



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
7 March 2000
Russian
Original: English/French

Комиссия международного права

Пятьдесят вторая сессия

Женева, 1 мая — 9 июня и

10 июля — 18 августа 2000 года

Первый доклад по вопросу о дипломатической защите, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Джоном Р. Дугардом

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
A. Введение	1–8	3
B. Структура доклада	9–32	4
Введение	10–32	4
C. Проект статей	33–188	10
Статья 1. Сфера применения	33–46	10
Комментарий	33–46	10
1. Дипломатическая защита	33–40	10
2. Значение термина «меры»	41–46	13
Статья 2	47–60	14
Комментарий	47–60	15
Статья 3	61–74	19
Комментарий	61–74	19
Статья 4	75–93	24
Комментарий	75–93	24
Статья 5	94–120	30
Комментарий	94–120	30

Статья 6	121–160	36
Комментарий	121–160	36
Статья 7	161–174	46
Комментарий	161–174	46
Статья 8	175–184	49
Комментарий	175–184	49
Будущие доклады (и статьи)	185–188	52

А. Введение

1. На своей сорок восьмой сессии в 1996 году Комиссия международного права определила 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 обсуждений в Шестом комитете, а также любых письменных комментариев, которые правительства пожелают представить. На своей сорок девятой сессии в 1997 году Комиссия в соответствии с вышеуказанной резолюцией Генеральной Ассамблеи учредила на своем 2477-м заседании Рабочую группу по этой теме². На этой же сессии Рабочая группа представила доклад, который был одобрен Комиссией³. Рабочая группа попыталась: а) по возможности уточнить сферу охвата темы; и б) выявить вопросы, которые следует изучить в контексте этой темы. Рабочая группа предложила план рассмотрения темы, который Комиссия рекомендовала Специальному докладчику использовать в качестве базы при подготовке его предварительного доклада⁴. Комиссия также приняла решение о том, что она будет стремиться к завершению первого чтения проекта по этой теме к концу нынешнего пятилетнего периода.

2. На своем 2501-м заседании 11 июля 1997 года Комиссия назначила г-на Мохамеда Беннуу Специальным докладчиком по этой теме. В пункте 8 своей резолюции 52/156 от 15 декабря 1997 года Генеральная Ассамблея одобрила решение Комиссии включить в ее повестку дня тему «Дипломатическая защита».

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

4. На своем 2534-м заседании 22 мая 1998 года Комиссия учредила Рабочую группу открытого состава, возглавляемую Специальным докладчиком по этой теме г-ном Беннуу, для рассмотрения возможных выводов, которые могут быть сделаны на основе обсуждения подхода к 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. Что касается подхода к теме, то Рабочая группа согласилась о нижеследующем:

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

б) 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;

с) 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;

д) 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. Рабочая группа полагает, что фактические и конкретные последствия такой эволюции в рамках этой темы должны быть рассмотрены с учетом практики государств и применительно к таким конкретным затрагиваемым вопросам, как требование о национальной связи;

е) дискреционное право государства осуществлять дипломатическую защиту не мешает ему брать на себя обязательство перед своими гражданами осуществлять такое право. В этой связи Рабочая группа отмечает, что некоторые внутренние законы признают право своих граждан на получение дипломатической защиты со стороны своих правительств;

¹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/51/10), пункт 249, и приложение II, добавление 1.*

² Там же, *пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/52/10), глава VIII.*

³ Там же, пункт 171.

⁴ Там же, пункты 189–190.

f) Рабочая группа полагает, что было бы полезно просить правительства предоставить Комиссии информацию о наиболее важных национальных законодательных актах, решениях внутренних судов и государственной практике, касающихся дипломатической защиты;

g) Рабочая группа напоминает о принятом Комиссией на ее сорок девятой сессии в 1997 году решении завершить первое чтение по этой теме до конца нынешнего пятилетия.

5. Что касается второго доклада Специального докладчика, то Рабочая группа высказала предположение о том, что в этом докладе внимание должно быть сосредоточено на вопросах, затрагиваемых в главе первой, «Основание для дипломатической защиты», плана, предложенного прошлогодней Рабочей группой.

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

7. В 1999 году г-н Беннуна был избран судьей Международного Суда и ушел с должности члена Комиссии. В июле 1999 года Комиссия избрала автора настоящего доклада Специальным докладчиком по теме о дипломатической защите.

8. В июле 1999 года Комиссия рассмотрела эту тему на неофициальном заседании Рабочей группы.

В. Структура доклада

9. Настоящий доклад состоит из следующих трех частей:

a) введение, которое посвящено истории и объему дипломатической защиты и содержит соображения о том, как право дипломатической защиты может использоваться в качестве средства для усиления защиты прав человека в соответствии с ценностями современного правопорядка;

b) несколько проектов статей и комментарии к ним. Эти статьи затрагивают несколько спорных вопросов, по которым Специальному докладчику понадобится мнение Комиссии, с тем чтобы он мог руководствоваться им в своей будущей работе. Эти вопросы могли быть подняты в предварительном докладе предыдущего Специального докладчика, но в нем не была

предпринята попытка сформулировать их в форме проектов статей. Вместе с тем форма проектов статей позволяет более четко сориентировать обсуждения;

c) набросок будущих статей, которые будут представлены в следующих докладах.

Введение

10. В области дипломатической защиты имеется богатая практика и много прецедентов. Несмотря на это, она остается одной из наиболее спорных тем в международном праве⁵.

11. До второй мировой войны и появления договоров по вопросам прав человека у индивида было мало возможностей по международному праву жаловаться на то, как с ним обращается его собственное государство. Вместе с тем если права человека этого физического лица были нарушены за рубежом иностранным государством, то государство гражданства физического лица могло вмешиваться для его защиты или требовать возместить ущерб, который был нанесен его гражданину. На практике главным образом могущественные западные государства находились в таком привилегированном положении, поскольку именно они весьма активно выступали в защиту своих граждан, с которыми не обращались «в соответствии с обычными стандартами цивилизованности»⁶, установленными западными государствами. Это неизбежно привело к тому, что дипломатическая защита подобного рода стала рассматриваться развивающимися странами, особенно в Латинской Америке, как дискриминационное осуществление власти, а не как метод защиты прав человека иностранцев.

12. Положение для незападных государств усугубилось тем, что институт дипломатической защиты или вмешательства возвысился благодаря фикции, согласно которой ущерб гражданину является ущербом самому государству. В 1924 году Постоянная палата международного правосудия благословила эту фикцию, заявив в решении по

⁵ R.B. Lillich, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law* (1984) 1 (hereinafter Lillich, *Human Rights*).

⁶ См. the *Roberts claim* (US v Mexico, 1926) 4 R.I.A.A. p. 77; and the *Neer claim* (US v Mexico, 1926) 4 R.I.A.A. p. 60.

делу о концессиях Мавромматиса в Палестине (юрисдикция) о том, что:

«выступая в защиту одного из своих граждан, осуществляя в его интересах дипломатические шаги или международные судебные действия, это государство, по сути дела, отстаивает свое собственное право, принадлежащее ему право обеспечивать уважение норм международного права по отношению к его гражданам»⁷.

13. Эта фикция имела важные последствия. С одной стороны, она стала оправданием вооруженной интервенции или «дипломатии канонеров». С другой стороны, она позволила Соединенным Штатам и европейским державам пресекать попытки стран Латинской Америки заставлять иностранных граждан, занимающихся предпринимательской деятельностью в Латинской Америке, отказываться от дипломатической защиты на том основании, что гражданин не может отказаться от права, которое принадлежит государству⁸.

14. Институтом дипломатической защиты иностранцев очень часто злоупотребляли. Великобритания оправдывала англо-бурскую войну (1899–1902 годы) как интервенцию для защиты ее подданных, которые являлись владельцами золотых приисков в Витватерсграде. Американские вооруженные интервенции под предлогом защиты граждан Соединенных Штатов в Латинской Америке продолжались вплоть до недавнего времени, о чем свидетельствуют интервенции в Гренаду в 1983 году⁹ и Панаму в 1989 году¹⁰. Невооруженное вмешательство в форме требований о компенсации ущерба, нанесенного иностранцам или их собственности, также было объектом злоупотреблений¹¹, хотя, как предположил один

ученый, урегулирование претензий с помощью арбитража часто спасало государства Латинской Америки от вооруженной интервенции для обеспечения выполнения таких требований¹².

15. За последние годы многое изменилось. Стандарты в области отправления правосудия в отношении физических лиц на родине и иностранцев за рубежом претерпели крупные изменения. В настоящее время около 150 государств являются участниками Международного пакта о гражданских и политических правах и/или соответствующих региональных документов в Европе, Северной и Южной Америке и Африке, в которых устанавливаются стандарты в области отправления правосудия, которое надлежит соблюдать при рассмотрении уголовных дел судами и при обращении с заключенными. Кроме того, в ряде случаев физические лица могут подавать жалобы на нарушения их прав человека в международные органы, такие, как Комитет Организации Объединенных Наций по правам человека, Европейский суд по правам человека, Межамериканский суд по правам человека или Африканская комиссия по правам человека и народов.

16. У иностранца, который занимается предпринимательской деятельностью за границей, также имеются новые средства правовой защиты. Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств 1965 года¹³ позволяет компаниям возбуждать разбирательство против государства в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров при условии, что государство-ответчик и государство, в котором зарегистрирована компания, достигли согласия в отношении этой процедуры. В двусторонних договорах по вопросам инвестиций предусматриваются аналогичные средства правовой защиты для компаний, осуществляющих предпринимательскую деятельность за рубежом¹⁴.

⁷ (Greece v UK) 1924 P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 12. Это заявление было воспроизведено в решении Постоянной палаты Международного правосудия по делу о железной дороге Паневежис-Салдутишкис (Эстония против Литвы) P.C.I.J. Reports, Series A/B, No. 76, p. 16.

⁸ Полную информацию о споре в связи с таким отказом или «оговоркой Кальво» см. D. Shea, *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy* (1955).

⁹ (1984) 78 A.J.L. p. 200.

¹⁰ (1990) 84 A.J.L. P. 545.

¹¹ См. отдельное мнение судьи Падильи Нерво в деле

«Барселона трэкин, лайт энд пауэр лимитед», 1970 I.C.J. Reports p. 246.

¹² F.S. Dunn, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law* (1932) p. 58.

¹³ (1965) 4 *International Legal Materials* p. 532.

¹⁴ См. J.P. Lavie, *Protection et Promotion des Investissements. Etude de Droit International Economique* (1985).

Не вызывает сомнений, что в связи с окончанием «холодной войны» и установлением во всем мире принципов рыночной экономики жизнь и инвестиции иностранных инвесторов стали более безопасными.

17. Некоторые утверждают, что в связи с этими событиями дипломатическая защита как институт устарела. В общем виде этот аргумент формулируется следующим образом: стандарт равного с гражданами обращения и международный минимальный стандарт обращения с иностранцами были заменены международным стандартом в области прав человека, который предусматривает равное обращение с гражданами и иностранцами и отражает основные положения Всеобщей декларации прав человека¹⁵. В настоящее время индивид является субъектом международного права, обладающим процессуальной правоспособностью для отстаивания своих прав человека на международном уровне. Право государства выдвигать претензии от имени его гражданина должно реализовываться только при отсутствии иного метода урегулирования и с согласия иностранца и причинившего ущерб государства. В таком случае выдвигающее претензию государство выступает в качестве представителя физического лица, а не в своем собственном качестве. Право государства выступать от своего собственного имени, когда оно действует от имени своего гражданина, является устаревшей фикцией, от которой следует отказаться, за исключением, видимо, случаев, когда затрагиваются реальные национальные интересы государства¹⁶.

18. Этот аргумент несостоятелен по двум следующим причинам: во-первых, он игнорирует использование фикций в праве; во-вторых, он преувеличивает уровень нынешней международной защиты прав человека.

¹⁵ F.V.García Amador, "State Responsibility. Some New Problems" (1958 II) 94 *Recueil des Cours* pp. 421, 437-439 (hereinafter García Amador, State Responsibility); García Amador, Second Report, United Nations, Document A/CN.4/106, *Yearbook...*, 1957, vol. II, pp. 112-116. См. также Беннуна, «Предварительный доклад по вопросу о дипломатической защите», A/CN.4/484, пункты 34–37 (далее Беннуна, Предварительный доклад).

¹⁶ García Amador, State Responsibility, выше, примечание 15 p. 472.

19. В некоторых ситуациях нарушения прав человека иностранца будут затрагивать интересы государства, гражданином которого он является¹⁷. Это особенно справедливо, когда нарушения являются систематическими и отражают политику, проводимую причинившим ущерб государством и направленную на дискриминацию всех граждан рассматриваемого государства. Однако в случае, если ущерб был нанесен лишь одному иностранцу, справедливо, что на деле его государство выступает в качестве его представителя, поддерживая его претензию. В данном случае понятие ущерба самому государству действительно является фикцией. Это подтверждается, в частности, двумя следующими правилами: во-первых, правило, которое требует, чтобы физическое лицо исчерпало местные средства правовой защиты до того, как от его имени может выступать государство его гражданства; и во-вторых, правило о непрерывном гражданстве, которое требует, чтобы физическое лицо было гражданином предоставляющего защиту государства как во время нанесения ущерба, так и во время представления претензии¹⁸. Кроме того, судебные решения четко свидетельствуют о том, что при оценке ущерба, понесенного государством, будет учитываться ущерб, причиненный отдельному гражданину¹⁹.

20. Фиктивный характер дипломатической защиты был особо подчеркнут г-ном Беннуной в его предварительном докладе, в котором он обратился к Комиссии с просьбой сориентировать его в вопросе о том, чье право отстаивает государство, предъявляя международную претензию, — свое собственное

¹⁷ J.L. Brierly, "The Theory of Implied State Complicity in International Claims" (1928) 9 *B.Y.I.L.* p. 48. См. также M.S. McDougal, H.D. Lasswell and Lung-chu Chen, "The Protection of Aliens from Discrimination and World Public Order: Responsibility of States Conjoined with Human Rights" (1976) 70 *A.J.I.L.* p. 442: «По мнению объективных наблюдателей, а также сторон-истцов, такое определение государственных и индивидуальных интересов, подобно другим «ложным фикциям», во многих контекстах тесно соотносится с социальной реальностью. Народ всегда был и остается важной основой власти для территориальных образований».

¹⁸ E. Wyler, *La Règle Dite de la Continuité de la Nationalité dans le Contentieux International* (1990).

¹⁹ *Chorzów Factory Case (Indemnity) (Merits)* (Germany v. Poland) 1928 *P.C.I.J. Reports*, Series A, No. 17, p. 28.

право или право его гражданина, которому был причинен ущерб?²⁰.

21. Нынешний докладчик не разделяет отрицательную позицию его предшественника в отношении фикций в праве. Большинство правовых систем имеет свои фикции. Так, римское право в значительной степени зависело от процессуальных фикций в целях обеспечения равенства²¹. По словам Оливера Уэнделла Холмса, «в реальной жизни право основывается не на логике, а на опыте». Мы не должны отвергать институт, такой, как дипломатическая защита, который служит важной цели, лишь из-за того, что он основан на фикции и не проходит проверку критерием логики.

22. Больше внимания следует уделить идее о том, что события, касающиеся международных стандартов в области прав человека, привели к тому, что институт дипломатической защиты устарел. Первый Специальный докладчик Комиссии международного права по вопросу об ответственности государств Гарсия Амадор говорит, что традиционное мнение в отношении дипломатической защиты, согласно которому государство может выдвигать претензии от имени своих пострадавших граждан, относится ко времени, когда права индивидов и права государств были неразрывно связаны. Сегодня положение является «совершенно иным». Иностранцы, как и граждане, пользуются правами, поскольку они люди, а не в силу их гражданства. «Это означает, — продолжает он, — что иностранец на международном уровне признан как юридическое лицо, существующее независимо от его государства; он является подлинным *носителем* международных прав»²². Из этого аргумента неизбежно следует, что индивид, являющийся в настоящее время субъектом международного права с правами и обязанностями по международному праву, должен, помимо исключительных случаев, самостоятельно отстаивать свои интересы, когда он занимается предпринимательской деятельностью за рубежом.

23. Настоящий доклад не является тем документом, в котором должен всесторонне рассматриваться вопрос о статусе индивида в современном международном праве. Ясно, что сегодня индивид имеет больше прав по международному праву, чем он имел 50 лет назад. Однако вопрос о том, придает ли это ему качество субъекта международного права, является открытым.

24. Дебаты вокруг вопроса о том, является ли индивид просто «объектом» международного права (традиционное мнение) или «субъектом» международного права, смысла не имеют. Было бы более целесообразным рассматривать индивида в качестве *участника* международного правопорядка²³. Как таковой, индивид может быть участником международного правопорядка, реализуя свои права согласно договорам по вопросам прав человека или двусторонним соглашениям по инвестиционным вопросам. В то же время необходимо признать, что хотя индивид может обладать правами по международному праву, доступные ему средства правовой защиты являются ограниченными, и этот факт упущен из виду Гарсией Амадором²⁴.

25. В то время как Европейская конвенция о правах человека предлагает реальные средства

²³ R. Higgins, *Problems and Process. International Law and How We Use It* (1994) pp. 48-55.

²⁴ Следующий комментарий Макдугала, Ласвелла и Чена, выше, примечание 17, в отношении проведенного Гарсией Амадором «очень квалифицированного синтеза новых формирующихся стандартов в области прав человека и старых правовых норм, призванных защищать иностранцев» (*State Responsibility*, выше, примечание 15, at 454) лучше всего отражает различие в реакции на этот синтез:

«некоторые считают, что его предложение ведет к расширению сферы охвата материально-правовой защиты иностранцев далеко за пределы того, с чем, если судить разумно, готовы согласиться государства, а также обострению проблем в области сотрудничества между государствами с разным уровнем общественного развития. Другие, видимо вполне обоснованно, могут считать, что он ослабляет важное традиционное средство защиты иностранцев, в то время как для его замены еще не установлено новое эффективное средство правовой защиты».

²⁰ Выше, примечание 15, стр. 15, пункт 54.

²¹ По вопросу о *actio ficticia* в римском праве см. R. Sohm, *The Institutes* (translated by J. Crawford Ledlie), 3rd ed. (1907), pp. 259-260.

²² *State Responsibility*, выше, примечание 15, p. 421 (выделение добавлено).

правовой защиты миллионам европейцев, сложно утверждать, что Американская конвенция по правам человека или Африканская хартия прав человека и народов достигли такого же успеха. Кроме того, большая часть мирового населения, находящаяся в Азии, не охвачена региональной конвенцией о правах человека. Говорить, что универсальные конвенции по правам человека, особенно Международный пакт о гражданских и политических правах, обеспечивают индивидов эффективными средствами защиты их прав человека, это все равно, что предаваться фантазиям, которым в отличие от фикций нет места в праве. Печальная истина состоит в том, что лишь горстка людей в ограниченном числе государств, которые признали право индивида на подачу жалобы в контрольные органы, учрежденные в соответствии с этими конвенциями, воспользовалась или воспользуется удовлетворительными средствами правовой защиты, предусмотренными в этих конвенциях.

26. Не лучше обстоит дело с положением иностранцев за рубежом. Универсальные и региональные конвенции по правам человека действительно распространяют защиту на всех лиц — как граждан, так и иностранцев — в пределах территории государств-участников. Однако многосторонняя конвенция, обеспечивающая иностранцам средства правовой защиты их прав вне сферы иностранных инвестиций²⁵, отсутствует.

27. В 1991 году была принята Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей²⁶. Эта конвенция содержит в себе хартию прав трудящихся-мигрантов и предусматривает контрольный орган, аналогичный Комитету по правам человека, а также факультативное право физического лица на подачу жалобы. О том, что эти средства правовой защиты не имеют целью заменить право дипломатической защиты, свидетельствует статья 23, которая предусматривает следующее:

«Трудящиеся-мигранты и члены их семей имеют право на получение защиты и помощи со стороны консульских или дипломатических учреждений государств своего происхождения или государства, представляющего интересы этого государства, когда нарушаются права, признанные в настоящей Конвенции ...»

Конвенция еще не набрала 20 ратификаций, необходимых для ее вступления в силу, что дает основания полагать, что государства не готовы предоставлять права трудящимся-мигрантам.

28. В 1985 году Генеральная Ассамблея приняла Декларацию о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают²⁷, цель которой заключается в распространении прав, предусмотренных во Всеобщей декларации прав человека, на иностранцев. В Декларации не предусмотрен механизм для обеспечения ее соблюдения, однако подтверждается право иностранца связываться с консульским или дипломатическим представительством государства, гражданином которого он является, для цели защиты. Это четко свидетельствует о том, что в настоящее время иностранцы могут иметь права по международному праву как люди, но они не имеют средств правовой защиты по международному праву при отсутствии договора по вопросам прав человека, за исключением тех средств, которые доступны в результате вмешательства государства, гражданами которого они являются²⁸.

29. До тех пор, пока индивид не получит в полном объеме процессуальные права по международному праву, отказ в дипломатической защите будет означать шаг назад в деле борьбы за права человека. Она должна укрепляться и поощряться как один из важных инструментов в деле защиты прав человека. В 1975 году профессор Ричард Лиллич писал следующее:

«Пока не будет создан международный механизм, гарантирующий третейское разбирательство споров между истцами-иностранцами и государствами, юристы-

²⁵ Выше, пункт 14.

²⁶ См. резолюцию 45/158 Генеральной Ассамблеи; см. также (1991) 30 I.L.M. 1517. См. далее информацию об этой Конвенции, R. Cholewinski, *Migrant Workers in International Human Rights Law* (1997).

²⁷ Резолюция 40/144 Генеральной Ассамблеи, приложение.

²⁸ W.K. Geck, «Diplomatic Protection» in *Encyclopaedia of Public International Law (E.P.I.L.)* (1992), pp. 1059–60.

международники должны не только поддерживать доктрину [дипломатической защиты], но и решительно бороться с любыми усилиями по ее полной или частичной дискредитации»²⁹.

30. Аналогичное мнение выразил в 1968 году Францишек Пржецашник из министерства иностранных дел Польши. Перечислив критические замечания, которые, как правило, выдвигались в адрес дипломатической защиты, он писал следующее:

«Видимо, можно признать, что эта критика частично обоснована, однако она содержит в себе некоторые элементы преувеличения и умышленного обобщения. Вместе с тем нельзя отрицать, что дипломатическая защита часто была объектом злоупотреблений и что более сильные государства находятся в более выгодном положении с точки зрения осуществления дипломатической защиты. Таким образом, вина лежит в первую очередь на слишком жесткой практике, а не на самом институте ...

По мере развития и укрепления прав человека дипломатическая защита может потерять в определенной степени свою значимость. Однако, видимо, права человека не смогут в полной мере взять верх над дипломатической защитой в целом.

До тех пор, пока дипломатическая защита не будет заменена какими-либо более эффективными средствами правовой защиты, необходимо сохранять ее, поскольку она очень необходима и в любом случае ее преимущества перевешивают ее недостатки»³⁰.

31. Международные стандарты в области прав человека закреплены не только в конвенциях по вопросам прав человека. Существует целый

комплекс конвенций и обычаев, включая дипломатическую защиту, которые в совокупности составляют международные стандарты в области прав человека. Международный пакт о гражданских и политических правах, Европейская конвенция о правах человека, Американская конвенция о правах человека, Африканская хартия прав человека и народов и другие универсальные и региональные документы по вопросам прав человека имеют важное значение, особенно в связи с тем, что они предусматривают защиту как иностранцев, так и граждан на территории государств-участников³¹. Однако предусмотренные в них средства правовой защиты являются слабыми. Несмотря на то, что дипломатическая защита используется лишь для защиты физических лиц от иностранного правительства, она, с другой стороны, является обычной нормой международного права, применяемой повсеместно, и потенциально представляет собой более эффективное средство правовой защиты. Большинство государств будут относиться к претензии, выдвинутой в порядке дипломатической защиты другим государством, более серьезно, чем к жалобе на их поведение, направленной в контрольный орган по вопросам прав человека³².

32. Современные международные стандарты в области прав человека обеспечивают гражданам и иностранцам одинаковую защиту, которая по сфере охвата выходит далеко за рамки международного минимального стандарта обращения с иностранцами, установленного ранее западными державами. Из этого не следует, что из-за этих событий традиционные процедуры, признанные

²⁹ «The Diplomatic Protection of Nationals Abroad: An Elementary Principle of International Law under Attack» (1975) 69 *A.J.I.L.* 359 (hereinafter Lillich, Diplomatic Protection). См. также C.F. Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens* (1967), pp. 4–7.

³⁰ «The Protection of Individual Persons in Traditional International Law (Diplomatic and Consular Protection)» (1971) 21 *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, p. 113.

³¹ Например, статья 2(1) Международного пакта о гражданских и политических правах требует от сторон «уважать и обеспечивать всем находящимся в пределах [их] территории и под [их] юрисдикцией лицам» права, признаваемые в этом пакте. См. также статью 1 Европейской конвенции о правах человека; статью 2 Африканской хартии прав человека и народов.

³² Подобным образом, жалоба физического лица, представленная в соответствии с Европейской конвенцией о правах человека и поддержанная иностранным правительством, скорее всего, будет иметь больший вес. См. *Soering v UK*, ECHR Series A, No. 161 (1989) (West Germany intervening); *Selmouni v France*, Application No. 25803/94, judgement of 28 July 1999 (Netherlands intervening). *Denmark v Turkey*, Application No. 34382/97, judgement of 8 June 1999.

обычным международным правом, касающимся обращения с иностранцами, устарели³³. Хотя сегодня физические лица имеют больше международных средств правовой защиты своих прав, чем раньше, дипломатическая защита по-прежнему остается важным оружием в арсенале борцов за права человека. Пока государство является доминирующим участником международных отношений, поддержка государствами претензий, связанных с нарушением прав их граждан, остается наиболее эффективным средством правовой защиты в отношении поощрения прав человека. Вместо того, чтобы пытаться ослабить это средство, отвергая его как устаревшую фикцию, которая изжила себя с точки зрения своей полезности, следует прилагать все усилия, направленные на укрепление норм, составляющих право дипломатической защиты.

С. Проект статей

Статья 1

Сфера применения

1. В настоящих статьях «дипломатическая защита» означает меры, предпринимаемые одним государством против другого государства в связи с причинением вреда личности или имуществу гражданина в результате международно-противоправного деяния или бездействия, присваиваемого последнему государству.

2. В исключительных обстоятельствах, предусмотренных в статье 8, дипломатическая защита может быть распространена на негражданина.

Комментарий

1. Дипломатическая защита

33. Концепция дипломатической защиты тесно связана с концепцией ответственности государств за причинение вреда иностранцам. Идея о том, что

³³ В деле «Барселона трэкин», *supra* note 11, p. 165, судья Джессап заявил следующее: «Совершенно очевидно, что институт права дипломатической защиты не устарел, хотя появляются новые процедуры».

международно-противоправные действия или бездействие, причинившие вред иностранцам, влекут за собой ответственность государства, которому такие действия или бездействие присваиваются, к концу 20-х годов получила широкое признание в международном сообществе. Было общепризнано, что государство не обязано принимать иностранцев, однако если оно это сделало, то у него возникает обязательство перед государством гражданства этого иностранца предоставлять определенную степень защиты его личности или имуществу в соответствии с международным минимальным стандартом обращения с иностранцами³⁴.

34. Было предпринято несколько попыток кодифицировать этот принцип. В 1927 году Институт международного права принял резолюцию «Международная ответственность государств за вред, причиненный на их территории личности или имуществу иностранцев», которая гласила:

«Государство несет ответственность за вред, причиненный иностранцам любым действием или бездействием, противоречащим его международным обязательствам»³⁵.

В 1930 году третий комитет Гаагской конференции по кодификации международного права принял в первом чтении положение, которое гласило следующее:

«У государства возникает «международная ответственность, если налицо невыполнение со стороны его органов международных обязательств этого государства, которое причиняет вред личности или имуществу иностранца на его территории»³⁶.

³⁴ C. Jjseph, *Nationality and Diplomatic Protection — The Commonwealth of Nations* (1969) 3. R.Y. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed. (1992) pp. 897, 910-911 (hereinafter *Oppenheim's International Law*).

³⁵ Статья 1 проекта воспроизводится в первом докладе Ф.В. Гарсии Амадора, A/CN.4/96 в *Yearbook...1956*, vol. II, p. 227.

³⁶ Статья 1, издание Лиги Наций. *V. Legal, 1930.V.17* (document C.351(c) M.145(c).1930.V), воспроизводится в первом докладе Гарсии Амадора, сноска 35 выше, стр. 225 английского текста.

Позднее, в 1960 году, в Гарвардском проекте конвенции о международной ответственности государств за вред, причиненный иностранцам, предлагалось следующее:

«Государство несет международную ответственность за действие или бездействие, которое согласно международному праву является противоправным, присваивается этому государству и причиняет вред иностранцу»³⁷.

Этот принцип был признан в качестве нормы международного обычного права и применялся во многих судебных и арбитражных решениях. В период деколонизации некоторые отрицали его универсальную применимость на том основании, что он открывает возможность для злоупотреблений со стороны империалистических держав, что он по сути является западным изобретением и что иностранцы не должны пользоваться большей степенью защиты, чем собственные граждане государства³⁸. Несмотря на подобную критику, сегодня концепция ответственности государств за вред, причиненный иностранцам, является общепризнанной³⁹. Признано также и то, что ответственность этого рода сопровождается обязанностью произвести возмещение⁴⁰. Так, в пересмотренном проекте, представленном Комиссии в 1961 году, Специальный докладчик Гарсия Амадор предложил следующее:

«Для целей настоящего проекта «международная ответственность государства за вред, причиненный на его территории личности или имуществу иностранцев» включает обязанность произвести возмещение такого вреда ...»⁴¹.

35. Настоящий свод проектов статей представляет собой, по существу, вторичные нормы. По этой причине не предпринималось попыток представить положение в виде первичной нормы, описывающей обстоятельства, при которых возникает ответственность государства за противоправное действие или бездействие по отношению к иностранцу. В равной степени не предпринималось попыток и разработать положение о возмещении, поскольку этот вопрос рассматривается в проекте статей об ответственности государств⁴².

36. Традиционно право на дипломатическую защиту принадлежало государству гражданства потерпевшего. В основе этого права лежит фикция о том, что вред, причиненный лицу, есть вред, причиненный государству гражданства. Происхождение этой доктрины, или фикции, восходит к XVIII веку, когда Эммерик де Ваттель заявил следующее:

«Тот, кто плохо обращается с гражданином, косвенно причиняет вред государству, на котором лежит обязанность защищать этого гражданина. Суверен потерпевшего гражданина обязан отомстить за деяние и, если возможно, принудить агрессора предоставить полную сатисфакцию или наказать его, поскольку в противном случае для гражданина не будет достигнута главная цель гражданского общества, то есть защита»⁴³.

Хотя эта традиционная доктрина дипломатической защиты вызвала много споров, особенно по вопросу о том, чьи права отстаиваются, когда государство осуществляет дипломатическую защиту от имени своего гражданина⁴⁴, в международном обычном

³⁷ Статья 1(1) этого проекта воспроизводится в L.B. Sohn and R.R. Baxter, «Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens» (1961) 55 A.J.I.L. 545, p. 548.

³⁸ См., например, S.N. Guha Roy, «Is the Law of Responsibility of States for Injuries to Aliens A Part of Universal International Law?» (1961) 55 A.J.I.L., p. 863.

³⁹ См. F.V. García Amador, *The Changing Law of International Claims* (1984) pp. 74-76 (hereinafter García Amador, *Changing Law*). Об этом также свидетельствует то обстоятельство, что многие авторы рассматривают режим иностранцев в рамках общей темы об ответственности государств. См., например, *Oppenheim's International Law*, *supra* note 34; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed. (1998) (hereinafter Brownlie, *Principles*); D.J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 5th ed. (1998); M.N. Shaw, *International Law*, 4th ed. (1997).

⁴⁰ Более подробно об этом принципе см. García Amador, *State Responsibility* *supra* note 15 pp. 393-394.

⁴¹ *Changing Law*, *supra* note 39 p. 786.

⁴² См. статью 42 в первом чтении, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/51/10)*, стр. 144.

⁴³ *The Law of Nations* (1758), chap. VI, p. 136.

⁴⁴ Более подробно этот вопрос рассматривается в комментарии к статье 3 ниже.

праве широко признана норма о том, что государство имеет право защищать своих граждан за рубежом. Хотя государство места жительства иностранца обладает территориальной юрисдикцией в отношении него, государство гражданства сохраняет личную юрисдикцию в отношении своего гражданина даже в том случае, когда он проживает в другом государстве⁴⁵. Классическая формулировка этой точки зрения в отношении последствий личной юрисдикции государства гражданства была изложена Постоянной палатой международного правосудия в деле о *Концессиях Мавромматиса в Палестине*:

«Базовый принцип международного права заключается в том, что государство вправе защищать своих подданных, когда им причиняется вред в результате противоречащих международному праву деяний, совершенных другим государством, от которого они не в состоянии получить удовлетворение, используя обычные каналы. Беря в свои руки дело одного из своих подданных и принимая дипломатические меры или возбуждая международное судебное разбирательство от его имени, государство по сути отстаивает свое собственное право — обеспечить от имени своих подданных уважение норм международного права»⁴⁶.

Право государства гражданства осуществлять защиту подобным образом было подтверждено в судебных решениях⁴⁷ и научных трудах⁴⁸. Более того, оно было кодифицировано в статье 3 Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 года и в статье 5 Венской конвенции о консульских сношениях 1963 года, где указывается, что функции дипломатического представительства состоят, в частности,

«в защите в государстве пребывания интересов аккредитуемого государства и его граждан в

пределах, допускаемых международным правом»⁴⁹.

37. В результате общего консенсуса относительно права государства осуществлять дипломатическую защиту возникли определения дипломатической защиты, отражающие традиционную позицию, где главной фигурой является государство. В 1915 году Борчард писал следующее:

«Дипломатическая защита по своей природе есть международный процесс, заключающийся в «призыве одного государства к другому исполнить обязательства одного перед другим, вытекающие из их взаимных прав и обязанностей»⁵⁰.

Джозеф, который больше внимания уделяет вреду лицу и ответственности государства, пишет следующее:

«дипломатическую защиту можно определить как процедуру реализации ответственности государства за нарушения международного права в результате причинения юридического вреда личности или имуществу гражданину какого-либо государства»⁵¹.

Шарль де Висшер, мнение которого поддержал Гарсия Амадор, определяет дипломатическую защиту как

⁴⁹ Статья 3(1)(b) Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 года. В свою очередь Венская конвенция о консульских сношениях 1963 года содержит в статье 5 весьма сходное, однако несколько менее конкретное положение:

«Консульскими функциями являются:

а) защита в государстве пребывания интересов представляемого государства и его граждан (физических и юридических лиц) в пределах, допускаемых международным правом; ...

е) оказание помощи и содействия гражданам (физическим и юридическим лицам) представляемого государства».

Европейская конвенция о консульских функциях 1967 года закрепляет этот принцип в статье 2(1). (E.T.S. No. 61).

⁵⁰ E.M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims* (1915), p. 354, citing Blaine, Secretary of State. See also *ibid.*, p. 357.

⁵¹ Joseph *supra* note 34 p. 1. See also Leigh *supra* note 45 p. 453.

⁴⁵ G.I.F. Leigh, «Nationality and Diplomatic Protection» (1971) 20 *I.C.L.Q.* p. 453.

⁴⁶ См. сноску 7 выше.

⁴⁷ *Panevezys-Saldutiskis Railway case*, *supra* note 7 p. 16, 17 and *Nottebohm case*, 1955 I.C.J. Reports, p. 24.

⁴⁸ См., например, Joseph, *supra* note 34 p. 1. Leigh, *supra* note 45 p. 453; Geck, *supra* note 28 p. 1046; *Oppenheim's International Law*, *supra* note 34 p. 512.

«процедуру, с помощью которой государства отстаивают право своих граждан на обращение в соответствии с международным правом»⁵².

38. Гек в «Энциклопедии международного публичного права» предлагает определение, в котором отражено развитие права в связи с функциональной защитой, предоставляемой представителям международной организации:

«Дипломатическая защита есть ... защита, предоставляемая субъектом международного права лицам, физическим или юридическим, от нарушения международного права со стороны другого субъекта международного права»⁵³.

Концепция функциональной защиты со стороны международной организации, впервые изложенная в деле о возмещении за увечья⁵⁴ в 1949 году, представляет собой важный институт защиты прав лиц, находящихся на службе какой-либо международной организации⁵⁵. Между традиционной дипломатической защитой со стороны государства и функциональной защитой, осуществляемой международной организацией, неизбежно есть существенные различия. По этой причине в настоящем своде статей не предпринимается попыток анализировать вопрос о функциональной защите⁵⁶.

39. Удивительно, видимо, то, что Гарсия Амадор не предпринял попыток дать исчерпывающее определение дипломатической защиты. Первый Специальный докладчик по дипломатической защите г-н Беннуна в своем предварительном докладе просто описал ее как:

«механизм или процедуру осуществления международной ответственности государства, принимающего иностранцев»⁵⁷.

Вместе с тем он признал, что:

«с самого начала дипломатическая защита рассматривалась как неизбежное следствие осуществления государством личной юрисдикции в отношении своего населения в тех случаях, когда его граждане, находясь на иностранной территории, пострадали в результате нарушения норм международного права»⁵⁸.

40. В статье 1 не ставилась цель дать определение дипломатической защиты. Это — описание дипломатической защиты в том виде, как этот термин понимается в понятийном аппарате международного права. По сути оно отражает то значение, которое было дано этому термину в 1997 году Рабочей группой Комиссии по дипломатической защите:

«Исходя из гражданства физических или национальной принадлежности юридических лиц, государства претендуют в отношениях с другими государствами на право обеспечивать их защиту и действовать в их интересах в тех случаях, когда им причиняется ущерб и/или отказывается в правосудии в другом государстве. В этой связи дипломатическая защита была определена в международной судебной практике в качестве права государства ...»⁵⁹.

В статье 1 опущена ссылка на концепцию «отказ в правосудии, что отражает стремление избежать всякого намека на то, что она представляет собой первичную норму.

⁵² «Cours Général de Principes de Droit International Public» (1954 II) 86 *Recueil des Cours* p. 507. Гарсия Амадор приводит это определение в поддержку идеи о том, что в существующих определениях подчеркивается право государств принимать меры. Сам же он не предложил какого-либо оригинального определения. Он лишь процитировал других авторов и судебные решения, подчеркивая тот же аспект (Ответственность государств, сноска 15 выше, стр. 426 и 427 английского текста).

⁵³ Geck, *supra* note 28 p. 1046.

⁵⁴ 1949 I.C.J. Reports p. 174.

⁵⁵ Консультативное заключение Международного Суда относительно разногласия, касающегося судебного-процессуального иммунитета Специального докладчика Комиссии по правам человека (1999 год) 38 I.L.M. 873 содержит пример того, каким образом может использоваться право на функциональную защиту.

⁵⁶ В 1997 году Рабочая группа по дипломатической защите «не высказала суждений о том, должна ли тема «дипломатическая защита» включать в себя защиту, которую требуют для себя международные

организации в интересах своих агентов». (Сноска 2 выше, стр. 154).

⁵⁷ Сноска 15 выше, стр. 4.

⁵⁸ Там же.

⁵⁹ Сноска 2 выше, стр. 153 (пункт 182).

2. Значение термина «меры»

41. В определениях дипломатической защиты не отражен надлежащим образом характер мер, которые может принимать государство при осуществлении дипломатической защиты.

42. В деле о железной дороге Паневежис–Салдутискис Постоянная палата международного правосудия, судя по всему, провела разграничение между «дипломатическими мерами» и «судебным разбирательством»⁶⁰, и это же разграничение было вновь проведено Международным Судом в деле Ноттебома⁶¹ и Арбитражем по рассмотрению претензий между Ираном и Соединенными Штатами в деле № А/18⁶².

43. В отличие от этого теоретики права такого разграничения не проводят и употребляют термин «дипломатическая защита» для обозначения консульских мер, переговоров, посредничества, судебного и арбитражного разбирательства, репрессалий, реторсий, прекращения дипломатических отношений, экономического давления и, в качестве крайней меры, применения силы⁶³. В своем исследовании 1932 года Дан по поводу термина «дипломатические меры» заявил следующее:

«Он обозначает в общем все случаи официального представительства одного правительства от имени его граждан или их имущественных интересов в пределах юрисдикции другого для цели либо предотвращения угрозы причинения вреда в нарушение международного права, либо получения возмещения за такой вред после того, как он был причинен ...

как правило, в случае защиты дело обстоит так: правительство потерпевшего иностранца обращает внимание правительства-нарушителя на содержащиеся в жалобе факты и просит на них надлежащим образом отреагировать ...

⁶⁰ Сноска 7 выше, стр. 16 англ. текста.

⁶¹ Сноска 47 выше, стр. 24 англ. текста.

⁶² Case No. A/18 (1984) 5 I.U.S.C.T.R. 251 p. 261.

⁶³ Borchard *supra* note 50 p. 439 *et seq.*; Geck *supra* note 28 pp. 1061-1063; P. Weiss, "Diplomatic Protection of Nationals and International Protection of Human Rights" (1971) 4 *Human Rights Journal*, p. 645 (hereinafter Weiss, Diplomatic Protection).

термин «дипломатическая защита» в данном случае используется как родовое понятие, охватывающее тему защиты граждан за рубежом в целом, включая случаи, когда для обеспечения исполнения обязательств применяются иные меры, помимо дипломатических ...

следует отметить, что нас в данном случае интересуют только представления или требования, которые сделаны (прямо или косвенно) в связи с каким-либо правовым притязанием. Правительства часто принимают меры от имени своих граждан за рубежом, которые основаны не на отстаивании какого-либо международного обязательства и не относятся к категории защиты в техническом смысле»⁶⁴.

44. В своем предварительном докладе по вопросу о дипломатической защите Беннуна также признает наличие широкого спектра мер, которые может принимать государство при осуществлении права на дипломатическую защиту, заявляя следующее:

«В принципе государство всегда имеет возможность выбора средств, позволяющих ему защитить своих граждан, уважая при этом свои международные обязательства и императивные нормы международного права. Оно не может, однако, использовать угрозу силой или применять силу в целях обеспечения дипломатической защиты»⁶⁵.

⁶⁴ Сноска 12 выше, стр. 18–20 английского текста.

Подчеркнуто автором. Гек, сноска 28 выше, стр. 1046 английского текста, также четко указывает, что требования, выдвигаемые не в связи с правовым притязанием, не представляют собой дипломатической защиты:

«дипломатические или консульские меры для получения для граждан концессий или иных государственных контрактов от государства пребывания или принятия мер для правовой защиты правомерно находящегося в тюремном заключении гражданина не являются дипломатической защитой в интересующем нас смысле; как правило, они не направлены против другого государства и не основаны на реальном или предполагаемом нарушении международного права».

См. Беннуна, предварительный доклад, сноска 15 выше, стр. 4 (пункт 12).

⁶⁵ Там же, стр. 4 (пункт 11).

45. Выбор средств в плане дипломатических мер, которые может принимать государство, обуславливается ограничениями, установленными в международном праве для контрмер, что в настоящее время отражено в проекте статей об ответственности государств⁶⁶. Вопрос о том, полностью ли исключается право применять силу при осуществлении дипломатической защиты, рассматривается в статье 2.

46. Дипломатическая защита по сути касается обращения с гражданами — как с юридическими, так и с физическими лицами — за рубежом. В исключительных обстоятельствах государство может распространить дипломатическую защиту и на неграждан. Этот вопрос рассматривается в статьях 8 и 10.

Статья 2

Угроза силой или ее применения запрещена как средство дипломатической защиты, за исключением случая спасения граждан, если:

а) оказывающее защиту государство оказалось не в состоянии обеспечить безопасность своих граждан мирными средствами;

б) причинившее ущерб государство не желает или не может обеспечить безопасность граждан оказывающего защиту государства;

с) граждане оказывающего защиту государства находятся в непосредственной опасности;

д) применение силы является соразмерным с учетом обстоятельств ситуации;

е) применение силы прекращается и оказывающее защиту государство выводит свои силы, как только граждане спасены.

Комментарий

⁶⁶ См. статьи 47–50; и документ A/CN.4/498/Add.4 от 19 июля 1999 года.

47. Как объяснялось в статье 1, ограничения в отношении дипломатических средств, к которым может обратиться оказывающее защиту государство, регламентируются общими нормами международного права, особенно нормами, касающимися контрмер, как они определены в проектах статей об ответственности государств⁶⁷. Применение силы в качестве крайнего средства дипломатической защиты часто рассматривалось как часть темы о дипломатической защите и поэтому требует особого внимания в нынешних проектах статей.

48. Как прошлая, так и современная история⁶⁸ изобилует примерами случаев, когда защита граждан использовалась в качестве оправдания вооруженной интервенции. Работы аргентинского юриста Карлоса Кальво, который пытался ограничить право на оказание дипломатической защиты, были реакцией на вооруженные интервенции в Латинской Америке⁶⁹. Провозглашенная в 1903 году доктрина Драго⁷⁰, цель которой заключалась в том, чтобы поставить вне закона вооруженную интервенцию в целях взыскания по договорным долговым обязательствам перед иностранными гражданами, была реакцией на действия, предпринятые Италией, Германией и Великобританией против Венесуэлы в 1902 году, после того как она не произвела выплаты по договорным долговым обязательствам перед гражданами этих стран. В результате этого была принята Портерская конвенция 1907 года об ограничении в применении силы при взыскании по договорным долговым обязательствам (Конвенция II Гаагской конференции мира 1907 года), статья 1 которой обязывает государства «не прибегать к вооруженной силе для истребования договорных долгов, взыскиваемых Правительством одной страны с Правительства другой страны, как причитающихся ее подданным». Тот факт, что этот запрет на применение силы не

⁶⁷ Статьи 47–50.

⁶⁸ Видимо, наиболее известные интервенции подобного рода в недавнее время — это интервенция Соединенных Штатов в Гренаде в 1983 году (1984) 78 *A.J.I.L.* 131, 200) и в Панаме в 1989 году (1990) 84 *A.J.I.L.* pp. 494, 545).

⁶⁹ Выше, примечание 8.

⁷⁰ См. García Amador, First Report, выше, примечание 35, p. 217; и *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States 1903*, pp. 1–5.

носил абсолютного характера, четко отражен в оговорке в этой статье:

«однако это постановление не может иметь применения, когда Государство-должник отвергает или оставляет без ответа предложение о третейском разбирательстве или, в случае принятия такового, делает невозможным установление третейской записи или, после третейского разбирательства, уклоняется от исполнения постановленного решения»⁷¹.

49. Эти события в сочетании с запретом на применение силы, содержащимся в пункте 4 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций, склоняли предыдущих специальных докладчиков Комиссии к утверждениям о то, что применение силы запрещено в качестве средства дипломатической защиты.

50. В 1956 году Гарсия Амадор подготовил доклад, содержащий несколько «базовых положений для обсуждения» (в качестве вступления к проектам статей), в которых подчеркивалась необходимость урегулирования претензий, касающихся дипломатической защиты, мирными средствами и говорилось следующее:

«Непосредственная реализация дипломатической защиты ни в коем случае не подразумевает угрозу силой или ее реальное применение или любую иную форму вмешательства во внутренние или внешние дела государства-ответчика»⁷².

Хотя в отчетах об обсуждениях в Комиссии не содержатся какие-либо возражения в отношении этих положений, единственными мнениями, выраженными в пользу этих положений, были краткие одобрительные замечания Крылова и Спиропулоса⁷³. Несмотря на это, это положение отсутствовало во всех последующих докладах.

⁷¹ *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, ed. Carnegie Endowment for International Peace (1915) 89 reproduced in García Amador, First Report, выше, примечание 35, p. 217.

⁷² Basis of discussion No. VII (3) in García Amador, First Report, выше, примечание 35, p. 221. См. также *ibid.*, pp. 216–219.

⁷³ *Yearbook... 1956*, vol. I, 371st meeting (20 June 1956), pp. 234–235.

51. В своем предварительном докладе Беннуна категорически заявил, что государства «не могут использовать угрозу силой или применять силу в целях обеспечения дипломатической защиты»⁷⁴.

52. Стремление запретить угрозу силой или ее применения при осуществлении дипломатической защиты достойно похвалы, однако оно в незначительной степени учитывает современное международное право, о чем свидетельствует толкование Устава Организации Объединенных Наций и практика государств. Нынешняя дилемма, стоящая перед международным правом, отражена в монографии Нгуен Киока Диня «Международное публичное право» (Nguyen Quoc Dinh, *Droit International Public*), в которой сначала категорически утверждается, что применение силы запрещено при оказании дипломатической защиты, однако затем указывается на «зыбкость» правомерности вооруженной интервенции государств для защиты их граждан⁷⁵. В отличие от предыдущих докладов в настоящем докладе предпринята попытка охарактеризовать нынешнее состояние международного права и предложить ограничения на применение силы, которые отражают современную практику государств.

53. В пункте 4 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций содержится следующий общий запрет на применение силы:

«Все Члены Организации Объединенных Наций добросовестно выполняют принятые на себя по настоящему Уставу обязательства, чтобы обеспечить им всем в совокупности права и преимущества, вытекающие из принадлежности к составу Членов Организации».

Единственным исключением из этого положения, позволяющим одностороннее применение силы государствами, является статья 51, в которой речь идет о праве на самооборону.

54. Применение силы для взыскания договорных долгов четко запрещается пунктом 4 статьи 2⁷⁶.

⁷⁴ Беннуна, предварительный доклад, выше, примечание 15, стр. 4, пункт 11.

⁷⁵ 6th ed. (1999) P. Daillier and A. Pellet (eds.), pp. 777, 908. См. также A. Verdross and B. Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, 3rd ed. (1984), p. 905 (para. 1338).

⁷⁶ *Oppenheim's International Law*, выше, примечание 34,

Запрещены также любые угрозы силой или ее применения посредством репрессалий, имеющих своей целью защиту граждан. Настоящий доклад не является тем документом, в котором следует обсуждать вопрос о репрессалиях или применении силы. Достаточно отметить, что репрессалии с применением силы осуждены как противоречащие Уставу Организации Объединенных Наций в принятой Генеральной Ассамблеей в 1970 году Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций⁷⁷, и этот вывод был подтвержден Международным Судом в его консультативном заключении по вопросу о законности угрозы ядерным оружием или его применения⁷⁸ и в трудах ученых⁷⁹. Идеи ученых о том, что «разумные» репрессалии с применением силы допускаются международным правом⁸⁰,

основываются на трудностях, неразрывно связанных с проведением различия между репрессалиями, осуществленными через некоторое время после вооруженного нападения с целью сдерживания будущих вооруженных нападений, и самообороной. Независимо от того, сколь важными могут быть эти дискуссии, они не имеют отношения к применению силы для защиты граждан, которое сопряжено с немедленной реакцией для обеспечения безопасности граждан, а не с последующими карательными мерами.

55. Угроза силой или ее применения при реализации дипломатической защиты может быть оправдана лишь в том случае, если она может быть квалифицирована как самооборона. Именно этот вопрос должен быть рассмотрен в настоящем исследовании, посвященном дипломатической защите. Здесь не предлагается считать, что защита граждан может быть отнесена к категории гуманитарной интервенции, несмотря на тот факт, что некоторые ученые⁸¹ не проводят четкого различия между гуманитарной интервенцией для защиты граждан государства, которое нанесло ущерб, и интервенцией государства в целях защиты своих собственных граждан.

56. Право на самооборону в международном праве было сформулировано задолго до 1945 года. В соответствии с ним меры, принятые в порядке самообороны, должны представлять собой немедленную и необходимую реакцию на ситуацию, угрожающую безопасности и жизненно важным интересам государства. Эта реакция должна укладываться в рамки соразмерности. Сфера охвата этого права является широкой и включает в себя как упредительную самооборону, так и интервенцию в целях защиты граждан⁸².

57. Статья 51 Устава Организации Объединенных Наций является менее широкой. Она предусматривает следующее:

р. 441.

⁷⁷ В Декларации Генеральной Ассамблеи говорится следующее: «Государства обязаны воздерживаться от актов репрессалий, связанных с применением силы» (резолюция 2625 (XXV), приложение, часть 1.

⁷⁸ 1996 I.C.J. Reports 226, p. 246, para 46.

⁷⁹ C. Tomuschat, «Article 2(3)», in B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary* (1994), p. 105; D.W. Bowett, «Reprisals involving Recourse to Armed Force» (1972) 66 *A.J.I.L.* p. 1 (hereinafter Bowett, Reprisals); K.J. Partsch, «Reprisals» (1982) 9 *E.P.I.L.* p. 332; García Amador, First Report, выше, примечание 35, p. 217, Harvard Law School, *Research in International Law*, II. Responsibility of States, pp. 217–218 (1929) cited in García Amador, First Report, выше, примечание 35, p. 216; R. Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations* (1963), pp. 216–217; I. Brownlie, *International Law and The Use of Force by States* (1963), p. 281 (hereinafter Brownlie, *Use of Force*); Verdross and Simma, выше, примечание 75, pp. 294–295 (para. 480); O. Schachter, *International Law in Theory and Practice* (1991), pp. 128–129; B.O. Bryde, «Self-Defence» (1982) 4 *E.P.I.L.* pp. 215–216; K.J. Partsch, «Self-Preservation» (1982) 4 *E.P.I.L.* p. 218 referring to the Friendly Relations Declaration and the Final Act of the Helsinki Conference, R. Barsotti, «Armed Reprisals» in A. Cassese (ed.), *The Current Regulation of the Use of Force* (1986) 79, pp. 79–80.

⁸⁰ См. Bowett, Reprisals, выше, примечание 79, p. 3; Shaw, выше, примечание 39, p. 786; Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 2nd ed. (1994), p. 222; Partsch, «Reprisals», выше, примечание 79, p. 332;

Partsch, «Self-preservation», выше, примечание 79, pp. 218–219.

⁸¹ N. Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity* (1985); W. Verwey, «Humanitarian Intervention» in A. Cassese (ed.) *The Current Regulation of the Use of Force* (1986), p. 57; Nguyen Quoc Dinh, выше, примечание 75, pp. 908–909.

⁸² D.W. Bowett, *Self-Defence in International Law* (1958), pp. 96–105 (hereinafter Bowett, *Self-Defence*).

«Настоящий Устав ни в коей мере не затрагивает неотъемлемого права на индивидуальную или коллективную самооборону, если произойдет вооруженное нападение на Члена Организации, до тех пор пока Совет Безопасности не примет мер, необходимых для поддержания международного мира и безопасности. Меры, принятые Членами Организации при осуществлении этого права на самооборону, должны быть немедленно сообщены Совету Безопасности и никоим образом не должны затрагивать полномочий и ответственности Совета Безопасности, в соответствии с настоящим Уставом, в отношении предпринятия в любое время таких действий, какие он сочтет необходимыми для поддержания или восстановления международного мира и безопасности».

Некоторые ученые⁸³ утверждают, что статья 51 содержит полное и исключительное определение права на самооборону, которое ограничивает ее случаями, когда произошло вооруженное нападение на государство, в то время как другие считают, что выражение «неотъемлемого права» в статье 51 закрепляет существовавшее до принятия Устава и основанное на обычае право⁸⁴. В деле о *Никарагуа* Международный Суд поддержал последнее мнение, признав, что «статья 51 Устава имеет смысл лишь в том случае, если она основывается на «естественном» или «неотъемлемом» праве на самооборону, и трудно понять, как оно может не носить обычного — правового характера, даже если его содержание было подтверждено в Уставе и испытало на себе его влияние»⁸⁵. Международный Суд подтвердил этот подход в своем

консультативном заключении по вопросу о законности угрозы ядерным оружием или его применения, заявив, что некоторые ограничения на обращение к самообороне «имманентно присущи самой концепции самообороны», а другие конкретно указаны в статье 51. Кроме того, Суд заявил следующее:

«Обусловленность реализации права на самооборону необходимостью и соразмерностью является нормой обычного международного права»⁸⁶.

58. Если в статье 51 закрепляется основанное на обычном праве право на самооборону, то сложно утверждать, что содержащийся в Уставе запрет на применение силы распространяется на защиту граждан за рубежом⁸⁷. Такое утверждение стало более проблематичным из-за масштабов практики государств после 1945 года в поддержку вооруженной интервенции для защиты граждан за рубежом во время чрезвычайного положения⁸⁸ и из-за того, что суды⁸⁹ и политические органы⁹⁰

⁸⁶ Выше, примечание, р. 246, para. 41.

⁸⁷ Bowett, *Self-Defence*, выше, примечание 82, pp. 87–105; Dinstein, выше, примечание 80, р. 212; G.N. Barrie, “Forcible Intervention and International Law” (1999) 116 *South African Law Journal* 791, р. 800; G. Dahm, *Völkerrecht* (1961) 209. *Sed contra*, см. Brownlie, *Use of Force*, выше, примечание 79, pp. 289–301; *Corfu Channel Case (Merits)* 1949 I.C.J. Reports p. 35; Ronzitti, выше, примечание 81; G. Tunkin, «Politics, Law and Force in the Interstate System» (1989 VII) 219 *Recueil des Cours*, pp. 337–338; V.I. Menzhinsky, *Neprimeniie sily u mezhdunarodnyh otnosheniiah* (1976), pp. 97–98. Не представляется ясным, какой вывод следует сделать из решения Международного Суда по делу о *Никарагуа* по этому вопросу. Хотя Суд специально оставил открытым вопрос о правомерности упредительной самообороны (выше, примечание 85, р. 103, para. 194), он ничего не говорит о том, как обстоит дело в настоящее время с защитой граждан в качестве одной из форм самообороны.

⁸⁸ *Oppenheim's International Law*, выше, примечание 34, pp. 440–442.

⁸⁹ В деле о *дипломатическом и консульском персонале Соединенных Штатов в Тегеране, 1980 I.C.J. Reports*, р. 18, Международный Суд отказался высказаться относительно законности не увенчавшейся успехом попытки Соединенных Штатов спасти заложников «в порядке осуществления их неотъемлемого права на самооборону». Однако судьи Морозов (р. 57) и Тарази (р. 64) отвергли этот аргумент Соединенных

⁸³ Brownlie, *Use of Force*, выше, примечание 79, pp. 272–275; Verdross and Simma, выше, примечание 75, р. 288 (para. 470); H. Kelsen, *Law of the United Nations* (1950), р. 914.

⁸⁴ Bowett, *Self-Defence*, выше, примечание 82, pp. 184–6; C.H.M. Waldock, “The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law” (1952 II) 81 *Recueil des Cours* 451, pp. 496–497; H.G. Franzke, “Die militärische Abwehr von Angriffen auf Staatsangehörige im Ausland — insbesondere ihre Zulässigkeit nach der Äußerung der Vereinten Nationen” (1966) 16 *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, pp. 169–170.

⁸⁵ 1986 I.C.J. Reports 14, р. 94.

Организации Объединенных Наций не осудили такие действия. В курсе *международного права Оппенгейма* говорится, что «государства не очень предрасположены отрицать, что интервенция, надлежащим образом ограниченная защитой граждан в чрезвычайных ситуациях, является оправданной»⁹¹.

59. Вместе с тем существует общее согласие о том, что в прошлом имело место большое число случаев злоупотребления правом на применение силы для защиты граждан⁹² и что это право носит такой характер, что оно стимулирует злоупотребление им⁹³. Поэтому это право следует сформулировать узко, с тем чтобы четко указать на то, что, во-первых, на него нельзя ссылаться для защиты имущества граждан государства,

находящегося за рубежом⁹⁴, и во-вторых, что на него можно ссылаться лишь в чрезвычайных ситуациях для оправдания спасения иностранных граждан. Примером такой спасательной операции может служить проведенная в 1976 году с применением насилия операция военнослужащих израильских спецподразделений в аэропорту Энтеббе⁹⁵, Уганда. Настоящая статья, сформулированная на основе этого прецедента, направлена на ограничение права на применение силы для защиты граждан случаями чрезвычайных ситуаций, когда они находятся под непосредственной угрозой и государство территориальной юрисдикции не может или не желает защитить их. Как представляется, это отражает практику государств более точно, чем абсолютный запрет на применение силы (который невозможно согласовать с реальной практикой государств) или широкое по сфере охвата право на интервенцию (которое невозможно согласовать с протестами потерпевшего государства и третьих государств в случае таких интервенций). С политической точки зрения было бы более целесообразным признать существование такого права, но при этом установить строгие пределы, чем игнорировать его существование, поскольку в последнем случае государства смогут ссылаться на традиционные аргументы в поддержку широкого по сфере охвата права на интервенцию и это приведет к новым злоупотреблениям.

60. На практике ссылки на право на применение силы для защиты граждан приводились для защиты неграждан, когда они находились под угрозой вместе с гражданами оказывающего защиту государств⁹⁶. Было бы сложным и нецелесообразным проводить в чрезвычайной ситуации строгое различие между гражданами и негражданами. Не следует возражать против того, что оказывающее защиту государство, спасающее

Штатов и пришли к выводу о том, что спасательная операция не может быть оправдана посредством ссылки на статью 51. См. J.R. D'Angelo, "Resort to Force by States to Protect Nationals: The U.S. Rescue Mission to Iran and its Legality under International Law" (1981) 21 *Virginia J. of Int. Law* p. 485.

⁹⁰ Во всех случаях, когда применялась сила для спасения или защиты граждан, Совет Безопасности не смог принять решения в поддержку или против интервенции. После проведенного в 1976 году рейда в Энтеббе резолюция с осуждением Израиля не была поставлена на голосование: документ S/12139 Организации Объединенных Наций; (1976) 15 I.L.M. p. 1227.

⁹¹ Выше, примечание 34, p. 440.

⁹² См., например, критику в связи с вооруженными интервенциями Соединенных Штатов в Гренаде и Панаме. См. (1984) 78 *A.J.I.L.* p. 200; (1984) 78 *A.J.I.L.* p. 131; (1990) 84 *A.J.I.L.* p. 545; P. Nanda, "U.S. Forces in Panama. Defenders, Aggressors or Human Right Activists? The Validity of United States Intervention in Panama under International Law" (1990) 84 *A.J.I.L.* p. 494.

⁹³ См. Borchard, выше, примечание 50, pp. 331, 447; García Amador, First Report, выше, примечание 35, p. 216; Guha Roy, выше, примечание 38, pp. 880, 887; García Amador, *Changing Law*, выше, примечание 39, at 79; Lillich, *Human Rights*, выше, примечание 5, pp. 14-15; F. Orrego Vicuña, *The Changing Law of Nationality of Claims: Final Report submitted to the International Law Association Committee on Diplomatic Protection*. Unpublished manuscript, 3 (hereinafter Orrego Vicuña, *Changing Law*). Мнения, отрицающие, что дипломатическая защита сопряжена с реальной угрозой злоупотреблений, см. Dunn, выше, примечание 12, p. 19.

⁹⁴ *Oppenheim's International Law*, выше, примечание 34, at 441; Shaw, выше, примечание 39, p. 793; Franzke, выше, примечание 84, p. 171.

⁹⁵ См. R.D. Margo, "The Legality of the Entebbe Raid in International Law" (1977) 94 *South African Law Journal*, p. 306; F.A. Boyle, "The Entebbe Hostage Crisis" (1982), p. 29, *Netherlands International Law Review*, p. 32; 1976 U.N.Y.B. 315-320; (1976) 15 I.L.M. 1224.

⁹⁶ *Oppenheim's International Law*, выше, примечание 34, p. 442.

лиц, не являющихся его гражданами и подвергающихся аналогичной непосредственной угрозе, что и его граждане, отдает предпочтение находящимся под угрозой лицам, которые являются его гражданами. Когда предпочтение отдается находящимся под угрозой лицам, которые не являются гражданами, применение силы может, видимо, оправдываться как гуманитарная акция, а не как самооборона при защите граждан. Вопрос о том, признает ли международное право реализацию с применением насилия права на гуманитарную интервенцию, выходит за рамки настоящего исследования.

Статья 3

Государство гражданской принадлежности имеет право осуществлять дипломатическую защиту в интересах гражданина, которому другое государство, действуя незаконно, причинило ущерб. С учетом положений статьи 4 государство гражданской принадлежности осуществляет это право по своему усмотрению.

Комментарий

61. На доктринальном уровне наиболее спорным вопросом, связанным с дипломатической защитой, является вопрос о том, о чьих правах идет речь, когда государство, гражданином которого является физическое лицо, ссылается на ответственность другого государства за ущерб, нанесенный этому лицу. Согласно традиционной точке зрения, государство, гражданином которого является потерпевший, действует от своего собственного имени, поскольку ущерб, причиненный гражданину, является ущербом самому государству. Сегодня эта доктрина оспаривается на том основании, что она является внутренне противоречивой и представляет собой не более чем фикцию. Как представляется, современная практика, когда гражданин имеет прямой доступ в международные судебные органы и может возбуждать иски против иностранных государств и государства, гражданином которого он является, поддерживает эти критические замечания.

62. Традиционная точка зрения основывается на следующем высказывании Ваттеля:

«Всякий, кто плохо обращается с гражданином той или иной страны, наносит косвенный ущерб этой стране, которая должна защищать этого гражданина»⁹⁷.

На протяжении столетий этот косвенный ущерб рассматривался в качестве основания для дипломатической защиты. Международные трибуналы неоднократно подтверждали тезис о том, что государство обладает общим интересом, связанным с обращением с его гражданами за рубежом и с обеспечением уважения международного права, и что, следовательно, оно отстаивает свое *собственное* право, выдвигая международную претензию, связанную с нанесением ущерба его гражданину. В классическом виде эта доктрина зафиксирована в решении Постоянной палаты международного правосудия в деле *о концессиях Мавромматиса в Палестине*, в котором Палата заявила следующее:

«Выступая в защиту одного из своих граждан, осуществляя в его интересах дипломатические шаги или международные судебные действия, это государство, по сути дела, отстаивает свое собственное право — принадлежащее ему право обеспечивать уважение норм международного права по отношению к его гражданам. Таким образом, с этой точки зрения нет сомнений в том, что в основе этого иска лежит личный интерес, что, впрочем, имеет место в большинстве ситуаций, связанных с возникновением спора между государствами. С того момента, как государство выступает в защиту одного из своих граждан в международном судебном органе, этот орган рассматривает в качестве стороны в процессе лишь государство»⁹⁸.

Эта доктрина была поддержана в докладе Герреро, одобренном Подкомитетом экспертов Лиги Наций по прогрессивной кодификации международного права⁹⁹ и в Гарвардском научно-исследовательском проекте 1929 года¹⁰⁰. Этот принцип также был

⁹⁷ Vattel, выше, примечание 43, p. 136.

⁹⁸ Выше, примечание 7, p. 12. По прошествии 15 лет Суд сделал аналогичное заявление в решении по делу *о железной дороге Паневежис-Салдутишкис*, выше, примечание 7, p. 16.

⁹⁹ García Amador, First Report, выше, примечание 35, p. 192.

¹⁰⁰ Harvard Draft Convention on Responsibility of States

изложен в 1955 году Международным Судом в решении по делу *Ноттебома* после того, как ученые стали высказывать критические замечания в адрес традиционной концепции¹⁰¹:

«Дипломатическая защита и защита с помощью международного судебного разбирательства являются мерами защиты прав государства»¹⁰².

На состоявшейся в 1965 году в Варшаве сессии Института международного права указывалось следующее:

«Международная претензия, выдвинутая в связи с ущербом, понесенным физическим лицом, имеет национальный характер государства, когда физическое лицо является гражданином этого государства или лицом, которое государство, согласно международному праву, правомочно причислить к своему собственному населению для целей дипломатической защиты»¹⁰³.

63. В качестве основы права государства обеспечивать уважение международного права в отношении его граждан выдвигалось «право на самосохранение, право на равенство и право сношений»¹⁰⁴. Более удовлетворительное объяснение было дано Браерли в 1928 году в его комментарии в отношении утверждения о том, что ущерб гражданину является ущербом его государству:

«Эта точка зрения не вводит, как порой утверждается, какую-либо правовую фикцию; и она не основывается ... на столь неосязаемом понятии, как «ущемление национальной чести»; скорее, она просто отражает явную истину о том, что ущерб в результате отказа в правосудии не ограничивается или в любом случае необязательно ограничивается отдельным

лицом или его семьей и охватывает такие последствия как «недоверие или отсутствие чувства безопасности, испытываемые другими иностранцами, находящимися в аналогичном положении ... Такое правительство часто обладает большим интересом в соблюдении принципов международного права, чем в отношении взыскания ущерба, нанесенного одному из его граждан в том или ином конкретном случае ...»¹⁰⁵.

Мнение Браерли основано на посылке, согласно которой физическое лицо не может само выдвинуть международную претензию¹⁰⁶, т.е. на посылке, подчеркнутой Геком в *Энциклопедии международного публичного права*, где он утверждает, что традиционная доктрина дипломатической защиты является «необходимым следствием отсутствия международного материального права» у пострадавшего физического лица¹⁰⁷.

64. В решениях судебных органов отсутствует последовательная поддержка понятия, согласно которому ущерб физическому лицу представляет собой ущерб самому государству. Когда государства возбуждают разбирательство от имени своих граждан, они редко заявляют о том, что они выступают от своего собственного имени, и часто указывают на потерпевшее лицо в качестве «истца»¹⁰⁸. В решении по делу «*Интерхандель*» Международный суд указал на государство-заявителя, «которое выступило на стороне своего гражданина, права которого, как утверждалось, были нарушены другим государством вопреки международному праву»¹⁰⁹.

for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners, article 1. (1929) 23 *A.J.I.L.* Special Supplement 22.

¹⁰¹ Примеры такой ранней критики см. P.C. Jessup, *A Modern Law of Nations*, reprint (1968) p. 116.

¹⁰² Выше, примечание 47, p. 24.

¹⁰³ *Resolutions de l'Institut de Droit International*, 1957–91 (1992) 56, article 3.

¹⁰⁴ Borchard, выше, примечание 50, p. 353, citing Hall, Rivier, Despagnet, Pomeroy and Oppenheim.

¹⁰⁵ Выше, примечание 17, p. 48.

¹⁰⁶ Там же, p. 47.

¹⁰⁷ Выше, примечание 28, p. 1057. См. также Garcia Amador, *State Responsibility*, выше, примечание 15, p. 471.

¹⁰⁸ Этому подходу следовали составители Гарвардского проекта конвенции 1960 года об ответственности государств за ущерб иностранцам. См. Sohn and Baxter, выше, примечание 37, article 21(5), p. 578. В 1915 году Борчард охарактеризовал дипломатическую защиту как «чрезвычайное средство правовой защиты, предоставляемое гражданам по усмотрению государства». Выше, примечание 50, p. 353.

¹⁰⁹ 1959 *I.C.J., Reports* 6, p. 27.

65. С учетом этих обстоятельств не вызывает удивления тот факт, что некоторые ученые¹¹⁰ утверждают, что, когда государство осуществляет дипломатическую защиту, оно действует в качестве представителя физического лица, которому нанесен ущерб, и обеспечивает осуществление его права, а не права государства. Как представляется, это мнение получает поддержку из-за логической непоследовательности традиционной доктрины, например, требование о непрерывном гражданстве, норма об исчерпании местных средств правовой защиты и практика, в соответствии с которой размер понесенного ущерба должен соответствовать убыткам, понесенным физическим лицом. Некоторые ученые пытаются преодолеть недостатки традиционной доктрины, утверждая то, что материальное право принадлежит физическому лицу, но при этом государство обладает процессуальным правом для обеспечения его соблюдения¹¹¹. Другие ученые являются менее терпимыми по отношению к традиционной доктрине и склоняются к отказу от нее в качестве фикции, которая не имеет места в современном праве дипломатической защиты¹¹².

66. Дальнейшему подрыву традиционной доктрины также способствовало развитие международных стандартов в области прав человека, благодаря которому статус индивида в международном праве повысился. Если физическое лицо имеет в соответствии с документами по вопросам прав человека право отстаивать свои основные права человека в международном органе, выступая против своего собственного государства или иностранного государства, то сложно

утверждать, что, когда государство осуществляет дипломатическую защиту от имени своего гражданина, оно отстаивает свое *собственное* право. Аналогичные трудности для традиционной доктрины возникают с договорами по инвестиционным вопросам, которые предоставляют физическим и юридическим лицам средства правовой защиты в международных органах.

67. Оправдать традиционную точку зрения как согласованную и последовательную доктрину не пытался никто. С фактологической точки зрения она является неправильной, и в своем труде «Право наций» (*The Law of Nations*) Браерли указал следующее:

«было бы преувеличением говорить, что всякий раз, когда иностранное государство нанесло ущерб физическому лицу, государство, гражданином которого оно является, также понесло ущерб»¹¹³.

Кроме того, на эту доктрину отрицательно влияет практика, которая противоречит понятию о том, что ущерб физическому лицу является ущербом государству, а также современное развитие стандартов в области прав человека и правовых норм, регламентирующих иностранные инвестиции, которые наделяют физическое лицо правом возбуждать разбирательство от своего собственного имени в международных судебных органах. Поэтому, если быть серьезным, то нельзя отрицать, что понятие, согласно которому ущерб гражданину — это ущерб государству, является фикцией.

68. Настоящий доклад в большей степени касается вопроса о целесообразности традиционной точки зрения, чем ее обоснованности в плане логики. Как говорится во введении¹¹⁴ дипломатическая защита, хотя и основана на фикции, является признанным институтом обычного международного права и институтом, который по-прежнему представляет собой ценный инструмент в деле защиты прав человека. Она обеспечивает потенциальные средства защиты для миллионов иностранцев, которые не имеют доступа к средствам правовой защиты в международных органах, и она является более эффективным средством правовой защиты

¹¹⁰ Подробное изложение этих аргументов см. García Amador, First Report, выше, примечание 35, pp. 192–193; García Amador, State Responsibility, выше, примечание 15, pp. 413–428; García Amador, Changing Law, выше, примечание 39, pp. 497–501; Беннуна, предварительный доклад, выше, примечание 15, стр. 4–11, 14–15; Orrego-Vicuña, Changing Law, выше, примечание 93, pp. 1–6; Geck, выше, примечание 28, pp. 1057–1059; Guha Roy, выше, примечание 38, pp. 877–878.

¹¹¹ Geck, выше, примечание 28, p. 1058; Guha Roy, выше, примечание 38, p. 878.

¹¹² Беннуна, Предварительный доклад, выше, примечание 15, стр. 8. См. также M. Bennouna, “La Protection Diplomatique, un Droit de L’État?” in *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber. Paix, Développement, Démocratie* (1998) p. 245.

¹¹³ 6th ed. (1963) p. 276.

¹¹⁴ Пункты 17–31, выше.

для тех, кто имеет доступ к зачастую неэффективным средствам правовой защиты, которые предусмотрены в международных документах по вопросам прав человека.

69. Дискуссия о том, кто является держателем права на дипломатическую защиту, имеет важные последствия для сферы охвата и эффективности этого института. Если держателем этого права является государство, то оно может обеспечивать его осуществление, независимо от того, имеет ли само физическое лицо средство правовой защиты в каком-либо международном форуме. Вместе с тем если держателем права является физическое лицо, то можно выдвинуть аргумент о том, что право государства носит исключительно остаточный и процессуальный характер, т.е. это право может осуществляться при отсутствии средства правовой защиты, принадлежащего физическому лицу. Такой вариант предложил Оррего Вилуния в своем заключительном докладе, представленном в 1999 году Комитету Ассоциации международного права по дипломатической защите:

«Как представляется, остаточная роль дипломатической защиты является более уместной с учетом того, что этот механизм может задействоваться лишь в том случае, когда пострадавшее физическое лицо не имеет прямого доступа к международным процедурам. Однако следует отметить, что в случае наличия непосредственного доступа дипломатическая защита будет вообще исключена, за исключением, видимо, случаев обеспечения соблюдения арбитражного решения или обеспечения выполнения решения в пользу физического лица: в частности, вопрос о дипломатической защите не будет возникать после того, как физическое лицо обратилось к международным процедурам или каким-либо иным средствами вместо них.

Однако в этом случае все же возможен параллелизм, когда государство может поддерживать претензию, а физическое лицо использовать прямые средства правовой защиты, однако этот вариант может привести к разного рода вмешательству в упорядоченный

процесс и в конечном счете негативно повлиять на окончательное решение»¹¹⁵.

Эта точка зрения отражает позицию, которую поддержал Гарсия Амадор в своих докладах Комиссии международного права¹¹⁶.

70. Джессап¹¹⁷, а также Сон и Бакстер предложили компромиссное решение в представленном в 1960 году гарвардском проекте конвенции о международной ответственности государств за ущерб иностранцам¹¹⁸, по которому как потерпевшее физическое лицо, так и его государство могут выдвигать претензии в адрес причинившего ущерб государства, однако приоритет отдается претензии государства. Статья 3 согласуется с таким решением: она не исключает возможность выдвижения претензии физическим лицом на международном уровне — *когда такое средство правовой защиты существует*. В то же время она не лишает государство возможности вмешиваться самому.

71. Другое решение, которое предложил Доэринг, заключается в том, что государство может выдвигать претензию в том случае, когда затрагиваются его собственные права, что также должно применяться в случае экспроприации собственности его гражданина. Вместе с тем, когда

¹¹⁵ Выше, примечание 93, pp. 7–8.

¹¹⁶ First Report, выше, примечание 35, pp. 215–217; Third Report, A/CN.4/111, in *Yearbook ... 1958*, vol. II, 47 pp. 61–63; Fifth Report, A/CN.4/125 in *Yearbook ... 1960*, vol. II, 41, pp. 51–55; State Responsibility, выше, примечание 15, pp. 462–473.

¹¹⁷ Выше, примечание 101, pp. 116–117. Джессап утверждает, что физическое лицо должно иметь возможность обращаться к международным процедурам лишь после того, как государство приняло решение не вмешиваться.

¹¹⁸ Sohn and Baxter, выше, примечание 37, pp. 578–580. Статья 22 позволяет потерпевшему физическому лицу выдвигать свою собственную претензию непосредственно в адрес причинившего ущерб государства; и статья 23 предусматривает возможность предъявления претензий государством. В пункте 1 статьи 23 предусматривается следующее: «Если претензия выдвигается одновременно истцом и государством, гражданином которого оно является, действие права истца представлять или отстаивать свою претензию приостанавливается на период, в течение которого государство добивается компенсации».

затрагиваются персональные основополагающие права индивида, то выдвигать претензии могут он и государство. Это предложение также согласуется с предложением, содержащимся в статье 3¹¹⁹.

72. Другой аргумент, с помощью которого ученые пытаются сгладить фиктивный характер дипломатической защиты, но который существенно ограничивает сферу охвата дипломатической защиты, звучит следующим образом: доктрина, согласно которой ущерб физическому лицу — это ущерб государству, является лишь фикцией, когда государство вмешивается в целях защиты отдельного физического лица или небольшой группы физических лиц, права человека, включая имущественные права, которых были нарушены государством территориальной юрисдикции. Когда ущерб носит систематический характер и наносится значительному числу граждан, что свидетельствует о политике дискриминации в отношении граждан конкретного государства, государство их гражданской принадлежности действительно несет ущерб, поскольку поведение государства территориальной юрисдикции является оскорблением самого государства¹²⁰. В последнем

случае и только в последнем случае государство, гражданином которого является потерпевшее физическое лицо, может осуществлять вмешательство.

73. В статье 3 кодифицируется принцип дипломатической защиты в его традиционном виде. В ней признается дипломатическая защита в качестве права государства, которое может использовать его по своему усмотрению (с учетом статьи 4) всякий раз, когда его гражданину другое государство, действуя незаконно, нанесло ущерб. Государство гражданской принадлежности может осуществлять свое право на дипломатическое вмешательство не только в случаях широкомасштабных и систематических нарушений прав человека. Оно также не обязано воздерживаться от осуществления этого права, когда физическое лицо задействует средства правовой защиты в соответствии с договором по вопросам прав человека или договором об иностранных инвестициях. На практике не возникает никаких сомнений в том, что государство будет воздерживаться от реализации своего права на дипломатическую защиту, когда его пострадавший гражданин добивается возмещения ущерба, используя международное средство правовой защиты. Оно также, в соответствующих случаях, может¹²¹ присоединиться к физическому лицу для защиты его права согласно соответствующему договору. Однако, в принципе, государство не обязано проявлять в этом случае сдержанность, поскольку нарушено его *собственное* право, если его гражданину незаконно нанесен ущерб.

74. Вопрос о дискреционном праве государства выступать на стороне его гражданина обсуждается в комментарии к статье 4.

Статья 4

1. Если потерпевшее лицо не может возбудить иск, связанный с таким ущербом, в компетентном международном суде или трибунале, государство, гражданином которого оно является, юридически обязано осуществить дипломатическую защиту в

¹¹⁹ K. Doehring, «*Handelt es sich bei einem Recht, das durch diplomatischen Schutz eingefordert wird, um ein solches, das dem die Protection ausübenden Staat zusteht, oder geht es um die Erzwingung von Rechten des betroffenen Individuums?*» G. Ress and T. Stein, *Der diplomatische Schutz im Völker — und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen* (1996) 13 pp. 18–20. См. также аналогичные комментарии Ресса и Штейна, *ibid.* pp. 22–23.

¹²⁰ См. Гарсия Амадор:

«Во всех случаях, когда ответственность возникает в силу ущерба, причиненного личности или собственности иностранца, последствия деяний или бездействия могут в силу их тяжести или их частоты или в силу того, что они свидетельствуют о явно враждебном отношении к иностранцам, простираются за пределы этого конкретного персонального ущерба. Иными словами, могут существовать обстоятельства, сопряженные с деяниями или бездействием, последствия которых простираются за пределы конкретного ущерба, причиненного иностранцу».

State Responsibility, выше, примечание 15, p. 422. См. также *idid.* pp. 466–467, 473–474; García Amador, First Report, выше, примечание 35, pp. 197, 220 Basis of discussion No. III(2)(b); García Amador, Third Report, выше, примечание 116, pp. 62, 65; Jessup

выше, примечание 101, pp. 118–120.

¹²¹ См., например, *Soering v. UK*, выше, примечание 32; *Selmouni v. France*, выше, примечание 32.

интересах потерпевшего лица по его просьбе, если ущерб стал результатом серьезного нарушения нормы *jus cogens*, присваиваемого другому государству.

2. Государство, гражданином которого является потерпевшее лицо, освобождается от этого обязательства, если:

а) осуществление дипломатической защиты поставит под серьезную угрозу преобладающие интересы государства и/или его населения;

б) другое государство осуществляет дипломатическую защиту в интересах потерпевшего лица;

с) потерпевшее лицо не имеет эффективного и преобладающего гражданства этого государства.

3. Государства обязаны включать в свое внутреннее законодательство положения, обеспечивающие реализацию этого права в компетентном национальном суде или другом независимом национальном органе.

Комментарий

75. Согласно традиционной доктрине дипломатической защиты, государство имеет право защищать своих граждан, но не обязано делать это. Следовательно, гражданин государства, который понес ущерб за рубежом, не имеет права на дипломатическую защиту согласно международному праву. О том, что государство в соответствии с международным правом *не обязано* защищать гражданина, четко заявил Борчард в 1915 году:

«Многие ученые¹²² считают, что дипломатическая защита является обязанностью государства, а также его правом. Если это международная обязанность, то она носит лишь моральный, а не юридический характер, поскольку отсутствуют средства обеспечения ее выполнения. Поскольку государство может по своему усмотрению решать вопрос о том, является ли ущерб его

гражданину в достаточной степени серьезным для того, чтобы оправдывать осуществление коллективом защиты индивида, или о том, оправдано ли такое осуществление с точки зрения политической целесообразности, поскольку жертвовать интересами большинства нельзя, — то ясно, что международное право не предусматривает юридической обязанности этого государства осуществлять дипломатическую защиту. Существует ли такая обязанность по отношению к гражданину — это вопрос внутригосударственного права его страны, при этом общая норма заключается в том, что даже согласно внутригосударственному праву государство с юридической точки зрения не обязано оказывать дипломатическую защиту»¹²³.

Столь же активно Борчард заявляет об *отсутствии права* на дипломатическую защиту в интересах потерпевшего гражданина:

«Вряд ли правильно ... говорить о праве гражданина просить правительство оказать дипломатическую защиту как о «праве» на защиту. Правительство может по своему усмотрению решать вопрос о том, как отреагировать на его призыв вмешаться. Поэтому в лучшем случае это несовершенно право ... Поскольку оно не обеспечено принудительным исполнением, оно сводится лишь к привилегии обращаться за помощью. Такая обязанность оказывать защиту, которую, как можно предположить, правительство имеет по отношению к гражданину в таких случаях, носит политический, а не юридический характер, и ответственность за ее надлежащее выполнение имеет отношение к населению в целом, а не к гражданину как индивиду»¹²⁴.

Эта позиция была подтверждена Международным Судом в решении по делу «Барселона Трэкин» в 1970 году:

«...в пределах, установленных международным правом, государство может осуществлять дипломатическую защиту теми средствами и в том объеме, которые оно

¹²² Борчард цитирует таких ученых, как, в частности, Гроций 2.25.1 и Ваттель 1.2.13–16.

¹²³ Выше, примечание 50, р. 29.

¹²⁴ Там же, р. 356.

считает необходимыми, поскольку оно отстаивает свое собственное право. Когда гражданин или юридическое лицо, от имени которых выступает государство, считают, что их права не получили надлежащей защиты, они не имеют средства правовой защиты по международному праву. Все, что они смогут сделать, это обратиться к международному праву, если существуют средства, чтобы отстоять свой иск или получить возмещение ...

Государство должно рассматриваться в качестве единоличного судьи, решающего вопрос о необходимости предоставления защиты и ее объеме, а также о ее прекращении. В этой связи оно сохраняет за собой дискреционное полномочие, осуществление которого может определяться соображениями политического или иного характера, не связанными с конкретным делом»¹²⁵.

76. Хотя большинство ученых признали традиционную точку зрения¹²⁶, против нее выдвигались возражения. Де Вишер заявил, что «абсолютное дискреционное полномочие государства при осуществлении защиты вступает в противоречие с принципом, согласно которому режим обращения с иностранцами является вопросом международного права»¹²⁷. В своем докладе Ассоциации международного права Оррего Вилуния охарактеризовал этот аспект как один из главных «недостатков» нынешней системы¹²⁸.

77. Хотя институт дипломатической защиты можно рассматривать в качестве средства укрепления международной защиты прав человека, дипломатическую защиту невозможно

классифицировать в качестве права индивида¹²⁹. Это подтверждается в двух международных документах по вопросам прав человека, касающихся прав иностранцев: в принятой в 1985 году Генеральной Ассамблеей Организацией Объединенных Наций Декларации о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают¹³⁰, и Международной конвенции 1991 года о защите прав трудящихся-мигрантов и членов их семей¹³¹, в которых подтверждается право иностранца на обращение за защитой в его дипломатическое или консульское представительство, но не налагает на государство, гражданином которого он является, обязанность защищать его¹³².

78. Недавние обсуждения в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи свидетельствуют о расхождении во мнениях по этому вопросу. Большинство выступающих выразили мнение о том, что решение о том, осуществлять дипломатическую защиту или нет, является суверенной прерогативой государства, которое обладает в полном объеме дискреционными полномочиями в этой связи¹³³. Бейкер (Израиль) заявил, что государства могут испытывать на себе влияние преобладающих внешнеполитических интересов и отказываться из-за этого от осуществления этого права. Кроме того, поскольку претензия индивида может быть неправильной или необоснованной по

¹²⁵ Выше, примечание 11, п. 44.

¹²⁶ D.W. Greig, *International Law* 2nd ed. (1976) 523; *Oppenheim's International Law*, выше, примечание 34, п. 934; Geck, выше, примечание 28, pp. 1051–1052; García Amador, *State Responsibility*, выше, примечание 15, п. 427; H.F. van Panhuys, *The Role of Nationality in International Law: An Outline* (1959), pp. 103, 221.

¹²⁷ C. de Visscher, *Theory and Reality in Public International Law* (translated by P.E. Corbett) (1957), p. 275.

¹²⁸ Выше, примечание 93, п. 7. См. также Беннуа, Предварительный доклад, выше, примечание 15, стр. 13 (пункты 47–48).

¹²⁹ K. Skubiszewski, "Introduction" in E. Lauterpacht and J.G. Gollier (eds.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium* (1977), p. 10.

¹³⁰ Выше, примечание 27, статья 10.

¹³¹ Выше, примечание 26, п. 1517, статья 23.

¹³² C. Warbick, "Protection of Nationals Abroad: Current Legal Problems" (1988), 37 *I.C.L.Q.*, p. 1004.

¹³³ Б. Сепульведа (Мексика), A/C.6/53/SR.16; А. де Агиар Патриота (Бразилия), там же; Х. Бенитес Сайенс (Уругвай), там же; М.З. Реза (Индонезия), A/C.6/53/SR.15; Дж. Охара (Малайзия), там же; М. Грей (Австралия), A/C.6/52/SR.23; Х.И.В. Лонгва (Норвегия), A/C.6/53/SR.14; Ф. Берман (Соединенное Королевство), там же; Ф. Оррего Вилуния (Чили), там же; С. Фомба (Сомали), который, однако, заявил, что необходимо учитывать развитие прав человека, A/C.6/53/SR.13; Л. Кафлиш (Наблюдатель от Швейцарии), там же; П. Томка (Словакия), A/C.6/53/SR.22; О.С. Шодеинде (Нигерия), A/C.6/53/SR.17; Х.М. аль-Бахарна (Бахрейн), A/C.6/53/SR.21.

международному праву, дипломатическая защита должна по-прежнему осуществляться по усмотрению государства, с тем чтобы не дать физическому лицу возможность поставить государство «в безвыходное положение»¹³⁴. В отличие от этого, соглашаясь с тем, что дипломатическая защита в первую очередь является прерогативой государства, Скрк (Словения) предложил изучить законодательную практику государств, которые предоставляют своим гражданам право на дипломатическую защиту¹³⁵.

79. Кроме того, обсуждался вопрос о том, следует ли рассматривать дипломатическую защиту в качестве одного из прав человека. Седе (Австрия) выразил сомнение в отношении такой возможности и заявил, что такая точка зрения не поддерживается действующим международным правом и что нельзя предполагать, что она станет частью правопорядка в ближайшем будущем¹³⁶. Выступая в несколько более либеральном ключе, Грей (Австралия) призвал изучить юридическую основу (мнения и практику государств) права, которым обладает индивид, и указал на необходимость рассмотрения вопроса о том, можно ли такую защиту квалифицировать в качестве одного из прав человека¹³⁷. Хиралда (Испания), как представляется, поддержал мнение о том, что право на дипломатическую защиту является одним из прав человека, поскольку он утверждал, что индивид имеет право на компенсацию в случае нарушения его прав, а также отсутствия дипломатической защиты¹³⁸.

80. Обсуждения в Шестом комитете показали, что некоторые члены международного правового сообщества считают, что индивид должен иметь право на дипломатическую защиту в силу своего статуса. На деле практика некоторых государств поддерживает это мнение, хотя и в ограниченной степени. Конституционные положения в нескольких государствах, главным образом, в государствах, принадлежавших к бывшему коммунистическому блоку, признают право физического лица на

дипломатическую защиту в случае ущерба, понесенного за рубежом. В их число входят: Албания, Беларусь, Болгария, Босния и Герцеговина, бывшая югославская Республика Македония, Венгрия, Вьетнам, Гайана, Грузия, Испания, Италия, Казахстан, Камбоджа, Китай, Лаосская Народно-Демократическая Республика, Латвия, Литва, Польша, Португалия, Республика Корея, Российская Федерация, Румыния, Турция, Украина, Хорватия, Эстония и Югославия. Обычно соответствующая статья конституции содержит формулировки подобного рода: «государство защищает законные права своих граждан за рубежом» или «граждане, проживающие за рубежом, пользуются защитой». В конституциях Италии, Испании и Турции содержатся очень расплывчатые и общие формулировки, предусматривающие защиту определенных прав трудящихся за рубежом; в Конституции Испании говорится, что государство «заботится о защите экономических и социальных прав испанских трудящихся, находящихся за границей»¹³⁹. Конституция бывшей югославской Республики Македонии содержит еще более ограниченное положение, в котором говорится, что государство «заботится» о благосостоянии его граждан за рубежом. Что касается другой стороны диапазона, то конституции Республики Корея и Гайаны устанавливают «обязанность» этих государств защищать своих граждан за рубежом. Украина «гарантирует» защиту, а Конституция Польши говорит о праве отдельных граждан на защиту за рубежом, в то время как в Конституции Венгрии говорится, что «венгерские граждане имеют право на защиту со стороны Венгрии в период проживания за рубежом»¹⁴⁰. Не совсем ясно, обеспечены ли и в каком объеме эти права санкцией во внутригосударственном праве этих стран и выходят ли они за рамки права обращения к консульским должностным лицам за рубежом¹⁴¹. Вместе с тем они дают основания полагать, что

¹³⁴ А. Бейкер (Израиль), A/C.6/53/SR.15. Что касается первой части аргумента, то см. также Р. Абрахам (Франция), A/C.6/53/SR.14.

¹³⁵ М. Скрк (Словения), A/C.6/52/SR.23.

¹³⁶ Ф. Седе (Австрия), A/C.6/53/SR.15.

¹³⁷ М. Грей (Австралия), A/C.6/52/SR.23.

¹³⁸ А.П. Хиралда (Испания), A/C.6/53/SR.18.

¹³⁹ 1992 Constitution of Spain, article 42.

¹⁴⁰ 1949 Hungarian Constitution with amendments up to 1997, article 69.

¹⁴¹ L.T. Lee, *Consular Law and Practice*, 2nd ed. (1991), chap. VIII, 124 *et seq.* Ли высказывает сомнение относительно обоснованности обязанности, возлагаемой на консульских должностных лиц во многих национальных законах, защищать интересы граждан. (ibid. 125–127)

некоторые государства считают, что дипломатическая защита их граждан за рубежом является желательной.

81. Практику государств в этом вопросе проследить сложно. В своем докладе Ассоциации международного права по вопросу о дипломатической защите Оррего Видуэа¹⁴² ссылается на действовавший в XIX веке в Чили закон, согласно которому министр иностранных дел должен был направлять любую просьбу об оказании дипломатической защиты генеральному адвокату верховного суда на предмет вынесения обязательного юридического заключения относительно того, должно ли правительство оказывать защиту в данном случае. В свою очередь, Гек ссылается на неписанные конституционные права на защиту, предоставляемую гражданам некоторыми странами, и на неписанные конституционные обязанности в других государствах оказывать дипломатическую защиту¹⁴³. Он описывает конституционную традицию Германии, сложившуюся в рамках конституций 1866, 1871 и 1919 годов и действовавшую без конституционного закрепления с 1949 года в Федеративной Республике Германии. Согласно этой традиции, на германском государстве лежит конституционная обязанность оказывать дипломатическую защиту, если удовлетворены определенные предварительные требования. Федеральный конституционный суд и другие германские суды в своих решениях подтверждали это обязательство, лежащее на германских властях¹⁴⁴. Помимо условий, предусмотренных международным правом, дипломатическая защита должна предоставляться лишь в том случае, если она «не идет в разрез с действительно

преобладающими интересами Федеративной Республики»¹⁴⁵. Это условие толковалось судами как предоставляющее политическим органам власти возможности по своему усмотрению решать вопрос о том, не исключают ли преобладающие интересы государства и народа в целом дипломатическую защиту.

82. Хотя в Израиле отсутствуют какие-либо формальные юридические положения, требующие от государства защищать израильских граждан за рубежом, и обычно считается, что такая защита осуществляется по усмотрению правительства, в 1952 году Верховный суд постановил, что на государстве лежит обязанность защищать гражданина во вражеской стране, «если оно может защитить его через посредство добрых услуг дружественного правительства»¹⁴⁶. Аналогичное решение вынес окружной суд Хайфы в 1954 году¹⁴⁷.

83. В Швейцарии правительство не обязано осуществлять дипломатическую защиту своих граждан¹⁴⁸, однако, как указал Каплиш, в некоторых положениях Конституции и Уставе консульской службы 1967 года признается ограниченная обязанность швейцарских консульских представительств защищать швейцарских граждан, если это не наносит ущерба интересам Конфедерации¹⁴⁹.

84. В Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии право физических лиц добиваться в судебном порядке осуществления Коронай дипломатической защиты не признается¹⁵⁰. Однако, согласно Уорбрику, сегодня

¹⁴² Orrego Vicuña, *Changing Law*, выше примечание 93, p. 8. См. также F. Orrego Vicuña, «Chile» in E. Lauterpacht and J.G. Collier, *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium* (1977) 123 pp. 138–141.

¹⁴³ Geck, выше, примечание 28, p. 1052.

¹⁴⁴ *Hess-Entscheidung*, 7 July 1975, BVerfGE 55, p. 349, воспроизводится в 90 I.L.R. p. 387; *Ostverträge*, 16 December 1980, BVerfGE 40, p. 14, reproduced in 78 I.L.R. p. 177. See also E. Klein, «Anspruch auf diplomatischen Schutz?» in G. Ress and T. Stein (ed.), *Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen* (1996) p. 125 and related discussion.

¹⁴⁵ Geck, выше, примечание 28, p. 1052.

¹⁴⁶ Y. Blum, «Israel, in E. Lauterpacht and J.G. Collier, *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium* (1977) p. 314, citing *Hakim v. Minister of Interior* (1952), 6 Piskei Din p. 642.

¹⁴⁷ См. *ibid.*, referring to *Attorney General v. Steiner* (1954), 9 Psakim Mehoziim 473 p. 489.

¹⁴⁸ Это было установлено в решении по делу *Heirs Oswald v. Swiss Confederation* (1926), Arrêts de Tribunal fédéral 52 II 235 and *Gschwind v. Swiss Confederation* (1932), Arrêts de Tribunal fédéral 58 II 463, *Schoenemann v. Swiss Confederation* (1955) Arrêts de Tribunal fédéral 81 I 159 cited by Caflisch («Switzerland» in E. Lauterpacht and J.G. Collier, *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium* (1977), pp. 504–505).

¹⁴⁹ *Ibid.*, pp. 506–508.

¹⁵⁰ *Mutasa v. Attorney-General* (1979) 3 All E.R. pp. 257,

можно выдвигать аргумент о том, что британские подданные могут по меньшей мере «законно рассчитывать» на то, что им будет оказана дипломатическая защита, если будут выполнены условия, содержащиеся в правилах, действующих в Соединенном Королевстве и применяемых в случае международных претензий (непрерывное гражданство, исчерпание местных средств правовой защиты и т.д.)¹⁵¹.

85. Во Франции осуществление дипломатической защиты — это акт правительства, который не подлежит пересмотру со стороны административных органов¹⁵². Несмотря на отсутствие общей обязанности органов исполнительной власти осуществлять дипломатическую защиту граждан Соединенных Штатов Америки, так называемый Закон 1868 года о заложниках требует, чтобы президент вмешивался всякий раз, когда гражданин Соединенных Штатов «незаконно лишается свободы органами любого иностранного правительства». В этом случае «президент использует средства, которые нельзя приравнять к актам войны и не запрещены на каком-либо ином основании законом, которые, по его мнению, могут оказаться необходимыми и надлежащими для обеспечения или осуществления освобождения»¹⁵³.

261–262; 78 I.L.R. p. 490; *R v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs: Ex Parte Butt* unreported judgement of the Court of Appeal of 9 July 1999. См. также ответ Соединенного Королевства Комиссии международного права, июль 1999 года, пункт 3.

¹⁵¹ Выше, примечание 132, p. 1009.

¹⁵² Nguyen Quoc Dinh, выше, примечание 75, p. 777.

¹⁵³ 22 U.S.C. 1732 (Supp. II 1990). См. далее J. Young, “Torture and Inhumane Punishment of United States Citizens in Saudi Arabia and the United States Government’s Failure to Act” (1993) 16 *Hastings International and Comparative Law Quarterly* p. 663; K. Hughes, “Hostages’ Rights: the Unhappy Legal Predicament of an American Held in Foreign Captivity” (1993) 26 *Columbia Journal of Law and Social Problems* p. 555

В деле *Редпат против Киссинджер* суд постановил, что дискреционное полномочие президента вступать в дипломатические переговоры в целях обеспечения освобождения американского гражданина не подлежит контролю со стороны судебных органов. (415 F Supp. 566 (W.D.Tex.1976), aff’d., 545 F.2nd 167 (5th Cir).)

86. В нескольких делах британские, голландские, испанские, австрийские, бельгийские и французские истцы пытались воспользоваться правом на дипломатическую защиту¹⁵⁴. Хотя эти дела не были решены в их пользу, возбуждение исков свидетельствует о том, что истцы имели основания полагать, что они обладали таким правом.

87. Короче говоря, в современной государственной практике, конституциях и трудах ученых имеются указания в поддержку мнения о том, что государство имеет не только право, но и юридическое обязательство защищать своих граждан за рубежом. Этот подход совершенно явно противоречит традиционной точке зрения. Однако его нельзя напрочь отвергать, поскольку он согласуется с главной целью современного международного права — укрепление прав человека индивида, а не суверенных прав государства. Поэтому это вопрос, который необходимо рассмотреть, если необходимо, в порядке прогрессивного развития. Это согласовалось бы с предложением Оррего Вилуны, содержащимся в его докладе 1999 года Комитету Ассоциации международного права по вопросу о дипломатической защите, о том, что:

«если государство осуществляет свое дискреционное полномочие и отказывается поддержать претензию физического лица, то это решение должно быть рассмотрено в судебном порядке на предмет соблюдения законности»¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Ibid. 1004, *Mutasa v. Attorney-General supra* note 150; *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs Ex parte Butt* (1999), *supra* note 150; *Van Damme case*, *NRC Handelsblad* 5 January 2000; *HMHK v. the Netherlands* 94 I.L.R. p. 342; *Commercial FSA v. Council of Ministers* 88 I.L.R. p. 694; cases cited in I. Seidl-Hohenveldern, “Austria” in E. Lauterpacht and J.G. Collier, *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium* (1977) p. 31; *Mandelier* (1966) 81 *Journal des tribunaux* p. 721 and (1969) *Pasicrisie belge* II 246 cited in M. Waelbroeck, “Belgium” in E. Lauterpacht and J.G. Collier, *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium* (1977) p. 59; cases cited in P. Weil, “France” in E. Lauterpacht and J.G. Collier, *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium* (1977) pp. 278–279.

¹⁵⁵ Выше, примечание 93, p. 26, clause 2.

88. В статье 4 предпринята попытка учесть события подобного рода. Поскольку она сопряжена скорее с прогрессивным развитием, чем с кодификацией, то докладчик ограничивает сферу охвата предлагаемой обязанности государств особо серьезными случаями, с тем чтобы дать государствам большую степень усмотрения и с тем чтобы ограничить эту обязанность гражданами, имеющими подлинную связь с государством их гражданской принадлежности.

89. Сегодня существует общее согласие о том, что нормы *jus cogens* отражают основополагающие ценности международного сообщества и поэтому больше всего заслуживают международной защиты¹⁵⁶. Поэтому не было бы неразумным требовать, чтобы государство реагировало в порядке дипломатической защиты на меры, которые приняты каким-либо государством против его граждан и представляют собой серьезное нарушение нормы *jus cogens*¹⁵⁷. Если

¹⁵⁶ См. статью 53 Венской конвенции 1969 года о праве международных договоров. В статье 19 проектов статей КМП об ответственности государств, принятых в первом чтении, нарушения норм, защищающих основополагающие интересы международного сообщества, квалифицируются как международные преступления. Хотя в этом положении отсутствует ссылка на *jus cogens*, существует четкая связь между нормами *jus cogens* и вышеприведенными примерами, т.е. агрессией, отказом в реализации права на самоопределение, обращением в рабство, геноцидом, апартеидом и крупномасштабным загрязнением окружающей среды.

¹⁵⁷ Доринг проводит различие между основополагающими нормами в области прав человека и другими нормами для целей дипломатической защиты и претензий:
«Если ... предоставляется компенсация или иная форма возмещения в связи с нарушением права, которое касается так называемых абсолютных прав человека, т.е. тех, которыми обладает лицо в любом случае как субъект международного права ... то и пострадавший человек имеет право на возмещение ...» (Doehring, выше, примечание 119, p. 19).
Подчеркивание добавлено. См. также *ibid.* pp. 14–15). Кроме того, утверждая, что международное право не запрещает и не устанавливает обязательство со стороны государства предоставлять защиту или соответствующее право индивида согласно государственному праву, он заявляет, что такое обязательство можно вывести посредством

государство — участник той или иной конвенции по правам человека должно обеспечивать эффективную защиту любого лица, находящегося под его юрисдикцией, от нарушения прав, предусмотренных в этой конвенции, и обеспечить адекватные средства возмещения¹⁵⁸, то нет никаких оснований для того, чтобы государство, гражданином которого является это лицо, не было обязано защищать своего собственного гражданина, когда за рубежом серьезно нарушены его основные права человека.

90. Очевидно, что государству следует дать большую степень усмотрения при осуществлении этой обязанности. Статья 4(2)(а) позволяет государству отказывать в осуществлении дипломатической защиты, когда это угрожает его как национальным, так и международным интересам. Однако статья 4(3) предусматривает, что такое решение государства может быть пересмотрено судом или иным независимым национальным органом. Это согласуется с предложением Оррего Викини, содержащимся в его докладе Ассоциации международного права¹⁵⁹.

91. Статья 4(1) освобождает государство от обязательства оказывать защиту, если гражданину доступно средство правовой защиты в компетентном международном органе. Поэтому если причинившее ущерб государство является участником документа по правам человека, предусматривающего доступ потерпевшего лица к суду или иному органу, то государство, гражданином которого это лицо является, не обязано оказывать дипломатическую защиту.

92. В некоторых случаях потерпевшее лицо может получить защиту со стороны другого государства. Это будет происходить в случае, если гражданин имеет множественное гражданство и другое

применения принципа *pacta sunt servanda* во внутригосударственном праве. См. K. Doehring, *Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes* (1959), p. 15.

¹⁵⁸ См. статью 2 Международного пакта о гражданских и политических правах; статью 6 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации; статьи 13 и 14 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания.

¹⁵⁹ См. выше, пункт 87.

государство его гражданской принадлежности решило оказать ему дипломатическую защиту. Другое государство, гражданином которого потерпевшее лицо не является, может также принять решение об оказании дипломатической защиты этому лицу¹⁶⁰. В этих обстоятельствах государство, гражданином которого является потерпевшее лицо, не будет обязано оказывать дипломатическую защиту.

93. И наконец, государство не будет обязано защищать гражданина, который не имеет эффективной или подлинной связи с государством его гражданской принадлежности. Хотя это требование, зафиксированное в решении по делу Ноттебома, отвергается, когда государство гражданской принадлежности решает реализовать свое право на вмешательство в интересах потерпевшего гражданина¹⁶¹, с которым оно имеет *bona fide* связь, представляется оправданным признать это требование в отношении обязанности оказывать дипломатическую защиту.

Статья 5

Для целей дипломатической защиты физических лиц «государство гражданства» означает государство, гражданство которого лицо, желающее получить защиту, приобрело в силу рождения, происхождения или натурализации bona fide.

Комментарий

94. Как показано в комментарии к статье 3, в соответствии с традиционной доктриной право государства осуществлять дипломатическую защиту основано на связи в виде гражданства между потерпевшим лицом и государством. Следовательно, за исключением чрезвычайных обстоятельств, государство не может предоставлять защиту негражданам или поддерживать их иски¹⁶².

¹⁶⁰ См. статью 10. (В этой статье идет речь о спорном вопросе о том, может ли государство защищать лицо, не являющееся его гражданином, в случае нарушения обязательств *erga omnes*.)

¹⁶¹ См. статью 5.

¹⁶² Van Panhuys *supra* note 126 pp. 59–73; Jussup *supra* note 101 p. 99; Orrego-Vicuña, *Changing Law*, *supra* note 93 p. 8; García-Amador, Third Report, *supra*

95. В 1923 году Постоянная палата международного правосудия в деле о *декретах о гражданстве в Тунисе и Марокко* заявила следующее:

«с точки зрения современного международного права вопросы гражданства ... в принципе относятся к области особой компетенции»¹⁶³.

Этот принцип был подтвержден в статье 1 Гагской конвенции, регулирующей некоторые вопросы, связанные с коллизией законов о гражданстве 1930 года:

«Каждое государство само определяет в соответствии со своими законами, кто является его гражданами»¹⁶⁴.

96. Относительно недавно он был подтвержден в Европейской конвенции о гражданстве 1997 года¹⁶⁵, и неизбежно напрашивается вывод о том, что он стал частью обычного права¹⁶⁶.

97. Определение государством того, что конкретное лицо имеет его гражданство, вряд ли будет ставиться под сомнение. По мнению Оппенгейма:

«Оно создает весьма сильную презумпцию того, что лицо имеет гражданство этого государства в соответствии с его внутренним правом, а также того, что это гражданство

note 116 p. 66 para. 22; Geck *supra* note 28 p. 1049; D.C. Ohly, «A Functional Analysis of Claimant Eligibility» in R. Lillich (ed.) *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (1983) p. 284; García-Amador, *Changing Law*, *supra* note 39 p. 501; Oppenheim's *International Law*, *supra* note 34 p. 512; Nottebohm case, *supra* note 47 p. 23; 1929 Harvard Draft Convention, *supra* note 100, article 15(a); 1930 Hague Codification Conference, Third Committee, Basis of Discussion No. 28, League of Nations publication V.Legal, 1292.V.3 (document C.75.M.69,1929.V) reproduced in García Amador, First Report, *supra* note 35 p. 223; 1960 Harvard Draft Convention article 2(b), and article 23(3), in Sohn and Baxter, *supra* note 37; 1965 Institute of International Law Resolution (Warsaw session) article 1(a), *supra* note 103.

¹⁶³ (1923) *P.C.I.J. Reports*, Series B, No. 4, p. 24.

¹⁶⁴ 179 L.N.T.S. p. 89.

¹⁶⁵ E.T.S. No. 166, article 3.

¹⁶⁶ Bar-Yaacov, *Dual Nationality* (1961), p. 2.

должно быть признано для международных целей»¹⁶⁷.

98. Между тем право государства определять гражданство лица не является абсолютным. Такую позицию четко заняла Постоянная палата международного правосудия в деле о *декретах о гражданстве в Тунисе и Марокко*, заявив, что вопрос о том, «относится ли это исключительно к юрисдикции государства», например, предоставление гражданства, «по сути носит относительный характер; он зависит от развития международных отношений»¹⁶⁸. Кроме того, даже если государство в принципе имеет абсолютное право определять гражданство, другие государства могут оспорить это определение, когда между государством гражданства и лицом нет достаточной связи или когда гражданство было предоставлено ненадлежащим образом¹⁶⁹.

99. В статье 1 Гагской конвенции, регулирующей некоторые вопросы, связанные с коллизией законов о гражданстве 1930 года, эта посылка подтверждается, поскольку при провозглашении того, что «каждое государство само определяет согласно своим законам, кто является его гражданами», в ней устанавливается следующее условие:

«Эти законы должны быть признаны другими государствами как согласующиеся с международными конвенциями, международными обычаями и принципами права, общепризнанными в области гражданства»¹⁷⁰.

100. Сегодня конвенции, особенно в области прав человека¹⁷¹, требуют того, чтобы при

предоставлении гражданства государства соблюдали международные стандарты. Это обстоятельство было подчеркнуто Межамериканским судом по правам человека в его консультативном заключении по *предлагаемым поправкам к положению о натурализации политической конституции Коста-Рики*, в котором было указано, что необходимо примирить принцип о том, что предоставление гражданства входит во внутреннюю юрисдикцию государства, «с еще одним принципом о том, что международное право устанавливает определенные пределы в отношении полномочий государств, которые обусловлены требованиями международной системы защиты прав человека»¹⁷².

101. Международные обычаи и общие принципы права также устанавливают пределы в отношении предоставления гражданства, требуя, чтобы связи между государством и лицом, наличие которых обусловит предоставление государством своего гражданства, признавались международным правом для целей дипломатической защиты. К числу признаваемых международным правом связей, как правило, относятся рождение, происхождение и натурализация. Вопрос о том, должна ли быть помимо этих связующих факторов, и особенно в случае натурализации, еще и «подлинная» или «эффективная» связь между государством и лицом, как это указывается в деле *Ноттебома*¹⁷³, требует серьезного изучения.

102. В качестве приемлемых связующих факторов для предоставления гражданства международное право признает рождение (*jus soli*) и происхождение (*jus sanguinis*). Одни авторы называют такое признание обычной нормой¹⁷⁴, другие — общим принципом права¹⁷⁵. Подобное признание подтверждается договорами¹⁷⁶ и судебными решениями¹⁷⁷.

¹⁶⁷ *Oppenheim's International Law*, *supra* note 34 p. 856.

¹⁶⁸ См. сноску 163 выше.

¹⁶⁹ M.O. Hudson, *Nationality, Including Statelessness*, report, *Yearbook ... 1952*, vol. II, document A/CN.4/50, p. 10; Verdross and Simma, *supra* note 76 pp. 788 and 789 (paras. 1192 and 1194).

¹⁷⁰ См. сноску 164 выше. См. также статью 3(2) Европейской конвенции о гражданстве 1997 года, сноска 165 выше.

¹⁷¹ См. статью 20 Американской конвенции о правах человека; статью 5(d)(iii) Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации; статью 9 Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин. См. также проект статей КМП о гражданстве в связи с

правопреемством государств, A/CN.4/L.581/Add.1.

¹⁷² 79 I.L.R. 283 p. 296.

¹⁷³ *Supra* note 47 p. 4.

¹⁷⁴ Brownlie, *Principles*, *supra* note 39 pp. 390–391; van Panhuys, *supra* note 126 pp. 160–1.

¹⁷⁵ I. Brownlie, “The Relations of Nationality in Public International Law” (1963) 44 *B.Y.I.L.* 284 pp. 302, 314 (hereinafter Brownlie, *Relations of Nationality*).

¹⁷⁶ Статья 20 Американской конвенции о правах человека: «Каждое лицо имеет право на гражданство государства, на территории которого оно родилось,

103. Для целей дипломатической защиты натурализация в принципе также считается достаточной связью для предоставления гражданства. Обстоятельства, в которых государства предоставляют гражданство путем натурализации, в разных государствах весьма отличаются друг от друга¹⁷⁸. Одни предоставляют гражданство автоматически (без согласия лица) в силу закона¹⁷⁹, например в случаях брака или усыновления. Другие предоставляют гражданство путем натурализации только по заявлению гражданина после определенного срока проживания или в связи со вступлением в брак с гражданином¹⁸⁰.

104. Международное право будет признавать натурализацию не во всех обстоятельствах. Натурализация, полученная обманным путем¹⁸¹, и натурализация, включавшая дискриминацию¹⁸² по признаку расы или пола, представляют собой примеры натурализации, которая может быть не признана. Видимо, для целей дипломатической защиты натурализация не будет признаваться и в том случае, когда она предоставляется в отсутствие вообще какой бы то ни было связи, а, может быть, и весьма слабой связи. В таком случае отказ в признании может быть основан на злоупотреблении правом со стороны государства, предоставившего гражданство, в результате чего процесс натурализации приобретает характер *mala fide*¹⁸³. В

признании также будет отказано в случае насильственной натурализации, независимо от того, отражает ли она существенную связь между государством и лицом¹⁸⁴.

105. Между тем существует презумпция добросовестности со стороны государства¹⁸⁵. Кроме того, как подчеркнул Межамериканский суд по правам человека в деле о *предлагаемых поправках к положениям о натурализации политической конституции Коста-Рики*, государство, предоставляющее гражданство, должно иметь право на «элемент субъективности» при решении вопроса о том, какие факторы оно считает связующими для предоставления гражданства¹⁸⁶.

106. Дело *Ноттебома*¹⁸⁷ считается авторитетным подтверждением позиции о том, что между лицом и государством гражданства должна быть «эффективная» или «подлинная» связь, и не только в случае двойного или множественного гражданства (когда такое требование в целом признано)¹⁸⁸, но также и в том случае, когда гражданин имеет только одно гражданство. В этом отношении Международный Суд заявил следующее:

«В соответствии с практикой государств, арбитражными и судебными решениями и мнениями ученых, гражданство представляет собой юридическую связь, в основе которой лежит социальный факт привязанности, подлинная связь существования, интересов и чувств, наряду с наличием взаимных прав и обязанностей. Можно сказать, оно представляет собой юридическое выражение того обстоятельства, что лицо, которому оно предоставляется, либо непосредственно в силу закона, либо в результате акта властей, фактически более тесно связано с населением государства, предоставляющего гражданство, чем с населением любого другого государства.

если оно не имеет права на какое-либо другое гражданство».

¹⁷⁷ *Flegenheimer claim* (1958) 25 I.L.R. p. 91.

¹⁷⁸ Обстоятельства, в которых гражданство может быть приобретено путем натурализации, см. в статье 6 Европейской конвенции о гражданстве, сноска 165 выше.

¹⁷⁹ См. Hudson, *supra* note 169, p. 8.

¹⁸⁰ См., в целом, Brownlie, *Principles*, *supra* note 39, pp. 394–397. D.P. O'Connell, *International Law*, 2nd ed. (1970), p. 682.

¹⁸¹ Brownlie, *Principles*, *supra* note 39, p. 402; P. Weiss, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2nd ed. (1979), pp. 218–220, 244 (hereinafter Weiss, *Nationality and Statelessness*); Bar-Yaacov *supra* note 166, p. 143; *Flegenheimer claim* *supra* note 177, pp. 98–101; *Salem case* (1932) 2 R.I.A.A., p. 1184; *Esphahanian v. Bank Tejarat* (1983) 2 I.U.S.C.T.R., p. 166.

¹⁸² *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Political Constitution of Costa Rica*, *supra* note 172, p. 304.

¹⁸³ *Oppenheim's International Law*, *supra* note 34, p. 855.

См. также van Panhuys *supra* note 126, pp. 158–165.

¹⁸⁴ G. Fitzmaurice, «The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law» (1957II) 92 *Recueil des Cours* 1, pp. 196–201; M. Jones, *British Nationality Law and Practice* (1956), p. 15 (hereinafter Jones, *British Nationality*).

¹⁸⁵ Brownlie, *Principles*, *supra* note 39, pp. 402–403.

¹⁸⁶ *Supra* note 172, pp. 302–303.

¹⁸⁷ *Supra* note 47, p. 4.

¹⁸⁸ См. статьи 6 и 7 ниже.

Будучи предоставленным каким-либо государством, гражданство дает право этому государству осуществлять защиту перед другим государством, если оно представляет собой юридическое оформление связи лица, благодаря которой оно стало его гражданином»¹⁸⁹.

107. Прежде чем анализировать вопрос о том, признает ли международное обычное право требование наличия «эффективной» связи гражданства для целей дипломатической защиты, необходимо подчеркнуть два фактора, благодаря которым дело *Ноттебома* можно ограничить лишь фактами этого конкретного дела.

108. Во-первых, насколько можно судить, Суд интересовало то, каким образом Лихтенштейн предоставил Ноттебому гражданство, поскольку ввиду срочности его заявления о натурализации Лихтенштейн решил не соблюдать ряд своих собственных норм в отношении требуемого срока проживания. Оказавшись в ситуации, когда нужно было либо определить, что Лихтенштейн действовал недобросовестно, предоставляя гражданство Ноттебому, либо что у Ноттебома не было «подлинной связи» с Лихтенштейном, Суд предпочел второй вариант, поскольку в этом случае он не осуждал бы поведение суверенного государства. Такая точка зрения, которая в определенной степени была подтверждена особыми мнениями¹⁹⁰, прочно зиждется на нечеткой судебной посылке, выраженной большинством членов, и является недостаточной, чтобы служить приемлемой основой для ограничения сферы решения Суда. Тем не менее она предполагает, что данное решение не следует без оглядки применять к различным ситуациям, когда нет никаких признаков нарушений со стороны государства гражданства.

109. Во-вторых, Суд был явно озабочен «чрезвычайно слабым»¹⁹¹ характером связей Ноттебома с Лихтенштейном по сравнению с его тесными связями с Гватемалой в течение 34 лет.

Поэтому он определил, что было бы несправедливо разрешать Лихтенштейну предоставлять Ноттебому защиту в иске против Гватемалы. Этим объясняется его многократное заявление о том, что Лихтенштейн был не вправе предоставлять защиту Ноттебому против Гватемалы»¹⁹². Таким образом, принципиально важной частью в данном деле является не то, что говорилось выше о «подлинной связи»¹⁹³, а следующее:

«Факты четко свидетельствуют о том, что, с одной стороны, между Ноттебомом и Лихтенштейном отсутствует какая-либо связь, и, с другой стороны, между ним и Гватемалой существует давняя и тесная связь, которую его натурализация никоим образом не ослабляет. Эта натурализация не была основана на реальной предшествующей связи с Лихтенштейном и никоим образом не сказывается на жизни лица, которому она была предоставлена в исключительных обстоятельствах в силу срочности и удобства. В обоих отношениях в ней отсутствовал элемент подлинности, необходимый для акта такой важности, если иметь в виду, что ее должно уважать государство, оказавшееся в положении Гватемалы. Она была предоставлена без учета концепции гражданства, признанной в международных отношениях»¹⁹⁴.

110. Суд не собирався выносить суждение относительно того, как выглядит лихтенштейнское гражданство Ноттебома по отношению ко всем государствам вообще. Он постарался ограничить свое решение правом Лихтенштейна осуществлять дипломатическую защиту от имени Ноттебома против Гватемалы. Таким образом, он не дал ответа на вопрос, смог бы Лихтенштейн защищать Ноттебома от какого-то государства, с которым тот не имеет тесной связи¹⁹⁵. На этот вопрос, видимо, следует ответить положительно, поскольку Суд хотел установить лишь относительный критерий¹⁹⁶, т.е. то обстоятельство, что тесные связи Ноттебома

¹⁸⁹ *Supra* note 47, p. 23.

¹⁹⁰ См. мнение судьи Рида, *supra* note 47, pp. 37–39; Klaested, *supra* note 47, pp. 29–33; J. Kunz, «The Nottebohm Judgment» (1960) 54 *A.J.I.L.* pp. 548–560; C. Parry, «Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law» (1956 II) 90 *Recueil des Cours*, pp. 707–708.

¹⁹¹ *Supra* note 47, p. 25.

¹⁹² *Ibid.*, p. 26.

¹⁹³ См. сноску 187 выше и сопроводительный текст.

¹⁹⁴ *Supra* note 47, p. 26, *Emphasis added*.

¹⁹⁵ См. Leigh *supra* note 45, p. 468; van Panhuys *supra* note 126, p. 99.

¹⁹⁶ *Flegenheimer claim, supra* note 177, p. 91. *Barcelona Traction case, supra* note 11, p. 42.

с Гватемалой одержали вверх над его более слабой связью в виде гражданства с Лихтенштейном. В этих обстоятельствах требование в деле *Ноттебома* относительно наличия «подлинной связи» следует ограничить конкретными фактами этого дела и не рассматривать его в качестве общего принципа, применимого ко всем случаям дипломатической защиты.

111. Предложение о том, чтобы принцип *Ноттебома* в отношении наличия эффективной и подлинной связи считать нормой международного обычного права в случаях, не затрагивающих двойного или множественного гражданства, пользуется слабой поддержкой. Особое мнение судьи Рида о том, что этот принцип не находит поддержки за пределами области двойного гражданства¹⁹⁷, был вскоре поддержан Итало-американской согласительной комиссией при рассмотрении дела *Флегенхаймера*. В данном решении Комиссия ограничила применение этого принципа случаями, связанными с двойным гражданством, заявив следующее:

«когда лицо имеет лишь одно гражданство, которое присвоено ему либо в силу *jure sanguinis*, либо *jure soli*, либо в силу действительной натурализации, влекущей за собой фактическую утрату бывшего гражданства, применение понятия эффективного гражданства чревато опасностью вызвать путаницу. У него нет достаточно прочной позитивной основы, чтобы применять его к институту гражданства, который имеет поддержку в праве государства»¹⁹⁸.

Комиссия заявила далее, что вряд ли Международный Суд «намеревался установить норму общего международного права» в деле *Ноттебома*¹⁹⁹. То, что государства не хотят поддерживать такой принцип, доказывает провал попытки применить на практике принцип подлинной связи к судам²⁰⁰, — той области, в

которой социально-экономические соображения, по всей видимости, оправдывают подобную норму. Имеющаяся практика государств также свидетельствует о незначительной поддержке принципа *Ноттебома*²⁰¹.

112. В доктрине нет единого мнения по этому вопросу. Гек²⁰², Рандельццофер²⁰³, Пэрри²⁰⁴, Кунц²⁰⁵ и Джоунз²⁰⁶ не признают требования о наличии подлинной связи в качестве нормы международного обычного права. Многие из этих ученых отмечают, что зачастую между государством и лицом, которому предоставляется гражданство *jus soli* или *jus sanguinis*, почти нет связи и что трудно ограничить применение требования о наличии подлинной связи случаями натурализации. Другая группа ученых²⁰⁷ склонна признать требование в отношении наличия подлинной связи. Броунли заявляет, что оно подкрепляется литературой, вышедшей до дела *Ноттебома*, и национальными судебными решениями и что оно играет «роль общего принципа, имеющего целый ряд возможных применений»²⁰⁸ и вне контекста двойного гражданства. В то же время он отмечает, что этот принцип не следует применять «слишком буквально»²⁰⁹.

море международных мер по сохранению и управлению (1994 год), 33 I.L.M., p. 968.

²⁰¹ Правила, касающиеся международных притязаний, выдвинутых английским правительством, не содержат упоминания «требования о наличии подлинной связи» в отношении лиц (правило I): Warbrick, *supra* note 133, p. 1006. См. правило IV, в котором этот принцип применяется к корпорациям.

²⁰² *Supra* note 28, p. 1050.

²⁰³ «Nationality» 3 E.P.I.L., p. 507.

²⁰⁴ *Supra* note 190, p. 707.

²⁰⁵ *Supra* note 190, p. 536.

²⁰⁶ «The Nottebohm Case» (1956), 5 I.C.L.Q., pp. 239–240, 243–344 (hereinafter Jones, Nottebohm Case).

²⁰⁷ Van Panhuys *supra* note 126, pp. 158, 161; Fitzmaurice *supra* note 184, pp. 206–207; D. Ruzié, «Nationalité, Effectivité et Droit Communautaire» 1993 *Revue Générale de Droit Internationale Public*, p. 113; F. de Castro, «La Nationalité, La Double et Supra-Nationalité» (1961 I) 102 *Recueil des Cours* 514, p. 582; J. Bojars, *Grazhdanstvo gosudarstv mira* (1993), pp. 308–310.

²⁰⁸ *Principles*, *supra* note 39, p. 412. См. также p. 415. См. далее Brownlie, *Relations of Nationality*, *supra* note 175, pp. 349, 364.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 423. Другие авторы также подчеркивают необходимость ограничить сферу применения

¹⁹⁷ *Supra* note 47, p. 41–42.

¹⁹⁸ *Supra* note 177, p. 150.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 148.

²⁰⁰ Статья 91 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву 1982 года; Конвенция об условиях регистрации судов 1986 года. См. статью 3(3) Соглашения о поощрении соблюдения рыбопромысловыми судами в открытом

113. Поддержку принципа эффективности можно обнаружить и в других случаях. Несколько членов Комиссии международного права поддержали его в ходе обсуждения на пятой сессии вопроса о гражданстве, включая безгражданство²¹⁰. В своем последнем докладе Комиссии в 1961 году Гарсиа Амадор предложил кодифицировать аналогичную норму в статье 23(3):

«Государство не может предъявлять иск от имени какого-либо лица, если правовая связь в виде гражданства не основана на подлинных узах между ними»²¹¹.

Недавно один из содокладчиков Комитета по дипломатической защите лиц и имущества Ассоциации международного права Франсиско Оррего Вилуэа предложил следующую норму как отражающую современные «реалии» и «тенденции»:

«Связь в виде гражданства с государством-истцом должна быть подлинной и эффективной»²¹².

Однако он признает, что эту норму необходимо будет применять «достаточно гибко, приспособляя ее к изменяющимся потребностям»²¹³.

114. В проекте статей Комиссии о гражданстве в связи с правопреемством государств²¹⁴, в статье 19, признается понятие эффективной связи в отношении гражданства, однако не дается какой-

либо оценки ее нынешнему положению в контексте дипломатической защиты.

115. В 1965 году Институт международного права принял резолюцию о национальном характере предъявленного государством международного иска за вред, причиненный лицу, в которой содержится определенная поддержка принципа подлинной связи.

«Предъявленный государством международный иск за вред, причиненный лицу, может быть отклонен государством-ответчиком или объявлен неприемлемым, когда в конкретных обстоятельствах дела оказывается, что натурализация была предоставлена этому лицу в отсутствие какой бы то ни было связи»²¹⁵.

116. Дело *Ноттебома* часто упоминалось в аргументах в Международном Суде при рассмотрении дела о компании «Барселона Трэкшн»²¹⁶. Хотя Суд обособил дело *Ноттебома* с точки зрения фактических и правовых оснований, он все же сделал вывод о том, что между этой компанией и Канадой имелась «постоянная связь»²¹⁷. Вместе с тем он всячески старался воздержаться от утверждения того, что принцип, изложенный в деле *Ноттебома*, отражает принцип международного обычного права.

117. Предлагаемое в деле *Ноттебома* требование относительно наличия подлинной связи при его буквальном применении серьезно подрывает традиционную доктрину дипломатической защиты, поскольку оно лишает практически миллионы людей возможности получения дипломатической защиты. Сегодня, когда в мире протекают процессы экономической глобализации и миграции, миллионы людей оказываются вдали от государства своего гражданства и проживают в тех государствах, гражданство которых они не приобретают²¹⁸. А еще бесчисленное множество людей приобретают по рождению, происхождению

критерия эффективной связи: J. Combacau and S. Sur, *Droit International Public*, 4th ed. (1999), p. 325.

²¹⁰ *Yearbook... 1953*, vol. I, p. 180 (para. 24), p. 186 (paras. 5, 7), p. 239 (paras. 45–46) (Yepes); p. 181 (paras. 32–33), p. 218 (para. 63) (Zourek); p. 184 (para. 57), p. 237 (para. 24) (François); p. 239 (para. 50) (Amado).

²¹¹ Sixth report, *Yearbook... 1961*, vol. II, document A/CN.4/134 and Add.1, p. 1.

²¹² *Supra* note 93, p. 27, clause 6.

²¹³ *Ibid.*, p. 12.

²¹⁴ См. сноску 171 выше. Статья 19 гласит:

«Ничто в настоящих проектах статей не требует от государств рассматривать затрагиваемых лиц, не имеющих действительной связи с затрагиваемым государством, в качестве граждан этого государства, если только это не приведет к тому, что эти лица будут рассматриваться в качестве лиц без гражданства».

²¹⁵ Статья 4(c), см. сноску 103 выше.

²¹⁶ *Supra* note 11, p. 42.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ См. K. Hailbronner, “Diplomatischer Schutz bei mehrfacher Staatsangehörigkeit”, in G. Ress and T. Stein (eds.) *Der diplomatische Schutz im Völker — und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen* (1996), p. 36.

или закону гражданство государств, с которыми они имеют самую слабую связь. Даже такие сторонники принципа, изложенного в деле *Номтебома*, как Броунли и ван Панхейс, признают необходимость его гибкого применения²¹⁹.

118. В международном обычном праве признается, что гражданство, приобретенное путем обмана, неосторожности или грубой ошибки, может быть не признано²²⁰ и что международный судебный орган с должным учетом презумпции в пользу действительности предоставления государством гражданства²²¹ и допуска на элемент субъективности со стороны государства гражданства²²² обязан расследовать и, при необходимости, отменить предоставление гражданства²²³. Этот принцип можно свести к требованию в отношении о добросовестности. Предоставление гражданства будет признаваться для целей дипломатической защиты при условии, что оно не было предоставлено недобросовестно; бремя доказывания ложится на государство-ответчика, которое должно представить доказательства такой недобросовестности²²⁴.

119. По сути говоря, принятая в 1965 году Институтом международного права резолюция поддерживает такую норму, поскольку гражданство, предоставленное в отсутствие «какой бы то ни было связи»²²⁵, считается *prima facie* предоставленным недобросовестно.

120. В деле *Номтебома* Суд оказался в экстремальной ситуации, когда связь между государством-ответчиком и лицом была весьма

сильной, а связь с государством-истцом — весьма слабой, причем с признаками того, что гражданство было предоставлено недобросовестно. С учетом этого целесообразно было бы ограничить норму, изложенную в данном деле, конкретными фактами этого дела и принять норму, которая позволяет оспаривать предоставление гражданства по причине недобросовестности.

Статья 6

С учетом пункта 4 статьи 9²²⁶ государство гражданства может осуществлять дипломатическую защиту от имени потерпевшего гражданина против государства, гражданином которого потерпевший также является, когда [преобладающим] [эффективным] гражданством этого лица является гражданство первого государства.

Комментарий

121. Двойное или множественное гражданство есть факт международной жизни. Лицо может приобрести более одного гражданства в результате параллельного действия принципов *jus soli* и *jus sanguinis* и предоставления гражданства путем натурализации, что не ведет к отказу от предшествующего гражданства. Это явление породило трудности в плане военной повинности и дипломатической защиты, когда одно государство гражданства пытается предоставить защиту лицу с двойным гражданством против другого государства гражданства.

122. Гагская конференция по кодификации международного права 1930 года намеревалась сократить число случаев или устранить двойное и множественное гражданство²²⁷, однако

²¹⁹ Brownlie, *Principles*, *supra* note 39 p. 423; van Panhuys *supra* note 126 p. 99 and 158.

²²⁰ Flegenheimer claim, *supra* note 177 p. 112 and 153; *Salem case*, *supra* note 181 p. 1185; Brownlie, *Principles*, *supra* note 39 p. 422; R.Y. Jennings, "General Course on Principles of International Law" (1967 II) 121 *Recueil des Cours* 325 p. 458. See also note 181 above. Bar-Yaacov *supra* note 166 pp. 150–152, 158.

²²¹ *Supra* notes 170 and 185; Jennings, *supra* note 220 p. 459.

²²² *Supra* note 186.

²²³ Flegenheimer claim *supra* note 177 pp. 96–112, especially pp. 98, 103, 104, 106; *Flutie case* in Ralston and Doyle, *Venezuelan Arbitration of 1903* p. 34; van Panhuys *supra* note 126 p. 153–155.

²²⁴ Flegenheimer claim, *supra* note 177 pp. 99, 107, 110.

²²⁵ *Supra* note 215.

²²⁶ Он будет гласить: «Дипломатическая защита не может осуществляться новым государством гражданства против предшествующего государства гражданства за вред, причиненный в период, когда лицо было гражданином только последнего государства». См. также Fitzmaurice *supra* note 184 p. 193.

²²⁷ M.O. Hudson, "The First Conference for the Codification of International Law", 24 *A.J.I.L.* pp. 450–451 (1930).

завершилась признанием его существования в статье 3 Гагской конвенции, регулирующей некоторые вопросы, связанные с коллизией законов о гражданстве²²⁸, которая предусматривает следующее:

«...лицо, имеющее два или более гражданства, может рассматриваться как гражданин каждого из государств, гражданством которых оно обладает».

Последующие попытки на международном уровне устранить двойное и множественное гражданство также оказались неудачными. Европейские государства попытались устранить это явление в Конвенции о сокращении случаев множественного гражданства и о воинской повинности в случаях множественного гражданства 1963 года²²⁹, преамбула которой гласит, что «случаи множественного гражданства вызывают трудности и что совместные усилия по сокращению в максимально возможной степени числа случаев множественного гражданства между государствами-членами соответствуют целям Совета Европы». Однако и эта Конвенция не достигла своей цели. В течение следующих десятилетий обсуждение этого вопроса продолжалось и в конце концов привело к принятию Европейской конвенции о гражданстве 1997 года²³⁰, которая регулирует вопрос двойного гражданства более гибко, что отражает разделение интересов в самом Совете, когда многие члены все шире признают это явление.

123. Хотя многие национальные законы запрещают своим гражданам иметь гражданство (паспорта?) других стран, международное право таких запретов не содержит. В этой связи необходимо рассмотреть вопрос о том, может ли одно государство гражданства осуществлять дипломатическую защиту против другого государства гражданства от имени гражданина, имеющего двойное или множественное гражданство. Попытки кодификации, практика государств, судебные решения и труды теоретиков не отражают единого мнения на этот счет, однако стрелка весов, по всей

видимости, склоняется в пользу нормы, предлагаемой в статье 6.

124. В Гарвардском проекте конвенции об ответственности государств за ущерб, причиненный на их территории личности или имуществу иностранцев 1929 года, говорится следующее:

«Государство не несет ответственности, если потерпевший или лицо, от имени которого предъявлен иск, является его собственным гражданином»²³¹.

Этот принцип был поддержан в Гагской конвенции, регулирующей некоторые вопросы, связанные с коллизией законов о гражданстве 1930 года, которая в статье 4 предусматривает следующее:

«Государство не может предоставлять дипломатическую защиту одному из своих граждан против государства, гражданством которого такое лицо также обладает»²³².

Между тем на Конференции по кодификации налицо были расхождения во мнениях. Большинство отклонило предложение о том, чтобы обусловить вышеуказанное положение фразой «если он постоянно проживает в последнем государстве». Некоторые делегации выступали за то, чтобы это положение опустить вообще. Прозвучали также предложения, которые в случае их принятия сделали бы осуществление дипломатической защиты в таких случаях возможным, если гуманитарные соображения оправдывали бы такое вмешательство. Таким образом, данная норма представляет собой результат сложного компромисса²³³.

125. То обстоятельство, что понятие преобладающего или эффективного гражданства должно быть учтено в режиме бипатридов, было четко обозначено в статье 5 Конвенции, которая предусматривает следующее:

«В пределах третьего государства лицо, имеющее более одного гражданства,

²²⁸ *Supra* note 164.

²²⁹ T.S. No. 88 (1971), E.T.S. No. 43. Аналогичные попытки предпринимались Лигой арабских государств в рамках Конвенции о гражданстве 1954 года. См. Brownlie, *Relations of Nationality*, *supra* note 175 p. 351.

²³⁰ *Supra* note 165, chap. V.

²³¹ Статья 16(a). *Supra* note 100 p. 22.

²³² *Supra* note 164.

²³³ R.B. Flourney, Jr., "Nationality Convention, Protocols and Recommendations Adopted by the First Conference on the Codification of International Law" (1930) 24 *A.J.I.L.* p.471; (1930) *A.J.I.L.* pp.192-233.

пользуется таким режимом, как если бы оно имело только одно гражданство. Без ущерба для применения законов третьего государства в вопросах личного статуса и любых действующих конвенций это третье государство из гражданств, которыми любое такое лицо обладает, признает исключительно на своей территории либо гражданство страны, в которой оно постоянно или главным образом проживает, либо гражданство страны, с которой с учетом обстоятельств оно представляется фактически наиболее тесно связанным».

Хотя этот договор вступил в силу в 1937 году, его участниками стало лишь около 20 государств.

126. Гарвардский проект конвенции о международной ответственности государств за вред, причиненный иностранцам 1960 года²³⁴, не предоставляет, но и не отрицает права государства гражданства предъявлять иск от имени лица с двойным гражданством против другого государства гражданства²³⁵. Однако его авторы склоняются не в пользу такого иска, устанавливая следующее:

«Государство вправе предъявить иск своего гражданина в результате смерти другого лица только в том случае, если это лицо не было гражданином государства, которое предположительно несет ответственность»²³⁶.

127. Еще одна попытка сформулировать норму по этому вопросу была предпринята Институтом международного права в 1965 году. В статье 4(а) резолюции, принятой на Варшавской сессии, предусматривалось следующее:

«Предъявленный государством международный иск за вред, причиненный лицу, которое обладает одновременно гражданствами как государства-истца, так и государства-ответчика, может быть отклонен

последним и является неприемлемым для суда (юрисдикции), в который иск предъявлен»²³⁷.

Небезынтересно отметить, что, хотя иск не может быть принят судом, использование дипломатических или консульских каналов дипломатической защиты одного государства гражданства против другого, по всей видимости, в принципе не исключается. Однако такой отход от формулировки статьи 4 Конвенции 1930 года имеет ограниченное практическое значение.

128. До 1930 года значительной поддержкой в арбитражных разбирательствах с участием бипатридов пользовалось применение принципа преобладающего гражданства²³⁸. Первым иском, который был разрешен на основе принципа преобладающего гражданства, было дело *Джеймса Луиса Драммонда*, гражданина Великобритании и Франции, чье имущество в 1792 году было экспроприровано французским правительством. В своем решении, вынесенном в 1834 году, английский Тайный совет отклонил иск Драммонда, постановив следующее:

«Драммонд технически являлся британским подданным, однако по сути был гражданином Франции, домицилированным (в момент экспроприации) во Франции, со всеми проявлениями и атрибутами французского характера ... Акт насилия, учиненный по отношению к нему, был совершен французским правительством в осуществление его властного полномочия по отношению к своим собственным гражданам»²³⁹.

129. Также часто цитируется дело *де Бриссо и де Аммера*, которое касается возмещения вдовам и детям двух американских граждан, убитых венесуэльскими повстанцами. Иски вдов (венесуэльских граждан по рождению и американских в результате брака) и их детей (бипатридов по рождению от американского отца и

²³⁴ Sohn and Baxter *supra* note 37.

²³⁵ Определение «гражданина» в статье 21(3)(а) сформулировано достаточно широко и включает лиц с множественным и двойным гражданством, а в статье 23(1), которая касается исков государств, ничего не говорится по вопросу об исках от имени лиц с двойным гражданством против государства гражданства.

²³⁶ Там же, статья 23(5).

²³⁷ *Supra* note 103.

²³⁸ См. Joseph *supra* note 34 p. 19-21; Leigh *supra* note 45 pp. 462-464; Brownlie, *Principles*, *supra* note 39 pp. 403-404; Z.R. Rode, "Dual Nationals and the Doctrine of Dominant Nationality" (1959) 53 *A.J.I.L.* pp. 140-141; Weis, *Nationality and Statelessness*, *supra* note 181 pp. 160-176.

²³⁹ 2 Knapp, P.C. Rep. p. 295, 12 Eng. Rep. p. 492. Emphasis added.

венесуэльской матери в Венесуэле) были отклонены в 1885 году Американо-венесуэльской комиссией по рассмотрению исков на том основании, что в случае коллизии между несколькими гражданствами в качестве решающих факторов должно использоваться гражданство, приобретенное по рождению на определенной территории, и домицилий²⁴⁰.

130. В делах *Милани*, *Бриньона*, *Стивенсона* и *Матинсона*, разрешенных венесуэльскими арбитражными комиссиями в период 1903–1905 годов, также подтверждается принцип преобладающего гражданства. Последнее из этих дел касается иска, предъявленного британско-венесуэльским гражданином Смешанной британско-венесуэльской комиссии по рассмотрению исков, за убытки, причиненные венесуэльским правительством. Установив, что Матинсон был британским подданным, Ампайе Пламли заявил следующее:

«Признается, что, если он также является венесуэльским гражданином в силу венесуэльских законов, тогда преимущественную силу имеет закон домицилия, и истец не может обращаться в Смешанную комиссию»²⁴¹.

131. В поддержку принципа преобладающего гражданства можно также привести дело *Каневаро*²⁴², разрешенное Постоянным арбитражным судом в 1912 году. В данном случае перед Постоянным арбитражным судом стоял вопрос, может ли итальянское правительство выступать с денежным требованием от имени Рафаэля Каневаро, имеющего двойное гражданство Италии и Перу, за ущерб, причиненный в результате неоплаты чеков правительством Перу. Проведя обзор жизни Каневаро и установив, что он неоднократно совершал действия как гражданин Перу, даже выставлял свою кандидатуру в сенат и выполнял функции генерального консула Перу в Нидерландах, Арбитражный суд пришел к выводу, что правительство Перу может отклонить требование итальянского правительства.

²⁴⁰ 3 Moore, *International Arbitrations*, pp. 2456–2459 (1898).

²⁴¹ *Mathinson case*, in Ralston, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, pp. 429–438. Emphasis added. See also *Brignone, Milani and Stevenson cases*, *ibid.*, pp. 710, 754–761, 438–455, respectively.

²⁴² Scott, *The Hague Court Reports*, vol. I, at p. 284.

132. Дело *Хейна* касалось иска о возмещении за ущерб, причиненный британцу Хейну, который ранее был гражданином Германии. В ответ на заявление Германии о том, что Хейн был гражданином Германии и что в этой связи Германия не несет международной ответственности за причиненный ему ущерб, Англо-немецкий смешанный арбитраж постановил, что то обстоятельство, является ли Хейн до сих пор официально немецким гражданином, не имеет никакого значения для иска, потому что

«он стал британским подданным и поскольку на момент вступления договора в силу он проживал в Великобритании, он приобрел право на иск»²⁴³.

133. В 1923 году этот вопрос возник опять, на этот раз в Смешанном франко-немецком арбитраже при рассмотрении дела *Блюменталья*, когда арбитраж пришел к аналогичному заключению²⁴⁴. В 1925 году Арбитражу предстояло принять решение о том, может ли государство требовать возмещения убытков его гражданину, который также является гражданином государства-ответчика. Это дело было связано с иском мадам Барте де Монфор, французской гражданки по рождению, которая стала немецкой гражданкой в результате брака с немецким гражданином. Комиссия сочла, что она компетентна рассматривать этот иск, поскольку истец «никогда не оставляла своего французского домицилия» и поскольку

«принцип активного гражданства, то есть установления гражданства на основе сочетания фактических и правовых элементов, должен соблюдаться международным арбитражем и ... истец, таким образом, является французской гражданкой и в этой связи она вправе рассчитывать на вынесение решения»²⁴⁵.

134. Смешанная франко-мексиканская комиссия по рассмотрению исков рассматривала право мексиканского правительства предъявить иск от имени Джорджа Пинсона, родившегося в Мексике,

²⁴³ *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 1919–22*, case No. 148, p. 216. Emphasis added.

²⁴⁴ *Recueil des Décisions des Tribunaux Mixtes*, vol. 3 (1924) p. 616.

²⁴⁵ *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 1925–26*, case No. 206, p. 279. Emphasis added.

однако впоследствии натурализованного во Франции. Поскольку имелись доказательства того, что до предъявления иска правительство Мексики неизменно относилось к Пинсону как к французскому гражданину, Комиссия сделала вывод о том, что, даже если бы можно было установить наличие у Пинсона двойного гражданства, правительство Мексики не имело бы права выступать от его имени²⁴⁶.

135. В деле *Телеха*, рассматривавшемся в 1928 году Трехсторонней претензионной комиссией Соединенных Штатов, Австрии и Венгрии, Соединенные Штаты предъявили иск от имени Александра Телеха с целью получения компенсации за его призыв на обязательную военную службу в Австрии. Иск был отклонен на том основании, что из 33 лет 28 Телех провел в Австрии и, будучи лицом с двойным гражданством, добровольно проживающим в Австрии, он взял на себя риск выполнения своих обязательств по австрийским законам²⁴⁷.

136. Толкование вышеназванных решений было поставлено под сомнение иранскими судьями в Трибунале по урегулированию взаимных претензий Ирана и США, которые заключили, что правильное толкование некоторых из этих дел (даже тех из них, которые традиционно толковались в поддержку доктрины преобладающего гражданства) поддерживает доктрину отсутствия ответственности государств за иски лиц с двойным гражданством. Остальные же дела, по их мнению, просто не имеют значения, поскольку они разрешались комиссиями и трибуналами, учреждавшимися между победившей державой и побежденным государством на основе договоров, что и обуславливало элементарную асимметрию в их юрисдикции²⁴⁸. Однако невозможно отрицать того, что существуют решения, например, по делу *де Бриссо и де Аммера*, в которых признается принцип преобладающего гражданства, в результате чего отклоняются иски граждан победивших держав.

137. Вместе с тем в судебных решениях, принятых до дела *Ноттебома*, также можно обнаружить поддержку со стороны судов нормы об отсутствии у государств ответственности за иски лиц с двойным гражданством.

138. Одним из наиболее известных является дело *Александера*, которое касается иска лица с двойным гражданством — Великобритании и Соединенных Штатов, — предъявленного Американо-британской комиссии по рассмотрению исков в соответствии с Вашингтонским договором 1871 года. После установления двойного гражданства Александра Арбитраж отклонил его иск, заявив следующее:

«Рассмотрение его претензии против другого суверена как вопроса, имеющего международное значение, было бы равносильно притязанию на юрисдикцию, которой обладает другое государство, гражданином которого он также является. Это неизбежно приведет к осложнениям, поскольку ни одно правительство не будет признавать право другого вмешиваться подобным образом от имени лица, которое оно рассматривает в качестве своего гражданина»²⁴⁹.

139. Аналогичным образом в делах *Олденбурга и Хани*, разрешенных Британо-мексиканской комиссией по рассмотрению исков в 1929 и 1931 годах, соответственно, Комиссия отклонила иски, сославшись на принцип, который позднее назвала «признанной нормой международного права» и согласно которому

«лицо, имеющее двойное гражданство, не может делать одну из стран, к которой оно обязано проявлять лояльность, ответчиком в международном судебном органе»²⁵⁰.

Британский представитель согласился с этой точкой зрения и отозвал все иски от имени лиц с двойным гражданством²⁵¹. Та же Комиссия пришла к

²⁴⁶ *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 1927–28*, cases Nos. 194 and 195, pp. 297–301.

²⁴⁷ (1928) 2 R.I.A.A. pp. 248–249.

²⁴⁸ Dissenting opinion of Dr. Shafie Shafeiei on the Issue of Dual Nationality (cases Nos. 157 and 211), 2 I.U.S.C.T.R. p. 194. This view is shared by Bar-Yaacov, *supra* note 166 pp. 214, 226, and 233–235.

²⁴⁹ (1898) 3 Moore, *International Arbitrations* p. 2529. Emphasis added.

²⁵⁰ *Oldenbourg* case, Decisions and Opinions of Commissioners, 5 October 1929 to 15 February 1930, p. 97 and *Honey* case, Further Decisions and Opinions of the Commissioners, subsequent to 15 February 1930, p. 13. Cited in Rode, *supra* note 238, p. 141.

²⁵¹ Bar-Yaacov *supra* note 166 p. 212.

аналогичным выводам при рассмотрении в 1931 году дела *Адамса и Блэмора*²⁵².

140. При разрешении несколько иного иска арбитраж в деле *Салема* должен был рассматривать иск натурализованного американского гражданина, родившегося в Египте. Несмотря на то, что Салем родился в Египте, имелись доказательства того, что он родился персидским гражданином и в этой связи по рождению является персом, а не египтянином. И все же Египет, будучи ответчиком, заявлял, что арбитраж не имеет над ним юрисдикции, поскольку его эффективным гражданством является египетское гражданство. В ответ на это арбитраж заявил следующее:

«Принцип так называемого «эффективного гражданства», на который ссылается египетское правительство, по всей видимости, не является достаточно прочно укоренившимся в международном праве. Он применялся в знаменитом деле Каневаро; однако решение назначенного в то время арбитража по-прежнему остается единичным. В этой связи правительству Египта нет нужды ссылаться на норму «эффективного гражданства» для возражения против американского иска; достаточно лишь предъявить доказательства того, что Салем является египетским гражданином»²⁵³.

141. В 1949 году в консультативном заключении по делу о возмещении за увечья, понесенные на службе Организации Объединенных Наций, Международный Суд назвал практику государств, заключающуюся в отказе от защиты своих граждан против другого государства гражданства, «обычной»²⁵⁴.

142. Самую решительную поддержку принцип преобладающего или эффективного гражданства в исках, затрагивающих бипатридов, получил в делах *Ноттебома* и *Мерже*²⁵⁵.

²⁵² 5 R.I.A.A. 216–217.

²⁵³ *Supra* note 181 p. 1187.

²⁵⁴ *Supra* note 54 p. 186.

²⁵⁵ По мнению П. де Висшера (“Cours général de droit international public” (1972 II) 136 *Recueil des Cours* 1 p. 163)

«Именно в контексте дипломатической защиты лиц с двойным гражданством теория связи, возникшая как неизбежная потребность

143. Дело *Ноттебома*, в котором было определено, что гражданство государства истца должно быть эффективным и отражать «социальный факт привязанности, подлинную связь существования, интересов и чувств, наряду с наличием взаимных прав и обязанностей»²⁵⁶, подробно рассматривается в комментарии к статье 5. Хотя Суд рассматривал дело в ракурсе единого гражданства, решение в значительной степени зиждется на прецедентах из области двойного гражданства. Так, Суд заявил следующее:

«Международные арбитры аналогичным образом разрешали многочисленные дела, связанные с двойным гражданством, когда возникал вопрос об осуществлении дипломатической защиты. Они отдавали предпочтение реальному и эффективному гражданству, которое согласовывалось с фактами, было основано на более прочных фактических связях между соответствующим лицом и одним из государств, гражданство которого было затронуто. Во внимание принимаются различные факторы, и их значение для каждого дела будет разным: постоянное проживание соответствующего лица является важным фактором, однако существуют и другие факторы, такие, как центр его интересов, его семейные связи, его участие в общественной жизни, лояльность,

международного права, медленно и постепенно получила свое развитие».

См. также P. Klein “La Protection Diplomatique des Doubles Nationaux: Reconsidération des Fondaments de La Règle de Non-Résponsabilité” (1988) 21 *Revue Belge de Droit Internationale* p. 184; G.I. Tulkin, et al *Mezhdunarodnoye pravo* (1974) p. 221.

По мнению Лея, решение по делу Ноттебома «может привести к тому, что государство сможет предъявлять иск от имени гражданина, у которого имеется с ним эффективная связь, даже когда иск направлен против другого государства, гражданином которого это лицо также официально является. В таких случаях применение принципа эффективности позволяло бы предъявлять иски, а применение принципа равенства препятствовало бы их предъявлению».

Supra note 45 p. 469.

²⁵⁶ *Supra* note 47 p. 23.

проявленная им по отношению к конкретной стране и привитая его детям, и т.д.»²⁵⁷.

Судья Рид в своем особом мнении по сути заявил, что требование о наличии подлинной или эффективной связи ограничивается иском, затрагивающим лиц с двойным гражданством²⁵⁸.

144. Применение принципа, изложенного в деле *Ноттебома*, к делам, связанным с двойным гражданством, было подтверждено в том же году Итало-американской согласительной комиссией при рассмотрении иска *Мерже*, касавшегося Флоранс Мерже — американской гражданки по рождению, ставшей итальянской гражданкой в результате брака с итальянским гражданином, — о компенсации за утрату пианино и других личных вещей по вине Италии. В этом случае Комиссия заявила следующее:

«Основанный на суверенном равенстве государств принцип, который исключает дипломатическую защиту в случаях двойного гражданства, должен уступить место принципу эффективного гражданства, когда таковым является гражданство государства-истца. Однако он не должен уступать место в том случае, когда такое преобладание не доказано, поскольку первый из этих двух принципов является общепризнанным и может служить в качестве критерия для практического применения в целях устранения любой возможной неопределенности»²⁵⁹.

В своем заключении Комиссия прямо заявила, что принцип эффективного гражданства и концепция преобладающего гражданства просто-напросто являются двумя сторонами одной медали. Принятая таким образом норма наряду с вышеназванными критериями применялась Итало-американской согласительной комиссией подряд свыше чем в 50 делах, связанных с бипатридами. В каждом деле Комиссия ссылалась на свое решение по делу *Мерже*²⁶⁰.

²⁵⁷ Ibid. p. 22.

²⁵⁸ Ibid. p. 41-42.

²⁵⁹ (1955) 22 I.L.R. p. 455 (para V.5). See too (1955) 16 R.I.A.A. p. 247.

²⁶⁰ См., например, *Spaulding* claim (1956) 25 I.L.R. p. 452; *Zangrilli* claim (1956) 25 I.L.R. p. 454; *Cestra* claim (1957) 25 I.L.R. p. 454; *Puccini* claim (1957) 25 I.L.R. p. 454; *Salvoni Estate* claim (1957) 25 I.L.R.

145. Опираясь на эти дела, Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и США применил принцип преобладающего и эффективного гражданства к большому числу дел, касающихся исков к Ирану лиц, имеющих двойное гражданство Ирана и Соединенных Штатов. В первом деле, связанном с двойным гражданством, — деле *Эсфahanьяна*²⁶¹, когда впервые было установлено, что Трибунал обладает юрисдикцией в отношении таких исков, решение Камеры II Трибунала было основано на вышеприведенной практике и той поддержке, которую в доктрине получил принцип преобладающего гражданства. Поименованные в заключении большинства авторитеты — Бадеван²⁶², Мори²⁶³ и Поль де Висшер — подтвердили действительность и преимущественную силу теории преобладающего и эффективного гражданства²⁶⁴. В одобрительном контексте был приведен следующий отрывок из работы де Висшера:

«Доктрина эффективной связи или преобладающей привязанности в XIX веке, применялась на регулярной основе, но, поскольку это делалось, как правило, для отклонения исков, эту доктрину стали понимать так, что по общему правилу иски, предъявляемые в интересах лиц с двойным гражданством, являются неприемлемыми ... укоренилась идея о том, что любая просьба о защите, представленная в интересах лица с двойным гражданством, должна быть объявлена неприемлемой. Это правило ... которое Институт международного права счел своим долгом вновь подтвердить в 1965 году,

p. 455; *Ruspoli* claim (1957) 25 I.L.R. p. 457; *Ganapini* claim (1959) 30 I.L.R. p. 366; *Turri* claim (1960) 30 I.L.R. p. 371; *Graniero* claim (1959) 30 I.L.R. p. 451; *Di Ciccio* claim (1962) 40 I.L.R. p. 148. См. также Verdross and Simma, *supra* note 75 p. 791 (para. 1197).

²⁶¹ *Supra* note 181 pp. 157-170, see also Dissenting Opinion of Shafeiei, *supra* note 248 pp. 178-225. For a criticism of this decision, see R. Khan, "The Iran-United States Claims Tribunal: Controversies, Cases and Contribution" (1990) p. 120; J.F. Rezek, "Le Droit International de la Nationalité" (1986 III) 198 *Recueil des Cours* p. 368.

²⁶² "Conflicts de nationalités dans les arbitrages vénézuéliens de 1903-1905" (1909) *Revue de Droit International Privé* pp. 41-63.

²⁶³ *Mélanges en l'honneur de G. Scelle*.

²⁶⁴ *Esphahanian* case, *supra* note 181 p. 164.

не является правильным отражением действующего права... Вынося решение по делу *Ноттебома*, Международный Суд четко продемонстрировал намерение установить общий принцип»²⁶⁵.

Обратясь к современной литературе, большинство (т.е. судьи Белле и Олдрич) нашли поддержку теории эффективного гражданства также в работах Руссо²⁶⁶, Батифоля и Лагарда²⁶⁷, Сиора²⁶⁸, Роуда²⁶⁹ и Комиссии международного права²⁷⁰. Кроме того, большинство заявило, что трибуналы, как правило, лишь утверждали, что одно государство гражданства не может предъявлять иск от имени лица с двойным гражданством, когда такое лицо физически находится в государстве гражданства, являющемся ответчиком.

146. То обстоятельство, что у юристов нет единого мнения по поводу применимости принципа преобладающего гражданства к делам, связанным с бипатридами, было подчеркнуто судьей Шафеи²⁷¹ в особом мнении, когда он цитировал Боршара²⁷², и в ходе состоявшегося в 1965 году обсуждения этого вопроса в Институте международного права²⁷³, Оппенгеймом²⁷⁴, Бар-Яковом²⁷⁵, Нгуен Куок Дином, Далее и Пелле²⁷⁶, а также фон Гланом²⁷⁷ в поддержку принципа отсутствия ответственности.

147. Дело *Эсфahanьяна* было подтверждено Трибуналом полного состава при рассмотрении дела № A/18²⁷⁸. И вновь в поддержку своих соответствующих позиций большинство²⁷⁹

включавшее иранских судей, и меньшинство²⁸⁰ ссылались на авторитет мнений ученых.

148. Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и США, учрежденный Алжирскими декларациями 1981 года²⁸¹, не предусматривает межгосударственных исков от имени граждан. Это представляет собой

«нетипичное осуществление дипломатической защиты граждан, когда государство, стремясь добиться международного возмещения для своих граждан в какой-то форме, создает трибунал, стороной которого является оно само, а не его граждане. В этом типичном случае государство поддерживает иски своих граждан и вред, за который оно пытается получить возмещение, считается нанесенным ему самому; в данном случае правительство Соединенных Штатов не является стороной арбитражного рассмотрения исков граждан Соединенных Штатов, даже незначительных исков, применительно к которым оно выступает в качестве консультанта этих граждан»²⁸².

Несмотря на эту организационную особенность, нет сомнений в том, что практика Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и США внесла значительный вклад в поддержку принципа

²⁶⁵ *Supra* note 255 p. 162.

²⁶⁶ *Droit International Public*, Précis Dalloz (1976) p. 112.

²⁶⁷ *Droit International Privé* No. 82, 7th ed. (1981).

²⁶⁸ *Jurisclasser Droit International*, La Protection Diplomatique, Facs. 250-B, No. 20 (1965).

²⁶⁹ *Supra* note 238 p. 139.

²⁷⁰ García-Amador, Sixth Report, *supra* note 211 pp. 46, 49.

²⁷¹ *Supra* note 248 pp. 199-201, 207.

²⁷² (1931) 36-I Ann IDI p. 289; (1932) 37 Ann IDI p. 278.

²⁷³ (1965) 51-I and 51-II Ann IDI.

²⁷⁴ *International Law*, 8th ed. (1955), vol. I p. 348.

²⁷⁵ *Supra* note 166 p. 238.

²⁷⁶ *Droit international public* (1980) p. 711. See now 6th ed., *supra* note 75 p. 774. Комбако и Сюр также не уверены в том, была ли опровергнута делом Мерже традиционная норма, закрепленная в Конвенции 1930 года: *supra* note 209 pp. 327-328.

²⁷⁷ *Law Among Nations* (1981), p. 207.

²⁷⁸ *Supra* note 62.

²⁷⁹ Большинство добавило следующих авторов к списку

тех, кто поддерживает принцип преобладающего гражданства: Reuter, *Droit International Public*, 5th ed. (1976) p. 236; Messia, "La protection diplomatique en cas de double nationalité", *Hommage a une Génération de Juristes au Président Basdevant* (1960) p. 556; Donner, *The Regulation of Nationality in International Law* (1983) p. 95; Leigh, *supra* note 45 pp. 453, 475; Griffin, State Department memorandum of 5 November 1957.

²⁸⁰ Подробно изложенное противоположное мнение иранских судей было основано на трудах авторов, которых приводил судья Шафеи в своем особом мнении по делу *Эсфahanьяна* с добавлением Fitzmaurice *supra* note 184 p. 193 и Jussup *supra* note 101 p. 100. (See 5 I.U.S.C.T.R. pp. 327-328.)

²⁸¹ Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria (1981) 20 I.L.M. pp. 224-229; and Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran (1981) 20 I.L.M. pp. 230-233.

²⁸² *Esphahanian*, *supra* note 181 p. 165.

преобладающего гражданства²⁸³. В этот Трибунал было представлено порядка 130 дел, связанных с бипатридами²⁸⁴.

149. Другим органом, который поддерживает принцип преобладающего гражданства, оказалась Компенсационная комиссия Организации Объединенных Наций, учрежденная Советом Безопасности для предоставления компенсации за ущерб, причиненный иракской оккупацией Кувейта. Условие, применившееся Комиссией для рассмотрения исков обладающих иракским гражданством бипатридов, заключалось в том, что они обязаны иметь *bona fide* гражданство другого государства²⁸⁵.

150. Принцип преобладающего гражданства был принят в докладах Гарсии Амадора Комиссии международного права. Статья 21(4) его третьего доклада гласит:

«В случаях двойного или множественного гражданства право предъявить иск осуществляется только государством, с которым иностранец имеет более сильные и подлинные правовые и иные связи»²⁸⁶.

Его поддержал также Оррего Видуния в своем докладе Ассоциации международного права, подготовленном в 1999 году²⁸⁷.

151. Авторы Европейской конвенции о гражданстве 1997 года²⁸⁸ в этом вопросе не примкнули к какой-

либо стороне. В статье 17(2) она предусматривает, что ее положения, касающиеся множественного гражданства, не затрагивают

«норм международного права, касающихся дипломатической или консульской защиты со стороны государства-участника в пользу одного из его граждан, которые одновременно обладают другим гражданством».

152. Как показали решения Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и США, по поводу критерия преобладающего гражданства в исках, связанных с бипатридами, мнения ученых разделяются. Однако даже те из них²⁸⁹, которые цитировались как отвергающие этот критерий, признают его полезность. В последнем издании *Oppenheim's International Law*, где поддерживается норма, содержащаяся в статье 4 Гаагской конвенции, регулирующей некоторые вопросы, связанные с коллизией законов о гражданстве 1930 года (которая, как в нем говорится, «по всей видимости» является нормой международного обычного права), признается, что коллизия между статьями 4 и 5 Гаагской конвенции 1930 года часто решается в пользу статьи 5 в случаях, когда одно государство гражданства выступает против другого, при условии, что преобладающим гражданством лица является гражданство государства-истца²⁹⁰.

153. Одним из главных возражений против принципа преобладающего или эффективного гражданства является его неопределенность. Если одни авторитеты в качестве доказательства наличия эффективной связи делают упор на домицилии²⁹¹ или постоянном проживании²⁹², то другие отмечают важность лояльности²⁹³ или добровольного акта натурализации²⁹⁴. Практика Трибунала по

²⁸³ См. в целом G.H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (1996) pp. 44–79; and C.N. Brower and J.D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (1998) pp. 32–42, 288–323.

²⁸⁴ M. Aghahosseini, “The Claims of Dual Nationals Before the Iran-United States Claims Tribunal: Some Reflections” (1997) 10 L.J.I.L. p. 22.

²⁸⁵ Документ Организации Объединенных Наций S/AC.26/1991/7/Rev.1, пункт 11.

²⁸⁶ García-Amador, Third Report, *supra* note 116 p. 61. See also article 23(5) in García-Amador, Fifth Report, *supra* note 116 p. 49.

²⁸⁷ Оррего Видуния предложил следующую норму:
«В случаях двойного гражданства эффективность связи должна преобладать над другими соображениями, позволяя предъявлять иски, если они обоснованы, против государства, гражданином которого лицо также является».

Supra note 93 p. 27, clause 11.

²⁸⁸ *Supra* note 165.

²⁸⁹ Brownlie, *Principles*, *supra* note 39 p. 404; Geck *supra* note 28 p. 1051; Parry *supra* note 190 p. 699.

²⁹⁰ *Supra* note 34 p. 516.

²⁹¹ Borchard *supra* note 50 p. 589; Parry *supra* note 190 p. 711.

²⁹² Статья 5 Гаагской конвенции, *supra* note 164; Bar-Yaacov *supra* note 166 pp. 126–137, 260; Fitzmaurice *supra* note 184 p. 193.

²⁹³ Judge Read in his dissenting opinion in *Nottebohm*, *supra* note 47 pp. 44–45; Brownlie, *Principles*, *supra* note 39 p. 422.

²⁹⁴ Jennings *supra* note 220 p. 459; Randelzhofer *supra* note 203 p. 507.

урегулированию взаимных претензий Ирана и США внесла значительный вклад в прояснение факторов, которые необходимо учитывать при определении эффективности связи лица с его государством гражданства. К числу факторов, которые он рассматривал в большом числе дел, относятся обычное место жительства, период времени, проведенный в каждой стране гражданства, дата натурализации (т.е. время, проведенное в качестве гражданина предоставляющего защиту государства до предъявления иска); место, программа и язык обучения; работа и финансовые интересы; место проживания семьи; семейные связи в каждой стране; гражданство семьи и регистрация рождения и брака в посольстве другого государства гражданства; участие в социальной и общественной жизни; использование языка, уплата налогов, банковский счет, социальное страхование; посещение другого государства гражданства и иные связи с ним; наличие и использование паспорта другого государства; отказ от одного гражданства; и военная служба в одном государстве. Ни за одним из этих факторов не признавалась решающая роль, и вес, придаваемый каждому фактору, в зависимости от обстоятельств дела менялся²⁹⁵. Трибунал учитывал также факторы, свидетельствующие о недобросовестном приобретении или использовании гражданства²⁹⁶.

²⁹⁵ Brower and Brueschke *supra* note 283 pp. 32–42.

²⁹⁶ То, каким образом эти факторы учитывались, и оговорку относительно приобретения и использования гражданства путем обмана см., например, *Esfahanian case*, *supra* note 181 p. 166. *Golpira v. Iran* (1983) 2 I.U.S.C.T.R. 171 p. 174; *Danielpour (M.) v. Iran* (1982) 22 I.U.S.C.T.R. 118 p. 121; *Danielpour (S.J.) v. Iran* (1989) 22 I.U.S.C.T.R. p. 126; *Berookhim v. Iran* (1990) 25 I.U.S.C.T.R. 278 p. 285; *Nemazee v. Iran* (1990) 25 I.U.S.C.T.R. 153 p. 159; *Golshani v. Iran* (1989) 22 I.U.S.C.T.R. 155 p. 159; *Etezadi v. Iran* (1990) 25 I.U.S.C.T.R. 264 p. 270; *Hemmat v. Iran* (1989) 22 I.U.S.C.T.R. 129 p. 136; *Ebrahimi v. Iran* (1989) 22 I.U.S.C.T.R. 138 p. 144; *Perry-Rohani v. Iran* (1989) 22 I.U.S.C.T.R. 194 p. 198; *Abrahamian v. Iran* (1989) 23 I.U.S.C.T.R. 285 p. 287; *Ghaffari (A.) v. Nioc* (1990) 25 I.U.S.C.T.R. 178 p. 184; *Mahmoud v. Iran* (1985) 9 I.U.S.C.T.R. p. 350; *Malek v. Iran* (1988) 19 I.U.S.C.T.R. 48 p. 52; *Nourafchan v. Iran* (1989) 23 I.U.S.C.T.R. p. 310; etc. See also Aldrich, *supra* note 283 pp. 61–80; Brower and Brueschke, *supra* note 283 pp. 298–305, 315–316; D.J. Bederman, “Nationality of Individual Claimants before the Iran-United States Claims Tribunal”, (1993) 42

154. В современной практике государств случаи дипломатической защиты лиц с двойным гражданством против другого государства, гражданами которого они также являются, редки. Однако имеющиеся данные свидетельствуют об изменении в пользу признания принципа преобладающего или эффективного гражданства²⁹⁷.

155. В своей работе, посвященной двойному гражданству (1961 год), Бар-Яков заявляет, что современная практика Соединенных Штатов отвергает дипломатическую защиту в отношении лиц с двойным гражданством против другого государства гражданства, особенно если они постоянно проживают в том государстве. Не предоставляется защита гражданам, которые не выразили предпочтение в отношении гражданства Соединенных Штатов при выборе гражданства или когда лицо, выбравшее гражданство Соединенных Штатов, впоследствии стало постоянно проживать в другом государстве гражданства. Что касается натурализованных граждан, то первоначальная позиция Соединенных Штатов заключалась в том, чтобы не предоставлять защиту против государства происхождения. Однако в 1859 году эта политика изменилась. Отвергая доктрину отсутствия ответственности, государственный департамент заявил, что после того, как лицо становится гражданином Соединенных Штатов, его лояльность в отношении Соединенных Штатов носит исключительный характер. На основе этого аргумента правительство Соединенных Штатов в ряде случаев попыталось осуществить дипломатическую защиту от имени натурализованных американцев против их государства другого гражданства, даже когда они вернулись в ту другую страну²⁹⁸. Британская практика отражает ту же тенденцию. Не

I.C.L.Q. 119 p. 129.

²⁹⁷ Хэйлброннер, ссылаясь на современную практику государств и развитие права в области прав человека, в результате чего защита стала предоставляться и против государства гражданства, заявил, что хотя пока еще не сформировалась четкая единообразная практика в этой области и что хотя большинство государств могут возражать против защиты в таких случаях, по крайней мере происходит медленное изменение в направлении признания принципа эффективности в данном контексте. (*Supra* note 218 pp. 30–36). *Sed contra* Lee, *supra* note 141 p. 159.

²⁹⁸ Bar-Yakov *supra* note 166 pp. 64–72 and 147–155.

допускалась защита против другого государства гражданства в том случае, если лицо в нем проживало. В отличие от политики Соединенных Штатов Соединенное Королевство не распространяло защиту на британских граждан, которые были натурализованы в Соединенном Королевстве, если они решили вернуться в свое государство происхождения²⁹⁹.

156. Однако ввиду изменений в политике обоих государств заключения Бар-Якова утратили актуальность. В настоящее время государственный департамент Соединенных Штатов применяет принцип эффективного гражданства³⁰⁰ и в соответствии с правилами британского правительства 1985 года

«правительство Ее Величества, как правило, не будет принимать иск [лица с двойным гражданством] как гражданина Соединенного Королевства, если государством-ответчиком является государство его второго гражданства, однако может принять такой иск, если ответчик в обстоятельствах, приведших к причинению вреда, рассматривал истца как гражданина ООН [sic Соединенного Королевства]»³⁰¹.

157. В 70-х годах правительство Чили отказывалось осуществить дипломатическую защиту против другого государства гражданства³⁰². В то же время Федеративная Республика Германии не возражала против неофициального осуществления такой защиты³⁰³, а Швейцария, хотя и рассматривала в качестве общего правила принцип отсутствия ответственности, не отрицала возможности защиты против другого государства гражданства в исключительных случаях³⁰⁴.

158. При применении принципа эффективного или преобладающего гражданства в случаях двойного гражданства неизбежно возникнет необходимость взвешивания силы коллидирующих гражданств. Судебному органу следует проявлять осмотрительность при применении принципа преобладания эффективности, когда связи между лицом с двойным гражданством и двумя государствами являются примерно одинаковыми, поскольку это может серьезно подорвать равенство позиций двух государств гражданства³⁰⁵.

159. Полезный способ урегулирования споров между государствами гражданства в отношении лиц с двойным гражданством можно найти в оговорке, сделанной Трибуналом по урегулированию взаимных претензий Ирана и США в деле № А/18:

«В случаях, когда Трибунал делает вывод, что юрисдикция основана на преобладающем или эффективном гражданстве истца, другое гражданство может по-прежнему иметь значение для существа иска»³⁰⁶.

Согласно этому правилу Трибунал обязан изучить обстоятельства дела на стадии рассмотрения существа. Если он сочтет, что лицо с двойным гражданством использовало гражданство государства-ответчика для получения выгод, доступных только гражданам государства-ответчика, он может отказаться выносить решение в пользу государства-истца³⁰⁷.

160. Принцип преобладающего гражданства в делах, связанных с бипатридами, получил авторитетную поддержку. Кроме того, и судебные решения, и труды ученых позволили уточнить те факторы, которые необходимо учитывать при вынесении такого определения. Таким образом, содержащийся в статье 6 принцип отражает

²⁹⁹ Ibid, pp. 72–75 and 155–157.

³⁰⁰ Brownlie, *Principles*, *supra* note 39, p. 404, citing the Digest of US Practice (1979). См. также Lee, *supra* note 141, p. 160. Нидерланды руководствуются тем же принципом. Ibid, p. 161.

³⁰¹ Правило III правил, применимых к международным искам, цитируется в Warbrick, *supra* note 132 p. 1007.

³⁰² Orrego Vicuña, Chile, *supra* note 142 p. 141.

³⁰³ Seidl-Hohenveldern, “Federal Republic of Germany”, in E. Lauterpacht and J.G. Collier (eds.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium* (1977) 243 p. 247.

³⁰⁴ Caflisch, *supra* note 148, p. 499.

³⁰⁵ Rezek *supra* note 255 pp. 266–267. См. также Klein *supra* note 255 p. 184. Вот так был истолкован иск Мерже (*Supra* note 259, p. 455, para. V.5, цитируется выше в комментариях к статье 6 (пункт 91): см. van Panhuys (*supra* note 126 p. 78); Verdross and Simma (*supra* note 75 p. 905 (para. 1338); Jürgens (*Diplomatischer Schutz und Staatenlose* (1987) and Leigh (*supra* note 45 p. 472).

³⁰⁶ *Supra* note 62 pp. 265–266.

³⁰⁷ См. Khosrowshahi (F.L.) v. Iran (1990) 24 I.U.S.C.T.R p. 45; Saghi (J.) v. Iran (1993) Award No. 544-298-2. См. далее Aldrich *supra* note 283 pp. 76–79; Brower and Bruenschke, *supra* note 283 pp. 296–322.

современное состояние международного обычного права и согласуется с развитием международных стандартов в области прав человека, которые обеспечивают защиту лицам даже против государства, гражданами которого они являются³⁰⁸.

Статья 7

1. Любое государство, гражданином которого является лицо с двойным или множественным гражданством, в соответствии с критериями, перечисленными в статье 5, может осуществлять дипломатическую защиту от имени этого гражданина против государства, гражданином которого он также является.

2. Два или более государства гражданства по смыслу статьи 5 могут совместно осуществлять дипломатическую защиту от имени лица с двойным или множественным гражданством.

Комментарий

161. Принцип эффективного или преобладающего гражданства применяется и в том случае, когда государство гражданства пытается защитить лицо с двойным гражданством от третьего государства. В разрешенном в 1926 году Смешанным югославо-венгерским арбитражем деле *де Борна*, касающемся иска лица с двойным гражданством — Венгрии и Германии — против Югославии, Арбитраж объявил, что он обладает юрисдикцией, установив следующее:

«Арбитраж обязан изучить, в какой из двух стран существовали правовые и фактические элементы для цели создания эффективной, а не просто теоретической связи в виде гражданства, и обязанностью арбитража, наделенного международной юрисдикцией, является урегулирование коллизий в области гражданства. Для этой цели он должен принять во внимание, где истец был domiciliрован, где он осуществлял свою предпринимательскую деятельность и где он реализовал свои политические права.

Гражданство страны, установленное путем применения вышеуказанных критериев, должно преобладать»³⁰⁹.

162. Этот принцип получил определенную поддержку в статье 5 Гагской конвенции, регулирующей некоторые вопросы, связанные с коллизией законов о гражданстве 1930 года³¹⁰, которая предусматривает следующее:

«В пределах третьего государства лицо, имеющее более одного гражданства, пользуется таким режимом, как если бы оно имело только одно гражданство. Без ущерба для применения законов третьего государства в вопросах личного статуса и любых действующих конвенций это третье государство из гражданств, которыми любое такое лицо обладает, признает исключительно на своей территории либо гражданство страны, в которой оно постоянно или главным образом проживает, либо гражданство страны, с которой с учетом обстоятельств оно представляется фактически наиболее тесно связанным».

Хотя в этой статье конкретно не говорится о дипломатической защите, она может применяться для защиты лиц с двойным гражданством.

163. В последующих предложениях по кодификации отражен тот же подход. В 1965 году Институт международного права на своей варшавской сессии принял резолюцию, в статье 4(b) которой говорилось следующее:

«Представленный государством международный иск за вред, причиненный лицу, которое, помимо гражданства государства-истца, обладает гражданством государства, не являющегося государством-ответчиком, может быть отклонен последним и является неприемлемым для суда (юрисдикции), в который иск предъявлен, если только не будет установлено, что затрагиваемое лицо обладает более тесной (*préponderant*) связью с государством-истцом»³¹¹.

³⁰⁸ См. Hailbronner *supra* note 218 p. 35.

³⁰⁹ *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* 1925–26, Case No. 205.

³¹⁰ *Supra* note 164.

³¹¹ *Supra* note 103.

164. В Гарвардском проекте конвенции о международной ответственности государств за вред, причиненный иностранцам 1960 года³¹², косвенным образом поддержана эта норма, поскольку общая поддержка ею принципа эффективного гражданства может быть истолкована как возможность применения ко всем случаям, связанным с дипломатической защитой лиц с двойным гражданством. Аналогичный подход принял Гарсия Амадор в подготовленном в 1958 году его третьем докладе, который содержит предложение о том, чтобы дипломатическая защита лиц с двойным или множественным гражданством не допускалась, если только не будет доказано, что лицо имеет «более тесные и подлинные связи» с государством, предлагающим такую защиту, чем с любыми другими государствами³¹³.

165. Судейский корпус выступает против требования в отношении преобладающего или эффективного гражданства в том случае, когда разбирательство возбуждается от имени лица с двойным гражданством против третьего государства, гражданином которого потерпевший не является.

166. В деле *Салема* арбитраж заявил, что Египет не может сослаться на то обстоятельство, что потерпевший имел эффективное персидское гражданство, выступая против иска Соединенных Штатов, являющихся государством еще одного гражданства. Он постановил следующее:

«Норма международного права [заключается] в том, что в случае двойного гражданства третья держава неправомочна оспаривать иск одной из двух держав, гражданин которых участвует в деле, ссылаясь на гражданство другой державы»³¹⁴.

167. К аналогичному выводу пришла Итало-американская согласительная комиссия при рассмотрении дела *Вереано*, касавшегося иска от имени американского гражданина, который приобрел турецкое гражданство в результате заключения брака. В том случае Комиссия процитировала свое решение по делу *Мерже*, согласно которому:

«Граждане Соединенных Штатов, которые обладают не итальянским гражданством, а гражданством третьего государства, могут считаться «гражданами Соединенных Штатов» согласно Договору, даже если их преобладающим гражданством является гражданство третьего государства»³¹⁵.

168. Это правило было подтверждено Комиссией в 1958 году при рассмотрении дела *Флегенхаймера*³¹⁶.

169. В деле *Станковича* та же Комиссия рассматривала иск, предъявленный Соединенными Штатами от имени югославского гражданина, который эмигрировал в Швейцарию после создания Союзной Республики Югославии и в 1948 году получил там документы лица без гражданства. В 1956 году он стал натурализованным гражданином Соединенных Штатов. После возражений со стороны итальянских властей Комиссия заявила, что Соединенные Штаты вправе поддержать иск *Станковича*, даже с учетом того, что он является гражданином другого государства. По их мнению, изменение гражданства одного из членов Организации Объединенных Наций на гражданство другого члена не может отразиться на юрисдикции Комиссии³¹⁷.

170. Вышеуказанная коллизия в отношении требования наличия эффективной связи в случаях двойного гражданства с участием третьих государств

³¹² Статья 23(2). Sohn and Baxter *supra* note 37.

³¹³ Ibid., article 21(4).

³¹⁴ *Supra* note 181, p. 1188(1932).

³¹⁵ *Mergé claim, supra* note 259, p. 456, para. 8, cited in Vereano claim (1957) 25 I.L.R. pp. 464–465.

³¹⁶ *Supra* note 177, p. 149.

³¹⁷ (1963), 40 I.L.R. p. 155.

оптимальным образом разрешается на основе компромисса, который требует, чтобы государство-истец демонстрировало наличие bona fide связи в виде гражданства между ним и потерпевшим. Это правило применялось Трибуналом по урегулированию взаимных претензий Ирана и США в целом ряде дел, касающихся истцов, которые одновременно были гражданами Соединенных Штатов и третьего государства³¹⁸. Даже когда в таких случаях поднимался вопрос преобладающего гражданства, требуемое доказательство часто носило менее строгий характер, чем в делах, касавшихся лиц с двойным гражданством Ирана и Соединенных Штатов³¹⁹. Однако в ряде случаев Трибунал указал, что если бы было доказано, что истец обладает гражданством третьего государства, то необходимо было бы определить его преобладающее гражданство³²⁰.

171. Тот же подход применяет и Компенсационная комиссия Организации Объединенных Наций, поскольку она не будет рассматривать иски «от имени иракских граждан, которые не имеют bona fide гражданства другого государства», в то время как ограничений на иски лиц, имеющих гражданство двух государств (помимо Ирака) не установлено³²¹.

172. Когда одно государство гражданства предъявляет иск другому государству гражданства от имени лица с двойным гражданством, мы, безусловно, имеем дело с коллизией законов³²². Однако такой проблемы не возникает, когда одно государство гражданства пытается предоставить защиту лицу с двойным гражданством против третьего государства. Вследствие этого нет оснований для применения

³¹⁸ См., например, *Dallal v. Iran* (1983) 3 I.U.S.C.T.R. 10 p. 23, *Bederman*, *supra* note 296, pp. 123–124.

³¹⁹ См., например, *Saghi (j.M.) b. Iran* (1987) 14 I.U.S.C.T.R. 3 pp. 4,6.; *McHarg, Roberts, Wallace and Todd v. Iran* (1986) 13 I.S.C.T.R. p. 289. See further *Aldrich* *supra* note 283 pp. 56–57.

³²⁰ *Uiterwyk Corporation v. Iran* (1988) 19 I.U.S.C.T.R. 107 pp. 107 and 118. (Олдрич считает, что это дело подтверждает точку зрения о том, что для данного вида дел необходимы были менее строгие доказательства. *Supra* note 283 p. 57.) *Asghar b. Iran* (1990) 24 I.U.S.C.T.R. pp. 242–243; *Daley v. Iran* (1988) 18 I.U.S.T.R. pp. 236–237.

³²¹ *Supra* note 285 p. 3.

³²² *Parry* *supra* note 190 p. 707.

принципа преобладающего или эффективного гражданства³²³. Такой подход принят в государственной практике Великобритании³²⁴.

173. Однако государство-ответчик может возражать в том случае, когда гражданство государства-истца было приобретено недобросовестно, с тем чтобы возбудить соответствующее разбирательство. В этой связи дипломатическая защита должна допускаться в случаях лиц с множественным гражданством со стороны любого государства, с которым они имеют bona fida связь в виде гражданства, против любого третьего государства. Лицу с множественным гражданством должно быть разрешено предъявлять иск о возмещении в любом порядке, который допускает предъявление международного иска гражданином любого из государств, с которыми он имеет bona fida связь в виде гражданства.

174. В принципе ничто не препятствует тому, чтобы два государства гражданства совместно осуществили право, имеющееся у каждого государства гражданства. Таким образом, должно допускаться совместное осуществление дипломатической защиты двумя или более государствами, с которыми потерпевший имеет bona fida связь³²⁵.

³²³ См., например, *Oppenheim's International Law*, *supra* note 34 pp. 883. См. также С.В. Черниченко «Международно-правовые вопросы гражданства» (1968 год), стр. 110–112; Н.А. Ушаков и другие «Курс международного права» (1990 год), стр. 80–82; Nailbronner *supra* note p. 36. По мнению Ли, консульская защита, как правило, осуществляется в таких случаях без возражений со стороны принимающего государства. (*Supra* note 141 p. 159.)

³²⁴ Первое предложение правила III правил британского правительства, применяемых к международным искам, которое цитируется в Warbrick, *supra* note 132 pp. 1006–1007, гласит следующее:

«Когда истец является лицом с двойным гражданством, правительство Ее Величества может поддерживать его иск (хотя в определенных обстоятельствах может оказаться уместным, чтобы правительство Ее Величества делало это совместно с другим правомочным на то правительством)».

³²⁵ Van Panhuys *supra* note 126 p. 80; Ohly *supra* note 162 p. 289; Warbrick *supra* note 132 pp. 1006–1007.

Статья 8

Государство может осуществлять дипломатическую защиту потерпевшего лица, которое не имеет гражданства и/или является беженцем, если такое лицо обычно и на законных основаниях проживает в государстве, выдвигающем претензию [и имеет эффективную связь с этим государством?]; при условии, что ущерб был нанесен после того, как это лицо стало на законных основаниях проживать в этом государстве.

Комментарий

175. Как указывается в статье 1(1) и комментарии к ней, дипломатическая защита традиционно ограничивается гражданами³²⁶. На то, что защита не распространяется на лиц без гражданства, было четко указано в решении по делу «Диксон кар вил кампани против Мексиканских Соединенных Штатов», в котором Трибунал заявил следующее:

«Государство ... не совершает международное правонарушение, нанося ущерб апатриду, и, следовательно, ни одно государство не имеет права вмешиваться или предъявлять жалобу от его имени ни до того, ни после того, как был нанесен ущерб»³²⁷.

В традиционной норме не учитывается статус апатридов и беженцев, и, соответственно, она не согласуется с современным международным правом, в котором отражена озабоченность в отношении статуса принадлежащих к обоим этим категориям лиц³²⁸. Об этом свидетельствуют такие конвенции, как Конвенция о сокращении безгражданства (1961 год)³²⁹ и Конвенция о статусе беженцев (1951 год)³³⁰.

³²⁶ На Гагской кодификационной конференции 1930 года Нидерланды предложили признать право принимающего государства защищать беженцев. Это предложение принято не было. См. van Panhuys, выше примечание 126, p. 72.

³²⁷ 4 R.I.A.A. 699, p. 678.

³²⁸ См. *Oppenheim's International Law*, выше, примечание 34, p. 887.

³²⁹ 989 U.N.T.S. p. 175.

³³⁰ 189 U.N.T.S. p. 150.

176. В связи с беженцами возникает особая проблема, поскольку они «не могут пользоваться защитой [страны своей гражданской принадлежности] или не желают пользоваться такой защитой»³³¹. Если беженец обращается с просьбой о защите к государству своей гражданской принадлежности и получает ее, то он теряет статус беженца³³². Кроме того, Граль-Мадсен выдвинул аргумент о том, что государство гражданской принадлежности теряет свое право оказывать дипломатическую защиту беженца³³³.

177. Определенная защита апатридов и беженцев предусматривается в конвенциях по вопросам прав человека, которые наделают правами всех лиц, проживающих на территории того или иного государства-участника. Такая защита неизбежно носит ограниченный характер, поскольку большинство государств не стали участниками этих документов или не признали право на подачу индивидуальной жалобы.

178. В конвенциях по беженцам и апатридам вопрос о дипломатической защите не решен удовлетворительным образом. В приложении к Конвенции 1951 года о статусе беженцев предусматривается подготовка конвенции о проездных документах³³⁴, однако четко указывается, что «выдача документа никоим образом не наделяет его держателя правом на защиту дипломатических или консульских органов страны выдачи документа и не предоставляет этим органам право осуществлять защиту»³³⁵. Вместе с тем Гудвин-Джилл заявляет, что «на практике ... выдающие документы государства часто оказывают содействие, которое по своему объему меньше полной защиты ...»³³⁶. В Конвенции 1954 года о

статусе апатридов³³⁷ предполагается, что государство проживания апатрида может рассматривать его как «обладающее правами и обязательствами, связанными с гражданством этой страны»³³⁸. В контексте административной помощи она предусматривает также следующее:

«Когда пользование каким-либо правом апатридами обычно требует содействия властей иностранного государства, к которым эти апатриды не могут обращаться, Договаривающиеся государства, на территории которых проживают упомянутые апатриды, будут принимать меры к тому, чтобы такое содействие оказывалось им их собственными властями»³³⁹.

В отличие от этого в Конвенции 1961 года о сокращении безгражданства³⁴⁰ вопрос о защите обойден молчанием.

179. С учетом этих обстоятельств было выдвинуто предложение о том, что государство, в котором беженец или апатрид проживал на протяжении значительного периода времени и с которым это лицо имеет эффективную связь, должно иметь право осуществлять его дипломатическую защиту³⁴¹. Это согласовалось бы с мнением Граль-Мадсена о том, что:

«ходатайство о предоставлении убежища или статуса беженца представляет собой не просто проявление желания, а определенный юридический шаг, который может завершиться предоставлением убежища или статуса беженца. Если такой статус предоставляется, то он напоминает собой процедуру приобретения нового гражданства»³⁴².

³³¹ Статья 1(A)(2) Конвенции о статусе беженцев, 189 U.N.T.S. p. 137.

³³² См. F. Grahl-Madsen, "Protection of Refugees by Their Country of Origin", (1986) 11 *Yale J.I.L.* p. 392.

³³³ Ibid. 389, 391, 394. Обсуждение этого вопроса см. Lee, выше, примечание 141, pp.352–359.

³³⁴ Положения статьи 28.

³³⁵ Пункт 16.

³³⁶ *The Refugee in International Law*, 2nd ed. (1996) p. 305. Швейцария занимает позицию, согласно которой она будет защищать беженцев, которые утратили фактическую связь со своим государством, с согласия государства, против которого выдвигается претензия: Note of 26 January 1978, (1978) 34 *Schweiz J.I.R.* p. 113).

Бельгия предоставляет административную и консульскую помощь за рубежом небельгийским подданным, которые имеют статус беженца в Бельгии. (Lee, выше, примечание 141, p. 358).

³³⁷ 360 U.N.T.S. p. 117.

³³⁸ Статья 1(2)(ii).

³³⁹ Там же, статья 25(1). См. также статью 14 в отношении авторских и промышленных прав.

³⁴⁰ Выше, примечание 329.

³⁴¹ Brownlie, *Principles*, выше, примечание 39, p. 423; Ohly, выше, примечание 162, p. 313 fn 81. См. также *Oppenheim's International Law*, выше, примечание 34, pp. 886–887; Jürgens, выше, примечание 305, p. 218.

³⁴² Выше, примечание 332, p.381.

Это мнение поддержал Ли, который заявил следующее:

«Действительно, существуют основания для поддержки аналогии между статусом беженца и статусом гражданина государства убежища, поскольку с точки зрения беженца его ходатайство о предоставлении политического убежища свидетельствует о его намерении разорвать связь со страной происхождения, с одной стороны, и о его готовности попасть под защиту государства убежища, с другой. Государство убежища, предоставляя убежище беженцу и выдавая ему документ, удостоверяющий личность, и проездные документы, выражает свою готовность принять и защитить его»³⁴³.

180. Проживание является важным элементом требования об эффективной связи, о чем свидетельствует практика Трибунала по рассмотрению взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов³⁴⁴. Она также признается в качестве основания для предъявления претензии в Компенсационную комиссию Организации Объединенных Наций³⁴⁵.

181. В Европейской конвенции 1967 года о консульских функциях (которая еще не вступила в силу) устанавливается аналогичная система защиты апатридов на основе обычного проживания, а не гражданства:

«Консульское должностное лицо государства, в котором апатрид имеет обычное местожительство, может защищать его в порядке, предусмотренном в пункте 1 статьи 2 настоящей Конвенции, при условии, что

соответствующее лицо не является бывшим гражданином принимающего государства»³⁴⁶.

В Протоколе, касающемся защиты беженцев, излагается аналогичная норма:

«Консульское должностное лицо государства, в котором беженец имеет обычное место жительства, имеет право защищать такого беженца и отстаивать его права и интересы в соответствии с Конвенцией в консультации, по возможности с Управлением Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев или любым другим учреждением Организации Объединенных Наций, к которому может перейти выполнение его функций»³⁴⁷.

182. Следовательно, статья 8 согласуется с современными событиями в области защиты беженцев и апатридов. Кроме того, она поддерживается подготовленным в 1960 году Гарвардским проектом конвенции о международной ответственности государств за ущерб иностранцам³⁴⁸, в котором термин «гражданин» для целей конвенции определен как «лицо без гражданства, обычно проживающее в этом государстве». В своем докладе Ассоциации международного права 1999 года³⁴⁹ Оррего Вилуния также рекомендует предусмотреть возможность подачи претензий от имени неграждан в случаях, связанных с «гуманитарными соображениями, когда индивид не имеет никакой иной возможности для того, чтобы отстаивать свои права».

183. Статья 8 является результатом скорее прогрессивного развития, чем кодификации. Поэтому важно установить условия для осуществления этого права. Оговорка в статье 8 ограничивает осуществление этого права случаями ущерба физическому лицу, который был нанесен после того, как оно стало жителем выдвигającego претензию государства. Поскольку свобода беженца или апатрида путешествовать за рубежом будет в общем ограничена по причине отсутствия паспорта или другого действительного проездного

³⁴³ Выше, примечание 141, p. 358. См. также decision No. 60 VIII 59 of 4 August 1959 of the Verwaltungsgerichtshof Munich.

³⁴⁴ См. ход обсуждения вопроса об эффективной связи в пункте 97 выше.

³⁴⁵ Статья 5(a) Временных правил о процедуре представления претензий предусматривает, что «правительство может представлять претензии от имени своих граждан и по своему усмотрению от имени других лиц, проживающих на его территории». Документ Организации Объединенных Наций S/AC.26/1992/10.

³⁴⁶ E.T.S. No. 61, article 46(1).

³⁴⁷ E.T.S. No. 61A, article 2(2).

³⁴⁸ См. Sohn and Baxter, выше примечание 37, p. 578 (Article 21(3)(c)).

³⁴⁹ Выше, примечание 93, p. 27, clause 7.

документа, это право будет редко использоваться на практике.

184. Оговорка содержит важное ограничение в отношении права на осуществление дипломатической защиты: во многих случаях беженец понесет ущерб, находясь во власти государства его гражданской принадлежности, которое он покинул, с тем чтобы избежать преследований. Однако было бы неправильным, если бы государство, предоставившее убежище, осуществляло дипломатическую защиту в интересах беженца при таких обстоятельствах. Возражения в отношении наделения государства последующей гражданской принадлежности правом защищать гражданина от государства его предыдущей гражданской принадлежности применяется *a fortiori* в отношении защиты беженцев. Этот вопрос обсуждается в статье, в которой идет речь о непрерывном гражданстве.

187. Защита агента какой-либо международной организации в рамках «функциональной защиты» организации влечет за собой особые вопросы, отличающиеся от дипломатической защиты. На нынешнем этапе Специальный докладчик еще не решил, будет ли он включать эту тему в свое исследование. Совет Комиссии в этой связи был бы полезным.

188. «Отказ в правосудии» — это тема, тесно связанная с дипломатической защитой. Вместе с тем, как представляется, в данном случае речь идет скорее о первичной, чем о вторичной норме. И в этом случае Специальный докладчик был бы признателен, если бы Комиссия дала ему совет относительно того, следует ли эту тему включать в исследование.

Будущие доклады (и статьи)

185. На более позднем этапе будет представлен доклад, в котором будут рассматриваться два следующих вопроса:

а) право государства, гражданином которого не является потерпевшее лицо, на осуществление дипломатической защиты в его интересах, если ущерб был причинен в результате нарушения нормы *jus cogens*, а государство его гражданской принадлежности отказалось осуществить защиту. В этом проекте статьи будет рассмотрен спорный вопрос о том, применима ли каким-либо образом к дипломатической защите доктрина обязательств *erga omnes*;

б) требование о непрерывном гражданстве и возможность передачи претензий.

186. В последующих докладах будет речь идти о следующем:

а) исчерпание местных средств правовой защиты;

б) отказ от дипломатической защиты от имени потерпевшего лица;

с) отказ дать согласие на дипломатическую защиту от имени потерпевшего лица;

д) защита корпораций.