

ДИПЛОМАТИЧЕСКОЕ ПРАВО

Актуальные вопросы дипломатической защиты

*Ковалев А. А.**

*Тезикова А. В.***

Развитие прав человека, выражающееся в числе прочего в принятии многочисленных «правочеловеческих» конвенций, предусматривающих различные судебные и внесудебные средства защиты упомянутых прав, что, в свою очередь, привело к наделению индивида правом обращаться в те или иные международные органы (Верховный комиссар ООН по правам человека, Комиссия ООН по правам человека, Комитет по правам человека, действующий на основе Факультативного Протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах от 19 декабря 1966 года, Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ), Европейский омбудсман и т. д.) навело ряд ученых на мысль о постепенном отмирании института дипломатической защиты¹. Вместе с тем неэффективность многих из перечисленных международно-правовых средств защиты прав индивида (громоздкость процедуры обращения, длительные сроки ожидания рассмотрения жалоб, поданных в

* Ковалев Александр Антонович – д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой международного права Дипломатической Академии МИД России, член Комитета ООН против пыток.

** Тезикова А. В. – референт Правового департамента МИД России.

¹ Например, Гарсия Амадор (один из специальных докладчиков по теме «Международная ответственность государств за международно-противоправные деяния»), Мухамед Беннуна (первый спецдокладчик по теме «Дипломатическая защита») – ныне судья Международного Суда ООН от Марокко.

международные органы²) может, на наш взгляд, служить фактическим опровержением утверждения о том, что дипломатической защите уготовано стать анахронизмом. Как представляется, дипломатическая защита в данных условиях не только не утрачивает своей актуальности, но, наоборот, приобретает особое значение, в частности в условиях развития транснациональных корпораций, постоянного перемещения инвестиционных потоков, интенсификации движения потоков, людей, товаров и капиталов, одним словом, в условиях такого явления современной международной действительности, как глобализация.

Комиссия международного права (далее по тексту – КМП или Комиссия) признала проблему дипломатической защиты исключительно актуальной и в этой связи ведет работу по подготовке проекта статей по дипломатической защите для возможного принятия впоследствии на их основе соответствующей конвенции или руководящих принципов³.

Целью настоящей статьи является попытка раскрытия юридической природы дипломатической защиты, которая, по сути, является, международно-правовым обычаем⁴.

Прежде всего необходимо провести четкую грань между дипломатической защитой *stricto sensu* и функциями диппредставительств и консульских учреждений по защите интересов граждан представляемого государства в том виде, как они сформулированы в ст. 3 и 5 Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 года и Венской конвенции о консульских сношениях 1963 года соответственно (так, в ст. 5 Конвенции 1963 года упоминается о «защите в государстве пребывания интересов представляемого государства и его граждан

² По недавним сообщениям самого ЕСПЧ, в этом году количество жалоб может возрасти в 3 раза, особенно от граждан, проживающих в странах Восточной Европы, в частности в России. Это может вылиться в итоге в довольно значительную проблему, связанную с финансированием Суда, которое, как предполагается, не будет увеличено в этом году, а также длительностью процесса обработки жалоб, поскольку административный состав Суда также, как предполагается, увеличен не будет. Очевидно, что оба эти обстоятельства (увеличение потока жалоб при неизменных показателях финансирования и административной численности) не лучшим образом могут отразиться на показателях эффективности в деятельности ЕСПЧ.

³ Работа ведется с 1996 года (A/51/160). К настоящему моменту по указанной проблематике подготовлены и утверждены 6 докладов (A/CN.4/506, A/CN.4/514, A/CN.4/523, A/CN.4/530, A/CN.4/538 и A/CN.4/546). Специальным докладчиком выступает профессор из ЮАР Джон Дугард.

⁴ Данное обстоятельство, в свою очередь, было подтверждено в деле о концессиях Мавромматиса в Палестине (1924 P.C.I.J., Series A, № 2, p.12).

(физических и юридических лиц) в пределах, допускаемых международным правом»).

В контексте вышесказанного, а также исходя из определения дипломатической защиты, содержащегося в ст. 1 проекта КМП, ее существенными признаками, или сущностными свойствами, являются следующие.

- Субъектами правоотношения по дипломатической защите являются государство, выступающее в защиту своего гражданина/юридического лица⁵, с одной стороны, и государство, причинившее вред, с другой стороны. По своему типу эти правоотношения являются охранительными, поскольку связаны с нарушением прав защищаемых индивидов. Следует также отметить, что государство, выступающее в защиту своих граждан/юридических лиц, действует от своего имени (*Подчеркнуто авт.*⁶).

- Объектом рассматриваемых правоотношений являются защищаемые права индивида/юридического лица.

- Основанием дипломатической защиты выступает международно-противоправное деяние, причинившее вред индивиду/юридическому лицу. По нашему мнению, однако, применительно к данному типу правоотношений основанием является не столько юридический факт в виде правонарушения, сколько целый фактический состав, куда входит как правонарушение, так и обращение потерпевшего индивида/корпорации за защитой к государству своего гражданства/национальности.

Таким образом, дипломатическая защита представляет собой довольно своеобразную правовую конструкцию, в которой, по словам известного французского правоведа Ж. Селля, «фиктивная правосубъектность государства поглощает реальную правосубъектность индивида; благодаря этому фокусу исходный и реальный субъект права полностью вытесняется»⁷. Можно сказать, что в случае дипломатической защиты мы имеем дело с международно-правовой новацией. В этой связи возникает два вопроса: чьи права защищает государство в рамках дипломатической защиты и является ли дипломатическая защита правом или обязанностью государства по отношению к своим гражданам?

⁵ В исключительных случаях государство может осуществлять защиту в отношении неграждан, о чем будет сказано ниже.

⁶ Здесь и далее под авт. понимаются авторы данной работы.

⁷ Предварительный доклад по вопросу о дипломатической защите (A/CN.4/484, 1998, стр. 8 рус. текста).

По первому вопросу в науке выделяются две концепции. Согласно традиционной концепции ущерб, причиненный гражданину, является ущербом государству. Впервые эта концепция была сформулирована знаменитым юристом XIII века Э. Ваттелем, впоследствии получила подтверждение в деле о концессиях Мавромматиса, поэтому данную концепцию часто именуют «фикцией Ваттеля» или «принципом Мавромматиса». Эта концепция легла в основу ст. 2 проекта статей, утвержденного КМП в 2004 году, что, по нашему мнению, представляется не совсем обоснованным. В первую очередь это связано с несогласованностью данной концепции с такими требованиями, обуславливающими право гражданина на дипломатическую защиту со стороны государства его гражданства, как непрерывность гражданства и исчерпание внутренних средств правовой защиты. Ведь, действительно, если вред, нанесенный индивиду, автоматически признается вредом государству, гражданином которого это лицо является, на каком основании к нему предъявляются неоправданно завышенные в данном контексте требования о том, чтобы быть гражданином государства, к которому оно обращается за защитой, как в момент причинения вреда, так и в момент обращения, а также о том, чтобы исчерпать все внутренние средства правовой защиты в государстве, причинившем вред, прежде чем вообще обращаться за подобного рода защитой. Более того, одна из реалий дипломатической защиты состоит во взаимосвязи между вредом, причиненным индивиду, и окончательной оценкой ущерба, возмещения которого добивается государство в порядке дипломатической защиты. Данное же обстоятельство в принципе противоречит рассматриваемой традиционной концепции.

По второму вопросу (обязано ли государство осуществлять дипломатическую защиту) мнения также расходятся. В ст. 2 проекта КМП 2004 года закреплено **право** государства осуществлять дипломатическую защиту; иначе говоря, Комиссия встала на позиции ученых, отстаивающих принцип дискреционности при осуществлении государством дипломатической защиты⁸. Как указывается в комментариях

⁸ Этот принцип получил подтверждение и в судебной практике (дело «Барселона Трэкшн», 1970 I.C.J. Reports). Интересно отметить, что в первом докладе Дугарда для определенных случаев (а именно, когда потерпевшее лицо не может возбудить иск в компетентном международном суде и при этом серьезно нарушены нормы *jus cogens*) предусматривалась обязанность государства осуществлять дипломатическую защиту (ст. 4). Однако после обсуждения доклада в самой Комиссии и после оживленных дискуссий по этому вопросу в Шестом комитете было принято решение отказаться от подобного рода формулировки.

к этой статье, внутреннее право государства может обязывать его осуществлять дипломатическую защиту своих граждан и юридических лиц, но на международно-правовом уровне такого обязательства не предусмотрено. В этой связи следует отметить, что конституции многих государств действительно устанавливают обязанность государства осуществлять защиту и покровительство в отношении своих граждан, находящихся за границей⁹. С другой стороны, практика большинства западных государств, Конституции которых не содержат положений об обязанности государства осуществлять дипломатическую защиту, все равно идет в направлении признания фактической обязанности делать это (к примеру, в Израиле такая обязанность признана судебной практикой, в США, Великобритании, во Франции и Германии граждане, по крайней мере, могут рассчитывать на такую защиту). При этом «последнее слово» остается все равно за государством, т.к. именно оно обладает суверенным дискреционным правом решать, оказать ли дипломатическую защиту в каждом конкретном случае с учетом политических и иных имеющих для него значение факторов.

В основе любого правового явления, а дипломатическая защита не исключение в данном случае, лежат общие принципы (общепризнанные принципы международного права, получившие закрепление в многочисленных международных актах¹⁰) и специальные принципы, имеющие непосредственное отношение лишь к рассматриваемому институту. К числу последних, на наш взгляд, следовало бы отнести:

1. Принцип национальной принадлежности требований;
2. Принцип непрерывности гражданства;
3. Принцип исчерпания внутренних средств правовой защиты;
4. Принцип свободного выбора средств дипломатической защиты;
5. Принцип дискреционности при осуществлении государством дипломатической защиты своих граждан (рассмотрен нами выше применительно к вопросу о юридической природе дипломатической защиты).

Принцип национальной принадлежности требований. И в международно-правовой доктрине, и в судебной практике, а также в практике государств признано, что правом осуществлять дипломатическую за-

⁹ В этой связи существует интересная закономерность: такую обязанность закрепляют главным образом Конституции стран Восточной Европы (бывший «соцлагерь»), страны СНГ, в том числе и Россия (ст. 61 нашей Конституции).

¹⁰ Устав ООН, Декларация о принципах 1970 года, Хельсинкский Заключительный акт 1975 года.

щиту обладает государство гражданства потерпевшего лица. Данный принцип можно считать обычной нормой международного права. Соответственно этому принципу можно рассмотреть следующие случаи¹¹:

1. Самая простая ситуация - когда лицо является гражданином одного государства;
2. Особого внимания заслуживает ситуация, когда лицо обладает двойным/множественным гражданством;
3. Специфическим случаем является дипломатическая защита лиц без гражданства;
4. Тесно связана с предшествующей дипломатическая защита беженцев.

Рассмотрим данные ситуации подробнее:

1. В ст. 4 проекта статей, утвержденных КМП в 2004 году, определяется понятие «государство гражданства», которое означает «государство, гражданство которого лицо, добывающееся защиты, приобрело в силу рождения, происхождения, правопреемства государств, натурализации или каким-либо способом, не противоречащим международному праву». Данные факторы чаще всего закрепляются во внутреннем праве государств в качестве оснований для приобретения гражданства. При этом, естественно, условия приобретения гражданства при наличии того или иного основания различаются в зависимости от страны.

Особого внимания в данном контексте, на наш взгляд, заслуживает формулировка «каким-либо способом, не противоречащим международному праву», что, по нашему мнению, является олицетворением **принципа добросовестности**. В первом докладе Дугарда говорилось лишь о натурализации *bona fide*. Комиссия, очевидно, пошла в этом направлении дальше. Ведь, действительно, не только натурализация может быть осуществлена в порядке, противоречащем международному праву (например, обманным путем со скрытой целью добиться дипломатической защиты со стороны более сильного государства). Бремя доказывания недобросовестности приобретения гражданства лежит на государстве-ответчике (т.е. государстве, которому предъявляется претензия в рамках дипломатической защиты).

В этой связи известный интерес представляет давняя дискуссия

¹¹ Сразу оговоримся, что здесь и далее речь будет идти о дипломатической защите физических лиц (дипломатическая защита юридических лиц представляет собой отдельную проблемную сферу для исследования).

о том, должно ли лицо, добывающееся дипломатической защиты, помимо гражданства, обладать также подлинной и эффективной связью с государством своего гражданства (так называемый **принцип Ноттебома**¹²). В доктрине нет единого мнения по этому вопросу. Очевидно одно: предложение о том, чтобы принцип Ноттебома в отношении наличия эффективной и подлинной связи считать нормой обычного международного права в случаях, не затрагивающих двойное и множественное гражданство, пользуется слабой поддержкой. Среди наиболее известных сторонников этого предложения можно назвать (с определенными оговорками) Броунли¹³, первого докладчика по теме «Международная ответственность государств» Гарсию Амадора¹⁴, содокладчика Комитета по дипломатической защите лиц и имущества Ассоциации международного права Оррего Викулья. Большинство ученых (на позиции которых встала в итоге и Комиссия международного права, что отражено в ст. 4 проекта статей от 2004 года), однако, не признают требование о наличии подлинной связи в качестве международного обычая. При этом довольно справедливо отмечается, что зачастую между государством и лицом, которое обладает его гражданством по праву крови (*jus sanguinis*) или почвы (*jus soli*), почти нет связи (особенно с учетом современного состояния миграции и глобализации), а ограничить применение требования о подлинной связи только случаями натурализации достаточно проблематично в связи с отсутствием унифицированных правил натурализации. Признание принципа Ноттебома в качестве международного обычая необоснованно лишило бы миллионы людей, проживающих вдали от государства своего гражданства (в случае, естественно, если это их единственное гражданство), дипломатической защиты.

2. По общему правилу, отраженному, в частности, в ст. 6 вышеназванного проекта статей, лицо с двойным или множественным

¹² В деле Ноттебома Лихтенштейн выступил против Гватемалы в интересах г-на Ноттебома. Однако Международный суд признал связи Ноттебома с Лихтенштейном слабыми по сравнению с его связями с Гватемалой, гражданином которой он являлся на протяжении 34 лет: «эта натурализация [натурализация Ноттебома в Лихтенштейне] 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» (1955 I.C.J. Reports).

¹³ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th Edition, p.412.

¹⁴ Его последний доклад, в котором отражено его отношение к принципу Ноттебома, опубликован в *Yearbook of the International Law Commission*, 1961, vol. II (A/CN.4/134).

гражданством может претендовать на защиту со стороны государств, гражданством которых оно обладает, в том числе и на совместную защиту, против государства, гражданином которого это лицо не является. Причем требование об эффективной и подлинной связи в данном случае, так же как и в только что рассмотренной ситуации, нерелевантно, что подтверждается и материалами судебной практики. Например, в деле Сэйлема (потерпевший имел гражданство США, которые и выступали в его защиту против Египта, а также гражданство Ирана, которое было эффективным по сравнению с гражданством США) арбитражный суд заявил следующее: «Норма международного права [заключается] в том, что в случае двойного гражданства третья держава неправомочна оспаривать иск одной из двух держав, гражданин которой участвует в деле, ссылаясь на гражданство другой державы»¹⁵. Что касается совместной защиты одного и того же лица несколькими государствами, нужно отметить, что действия государств в таком случае должны быть согласованы. В противном случае государство-ответчик может представить в суд возражения (например, если государства обращаются с отдельными требованиями или с одними требованиями, но последовательно – одно после другого).

Исключением из вышеприведенного общего правила защиты лиц с двойным или множественным гражданством является случай, когда одно государство гражданства такого лица осуществляет защиту в его интересах против другого государства гражданства. Эта ситуация является единственным исключением, когда применение принципа эффективной и подлинной связи будет обязательным. Как гласит ст. 7 проекта статей Комиссии, «государство гражданства не может осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица против государства, гражданином которого это лицо также является, кроме случаев, когда гражданство первого государства является преобладающим как на момент причинения вреда, так и в день официального предъявления требования». В данном случае мы имеем дело с конкуренцией двух принципов – принципа суверенного равенства государств и принципа эффективной связи, причем первый, несмотря на то что является общепризнанным принципом международного права, уступает второму. На основании обширной практики применения **принципа доминирующе-**

¹⁵ Решение от 8 июня 1931 года *U.N.R.I.A.A.*, vol. II.

го гражданства как судебными¹⁶, так и внесудебными органами по делам, связанным с бипатридами, можно утверждать, что применительно к данной конкретной ситуации – спор между государствами гражданства одного и того же лица – этот принцип стал обычной нормой международного права, что и явилось основанием для его включения в проект статей Комиссии международного права.

3. В случае, когда лицо является апатридом, государство может осуществлять дипломатическую защиту при одновременном выполнении ряда условий: 1) законное и обычное проживание лица без гражданства на территории этого государства; 2) такое проживание должно иметь место как на момент причинения вреда, так и на момент официального предъявления претензий (п. 1 ст. 8). Признание возможности осуществлять дипломатическую защиту в отношении апатридов (как, впрочем, и в отношении беженцев) является ярким показателем прогрессивного развития международных стандартов в области прав человека начиная с 50-х годов прошлого века (в первой половине XX века апатриды были полностью лишены права добиваться дипломатической защиты со стороны какого-либо государства, поскольку в причинении им вреда не усматривалось международно-противоправного деяния).

По мнению некоторых членов КМП, требование о «законном и обычном» проживании применительно к апатридам является завышенным и лишает их эффективной защиты. Во внутреннем праве государств «законное и обычное» проживание упоминается обычно в привязке к основаниям приобретения гражданства, что вполне оправданно. Вместе с тем в контексте дипломатической защиты, учитывая, что ее осуществление в отношении апатридов ни в коей мере не влечет приобретения ими каких-либо дополнительных, льготных, возможностей быть принятыми в гражданство, вышеупомянутое требование, скорее всего, действительно является чрезмерным. Все-таки данные лица добиваются не гражданства (учитывая, что оно представляет собой устойчивую политико-правую связь индивида и государства, для обретения которой действительно важную роль играет фактор времени проживания на территории государства), они рассчитывают на дипломатическую защиту, а потому предъявлять к ним требования, аналогичные требованиям, предъявляемым к лицам, ходатайствующим

¹⁶ Международный Суд, Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и США.

о предоставлении гражданства, думается, не совсем правомерно. По мнению же большинства членов КМП, сочетание законного и обычного проживания представляется в данном случае вполне оправданным.

4. В отношении беженцев действуют упомянутые применительно к апатридам условия правомерности осуществления государством дипломатической защиты. Однако в случае с беженцами государство их «законного и обычного проживания» не может выступать в их интересах против государства их гражданства, совершившего международно-противоправное деяние (п. 3 ст. 8 проекта), что согласуется с общей концепцией дипломатической защиты, лежащей в основе проекта КМП, в соответствии с которой гражданство является преобладающей основой для осуществления дипломатической защиты. Включение этого пункта оправдано также и политическими соображениями. Большинство беженцев имеют серьезные основания для обжалования обращения с ними со стороны государства их гражданства. Разрешить дипломатическую защиту в подобных случаях значило бы открыть шлюзы для нескончаемого потока международных судебных разбирательств.

Следует также отметить, что используемое в проекте понятие «беженец» не ограничивается в своем охвате только беженцами в том понимании этого термина, в каком он употреблен в Конвенции о статусе беженцев 1961 года (ст. 1), а призвано охватить дополнительно и лиц, которых само государство рассматривает как беженцев согласно положениям своего внутреннего законодательства. Это будет иметь особое значение для беженцев в государствах, не являющихся участниками имеющихся по данному вопросу международных договоров.

Принцип непрерывности гражданства. По общему правилу, закрепленному в п. 1 ст. 5 проекта, государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица, являвшегося его гражданином на момент причинения вреда и являющегося его гражданином в день официального предъявления требования о возмещении вреда. При этом под «требованием», в свою очередь, понимается требование по дипломатическим каналам, а также представление требования в судебные органы. Приведенная норма являет собой воплощение принципа непрерывности гражданства. Предложения, касавшиеся отказа от этой нормы на том основании, что она может создавать серьезные трудности в тех случаях, когда лицо меняет свое гражданство по причинам, не связанным с представлением дипломатического

требования, были отклонены КМП, посчитавшей что подобный отказ может привести, с одной стороны, к злоупотреблениям со стороны физических лиц в плане поисков «удобного» гражданства и государства, предлагающего наиболее выгодную дипломатическую защиту, а с другой стороны, к превращению ряда могущественных государств, по меткому выражению разработчиков проекта статей, в «агентства по взысканию претензий».

Вместе с тем Комиссия все же пошла на одно исключение из рассматриваемого принципа. Согласно п. 2 ст. 5 проекта, государство может осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица, являющегося его гражданином в день официального предъявления требования о возмещении вреда, но не являвшегося его гражданином на момент причинения вреда, при соблюдении совокупности условий:

1. Лицо, добывающееся защиты, должно быть гражданином государства, к которому оно обращается за такой защитой, на день официального предъявления требования. Как правило, датой причинения вреда является дата, когда имело место деяние, повлекшее этот вред (хотя, по мнению авторов данного исследования, не исключены случаи «временного разрыва» между противоправным деянием и его вредоносными последствиями. Однако ни из текста статьи, ни из комментариев к ней не ясно, что в этом случае считать днем причинения вреда);

2. Лицо должно было утратить свое прежнее гражданство, которым оно обладало на момент причинения вреда, и приобрести гражданство другого государства «по причинам, не имеющим отношения к предъявлению требований»;

3. Новое гражданство лицо должно приобрести «каким-либо образом, не противоречащим международному праву».

При этом в любом случае государство нового гражданства лица не может осуществлять защиту против государства его прежнего гражданства, поскольку на момент причинения вреда это лицо не было иностранцем для последнего.

В рамках анализа принципа непрерывности гражданства интересно обратить внимание на такую деталь. В п. 3 ст. 9 первого доклада Дугарда, посвященном рассматриваемому принципу, закреплялось правило, согласно которому изменение гражданства потерпевшим лицом не затрагивает права государства его первоначального гражданства предъявить свою собственную претензию в связи с причинением вре-

да его общим интересам, пострадавшим в результате ущерба, который был нанесен потерпевшему лицу, когда оно еще являлось гражданином этого государства. Однако при обсуждении данного пункта члены Комиссии сошлись во мнении, что при закреплённом в нем подходе (отделение общей заинтересованности государства от интересов конкретного индивида) он может вызвать путаницу, поскольку в равной степени имеет отношение и к международной ответственности государств, и к дипломатической защите. С подобным решением Комиссии об исключении вышеназванного п. 3 ст. 9 трудно согласиться. На наш взгляд, сохранение этого пункта в предложенной Дугардом редакции не только не создало бы никакой «путаницы», но, наоборот, внесло бы окончательную ясность в вопрос о соотношении права индивида и права государства бывшего гражданства этого индивида, интересам которых одновременно причинен вред международным противоправным деянием другого государства, выступать с претензией о возмещении этого вреда.

Принцип исчерпания внутренних средств правовой защиты. Являясь обычной нормой международного права¹⁸, данный принцип, вместе с тем, представляется не менее дискуссионным, чем рассмотренные выше принципы. Однако наиболее проблемными вопросами в данном контексте, на наш взгляд, являются следующие: 1) какие именно средства правовой защиты должны быть исчерпаны лицом, претендующим на дипломатическую защиту со стороны государства; 2) в каких случаях должно предъявляться требование об исчерпании внутренних средств правовой защиты и, наконец, 3) является ли указанное требование процедурным условием осуществления дипломатической защиты или же оно носит материально-правовой характер. Применительно к названным проблемным аспектам рассматриваемого принципа стоит отметить, что ни доктрина международного права, ни судебные решения и ни тем более практика государств не дают четкого ответа на указанные вопросы (в особенности на вопрос о правовой природе данного принципа).

В утверждённом на 56-й сессии Комиссии международного права в 2004 году своде из 19 статей по дипломатической защите смысл норм об исчерпании внутренних средств сводится к следующему.

¹⁸ Данное обстоятельство подтверждено решениями Международного Суда ООН по делу компании «Интерхандель» и делу компании «ЭЛСИ» (1959, *I.C.J. Reports*, 27 и 1989, *I.C.J. Reports*, 42).

1. Ст. 14 проекта, наряду с тем, что в общем виде закрепляет рассматриваемый принцип, содержит легальное определение «средств правовой защиты»: это «средства правовой защиты, которые доступны лицу, которому причинен вред, в судах или административных судах или органах, будь то обычных или специальных, предположительно несущего ответственность государства» (п. 2 указанной статьи). В комментарии к ней указывается, что лицо, претендующее на дипломатическую защиту, обязано исчерпать все судебные средства правовой защиты (в том числе арбитражные, что вытекает из использования в тексте статьи понятия «специальные суды»), а также административные средства правовой защиты. При этом если в отношении судебных средств все представляется предельно ясным, то по вопросу о том, что из себя представляют административные средства, взгляды ученых разделились. Так, позиция некоторых юристов¹⁹ состоит в том, что административные средства должны включать в себя в том числе и дискреционные средства, т.е. средства «экстраправового» характера, предоставляемые в порядке «доброй воли», цель которых состоит в том, чтобы добиться не защиты права, а благоприятствования (как, например, обращение к омбудсману) или одолжения (просьба о помиловании). Однако с учетом комментария к ст. 14 Комиссия придерживается позиции большинства ученых, согласно которой дискреционные средства не подпадают под понятие «административные средства правовой защиты». В данном контексте хотелось бы отметить следующее. Не вызывает возражения тот факт, что доступные иностранцу внутренние средства правовой защиты, которые должны быть исчерпаны до предъявления государством международного требования в рамках осуществления дипломатической защиты, неизбежно, и это абсолютно естественно, будут различными в разных государствах. Поэтому разработать норму, которая подходила бы ко всем случаям жизни, практически невозможно. Между тем, как представляется, можно было бы более точно сформулировать положение п. 2 ст. 14, четко указав в нем на характер именно административных средств правовой защиты, поскольку норма упомянутого пункта в том виде, в котором она принята КМП, по нашему мнению, может повлечь определенные трудности в процессе ее реализации, в случае, конечно, если на базе соответствующего проекта статей впоследствии будет приня-

¹⁹ Например, А.О. Adede "A Survey of Treaty Provisions on The Rule of Exhaustion of Local Remedies" (1977)/ 5 Harvard International Law Journal 1, pp. 4-7.

та конвенция. Так, например, п. 2 ст. 14, в котором содержится определение понятия «внутренние средства правовой защиты», можно было бы дополнить положениями следующего содержания: «Под административными средствами правовой защиты в целях настоящего проекта статей понимаются лишь те средства, цель которых состоит в том, чтобы добиться не благоприиятствования, а защиты права. К ним не относятся средства защиты, предоставляемые в порядке доброй воли».

2. В рамках принципа исчерпания внутренних средств правовой защиты выделяются также специальные принципы, одним из которых является преимущественный принцип, используемый в качестве критерия для определения необходимости соблюдать принцип исчерпания, только уже не со стороны лица, которому причинен вред, а со стороны государства. Так, в ст. 15 проекта КМП установлено, что внутренние средства правовой защиты должны быть исчерпаны, если международное требование или ходатайство о вынесении деклараторного решения, связанного с этим требованием, выдвигается государством преимущественно на основе вреда, причиненного лицу, имеющему право ходатайствовать о предоставлении ему дипломатической защиты. В отличие от рассмотренной выше ситуации, когда ущерб государству нанесен косвенно, т.е. через посредство его гражданина, в случае, когда государство понесло прямой ущерб в результате международно-противоправного деяния другого государства, норма об исчерпании внутренних средств правовой защиты не применяется, поскольку у потерпевшего государства есть свои собственные основания для предъявления требования. С другой стороны, на практике порой бывает очень трудно однозначно квалифицировать причиненный ущерб как прямой или косвенный. В частности, это имеет место в случае предъявления так называемого «смешанного» требования. Например, в деле о заложниках²⁰ имело место прямое нарушение Ираном обязанности перед США защищать их дипломатов и консулов, однако в то же время был нанесен ущерб самим гражданам США (дипломатам и консулам), которые и были захвачены в заложники (Суд рассматривал требование США к Ирану как основанное на прямом нарушении международного права). Преимущественный критерий, а также тесно связанный с ним принцип-критерий *sine qua non* применяются в ситуации, когда Суд должен уяснить, основывается ли требование государства преимущественно на ущербе гражданину

²⁰ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, 1980 I.C.J. Reports, 3.

и было бы это требование выдвинуто, если бы ущерб гражданину отсутствовал. В случае, если удельный вес косвенного ущерба в предъявляемом государством требовании преимущественный, то к такому требованию будет применяться норма об исчерпании внутренних средств правовой защиты. В этой связи стоит отметить, что суды в своей практике довольно часто прибегают к использованию данных критериев-принципов²¹.

Помимо названных критериев во внимание принимаются также и такие факторы, как предмет спора, характер требований, характер средств правовой защиты. Указанные факторы носят субсидиарный характер, т.е. могут применяться только вместе с вышеназванными критериями-принципами. Во втором докладе Дугарда они были перечислены в ст. 10, содержание которой практически аналогично содержанию рассматриваемой ст. 15 проекта, однако в окончательный вариант ст. 15 после обсуждения в КМП и работы Редакционного комитета они не вошли.

3. Наконец, последним из наиболее дискуссионных аспектов принципа исчерпания является его правовая природа: носит ли этот принцип процессуальный характер или представляет собой материально-правовую норму. На этот счет в доктрине выделяются три подхода. Согласно первому подходу, за данным принципом признается материально-правовой характер (отсюда и название теории – «материально-правовая»), вследствие чего международно-противоправное деяние государства не считается завершенным до момента безуспешного исчерпания внутренних средств правовой защиты, т.е. такое исчерпание само по себе является условием международной ответственности²². Согласно второму подходу («процессуальная теория»), норма об исчерпании внутренних средств правовой защиты носит не более чем процессуальный характер, представляя собой процедурное условие, которое необходимо соблюсти до предъявления требования на межго-

²¹ Так, в деле компании «Интерхандель» и в деле компании «ЭЛСИ» Международный Суд пришел к выводу о том, что требования Швейцарии (дело *Интерхандель*) и США (дело *ЭЛСИ*) основаны преимущественно на косвенном ущербе, в связи с чем норма об исчерпании подлежит обязательному применению. Особенно показательными в данной связи являются выводы Суда по делу *ЭЛСИ*: «У Камеры нет сомнений в том, что требование США в целом «окрашено и пропитано» предполагаемым ущербом корпорациям «Райтеон» и «Мачлетт» [корпорации США]».

²² Данной позиции придерживаются Е.М. Бочард и Р. Аго (второй докладчик по международной ответственности государств).

сударственном уровне. Очевидно, что в данном случае происходит экстраполяция момента возникновения международной ответственности: им становится момент совершения международно-противоправного деяния²³. Наконец, представители третьего подхода²⁴ проводят разграничение между ущербом иностранцу по внутреннему праву и ущербом в результате международно-противоправного деяния государства. В первом случае международная ответственность возникает лишь за отказ в правосудии, а норма об исчерпании носит материально-правовой характер, тогда как во втором случае она представляет собой процедурное условие. По мнению членов КМП, третья позиция представляется наиболее удовлетворительной с логической точки зрения, а потому именно она вошла в качестве проектов ст. 11 и 12 во второй доклад Дугарда. Однако в утвержденном в 2004 году своде из 19 статей она, по нашему мнению, не получила должного отражения.

Принцип свободного выбора средств дипломатической защиты. Прежде чем перейти к непосредственному анализу данного принципа, обратимся еще раз к определениям дипломатической защиты, содержащимся в Первом докладе Дугарда (2000 г.) и в своде из 19 статей проекта, утвержденных КМП в 2004 г. В проекте ст. 1 упомянутого доклада под дипломатической защитой понимаются «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». В ст. 1 проекта КМП дается несколько видоизмененное определение дипломатической защиты: «дипломатическая защита состоит из дипломатических мер или других средств мирного урегулирования (Подчеркнуто авт.) со стороны государства, выступающего от собственного имени в интересах физического лица, являющегося его гражданином, или юридического лица, имеющего его национальность, в связи с причинением вреда этому лицу в результате международно-противоправного деяния другого государства». При этом, как указывается в комментарии к данной статье, «дипломатические меры» охватывают все законные процедуры, используемые одним государством для информирования другого государства о своих мнении и озабоченности (например, протест, просьба о проведении расследования, переговоры), тогда как под «другими

²³ Данной позиции придерживаются Ч.Ф. Амерасингхе и К. Доэринг.

²⁴ С.С. Хайди Дж. Фосет.

средствами мирного урегулирования» подразумеваются принятые в практике государств методы, такие как переговоры, посредничество, примирение, арбитражное / судебное разбирательство.

Из приведенных определений очевидно, что докладчик и Комиссия стоят на разных позициях при определении термина «меры». В то время как Комиссия, по-видимому, встала на позицию судебных органов²⁵, которые проводят разграничение между «дипломатическими мерами» и «судебным разбирательством», докладчик придерживается утвердившейся в теории международного права точки зрения, в соответствии с которой никакого разграничения между этими терминами не проводится, а понятием «дипломатическая защита» охватывается весь комплекс мер, в частности консульские меры, переговоры, посредничество, судебное и арбитражное разбирательство, репрессалии (прекращение дипломатических отношений, экономическое давление), реторсии. На наш взгляд, позиция докладчика представляется более правильной с логической точки зрения. В этой связи, думается, можно говорить о разделении понятий «дипломатические меры» и «арбитраж / судебное урегулирование». Однако отделять внесудебные способы мирного урегулирования от собственно дипломатических мер представляется не совсем обоснованным. В данном контексте считаем уместным сослаться на высказывание профессора Ф.С. Дана²⁶: «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».

Наконец, еще одним аспектом применительно к рассматриваемому принципу является корреляция вопросов применения силы, включая гуманитарную интервенцию, с одной стороны, и дипломатической защиты, с другой стороны. В докладе Джугарда (2000 год) вопросу применения силы или ее угрозы для спасения граждан была посвящена самостоятельная статья (ст. 2). Однако в проекте в редакции 2004 года этот вопрос не получил отражения. Лишь в комментарии к

²⁵ Дело о железной дороге Паневежис - Салдугишкис, рассмотренное Постоянной палатой международного правосудия (1939, P.C.I.J. Reports, Series A/B, № 76), дело Ноттебома, рассмотренное Международным Судом (1955, I.C.J. Reports); дело по рассмотрению претензий между Ираном и США, рассмотренное Арбитражем (Case № A/18 (1984) 5 I.U.S.C.T.R. 251).

²⁶ F.S. Dunn. The Protection of Nationals, A Study in the Application of International Law (1939), p. 18-20.

ст. 1 указывается на общепризнанный запрет применения силы или ее угрозы. По-видимому, данное обстоятельство связано с небезызвестными событиями в США в 2001 году и последующим вторжением в Ирак под предлогом гуманитарной интервенции. Здесь стоит отметить, что ряд ученых не проводят четкого различия между гуманитарной интервенцией для защиты граждан государства, которое нанесло им ущерб, и гуманитарной интервенцией государства в целях защиты своих собственных граждан²⁷. С учетом вышесказанного, а также в связи с продолжающейся между государствами дискуссией о выработке критериев применения силы в привязке к тому факту, что государства при этом не очень настроены отрицать оправданность гуманитарной интервенции в случае дипломатической защиты своих граждан в чрезвычайных ситуациях, Комиссия в итоге отказалась от идеи Дугарда о необходимости формулировать случаи исключительного применения государством силы в рамках дипломатической защиты.

В заключение хотелось бы отметить, что в нашей стране тема дипломатической защиты, к сожалению, до сих пор не получила должного внимания со стороны законодателей. В России не только не принято ни одного нормативного акта, регулирующего отношения, связанные с действиями государства по реализации своей обязанности, закрепленной в ч. 2 ст. 61 Конституции РФ, элементарно отсутствуют внутриминистерские инструкции, утвердившие бы схему действий по осуществлению дипломатической защиты (по аналогии с британскими Правилами, касающимися международных претензий, утвержденными Правительством Великобритании и опубликованными в 1985 году). Не получила данная тема какого-либо отклика и в российской юридической мысли (по сравнению с зарубежной доктриной, изобилующей трудами правоведов, посвященными различным проблемным аспектам дипломатической защиты граждан, находящихся за рубежом). В этой связи считаем, что в случае увенчания деятельности КМП принятием конвенции по дипломатической защите с ее последующим подписанием, в том числе со стороны Российской Федерации, наше государство неизбежно столкнется с необходимостью восполнения существующих в настоящий момент на этот счет пробелов во внутреннем законодательстве в целях практической реализации положений подобной конвенции. Соответственно в качестве рекомендаций первоочередного характера применительно к нашей стране считаем

²⁷ См., например: Nguyen Quoc Dinh, *Droit International Public*, pp. 908-909.

возможным указать следующие:

1. На первом этапе было бы целесообразно принять примерную схему действий по осуществлению дипломатической защиты в форме внутримидовского документа (по аналогии с примерной схемой действий в случае с ДТП с участием дипломатических агентов, выработанной Правовым департаментом МИД в 2004-2005 годах);

2. Не лишне было бы заручиться позицией Конституционного Суда Российской Федерации по вопросу о толковании ч. 2 ст. 61 Конституции России, закрепляющей право российских граждан на «защиту и покровительство граждан за рубежом». Данная статья никогда не была предметом рассмотрения Конституционного Суда России в рамках реализации его полномочий по толкованию российской Конституции. Вместе с тем, как представляется, анализ данной статьи не может не вызывать ряд вопросов, решение которых имеет не только сугубо теоретическое, но и практическое значение (например, вопрос о том, закрепляет ли данная статья в действующей редакции обязанность Российского государства осуществлять дипломатическую защиту своих граждан, и если да, то как подобное конституционное положение будет соотноситься с нормой потенциальной конвенции по дипломатической защите, закрепляющей, в свою очередь, право государства осуществлять дипломатическую защиту, в случае если Россия станет ее участницей).

3. Полагаем целесообразным ведение мониторинга случаев осуществления российским государством дипломатической защиты своих граждан, хотя бы в рамках соответствующих подразделений МИД России (к примеру, Департамента по гуманитарному сотрудничеству и правам человека), а также отслеживание международной практики по вопросу дипломатической защиты (например, учет решений Международного Суда ООН по делам о дипломатической защите) и изучение зарубежной практики и законодательства по данному вопросу с целью возможного принятия в России закона, регулирующего порядок осуществления защиты российских граждан за пределами Российской Федерации.