688; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra* note 40, p. 138; Doebling, *supra* note 59, 239; Ipsen, *supra* note 77, p. 312; Herdegen, *supra* note 46, p. 66; Mummery, *supra* note 37, p. 394; I.L. Head, "A Fresh Look at the Local Remedies Rule", (1967) 5 *Canadian Yearbook of International Law*, p. 143 at pp. 153; Juménez de Aréchaga, "International Responsibility", *supra* note 54, p. 583. *Sed contra*, см. W.K. Geck, "Diplomatic Protection", in *E.P.I.L.* (1992), vol. 1, p. 1045 at p. 1056; G. Gaja, *L'Esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale* (1967), p. 87.

¹¹⁹ Сноска 118 выше, p. 94.

¹²⁰ Borchard, *Theoretical Aspects*, *supra* note 77, p. 240. См. также Borchard, *Diplomatic Protection*, *supra* note 54, p. 817; and C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law* (1928), p. 96.

связи с этой территорией. Примерами этого служат трансграничный экологический вред (к примеру, взрыв на Чернобыльской атомной электростанции вблизи Киева в Советском Союзе, в результате которого радиоактивные осадки выпали в таких удаленных районах, как Япония и Скандинавия) и сбитие летательного аппарата, который в результате случайного отклонения от маршрута входит в воздушное пространство того или иного государства (иллюстрацией чему служит «Воздушный инцидент», в ходе которого Болгария сбила самолет компании «Эль-Ал», который случайно вошел в ее воздушное пространство). Согласно Мерону:

«Расширение рамок права, касающегося ответственности государств, является одной из важных причин для повторного рассмотрения как основы, так и сферы охвата нормы о местных средствах правовой защиты. Безусловно, было бы неразумным отсылать индивидов, потерпевших в результате деяний иностранного государства вне его территории, в его суды в качестве предварительного условия для возбуждения международных разбирательств государством, гражданином которого является потерпевший; и это несмотря на отсутствие подлинной связи между потерпевшим индивидом и государством-ответчиком»¹²¹.

69. Те, кто поддерживает норму о добровольной связи/территориальной связи, подчеркивают принятие риска иностранцем в иностранном государстве в качестве основы для нормы, касающейся местных средств правовой защиты¹²². Лишь в том случае, когда иностранец добровольно подчиняет себя юрисдикции государства-ответчика, можно ожидать от него исчерпания местных средств правовой защиты.

70. Нет никаких ясных авторитетных аргументов в пользу или против требования о добровольной связи.

Судебные решения

71. Судебные решения проливают мало света на этот вопрос.

72. По делу *Interhandel* Международный Суд заявил:

«было сочтено необходимым, чтобы государство, в котором совершено нарушение, также имело возможность исправить его своими собственными средствами»¹²³.

Такое высказывание Суда, которое разрешает территориальному государству требовать исчерпания местных средств правовой защиты, как представляется, является недостаточной базой для доктрины, которую пытался подвести под нее Америкасингхе, заявляя, что это высказывание свидетельствует в пользу мнения о том, что вред должен наступать на территории государства-правонарушителя, из чего следовало бы, «что лицо или имущество должны

¹²¹ Сноска 118 выше, р. 98.

¹²² Brownlie, *supra* note 45, р. 501. Браунли, тем не менее, все-таки указывает на наличие противоположных взглядов: «Если основная цель заключается в предоставлении альтернативного, относительно более удобного средства обращения к разбирательствам на международном уровне, то в этом случае не будет применяться никакое условие относительно связи» (*loc. cit.*).

¹²³ Сноска 14 выше, р. 27. Выделено автором.

также быть расположены в государстве-правонарушителе»¹²⁴. По делу *Salem* арбитражный суд заявил, что «как правило, иностранец должен признавать в качестве применимого к себе правосудие в том виде, в котором оно установлено в стране, избранной им в качестве своего места жительства»¹²⁵. Опять же это тривиальное повторение формулировки нормы о местных средствах правовой защиты вряд ли служит доказательством нормы, требующей добровольной связи в качестве предварительного условия для нормы, касающейся местных средств правовой защиты.

73. Этот вопрос был поднят в деле *Norwegian Loans*¹²⁶, при разбирательстве по которому Франция, утверждая, что французские граждане, владевшие норвежскими облигациями, но проживавшие во Франции, не были обязаны исчерпывать местные средства правовой защиты в Норвегии, заявила:

«единственным объяснением этой нормы является требование о том, что дело иностранца, находящегося в споре с государством, под суверенитетом которого он предпочел проживать, не может быть передано на международный уровень без первоначального исчерпания всех местных средств урегулирования»¹²⁷.

В ответ Норвегия привела довод о том, что практика не поддерживает французский тезис, ссылаясь при этом на арбитражные решения по делам *Finnish Ships*¹²⁸ и *Ambatielos*¹²⁹, в которых норма о местных средствах правовой защиты была сочтена применимой несмотря на тот факт, что отдельные истцы не проживали в государстве-ответчике. Суд не нашел необходимым вдаваться в вопрос об исчерпании местных средств правовой защиты, поскольку решение по делу было принято на других основаниях. Единственная ссылка на этот аргумент сторон в отношении данного вопроса была сделана судьей Ридом в его особом мнении, когда он заявил, что «Франция не смогла сослаться ни на один убедительный авторитетный источник..., и, фактически, авторитетные источники склоняются к противоположному мнению»¹³⁰.

74. Требование о наличии добровольной связи занимало видное место в доводах Израиля по делу *Aerial Incident*, когда Израиль потребовал от Болгарии возмещения ущерба, наступившего в результате сбития израильского гражданского самолета, вошедшего в воздушное пространство Болгарии по ошибке. Шабтай Розен, представлявший Израиль, приводил следующие доводы:

«до того как может быть применена норма [о местных средствах правовой защиты], представляется крайне необходимым, чтобы существовала связь между потерпевшим лицом и государством, действия которого оспариваются. Я утверждаю, что все прецеденты свидетельствуют о том, что эта норма применяется лишь тогда, когда иностранец, потерпевшее лицо, установил, или как считается установил, добровольную, сознательную и преднамеренную связь между собой и иностранным государством, дейст-

¹²⁴ Сноска 40 выше, р. 145.

¹²⁵ Сноска 86 выше, р. 1202.

¹²⁶ Сноска 44 выше.

¹²⁷ *Norwegian Loans case*, 1957 *I.C.J. Pleadings*, vol. 1, p. 408 (с цитированием в шестом докладе Р. Аго, сноска 75 выше, пункт 98). Выделено автором.

¹²⁸ Сноска 13 выше.

¹²⁹ Сноска 14 выше.

¹³⁰ Сноска 44 выше, р. 97.

вия которого оспариваются. Прецеденты всегда связаны со случаями, в которых связь этого характера была установлена, к примеру, в силу проживания в этом государстве, ведения в нем торговой деятельности, владения в нем собственностью — я полагаю, что это охватывает большинство случаев, — или в силу заключения им некоего договора с правительством этого государства, как в случаях, касающихся иностранных держателей облигаций; и могут быть иные примеры»¹³¹.

Болгария оспаривала этот аргумент Израиля¹³². Вновь Суд не принял решения по данному вопросу¹³³.

75. По делу “Trail Smelter”¹³⁴, касавшемуся трансграничного загрязнения, при котором не было никакой добровольной связи или территориальной связи, Канада не настаивала на исчерпании местных средств правовой защиты. Это и другие дела¹³⁵, в которых не было никакой добровольной связи и в рамках которых не шла речь о местных средствах правовой защиты, истолковывались как поддерживающие требования о добровольном признании юрисдикции в качестве одного из предварительных условий для применения нормы о местных средствах правовой защиты¹³⁶. Ненастаивание на применении нормы о местных средствах правовой защиты в этих делах может, вместе с тем, быть объяснено иными причинами. К примеру, дело “Trail Smelter” может быть объяснено как пример прямого вреда, при котором нет необходимости исчерпывать местные средства правовой защиты, или исходя из того, что арбитражное соглашение, о котором идет речь, не требовало исчерпания местных средств правовой защиты.

76. Оппоненты требования о наличии добровольной связи/территориальной связи утверждают, что суды согласились с необходимостью исчерпания местных средств правовой защиты применительно к таким делам, как *Finnish Ships*¹³⁷, *Ambatielos*¹³⁸ и *Elettronica Sicula (ELSI)*¹³⁹, где не было тесной связи между потерпевшим гражданином и государством-ответчиком. Это вводящий в заблуждение аргумент, поскольку во всех трех делах наличествовала некоторая связь с государством-ответчиком, либо в форме договорного отношения (*Ambatielos* и *ELSI*), либо в форме физического присутствия (*Finnish Ships*). Сторонники требования о наличии добровольной связи не ставят знак равенства между связью и проживанием, а поэтому признали, что в вышеупомянутых делах наличествовала связь между потерпевшим гражданином и государством-ответчиком, достаточная для применимости нормы, касающейся местных средств правовой защиты¹⁴⁰. Если бы проживание было одним из требований, то это исключило бы применение нормы о местных средствах правовой защи-

¹³¹ Oral Pleadings of Israel in the *Aerial Incident* case (Israel v. Bulgaria), *supra* note 111, pp. 531–532. Выделено автором. См. также *ibid*, p. 590.

¹³² *Ibid.* at p. 565.

¹³³ 1959 *I.C.J. Reports* p. 127.

¹³⁴ (1935) 3 U.N.R.I.A.A. p. 1905.

¹³⁵ Дело *Virginus*, приводимое в J.B. Moore, *A Digest of International Law* (1906), vol. II, p. 895 et p. 903; дело *Jessie*, приводимое в (1922) 16 A.J.I.L. pp.114–116.

¹³⁶ Law, *supra* note 24, p. 104; Meron, *supra* note 118, p. 98, fn. 2.

¹³⁷ Сноска 13 выше.

¹³⁸ Сноска 14 выше.

¹³⁹ Сноска 35 выше, p. 42, para 50.

¹⁴⁰ См. Meron, *supra* note 118, pp. 99–100; и Amerasinghe, *supra* note 40, p. 144.

ты в случаях, касающихся экспроприации имущества, находящегося в иностранном владении, и договорных сделок, когда иностранец не является резидентом. Ныне ни один серьезный автор не поддерживает такой позиции.

Практика государств

77. Практика государств также не ясна. В ранней практике Великобритании утверждалось, что в случаях, когда иностранцу причиняется вред в открытом море в результате ареста или захвата судна, исчерпание местных средств правовой защиты в производящем арест или захватывающем государстве было необходимо¹⁴¹. К.Ф. Амерасингхе обоснованно высказывает сомнение относительно того, признавалась бы эта практика сегодня¹⁴². Безусловно, в нормах практики Великобритании в самое последнее время нет никакого упоминания об этом роде практики или даже о каком бы то ни было требовании наличия добровольной связи¹⁴³.

78. Первоначально практика Соединенных Штатов была весьма иной. В 1834 году государственный секретарь МакЛейн заявил, что граждане Соединенных Штатов должны исчерпывать местные средства правовой защиты в государстве,

«в котором нарушены их права, законам которого они добровольно подвергли себя, вступив в сферу их действия, и законы которого они должны согласиться соблюдать»¹⁴⁴.

Вопрос о том, сохраняется ли эта позиция Соединенных Штатов, не ясен. “Third Restatement of the Foreign Relations Law of the United States” хранит молчание в отношении необходимости наличия добровольной связи в качестве предварительного условия для нормы, касающейся местных средств правовой защиты¹⁴⁵.

79. Практика государств в последнее время указывает на то, что государство, несущее ответственность за неумышленно сбитие иностранного летательного аппарата, не будет требовать исчерпания местных средств правовой защиты в качестве предварительного условия применительно к искам, возбужденным против него семьями жертв. Китай не требовал исчерпания местных средств правовой защиты до выплаты компенсации тем, кто пострадал после того, как он сбил в 1960 году самолет авиакомпании «Бритиш Катэй»¹⁴⁶. Соединенные Штаты также не требовали этого, когда они предложили выплаты *ex gratia* гражданам Ирана после того, как над Ираном ракетами Соединенных Штатов был сбит иранский пассажирский самолет¹⁴⁷. В самое последнее время Индия не использовала неисчерпание местных средств правовой защиты в качестве

¹⁴¹ McNair, 2 *International Law Opinions* (1956), p. 302.

¹⁴² Сноска 40 выше, p. 143.

¹⁴³ См. Warbick, *supra* note 16.

¹⁴⁴ Moore, *Digest*, *supra* note 135, vol. 6, pp. 658.

¹⁴⁵ *Restatement (Third)*, *supra* note 16, part II, p. 348, para 902 cmt. (k); p. 219, para 713, cmt. (f), pp. 225–226, para 713, Reporter’s Note 5.

¹⁴⁶ Этот инцидент описывается в Law, *supra* note 24, p. 104.

¹⁴⁷ См. *Aerial Incident of 3 July 1988 (Iran v. United States of America, I.C.J. Pleadings, Preliminary, Objections submitted by the United States of America, Part I, chap. III, sect. I, pp. 44–48.*

предварительного возражения на иск Пакистана на предмет возмещения ущерба, вызванного уничтожением Индией пакистанского самолета¹⁴⁸.

80. Та же практика, как представляется, применима в случае трансграничного экологического ущерба. Так, Канада отказалась от требования об исчерпании местных средств правовой защиты, когда она согласилась предоставить компенсацию гражданам Соединенных Штатов, потерпевшим убытки в результате строительства дамбы Гат¹⁴⁹. Это мнение дополнительно поддерживается в статье XI Конвенции о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами, 1972 года:

«1. Для предъявления запускаящему государству претензии о компенсации за ущерб на основании настоящей Конвенции не требуется, чтобы государство-истец либо физические или юридические лица, которых оно представляет, предварительно исчерпали местные средства удовлетворения претензий, которые могут иметься в их распоряжении.

2. Никакое положение настоящей Конвенции не препятствует государству либо физическим или юридическим лицам, которых оно может представлять, возбудить иск в судах либо в административных трибуналах или органах запускаящегося государства. Государство, однако, не имеет права предъявлять на основании настоящей Конвенции претензию о возмещении того же ущерба, в отношении которого возбужден иск в судах либо в административных трибуналах или органах запускаящего государства, или же на основании другого международного соглашения, обязательного для заинтересованных государств»¹⁵⁰.

Авторы приводят убедительные доводы о том, что распространение права, касающегося ответственности государств за трансграничный экологический вред, требует пересмотра применимости нормы о местных средствах правовой защиты¹⁵¹.

¹⁴⁸ *Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v. India), Jurisdiction of the Court*, (2000) 39 *I.L.M.* p. 1116.

¹⁴⁹ См. Арбитражное соглашение Соединенных Штатов-Канады по озеру Онтарио (дамба Гат), сноска 82 выше, и Report of the Agent of the United States Before the Lake Ontario Claims Tribunal, приведенный в (1969) 8 *I.L.M.* p. 118. Позиция Канады может также быть объяснена тем фактом, что суды Канады объявили, что они не обладают юрисдикцией в отношении соответствующих дел. (United States-Canada Lake Ontario (Gut Dam) Arbitration Agreement, p. 475).

¹⁵⁰ (1975) *U.N.T.S.* No. 961, 187 at pp. 191–192, (1971) 10 *I.L.M.* p. 965. Канада сослалась на эту Конвенцию в 1979 году, когда советский спутник с небольшой ядерной энергетической установкой разрушился над Канадой и его обломки упали на землю в северо-западных территориях Канады. Советский Союз согласился выплатить компенсацию Канаде в размере 3 млн. канадских долларов: (1979) 18 *I.L.M.* 899; (1981) 20 *I.L.M.* p. 689. В данном случае Канада предъявила прямой иск, поскольку канадским гражданам или частной собственности не было нанесено никакого вреда.

¹⁵¹ По словам К.Б. Хоффмана: «Хотя еще и не признанная в качестве принципа международного права «теория связи», как представляется, получает все большее распространение и представлялась бы важным элементом развития права ответственности государств по мере расширения применения этого права и включения экологических вопросов»: “State Responsibility in International Law and Transboundary Pollution Injuries” (1976), 25 *I.C.L.Q.* p. 509 at p. 540. См. также R.J.M. Lefebvre, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability* (1996), pp. 123, 154; P.N. Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law* (2000), p. 219; Jiménez de

Предложения по кодификации

81. Ранее предложения по кодификации были связаны с формулированием принципов ответственности государства за ущерб, причиненный «на его территории лицу или имуществу иностранцев»¹⁵². По этой причине никакого внимания не уделялось вопросу об ответственности, когда иностранец находился вне территории государства-ответчика. Гарвардский проект конвенции о международной ответственности государств за вред иностранцам не только не включает требования о территориальной добровольной связи в соответствующей статье (статья 19), но и прямо указывает в комментарии, что проект конвенции

«не приемлет мнения о том, что исчерпание местных средств правовой защиты следует исключать в тех случаях, когда это требование обременяло бы истца... Обращение к местным средствам правовой защиты может быть обременительным, когда потерпевший иностранец не имеет реальной связи с государством, несущим ответственность за причиненный вред, как это имеет место в случае, в котором иностранец просто находился на территории соответствующего государства проездом. Для того чтобы он эффективно использовал местные средства правовой защиты, ему, возможно, потребовалась бы длительная поездка от места проживания в государство, в котором был причинен вред. *Хотя такое исключение из обычной нормы могло бы быть желательным, в решениях по делам не найдено ничего, что поддерживало бы эту точку зрения*»¹⁵³.

82. Комиссия международного права рассмотрела этот вопрос, когда она приняла статью 22 проектов статей об ответственности государств в первом чтении¹⁵⁴. В ходе этого рассмотрения она отвергла предложение о том, чтобы исключать норму о местных средствах правовой защиты в отсутствие территориальной связи или добровольной связи¹⁵⁵, и определила, что ввиду отсутствия как в практике государств, так и в судебных решениях

«любых прямо выраженных заявлений о позиции в отношении применимости или неприменимости требования об исчерпании местных средств правовой защиты к случаям, в которых вред иностранцам или их имуществу причинен *вне пределов территории государства*»¹⁵⁶

самым лучшим выходом является

Aréchaga, General Course, *supra* note 86, p. 296; O. Schachter, "International Law in Theory and Practice" (1982-V) 178 *Recueil des Cours* p. 9 at p. 203. См. далее Х. Барбоса, шестой доклад о международной ответственности за вредные последствия действий, не запрещенных международным правом, *Ежегодник, 1990 год*, том II (Part One), p. 83 at p. 109 (статья 28), документ A/CN.4/428 и Add.1. См. также доклад Рабочей группы КМП по данному вопросу в *Yearbook... 1978*, vol. II (Part Two), p. 150 at p. 151, para 15.

¹⁵² См. Проект конвенции, подготовленный Комиссией по подготовке к Гаагской конференции по кодификации 1930 года, озаглавленный «Responsibility of the State for Damage done in Its Territory to the Person or Property of Foreigners», Гарвардский проект конвенции 1929 года под тем же названием; Ф.В. Гарсиа Амадор, второй доклад об ответственности государства за ущерб, причиненный на его территории лицу или имуществу иностранцев, *Yearbook ... 1957*, vol. II, p. 104, документ A/CN.4/106.

¹⁵³ Комментарий Сона и Бакстера, приведенный в Whiteman, *supra* note 60, vol. I, p. 794.

¹⁵⁴ *Yearbook ... 1977*, vol. II (Part Two), pp. 43-5, paras. 38-42.

¹⁵⁵ *Ibid*, para. 40.

¹⁵⁶ *Ibid*, para. 38.

«оставить проблему применимости принципа исчерпания местных средств правовой защиты к случаям вреда, причиненного государством иностранцам вне пределов его территории, и к аналогичным случаям для ее решения на основе практики государств в соответствии с самыми эффективными и имеющимися критериями»¹⁵⁷.

Заключение

83. В судебных решениях и практике государств еще неадекватно освещен вопрос о применимости нормы о местных средствах правовой защиты в отсутствие добровольной связи или территориальной связи. Ясно, что аргументы сторонников такого исключения из нормы о местных средствах правовой защиты не лишены оснований. Представляется неразумным, непрактичным и несправедливым требовать от потерпевшего иностранца исчерпывать местные средства правовой защиты в следующих тяжелых случаях:

- a) трансграничный экологический вред, причиненный загрязнением, радиоактивными осадками или искусственными космическими объектами;
- b) сбитие летательного аппарата вне пределов территории государства-ответчика или летательного аппарата, который случайно вошел в его воздушное пространство;
- c) причинение смерти гражданину государства А военнослужащим государства В, размещенным на территории государства А;
- d) трансграничное похищение иностранца с территории его родного государства или третьего государства агентами государства-ответчика.

Вопрос, который необходимо рассмотреть, заключается в том, требуют ли подобного рода случаи специальной нормы, освобождающей от действия нормы о местных средствах правовой защиты, или такие случаи покрываются существующими нормами или общими принципами международного права.

84. Прежде чем рассматривать этот вопрос, необходимо подчеркнуть, что во многих из этих случаев будет иметь место прямой вред государству гражданства потерпевшего лица в дополнение к вреду, причиненному этому лицу. Если следовать преимущественной норме, предложенной в проекте статьи 11, то исчерпание местных средств правовой защиты будет неприменимо во многих таких случаях. Трансграничный экологический ущерб в большинстве случаев будет характеризоваться в качестве прямого вреда, как это показывает дело *Trail Smelter*¹⁵⁸. Точно так же будет характеризоваться и сбитие иностранного летательного аппарата, как убедительно обосновывал это Израиль в разбирательстве по делу *Aerial Incident* между Израилем и Болгарией¹⁵⁹. Похищения также являются прямым вредом государству, в котором произошло похищение и территориальный суверенитет которого был нарушен.

85. В большинстве случаев, когда государство-истец предпочитает не предъявлять прямого иска или когда вред гражданину превышает вред, причиненный государству, представляется, что норма о местных средствах правовой защиты не будет применяться, поскольку в государстве-ответчике не будет никакого

¹⁵⁷ *Ibid*, para. 40.

¹⁵⁸ Сноска 134 выше.

¹⁵⁹ Доводы Израиля ясно изложены Мероном, *supra* note 118, pp. 92-94.

доступного или эффективного средства правовой защиты или любое такое средство правовой защиты было бы бесполезным. В основном именно по этой причине Комиссия международного права отказалась принять специальную норму о добровольной связи¹⁶⁰. Аналогичное мнение выдвигает Жюлиан Кокот в своем докладе 2000 года, представленном Комитету по дипломатической защите лиц и имущества Ассоциации международного права¹⁶¹.

86. Хименес де Аречага отверг мысль о том, что требование наличия эффективного средства правовой защиты может возобладать над излишней обременительностью или несправедливостью:

«Вместе с тем представляется возможным, что лицо, пострадавшее на своей собственной территории от военнослужащего из другого государства или космического объекта, может найти эффективные средства правовой защиты в другом государстве: и все-таки было бы несправедливым и излишне обременительным требовать от него попытаться использовать эти средства правовой защиты в иностранном государстве. Это показывает, что эффективность средства правовой защиты не является достаточной причиной, чтобы делать его обязательным или чтобы исключать его. Предпочтительным решением в этих случаях может быть использование факультативных, а не обязательных местных средств правовой защиты по выбору потерпевшего лица»¹⁶².

¹⁶⁰ *Ежегодник... 1977 год*, том II (Part Two), стр. 51, пункт 39. В своем шестом докладе об ответственности государств (сноска 75 выше, пункт 100) Роберто Аго высказал следующее мнение по данной теме:

«Нам представлялось бы более соответствующим причине существования принципа исчерпания местных средств правовой защиты и логике этого принципа предусмотреть, в форме, которую предстоит выработать, что сотрудничество индивидов не должно всегда требоваться для приведения в действие механизма, дающего возможность государству исправить новым поведением ситуацию, которая противоречит международно требуемому от него результату и которая была порождена его первоначальным поведением. Такое положение применялось бы, к примеру, в случае вреда, причиненного иностранцу, привезенному на территорию государства или транспортированному транзитом по воздуху или по суше против его воли. *Фактически можно было бы обнаружить, что бремя, которое в ином случае накладывалось бы на такого индивида, было бы излишне тяжелым, чтобы быть оправданным.* Вместе с тем, даже не предусматривая исключение, которое могло бы негативно сказаться на твердости этих принципов, не было ли бы возможным рассматривать эти немногочисленные крайние случаи как охватываемые общим требованием о том, чтобы местные средства правовой защиты были *эффективными*, при том понимании, что это требование будет включать в себя дальнейшее требование о том, чтобы подобные средства правовой защиты можно было действительно использовать в представленных делах соответствующими индивидами»

(первое положение выделено автором; второе выделено в оригинале).

¹⁶¹ Exhaustion of Local Remedies, *supra* note 31, pp. 614-5. См. также Geck *supra* note 118.

¹⁶² General Course, *supra* note 86, p. 296. См. также Schachter, *supra* note 151, p. 203; Law, *supra* note 24, p. 104; и Lefeber, *supra* note 151, pp. 123, 154. Такой подход, среди прочих, был поддержан Рабочей группой Комиссии международного права по международной ответственности за вредные последствия действий, не запрещенных международных правом, в 1978 году, в следующих словах:

«Можно отметить, что обязательства рассматриваемого в настоящее время рода отличаются от обязательств государств в отношении иностранцев, которые предпочли разместиться сами или разместить свое имущество в пределах

87. Общим принципом права, который делал бы норму о местных средствах правовой защиты неприменимой в таких случаях, является принцип *ex injuria jus non oritur*. Как отмечает Мерон:

«Согласно общим принципам права было бы, действительно, весьма странным, если бы государству, незаконно вмешивающемуся в дела иностранца, который, за исключением этого вмешательства, не имел никакой связи с ним, было бы позволено извлекать какое бы то ни было преимущество из этих незаконных деяний»¹⁶³.

88. Юрисдикционные нормы могут также исключать применение нормы, касающейся местных средств правовой защиты, в вышеупомянутых случаях причинения вреда. Хотя государство обладает широкой экстерриториальной юрисдикцией, имеются обстоятельства, в которых осуществление юрисдикции будет представлять собой злоупотребление или превышение юрисдикции, делая эту норму неприменимой. Это подчеркивается Д. П. О'Коннелом:

«Этот вопрос ставить лучше, подчеркивая, что вопросом для разбирательства при экстерриториальном наступлении вреда является виновность или невиновность государства в превышении юрисдикционных полномочий, и этот вопрос международного права лучше оставить на усмотрение Международного Суда, в то время как вопросом для разбирательства при экстерриториальном наступлении вреда является характер причиненного вреда и установление того, является ли действительно причиненный вред вредом, который международное право требует компенсировать от внутригосударственного права. Иными словами, в случае экстерриториального вреда рассматриваемый Международным Судом вопрос состоит в том, нарушило ли государство *своими действиями* международное право, а в случае внутритерриториального вреда этот вопрос заключается в том, сделало ли это государство в результате *некомпенсации* причиненного ущерба. Различие между двумя случаями состоит в том, что в первом случае событие произошло вне юрисдикции национальных судов, которые, таким образом, некомпетентны принудить к представлению доказательств и приступить к разбирательству»¹⁶⁴.

89. Явно необходимо особо рассмотреть применимость норм, касающихся местных средств правовой защиты, в случаях отсутствия добровольной связи

территории этого государства. В ситуациях, подпадающих под сферу охвата этой темы, нет никакой презумпции желания принять риски или согласиться с вредными последствиями, поскольку к ним терпимо относятся на территории или в рамках контроля государства, в котором возникают эти риски или вредные последствия. Нет никакого требования искать эффективное средство защиты, предлагаемое внутригосударственным правом, за исключением случаев, когда существует применимый режим, принятый соответствующими государствами и действительно налагающий такое требование»

(*supra* note 151, p. 151, para 15). См. также UN/ECE Guidelines of Responsibility and Liability regarding Transboundary Water Pollution, United Nations document E/ENVWA/R.45, para 22.

¹⁶³ *Supra* note 118, p. 96. Об этом же, см. Jiménez de Aréchaga, General Course, *supra* note 86, p. 296; Head, *supra* note 118, p. 153; и Amerasinghe, *supra* note 40, p. 146.

¹⁶⁴ О'Коннел, *supra* note 20, vol. II, p. 951. Выделено в подлиннике. См. также Herdegen, *supra* note 46, pp. 66-67; *Interhandel case*, *supra* note 14, p. 27; Amerasinghe, *supra* note 40, pp. 144-145. *Sed contra* R. Y. Jennings, "General Course on Principles of International Law" (1967-II), 121 *Recueil des Cours* p. 325 at p. 485.

или территориальной связи между пострадавшим иностранцем и государством-ответчиком. Нет ясности в отношении потребности в специальном исключении в нынешних проектах статей. Существующие исключения из нормы, касающейся местных средств правовой защиты, *могут* охватывать большинство из «тяжелых случаев», описанных в пункте 75, однако Комиссия может принять решение о необходимости более твердой и более прямо выраженной защиты. Специальный докладчик пришел к предварительному выводу о том, что в таком положении нет потребности, однако он, безусловно, не выступал бы против такого положения, если такое решение примет Комиссия.

4. Излишняя задержка (статья 14(e))

Статья 14

Нет потребности в исчерпании местных средств правовой защиты, когда:

...

(e) государство-ответчик несет ответственность за излишнюю задержку в предоставлении местного средства правовой защиты;

90. Тот факт, что можно обойтись без требования об исчерпании местных средств правовой защиты в случаях, в которых государство-ответчик несет ответственность за необоснованную задержку в предоставлении местного средства правовой защиты, подтверждается результатами попыток кодификации, документами в области прав человека и практикой, судебными решениями и мнением правоведов.

Кодификация

91. В Основе для обсуждения, предложенной Комиссией по подготовке к Конференции по кодификации в 1930 году, содержалась норма в Основе для обсуждения 27 об исчерпании местных средств правовой защиты. По этому предложению норма, касающаяся местных средств правовой защиты, не могла исключать применения Основы для обсуждения 5, в которой, среди прочего, предусматривалось, что:

«Государство несет ответственность за ущерб, причиненный иностранцу в результате того факта, что:

...

3. Имело место неразумная задержка со стороны судов»¹⁶⁵.

92. Аналогичное положение было предложено Третьим комитетом Гаагской конференции по кодификации 1930 года. Эта норма освобождала от выполнения нормы, касающейся исчерпания местных средств правовой защиты, в случаях отказов в правосудии, и в качестве примера приводились «необоснованные... задержки, подразумевающие отказ в правосудии»¹⁶⁶. В окончательном тексте конвенции, принятом на Конференции, устанавливалась ответствен-

¹⁶⁵ Приводится в первом докладе Гарсии Амадор, *supra* note 12, p. 223. Выделено автором.

¹⁶⁶ *Ibid.* at p. 225. See article 9 (2).

ность государства без требования об исчерпании местных средств правовой защиты за отказ в правосудии, включая «необоснованную задержку»¹⁶⁷.

93. В 1933 году на седьмой Международной конференции американских государств, состоявшейся в Монтевидео, «неразумная задержка» рассматривалась в качестве исключения из нормы, касающейся местных средств правовой защиты, но там же указывалось, что это следует «толковать ограничительно, т.е. в пользу суверенитета государства, в котором могло возникнуть это различие»¹⁶⁸.

94. В проекте конвенции о международной ответственности государств за вред иностранцам 1960 года, подготовленном в гарвардском исследовании, посвященном международному праву, содержалось следующее предложение:

«Местные средства правовой защиты рассматриваются как недоступные для целей настоящей Конвенции:

...

(с) Если доступны лишь чрезмерно медленные средства правовой защиты или правосудие в неразумной степени затягивается»¹⁶⁹.

95. Гарсия Амадор не включил излишнее затягивание в качестве исключения из нормы, касающейся местных средств правовой защиты, даже в контексте отказа в правосудии¹⁷⁰. Роберто Аго признал, что излишняя задержка может вести к выводу о том, что местные средства правовой защиты не эффективны¹⁷¹, однако не предложил это в качестве специального исключения в норме, касающейся местных средств правовой защиты, в статье 22. В ее докладе «Исчерпание местных средств правовой защиты», представленном Комитету Ассоциации международного права по вопросу о дипломатической защите лиц и имущества, Жюлиан Кокот также рассматривает «неразумно затянутые разбирательства» в качестве исключения из нормы, касающейся местных средств правовой защиты, однако не предлагает отдельного положения об этом исключении в предложенных ею проектах статей¹⁷².

Документы по правам человека и практика

96. Несколько конвенций о правах человека прямо исключают потребность в исчерпании местных средств правовой защиты, когда их применение «неоправданно затягивается»¹⁷³. Решения наблюдательных органов этих конвенций поддерживают это исключение¹⁷⁴.

¹⁶⁷ Статья 9. Сравните со статьями 7, 8 и 10–12, все из которых требуют исчерпания местных средств правовой защиты в качестве предварительного условия установления ответственности государства.

¹⁶⁸ Приводится в первом докладе Гарсии Амадор, *supra* note 12, p. 226.

¹⁶⁹ Статья 19(2). Приводится в Sohn and Baxter, *supra* note 66, p. 577.

¹⁷⁰ См. шестой доклад Гарсии Амадор, *supra* note 28, pp. 46–47, p. 48, статьи 3 и 18(2).

¹⁷¹ *Yearbook ... 1977*, vol. II (Part Two), p. 48, para. 50, fn. 204.

¹⁷² Exhaustion of Local Remedies, *supra* note 31, pp. 623–624.

¹⁷³ Международный пакт о гражданских и политических правах (статья 41(1)(с)); Американская конвенция о правах человека (статья 46(2)(с)).

¹⁷⁴ *Weinberger v. Uruguay*, Communication 28/1978, Human Rights Committee, *Selected Decisions*, vol. 1, p. 57, at p. 59; *Las Palmeras*, American Court of Human Rights, Series C, *Decisions and Judgments*, No. 67, para. 38 (4 February 2000); *Erdogen v. Turkey*, Application

Судебные решения

97. Судебные решения в некоторой степени поддерживают «излишнюю задержку» в качестве исключения из нормы, касающейся местных средств правовой защиты. При рассмотрении дела “El Oro Mining and Railway Co.” Британско-мексиканская комиссия по искам сочла, что «девятилетний период намного превышает предел самых либеральных рамок допустимого, какие только могут быть». В связи с этим она сочла средства правовой защиты неэффективными и освободила от их исчерпания¹⁷⁵. Международный Суд, тем не менее, не считал десять лет судебного разбирательства достаточным сроком для освобождения от необходимости исчерпания местных средств правовой защиты в деле *Interhandel*¹⁷⁶. Этот аспект решения был подвергнут критике судьей Армондом-Угоном, который в особом мнении считал, что, поскольку окончательное решение не просматривалось после десяти лет судебного разбирательства, доступные средства правовой защиты были излишне медленными, а поэтому неэффективными¹⁷⁷. При рассмотрении данного дела Суд не отверг возможности того, что излишняя задержка может вести к ослаблению нормы, касающейся местных средств правовой защиты. Он просто не считал десять лет достаточным периодом для освобождения от нормы в данном конкретном деле, особенно ввиду того, что задержке способствовало непредоставление Интерханделем некоторой необходимой документации¹⁷⁸.

Мнение ученых-правоведов

98. В то время как правоведы в целом выступают в поддержку такого исключения¹⁷⁹, есть осознание трудности, связанной с наполнением понятия «излишняя задержка» объективным содержанием или значением. О каждом случае необходимо судить на основании его фактов. Как заявляет Амерасингхе:

«Обстоятельства каждого дела, безусловно, будут определяющим фактором. Многое зависело бы от судебной оценки ситуации в каждом деле... Такие вопросы, как характер вреда, были бы ясно актуальны, поскольку проще, к примеру, предусмотреть более короткие сроки в отношении нарушений личных и гражданских прав, чем в отношении имущественного вреда. Актуальным фактором может также быть характер истца, так, ущерб крупным корпорациям, который может привести к более сложным делам, нежели вред индивидам, подлежал бы рассмотрению в более длительные сроки, чем вред индивидам. В итоге, такие соображения могут

No. 19807/92, 84 A, European Commission of Human Rights (1996), *Decisions and Reports*, p. 5, at p. 15; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra*, note 40, pp. 203-205; Kokott, *The Exhaustion of Local Remedies*, *supra*, note 31, p. 623.

¹⁷⁵ [1931] British-Mexican Claims Commission, 5 *U.N.R.I.A.A.* p. 191 at p. 198. См. также *Administration of the Prince of Pless* (1933) *P.C.I.J. Series A/B*, No. 52, p. 16.

¹⁷⁶ Сноска 14 выше.

¹⁷⁷ *Ibid.* at p. 87.

¹⁷⁸ Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra* note 40, p. 203.

¹⁷⁹ См., например, Brownlie, *supra* note 45, pp. 505–506; Doering, *supra* note 59, p. 239; Schwarzenberger, *supra* note 20, vol. 1, pp. 620, 622 (упомянуто в контексте отказа в правосудии); Cançado Trindade, *Application*, *supra* note 40, p. 79; Jiménez de Aréchaga, *General Course*, *supra* note 86, p. 294; Jiménez de Aréchaga, *International Responsibility*, *supra* note 54, p. 589; and Mummery, *supra* note 37, p. 403.

лишь обеспечить общие руководящие принципы ввиду отсутствия строгих правил, определяющих излишние задержки»¹⁸⁰.

99. Это исключение из нормы, касающейся исчерпания местных средств правовой защиты, могло бы быть включено в исключение, содержащееся в статье 14(a), в качестве компонента бесполезности. Тем не менее существуют основательные причины для признания этого в качестве отдельного исключения. Судебные разбирательства известны своей медлительностью. Такое исключение служило бы предупреждением государствам, что они могут утратить преимущества нормы о местных средствах правовой защиты, если они будут неоправданно затягивать национальные разбирательства в надежде на отсрочку решения в Международном Суде.

5. Отказ в доступе (статья 14(f))

Статья 14

Нет потребности в исчерпании местных средств правовой защиты, когда:

...

(f) государство-ответчик препятствует потерпевшему лицу в получении доступа к своим институтам, которые предоставляют местные средства правовой защиты.

100. Государство может препятствовать потерпевшему иностранцу в получении фактического доступа к своим судам, например, отказывая ему во въезде на свою территорию или подвергая его рискам, которые делают для него небезопасным попытку въезда на его территорию. Иностранец, исполненный решимости отстаивать свои права перед государством, редко является желанным гостем. В связи с этим такое государство нередко осуществляет свое несомненное право отказывать во въезде иностранцу или дает ясно понять иностранцу, что в случае его въезда на территорию государства его безопасность не может быть гарантирована. Фактический отказ в доступе к местным средствам правовой защиты, возможно, охватывается статьей 14(a), однако, вероятно, лучше признать этот случай в качестве специального исключения из нормы, касающейся местных средств правовой защиты, поскольку средство правовой защиты может в теории быть как доступным, так и эффективным, однако на практике будет недоступным.

101. Ни в практике государств, ни в прецедентах, ни в теории нет ясной поддержки рассмотрению этого рода ситуации в качестве отдельного исключения из нормы, касающейся местных средств правовой защиты. Жюлиан Кокотт в ее докладе 2000 года «Исчерпание местных средств правовой защиты», представленном Комитету Ассоциации международного права по дипломатической защите лиц и имущества, тем не менее, предложила исключение из нормы, касающейся местных средств правовой защиты, в случаях, когда «истцу факти-

¹⁸⁰ Amerasinghe, *supra* note 40, pp. 205–206. По делу *El Oro Mining* Британско-мексиканская комиссия по искам заявила: «Комиссия не будет пытаться установить с точностью, в какой именно период от Суда может ожидаться вынесение решения. Это будет зависеть от нескольких обстоятельств, прежде всего от объема работы, связанного с тщательным изучением дела, иными словами, от масштаба последнего» (*supra* note 175, p. 198).

чески чинятся препятствия в доступе к существующим средствам правовой защиты»¹⁸¹. В поддержку этого предложения она заявляет:

«Бесполезность по фактическим причинам, в частности, включает случаи опасности для жизни или здоровья заявителя в стране, в которой ему пришлось бы реализовывать средства правовой защиты. Причиной этого могут быть «общая атмосфера враждебности» в отношении граждан других стран или опасности для конкретного иностранца или группы лиц при условии, что эти опасности удовлетворительным образом установлены. Другими примерами фактической бесполезности являются случаи препятствий и помех, отказов в правосудии, приводящие к тому, что иностранцу отказывается в доступе к судам ввиду практики или политики, которые предписываются государством или к которым это государство терпимо относится»¹⁸².

Предложение Кокотт имеет своим источником прецеденты в области прав человека¹⁸³, однако нет никакой веской причины, по которой его не следует распространять посредством прогрессивного развития на общие принципы права, регулирующие исчерпание местных средств правовой защиты.

С. Бремя доказывания

Статья 15

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

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

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

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

102. Бремя доказывания в международных разбирательствах касается того, что должно доказываться и какая сторона должна доказывать это. Не существует никаких ясных и подробных норм в отношении бремени доказывания в международном праве, подобных тем, которые есть во многих национальных право-

¹⁸¹ Exhaustion of Local Remedies, *supra* note 31, p. 629.

¹⁸² Ibid. at p. 624–625. См. также Doering, *supra* note 59, p. 240.

¹⁸³ Exhaustion of Local Remedies, *supra* note 31, p. 624, notes 86–91; *Akdivar v Turkey*, 99/1995/605/693, judgement of 16 September 1996, (1996-IV) *European Court of Human Rights, Reports and Decisions*, No. 15, p. 1192 at p. 1213, para. 73.

вых системах¹⁸⁴. Вместе с тем общепринято, что бремя доказывания лежит на той стороне, которая делает утверждение: *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Это может быть либо заявитель (*onus probandi actori incumbit*), либо ответчик (*reus in exceptione fit actor*), поскольку бремя доказывания в ходе разбирательств может переходить от одной стороны к другой, в зависимости от того, каким образом стороны формулируют свои утверждения или правовые доводы¹⁸⁵. Этот скорее практический¹⁸⁶, нежели технический или формалистический подход к бремени доказывания применяется к разбирательствам, касающимся исчерпания местных средств правовой защиты.

103. Предыдущие попытки кодификации нормы о местных средствах правовой защиты не были направлены на формулирование нормы в данной области. Вместе с тем в ее докладе Комитету Ассоциации международного права по дипломатической защите лиц и имущества Жюлиан Кокотт предложила следующую норму в отношении бремени доказывания:

- «1. Заявитель должен доказать, что он исчерпал местные средства правовой защиты или
2. что он освобожден от этого.
3. Принимающее государство должно доказать, что существовали (дальнейшие) средства правовой защиты, которые не были исчерпаны»¹⁸⁷.

104. Существует существенное число прецедентов, касающихся бремени доказывания, в практике органов по наблюдению за положением в области прав человека¹⁸⁸. Решения Европейского суда по правам человека указывают, что на заявителе лежит первоначальное бремя продемонстрировать в своем заявлении с разумной степенью определенности, что он исчерпал местные средства правовой защиты, предоставляемые принимающим государством. Если государство-ответчик после этого утверждает, что местные средства правовой защиты не были исчерпаны, то бремя доказывания переходит к ответчику с целью убедить

¹⁸⁴ *Parker case* (United States of America v. Mexico), (1926), 4 *U.N.R.I.A.A.* p. 35 at p. 39.

¹⁸⁵ G. Ripert, "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux" (1933-II) 44 *Recueil des Cours* p. 565 at p. 646. См. также P. Guggenheim, *Traité de droit international public* (1953), p. 81; B. Cheng, "Burden of proof before the I.C.J.", (1953), 2 *I.C.L.Q.* p. 595 at p. 596; Law, *supra* note 24, p. 55; J.E.S. Fawcett, *The Application of the European Convention on Human Rights* (1965), p. 458; A.P. Sereni, *Principi generali de diritto e processo internazionale* (1955), pp. 30, 40, 76, 90; J. Chappez, *La Règle de l'épuisement des voies de recours internes* (1972), pp. 234–237; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra* note 40, pp. 277–283; Cançado Trindade, *Application*, *supra* note 40, pp. 134–136, 169; G. Scelle, Draft on arbitral procedure, *Yearbook ... 1958, vol. II* (см. особенно article 21, pp. 9 and 14); Swiss submission in the *Interhandel case*, 1959 *I.C.J. Pleadings*, pp. 562–563. *Sed contra* B. Robertson, "Exhaustion of Local Remedies in International Human Rights Litigation — The Burden of Proof Reconsidered" (1990), 39 *I.C.L.Q.* p. 191 at pp. 191–193, 196, который проводит различие между правовым бременем доказывания и бременем доказывания фактов и утверждает, что в отношении первого бремя остается на одной стороне (т.е. заявителе).

¹⁸⁶ Gaja, *supra* note 118, pp. 227–231.

¹⁸⁷ Kokott, *Exhaustion of Local Remedies*, *supra* note 31, p. 630.

¹⁸⁸ J. Kokott, *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law* (1998); Amerasinghe, *supra* note 40, pp. 291–297; Cançado Trindade, *supra* note 40, pp. 143–171; Robertson, *supra* note 185; *Vélasquez Rodríguez case*, *supra* note 60, p. 305, paras. 59–60; *Akdivar v. Turkey*, *supra* note 183, p. 1211, para. 68.

суд в наличии эффективного, доступного для заявителя средства правовой защиты, которое может обеспечить возмещение. Когда это будет доказано, то заявителю надлежит установить, что средство правовой защиты, о котором говорит правительство, было в действительности исчерпано или имелись исключительные обстоятельства, которые освободили его от исчерпания таких средств правовой защиты¹⁸⁹.

105. Применимость этих принципов к общему международному праву ограничена, поскольку последовательность, в которой требуется доказывать утверждения, зависит от того факта, что:

«конвенции в области прав человека обычно предусматривают, чтобы заявление рассматривалось по существу соответствующим надзорным органом лишь в том случае, если последний удовлетворен в том, что местные средства правовой защиты были исчерпаны требуемым в конвенции способом»¹⁹⁰.

Кроме того, органы по правам человека могут рассматривать выполнение нормы об исчерпании местных средств правовой защиты *ex officio/proprio motu*, даже в отсутствие какого бы то ни было возражения со стороны ответчика¹⁹¹.

106. Арбитражные судебные решения не вносят большой ясности в этот вопрос. Хотя некоторые арбитражные суды считали, что бремя доказывания того, что заявитель исчерпал местные средства правовой защиты, или того, что применяется одно из исключений из этой нормы, должно лежать на заявителе¹⁹², другие, предполагая неэффективность средств правовой защиты исходя из обстоятельств дела, возлагали бремя доказывания наличия местных средств правовой защиты, которые не были исчерпаны, на ответчика¹⁹³. Этот вопрос был рассмотрен по делу *Panevezys-Saldutiskis Railway, Finnish Ships Arbitration*, иску *Ambatielos* и делу *ELSI* и был поднят в ходе разбирательств по делу *Aerial Incident* (Израиль против Болгарии) и по делу *Norwegian Loans* (по результатам которого судья Лаутерпакт составил важное особое мнение по данной теме).

107. В деле *Panevezys-Saldutiskis Railway* заявитель, Эстония, утверждал, что норма об исчерпании местных средств правовой защиты неприменима на том основании, что литовские суды не могут рассматривать иск ввиду уже вынесенного высшим судом Литвы решения по данному вопросу, неблагоприятного для заявителя. Касаясь этих вопросов, Постоянная палата Международного Правосудия заявила, что:

¹⁸⁹ См. *Foti and Others*, *supra* note 112, pp. 380–382; *Selmouni v France*, European Court of Human Rights, Application No. 25803/94, judgement of 28 July 1999 (The Netherlands intervening), размещенная по адресу <http://www.dhcour.doe.fr/>, p. 26, para 76.

¹⁹⁰ Kokott, Exhaustion of Local Remedies, *supra* note 31, at p. 628.

¹⁹¹ Cançado Trindade, *Application*, *supra* note 40, pp. 153–157.

¹⁹² *Studer claim* (United States v. Great Britain) (1925) 6 *U.N.R.I.A.A.* p. 149 at p. 153; *La Guaira Electric Light and Power Co. case* (United States v. Venezuela) (1903–1905), 9 *U.N.R.I.A.A.* p. 240 at p. 243; *Napier case*, Moore, *International Arbitrations*, *supra* note 13, vol. 3, p. 3152 at p. 3154.

¹⁹³ См. *In re Gill case* (United Kingdom v. Mexico) (1931–32) 6 *Annual Digest* pp. 203–204; *Forests in Central Rhodoopia*, 7 *Annual Digest* p. 91 at p. 94, (1934) 28 *A.J.I.L.* p. 774 at p. 789; *Brown claim*, *supra* note 13. См. также особое мнение судьи Танаки по делу *Barcelona Traction*, *supra* note 28, pp. 145–147.

«Если один из этих вопросов мог бы быть подтвержден, то суд был бы обязан отклонить второе возражение Литвы [относительно неисчерпания местных средств правовой защиты].

...

До тех пор, пока не будет ясно показано, что суды Литвы не обладают юрисдикцией для рассмотрения иска компании «Эйсимене» в отношении ее права на железную дорогу Паневежис-Салдутискис, суд не может согласиться с утверждением эстонского агента о том, что норма, касающаяся исчерпания местных средств правовой защиты, не применяется в данном деле, поскольку закон Литвы не предоставляет никаких средств защиты»¹⁹⁴.

Эти выдержки предполагают, что, когда ответчик заявляет возражения относительно неисчерпания местных средств правовой защиты, бремя доказывания того, что применимо исключение из нормы о местных средствах правовой защиты, лежит на заявителе.

108. В деле *Finnish Ships* арбитр Багге счел, что:

«[норма о местных средствах правовой защиты] может касаться лишь утверждения относительно фактов и правовых доводов, выдвигаемых правительством-истцом в рамках международной процедуры, и что возможность «отправления правосудия своим собственным способом» должна касаться лишь иска, основанного на этих утверждениях»¹⁹⁵.

Это неясное рассуждение в правовом отношении либерально трактуется как накладывающее

«бремя доказывания на государство, возбуждающее дело в суде, поскольку оно касается исключительной опоры на утверждения, выдвинутые этим государством, что, если это обоснованно, означало бы, что местные средства правовой защиты либо не существуют, либо уже исчерпаны»¹⁹⁶.

109. В деле *Ambatielos* принимается иной подход, когда предполагается, что первоначальное бремя доказывания наличия и неисчерпания доступных эффективных средств правовой защиты лежит на государстве-ответчике¹⁹⁷:

«Для успешного утверждения о том, что международные разбирательства неприемлемы, государство-ответчик должно доказать существование в его системе международного права средств правовой защиты, которые не были использованы. Мнение, выраженное авторами и в судебных прецедентах, тем не менее совпадает в том, что существование средств правовой защиты, которые являются очевидно неэффективными, считается недостаточным, чтобы оправдать применение этой нормы»¹⁹⁸.

110. Дело *ELSI* также служит авторитетной основой для предположения о том, что бремя доказывания наличия доступного средства правовой защиты, которое не было исчерпано, лежит на государстве-ответчике:

¹⁹⁴ Сноска 14 выше, pp.18–19.

¹⁹⁵ Сноска 13 выше, p. 1502.

¹⁹⁶ Сноска 24 выше, p. 56.

¹⁹⁷ *Ibid.*, at pp. 56–57.

¹⁹⁸ Сноска 14 выше, p.119.

«При таком объеме разбирательства в национальных судах по иску, который в сущности рассматривается в настоящее время Камерой, именно Италия должна была продемонстрировать, что, несмотря на это, имелось некое местное средство правовой защиты, которое не было испытано; или по крайней мере не было исчерпано. Италия не пыталась отвергать это бремя ...

Вместе с тем в рамках нынешнего дела именно Италия должна продемонстрировать фактическое наличие средства правовой защиты, которое открыто для акционеров Соединенных Штатов Америки и которое они не использовали. Камера не считает, что Италия справилась с этим бременем.

По делу, много раз рассматривавшемуся в национальных судах, всегда нелегко принять решение о том, действительно ли были «исчерпаны» местные средства правовой защиты. Однако по данному делу Италия не смогла убедить Камеру в том, что явно оставалось какое-то средство правовой защиты, которое «Рейтеон» и «Маклетт», независимо от «ЭЛСИ» и от управляющего «ЭЛСИ» в банкротстве, должны были реализовать и исчерпать»¹⁹⁹.

111. По делу *Aerial Incident* адвокат ответчика, Болгарии, утверждал, что после того, как ответчик доказал, что его суды открыты и доступны для иностранцев, заявитель, Израиль, должен доказать, что эти средства правовой защиты не существуют или неэффективны²⁰⁰.

112. Вопрос о бремени доказывания занимал видное место в разбирательствах по делу *Norwegian Loans*, однако суд не был обязан принимать решение по данному вопросу. Франция утверждала, что французское правительство как заявитель/истец не обязано доказывать бесполезность местных средств правовой защиты Норвегии. Напротив, именно Норвегия должна доказывать «полезность обращения к судебной системе»²⁰¹. В ответ Норвегия утверждала о наличии нормы международного права, обязывающей заявителя исчерпать местные средства правовой защиты до передачи дела в суд:

«Если правительство Франции утверждает, что данный принцип неприменим, оно должно изложить причины этого»²⁰²...

Таким образом, бремя доказывания того, что средства защиты, имеющиеся у французских владельцев согласно внутреннему праву Норвегии, предоставляют им достаточные возможности для того, чтобы право о предварительном исчерпании средств защиты не могло бы быть отклонено, лежит не на правительстве Норвегии. Бремя доказывания обратного возлагается на правительство Французской Республики»²⁰³.

Впоследствии Норвегия признала, что от ответчика требуется доказывать наличие национальных средств правовой защиты, однако утверждала, что неэффективность таких средств правовой защиты должна доказываться заявителем:

¹⁹⁹ Сноска 35 выше, pp. 46–48, paras 50–63. Выделено автором.

²⁰⁰ 1959 *I.C.J. Pleadings*, pp. 559, 565–566.

²⁰¹ Сноска 127 выше, vol. 1, pp. 183–184.

²⁰² *Ibid.*, vol. 1, p. 280, para. 110.

²⁰³ *Ibid.*, vol. 1, p. 281, para. 114.

«С момента установления *наличия* внутренних средств защиты становится применимым правило о предварительном исчерпании средств защиты, и если запрашивающее государство хочет избежать последствий применения этого правила, на него возлагается бремя доказывания того, что данное правило неприменимо *по причине неэффективности существующих средств защиты*»²⁰⁴.

В ответ Франция утверждала, что стороны несут обязательство по сотрудничеству в представлении доказательств и что Норвегия не может просто утверждать, что ее суды беспристрастны. Помимо этого, требовалось доказать в свете законов, которые и привели к этому спору и которые, как представлялось, исключали компетенцию местных судов, что имеется разумная надежда на удовлетворение в судах Норвегии²⁰⁵.

113. В своем особом мнении по делу *Norwegian Loans* судья Лаутерпак предложил следующую схему:

- «(1) Как правило, именно государство-заявитель должно доказывать отсутствие эффективных средств правовой защиты, к которым можно обратиться;
- (2) не требуется никаких доказательств подобного рода, если существует законодательство, которое лишает частных истцов средства правовой защиты;
- 3) в этом случае именно государство-ответчик должно продемонстрировать, что, несмотря на видимое отсутствие средства правовой защиты, можно, тем не менее, в разумной степени предположить, что оно существует;
- 4) степень бремени доказывания, которая должна быть таким образом установлена, не должна быть столь обязательной, чтобы делать доказывание излишне обременительным»²⁰⁶.

В то время как некоторые авторы не критически поддержали формулировку Лаутерпакта²⁰⁷, не надо забывать, что она предназначалась как применимая к фактам, рассматриваемым судом, т.е. к норвежскому законодательству, которое, как *ex facie* представлялось, делало обращение к местным средствам правовой защиты бесполезным занятием. В связи с этим формулировка Лаутерпакта «как кажется, не открыта для обобщения»²⁰⁸.

114. В литературе вопросу о бремени доказывания эффективности местных средств правовой защиты отводится видное место, однако обстоятельства, порождающие утверждение о неэффективности, будут в каждом отдельном случае разными. В одном случае эффективность местных средств правовой защиты может быть очевидной, например, когда речь идет о законодательстве, лишаящем местные суды компетенции заслушивать данный вопрос. В другом случае неэффективность местных средств правовой защиты может быть менее

²⁰⁴ *Ibid.*, vol. II, P. 162. Выделено в подлиннике. См. также *ibid.*, vol. II, p. 161.

²⁰⁵ *Ibid.* vol. II, pp. 187–188.

²⁰⁶ *Supra* note 44, p. 39.

²⁰⁷ Head, *supra* note 118, p. 155; O'Connell, *supra* note 20, vol. 2, p. 1058.

²⁰⁸ T. Haesler, *The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals* (1968), pp. 57–59.

очевидной, например, когда утверждается, что суды пристрастны или находятся под контролем исполнительной власти. В первом случае неэффективность может предполагаться до тех пор, пока она не будет опровергнута государством-ответчиком, в то время как в последнем случае именно государство-истец должно будет доказывать свое утверждение²⁰⁹. Все это указывает в пользу необходимости проявления гибкости в подходе к бремени доказывания.

115. Авторы, затрагивавшие вопрос о бремени доказывания, в целом проявляли осторожность, чтобы не формулировать развернутый свод норм и поднорм, который будет охватывать все ситуации²¹⁰. В то время как правоведы тщательно проанализировали имеющиеся источники, лишь немногие отважились выйти за рамки обобщения Хименеса де Аречаги, гласящего:

«Государство, которое возражает против иска, ссылаясь на норму, касающуюся местных средств правовой защиты, должно доказать существование средства правовой защиты, которое не было использовано. Если государство-истец отвечает, что существующее средство правовой защиты неэффективно или недостаточно в обстоятельствах данного дела, то это государство должно доказать правильность подобного утверждения»²¹¹.

116. Бремя доказывания в значительной степени зависит от разделения ролей в разбирательстве (т.е. какая сторона поднимает какой вопрос), что, в свою очередь, в значительной степени зависит от обстоятельств дела. К примеру, если дело передается в арбитражный суд обеими сторонами вместе на основе компромисса, который подразумевает отказ от нормы, то истец вряд ли представлял бы доказательства в своем первоначальном представлении относительно того, что он исчерпал все доступные эффективные средства правовой защиты. В этом случае вопрос был бы поднят сначала ответчиком, и именно на этой стороне лежало бы бремя доказательства существования местных средств правовой защиты и применимости нормы к данному делу. В отличие от этого, если в той же ситуации исходный вред в конкретном деле связан с контрактом между иностранцем и государством-ответчиком, содержащим клаузулу Кальво, предусматривающую, что иностранец отказывается от своих прав на дипломатическую защиту, то государство-ответчик, как можно утверждать, могло бы перенести бремя доказывания, просто сославшись на клаузулу²¹². Кроме того, если иск возбуждается в рамках документа, в котором прямо требуется исчерпание местных средств правовой защиты, разделение бремени доказывания

²⁰⁹ Brownlie, *supra* note 45, p. 500; Law, *supra* note 24, pp. 57–58.

²¹⁰ К.Ф. Амерасингхе пишет:

«Этот вопрос, тем не менее, в настоящее время туманен в некоторых своих аспектах, поскольку он в какой бы то ни было полноте не рассматривался в судебном порядке. Поскольку бремя доказывания является вопросом, связанным с разбирательством, важность судебного прецедента, связанного с ним, нельзя недооценить. В связи с этим важно, что, хотя авторы текстов и соглашаются с существованием распределения бремени доказывания, представляется невозможным и нежелательным устанавливать какие бы то ни было конкретные нормы в отношении такого распределения, помимо тех, которые уже установлены и о которых шла речь выше» (*Local Remedies*, *supra* note 40, pp. 287–288).

²¹¹ General Course, *supra* note 86, p. 295. См. также Jiménez de Aréchaga, “International responsibility”, in M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law* (1968), p. 531 at p. 590; and *Oppenheim’s International Law*, *supra* note 53, vol. 1, p. 526.

²¹² См. *North American Dredging Company of Texas* (United States v. United Mexican States), decision of 31 March 1926, reproduced in (1926) 20 *A.J.I.L.* p. 800 at p. 807, paras. 20–21.

было бы совершенно иным. Государство-истец было бы обязано продемонстрировать в своем представлении, что оно исчерпало существующие местные средства правовой защиты, или продемонстрировать, почему это не является необходимым. В ответ от государства-ответчика требовалось бы указать дальнейшие средства правовой защиты и продемонстрировать их эффективность в поддержку своего возражения в отношении неисчерпания местных средств правовой защиты.

117. По вышеуказанным причинам единственный вывод, который можно сделать из рассмотрения дел и литературы, состоит в том, что представляется трудным и неблагоприятным устанавливать какую бы то ни было конкретную норму, за исключением положения о том, что бремя доказывания должно разделяться сторонами, переходя от одного к другому постоянно в течение всего разбирательства, и что бремя лежит на той стороне, которая делает позитивное утверждение в порядке доказывания: *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Именно к этому и стремится статья 15.

118. Комиссия может занять позицию, сводящуюся к тому, что статья 15(1) является общим принципом, не подпадающим под кодификацию. В этом случае она может предпочесть просто кодифицировать статью 15(2). В ином случае она может предпочесть принять краткое, однако не лишенное точности предложение, которое выдвинула Жюлиан Кокот перед Ассоциацией международного права и которое упомянуто в пункте 103.
