

**Генеральная Ассамблея**

Distr.: General
16 April 2002
Russian
Original: English

Комиссия международного права**Пятьдесят четвертая сессия**

Женева, 29 апреля — 7 июня и
22 июля — 16 августа 2002 года

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

Добавление**Содержание**

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
D. Клаузула Кальво		
Статья 16		
1. Введение	1	2
2. История	2–4	3
3. Сфера применения	5–6	4
4. Кодификация в Северной и Южной Америке	7–13	5
5. Кодификация: Международная перспектива	14–17	6
6. Практика государств	18	9
7. Судебные решения	19–30	10
8. Мнения ученых	31	14
9. Последние события	32–38	17
10. Заключение	39–40	20

D. Клаузула Кальво

Статья 16

1. Договорное условие между иностранцем и государством, в котором он ведет свои дела, относительно того, что:

а) иностранец будет удовлетворен местными средствами правовой защиты; или

б) никакой спор, возникающий в связи с договором, не подлежит урегулированию посредством международного иска; или

в) для целей договора иностранец будет пользоваться таким же режимом, что и гражданин договаривающегося государства,

что он, согласно международному праву, будет рассматриваться как законный отказчик от права иностранца просить дипломатической защиты по вопросам, связанным с договором. Такое договорное условие, однако, не затрагивает право государства гражданства иностранца обеспечивать дипломатическую защиту от имени такого лица в тех случаях, когда ему причинен вред в результате международно противоправного деяния, приписываемого договаривающемуся государству, или когда вред, причиненный иностранцу, непосредственно касается государства гражданства иностранца.

2. Договорное условие, упомянутое в пункте 1, будет рассматриваться как презумпция необходимости исчерпания местных средств правовой защиты до обращения к международным средствам судебного урегулирования.

1. Введение

1. «Клаузула Кальво» представляет собой договорное обязательство иностранца, на основании которого он соглашается отказаться от какого-либо права, которое он может иметь на дипломатическую защиту со стороны государства своего гражданства по вопросам, связанным с договором, и он будет ограничиваться исключительно местными средствами правовой защиты в случае какого-либо вреда, который может быть ему причинен в связи с договором¹. Названная в честь известного аргентинского юриста Карлоса Кальво (1824–1906 гг.), упомянутая клаузула широко использовалась в юридических диспутах о норме исчерпания местных средств правовой защиты и даже в 1955 году характеризовалась как «один из наиболее противоречивых вопросов современной международной дипломатии и юриспруденции»². Хотя она почти целиком исчезла из реалий сегодняшнего дня, никакая кодификация нормы исчерпания местных средств правовой защиты не будет полной без признания этой клаузулы. Кроме того, игнорировать ее означало бы не учесть компонент

¹ A.V. Freeman, "Recent Aspects of the Calvo Doctrine and the Challenge to International Law", (1946) 40 *A.J.I.L.* 121, at p. 130). See also F.V. Garcia-Amador, "Calvo Doctrine, Calvo Clause", in 1 *Encyclopedia of Public International Law* (1992), 521, at p. 522; G.Schwarzenberger, *International Law*, vol.1 (International Courts), 3rd ed. (1957), p. 150; D.R. Shea, *The Calvo Clause: A Problem of International Law and Diplomacy* (1955), p.6.

² Shea, *supra* note 1, p. 6.

нормы исчерпания местных средств правовой защиты, который превозносился в качестве регионального обычая в Латинской Америке³, образуя тем самым часть национальной самобытности многих государств⁴.

2. История

2. Революции, гражданские войны и внутренние беспорядки являлись обычными явлениями латиноамериканской истории в конце девятнадцатого столетия и начале двадцатого. Граждане европейских государств и Соединенных Штатов Америки, втянутые в эти гражданские беспорядки, зачастую страдали от физических увечий и ущерба их собственности. В тех случаях, когда принимающее государство отказывалось от ответственности за такие увечья и ущерб, иностранцы зачастую обращались за защитой к государству своего гражданства и просили его выставить от их имени иск о компенсации в международных судебных инстанциях. Неизбежно иностранцы злоупотребляли своим привилегированным положением. Как указывает Шей в статье «Клаузула Кальво: Проблема межамериканского и международного права и дипломатии» (1955):

«Граждане зачастую считали, что они имеют право на полную безопасность своей личности и собственности и они обращались к своим правительствам за помощью по довольно пустяковым жалобам, не предпринимая каких-либо реальных усилий по решению их с помощью местных средств правовой защиты. Государство, к которому обращались с просьбой о помощи, действуя на основании ограниченных, односторонних доказательств и зачастую находясь под внутренним политическим давлением, поддерживало иски, которые часто не имели под собой веских юридических оснований. Использование вооруженной силы с целью заставить более слабые государства удовлетворить эти сомнительные иски не являлось таким уж редким явлением, и иногда случалось так, что жесткие меры, принятые в порядке обеспечения компенсации за якобы причиненный вред, выходили далеко за рамки первоначально нанесенного ущерба»⁵.

Комиссии по смешанным искам, созданные для урегулирования таких споров, представлялись латиноамериканским государствам пристрастными в пользу государства, обеспечивающего защиту.

3. Вследствие указанного, латиноамериканские государства пытались подорвать институт дипломатической защиты, выдвигая теории, которые ставили под сомнение саму его основу. Прежде всего, в доктрине Драго, кодифицированной в Портеровской конвенции 1907 года, вооруженное вмешательство для взыскания долгов с государства объявлялось неправомерным; эта доктрина появилась в основном на волне германской, британской и итальянской интервенции в Венесуэлу в 1902–1903 годах. Во-вторых, доктрина Кальво пыталась объявить юридически несостоятельными все формы дипломатической защиты ссылкой на два принципа: суверенное равенство государств, которое запрещало иностранное вмешательство, и равенство граждан и иностранцев, которое ли-

³ *Ibid*, pp. 260–279.

⁴ F. Oschmann, *Calvo-Doktrin und Calvo Klauseln* (1993), p. 381.

⁵ *Op. cit.*, p. 12.

шало иностранцев их притязания на привилегированный режим⁶. Касаясь этого последнего принципа, Кальво заявил:

«Несомненно, иностранцы, которые обосновались в стране, имеют такое же право на защиту, что и граждане этой страны, однако они не должны притязать на более весомую защиту...

Ответственность государств по отношению к иностранцам не может быть большей, чем та, которую эти государства несут перед своими собственными гражданами»⁷.

4. Попытки применить на практике доктрину Кальво посредством договоров и закрепления ее в конституциях или законодательных положениях в целом оказались безуспешными⁸. Именно клаузула Кальво — клаузула, включаемая в договор между иностранцем и принимающим государством, согласно которой иностранец соглашался отказаться от своего права просить дипломатической защиты в любом споре, возникающем из договора, — обеспечивала определенную степень успешного применения доктрины Кальво. Именно в этом понимании вспоминают сегодня о доктрине Кальво.

3. Сфера применения

5. О том, что клаузула Кальво может принимать различные формы, свидетельствует тот факт, что правовики представляют ее в различных формулировках⁹. Самая четкая формулировка была дана Гарсией Амадором:

«Иногда она просто представляет собой положение, согласно которому заинтересованный иностранец будет удовлетворен решением, вынесенным местными судами. В других случаях эта клаузула означает более четкий и широкий отказ от дипломатической защиты, поскольку она предусматривает, что споры, которые могут возникнуть, ни при каких обстоятельствах не должны приводить к предъявлению международного иска или же что для целей договора или концессии иностранные физические и юридические лица должны рассматриваться как граждане страны».¹⁰

6. Клаузула Кальво относится к договорным отношениям между иностранцем и принимающим государствам и она действует лишь в связи со спорами, касающимися толкования, применения или исполнения договора¹¹. Из нее не вытекает, что отказ от права на защиту представляет собой отказ от правосу-

⁶ See A.S. Hersley, "The Calvo and Drago Doctrines" (1907) 1 *AJIL* 26.

⁷ *Le Droit International: Théorique et Pratique*, 5e éd. (Paris, 1896), vol. VI, p. 231; see also vol. III, p. 138. Translation by Shea, *supra* note 1, pp. 18–19.

⁸ Shea, *supra* note 1, pp. 21–27.

⁹ See D.P. O'Connell, *International Law*, 2nd ed. (1970), vol. II, pp. 1059–1060; C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law* (1928), p. 168; W.K. Greck, "Diplomatic Protection", 1 *EPIL* 1045 (1992), p. 1058; F.S. Dunn, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law* (1932), p. 169; K. Lipstein, "The Place of the Calvo Clause in International Law", 22 *BYIL* 130 (1945) 131–134.

¹⁰ F.V. García-Amador, "State Responsibility. Some New Problems" (1958-II) 94 *Recueil des Cours* 369, 455–456 (hereinafter "State Responsibility"); F.V. García-Amador, *International responsibility*, Third report, *Yearbook ... 1958*, vol. II, p. 47, at p. 58, document A/CN.4/111 (hereinafter Third Report).

¹¹ *Ibid.*, "State Responsibility", 456.

дия, который может иметь место в разбирательстве в связи с договором в муниципальном суде¹².

4. Кодификация в Северной и Южной Америке

7. Попытки кодифицировать клаузулу Кальво в латиноамериканских государствах были в основном успешными.

8. В 1902 году на второй Международной конференции американских государств, состоявшейся в городе Мехико, была принята Конвенция о правах иностранцев, которая, признав равенство граждан и иностранцев (без каких-либо особых привилегий для последних), предусматривала, что:

«В случае, когда у иностранца имеются иски или жалобы гражданского, уголовного или административного порядка по отношению к государству или его гражданам, он представляет свои иски в компетентный суд этой страны; такие иски не представляют по дипломатическим каналам, за исключением случаев, когда со стороны суда был продемонстрирован явный отказ в справедливом разбирательстве, или же были допущены необычные задержки, либо явные нарушения принципов международного права»¹³.

Соединенные Штаты присутствовали на этой конференции, однако они воздержались от голосования по самой конвенции.

9. В 1933 году в Монтевидео состоялась седьмая Международная конференция американских государств. В самом начале она приняла резолюцию, поддержанную Соединенными Штатами, которая гласила:

«Вновь подтверждает также, что дипломатическая защита не может обеспечиваться в пользу иностранцев, если они не исчерпали все законные меры, установленные в законодательстве страны, в которой начинается рассмотрение дела. При этом исключаются случаи явного отказа или неразумной задержки отправления правосудия, которые всегда будут толковаться ограниченно, т.е. в пользу суверенитета государства, в котором может отмечаться различие. Если в отношении указанного различия не будет достигнуто договоренности по дипломатическим каналам в течение разумного периода времени, вопрос тогда передается на арбитражное разбирательство»¹⁴.

10. На Конференции затем была принята Конвенция о правах и обязанностях государств, в статье 9 которой предусматривается, что:

«Граждане и иностранцы пользуются по закону одинаковой защитой, а власти государства и иностранцы не могут притязать на права, иные,

¹² Этот вопрос более подробно разбирается в пункте 31(d) ниже. Мнение Гарсии Амадора, приведенное в сноске 61, по-видимому, противоречит этому положению.

¹³ Текст этой Конвенции содержится в приложении 5 к первому докладу об ответственности государств, представленному Ф.В. Гарсией Амадором Комиссии 20 января 1956 года: Ежегодник, 1956 год, том II, стр. 173 и 236 англ. текста (документ A/CN.4/96). Более подробно об этой Конвенции и последующих попытках подтвердить ее положения см. Шей, сноска выше, на стр. 77–79 английского текста.

¹⁴ См. García Amador, *supra* note 13.

чем те, которыми пользуются граждане, или в объеме, их превосходящем»¹⁵.

11. Хотя Соединенные Штаты стали участниками этой Конвенции, они, согласно международному праву, зарезервировали за собой права, которые вызвали сомнения относительно принятия ими этого положения, поскольку оно не соответствовало пониманию Соединенными Штатами прав иностранцев по международному праву¹⁶.

12. На девятой Международной конференции американских государств в Боготе в 1948 году было принято следующее положение в качестве статьи VII Пакта Боготы:

«Высокие договаривающиеся стороны обязуются не предпринимать дипломатических шагов с целью защиты интересов своих граждан и не передавать спорный вопрос в суд международной юрисдикции для этой цели, когда указанные граждане имеют возможность передать свои дела в компетентные национальные суды соответствующего государства»¹⁷.

13. Хотя Соединенные Штаты ратифицировали вышеупомянутый договор, они добавили следующую оговорку:

«Правительство Соединенных Штатов не может принять статью VII относительно дипломатической защиты и исчерпания средств правовой защиты. Со своей стороны правительство Соединенных Штатов признает нормы дипломатической защиты, включая норму об исчерпании иностранцами местных средств правовой защиты, как это предусмотрено международным правом»¹⁸.

5. Кодификация: Международная перспектива

14. Попытки кодифицировать клаузулу Кальво на международном уровне оказались менее успешными.

15. Конференции по кодификации международного права, состоявшейся в Гааге в 1930 году, были представлены доклад Гуэрреро 1926 года¹⁹, проект, подготовленный Гарвардской школой права в 1929 году²⁰, и Основы для обсу-

¹⁵ 165 L.N.T.S. 19.

¹⁶ См. Shea, *supra* note, pp. 81–83.

¹⁷ Американский договор о тихоокеанском урегулировании (Вашингтон, О.К., 1948 год). Шей, там же, стр. 102 англ. текста.

¹⁸ Там же, стр. 103 англ. текста.

¹⁹ По вопросу об ответственности государств за ущерб, нанесенный на их территории иностранцам или их собственности, см. Гарсиа Амадор, сноска 13 выше, стр. 221–222 (1926) 20 *A.J.I.L.* 176, стр. 182–185 англ. текста (специальное добавление).

²⁰ Проект конвенции об ответственности государств за ущерб, нанесенный на их территории иностранцам или их собственности. Статья 17 этого проекта предусматривала: «Государство не освобождается от ответственности вследствие любого положения, содержащегося в его собственном законодательстве, или в соглашении с иностранцем, которое предпринимает попытки снять с себя ответственность посредством придания решениям своих собственных судов окончательного характера; не освобождается оно также от такой ответственности и вследствие какого-либо отказа со стороны иностранца от защиты государства, гражданином которого он является». См. Гарсиа Амадор, сноска 13 выше, стр. 229–230; (1929) 23 *A.J.I.L.* 131, стр. 202–203 англ. текста (специальное дополнение).

ждения, составленные в 1929 году Подготовительным комитетом Конференции²¹, в которых содержались предложения, относящиеся к клаузуле Кальво. Клаузулу, однако, не рассматривали на Конференции, в основном из-за разногласий по вопросу об отказе в правосудии. Конференция закончилась, не достигнув договоренности по вопросу о Конвенции²².

16. В 1961 году Гарвардская школа права подготовила еще один проект конвенции о международной ответственности государств за вред, причиненный иностранцам, который в статье 22 предусматривал следующее:

«(4) Никакой иск не может быть подан истцом, если *после причинения ему вреда* и без принуждения сам истец или лицо, в связи с которым возник его иск, отказались от иска, достигли по нему компромисса или урегулировали его.

(5) Никакой иск на основании настоящей Конвенции не может быть подан истцом в связи с каким-либо вредом, указанным в пункте 2(e), 2(f), 2(g) или 2(h) статьи 14 [уничтожение, нанесение ущерба или потеря собственности; лишение возможности пользоваться собственностью; лишение средств к существованию и утрата или лишение возможности пользоваться правами на основании договора или концессии]:

²¹ Гарсиа Амадор, сноска 13 выше, стр. 223–225 англ. текста. Соответствующие основы для обсуждения содержатся в №№ 26, 27, 5 и 6, в которых предусматривается:

«26. Обязательство стороны договора, что она не будет прибегать к дипломатической защите, не является обязательным для государства, гражданином которого является этот иностранец, и не освобождает государство, с которым заключен договор, от его международной ответственности. Если в договоре иностранец дает имеющее юридическую силу согласие с тем, что лишь местные суды будут иметь юрисдикцию, это положение является обязательным для любого международного суда, в который представлен иск по договору; в таком случае лишь государство будет нести ответственность за ущерб, нанесенный иностранцу, в случаях, рассматриваемых в Основах для обсуждений №№ 5 и 6.

27. В том случае, когда иностранец располагает средством правовой защиты в судах государства (к которым относятся и административные суды), это государство может потребовать, чтобы любой вопрос о международной ответственности оставался открытым до тех пор, пока его суды не вынесут своего окончательного решения. Эта норма не исключает применения положений, изложенных в Основах для обсуждений №№ 5 и 6.

5. Государство ответственно за ущерб, нанесенный иностранцу в результате того, что:

- 1) ему отказано в доступе в суды для защиты его прав;
- 2) судебное решение, которое является окончательным и обжалованию не подлежит, является несовместимым с договорными обязательствами или другими международными обязательствами государства;
- 3) имела место недобросовестная задержка со стороны судов;
- 4) решение по существу дела явно было принято со злым умыслом по отношению к иностранцам как таковым или по отношению к гражданам определенного государства.

6. Государство является ответственным за ущерб, нанесенный иностранцу в результате того, что суды следовали процедуре и выносили решение с ошибками, настолько огромными, что ни о каких обязательных гарантиях с их стороны относительно надлежащего отправления правосудия не могло быть и речи».

²² Е.М. Борчард «Ответственность государств на Гаагской конференции по кодификации» (1930) 24 *A.J.I.L.* 516, на стр. 539 англ. текста.

- a) если до приобретения им прав на собственность или права заниматься какой-либо профессией или каким-либо делом на территории государства, ответственного за причинение вреда, или в качестве условия приобретения прав по договору с государством или на основании концессии, предоставленной этим государством, иностранец, которому такие права были предоставлены, согласился отказаться от предъявления исков, которые могут возникнуть в результате нарушения государством-ответчиком любых прав, приобретенных таким образом;
- b) если государство-ответчик не изменило соглашение в одностороннем порядке путем принятия законодательного акта или каким-либо иным образом и соблюдало при этом порядок и условия, установленные в соглашении; и
- c) если вред возник в результате нарушения государством прав, приобретенных таким образом иностранцем.

(6) Никакой иск не может быть представлен истцом в отношении какого-либо вреда, перечисленного в пункте 2 статьи 14, если в качестве условия разрешения заниматься деятельностью, сопряженной с чрезвычайно высокой степенью риска, — привилегия, которая в иных условиях не была бы предоставлена ему государством, иностранец согласился отказаться от представления какого-либо иска в связи с таким вредом и если иск возникает по причине действия или упущения, приписываемого государству, которое имеет обоснованно тесную связь с такой деятельностью. *Такой отказ имеет юридическую силу, однако только в том случае, если вред возникает по причине халатности или упущения, либо в результате неприятия должных мер предосторожности, обеспечивающих защиту данному иностранцу, а не в результате вреда, причиненного умышленным действием или упущением, приписываемым этому государству»*²³.

Статья 24(1) далее предусматривает:

«Государство не может представить иск, если истец или лицо, в связи с которым этот иск возник, отказались от представления иска, достигли по нему компромисса или урегулировали его на основании пунктов 4, 5 или 6 статьи 22».

17. В период с 1956 по 1961 год Специальный докладчик по вопросу об ответственности государств г-н Гарсиа Амадор представил Комиссии международного права ряд докладов, в которых упоминалась клаузула Кальво. В своем первом докладе за 1956 год он предложил следующую основу для обсуждения:

«Отказ от дипломатической защиты, будь то со стороны государства или иностранных частных лиц. Отказ от дипломатической защиты со стороны частного лица представляет собой оправдательное обстоятельство в том плане, что клаузула Кальво не касается прав, от которых в силу их

²³ Воспроизведено в (1961) 55 A.J.I.L. 548 на стр. 578–579 англ. текста. Выделено курсивом. В соответствии со статьей 22(1) слово «истец» означает иностранец, которому причинен вред.

природы нельзя отказаться, или вопросов, в которых частное лицо не является единственной заинтересованной стороной»²⁴.

В 1961 году в своем шестом и заключительном докладе он предложил:

«(2) ...в случае невыполнения обязательств, предусмотренных в договоре или концессии, международный иск не принимается к рассмотрению, если заинтересованный иностранец отказался от дипломатической защиты государства, гражданином которого он является, и обстоятельства соответствуют условиям такого отказа ...

(4) Отказ от дипломатической защиты ... не лишает государство гражданства права возбуждать международный иск в обстоятельствах и для целей [недопущения повторения деяния, приведшего к причинению вреда]»²⁵.

6. Практика государств

18. Всестороннее исследование Шеером клаузулы Кальво, опубликованное в 1955 году, показывает, что в те времена клаузула Кальво признавалась на практике, в законодательстве и в конституциях большинства латиноамериканских государств²⁶, и ее можно охарактеризовать как латиноамериканский региональный обычай²⁷. За пределами Латинской Америки практика государств являлась очень различной. Долгое время Соединенные Штаты придерживались мнения о том, что эта клаузула не допускает и не может допускать отказа от права государства гражданства предоставлять дипломатическую защиту и что отказ отдельного лица не охватывает случаи отказа в правосудии²⁸. Правительства других государств расходились во мнениях по этому вопросу. Согласно их ответам на вопросник по этому вопросу, который был разослан государствам до начала Гаагской конференции по кодификации в 1930 году, Южная Африка, Австралия и Австрия считали, что такие оговорки не имеют юридической силы. Финляндия, Нидерланды и Германия признавали юридическую силу указанной клаузулы, тогда как Бельгия, Дания, Великобритания, Венгрия, Индия, Япония, Норвегия, Новая Зеландия, Польша, Швейцария и Чехословакия признавали ее лишь в том объеме, в каком она касалась прав индивидуума, но не в отношении отказа от права государства на дипломатическое вмешательство в случаях нарушений международного права. Канада в свою очередь заняла позицию, согласно которой эта клаузула имела юридическую силу, если государство гражданства пострадавшего индивидуума позволило этому индивидууму заключить такой договор²⁹. Ответ Великобритании³⁰ является особенно на-

²⁴ Основа для обсуждений № V(2)(b), сноска 13 выше, стр. 220 англ. текста. Курсив в оригинале.

²⁵ Ответственность государства за вред, причиненный на его территории иностранцам или их собственности: пересмотренный проект. Док. A/CN.4/134 и добавление, статья 19; *Ежегодник* ... 1961 год, том II, стр. 48 англ. текста. Более подробно об истории этого вопроса в Комиссии см. Д.Е. Грэм: «Клаузула Кальво: ее настоящий статус как договорный отказ от дипломатической защиты», 6 *Texas International Law Forum* 289, стр. 297–300 англ. текста.

²⁶ Возможно, вызовет улыбку замечание о том, что собственное государство Кальво — Аргентина — являлось одним из немногих, которое не осуществляло ее на практике.

²⁷ См. сноску 1 выше, стр. 269–279 англ. текста.

²⁸ Там же, стр. 37–45 англ. текста.

²⁹ Там же, стр. 46–54. Основа для обсуждения, III (С. 75. М. 69. 1929.V): Ответственность государств за ущерб, нанесенный на их территории иностранцам или их собственности,

глядным, поскольку в нем полностью поддерживалось решение по делу о Североамериканской дноуглубительной компании³¹ (рассматривается ниже), в котором частично признается юридическая сила клаузулы Кальво.

7. Судебные решения

19. Судебную практику по клаузуле Кальво принято делить на два периода: период до рассмотрения дела Североамериканской дноуглубительной компании³² и период после него.

20. Решения, вынесенные комиссиями по смешанным претензиям до 1926 года, характеризовались отсутствием четкости и определенности в плане их отношения к действительности оговорки. Об этом свидетельствуют различные толкования этих решений Борчардом и Шеем. Если первый заявлял, что из 19 рассмотренных дел только в 8 была признана действительность этой клаузулы³³, то, по мнению Шея, ни в одном из этих дел действительность оговорки Кальво в договоре не была решающим фактором³⁴. Основным интерес в исследовании Борчарда вызывает, по всей видимости, его вывод о том, что в делах, где действительность оговорки отрицалась, в основу решения было положено одно из трех оснований:

«во-первых, отдельное лицо не может в договорном порядке отказываться от высшего права его правительства предоставлять ему защиту ... во-вторых, в случаях, когда правительство аннулировало договор, предварительно не обратившись в местные суды, такое действие освобождает заявителя от условия не предъявлять в связи с этим договором международную претензию ... в-третьих, где это возможно, суды пытаются определить, что претензия возникает не из самого договора, а из определенного нарушения имущественных прав, т.е. претензия имеет деликтное основание»³⁵.

21. Содержание и объем клаузулы Кальво были авторитетно разъяснены в 1926 году комиссией Соединенных Штатов-Мексики по искам под председательством Ван Воленховена при рассмотрении дела Североамериканской дноуглубительной компании³⁶. В этом деле компания-заявитель заключила договор с правительством Мексики на дноуглубительные работы в порту Санта-Круза. Для того чтобы обеспечить получение договора, заявитель согласился включить в него статью 18 следующего содержания:

«Контрактор и все лица, которые в качестве служащих и в любом другом качестве могут быть задействованы, прямо или косвенно, в работах по настоящему договору, считаются мексиканцами в отношении всех вопросов

вопрос X 1(d), стр. 133–135 англ. текста.

³⁰ Шей, см. сноску 1 выше, стр. 50 англ. текста, Основы для обсуждения, см. сноску 29 выше, стр. 134 англ. текста.

³¹ *North American Dredging Company of Texas (United States of America) v. United Mexican States*, decision of 31 March 1926, 4 U.N.R.I.A.A. 26; reproduced in (1926) 20 *A.J.I.L.* 800.

³² *Ibid.*

³³ *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims* (1915), pp. 800-801.

³⁴ *Supra* note 1, p. 121-193.

³⁵ *Supra* note 33, p. 805.

³⁶ *Supra* note 31.

в пределах Мексиканской Республики в плане выполнения таких работ и осуществления настоящего договора. Они не могут требовать и не могут иметь в отношении интересов и дел, связанных с договором, каких-либо иных прав или способов исполнения договора, помимо тех, которые предусмотрены законами Республики для мексиканцев, и не могут пользоваться любыми другими правами, помимо установленных, в отношении мексиканцев. Вследствие этого они лишены любых прав как иностранцы, и ни при каких условиях не допускается вмешательство иностранных дипломатических представителей по любому вопросу, связанному с настоящим договором»³⁷.

22. Когда договор был нарушен, заявитель не предпринял попытки исчерпать местные средства защиты, а вместо этого, ссылаясь на статью V договора об учреждении Комиссии, в которой устранялась необходимость исчерпания местных средств защиты, попросил правительство Соединенных Штатов предъявить в Комиссии претензию от его имени. Поддерживая ходатайство правительства Мексики об отклонении претензии, Комиссия провела скрупулезное изучение действительности и сферы применения клаузулы Кальво, содержащейся в статье 18.

23. Во-первых Комиссия отклонила аргументы в пользу подтверждения или неподтверждения действительности клаузулы», поскольку они носили крайний характер. Тогда она заявила:

«Клаузула Кальво в конкретном договоре не является клаузулой, которая должна быть сохранена в ее полном объеме в силу ее договорного характера, и не может быть произвольно отделена от остальной части договора, как если бы она была второстепенным положением. Данная проблема не решается ответом «да» или «нет»; в случае положительного ответа права иностранцев, бесспорно, оказываются в опасности, а в случае отрицательного ответа у затронутых государств не будет иного выхода, кроме как не допускать иностранцев к предпринимательской деятельности. На нынешнем этапе развития международного права на каждый международный арбитраж возлагается торжественная обязанность пытаться найти надлежащий и адекватный баланс между суверенным правом национальной юрисдикции, с одной стороны, и суверенным правом национальной защиты граждан, с другой стороны.

...

Вполне возможно признать действительность отдельных форм отказа от права на иностранную защиту, не признавая тем самым действительность и законность вообще всех форм такого отказа»³⁸.

24. Во-вторых, Комиссия отклонила аргумент о том, что эта клаузула была несовместима ни с какой признанной нормой международного права, и заявила, что нет такой нормы международного права, которая бы запрещала всякие ограничения права на дипломатическую защиту³⁹. Клаузула Кальво допускалась в силу того, что она представляла собой лишь обязательство со стороны лица не игнорировать местные средства защиты.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid*, paras 4–5.

³⁹ *Ibid*, paras 8–9

25. В-третьих, Комиссия заявила, что, хотя иностранец и может пообещать исчерпать местные средства защиты, он не может

«лишить правительство своей страны его бесспорного права на использование международных средств защиты в отношении нарушений международного права, совершенных в ущерб ему. Такое правительство часто больше заинтересовано в подтверждении принципов международного права, чем в получении возмещения за ущерб для одного из своих граждан в конкретном деле, и совершенно определенно такой гражданин не может посредством договора связывать в этом отношении руки своего правительства. Однако, хотя любая попытка сковать таким образом свободу действий своего правительства является недействительной, Комиссия не обнаружила какой-либо общепризнанной нормы позитивного международного права, которая бы давала его правительству право вмешаться с целью аннулирования законного договора, заключенного его гражданином. Очевидная цель такого договора заключается в предупреждении злоупотреблений правом на защиту, а не устранении самого права, злоупотреблений, которые являются нетерпимыми для любого уважающего себя государства и часто представляют собой основания для международных трений»⁴⁰.

26. Что касается клаузулы Кальво в статье 18 договора, то Комиссия заявила, что ее цель заключалась в том, чтобы:

«обязать заявителя применять законы Мексики и использовать допускаемые такими законами средства правовой защиты... Однако это положение не лишало и не могло лишить заявителя его американского гражданства и всего того, что из этого вытекает. Оно не лишало его безусловного права обращаться к своему собственному правительству за защитой, если его обращение в мексиканские арбитражные органы и в другие имеющиеся в его распоряжении органы приведет к отказу в правосудии или его задержке, как этот термин употребляется в международном праве. В таком случае претензия заявителя будет заключаться не в том, что его договор был нарушен, а в том, что ему было отказано в правосудии. Основанием для его апелляции будет не толкование его договора (разве что вторичного характера), а международно-противоправное деяние»⁴¹.

Комиссия подчеркнула, что иностранец

«не отказывался ни от какого права, которым он обладал как американский гражданин в отношении любого вопроса, не связанного с осуществлением, исполнением или обеспечением исполнения договора как такового... Он не отказывался от своего бесспорного права в качестве американского гражданина обращаться к своему правительству за защитой в связи с нарушением международного права (совершением международно-противоправных деяний), возникающим либо из данного договора, либо из других ситуаций... Он не затрагивал и не мог затрагивать право своего правительства предоставлять ему защиту в целом или предоставлять ему защиту от нарушений международного права. А он прямо и безоговорочно согласился на то, что в обмен на заключение с ним правительством

⁴⁰ *Ibid*, para 11.

⁴¹ *Ibid*, para 14.

Мексики договора он не будет обращаться и ссылаться или принимать помощь своего правительства в отношении осуществления и толкования своего договора и исполнения своей работы по нему»⁴².

27. И наконец, Комиссия заявила, что статья V договора о создании Комиссии, где предусматривалось, что претензия может быть отклонена на том основании, что не были исчерпаны местные средства правовой защиты, «не давала права ни одному из правительств отменять действительный явно выраженный договор между одним из его граждан и другим правительством». Комиссия заявила, что применение статьи V ограничивается претензиями, которые были «правомерно представлены», и что данная претензия не может считаться «правомерно представленной», поскольку заявитель не предпринял попытки соблюсти одно из основных условий своего договора⁴³.

28. В общем Комиссия заявила, что клаузула Кальво является обещанием иностранца исчерпать местные средства защиты. Тем самым он отказался от своего права просить дипломатической защиты в отношении претензии на компенсацию ущерба, возникшего в связи с договором, или любого вопроса, связанного с договором. Однако это не лишало его права добиваться дипломатической защиты в связи с отказом в правосудии или другим нарушением международного права, имевшим место в процессе исчерпания им местных средств защиты или попытки обеспечить исполнение его договора.

29. Решение по делу Дноуглубительной компании не осталось в стороне от критики. Однако критиковался главным образом отказ Комиссии полностью осуществить статью 5 договора о создании Комиссии⁴⁴, а не сформулировать

⁴² *Ibid*, para 15.

⁴³ *Ibid*, paras. 20–21.

⁴⁴ См., например, E.M. Borchard, “Decisions of Claims Commissions, United States and Mexico” (1926), 10 *A.J.I.L.* 536 at 540; A.H. Feller, “Some Observations on the Calvo Clause” (1933), 27 *A.J.I.L.* 461 at 462–463; K. Lipstein, “The Place of the Calvo Clause in International Law” (1945), 22 *B.Y.I.L.* 130 at 144–145; A.V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (1938), pp. 481–482; Shea, *supra* note 1, pp. 226–228. Дело Североамериканской дноуглубительной компании позднее было вновь рассмотрено национальной Комиссией Соединенных Штатов — Мексики по искам в составе трех американских граждан, учрежденной актом Конгресса, утвержденным 18 декабря 1943 года (56 Stat. 1058), которая рассмотрела претензии, которые не были завершены международной комиссией или по которым было запрошено повторное слушание (Мексика производила погашение оптом, а национальная Комиссия принимала решения по претензиям). Присуждая компании сумму в размере 128 627,77 долл. США, национальная Комиссия подвергла особой критике решения Комиссии Соединенных Штатов — Мексики по искам в отношении статьи V: «Последствия решения Комиссии по общим претензиям заключаются в том, что положение 18 договора между заявителем и правительством Мексики имеет преимущественную силу, независимо от статьи I и статьи V Конвенции. При всем уважении к компетентным членам указанной Комиссии мы не можем согласиться с их позицией. Мы считаем, что статья V Конвенции от 8 сентября 1923 года имеет преимущественную силу в отношении права правительства Соединенных Штатов; что согласно ей указанное правительство может представить данную претензию от имени заявителя и что настоящая Комиссия компетентна принять решение по претензии» (см. M.M. Whiteman, *Digest of International Law* (1967), vol. 8, p. 923). Шей справедливо отвергает это решение, заявляя следующее: «Хотя с чисто финансовой точки зрения заявителя, это можно считать отменой предыдущего постановления по претензии, было бы ошибочно полагать, что эта мера сугубо национальной комиссии могла каким бы то ни было образом отменить или хотя бы ослабить решение или постановление по делу»

сферу применения и последствия самой клаузулы Кальво. Было приложено много усилий на разработку точной формулировки нормы в деле о Дноуглубительной компании. Вероятно, наиболее успешной является формулировка, содержащаяся в предисловии к делу в издании «Reports of International Arbitral Awards»:

«Клаузула Кальво преследовала цель воспрепятствовать тому, чтобы заявитель передал своему правительству претензию, связанную с договором, в котором он участвовал, и тем самым обеспечить, чтобы любая такая претензия оказалась вне пределов юрисдикции арбитража. Клаузула не будет препятствовать тому, чтобы его правительство поддерживало, а арбитраж рассматривал другие претензии, вытекающие из нарушения международного права. Статья V соглашения не преследует цели не допустить наступления вышеназванного результата»⁴⁵.

30. Комиссии по смешанным претензиям в отношении Мексики вынесли после дела о Дноуглубительной компании ряд решений, в которых были одобрены принципы, разработанные в этом деле⁴⁶, хотя в некоторых делах комиссии проявили удивительную мягкость в отношении Мексики, постановив, что отказа в правосудии в отношении фактической стороны не было⁴⁷. Кроме того, по делу *Mexican Union Railway (Great Britain) v. United Mexican States*⁴⁸ Комиссия, насколько можно судить, ограничила круг обстоятельств, в которых клаузула Кальво не применялась, только одним видом международно-противоправного деяния: отказом в правосудии.

8. Мнения ученых

31. По поводу клаузулы Кальво написано огромное количество работ⁴⁹. После принятия решения по делу Дноуглубительной компании и последующих подтверждающих его решений стало невозможным серьезно заявлять о том, что клаузула Кальво противоречит международному праву. Вследствие этого ученые скорее пытались исследовать ее цель и сферу применения, главным образом в контексте дела Дноуглубительной компании. Сказать, что у авторов в отношении сферы применения клаузулы Кальво нет единства, означало бы констатировать очевидное. Однако, как представляется, с учетом всей литературы можно сформулировать ряд общих принципов:

Дноуглубительной компании в международной практике. С точки зрения данного исследования действия национальной Комиссии представляют интерес, однако не имеют решающего значения для нашей задачи — определения правовой нормы в отношении клаузулы Кальво». *Supra*, note 1, pp. 229–230, note 89.

⁴⁵ Vol. IV (1952), p. 26. See also Shea, *supra* note 1, pp. 215–223.

⁴⁶ *International Fisheries Co (U.S.A.) v. United Mexican States* 4 U.N.R.I.A.A. 691 (1931); *Douglas G. Collie MacNeil (G.B.) v. United Mexican States*, 5 U.N.R.I.A.A., 135 (1931). For a discussion of these cases, see Shea, *supra* note 1, pp. 231 ff.; A.V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (1938), pp. 469–490.

⁴⁷ *Interoceanic Railway of Mexico Ltd. (G.B.) v. United Mexican States*, 5 U.N.R.I.A.A. 178 (1931). Cf. *El Oro Mining and Railway Co (G.B.) v. United Mexican States*, 5 U.N.R.I.A.A., 191.

⁴⁸ 5 U.N.R.I.A.A. 115 (1930). Compare paras. 13 and 14 (d) and (e).

⁴⁹ См., в частности, Shea, *supra* note 1; Lipstein, *supra* note 44; Feller, *supra* note 44; Freeman, *supra* note 1; Garcia-Amador, *supra* note 1; Oshmann, *supra* note 4; D.E. Graham, “The Calvo Clause: Its Current Status as a Contractual Renunciation of Diplomatic Protection” (1971) 6 *Texas International Law Forum* 289.

а) действительность клаузулы Кальво ограничена лишь в том смысле, что она не представляет собой полное препятствие для осуществления дипломатической защиты. Она применяется только к спорам, относящимся к договору между иностранцем и принимающим государством, содержащему эту клаузулу, а не к нарушениям международного права. Такое толкование, предложенное в деле Дноуглубительной компании, не реализует подлинную цель клаузулы Кальво, а именно исключить дипломатическую защиту во всех случаях, и по этой причине оно было подвергнуто критике со стороны латиноамериканских авторов⁵⁰. Между тем толкование, данное в деле Дноуглубительной компании, было воспринято в практике государств⁵¹ и получило широкую поддержку ученых⁵².

б) Клаузула Кальво подтверждает важность правила об исчерпании местных средств защиты. Хотя некоторые авторы заявили, что ограниченная действительность этой клаузулы в деле Дноуглубительной компании превращает ее всего лишь в подтверждение нормы об исчерпании местных средств защиты⁵³ и, тем самым, в избыточную констатацию очевидного, по мнению большинства авторов, она выходит за пределы такого подтверждения. Однако в отношении того, в чем же заключается этот дополнительный аспект, мнения разделились⁵⁴. Самое удачное объяснение, вероятно, можно найти в постановлении по делу Дноуглубительной компании, и заключается оно в том, что клаузула Кальво может превалировать над положением арбитражного соглашения о том, что требование об исчерпании местных средств защиты можно не выполнять. Так, Шей заявляет, что это «самое малое» из того, что может быть придано этой клаузуле. Действительность в этих пределах нельзя отрицать, поскольку в ее подтверждение можно привести шесть недавних арбитражных постановлений. Может быть, в этом и заключается полная действительность клаузулы... Следовательно, если будущие конвенции соответствуют тому, что, как представляется, является современной тенденцией в международном арбитраже [закрывающей в отказе от нормы об исчерпании местных средств защиты в арбитражном соглашении], тогда клаузула Кальво, даже при ограниченной действительности в плане преодоления отказа от нормы исчерпания местных средств защиты, содержащейся в арбитражном соглашении, будет продолжать

⁵⁰ A. Gómez Robledo, *La Cláusula Calvo ante el derecho internacional* (1939), p. 176; C. Sépulveda Gutiérrez, *La responsabilidad internacional del estado y la valedéz de la Cláusula Calvo* (1944), pp 69–71; R. Beteta and E. Henriquez, “La Protección diplomática de los intereses pecuniarios extranjeros et los Etados de América”, (1940) 10 *Proceedings of the Eight American Scientific Congress* 27, at 44–45.

⁵¹ *Supra* notes 29–30.

⁵² Shea, *supra* note 1, pp. 217–218, Freeman, *supra* note 44, pp. 489–490; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed. (1998), pp. 548–549; R. Jennings and A. Watts, *Oppenheims International Law*, 9th ed. (1992), vol. I, p. 931.

⁵³ Lipstein, *supra* note 44, 145; Freeman, *supra* note 46, pp. 489–490; Nguyen Quoc Dinh, *Droit International Public* (P. Daillier and A. Pellet (eds.)), 6th ed. (1999), p. 778 (para 492); A. Feller, *The Mexican Claims Commissions 1923–1934. A Study in the Law and Procedure of International Tribunals* (1935), p. 192.

⁵⁴ Д.П. О’Коннелл предложил, но затем отверг аргумент о том, что этот «дополнительный аспект» заключается в том, что положительное решение относительно прав контрактора-иностранца является предварительным условием предъявления международной претензии: *supra* note 9, p. 1062.

оказывать решающее воздействие на допустимость международных претензий»⁵⁵.

с) Международное право не устанавливает ограничений для осуществления права иностранца на договорный отказ от его собственного полномочия или права просить свое государство гражданства осуществить дипломатическую защиту от его имени⁵⁶.

д) Иностранец не может посредством клаузулы Кальво отказываться от прав, которые, согласно международному праву, принадлежат его правительству. Фикция Ваттела, образующая фундамент для права дипломатической защиты, основана на концепции, согласно которой причинение ущерба гражданину в результате нарушения международного права, является причинением ущерба самому государству гражданства. Гражданин не может отказаться от этого права, поскольку он не правомочен это делать⁵⁷.

е) Отказ в клаузуле Кальво распространяется только на споры, вытекающие из договора, или на нарушение договора, которое в любом случае не представляет собой нарушение международного права⁵⁸. Он не распространяется на нарушение международного права, и в частности на отказ в правосудии. Хотя это предложение пользуется широкой поддержкой⁵⁹, все же существует некоторая неопределенность в плане отказа в правосудии, связанном с договором или вытекающим из договора, содержащего клаузулу Кальво. Это можно увидеть в работах Гарсии Амадора. С одной стороны, он признает, что:

«какую бы форму клаузула Кальво ни принимала, она все равно относится к договорному отношению и действует лишь в отношении споров, касающихся толкования, применения или исполнения договора или концессии»⁶⁰.

С другой стороны, вопреки решению по делу Дноуглубительной компании, он заявляет, что:

«в принципе эта «клаузула» действительна в качестве препятствия для осуществления дипломатической защиты даже в случаях «отказа в правосудии». Не следует забывать о том, что она действует только в отношении споров, касающихся толкования, применения или исполнения договоров или концессий. В этом смысле *речь может идти только о конкретном случае отказа в правосудии, а не вообще о всех случаях, когда могут быть затронуты некоторые другие права иностранца или интересы иностранного рода*. На первый взгляд, это исключение из принципа, регулирующего международную ответственность за действия и упущения подобного рода,

⁵⁵ *Supra* note 1, p. 260 (also pp. 215, 217, 257). Эту позицию поддерживает Браунли, *supra* note 52, p. 549. Cf. O'Connell, *supra* note 9, p. 1063, Lipstein, *supra* note 44, p. 145.

⁵⁶ E. Jimenez de Aréchaga, "International Responsibility", in M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law* (1968), p. 531 at p. 591; García Amador, "State Responsibility", *supra* note 10, at pp. 459–460; P.C. Jessup, *A Modern Law of Nations*, reprint (1968), pp. 11, 117; Shea, *supra* note 1, pp. 261–263.

⁵⁷ Eagleton, *supra* note 9, p. 170; Borchard, *supra* note 33, p. 809, García Amador, *supra* note 10, p. 460; Nguyen Quoc Dinh, *supra* note 53, pp. 778.

⁵⁸ Brownlie, *supra* note 52, p. 459.

⁵⁹ Jumenéz de Aréchaga, *supra* note 56, pp. 591–592, Freeman, *supra* note 44, pp. 489–490; O'Connell, *supra* note 9, p. 1064; Shea, *supra* note 1, pp. 217–218.

⁶⁰ "State Responsibility", *supra* note 10, p. 456.

может показаться необоснованным. Однако по сути оно не является необоснованным. Договорные интересы и права, так сказать, не относятся к тому же разряду, что и иные права, которыми пользуется иностранец согласно международному праву. Они носят исключительно денежный характер и к тому же иностранец приобретает их в силу договора или концессии, принятие которых зависит сугубо от его собственной воли. С учетом этого следует не только не умалять значение этой категории прав и интересов, но и подчеркивать то, что в силу самой своей природы они могут становиться объектом бесконечного разнообразия операций и сделок, которые могут осуществляться посредством одного лишь согласия договаривающихся сторон. Короче говоря, эти права и интересы относятся к разряду таких прав и интересов, в отношении которых иностранец может отказаться от дипломатической защиты любым способом, который он считает наиболее выгодным для приобретения тех благ, которые он рассчитывает получить от договора или концессии⁶¹.

Подтверждение этой точки зрения, как он отмечает, можно обнаружить в деле *Interoceanic Railway*⁶². По крайней мере, заявляет он, опираясь на мнение Шея⁶³, клаузула Кальво требует доказательства отказа в правосудии в усугубленной форме («более явного и вопиющего»⁶⁴), прежде чем может быть предъявлена международная претензия⁶⁵.

9. Последние события

32. Клаузула Кальво обязана своим рождением тому, что латиноамериканские государства опасались вмешательства в их внутренние дела со стороны европейских государств и Соединенных Штатов Америки под видом дипломатической защиты. Сопротивление же клаузуле Кальво было обусловлено опасениями европейских государств и Соединенных Штатов Америки в плане того, что их граждане, как они полагали, не получают справедливого обращения в странах, судебные стандарты которых находятся на более низком уровне нежели международные минимальные стандарты, созданные этими государствами. Сегодня положение изменилось. Европейские государства и Соединенные Штаты Америки уважают суверенное равенство латиноамериканских государств и доверяют их судебным системам, которые, как и в Европе, подвергаются как региональному, так и международному мониторингу⁶⁶. Вследствие этого агрессивные притязания на дипломатическую защиту, которые когда-то были характерными для отношений между Европой и Соединенными Штатами, с одной стороны, и Латинской Америкой, с другой стороны, прекратились. Это не означает, что дебаты в отношении клаузулы Кальво утратили свою актуальность. Если юристы-международники в Европе и Соединенных Штатах хотели бы считать клаузулу Кальво отголоском ушедшей эпохи неравенства в международных отношениях⁶⁷, то латиноамериканские государства все еще считают

⁶¹ *Idid*, p. 458. Подчеркнуто автором настоящего доклада.

⁶² *Supra* note 47.

⁶³ *Supra* note 1, p. 265.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Supra* note 10, p. 459.

⁶⁶ Со стороны органов, созданных в силу Американской конвенции о правах человека и Международного пакта о гражданских и политических правах.

⁶⁷ По мнению Рудольфа Долзера, «международную практику, подтверждающую доктрину

эту оговорку важным элементом их регионального подхода к международному праву. Хотя они и продемонстрировали определенную гибкость в своем отношении к новым институтам, создающим процедуры урегулирования споров для иностранных вкладчиков, нет сомнений в том, что многие из этих институтов по-прежнему оцениваются с точки зрения их признания клаузулы Кальво. К тому же, сильное влияние Кальво заметно в ключевых резолюциях Генеральной Ассамблеи по международному экономическому праву.

33. В Хартии экономических прав и обязанностей государств, содержащейся в резолюции 3281 (XXIX) Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 1974 года, провозглашается, что споры в отношении компенсации в связи с экспроприацией иностранной собственности «должны урегулироваться согласно внутреннему праву национализирующего государства и его судами, если только все заинтересованные государства добровольно и по взаимному согласию не достигнут договоренности в отношении поисков других мирных средств урегулирования на основе суверенного равенства государств и в соответствии с принципом свободного выбора средств»⁶⁸. Скромным предшественником этой резолюции является резолюция о неотъемлемом суверенитете над естественными ресурсами от 14 декабря 1962 года, где также говорится, что в случае спора в отношении компенсации за экспроприированную собственность «используются все возможности разрешения его в национальных судебных инстанциях государства, принимающего эти меры»⁶⁹. Уильям Д. Роджерс справедливо назвал эти резолюции «классическим подтверждением доктрины Кальво»!⁷⁰

34. Андский пакт, учреждающий общий рынок между Боливией, Колумбией, Эквадором, Перу и Венесуэлой, также свидетельствует об уважении к клаузуле Кальво. Решение 24 предусматривает, что:

«В документах, касающихся инвестиций или передачи технологии, не должно содержаться клаузул, которые выводят возможные конфликты или споры из сферы национальной юрисдикции и компетенции принимающей страны или допускают подмену национальных вкладчиков государствами в отношении их прав и исков». (статья 51)⁷¹

В свою очередь решение 220 закрепляет правило, согласно которому:

«Для урегулирования споров или конфликтов, связанных с прямыми иностранными инвестициями или передачей иностранных технологий,

Кальво, обнаружить невозможно, а юристы западных стран-экспортеров капитала бесспорно отвергают аргумент о том, что все основные затронутые группы дали согласие на изменение в обычном праве в отношении доктрины Кальво» (“New Foundation of the Law of Expropriation of Alien Property” (1981) 75 *A.J.I.L.*, 551, at p. 571). То обстоятельство, что клаузула Кальво не была отвергнута юристами Соединенных Штатов, подтверждается решением верховного суда Нью-Йорка (Special Term, New York County (Gellinoff J.), от 28 июля 1977 года по делу Реавис против корпорации Экссон, зафиксированном в 66 ILR 317 (1984); в нем суд серьезно рассмотрел, однако не применил клаузулу Кальво.

⁶⁸ Глава II, статья 2, пункт 2(с).

⁶⁹ Резолюция 1803 (XVII) Генеральной Ассамблеи, пункт 4.

⁷⁰ “Of Missionaries, Fanatics and Lawyers: Some Thoughts on Investment Disputes in the Americas” (1978) 72 *A.J.I.L.* 5.

⁷¹ Decision No. 24 on Common Regime of Treatment of Foreign Capital and of Trademarks, Patents, Licenses and Royalties, 30 November 1976. Reproduced in (1976) 16 ILM 138, at p. 153.

страны-члены применяют положения, установленные их местным законодательством». (статья 34)⁷²

35. В 1991 году страны Андского пакта в решении 291 пересмотрели и придали более либеральный характер своему кодексу иностранных инвестиций, однако этот элемент клаузулы Кальво оставили без изменений⁷³.

36. Реакция латиноамериканских государств на Конвенцию об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств 1965 года, учредившую Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС)⁷⁴, сначала была прохладной⁷⁵. Между тем, статья 27 включает элемент клаузулы Кальво, устанавливая, что:

«Договаривающееся государство не предоставляет дипломатическую защиту и не предъявляет международную претензию в отношении спора, применительно к которому один из его граждан и другое договаривающееся государство договорились о передаче или передали его на арбитражное разбирательство согласно Конвенции, за исключением случая, когда такая другая Договаривающаяся сторона не выполнит и не осуществит решения, вынесенного по такому спору».

37. Аналогичным образом латиноамериканские государства первоначально отреагировали и на создание Многостороннего агентства по инвестиционным гарантиям (МИГА)⁷⁶, которое содействует инвестициям в развивающиеся страны путем обеспечения страхования политических рисков инвесторов, желающих вести дела в развивающихся странах. Однако, как и в случае с МЦУИС, МИГА вовсе не обязательно противоречит принципам клаузулы Кальво, поскольку допускает арбитраж только в тех случаях, когда спор не может быть урегулирован путем переговоров или примирения⁷⁷. Сегодня большинство государств Латинской Америки является участниками МИГА.

38. Североамериканское соглашение о свободной торговле (НАФТА)⁷⁸ 1992 года между Соединенными Штатами, Канадой и Мексикой было названо доказательством нового проявления гибкости со стороны главного латиноамериканского сторонника клаузулы Кальво⁷⁹, поскольку оно позволяет иностран-

⁷² Commission Decision No. 220 on the Andean Code on the Treatment of Foreign Capital and on Trademarks, Patents, Licenses and Royalties, 11 May 1987. Reproduced in (1987) 27 ILM 974, at p. 986.

⁷³ Commission Decision No. 291 on the Common Code for the Treatment of Foreign Capital and on Trademarks, Patents, Licenses and Royalties, 21 March 1991. Reproduced in (1983) 30 ILM 1283, at p. 1291 (art. 10).

⁷⁴ 575 U.N.T.S. 159, at p. 176; (1996) 4 I.L.M., p. 524.

⁷⁵ Rogers, *supra* note 70, pp. 3–4; D. Manning-Cabrol, “The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors” (1994–1995) 26 *Law and Policy in International Business*, 1169, at p. 1185. Сегодня большинство латиноамериканских государств являются участниками МЦУИС.

⁷⁶ (1985) 25 I.L.M., p. 2598.

⁷⁷ D. Manning-Cabrol, *supra* note 72, pp. 1185–1186; C.K. Dalrymple, “Politics and Foreign Direct Investment: The Multilateral Investment Guarantee Agency and the Calvo Clause” (1996) 29 *Cornell International Law Journal* 161.

⁷⁸ (1993) 32 I.L.M. 289, 605.

⁷⁹ В статье 27 конституции Мексики предусматривается: «Только мексиканцы по рождению или натурализации и мексиканские корпорации имеют право приобретать в собственность земли, воды и их принадлежности или получать концессии на эксплуатацию шахт и

ному инвестору в определенных обстоятельствах использовать международный арбитраж⁸⁰. Однако это мнение⁸¹ не следует преувеличивать, поскольку в самой Мексике раздаются мощные голоса, требующие, чтобы НАФТА осуществлялась с соблюдением клаузулы Кальво⁸².

10. Заключение

39. У Комиссии есть две возможности. Первая — отказаться разрабатывать любое положение по этой теме на том основании, что клаузула Кальво является актуальной и действительной лишь постольку, поскольку она подтверждает норму об исчерпании местных средств защиты. В этой связи включение такого положения было бы и не нужно, и избыточно. Второй вариант заключается в разработке положения, которое ограничивает действительность клаузулы Кальво спорами, возникающими из договора, содержащего эту клаузулу и признающего, что такая клаузула допускает возникновение оспоримой презумпции в пользу исчерпания местных средств защиты, даже когда в соглашении о передаче споров между государством гражданства потерпевшего иностранца и принимающим государством на судебное урегулирование содержится положение, исключающее необходимость исчерпания местных средств защиты. Такое положение отражало бы судебную практику, доктрину, а может быть, и практику государств в отношении клаузулы Кальво.

40. Специальный докладчик, признавая, что первое предложение имеет определенные достоинства, все же склоняется ко второму, поскольку оно кодифицировало бы обычную норму одного из крупных регионов мира и обеспечило бы четкость в отношении пределов механизма, занимающего видное место в истории этой отрасли права. Именно в этом духе он и представил Комиссии статью 16.

использование вод и минерального топлива в Мексиканской Республике. Государство может предоставлять такое же право иностранцам при условии, что они заявят в Министерстве иностранных о своем согласии считать их в отношении соответствующего имущества в качестве мексиканцев и что они возьмут на себя обязательство не обращаться к своим правительствам за помощью по делам, связанным с этим имуществом; в случае несоблюдения указанных условий они лишаются в пользу государства приобретенной таким образом собственности». Шей заявляет, что из латиноамериканских государств Мексика является наиболее рьяным сторонником справедливости и законности клаузулы Кальво», поскольку она «по всей видимости, больше всех пострадала от злоупотреблений в связи с вмешательством и дипломатической защитой, нежели другие латиноамериканские государства» (*supra* note 1, p. 279).

⁸⁰ *Supra* note 78, chaps. 11 and 20.

⁸¹ J. Daly, "Has Mexico Crossed the Border of State Responsibility for Economic Injury to Aliens? Foreign Investment and the Calvo Clause in Mexico and the NAFTA" (1994) 25 *St. Mar's Law Journal* 1147.

⁸² B. Sepúlveda Amor, "International Law and National Sovereignty: the NAFTA and the Claims of Mexican Jurisdiction" (1997) 19 *Houston Journal of International Law* 565. Cf. S. Zamora, "Allocating Legislative Competence in the Americas: the Early Experience under NAFTA and the Challenge of Hemispheric Integration", *Ibid.*, 615.