

відносин : зб. наук. праць. – К. : Київський нац. ун-т ім. Тараса Шевченка, Ін-т міжнар. відносин. – 2013. – Вип. 117 (II). – С. 84–91.

2. Melzer N. Cyberwarfare and International Law [Electronic resource] / N. Melzer // UNIDIR. – 2011. – Available at <http://unidir.org/files/publications/pdfs/cyberwarfare-and-international-law-382.pdf>

3. Shaffer G. International Law and Global Public Goods in a Legal Pluralist World / G. Shaffer // The European Journal of International Law. – 2012. – Vol. 23. – No. 3. – С. 669–693.

4. Hathaway Oona A., et al. The Law Of Cyber-Attack / Oona A. Hathaway, R. Crootof, P. Levitz, H. Nix, A. Nowlan, W. Perdue, J. Spiegel // California Law Review. – 2012. – Vol. 100. – No. 4. – P. 817–885.

5. Maskun S. H. LL.M Cyber Security: Rule of Use Internet Safely / S. H. LL.M. Maskun // Journal of Law, Policy and Globalization. – 2013. – Vol.15. – P

О. М. Сіваш¹

ДИПЛОМАТИЧНИЙ ЗАХИСТ ЯК ФОРМА ЗАХИСТУ ПРАВ ГРОМАДЯН ЗА КОРДОНОМ

Історія міжнародних відносин свідчить, що захист прав і законних інтересів громадян за кордоном здійснюється в різних формах і різними способами. Однією з визнаних форм такого захисту є дипломатичний захист. Інститут дипломатичного захисту здавна відомий міжнародному праву, саме він був єдиним засобом захисту осіб (фізичних і юридичних) в міжнародних відносинах за умови відсутності міжнародного захисту прав людини².

Однак, незважаючи на те, що в сучасному міжнародному праві закріплений принцип поваги до прав людини³, на основі якого активно

¹ Кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри міжнародного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

² Содіков, Ш. Д. в своєму дисертаційному дослідженні пише: «Саме міжнародно-правові норми про дипломатичний захист, на фоні тотального заперечення будь-якої міжнародної правосуб'єктності фізичних і юридичних осіб, створював юридичну основу для захисту державою своїх осіб на території іноземної держави»[1, С. 8].

³ Статут ООН; Заключний акт НБСЄ 1975 р.; Декларація про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва держав відповідно до Статуту ООН 1970 р.

розвивається міжнародний захист прав людині створені міжнародні механізми їх захисту, інститут дипломатичного захисту зберігає своє особливе значення в області захисту прав людини і нині. Справа в тому, що система міжнародного контролю, надзвичайно складна і недостатньо організована, що, нажаль, відбивається на її ефективності. Така ситуація пов'язана з новизною цього явища. За цих обставин дипломатичний захист не втрачає свого значення як засіб забезпечення прав громадян, що перебувають за кордоном. При цьому, потрібно зауважити, що розвиток міжнародного права прав людини вносить новели в інститут дипломатичного захисту. Окрім того, завдяки процесу глобалізації, коли відбувається активний рух робочої сили, зростає кількість громадян однієї держави, що знаходяться на території іншої, дипломатичний захист не втрачає свого значення. Останнє впливає як з практики держав так й міжнародних актів¹. Думається, що доки держава буде залишатися основним суб'єктом міжнародного права, дипломатичний захист залишатиметься найбільш важливим засобом захисту прав іноземців.

Інститут дипломатичного захисту є загальноновизнаним в сучасному міжнародному праві, що підтверджується як міжнародно-правовими нормами так і судовою практикою. Цей інститут закріплений в багатьох двосторонніх договорах держав, а також в багатосторонніх міжнародних документах, зокрема Віденській конвенції про дипломатичні зносини 1961 р. (ст.3), Віденській конвенції про консульські зносини 1963 р. (ст. 5). Однак в цілому, діючі звичаєві норми міжнародного права є основними нормами, на основі яких держава готова визнати законність претензій, які інша держава, через свої представницькі органи пред'являє йому від імені осіб, що проживають чи мають власність на його території [4, С. 329–330].

На початку ХХ ст. була здійснена низка спроб приватного характеру по кодифікації інституту дипломатичного захисту. Так, наприклад аме-

¹ Декларація про права людини відносно осіб, що не є громадянами країни, в якій вони проживають закріплює в ст. 10: «Будь-якому іноземцю повинна бути надана свобода в будь-який час зв'язатися з консулом чи дипломатичним представництвом держави, громадянином якої він є, чи, за відсутності таких, з консульством чи дипломатичним представництвом будь-якої іншої держави, якій доручено захищати інтереси держави, громадянином якої він є, в державі в якій він проживає» [2]. Аналогічне положення міститься в Конвенції про захист всіх працюючих-мігрантів і членів їх родин 1991 р. (ст.23): «Працюючі-мігранти і члени їх родин мають право на отримання захисту з боку консульських та дипломатичних установ держави свого походження чи держави, що представляє інтереси цієї держави, коли порушуються права, визнані цією Конвенцією».[3]

риканський Інститут міжнародного права у 1925 р. розробив проект № 16 «Дипломатичний захист», який містив правила, що регулювали здійснення дипломатичного захисту; Інститут міжнародного права у 1956 р. прийняв Резолюцію про «Правила вичерпання юридичних засобів на підставі внутрішніх законів» 1956 р. та ін. Однак, на сьогодні цей інститут залишається не кодифікованим. Комісія міжнародного права ООН, метою якої є сприяння прогресивному розвитку міжнародного права та його кодифікації, в 1995 р. в ході своєї сорок сьомої сесії приступила до обговорення теми «Дипломатичний захист». Резолюцію 61/35 від 4 грудня 2006 р. Генеральна Асамблея прийняла до відома проекти статей про дипломатичний захист, представлені Комісією міжнародного права, і запропонувала урядам надати коментарі відносно рекомендації Комісії про розробку конвенції на основі цих статей. В наступних резолюціях, а саме 62/67 від 06.12.2007 р. (містила проект статей про дипломатичний захист) [5]; резолюції 65/27 від 06.12.2010р. [6] Асамблея запропонувала статті до уваги урядів і закликала їх надати коментарі з приводу розробки конвенції на основі цих статей. В останній резолюції 68/113 з цього питання, прийнятій Асамблеєю 16 грудня 2013 р., вкотре підкреслювалося, що «тема дипломатичного захисту має велике значення у відносинах між державами» і постановляється «включити в попередній порядок денний для своєї сімдесять першої сесії пункт, озаглавлений «Дипломатичний захист» [7]. Отже, запропоновані статті не є на сьогодні позитивним міжнародним правом, однак, ця робота Комісії міжнародного права є важливим кроком на шляху кодифікації і прогресивного розвитку інституту дипломатичного захисту, тим більше враховуючи, що в кожному кодифікаційному проекті Комісія намагається дотягнути прийнятний баланс між нормами звичаєвого права і новаторськими елементами, реалізуючи мету: сприяння прогресивному розвитку міжнародного права і цей проект не виключення¹.

Що ж стосується судової практики, то ще Постійна палата міжнародного правосуддя по справі Мавромматіса у 1924 р. зазначала: «Держава користується елементарним принципом міжнародного права, щоб за-

¹ Так Спеціальний доповідач Джон Дугард в своїй третій доповіді з питань дипломатичного захисту вказав: «Завдання Комісії полягає в тому, щоб зробити вибір між конкуруючими нормами. Здійснюючи цей вибір їй слід керуватися як вагомністю джерел на підтримку тієї чи іншої норми, так і справедливістю цієї норми в сучасному міжнародному співтоваристві. Хоча Комісія в основному займається кодифікацією, вона все-таки разом з тим розвиває право, роблячи вибір між конкуруючими нормами»[8].

хищати своїх громадян, від дій, які протирічать міжнародному праву і скоєні іншою державою, якщо звичайним шляхом вирішити питання не вдасться... Виступаючи на захист одного зі своїх громадян, вдаючись для цього до дипломатичних дій чи звертаючись до міжнародних судових органів, дана держава відстоює своє власне право... Вказане право може здійснюватися лише в інтересах громадян, оскільки за відсутності відповідних угод, тільки правовідносини громадянства між державою й індивідом дають державі право дипломатичного захисту» [9, С. 12].

Інститут дипломатичного захисту закріплений також внутрішнім правом держав, як конституційним, так і таким що відноситься до органів зовнішніх зносин. Так, Конституція України закріплює в ст.25ч. 3: «Україна гарантує піклування та захист своїм громадянам, які перебувають за її межами» [10]. Закон Про засади внутрішньої і зовнішньої політики в ст. 11, що має назву «засади зовнішньої політики» містить наступне положення: «забезпечення захисту прав та інтересів громадян і юридичних осіб України за кордоном»; а в ст. 2, як один з принципів на яких ґрунтується зовнішня політика України зазначається: «застосування міжнародних санкцій, контрзаходів та заходів дипломатичного захисту відповідно до міжнародного права у випадках міжнародних протиправних діянь, які завдають шкоди Україні, її громадянам і юридичним особам» [11]. В Положенні про дипломатичне представництво України за кордоном в ст. 3 серед функцій дипломатичного представництва України вказується: захист інтересів України, прав та інтересів її громадян та юридичних осіб в державі перебування [12].

Незважаючи на важливість дипломатичного захисту ні в одній діючій міжнародній конвенції це поняття не пояснюється. В міжнародно-правовій доктрині також немає єдності з цього питання. На початку ХХ ст. Е. М. Борчард зазначав: «Дипломатичний захист за своєю природою є міжнародний процес, що полягає в заклику однієї держави до іншої виконати зобов'язання однієї перед іншою, що впливають із взаємних прав і обов'язків». Ф. С. Данн в роботі 1932 р., розглядав дипломатичний захист більш широко, зазначаючи, що він охоплює всі випадки офіційного представництва державою своїх громадян... в межах дії юрисдикції іншої держави. На думку І. І. Лукашука: «дипломатичний захист – дипломатична процедура, за допомогою якої держава захищає права своїх громадян у випадку їх порушення міжнародно-протиправним діянням іншої держави, в якій вони не змогли добитися поновлення своїх прав, вичерпавши місцеві засоби юридичного захисту» [15, С. 201].

Окрім того, в науці виділяють дипломатичний захист в узькому та широкому смислах в залежності від того, які цілі переслідує держава, що його здійснює. Дипломатичний захист у вузькому сенсі означає міжнародно-правовий процес (механізм, процедура) закликання державою до міжнародної відповідальності іноземної держави за порушення норм міжнародного права, що призвело до завдання шкоди громадянину (іншій особі) чи організації першої держави, який реалізується дипломатичними та/чи іншими засобами мирного врегулювання з метою імплементації такої відповідальності. В широкому ж сенсі дипломатичний захист – це процес (механізм, процедура) міжнародного (міждержавного) характеру, при реалізації якого держава переслідує основну мету – забезпечити захист дипломатичними та/чи іншими засобами мирного врегулювання порушених, чи таких, що порушуються міжнародно-протиправним діянням з боку іншої держави прав і законних інтересів громадян (інших осіб) й організацій, що знаходяться за кордоном, і, в певному сенсі, власних прав як суб'єкта даних правовідносин, а також для досягнення вказаної цілі здійснює заклик до міжнародно-правової відповідальності іноземну державу за міжнародно-протиправне діяння, яке потягло завдання шкоди його громадянам (іншим особам) чи організаціям [16, С.8–9]. У згаданому вище проекті статей про дипломатичний захист, розробленому Комісією міжнародного права надається наступне визначення: «для цілей цих проектів статей дипломатичний захист полягає в закликанні державою, через дипломатичні заходи чи інші засоби мирного врегулювання, до відповідальності іншої держави за шкоду, завдану міжнародно-протиправним діянням цієї держави фізичній чи юридичній особі, що є громадянином чи має національність першої держави, з метою імплементації такої відповідальності». Такий підхід Комісії визначається завданням, що стояло перед нею і полягало в вирішенні питання міжнародної відповідальності взагалі.

Що стосується здійснення дипломатичного захисту, то вітчизняний юрист-міжнародник К. К. Сандровський формулював чотири основні умови, що робили дипломатичний захист правомірним:

- 1) в здійсненні дипломатичного захисту не повинно бути жодного втручання у внутрішню компетенцію держави перебування;
- 2) перед тим як вдатися до заходів дипломатичного захисту, посольство має запевнитися в тому, що громадянами й органами його держави або відмовлено в заходах судового чи іншого захисту, або всі заходи

передбачені законодавством країни перебування для поновлення порушених прав вже вичерпані чи не дали результатів;

3) дипломатичний захист може бути наданий тільки громадянам чи органам аккредитуючої держави. Апатриди і біпатриди, а також громадяни й органи іноземної держави зазвичай не вправі розраховувати на покровительство чужого для них посольства, якщо це не викликано крайньою необхідністю чи не є предметом спеціальної домовленості за угодою із зацікавленими державами, як це передбачено в (ст. ст. 45, 46) Віденської конвенції 1961 р.;

4) право на дипломатичний захист є «виключним правом вітчизняної держави» в особі його посольства, що склалося в силу міжнародного звичаю, але жодним чином не право індивідів, тобто громадян даної держави, що звертаються в посольство за допомогою. Отже, акредитуєча держава і тільки вона, визначає, чи вживати їй заходи захисту перед владою країни перебування, та їх обсяг і форму[17, С.113–114].

Якщо звернутися до вимоги вичерпання внутрішньодержавних засобів захисту, потрібно зауважити, що держава не має права, посилаючись на дипломатичний захист, висувати міжнародні претензії до того, як приватна особа, що є потерпілою від протиправних дій, вичерпає всі внутрішні засоби захисту. Ця вимога стосується як звернення до адміністративних органів, так і пред'явлення позову, тобто всіх заходів, передбачених правовою системою держави, яку необхідно притягти до відповідальності. Таке положення впливає з державного суверенітету, у відповідності з яким держави визнають рівноцінність державних правопорядків. Окрім того, особа, що перебуває за кордоном підпадає під територіально у юрисдикцію відповідної іноземної держави. Отже, дипломатичний захист як спосіб захисту приватних осіб має субсидіарний характер. Виключенням з цієї вимоги є випадки, коли внутрішньодержавні засоби захисту відсутні чи не є дієвими. Положення, що вимагають вичерпання внутрішніх засобів правового захисту містяться в ст. 14 проектів статей, запропонованих Комісією міжнародного права. Ст. 15 вказаних проектів перераховує виключення з правила про внутрішні засоби захисту і містить п'ять позицій (закріплюють, окрім вказаного, випадок коли постраждалій особі явно чинять перепони в можливості скористатися внутрішніми засобами правового захисту чи держава, що імовірно несе відповідальність, відмовилася від вимоги вичерпання внутрішніх засобів правового захисту).

Що стосується положення зазначеного К. К. Сандровським, згідно з яким дипломатичний захист є дискреційним повноваженням держави, то цей принцип справедливий у відносинах між державами як суб'єктами міжнародного права, однак не може переноситися на відносини держави з її громадянами, оскільки саме внутрішнє право в цьому сенсі визначає режим дипломатичного захисту¹. Так ст. 25 ч. 3 Конституції України передбачає право громадян на дипломатичний захист. При цьому важливо зазначити, що порядок здійснення громадянином цього права не визначений, що, безсумнівно, не сприяє його реалізації. Конституції Польщі, Російської Федерації й низки інших держав також передбачають право громадянина на дипломатичний захист. Хоча внутрішнє законодавство більшості держав все ж закріплюють дискреційний характер дипломатичного захисту.

Відносно громадянства осіб, що захищаються, як практика держав, так і міжнародна судова практика виходить з того, що держава може здійснювати дипломатичний захист тільки стосовно своїх громадян, тобто стосовно фізичних і юридичних осіб, які пов'язані з нею відповідно громадянством чи реєстрацією (юридичні особи). Саме цей зв'язок надає можливість здійснювати державі особисту юрисдикцію, що є основою реалізації дипломатичного захисту. В проектах же статей Комісії міжнародного права передбачається можливість захисту біпатридів і осіб з множинним громадянством (ст. 7), а також осіб без громадянства й біженців (ст. 8.)

Методи дипломатичного захисту це способи і заходи впливу на державу, що порушуючи норми міжнародного права, завдала шкоду іноземному громадянину. Зрозуміло, що дипломатичний захист повинен здійснюватися у відповідності з нормами міжнародного права і з урахуванням місцевого права. Отже, дипломатичний захист має реалізовуватися виключно мирними засобами врегулювання спорів, як то консультування громадян дипломатичними установами, надсилання запитів з приводу порушення прав і законних інтересів постраждалих громадян акредитованої держави, протести, ведення переговорів, посередництво, добрі послуги, судовий і арбітражний розгляд та ін. (див ст. 33 ч. 1 Статуту ООН) [19].

Таким чином, дипломатичний захист не втрачає актуальності в умовах сучасного розвитку міжнародних відносин і міжнародного права.

¹ Так ще Конституція Веймарської республіки 1919 р. в ст. 112 ч. 2 закріплювала: «Всі громадяни, що знаходяться як в межах імперської території, так і поза нею, мають право на захист з боку імперії по відношенню до іноземної держави» [18].

Важливий цей інститут для України, оскільки значна кількість громадян України перебувають за кордоном. Окрім того, на даний час є надзвичайно резонансні випадки порушення прав наших громадян Російською Федерацією, достатньо згадати прізвища Н. Савченко та О. Сенцова. Україна має вміло користуватися всім арсеналом, що надає міжнародне право включаючи дипломатичний захист, для захисту власних громадян.

Звичайно в цій статті зазначені лише деякі аспекти цього складного інституту міжнародного права. Дослідження цього важливого інституту буде продовжено в наступних роботах.

Література:

1. Содииков, Ш. Д. Институт дипломатической защиты в современном международном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 – международное право; европейское право. – М., 2011. – 29 с.

2. Декларация о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают : Резолюция Генеральной Ассамблеи 40/144 от 13.12.1985г. [Электронный ресурс] . – Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/not_nationals_rights.shtml

3. Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей : Резолюция Генеральной Ассамблеи 45/158 от 18.12.1990 г. [Электронный ресурс] . – Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/migrant3.shtml

4. Абашидзе А. Х., Аль-Факи Гамиль Хизам Яхья. Дипломатическая и консульская защита: история и современность /А. Х. Абашидзе, Аль-Факи Гамиль Хизам Яхья // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. – М. : Изд-во РУДН. – 2001. – № 2. – С. 57–64.

5. Резолюція Генеральної Асамблеї 62/67 від 06.12.2007 р. [Електронний ресурс] . – Режим доступу: Електронний ресурс, режим доступу: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/62/67&Lang=R

6. Резолюція Генеральної Асамблеї 65/27 від 06.12.2010 р. [Електронний ресурс] . – Режим доступу: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/547/57/PDF/N1054757.pdf?OpenElement>

7. Резолюція Генеральної Асамблеї «Дипломатичний захист» 68/113 від 18.12.2013 [Електронний ресурс] . – Режим доступу: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/494/58/PDF/N1349458.pdf?OpenElement>

8. ООН, Генеральная Ассамблея, A/CN.4/523 Distr.: General 7 March 2002 Russian Original: English/French. Комиссия международного права. 54-я сес-

сия. 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.

9. *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. U. K.)* P. C. I. J. Reports 1924. Series A. N 2.

10. Конституція України від 28.06.1996 р.[Електронний ресурс] . – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80/print1433787799016547>

11. Про засади внутрішньої і зовнішньої політики : Закон України від 01.07.2010 № 2411-VI [Електронний ресурс] . – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2411-17/ed20150101>

12. Положенні про дипломатичне представництво України за кордоном, затверджене Розпорядженням Президента України від 22.10.1992 р. N166/92-рп. [Електронний ресурс] . – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/166/92-%D1%80%D0%BF/print1433787799016547>

13. Вендель И. А. Некоторые аспекты осуществления дипломатической защиты (консульского содействия) дипломатическими и консульскими учреждениями / И. А. Вендель // Российский юридический журнал. – 2012. – №3 (84). – С. 83–91.

14. Künzli A. Exercising Diplomatic Protection. The Fine Line Between Litigation, Demarches and Consular Assistance[Електронний ресурс] / A. Künzli// Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. – Volume 66 (2006). – P. 321–351. – Режим доступу: http://www.zaoerv.de/66_2006/66_2006_2_a_321_350.pdf

15. Лукашук И. И. Международное право. Общая часть : учеб. для студентов юрид. фак. и вузов / И. И. Лукашук ; Рос. акад. наук, Ин-т государства и права, Академ. Правовой ун-т . – Изд. 3-е, перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – 432 с.

16. Вендель И. В. Дипломатическая защита и консульское содействие как формы защиты прав граждан и организаций за рубежом : автореф. дис. ... канд. юрид. наук :12.00.10. – М., 2013. – 33 с.

17. Курс международного права . В 7 т. Том 4. Отрасли международного права / отв. ред. И. И. Лукашук. – М. : Наука, 1990. – 272 с.

18. Веймарская конституция[Електронний ресурс] . – Режим доступу: <http://law-students.net/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=261&page=2>

19. Статут ООН [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_010