

ОБЕСПЕЧЕНИЕ ДИПЛОМАТИЧЕСКОЙ ЗАЩИТЫ ГРАЖДАН

Бакинский государственный университет
ул. Халилова, 23, AZ-1148, Баку, Азербайджан
E-mail: esmerpanahova@gmail.com

Цель: определение особенностей обеспечения дипломатической защиты граждан. **Методы:** анализ и изучение международно-правовых документов, содержащих в себе положения о дипломатической защите граждан. **Результаты:** институт дипломатической защиты основывается преимущественно на обычных нормах международного права. В соответствии с доктриной международного права, ущерб, причиненный лицу, является ущербом, причиненным его государству, и государство, осуществляя дипломатическую защиту, в первую очередь отстаивает собственные права. Дипломатическая защита, прежде всего, является средством, обеспечивающим соблюдение режима иностранцев в отношении данного лица или лиц. Общеизвестно, что дипломатическую защиту может осуществлять, как правило, лишь государство гражданства физического лица. Следует констатировать, что при осуществлении дипломатической защиты, в связи с гражданством возникает много проблем. Существенный интерес представляет принцип эффективного гражданства при дипломатической защите, так как правовая связь гражданства между защищаемым лицом и государством может быть довольно слабой, если в отношении граждан признается некоторая обязательность дипломатической защиты, то оказание такой же защиты в отношении беженцев и апатридов зависит от усмотрения государства. **Обсуждение:** предложение о включении этого вопроса в повестку дня международных организаций.

Ключевые слова: дипломатическая защита; обычаи; нормы международного права; доктрина; ущерб; государство; режим иностранцев; эффективное гражданство.

Постановка проблемы и ее актуальность. Право дипломатической защиты опосредованно государственным суверенитетом. Оно основано на правовой связи между физическим лицом и государством, которая воплощена в гражданстве и которая сохраняется и в том случае, когда лицо находится вне границ своего государства, и не заявило в установленном законом порядке об отказе от своего гражданства. Самое сложное здесь в том «...когда и каким образом может осуществляться указанное выше право». Каждое государство может использовать свое право защиты, если кому-либо из его граждан причинен ущерб за границей в отношении его личности или его имущества независимо от того, причинен ли этот ущерб самим государством, на территории которого в данное время находилось это лицо или имущество,

либо должностными лицами или гражданами этого государства в том случае, если государство не вмешивается с целью возмещения причиненного ущерба.

Целью статьи является определение особенностей обеспечения дипломатической защиты граждан.

Анализ исследований и публикаций. В доктрине международного права особенности обеспечения дипломатической защиты граждан рассматриваются в работах Ч.Ф. Амерасингха, Я. Броунли, Э. Борчарда, Г. Бриггса, Дж. Катберта и др.

Изложение основного материала. Нельзя не согласиться с мнением профессора Л.Н. Галенской о том, что принцип защиты собственных граждан за границей имеет более широкое содержание. В нем предусматривается

возможность осуществления защиты в тех случаях, когда личности или собственности граждан причинен ущерб, а кроме того, возможность оказать помощь собственным гражданам и тогда, когда они в ней нуждаются [2, с. 15]. Институт дипломатической защиты основывается преимущественно на обычных нормах международного права. Статьи о дипломатической защите, содержащиеся в Резолюции Генеральной Ассамблеи № 62/67 от 6 декабря 2007 г., представляют собой попытку их кодификации. В основе данного документа лежит Проект статей, принятый КМП в 2006 г.

В соответствии со ст. 1 Проекта статей «дипломатическая защита состоит в признании государством, посредством дипломатических мер или других средств мирного урегулирования, к ответственности другого государства за вред, причиненный международно-противоправным деянием этого государства физическому или юридическому лицу, являющемуся гражданином или имеющему национальность первого государства, в целях имплементации такой ответственности» [5]. Согласно ст. 2 Проекта статей «О дипломатической защите» государство имеет право, а не обязано осуществлять дипломатическую защиту. Вместе с тем в ст. 19 Проекта статей рекомендуется государствам должным образом рассмотреть возможность осуществления дипломатической защиты особенно в случае причинения значительного вреда. Следовательно, использование суверенного права защиты полностью зависит от суверенного усмотрения государства.

В соответствии с доктриной международного права, ущерб, причиненный лицу, является ущербом, причиненным его государству, и государство, осуществляя дипломатическую защиту, в первую очередь отстаивает собственные права. В решении Постоянной палаты международного правосудия по делу о палестинских концессиях Мавромматиса от 30 августа 1924 г. говорилось: «Выступая на стороне одного из своих подданных и прибегая дипломатическим акциям или международным судебным процедурам от собственного имени, государство фактически отстаивает свои собственные права – свое право обеспечивать в отношении своих

подданных уважение норм международного права» [4, с. 135-136]. Однако международно-судебные прецеденты последних лет (по делам Ла Гранда и Авена) позволяет говорить несколько об ином. В частности, в решении суда прямо сказано, что индивид является субъектом многих первичных норм международного права согласно как общепризнанных норм международного права, так и норм договорного права, которые защищают его в его стране – от его собственного правительства, а за рубежом – от иностранного правительства. Однако такая фикция – лишь средство достижения цели, цель же заключается в защите прав гражданина, которому причинен вред».

Практические пути различаются в случае восстановления прав юридического или физического лица через международные органы и при разрешении международного спора, приводящие к восстановлению права государства. Во втором случае наступают значительные последствия: 1) прежде всего изменяются суть и форма того деяния, которое оспаривается; государство будет само решать, права какого индивида будут защищаться, и дипломатическая защита будет выборочной; 2) компенсация, которая может быть результатом дипломатической защиты, будет предоставлена самому государству, и возмещение убытков пострадавшего индивида может быть поставлено под сомнение; 3) востребован учет политических соображений, которыми может руководствоваться государство. Такие последствия для индивида не вписываются в формат современного права прав человека [1, с. 24].

Дипломатическая защита, прежде всего, является средством, обеспечивающим соблюдение режима иностранцев в отношении данного лица или лиц. Если иностранец действительно нарушил законодательство государства пребывания, то дипломатическая защита сводится к выяснению обстоятельств совершения правонарушения, подбору, если это необходимо, адвокатов и т.д.

Если же в ходе оказания защиты выясняется, что в отношении данного лица или лиц было нарушено законодательство государства пребывания, заинтересованное государство вправе

потребовать соблюдения соответствующего законодательства и в случае необходимости — наказания виновных, выплаты компенсации пострадавшему и т.д. В случае отказа государство потерпевшей стороны может прибегнуть к риторикам, которые представляют собой ответные меры к дискриминационным действиям государства. К таким мерам относятся сокращение транспортных, экономических и культурных связей, снижение уровня дипломатического представительства. Право защиты своих граждан за границей государствами нередко использовалось как предлог для развязывания захватнических войн.

Вместе с тем в случае безрезультатности дипломатических средств и реальной угрозы жизни или здоровью граждан, находящихся за рубежом, применение вооруженной силы в качестве самообороны может быть оправданным. Как известно, Устав ООН допускает угрозу силой или ее применение лишь в случае самообороны, «если произойдет вооруженное нападение на члена организации» (ст. 51). Меры самообороны должны быть направлены лишь на спасение граждан и выход за рамки этих пределов являются неправомерными.

В связи с этим хотелось бы отметить, что согласно ст. 16 Проекта статей «О дипломатической защите», нормы указанной резолюции не применяются для обеспечения возмещения вреда причиненного международным противоправным деянием в случае применения иных средств, нежели дипломатическая защита.

Согласно части 1 ст. 14 Проекта статей государство не может предъявлять международное требование в связи с причинением вреда лицу, имеющему его гражданство или национальность, или другому лицу, упомянутому в ст. 8, до того, как лицо, которому причинен вред, с учетом проекта ст. 15, исчерпает все внутренние средства правовой защиты. В статье 15 предусматриваются изъятия из нормы о том, что должны быть исчерпаны все доступные местные средства правовой защиты [8]. Л. Оппенгейм отмечает: «... Не исчерпание «местных средств» не составляет препятствия для предъявления претензии, если ясно установлено, что по обстоятельствам дела обраще-

ние к органу высшей власти будет неэффективно, например, если верховный судебный орган находится под контролем исполнительного органа власти, чьи действия являются предметом жалобы, или если решение, которое обжалуется, вынесено во исполнение совершенно определенного распоряжения власти, и притом представляется невероятным, чтобы высший судебный орган отменил это решение или присудил компенсацию, или, наконец, как правило, если вред, причиненный иностранцу, является актом правительства как такового» [3, с. 332].

По вопросу о моменте возникновения ответственности государства в случае исчерпания внутренних средств правовой защиты существует две противоположные позиции: согласно первой (материально-правовой) позиции исчерпание внутренних средств защиты является основанием для возникновения международного деликта, который мог бы повлечь ответственность государства. Другая (процессуальная) позиция гласит, что ответственность государства возникает в момент совершения противоправного акта, но восстановление в международном плане не может быть осуществлено до тех пор, пока не исчерпаны внутренние средства.

Если стать на первую позицию, мы должны признать, что основанием для возникновения ответственности является исчерпание внутренних средств защиты, что, конечно же, противоречит общему правилу о международно-правовой ответственности. Ведь не может же быть основанием ответственности событие, с которым международное право связывает возникновение возможности применения международных средств защиты.

По общему правилу, известному нам из общей теории государства и права, основанием ответственности является правонарушение. Именно в момент совершения противоправного деяния возникает международно-правовой деликт. Следовательно, по соображениям, изложенным выше, следует согласиться со второй позицией и признать, что основанием возникновения деликта является нарушение чужого субъективного права. Другое дело, что возможность применения международных средств за-

щити нарушенного права напрямую зависит от факта исчерпания внутренних средств защиты.

Подытоживая изложенное подчеркнем, что основанием возникновения ответственности является правонарушение, а возникновение права на дипломатическую защиту зависит от другого юридического факта – от факта исчерпания внутренних средств защиты нарушенного права.

Общепризнано, что дипломатическую защиту может осуществлять, как правило, лишь государство гражданства физического лица. Следует констатировать, что при осуществлении дипломатической защиты, в связи с гражданством возникает много проблем.

Каждое государство само решает, кто именно является его гражданином. Это общепризнанное правило также закреплено в международных конвенциях (Гаагская конвенция, регулирующая некоторые вопросы, связанные с коллизией законов о гражданстве 1930 г. (ст. 1), Европейская конвенция о гражданстве 1997 г. (ст. 3)). При этом основания приобретения гражданства различаются в зависимости от страны, но они должны соответствовать международно-правовым нормам. В частности, право дипломатической защиты государства гражданства потерпевшего физического лица может быть оспорено, если гражданство было навязано лицу вопреки его воле или же приобретение гражданства было осуществлено обманным путем (например, со скрытой целью добиться дипломатической защиты со стороны более сильного государства). Бремя доказывания недобросовестности приобретения гражданства лежит на государстве-ответчике.

Существенный интерес представляет принцип эффективного гражданства при дипломатической защите, так как правовая связь гражданства между защищаемым лицом и государством может быть довольно слабой. Очевидно, что принцип эффективного гражданства широкой поддержкой пользуется у ученых только при двойном гражданстве, поскольку лица, проживающие вдали от государства своего гражданства (в случае наличия одного гражданства) могли бы лишиться дипломатической защиты.

При этом, как представляется, необходимо достаточно четко определить критерии эффек-

тивного гражданства, соотношение между имеющимися гражданствами, приоритет тех или иных критериев гражданства перед другими.

Наличие связи, позволяющей говорить об эффективном гражданстве, устанавливается судом или арбитражем путем исследования конкретных обстоятельств дела. Принимается во внимание, прежде всего то, где фактически человек постоянно живет или чаще всего бывает. Но не только эти факты подлежат оценке; играет роль и то, где находится источник его постоянного дохода (где он работает, откуда получает пенсию и т.п.), где у него есть недвижимость, состоит ли он на чьей-либо государственной службе или служит в армии, в какой стране он связан наиболее тесными общественными, семейными и иными связями. Наиболее известными судебными решениями, закрепляющими принцип эффективного гражданства, являются дела Ноттебома и Каневаро. Среди международно-правовых актов в этом отношении можно отметить Конвенцию 1930 года, которая устанавливает, какую из стран, гражданством которой обладает физическое лицо, третье государство на основе принципа эффективного гражданства признает в качестве правообладателя на дипломатическую защиту данного лица (ст. 5) [6, с. 109].

Несмотря на то, что принцип эффективного гражданства играет большую роль в международном праве при рассмотрении дел, связанных со случаями двойного гражданства, практика государств и судов достаточно противоречива, так что заявить сегодня о том, что сложилось определенная норма обычного международного права, нельзя.

Наряду с принципом эффективного гражданства в практике государств также предпочтение отдается: 1) гражданству, приобретенному позднее или же, наоборот, раньше; 2) гражданству по выбору заинтересованного лица; 3) гражданству государства, право которого наиболее напоминает право третьего государства и т.д.

В ст. 6 Проекта статей сказано, что лицо с двойным или множественным 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 [7].

В данном случае, требование об эффективной и подлинной связи не предусматривается, так как два и более государств могут допускаться к совместной дипломатической защите одного и того же лица с двойным или множественным гражданством. Нужно отметить, что в случае совместной защиты одного и того же лица несколькими государствами, действия государств 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).

Что касается ситуации, когда потерпевшее лицо имеет гражданство как государства, заявляющего претензии, так и государства-ответчика, применение принципа эффективной и подлинной связи будет обязательным. Как гласит ст. 7 Проекта статей, «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».

Предыдущая практика государств показывает, что дипломатическая защита лица становилась практически неосуществимой, так как попытка ее оказания всегда отклонялась именно на основании того, что соответствующее лицо имело гражданство государства, против которого оказывалась защита. Прямое указание на необходимость такого отказа содержится в ст. 4 Конвенции, регулирующей некоторые вопросы, связанные с коллизией законов о гражданстве 1930 г., в которой закреплено, что государство не может предоставлять дипломатическую защиту кому-либо из своих граждан от другого государства, гражданством которого такое лицо также обладает.

Следует также учитывать, что государства, которые не признают двойного гражданства, могут квалифицировать принцип эффективного

гражданства, при рассмотрении претензий одного государства к другому в отношении потерпевшего, являющегося гражданином обеих государств, как нарушение принципа суверенного равенства государств, вмешательство во внутренние дела государства.

Однако, ст. 7 Проекта статей не исключает возможности оказания помощи со стороны государства, гражданством которого лицо также обладает. В данном документе принцип суверенного равенства государств уступает принципу эффективного гражданства, несмотря на то, что первый является общепризнанным принципом международного права.

В международно-правовой практике, особенно в прошлом, не раз высказывалось мнение о том, что поскольку лица без гражданства не имеют устойчивой правовой связи ни с одним государством, они не вправе оказывать им дипломатическую защиту во время их пребывания за границей.

Однако в современном международном праве нетерпима идея об оставлении кого-либо без защиты. Не случайно все чаще высказывается мнение о необходимости распространения дипломатической защиты и на лиц без гражданства. В резолюции Института международного права 1965 г. говорится о возможности выдвижения международной претензии, когда физическое лицо, которому причинен ущерб, «является гражданином этого государства или лицом, которое государство согласно международному праву вправе причислять к своему собственному населению для целей дипломатической защиты».

Отмеченное положение прокладывает себе путь и в позитивное международное право. Европейская конвенция о консульских функциях 1967 г. предусматривает следующее: «Консульское должностное лицо государства, в котором апатрид имеет обычное место жительства, может защищать его в порядке, предусмотренном в пункте 1 статьи 2 настоящей Конвенции, при условии, что соответствующее лицо не является бывшим гражданином принимающего государства».

Учитывая отмеченную тенденцию в ст. 8 Проекта статей предусматривается возможность

осуществления дипломатической защиты государством в отношении лиц без гражданства, которые законно и обычно проживают в этом государстве. Такое проживание должно иметь место как на момент причинения вреда, так и на момент официального предъявления претензий (п. 1 ст. 8).

В указанном Проекте статей в отношении беженцев предусматриваются те же условия осуществления государством дипломатической защиты применительно к апатридам. 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).

Следует заметить, что если в отношении граждан признается некоторая обязательность дипломатической защиты, то оказание такой же защиты в отношении беженцев и апатридов зависит от усмотрения государства.

В соответствии с правилом непрерывного гражданства лицо, в отношении которого осуществляется дипломатическая защита, должно иметь гражданство соответствующего государства, как на момент причинения ущерба, так и на момент 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. Данное правило, носящее обычно-правовой характер, обусловлено стремлением избежать искусственного изменения гражданства с целью перехода под покровительство государства, заинтересованного в оказании дипломатической защиты и обладающего для этого возможностями.

Данное правило может не действовать, если после причинения ущерба лицо приобретает новое гражданство в результате правопреемства государств или по другим причинам, не связанным с предъявлением требования (вследствие вступления в брак, усыновления, смерти заявителя и т.п.). В этом случае дипломатическую защиту может осуществлять государство нового гражданства.

Государство не вправе осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица, если на момент причинения ущерба это лицо имело гражданство государства, причинившего ущерб, либо, если после предъявления требования это лицо приобретает гражданство государства, причинившего ущерб.

Следует отметить, что на практике могут возникать ситуации, когда права заявителя в отношении послужившего поводом для оказания дипломатической защиты ущерба переходят к другому лицу. В применении к подобного рода ситуации требование «непрерывности» гражданства предполагает, что это другое лицо также должно иметь гражданство того же государства, что и сам заявитель.

Все вышесказанное является, по нашему мнению, достаточным основанием для следующих выводов. Осуществление дипломатической защиты регулируется главным образом нормами международного обычного права. Государства по-разному относятся к различным аспектам дипломатической защиты. Институт дипломатической защиты граждан в настоящее время продолжает основываться преимущественно на нормах международно-правовых обычаев. При разработке Проекта статей о дипломатической защите в рамках Комиссии международного права ООН помимо кодификации было достигнуто также и прогрессивное развитие норм института дипломатической защиты применительно к вопросам гражданства.

Во-первых, лицо с двойным или множественным гражданством может претендовать на защиту со стороны государств, гражданством которых оно обладает, от действий государства, гражданином которого это лицо также является, на основе критерия преобладающего гражданства (т.е. эффективного гражданства), в том числе и на совместную защиту, против третьего государства, гражданином которого это лицо не является. Во-вторых, апатриды и беженцы получили возможность обращаться к дипломатической защите государств, на территории которых они законно и обычно проживают, с учетом того, что такое проживание должно иметь место, как на момент причинения им вреда, так и

на момент официального предъявления претензий по поводу его причинения.

Таким образом, принятие универсальной конвенции на основе Проекта статей о дипломатической защите, разработанного Комиссией международного права ООН в 2006 году, будет способствовать кодификации и прогрессивному развитию международно-правового регулирования института гражданства.

Литература

1. Амирова М.А. Дипломатическая защита государством своего гражданина. *Государство и право*. 2008. № 7. С. 24.

2. Галенская Л.Н. Правовое положение иностранцев в СССР. Москва: МИМО, 1982. С. 15.

3. Оппенгейл Л. Международное право. Т. 1. Полутом 1. Москва, 1948. С. 332.

4. Əliyev Ə.İ. Əcnəbilərin və vətəndaşlığı olmayan şəxslərin statusunun beynəlxalq-hüquqi tənzimlənməsi: nəzəriyyə və praktika. Bakı: Şirvanəşr, 2007. S. 135-136. 600 s.

5. Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries. Adopted by the International Law Commission at its fifty-eighth session, in 2006, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/61/10).

6. Vermeulen Gert, Ellen Desmet. Essential Texts on European and International Asylum and Migration Law And Policy. Antwerpen: Maklu Publishing, 2017. P. 109. 1345 p.

7. http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_8_2006.pdf

8. <http://legal.un.org/repertory/art51.shtml>

References

1. Amirova M.A. Diplomaticeskaja zashhita gosudarstvom svoego grazhdanina. *Gosudarstvo i pravo*. 2008. № 7. S. 24.

2. Galenskaja L.N. Pravovoe polozhenie inostrancev v SSSR. Moskva: MIMO, 1982. S. 15.

3. Oppengeil L. Mezhdunarodnoe pravo. T. 1. Polutom 1. Moskva, 1948. S. 332.

4. Əliyev Ə.İ. Əcnəbilərin və vətəndaşlığı olmayan şəxslərin statusunun beynəlxalq-hüquqi tənzimlənməsi: nəzəriyyə və praktika. Bakı: Şirvanəşr, 2007. S. 135-136. 600 s.

5. Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries. Adopted by the International Law Commission at its fifty-eighth session, in 2006, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/61/10).

6. Vermeulen Gert, Ellen Desmet. Essential Texts on European and International Asylum and Migration Law And Policy. Antwerpen: Maklu Publishing, 2017. P. 109. 1345 p.

7. http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_8_2006.pdf

8. <http://legal.un.org/repertory/art51.shtml>

PROVIDING DIPLOMATIC PROTECTION OF CITIZENS

Baku State University
Khalilov st., 23, AZ-1148, Baku, Azerbaijan
E-mail: esmerpanahova@gmail.com

Goal: identifying features of providing diplomatic protection of citizens. **Methods of research:** analysis and study of international legal documents containing provisions on the diplomatic protection of citizens. **Results:** the institution of diplomatic protection is based primarily on the customary rules of international law. In accordance with the doctrine of international law, the damage caused to a person is damage to his state, and the state, exercising diplomatic protection, primarily defends its own rights. Diplomatic protection, above all, is a means of ensuring compliance with the regime of foreigners in relation to the person or persons. It is generally accepted that diplomatic protection can be exercised, as a rule, only by the state of citizenship of an individual. It should be noted that in the exercise of diplomatic protection, many problems arise in connection with citizenship. The principle of effective citizenship with diplomatic protection is of considerable interest, since the legal connection between citizenship between the protected state and the state can be quite weak if, with respect to citizens, some compulsory diplomatic protection is recognized, the provision of the same protection against refugees and stateless persons depends on the discretion of the state. **Discussion:** the proposal to include this issue on the agenda of international organizations.

The exercise of diplomatic protection is governed mainly by international customary law. States treat different aspects of diplomatic protection differently. The Institute of Diplomatic Protection of Citizens currently continues to be based primarily on the norms of international legal customs. In developing the draft articles on diplomatic protection in the framework of the UN International Law Commission, besides codification, the progressive development of the norms of the institute of diplomatic protection with regard to citizenship issues was also achieved.

First, a person with dual or multiple citizenship may claim protection from the states whose citizenship he has from the actions of the state of which the person is also a citizen, based on the criterion of prevailing citizenship (i.e. effective citizenship), number and on joint protection, against a third state, a citizen of which this person is not. Secondly, stateless persons and refugees were able to turn to the diplomatic protection of the states in whose territory they legally and usually live, given that such residence must take place both at the time of their injury and at the time of the official presentation of claims about causing it.

Thus, the adoption of a universal convention based on the Draft Articles on Diplomatic Protection developed by the UN International Law Commission in 2006 will contribute to the codification and progressive development of the international legal regulation of the institution of citizenship.

Keywords: diplomatic protection; custom; norms of international law; doctrine; damage; state; regime of foreigners; effective citizenship.