

Як відомо, дипломатичний захист - це засіб, за допомогою якого держава, у відповідності до міжнародного права, дипломатичними каналами надає допомогу своїм громадянам з метою забезпечення або поновлення їх прав та інтересів, порушених іншою державою. Він полягає у виконанні процедури, що має на меті реалізацію відповідальності держави за збитки, нанесені іноземному громадянину, і забезпечення або поновлення його прав. Держава, що надає дипломатичний захист своєму громадянину, заявляє іншій державі претензію або протест з вимогою відшкодування нанесених збитків, поновлення або забезпечення прав громадянина<sup>1</sup>.

Мова йде про елементарний принцип міжнародного права, який дозволяє державі захищати своїх громадян, які постраждали внаслідок діянь, що протирічать міжнародному праву, здійснених іншою державою, від якої вони не змогли отримати сатисфакції звичайним шляхом.

Цей принцип був сформульований дуже давно, але нерідко даються посилання на тих, хто першими зайнялись розробкою теорії міжнародного права, зокрема на Емера де Ваттеля (1714-1767), який заявляв: "Той, хто погано поводить з громадянином, тим самим посередньо наносить образу державі. Суверен ображеного громадянина повинен помститися за нанесену його підданому образу і зобов'язати, якщо це можливо, кривдника повністю відшкодувати збитки або покарати його,

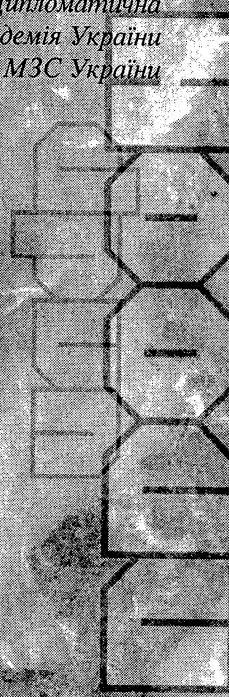


## ДИПЛОМАТИЧНИЙ ЗАХИСТ ГРОМАДЯНИНА

(до питання вивчення  
теми Комісією  
міжнародного права  
ООН)

**ПОДОЙМА Д.Г.,  
слухач I курсу**

*Дипломатична  
академія України  
при МЗС України*



оскільки інше обозначало б, що громадянину не дали скористатися таким великим благом громадянського спілкування, яким є безпека"<sup>2</sup>.

В цьому можна убачати деякий відголосок феодального права, у відповідності з яким сеньйор забезпечував захист в обмін на проявлення вірності його васалами (перебування у підданстві), або ж одне з відгалужень теорій "суспільного договору", які досить широко використовувались у свій час для виправдання законності існування держави і в яких встановлювався нерозривний зв'язок між соціальним миром і визнанням суверенної влади.

Однак, у вищенаведеній цитаті Ваттеля чітко проглядається одне з основних дорікань на адресу цього інституту, який, згідно цих нарікань, є дискримінаційним за своєю суттю, оскільки лише могутні держави можуть задіяти його проти самих слабких. Таким чином він, як стверджується, носить яскраво виражений несправедливий характер, оскільки можливість того, що права окремої людини буде інтернаціоналізовано, залежить від статусу держави, з якою ця людина пов'язана відносинами громадянства. Більш того, дипломатичний захист був використаний в якості приводу для втручання у внутрішні справи деяких країн. Суддя Міжнародного Суду ООН Падилья Нерво, викриваючи цю ситуацію, заявив слідує: "Що стосується відповідальності держав у їх взаємовідносинах з іноземцями, то в історичному плані ми маємо справу з безперервною низкою зловживань, незаконних втручань у внутрішні справи слабких держав, безпідставних претензій, погроз і навіть збройних інтервенцій під приводом здійснення прав на захист і санкцій, введених з метою примусити відповідні уряди виплатити відшкодування, що вимагається"<sup>3</sup>.

Латиноамериканські країни, які більш, ніж інші країни відчули на собі згубні наслідки цього спотвореного тлумачення дипломатичного захисту, намагались використовувати засіб правового захисту, відомий як "доктрина Кальво", яка була названа так за іменем одного з державних діячів Аргентини К.Кальво (1824-1906) і передбачала, що іноземець в договірному порядку відмовляється від дипломатичного захисту з боку своєї держави.

Як би там не було, з самого початку дипломатичний захист розглядався як неминучий наслідок здійснення державою особистої юрисдикції по відношенню до будь-якого населення в тих випадках, коли його громадяни, знаходячись на іноземній території, постраждали внаслідок порушення норм міжнародного права. "Допускаючи іноземців на свою територію, приймаючи держава визнає суверенітет тієї держави, громадяни-

ном якої є цей іноземець і зв'язок, що існує між ними"<sup>4</sup>. По суті справи, мова йде про механізм чи процедуру здійснення міжнародної відповідальності держави, приймаючої іноземців, в силу чого, на думку деяких авторів, вивчення проблем цієї відповідальності повинно охоплювати і питання про дипломатичний захист<sup>5</sup>. Але в цьому випадку відносини однієї держави з іншою мають ту особливість, що в їх основі лежать збитки, заподіяні громадянам однієї держави на території іншої держави. І з метою усунення виникаючої при цьому колізії між особою юрисдикцією і юрисдикцією територіальною, пріоритет віддається тому, щоб друга держава відшкодувала збитки (в силу принципу вичерпання внутрішніх засобів правового захисту), перш ніж перша держава заявить міжнародну претензію і виступить на захист свого громадянина.

В принципі держава завжди має можливість вибору засобів дозволяючих їй захистити своїх громадян, поважаючи при цьому свої міжнародні обов'язки та імперативні норми міжнародного права. Вона не може, однак, використовувати загрозу силою, або застосовувати силу з метою забезпечення дипломатичного захисту.

Проте, дипломатичний захист, тобто офіційна претензія держави по відношенню збитків, заподіяних одному з її громадян, які не були відшкодовані за допомогою місцевих засобів правового захисту, відрізняється від дипломатичної і консульської діяльності щодо забезпечення громадян допомогою і захистом, як це передбачено, відповідно, в ст.3 і ст.5 Віденської конвенції про дипломатичні зносини 1961 р.<sup>6</sup> і Віденської конвенції про консульські зносини 1963 р.<sup>7</sup>

Чекає свого дослідження питання, яким чином міжнародне звичаєве право регулює дипломатичний захист у випадку множинності громадянства. Адже закріплена в ст. 4 Гаазької конвенції про деякі питання, що стосуються колізій законів про громадянство, норма говорить: "Держава не може здійснювати дипломатичний захист одного з своїх громадян по відношенню до іншої держави, громадянином якої також є вказана особа"<sup>8</sup>. Може виникнути питання про те, чи може застосовуватись ця норма і чи не слід в цьому випадку використовувати критерій дійсного громадянства. Іншим чином ситуація може складатись в справі захисту, що вимагається міжнародними організаціями. Адже Міжнародний суд заявив, що захист, на який претендує ООН, базується не на громадянстві потерпілого, а на його статусі агента цієї організації"<sup>9</sup>. Тому не має значення, чи розглядає держава, якій адресована претензія, потерпілого в якості свого власного громадянина, чи ні, оскільки питання про громадянство не

має відношення щодо допустимості такої претензії.

Одним з питань, які потребують подальшого вивчення, є питання про те, чи може держава, громадянином якої є індивід, що відмовився від дипломатичного захисту цієї держави, здійснювати все ж таки цей захист навіть за цих обставин. Далі - чи може дипломатичний захист охоплювати інші форми захисту, крім претензій. Нарешті, може бути розглянуто питання про застосування норм дипломатичного захисту у випадку правонаступництва держав.

У латиноамериканській доктрині, розробленій на основі вищезгаданої "доктрини Кальво", було визнано неприпустимим, щоб індивід не міг по своїй волі відмовитися від захисту з боку держави, громадянином якої він є. Відмовившись від цього захисту, він погодився б визнати принцип рівності в правах з громадянами приймаючої держави, справи яких можуть розглядатись лише національними судовими органами. В практичній площині науковий спір з приводу "доктрини Кальво" зводиться до вирішення ключового питання про природу права, що розглядається (а, відповідно, і характер його носія) в контексті здійснення державою дипломатичного захисту.

Оскільки мета полягає в тому, щоб звести до мінімуму зловживання з боку могутніх держав, які до того ж є основними експортерами капіталу, немає нічого дивного в тому, що ця "доктрина Кальво" проявилась - в інших формах і в іншому викладенні - у вимогах країн, що розвиваються і вступили у 70-ті роки за встановлення нового міжнародного економічного порядку. Мова йшла про те, щоб суперечками щодо статусу іноземної власності займались лише національні судові органи відповідної приймаючої держави. А вже 12 грудня 1974 року Генеральною Асамблеєю ООН була прийнята Хартія економічних прав і обов'язків держав, пункт 2 ст.2 якої передбачив, що "в будь-якому випадку, коли питання про компетенцію викликає спір, воно повинно врегулюватися згідно внутрішнього права націоналізуючої держави і його судами, якщо тільки всі зацікавлені держави добровільно і на підставі взаємної згоди не досягнуть домовленості по відношенню пошуку інших мирних засобів врегулювання на підставі суверенної рівності держав і у відповідності до принципу мирного вибору засобів"<sup>10</sup>.

При цьому слід відзначити, що багато держав, які виступали на підтримку цієї ідеї на міжнародних форумах, в той же час уклали угоди про заохочення і стимулювання інвестицій, в яких за державою громадянства іноземця визнавалося право застосовувати дії, зокрема, звер-

татися до арбітражу, з метою домогтися дотримання прав, визначених в договорі, на користь інвесторів з числа їх громадян.

Однак мова йде про угоди, які вписуються в загальні рамки двосторонніх відносин між відповідними державами і які в більшості випадків передбачають можливість звернення самих приватних осіб до міжнародного арбітражу.

Як би там не було, дипломатичному захисту був доданий потужний емоційно-політичний запал, в результаті чого він з недовірою став сприйматися деякими, як механізм, дозволяючий здійснити маніпуляції з майном і акціями іноземних громадян.

Держави створили спеціальні міжнародні трибунали, які дозволяють їм вирішувати суперечки, що виникають між однією з держав і громадянами іншої держави. Спочатку, в XIX ст., виникали змішані комісії, перша з яких була створена у відповідності з англо-американським договором від 8 квітня 1853 р. По закінченні Першої світової війни, між США, з однієї сторони, і Австрією і Угорщиною - з іншої, був укладений договір від 26 листопада 1924 р., у відповідності до якого був призначений комісар, до завдання якого входив розгляд претензій, що пред'являлися США від імені американських громадян, які понесли збитки від цих країн в ході війни.

Якщо взяти більш близький до нас історичний період, то можна згадати Арбітражний трибунал по розгляду спорів між Іраном і США, який був створений у відповідності до Алжирської угоди від 14 січня 1981 р., укладеної між цими двома державами. Цей трибунал виніс вже більше 4000 рішень з питань, що стосуються спорів, сторонами в яких є іноземні громадяни і та або інша з цих держав, виступаюча в якості приймаючої держави. І в цьому випадку має місце відмова від внутрішніх засобів правового захисту і механізму дипломатичного захисту, оскільки приватним особам дозволено відстоювати свої права безпосередньо в міжнародному судовому органі<sup>11</sup>.

І, нарешті, слід зазначити умови, в яких Рада Безпеки прийняла рішення врегулювати наслідки відповідальності за "шкоду, заподіяну іншим державам та іноземним фізичним і юридичним особам" в результаті незаконного вторгнення Іраку і окупації ним Кувейту<sup>12</sup>. Це завдання покладене на Компенсаційний фонд і Компенсаційну комісію, діючі під керівництвом Ради управляючих, до складу якої входять держави-члени Ради Безпеки і яка розміщується в Женеві<sup>13</sup>. Разом з тим процедура є змішаною, оскільки вона передбачає процесуальне забезпечення; трьохстороннім комісіям, до складу яких входять незалежні комісари, доручено вивчати претензії і на-

## ПОСИЛАННЯ

<sup>1</sup> Международное право. Словарь-справочник / Под общ. ред. акад. МАИ д.ю.н. Трофимова В.Н. - М.: Инфра, М., 1997. - С.82.

<sup>2</sup> Ваттель, Эмер де. Право народов или принципы естественного права, применяемые к поведению и делам наций и суверенов / Предисл. Дурденевского В.Н. - М.: Госкориздат, 1960. - С.254-255.

<sup>3</sup> Opinion individuelle de M. Padilla Nervo // Case concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New application: 1962), (Belgium v Spain), second phase, judgment of 5 february 1970 / International Court of Justice. - Hague, 1970. - P.246. Reports of Judgments, advisory opinions and orders.

<sup>4</sup> Borchard, Edwin. The diplomatic protection of citizens abroad. - New York: The Banks Law Publishing Co, 1915. - P.26.

<sup>5</sup> Jessup, Philip C. A modern law of nations - an introduction. - New York: Macmillan, 1948. - P.97.

<sup>6</sup> Віденська Конвенція про дипломатичні зносини // Гуменюк Б.І. Основи дипломатичної та консульської служби: Навч. посібник. - К.: Либідь, 1998. - С.145.

<sup>7</sup> Віденська Конвенція про консульські зносини // Там же. - С.164-165.

<sup>8</sup> Дипломатическая защита // ООН. Генеральная Ассамблея. Сессия (52; 1997; Нью-Йорк). Официальные отчеты: Доп. №10 (A/52/10). Доклад Комиссии международного права о работе ее сорок девятой сессии.

давати пропозиції Раді керуючих, яка в усіх випадках затверджує їх.

Претензії можуть бути подані до Комісії державами або міжнародними організаціями від імені відповідних фізичних або юридичних осіб і через них же постраждалі отримують потім призначену їм компенсацію. В даному випадку держави можна розглядати в якості свого роду уповноважених представників приватних осіб в органі, якому доручено врегулювати спір між цими особами і країною, винною в заподіянні ним збитків. Деякі держави навіть пропонують своїм громадянам отримати ссуду в очікуванні виплати їм компенсації, що може слугувати підтвердженням існування корінної відмінності між схемами, прийнятими по відношенню до цього конфлікту, і традиційними механізмами дипломатичного захисту<sup>14</sup>.

Зараз законодавство більшості країн дозволяє звернення до національних судів з метою забезпечення перерахування коштів, отриманих урядом в якості компенсації, і здійснення контролю за їх розподілом. Однак постає питання про право конкретної особи на дипломатичний захист з боку держави, а, отже, про обов'язок або обов'язки, які покладалися б в цьому зв'язку на державу. Навіть в тих випадках, коли про це йде мова в Конституції країни<sup>15</sup>, вони, по суті справи, носять головним чином моральний, а не юридичний характер; імовірність втручання держави громадянства іноземця, безсумнівно, залежить від політичних міркувань і обставин, обумовлених станом дипломатичних стосунків з відповідною державою. Цей обов'язок повинен, принаймні, узгоджуватись з вищими інтересами держави громадянства іноземця<sup>16</sup>.

Розвиток сучасних норм в галузі прав людини неминуче впливає на традиційне поняття дипломатичного захисту, хоча на міжнарод-

ному рівні дипломатичний захист завжди повинен розглядатися головним чином як право держави, а не конкретної особи.

Таким чином, враховуючи практичну необхідність в кодифікації міжнародного права в цій галузі, тема, що розглядається, повинна стати предметом уважного вивчення Комісією міжнародного права ООН, що в подальшому призведе до результатів, які мають позитивно вплинути на розвиток міжнародного права в цілому.

З цією метою, у відповідності до п.13 резолюції 51/160 Генеральної Асамблеї ООН<sup>17</sup>, Комісія міжнародного права утворила Робочу групу, що повинна визначити обсяг і зміст цієї теми в світлі коментарів і зауважень, висловлених під час обговорення доповіді Комісії в Шостому комітеті.

Ця тема приваблива тим, що дозволить провести суміжне дослідження, яке буде доповнювати роботу Комісії над темою відповідальності держав. Дослідження не обов'язково повинно мати своїм результатом Конвенцію. Воно може прийняти форму керівництва, яке, можливо, буде корисним для урядів при врегулюванні міжнародних претензій.

12 мая-18 июля.1997 г.- Нью-Йорк.1997.- С.153.

<sup>9</sup> Див.: Advisory Opinion of 11 july 1949 // Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations// International Court of Justice.- Hague, 1949.- p.176.- Reports of judgments, advisory opinions and orders.

<sup>10</sup> Хартия экономических прав и обязанностей государств: Резолюция 3281 (XXIX) от 12 декабря 1974 г. // ООН. Генеральная Ассамблея. Сессия (29; 1974; Нью-Йорк). Официальные отчеты: Доп. №31 (A/9631). Резолюции приняты Генеральной Ассамблеей на двадцать девятой сессии.- Т.1. 17 сент.-18 дек.1974 г.- Нью-Йорк, 1975.-С.67.

<sup>11</sup> Беннуна Мухаммед, специальный докладчик. Предварительный доклад по вопросу о дипломатической защите /ООН. Комиссия международного права. Сессия (50; 1998; Женева-Нью-Йорк).-Нью-Йорк, 1998.-С.12-13.-A/CN.4/484. 4 february 1998.

<sup>12</sup> Резолюция 687 (1991) от 3 апреля 1991 г. // ООН Совет Безопасности. Официальные отчеты: сорок шестой год. Резолюции и решения за 1991 год.- Нью-Йорк, 1993.-С.19.-8/INF/47.

<sup>13</sup> Резолюция 692 (1991) от 20 мая 1991 г. // Там же.-С.25-26.

<sup>14</sup> Беннуна Мухаммед, специальный докладчик. Предварительный доклад по вопросу о дипломатической защите /ООН. Комиссия международного права. Сессия (50; 1998; Женева-Нью-Йорк).-Нью-Йорк, 1998.-С.13.-A/CN.4/484. 4 february 1998.

<sup>15</sup> Див.: Конституция Китайской Народной Республики // Конституции социалистических государств / Под ред. Страшуна Б.А., Топорнина Б.Н., Шахназарова Г.Х.- Сборник в 2 т. - М.: Юрид.лит., 1987.-Т.1.-С.273-306; Конституция Российской Федерации // Конституции новых держав Европы та Азії / Упоряд. Головатий С. - К.: Укр. Правн. Фундація. Вид-во "Право", 1996.- С.405-443.

<sup>16</sup> Див.: Diplomatic protection // Encyclopedia of public international Law.- Amsterdam, 1992.-Vol.1.- P.1052.

<sup>17</sup> Доклад Комиссии международного права о работе ее сорок восьмой сессии. Резолюция 51/160, принятая Генеральной Ассамблеей по докладу Шестого комитета (A/51/626) // ООН. Генеральная Ассамблея. Сессия (51; 1996; Нью-Йорк). - Нью-Йорк, 1997. - С.3. - 30 January 1997.