

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
Національний університет «Одеська юридична академія»

КРИЛОВ МАКСИМ АНАТОЛІЙОВИЧ



УДК 341.7.6:341.237

РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ ДИПЛОМАТИЧНОГО ЗАХИСТУ
ФІЗИЧНИХ ТА ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

Спеціальність 12.00.11 – міжнародне право

Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня
кандидата юридичних наук

Одеса – 2021

Дисертацією є рукопис.

Робота виконана на кафедрі міжнародного та європейського права Національного університету «Одеська юридична академія» Міністерства освіти і науки України.

Науковий керівник:

доктор юридичних наук, професор
КІВАЛОВА Тетяна Сергіївна,
Національний університет «Одеська юридична академія», професор кафедри міжнародного та європейського права

Офіційні опоненти:

доктор юридичних наук, доцент
СТРЕЛЬЦОВА Євдокія Джонівна,
Одеський національний університет
імені І. І. Мечникова, завідувач кафедри
загальноправових дисциплін та міжнародного права

кандидат юридичних наук, професор
РЕПЕЦЬКИЙ Василь Миколайович,
Львівського національного університету
імені Івана Франка, завідувач кафедри
міжнародного права

Захист відбудеться «13» травня 2021 року о 12:00 годині на засіданні спеціалізованої вченої ради Д41.086.04 Національного університету «Одеська юридична академія» за адресою: 65009, м. Одеса, вул. Академічна, 2.

З дисертацією можна ознайомитись в бібліотеці Національного університету «Одеська юридична академія» за адресою: 65009, м. Одеса, вул. Академічна, 2.

Автореферат розіслано «12» квітня 2021 року.

**Вчений секретар
спеціалізованої вченої ради**



Г. О. Ульянова

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА РОБОТИ

Актуальність теми дослідження. Право дипломатичного захисту формувалося як частина міжнародного права задовго до Вестфальського миру (1648 р.), який породив національну державу і сучасне міжнародне право. Порівняно недавно – тільки на початку XIX століття – дипломатичний захист утвердився у сфері міжнародного права і практики як самостійний інститут. Виникнення і становлення цього інституту для всіх практичних цілей збіглося, зокрема, з набуттям незалежності колоніями європейських держав (головним чином, Іспанії) в Латинській Америці. Але практичні умови, які сприяли його становленню і розвитку, не проявилися в повну силу до цього часу і навіть через деякий час.

Ще з XVIII століття основним засобом міжнародного захисту іноземців було звернення до дипломатичного захисту. Такий захист *stricto sensu* розуміється як засіб реалізації відповідальності держави та традиційно знаходить своє теоретичне обґрунтування в працях Еммеріха де Ваттеля, який заявив, що: «той, хто погано ставиться до громадянина, побічно завдає шкоди державі, яка має захищати цього громадянина».

На початку XX століття дипломатичний захист був зосереджений в основному на інвестиційних правах і економічних інтересах іноземців і здійснювався здебільшого могутніми державами-інвесторами, що призвело до численних зловживань. З цієї причини країни, що розвиваються, особливо латиноамериканські, рішуче відреагували на нього, зробивши безуспішні спроби нейтралізувати його наслідки (такі як застереження Кальво і доктрина Драго), а також різко критикували його, про що свідчить часто цитований уривок окремої думки судді Падилла Нерво у справі «Барселона Трекшн»: «Історія відповідальності держав щодо поводження з іноземними громадянами – це історія зловживань, незаконного втручання у внутрішню юрисдикцію слабших держав, несправедливих вимог, погроз і навіть військової агресії під прапором здійснення прав на захист і накладення санкцій з метою змусити уряд провести необхідні відшкодування».

Ймовірно, внаслідок цієї різкої критики в другій половині XX століття дипломатичний захист опинився у свого роду науковому забутті, поступившись місцем аналізу альтернативних механізмів захисту іноземців, які вважалися менш схильними до зловживань з боку могутніх держав.

В останні десятиліття міжнародно-правова система зазнала значних змін, особливо щодо матеріальних і процесуальних прав, наданих фізичним особам за міжнародним правом. Проте, ці події не тільки не замінюють або не роблять дипломатичний захист застарілим інститутом, як стверджували деякі вчені та політики, але насправді відродили важливість дипломатичного захисту як засобу захисту індивідуальних прав і кинули виклик традиційним уявленням, що лежать в основі такого механізму.

До теперішнього часу дипломатичний захист залишався у сфері звичаєвого міжнародного права. Його звичаєва природа була вперше заявлена Постійною палатою міжнародного правосуддя в Справі про Палестинські концесії Мавроматіс, в якій було визнано, що: «Елементарним принципом міжнародного права є те, що

державі надано право здійснювати захист своїх підданих, коли їм наноситься збиток діями іншої держави, які суперечать нормам міжнародного права і від яких ці піддані не змогли отримати задоволення звичайними засобами».

Підтверджуючи його актуальність, Комісія міжнародного права Організації Об'єднаних Націй відновила свою роботу з кодифікації і «прогресивного розвитку» цієї теми «з метою запобігання зловживань дискреційними повноваженнями іноземної держави з надання дипломатичного захисту». Беручи до уваги еволюцію міжнародно-правової системи, Комісія міжнародного права ООН погодилася в процесі кодифікації «враховувати розвиток міжнародного права з метою більш широкого визнання і захисту прав окремих осіб і надання їм більш прямого і непрямого доступу до міжнародних форумів для захисту своїх прав». Однак вважаємо, що ця мета була досягнута лише частково в зводі проектів статей про дипломатичний захист, прийнятих Комісією міжнародного права ООН в першому читанні в 2004 році («Перше читання статей проекту»).

В цілому справедливо сказати, що актуальність проведення цього дослідження зумовлюється ще й тим, що статус дипломатичного захисту окремих осіб відповідно до звичаєвого міжнародного права сьогодні не той, що був кілька років тому. Сьогодні дипломатичний захист стикається з новими проблемами еволюції міжнародної правової системи, в основному в тому, що стосується індивідуальних прав людини, у зв'язку з чим, на наш погляд, традиційна доктрина, відбита в проектах статей Комісії міжнародного права ООН про дипломатичний захист вимагає серйозної адаптації для задоволення сучасних *антропоорієнтованих* потреб міжнародної правової системи.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Робота виконана на кафедрі міжнародного та європейського права Національного університету «Одеська юридична академія» відповідно до плану науково-дослідної програми Національного університету «Одеська юридична академія» «Теоретичні та практичні проблеми забезпечення сталого розвитку української державності та права» (державний реєстраційний номер 011U0006H) на 2011-2015 рр. та «Стратегія інтеграційного розвитку України: правовий та культурний вимір» (державний реєстраційний номер 0116U001842) на 2016-2020 рр.

Мета і завдання дослідження. Метою цієї роботи є розкриття і розгляд розвитку умов здійснення дипломатичного захисту власних громадян та юридичних осіб, права яких були порушені з боку іншої держави.

Зазначена мета зумовила постановку і вирішення наступних **завдань**:

- висвітлити історію розвитку норм про дипломатичний захист і становлення його як інституту сучасного міжнародного права;
- встановити джерела інституту дипломатичного захисту;
- провести аналіз проекту статей Комісії міжнародного права ООН про дипломатичний захист;
- розкрити суть і зміст дипломатичного захисту як інституту сучасного міжнародного права;
- встановити основні інтереси, що лежать в основі дипломатичного захисту, а також розглянути фактор прав людини, що вплинули на еволюцію норм дипломатичного захисту;

- визначити механізми, що не охоплюються концепцією дипломатичного захисту;
- висвітлити дискусію про обов'язок або відсутності обов'язку держави громадянства з надання дипломатичного захисту власним громадянам та юридичним особам за кордоном;
- охарактеризувати антропоорієнтовану еволюцію міжнародної правової системи та розкрити її вплив на сутність дипломатичного захисту;
- розглянути громадянство як умову здійснення дипломатичного захисту; виявити проблеми, що виникають при здійсненні дипломатичного захисту осіб, які мають подвійне громадянство, та осіб без громадянства;
- розкрити особливості дипломатичного захисту юридичних осіб;
- систематизувати засоби та заходи здійснення дипломатичного захисту;
- розкрити поняття та умови надання делегованого дипломатичного захисту.

Об'єктом дослідження є міжнародні відносини, що виникають у зв'язку з дипломатичним захистом фізичних та юридичних осіб, права або майно яких стали об'єктом міжнародного правопорушення з боку іншої держави.

Предмет дослідження – розвиток інституту дипломатичного захисту фізичних та юридичних осіб.

Методи дослідження. Тема дослідження, його мета та завдання, специфіка об'єкта і предмета визначили його методологічну основу. Використання історичного та діалектичного методів дало змогу проаналізувати різні етапи становлення норм про дипломатичний захист та формування його як інституту міжнародного права (підрозділи 1.1, 1.2, 1.3). На основі системного методу було розглянуто зміст концепції дипломатичного захисту, його співвідношення з іншими поняттями (підрозділ 2.1, 2.2, 2.3). Формально-юридичний метод використовувався для правового аналізу положень міжнародно-правових актів, які регулюють порядок здійснення дипломатичного захисту (підрозділи 2.3, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5), а також аналізу нормативно-правових актів України та інших держав, що регулюють процедуру дипломатичного захисту (підрозділи 2.3.1). Метод прогнозування використовувався при розгляді впливу антропоорієнтованої еволюції міжнародної правової системи на сутність дипломатичного захисту (підрозділ 2.4). Знайшли у роботі своє відбиття й такі логічні прийоми наукового пізнання, як: індукція, дедукція, аналогія, абстрагування і конкретизація (розділи 1, 2, 3).

Що стосується літератури, то після знаменитої роботи Е. де Ваттеля середини XVIII століття, питанню дипломатичного захисту приділялося дуже мало уваги аж до кінця XIX століття.

Важливою віхою дослідження права дипломатичного захисту стала опублікована в 1915 році робота Е. Бочарда «Дипломатичний захист громадян за кордоном» (*Brochard's Diplomatic Protection of Citizens Abroad*). З цієї роботи питання відповідальності держав за шкоду іноземцям, включаючи дипломатичний захист іноземців, які іноді асоціюються з нормами про відповідальність держав в цілому і зокрема, стали предметом висвітлення в літературі з міжнародного права.

Теоретичну основу дослідження становлять праці вітчизняних і закордонних представників науки міжнародного права та інших наук, які прямо та опосередковано розглядали різноманітні питання дипломатичного захисту та досліджували окремі сторони його міжнародно-правової характеристики, серед яких: О. А. Альонкіна, Дж. Амадора, Ч. Ф. Амерасінгха, С. С. Андрейченко, М. Беннона, І. П. Бліщенко, М. М. Богуславського, Е. Борчарда, Г. Бріггса, Я. Броунлі, В. Г. Буткевича, Е. де Ваттеля, П. Вейса, А. Дульської, В. В. Єпіфанова, О. В. Задорожнього, Г. Задорожньої, Р. А. Колодкіна, Л. Кондореллі, Д. П. О'Коннелла, Дж. Кроуфорда, Р. Б. Лілліча, І. І. Лукашука, В. В. Мицика, Л. Оппенгейма, В. М. Репецького, Ж. П. Ріттера, К. К. Сандровського, О. В. Святуна, Б. Сена, Ш. Д. Содікова, Е. Уайлера, Є. Т. Усенко, С. В. Черніченко, В. О. Шкілевич та ін.

Нормативну основу дослідження становлять міжнародно-правові акти, міжнародно-правові звичаї, рішення міжнародних судів, акти національного законодавства України та закордонних держав.

Особливу увагу в роботі приділяється розгляду судових рішень, оскільки вони також створюють і відображають практику держав, що породжує звичаєве право і загальні принципи права, які є основними джерелами права дипломатичного захисту.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що пропонується дисертація є першим в Україні монографічним дослідженням розвитку інституту дипломатичного захисту в міжнародному праві, у якому, зокрема:

уперше:

1) виокремлено *державоцентристський підхід* – як виключно дискреційне право держави на здійснення дипломатичного захисту, та *антропоцентристський підхід до дипломатичного захисту*, який передбачає позитивний обов'язок держави щодо надання дипломатичного захисту;

2) обґрунтовано, що в основі дипломатичного захисту лежить компроміс між двома конфліктуючими принципами: персональним верховенством і територіальним верховенством держав. У зв'язку з цим було запропоновано *авторське визначення дипломатичного захисту як комплексу заходів, визнаних згідно з міжнародним правом, за допомогою яких держава діє в умовах розширеної юрисдикції щодо своїх фізичних та юридичних осіб з метою захисту своїх прав при дотриманні встановлених необхідних умов*;

3) доведено, що еволюція правил, які стосуються дипломатичного захисту, показує, що в процесі становлення правил дипломатичного захисту враховувалися різні, часом конкуруючі інтереси, однак основними є інтереси держави громадянства. У міру розвитку правил дипломатичного захисту були відбиті інтереси потерпілого іноземця, а також інтереси держави-відповідача (наприклад, правила про вичерпання місцевих засобів захисту);

4) здійснено функціональну характеристику інституту дипломатичного захисту, відповідно до якої реалізується відповідальність держави, що впливає із порушення нею особистих прав або власності іноземців (тобто як процесуального інституту); з іншого боку, є основою для вжиття комплексу заходів, за допомогою яких держава діє в умовах розширеної юрисдикції щодо

своїх громадян з метою захисту своїх прав (тобто як матеріального інституту);

5) проаналізовано Проекти статей про дипломатичний захист, підготовлені Комісією міжнародного права ООН, які повністю відповідають традиційному погляду на правову природу цього інституту, закріплюючи, що «право дипломатичного захисту належить державі», і, таким чином, Комісія міжнародного права ООН зробила серйозний недогляд в можливості узгодити дипломатичний захист з антропоорієнтованою еволюцією міжнародного права і тим самим послаблює роль дипломатичного захисту як засобу забезпечення дотримання прав людини;

удосконалено:

6) тезу, що дипломатичний захист можна розглядати як публічний інтерес держави, в основі якого лежить юридична фікція, згідно з якою шкода, заподіяна фізичній або юридичній особі, вважається шкодою, завданою державі цієї особи;

7) характеристики незаперечного зв'язку дипломатичного захисту з відповідальністю держави, оскільки необхідно виділити умови відповідальності іншої держави з точки зору атрибуції порушення прав іноземного громадянина, а також вичерпання внутрішніх механізмів захисту;

8) періодизацію становлення інституту дипломатичного захисту – за критерієм еволюції його від як виключно дискреційного права держави до визнання (*de lege ferenda* і *de lege lata*) позитивного зобов'язання держави щодо його здійснення;

9) обґрунтування, що міжнародне право вже визнає існування певного обов'язку держави щодо здійснення дипломатичного захисту громадянина, якому завдано серйозної шкоди за кордоном. Якщо звичаєве міжнародне право ще не досягло такого етапу розвитку, то підпункт (а) статті 19 Проекту статей про дипломатичний захист (ст. 19 «Рекомендована практика») слід розглядати як прогресивний розвиток права дипломатичного захисту;

набули подальшого розвитку:

10) положення щодо основних попередніх умов здійснення дипломатичного захисту, без дотримання яких здійснення дипломатичного захисту неможливо в силу юридичної природи цього явища або воно буде вважатися неправомірним: 1) наявність міжнародно-протиправного діяння, яким заподіюється шкода особі, яка перебуває на території іноземної держави; 2) вичерпання національних засобів правового захисту постраждалою особою на території держави перебування, де їй заподіяно шкоду; 3) наявність юридичного зв'язку між державою-заявником і постраждалою особою;

11) традиційне уявлення про дискреційний характер здійснення державою дипломатичного захисту, що несумісне з визнанням пріоритету прав людини, які лежать в основі дипломатичного захисту. З огляду на обмежений доступ окремих осіб до міжнародних судів і неефективність багатьох з таких прямих механізмів, держава повинна нести обов'язок захищати такого громадянина і діяти від його імені, коли його права порушуються (що дає реальне право на дипломатичний захист потерпілого);

12) розуміння дуалістичної (з точки зору того, чи це є правом або обов'язком держави) юридичної природи дипломатичного захисту: за міжнародним правом здійснення дипломатичного захисту є дискреційним

правом держави; за внутрішньодержавним правом держава зобов'язана здійснювати дипломатичний захист своїх громадян, що впливає з правового зв'язку держави і громадянина (громадянства), а щодо інших категорій осіб (особи без громадянства, біженці) – це право держави, оскільки в цьому випадку такий стійкий правовий зв'язок як громадянство відсутній, однак держава має право зафіксувати у внутрішньому законодавстві свій обов'язок надавати такий захист цим категоріям осіб;

13) систематизація заходів і способів дипломатичного захисту, конкретний вибір яких визначається, зокрема, характером відносин між державами, ризиком загострення і погіршення відносин між державами, загальним членством з державою-заподіювачем шкоди в міжнародних організаціях та іншими факторами.

Практичне значення одержаних результатів полягає у тому, що основні положення, висновки та рекомендації дослідження можуть бути використані у: *науково-дослідній сфері* – для подальшого вивчення інституту дипломатичного захисту; *навчальному процесі* – для вдосконалення навчальних дисциплін «Міжнародне право», «Дипломатичне та консульське право», «Право зовнішніх зносин», а також для підготовки підручників, навчальних посібників, навчальних програм, навчально-методичних матеріалів для студентів спеціальностей «Правознавство» та «Міжнародне право»; *правотворчій діяльності* – під час розробки нових та внесення змін до чинних міжнародних та національних нормативно-правових актів, які регламентують порядок здійснення дипломатичного захисту.

Апробація результатів дисертації. Дисертацію виконано на кафедрі міжнародного та європейського права Національного університету «Одеська юридична академія» і обговорено на засіданнях кафедри. Також основні теоретичні та практичні положення і висновки дисертаційного дослідження доповідалися на: Міжнародній науково-практичній конференції «Міжнародне право: *De lege praeterita, instante, futura*» (Одеса, 25 листопада 2016 р.); Міжнародній науково-практичній конференції студентів, аспірантів і молодих вчених «Актуальні проблеми міжнародних відносин» (Київ, 2016 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Проблеми становлення громадянського суспільства» (Іркутськ, 24 березня 2017 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Актуальні питання державотворення в Україні» (Київ, 19 травня 2017 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Традиції і новації в праві» (Полоцьк, 6 – 7 жовтня 2017 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Сучасний стан і тенденція розвитку законодавства Республіки Таджикистан та країн СНД» (Душанбе, 28 квітня 2017 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Актуальні питання розвитку юридичної науки та практики» (Київ, 18 травня 2018 р.); науково-практичній заочній конференції «Правова система України в умовах новітніх викликів міжнародного порядку» (м. Одеса, 20 травня 2020 р.).

Публікації. Основні положення і висновки дисертаційного дослідження розкрито у 8 статтях, опублікованих у наукових фахових періодичних виданнях з юридичних наук, з яких 2 статті в іноземних фахових виданнях, та 8 публікаціях апробаційного характеру.

Структура роботи обумовлена проблематикою дослідження, його метою, предметом і задачами. Дисертація складається зі вступу, трьох розділів, поділених на дванадцять підрозділів, висновків, списку використаних джерел та додатків. Загальний обсяг роботи становить 240 сторінок, з них 23 сторінок – список використаних джерел, який складається з 245 найменувань, та 4 сторінки додатків.

ОСНОВНИЙ ЗМІСТ РОБОТИ

У **Вступі** обґрунтовано актуальність теми дослідження, окреслено стан її наукового опрацювання, встановлено мету, завдання, об'єкт, предмет і охарактеризовано методи дослідження. Визначено тези щодо наукової новизни дисертації, відбито значення отриманих результатів дослідження, висвітлено зв'язок дисертації з науковими планами та програмами, відображено апробацію результатів роботи, окреслено її структуру.

Розділ перший «Історія становлення і розвитку інституту дипломатичного захисту» містить три підрозділи, які присвячені аналізу процесів становлення дипломатичного захисту як інституту сучасного міжнародного права.

У *підрозділі 1.1. «Зародження інституту дипломатичного захисту»* розглядається довгий історичний шлях розвитку інституту дипломатичного захисту, який бере свій початок з епохи Стародавнього світу, проходить через класичне міжнародне право і прямує у сучасне міжнародне право.

Протягом XIX століття дипломатичний захист часто виступав синонімом застосування примусових заходів щодо захисту власних позицій держави, внаслідок чого він супроводжувався негативною конотацією. І тільки в сучасному міжнародному праві дипломатичний захист отримує юридичне оформлення, яке забезпечує необхідні умови для захисту прав власних фізичних та юридичних осіб за кордоном, а також визначає заходи, доступні державі в цих цілях.

У XIX – на початку XX століття дипломатичний захист розглядався як зброя багатих націй проти більш бідних або менш розвинених країн. Після здобуття незалежності колишніми колоніальними країнами на початку другої половини XX століття дипломатичний захист став асоціюватися в більш загальному плані з боротьбою між розвиненими й менш розвиненими державами, пов'язаною, зокрема, з іноземними інвестиціями з боку громадян останніх. Надалі, особливо з лібералізацією режиму поїздок, відносно вільним переміщенням інвестицій між державами та можливістю ведення бізнесу за кордоном для громадян всіх держав, акцент на дипломатичний захист як засіб захисту громадян тільки розвинених держав ослабнув, і держави в цілому стали розглядати дипломатичний захист, який повноцінно склався як правовий інститут, як такий, що може їм приносити користь – незалежно від того, чи є вони бідними або багатими. В сучасну епоху дипломатичний захист став інститутом, сила і корисність якого не були втрачені й до якого можуть вдаватися як багаті, так і не настільки багаті держави. Іншими словами, інститут дипломатичного захисту, замість того щоб бути забутим, потребує раціоналізації та розвитку.

У підрозділі 1.2. «Розвиток інституту дипломатичного захисту через інституційні механізми Ліги Націй і Організації Об'єднаних Націй» розглядається еволюція норм, пов'язаних з дипломатичним захистом, через багатосторонні механізми Ліги Націй (заснованої в 1919 році) і особливо Організації Об'єднаних Націй (заснованої в 1945 році), а також в результаті судової практики, перш за все Міжнародного Суду ООН.

Заснування системи ООН, основу якої заклав Статут ООН, призвело до встановлення формальних, надзвичайно важливих для обмеження інституту дипломатичного захисту правил. Статут ООН зіграв важливу роль в обмеженні цього інституту, закріпивши такі імперативні (універсальні, абсолютно обов'язкові норми) правила: заборона загрози силою або її застосування як проти територіальної недоторканності або політичної незалежності будь-якої держави, так і будь-яким іншим чином, несумісним з цілями Об'єднаних Націй (пункт 4 статті 2 Статуту ООН) і заборона втручання в справи, що по суті входять у внутрішню компетенцію будь-якої держави (пункт 7 статті 2 Статуту ООН).

В рамках ООН необхідність регулювання сфери дипломатичного захисту обговорювалася в Генеральній Асамблеї та Комісії з міжнародного права. У становленні інституту дипломатичного захисту помітну роль зіграло рішення Постійної палати міжнародного правосуддя у справі Мавроматис. На основі правил, викладених в цій справі, поступово склалися звичаєві норми дипломатичного захисту.

Дуже важливий крок в кодифікації норм, пов'язаних з інститутом дипломатичного захисту, був зроблений шляхом прийняття Конвенції про консульські зносини 1963 року. Так, ця Конвенція передбачає, що консул має надавати допомогу своїм громадянам, якщо вони знаходяться в органах держави перебування. Такі розлогі норми Конвенції є лише правовою основою для прийняття правил в державах-учасниках, що визначають спосіб надання допомоги консулом. У зв'язку з цим діяльність консула на практиці обмежена і регулюється положеннями внутрішнього права акредитуючої і приймаючої держави, а не загальними нормами міжнародного права – положеннями Конвенції або нормами звичаєвого характеру.

Підрозділ 1.3. «Робота Комісії міжнародного права ООН з питань кодифікації правил дипломатичного захисту» присвячена діяльності КМП в цілях «заохочення прогресивного розвитку міжнародного права та його кодифікації».

Спочатку розробка норм про дипломатичний захист велась в рамках роботи над проектом кодифікації відповідальності держав. Згодом, Комісія змогла розмежувати відповідальність держави в цілому, матеріально-правові основи відповідальності держави за заподіяння шкоди іноземцям і дипломатичний захист як правозахисну діяльність.

Питання, які стосуються дипломатичного захисту, розглядаються Комісією міжнародного права у двох окремих кодифікаційних проектах. Остаточний документ по відповідальності держав, підготовлений Кроуфорд як спеціальним доповідачем, посилався на правила про національну приналежність вимог і вичерпання місцевих засобів захисту (стаття 44), які лежать в основі дипломатичного захисту, але не розглядав їх детально. Цей проект також

стосувався атрибуції дій державі і компенсації. Статті по цим останнім двом питанням ґрунтувалися багато в чому на матеріалі, що належить до дипломатичного захисту як правозахисної діяльності.

В роботі Дугарда як спеціального доповідача детально досліджені більшість аспектів дипломатичного захисту як правозахисної діяльності, але без розгляду атрибуції актів державі та компенсації, які були вивчені в рамках роботи по відповідальності держав. Ці характеристики повинні бути взяті до уваги, оскільки елементи дипломатичного захисту як правозахисної діяльності можуть бути виявлені в обох зводах статей Комісії міжнародного права.

Незалежно від вищезазначених напрямків в обговоренні поняття дипломатичного захисту юридичні норми, що стосуються цього інституту, можуть бути зведені у дві групи. Перша група, що стосується правил про статус осіб, які перебувають під територіальною юрисдикцією іншої держави, – так звані первинні правила, і друга група норм, що охоплює правила процедури здійснення самого дипломатичного захисту, яка знаходиться у сфері вторинних правил.

Розділ другий «Поняття та зміст концепції дипломатичного захисту» присвячений розгляду поняття дипломатичного захисту та його відмежування від інших суміжних понять, його правової природи, а також впливу антропоорієнтованого підходу на зміст дипломатичного захисту.

У *підрозділі 2.1. «Поняття дипломатичного захисту»* зазначається, що застосування заходів, включених в дипломатичний захист, послужило основою для визначення цього правового інституту. Так, вважається, що дипломатичний захист може бути визначений як процедура, за допомогою якої реалізується відповідальність держав, що впливає із порушення особистих прав або власності іноземців. Таке визначення передують характеристики дипломатичного захисту як процесуального інституту. З іншого боку, є визначення, в яких підкреслюється роль інституту дипломатичного захисту як основи для вжиття заходів захисту (тобто як матеріального інституту).

Під дипломатичним захистом зазвичай розуміється пред'явлення відповідно до міжнародного права державою претензій іншій державі, в тому випадку, коли остання, порушивши норми міжнародного права, завдала шкоди фізичній чи юридичній особі, що володіє громадянством держави-позивача, і ці збитки не було відшкодовано внутрішніми засобами правового захисту держави-відповідача.

У науці міжнародного права існують три наукові концепції дипломатичного захисту: класична, сучасна (об'єктивістська) і змішана. Різниця між ними полягає в підході до питання про те, кому належить право вимагати відшкодування збитків, завданих іноземною державою фізичній або юридичній особі, – самій фізичній або юридичній особі чи державі, яка захищає їх інтереси.

Слід зазначити, що Міжнародний суд ООН дотримується класичної концепції, і вона є основою міжнародної практики у сфері дипломатичного захисту.

Сама Комісія міжнародного права ООН в статті 1 свого остаточного проекту статей, представленого в ГА у 2006 році, однозначно заявила, що: дипломатичний захист полягає в покликанні державою, за допомогою

дипломатичних заходів або інших засобів мирного врегулювання, до відповідальності іншої держави за шкоду, заподіяну міжнародно-протиправним діям цієї держави фізичній або юридичній особі, що є громадянином або має національність першої держави, з метою імплементації такої відповідальності.

Це визначення покликане описати основні елементи дипломатичного захисту, вказавши при цьому сферу дії механізму захисту громадян, які постраждали за кордоном.

У підрозділі 2.2. *«Відмежування дипломатичного захисту від інших понять»* зазначається, що існують певні випадки, які передбачають дії дипломатичних або консульських посадових осіб по прямому захисту осіб, але не включені в поняття дипломатичного захисту. Крім того, існує питання про захист співробітників міжнародними організаціями, що може вступати в суперечання з дипломатичним захистом і не охоплюється дипломатичним захистом.

Слід проводити відмінність між власне дипломатичним захистом і дипломатичними та консульськими діями щодо сприяння громадянам та їх захисту, як це передбачається Віденською конвенцією про дипломатичні зносини 1961 року і Віденською конвенцією про консульські зносини 1963 року.

Міжнародне право визнає право організації щодо захисту своїх співробітників при виконанні ними службових обов'язків. Разом з тим слід зазначити, що, на думку Міжнародного Суду, по-перше, міжнародний службовець не перестає бути громадянином своєї країни у своїй особистій якості; по-друге, при виконанні своїх функцій він виступає як службовець організації; і, по-третє, в разі конфлікту статус службовця міжнародної організації повинен переважати. При цьому право міжнародних організацій пред'являти претензії в інтересах своїх співробітників не ґрунтується на дипломатичному захисту *per se*, а засноване на приписуванні організаціям прямого права, що стосується їх функціонування як суб'єкта міжнародного права.

Підрозділ 2.3. *«Правова природа та сутність дипломатичного захисту»* складається з двох підпунктів та присвячений аналізу правової природи дипломатичного захисту та еволюції його сутності.

У підпункті 2.3.1. *«Зіткнення інтересів в дипломатичному захисті»* підкреслюється, що на розвиток і зміст сучасного права дипломатичного захисту вплинуло безліч конкуруючих інтересів: інтереси держави громадянства особи (яка має права, виступаючи як позивач) і інтереси держави перебування (на яку, як на відповідача, покладаються обов'язки щодо іноземця як результат взаємин між ними), а також інтереси постраждалої особи; право дипломатичного захисту також формується під впливом інших залучених конфліктуючих інтересів. Цей фактор, зокрема, важливий в дискусії про роль громадянства в дипломатичному захисті.

В процесі становлення правил дипломатичного захисту конкуренція між цими інтересами була вирішена на користь одних або інших. Згідно з традиційною думкою, інтереси держави громадянства в цілому або в першу чергу визначають рамки права дипломатичного захисту, хоча вони й не становлять єдину основу права дипломатичного захисту. Інтереси іноземця та

приймаючої держави є важливими факторами у визначенні змісту певних правил дипломатичного захисту, таким чином, вони теж розглядаються як матеріальна основа права дипломатичного захисту. У разі конкуренції між різними інтересами у сфері дипломатичного захисту, коли правила нечіткі, важко категорично стверджувати, чому має бути надано перевагу, хоча формальна структура права на дипломатичний захист, яка ґрунтується на інтересах держави громадянства, може мати вирішальне значення.

У зв'язку з розробкою норм, що стосуються захисту прав людини, акцент на дипломатичному захисті як захисної процедури змінився і приділяється особлива увага інтересам потерпілого іноземця. Обґрунтовується, що в майбутньому при розробці норм дипломатичного захисту варто приділити увагу інтересам іноземця як особистості, а не просто як іноземця. Таким чином, з метою розвитку інституту дипломатичного захисту вважаємо за необхідне визнати, що права іноземця (так само як і права держави громадянства) порушуються, коли йому заподіюється шкода в порушення міжнародного права, з тим щоб він особисто мав право на правовий захист.

Нарешті, необхідно також враховувати, що у міжнародного співтовариства є остаточно зацікавленість у вирішенні спорів за участю держав і іноземців без ескалації. Однак цей інтерес не є домінантним.

У підпункті 2.3.2. *«Дипломатичний захист: право чи обов'язок держави?»* підкреслюється, що в основі здійснення державою дипломатичного захисту традиційно лежить право, яке повністю належить державі. Ця ідея була заснована на класичній Ваттелівській фікції про те, що «той, хто погано поводить з громадянином, побічно завдає шкоди державі».

Право держави – рішення здійснювати або не здійснювати дипломатичний захист, – традиційно вважається дискреційним. Дійсно, жоден інструмент міжнародного права в минулому або сьогодні не встановлює міжнародне зобов'язання здійснювати дипломатичний захист з боку держави в інтересах своїх громадян. Крім того, спосіб, яким держава здійснює такий захист, також залишається на її розсуд, і фізична особа не має міжнародних прав щодо позову. Держава може враховувати інтереси людини або навіть надавати їй відповідні права відповідно до свого національного законодавства, але на міжнародному рівні вона не зобов'язана це робити. Більш того, відмова громадянина від дипломатичного захисту після міжнародно-протиправного діяння, як вважається, не впливає на дискреційні повноваження держави здійснювати її проти волі такої особи.

Проте в практиці держав, конституціях і доктрині висловлюється підтримка на користь того, що держави мають не тільки право, а і юридичний обов'язок захищати своїх громадян за кордоном. Цей підхід суперечить традиційному уявленню. Однак він не може бути відкинутий, оскільки він відповідає головній меті сучасного міжнародного права – просуванню прав людини.

Отже, згідно з міжнародним правом держава не несе обов'язку, в силу *erga omnes* або іншим чином, захищати своїх громадян. Проте, згідно із законами деяких держав, на державу може покладатися обов'язок відповідно до національного законодавства щодо захисту своїх громадян. Ці національні

положення повинні розглядатися як недостатні для встановлення послідовної практики та *opinio juris*, що породжують звичаєву норму міжнародного права.

В підрозділі 2.4. «Антропоорієнтована еволюція міжнародної правової системи та її вплив на сутність дипломатичного захисту» аналізується визнання прав людини як в рамках положень Статуту ООН, так і в рамках договорів в галузі прав людини, що дало підстави деяким авторам стверджувати, що розвиток в міжнародному праві прав людини норм і механізмів процесуального характеру роблять дипломатичний захист застарілим.

Хоча сьогодні люди користуються більш значними засобами міжнародного захисту своїх прав, ніж раніше, дипломатичний захист залишається більш важливою процедурою захисту, ніж сьогодні є захист прав людини. З огляду на обмежений доступ окремих осіб до міжнародних судів і неефективність багатьох з таких прямих механізмів, обґрунтовано визнати, що держава повинна нести обов'язок захищати такого громадянина і діяти від його імені, коли його права порушуються (що дає реальне право на дипломатичний захист потерпілого).

Традиційне уявлення про дискреційний характер здійснення державою дипломатичного захисту несумісне з взаємодоповнюваністю і пріоритетом індивідуальних прав, які лежать в основі дипломатичного захисту. По-перше, захист не залишається на розсуд держави громадянства, оскільки дозволяє іншій особі, установі або органу, що уповноважені Радою Безпеки, подавати позов, якщо держава цього не робить. Зокрема, під мандатом ККООН приватні особи отримують пряме право на відшкодування у зв'язку з тим, що мандат ККООН можна розглядати як зобов'язуючий державу, яка подає позов (та фактично є державою, що захищає згідно з дипломатичним захистом) про виплату компенсації на користь фізичної особи. Ще один невеликий крок вперед (*de lege lata*) був забезпечений правом на дипломатичний захист *lato sensu*, що закріплюється в статті 20 Договору про Європейське Співтовариство (хоча і обмеженим регіональним рівнем і не стосується дипломатичного захисту *stricto sensu*), з якого випливає відповідне (недискреційне) зобов'язання з боку держав-членів ЄС. По-друге, *de lege ferenda*, в проект Статей про дипломатичний захист (п. а ст. 19) включено положення про рекомендовану практику, згідно з якою державам слід «належним чином розглянути можливість здійснення дипломатичного захисту, особливо в разі заподіяння значної шкоди».

Розділ третій «Умови здійснення дипломатичного захисту» присвячений розгляду умов та способів здійснення дипломатичного захисту.

У підрозділі 3.1. «Порушення норм міжнародного права як підстава здійснення дипломатичного захисту» зазначається, що дипломатичний захист здійснюється державою в разі порушення міжнародного права щодо особистості або майна її громадянина. Правила, що стосуються такого порушення міжнародного права, є первинними правилами поведінки з іноземцями, порушення яких може призвести до здійснення дипломатичного захисту. Дипломатичний захист виникає на стадії спору після порушення таких первинних правил.

Слід зазначити, що стандарт, який можна застосовувати до дій приймаючої держави, визначається головним чином будь-яким договором, стороною якого є обидві держави. За відсутності таких договорів, мінімальний стандарт

визначається звичаєвим міжнародним правом, що регулює права людини. Зокрема, міжнародні пакти ООН з політичних, громадянських, економічних і соціальних прав, а також європейські та американські конвенції про права людини сьогодні, очевидно, мають велике значення для міжнародного мінімального стандарту поведінки з іноземцями.

Якщо початкове порушення не є порушенням міжнародного права державою перебування (наприклад, коли це є приватним порушенням (деліктом) або коли держава винна в простому порушенні), щоб мало місце порушення міжнародних зобов'язань приймаючою державою необхідно звернутися або спробувати звернутися до місцевих засобів правового захисту.

Проведений аналіз практики здійснення дипломатичного захисту показує, що вичерпання національних засобів правового захисту, що призводять до відмови в правосудді, є попередньою умовою здійснення дипломатичного захисту.

В підрозділі 3.2. «Категорія «громадянство» як передумова дипломатичного захисту» підкреслюється, що традиційно наявність громадянства є умовою для отримання особою захисту з боку держави громадянства. Саме цей зв'язок надає можливість здійснювати державі особисту юрисдикцію, що є основою реалізації дипломатичного захисту.

За загальним правилом дипломатичний захист має право здійснювати тільки держава громадянства фізичної особи. Фізична особа, щодо якої держава здійснює дипломатичний захист, має бути громадянином цієї держави безперервно з дати заподіяння шкоди по дату офіційного пред'явлення вимоги в рамках дипломатичного захисту. Якщо держава спробує здійснити дипломатичний захист щодо фізичної особи, яка не має стійкого правового зв'язку з нею у вигляді громадянства, то інша держава або відповідний суд матимуть всі підстави відмовити в цих вимогах, не розглядаючи їх по суті. Комісія міжнародного права ООН визнала, що з цього загального правила є винятки – прийняті нею проекти статей передбачають можливість здійснення дипломатичного захисту державою в певних випадках щодо осіб без громадянства та біженців, які законно і зазвичай проживають у цій державі.

Отже, доведено, що роль громадянства в контексті дипломатичного захисту переглядається. Разом з тим громадянство й надалі залишається генеральною передумовою надання дипломатичного захисту з боку держави громадянства.

Підрозділі 3.3. *Особливості дипломатичного захисту інтересів юридичних осіб* присвячений питанням дипломатичного захисту юридичних осіб та їх акціонерів.

Для позначення таких осіб в Проектах статей про дипломатичний захист використовується термін «корпорації». Зазвичай капітал подібних юридичних осіб представлений акціями. Відповідно виникає питання про дипломатичний захист як власне корпорації, так і її акціонерів. Основним правилом тут є те, що корпорація повинна захищатися державою національності корпорації, а не державою громадянства або національності її акціонерів.

Хоча за загальним правилом дипломатичний захист здійснюється за участю корпорації, а не її акціонерів, можливі випадки, коли цей інститут може

застосовуватися і для відстоювання їх прав. Практика держав і судові рішення показують, що право на дипломатичний захист акціонерів у зв'язку з заподіянням шкоди корпорації виникає в наступних випадках. По-перше, коли корпорація припинила своє існування не через те, що їй було завдано шкоди. По-друге, коли корпорація на дату заподіяння шкоди мала національність тієї держави, яка несе відповідальність за заподіяння цієї шкоди, через те, що створення корпорації в цій державі було умовою здійснення в ній економічної діяльності. По-третє, коли шкода завдається безпосередньо правам акціонерів, на відміну від прав самої корпорації, тобто відбувається т. зв. пряме порушення їх прав. Природно, право дипломатичного захисту щодо акціонерів має тільки держава їх громадянства, якщо акціонерами є фізичні особи, і держава національності акціонерів, якщо такими є юридичні особи.

В підрозділі 3.4. «Засоби та заходи здійснення дипломатичного захисту» підкреслюється, що відповідно до міжнародного права дипломатичний захист повинен здійснюватися законними та мирними засобами. При здійсненні дипломатичного захисту держави можуть вдаватися як до дипломатичних заходів, так і до судового розгляду. Дипломатичні заходи охоплюють всі законні процедури, які використовуються однією державою для інформування іншої держави про свої думки та стурбованості, включаючи протест, прохання про проведення розслідування і переговори, спрямовані на врегулювання спорів.

Застосування сили не вважається припустимою формою примусу для отримання відшкодування шкоди іноземцям. Дипломатичний захист повинен здійснюватися мирними засобами, повний перелік яких не визначений. Держава є вільною у виборі заходів і засобів захисту своїх громадян за кордоном, однак, в межах законодавства і домовленостей з державою перебування. При цьому, варто пам'ятати, що будь-які заходи повинні бути доцільними та застосовними до конкретної ситуації.

Дипломатичний захист, попри те, що є правом держави, водночас має характер позитивного зобов'язання держави. При цьому громадянин не може зловживати дипломатичним захистом, що надається з боку держави. Сучасна еволюція міжнародного права прав людини показує тенденцію до визнання того, що в індивіда є пряме індивідуальне право на відшкодування або, принаймні, на судовий контроль за розподілом відшкодування.

Підрозділ 3.5. «Поняття та умови надання «делегованого» дипломатичного захисту» присвячений розгляду умов надання делегованого дипломатичного захисту. Право на захист іноземців в цьому випадку не впливає з суверенітету держави, яка надає захист, а є похідним від права на захист тієї держави, громадянами яких ці іноземці є.

Зокрема, відповідно до ст. 23 Договору про функціонування ЄС, «Кожен громадянин Союзу на території третьої країни, де не представлена держава-член, громадянином якої він є, користується захистом з боку дипломатичних і консульських установ будь-якої держави-члена на тих же умовах, що і громадяни цієї держави. Хоча це положення стосується лише дипломатичного захисту *lato sensu*, а не власне дипломатичного захисту *stricto sensu* в сенсі міжнародної вимоги про притягнення до відповідальності держави, воно є революційним в тому сенсі, що воно встановлює справжнє *пряме індивідуальне право на захист* з

боку держави, характер якого підтверджується й іншими відповідними документами. Вважаємо, що це положення розширює індивідуальні права громадянина ЄС на регіональному рівні, оскільки це індивідуальне право на дипломатичний захист в ЄС, як правило, не надається людині в більшості національних законодавств держав-членів ЄС, якщо їх розглядати окремо (де в більшості випадків дипломатичний захист має дискреційний характер).

Слід зазначити, що особливість «делегованого» захисту в рамках Європейського Союзу полягає в тому, що він надається громадянам не представлених членів Союзу, які одночасно, як і громадяни держави, що здійснює в цьому випадку захист, є громадянами Європейського Союзу. Отримання згоди держави перебування на здійснення «делегованого» захисту зазвичай відбувається шляхом обміну нот між дипломатичними представництвами (консульськими установами) держави, яка має намір надавати захист прав та інтересів громадян третьої держави, і міністерством закордонних справ держави перебування. Відповідно обмежений і вибір методів захисту. При здійсненні «делегованого» захисту можливе проведення дипломатичних переговорів, надання добрих послуг, посередництво, дипломатичне втручання. В рамках «делегованого» захисту навряд чи можлива передача тієї чи іншої справи в арбітраж і тим більше використання недружніх методів захисту.

ВИСНОВКИ

У результаті дисертаційного дослідження наведено нове вирішення наукового завдання, яке полягає у визначенні особливостей становлення та розвитку дипломатичного захисту як інституту міжнародного права, а саме:

1. Зміни, яких зазнало правове розуміння і регулювання дипломатичного захисту, стали результатом розробки когентних правил. Цей правовий інститут за короткий час пройшов довгий шлях, еволюціонував від інструменту чистого інтервенціонізму до ефективного юридичного інструменту захисту інтересів власних громадян за кордоном.

2. Перший конкретний з точки зору кодифікації результат роботи Комісії міжнародного права ООН над правилами дипломатичного захисту був зроблений у 2004 році, коли в першому читанні було прийнято дев'ятнадцять статей. Проекти статей виходять з традиційного погляду на правову природу цього інституту, закріплюючи, що «право дипломатичного захисту належить державі». З іншого боку, підпункт (а) статті 19 Проекту статей про дипломатичний захист (ст. 19 «Рекомендована практика») слід розглядати як прогресивний розвиток права дипломатичного захисту в напрямку визнання позитивного обов'язку держави щодо надання дипломатичного захисту.

3. Виокремлено наступні основні характеристики дипломатичного захисту: це інститут, який охоплює процедурні механізми, що обмежені нормами міжнародного права, і, отже, з метою захисту не допускаються ніякі примусові заходи; дипломатичний захист є дискреційним правом держави, і тільки вона уповноважена оцінювати, необхідно чи ні приймати відповідні заходи; передумовою здійснення дипломатичного захисту є вичерпання інших засобів правового захисту, а також вимога тривалості та збереження стану громадянства

держави, яка надає дипломатичний захист; зміст заходів дипломатичного захисту знаходиться у відкритому доступі, вони здійснюються офіційними державними органами або за їх дорученням, тому закінчення дипломатичного захисту завжди знаходиться під юрисдикцією держави громадянства; застосування заходів дипломатичного захисту передбачає існування юридичної фікції, що порушення прав людини також є порушенням прав самої держави.

4. Необхідно проводити різницю між дипломатичним захистом як інститутом міжнародного права і дипломатичним захистом як інститутом внутрішньодержавного права: як інститут міжнародного права дипломатичний захист залишається дискреційним правом держави; з іншого боку, як інститут внутрішньодержавного права він передбачає позитивний обов'язок держава щодо захисту своїх громадян та юридичних осіб, а інколи й інших категорій осіб (особи без громадянства, біженці).

5. Дипломатичний захист не охоплює заходи, які міжнародна організація може прийняти для захисту прав своїх посадових осіб. Право міжнародних організацій на захист інтересів своїх співробітників не ґрунтується на дипломатичному захисту *per se*, а засноване на приписуванні організаціям прямого права, що стосується їх функціонування як суб'єкта міжнародного права, при цьому міжнародний службовець не перестає бути громадянином своєї країни та користується її захистом, однак в разі конфлікту статус службовця міжнародної організації повинен переважати.

6. Еволюція правил, які стосуються дипломатичного захисту, показує, що в процесі становлення правил дипломатичного захисту враховувалися різні, часом конкуруючі інтереси, отримали визнання одні або інші з них, однак основним принципом, що лежить в основі інституту дипломатичного захисту, є інтереси держави громадянства, з іншого боку, у міру їх розвитку, інші інтереси також враховувалися при формулюванні деяких правил дипломатичного захисту. Зокрема, не були проігноровані інтереси потерпілого іноземця, хоча часто стверджується, що формально порушуються не права іноземця, а права держави громадянства. Той факт, що іноземець сам по собі залучений в ситуацію, привів до формування певних правил. Більш того, іноді віддають перевагу інтересам держави-відповідача, а не формальним правам держави громадянства або інтересам іноземця.

Можна відзначити, що розвиток правил дипломатичного захисту має тенденцію до зростання визнання інтересів потерпілого іноземця в забезпеченні міжнародного захисту. Разом з тим може бути висловлена думка, що помилково ігнорувати актуальність інтересів держави-відповідача – це підривало б одну з основ інституту дипломатичного захисту. Тому потрібно набагато більш збалансований підхід.

7. Зроблено висновок на користь того, що у зв'язку з розробкою норм, що стосуються захисту прав людини, акцент на дипломатичному захисті як захисної процедури змінився і приділяється особлива увага інтересам потерпілого іноземця. Існують доступні іноземцю процесуальні інструменти, які дозволяють йому забезпечити захист його матеріальних прав щодо поведінки з ним як з іноземцем, які сьогодні еквівалентні правам людини, визнаним відповідно до звичаєвих норм міжнародного права або загальних принципів права. Можна

стверджувати, що інтереси іноземця в силу значного правозахисного фактора отримують важливе місце в розробці норм дипломатичного захисту.

8. Хоча дипломатичний захист можна розглядати як засіб сприяння міжнародного захисту прав людини, неможливо описати дипломатичний захист як індивідуальне право людини. В практиці держав, конституціях і доктрині висловлюється підтримка на користь того, що держави мають не тільки право, а і юридичний обов'язок захищати своїх громадян за кордоном. Цей підхід суперечить традиційному уявленню. Однак він не може бути відкинтий, оскільки він відповідає головній меті сучасного міжнародного права – просуванню прав людини.

9. Сьогодні й в доступному для огляду майбутньому превалює традиційна точка зору про те, що держава має право захищати громадян, але не зобов'язана робити це. Обґрунтовано припустити, що міжнародне право вже визнає існування певного обов'язку держави щодо здійснення дипломатичного захисту від імені громадянина, якому завдано серйозної шкоди за кордоном. Визнання права індивіда на дипломатичний захист є по-справжньому прогресивним розвитком правового регулювання та дозволяє змістити фокус уваги з держави громадянства на іноземця, щодо якого порушено права, хоча права держави громадянства, як первинні, так і по відшкодуванню, також існують. Це, своєю чергою, відповідає сучасному розвитку міжнародного права, яке визнає людину суб'єктом прав за міжнародним правом, – як такі, що впливають з *ius cogens*.

10. Дипломатичний захист повинен здійснюватися мирними засобами, повний перелік яких не визначений. Держава є вільною у виборі заходів і засобів захисту своїх громадян за кордоном, однак, в межах законодавства і домовленостей з державою перебування. Велику роль відіграють взаємини, що складаються між державами. На наш погляд, засоби дипломатичного захисту можна розділити на дві групи: звернення держави до судових органів з позовами про захист прав своїх громадян та інші заходи дипломатичного захисту, – та їхній конкретний вибір визначається характером прав особи, яка зазнала збитків від іноземної держави, ступенем тяжкості завданих збитків, значущістю понесеного збитку як для самої особи, так і для держави її громадянства, характером відносин між державами, ризиком загострення і погіршення відносин між державами, спільним членством з державою-заподіювачем шкоди в міжнародній організації та іншими факторами.

11. Людиноорієнтована еволюція міжнародного права вплинула на традиційний погляд на дипломатичний захист. Традиційне розуміння дипломатичного захисту як дискреційного права держави сьогодні серйозно заперечується зростаючим визнанням міжнародним правом прав особистості. Сьогодні очевидно, що в основі дипломатичного захисту лежить не порушення права держави через своїх громадян, а реальне порушення індивідуальних прав таких громадян, що тягне за собою додаткове порушення прав держави. Держава повинна враховувати інтереси особи, що захищається, оцінюючи їх як перший крок перед прийняттям рішення про подачу позову, і, як мінімум, утримуватися від таких дій, коли це може завдати шкоди таким індивідуальним інтересам (про що може свідчити відмова людини від дипломатичного захисту після того, як їй буде завдано шкоди).

12. На сучасному етапі відбувається розширення змісту і уточнення умов надання дипломатичного захисту, зокрема, шляхом визнання і нормативного закріплення права на «делегований» захист, що сприяє в цілому посиленню гарантій забезпечення прав громадян за кордоном. В такому випадку не простежується безпосередній зв'язок особи з державою – у вигляді громадянства як політико-правового зв'язку особи з певною державою, – і супроводжується, з іншого боку, розширенням юрисдикційної компетенції держави, заснованої на державному суверенітеті, по здійсненню дипломатичного захисту: право на захист іноземців в цьому випадку впливає не з суверенітету держави, яка надає захист, а є похідним від права на захист держави, громадянами яких ці іноземці є. Разом з тим для підвищення ефективності права «делегованого» захисту важливо нормативно врегулювати питання про обсяг і умови реалізації цього права.

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ:

Статті у наукових фахових виданнях

1. Крилов М. А. Становлення та розвиток інституту дипломатичного захисту (крізь інституційні механізми ліги націй та ООН). *Правова держава*. 2020. № 38. С. 162-169.

2. Крилов М. А. Дипломатичний захист: загальні правила щодо юридичних осіб. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія «Право». 2017. № 44. Том 2. С. 152-154.

3. Крилов М. А. Категорія «громадянства» як передумова дипломатичного захисту. *Правова держава*. 2017. № 26. С. 179-184.

4. Крилов М. А. Огляд міжнародної судової практики у сфері дипломатичного захисту. *Право і суспільство*. 2017. № 4. Ч. 2. С. 216-220.

5. Крилов М. А. Щодо змісту поняття дипломатичного захисту. *Порівняльно-аналітичне право*. 2017. № 3. С. 259-262.

6. Крилов М. А. Особливості дипломатичного захисту членів екіпажу морського судна. *Альманах міжнародного права*. 2017. № 17. С. 109-114.

Статті в іноземних виданнях

7. Крилов М. А. Антропоорієнтована еволюція міжнародного права та її вплив на зміст дипломатичного захисту. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2020. № 6. С. 226-231.

8. Krylov M. A. Some Issues on the Exercising of Diplomatic Protection in the Practice of the International Court of Justice: the Nottebohm Case. *Leges si Viata*. 2017. № 9/2. С. 73-76.

Публікації апробаційного характеру

9. Крылов М. А. Функциональная характеристика института дипломатической защиты. *Правова система України в умовах новітніх викликів міжнародного порядку: матеріали науково-практичної заочної конференції (м. Одеса, 20 травня 2020 р.)*. Херсон: «Гельветика», 2020. С. 88-92.

10. Крылов М.А. Особенности и условия осуществления дипломатической защиты юридических лиц. *Актуальні питання розвитку юридичної науки та практики: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (18 травня 2018 р.)*. В 2-х томах. Том 1. К., 2018. С. 64-66.

11. Крылов М.А. Общие условия дипломатической защиты юридических лиц. *Современное состояние и тенденция развития законодательства Республики Таджикистан и стран СНГ*. Материалы Четвертой Международной научной студенческой конференции, посвященной Году молодежи (Душанбе, 28 апреля 2017 г.). Душанбе РТСУ, 2017. С. 307-309.

12. Крылов М. А. Дипломатическая защита в системе защиты прав человека. *Традиции и инновации в праве*: материалы междунар. науч.-практ. конф., посвящ. 20-летию юрид. фак. и 50-летию Полоц. гос. ун-та, Новопо-лоцк, 6–7 окт. 2017 г.: в 3 т. Новополоцк: Полоцкий государственный университет, 2017. Т. 1. С. 236-238.

13. Крилов М. А. Стадії дипломатичного захисту. *Актуальні питання державотворення в Україні*: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (19 травня 2017 р.) В 2-х томах. Том 1. К.: ВПЦ «Київський університет», 2017. С. 156-157.

14. Крылов М. А. Институт дипломатической защиты в системе международного права. *Проблемы становления гражданского общества* : сборник статей V Международной научной студенческой конференции, Иркутск, 24 марта 2017 г. Иркутск, 2017. Часть I. С. 152-154.

15. Крилов М. А. Дипломатичний захист у документах та проектах міжнародних організацій. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції студентів, аспірантів і молодих вчених. Київ: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Інститут міжнародних відносин, 2016. Ч. 1. С. 108-111.

16. Крилов М. А. Теоретичні підходи до поняття «дипломатичний захист». *Міжнародне право: De lege praeterita, instante, futura*: Матеріали VI Міжнародної науково-практичної конференції (Одеса, 25 листопада 2016 р.). Одеса, 2016. С. 94-97.

АНОТАЦІЯ

Крилов М. А. Розвиток інституту дипломатичного захисту фізичних і юридичних осіб. – На правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.11 – міжнародне право. – Національний університет «Одеська юридична академія», МОН України, Одеса, 2021.

Дисертація присвячена дослідженню становлення дипломатичного захисту як інституту сучасного міжнародного права.

У роботі простежено історію становлення інституту дипломатичного захисту, досліджено поняття інституту дипломатичного захисту; виявлені проблеми, що виникають при здійсненні дипломатичного захисту осіб, які мають подвійне громадянство, та осіб без громадянства; зроблений аналіз проекту статей Комісії міжнародного права про дипломатичний захист.

Виокремлено державоцентристський підхід – як виключно дискреційне право держави на здійснення дипломатичного захисту, та антропоцентристський підхід до дипломатичного захисту, який передбачає позитивний обов'язок держави щодо надання дипломатичного захисту.

Обґрунтовано, що в основі дипломатичного захисту лежить компроміс між

двома конфліктуючими принципами: персональним верховенством і територіальним верховенством держав. У зв'язку з цим було запропоновано авторське визначення дипломатичного захисту як комплексу заходів, визнаних згідно з міжнародним правом, за допомогою яких держава діє в умовах розширеної юрисдикції щодо своїх громадян з метою захисту своїх прав при дотриманні встановлених необхідних умов.

Доведено, що еволюція правил, які стосуються дипломатичного захисту, показує, що в процесі становлення правил дипломатичного захисту враховувалися різні, часом конкуруючі інтереси, однак основними є інтереси держави громадянства.

Проаналізовано Проекти статей про дипломатичний захист, підготовлені Комісією міжнародного права ООН, які повністю відповідають традиційному погляду на правову природу цього інституту, таким чином, Комісія міжнародного права ООН зробила серйозний недогляд в можливості узгодити дипломатичний захист з антропоорієнтованою еволюцією міжнародного права і тим самим послаблює роль дипломатичного захисту як засобу забезпечення дотримання прав людини.

Ключові слова: дипломатичний захист, дискреційне право, антропоорієнтована еволюція міжнародного права, делегований дипломатичний захист, Комісія міжнародного права ООН, вичерпання місцевих засобів захисту, права людини.

АННОТАЦИЯ

Крылов М. А. Развитие института дипломатической защиты физических и юридических лиц. – На правах рукописи.

Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук по специальности 12.00.11 – международное право. – Национальный университет «Одесская юридическая академия», МОН Украины, Одесса, 2021.

Диссертация посвящена исследованию становления дипломатической защиты как института современного международного права.

В работе прослежена история становления института дипломатической защиты, исследовано понятие института дипломатической защиты; выявлены проблемы, возникающие при осуществлении дипломатической защиты лиц, имеющих двойное гражданство, и лиц без гражданства; сделан анализ проекта статей Комиссии международного права о дипломатическую защиту.

Выделены государствоцентристский подход – как исключительно дискреционное право государства на осуществление дипломатической защиты, и антропоцентристский подход к дипломатической защите, который предусматривает позитивное обязательство государства по предоставлению дипломатической защиты.

Обосновано, что в основе дипломатической защиты лежит компромисс между двумя конфликтующими принципами: персональным верховенством и территориальным верховенством государств. В связи с этим было предложено авторское определение дипломатической защиты как комплекса мер, признанных в соответствии с международным правом, с помощью которых государство действует в условиях расширенной юрисдикции в отношении своих граждан с целью защиты своих прав при соблюдении установленных

необходимых условий.

Доказано, что эволюция правил, касающихся дипломатической защиты, показывает, что в процессе становления правил дипломатической защиты учитывались разные, порой конкурирующие интересы, однако основными являются интересы государства гражданства.

Проанализированы Проекты статей о дипломатической защите, подготовленные Комиссией международного права ООН, которые полностью соответствуют традиционному взгляду на правовую природу этого института, таким образом, Комиссия международного права ООН сделала серьезное упущение в возможности согласовать дипломатическую защиту с антропоориентированной эволюцией международного права и тем самым ослабляет роль дипломатической защиты как средства обеспечения соблюдения прав человека.

Ключевые слова: дипломатическая защита, дискреционное право, антропоориентированная эволюция международного права, делегированная дипломатическая защита, Комиссия международного права ООН, исчерпание местных средств защиты, права человека.

ANNOTATION

Krylov M. A. Development of the institute of diplomatic protection of individuals and legal entities. – Manuscript.

Thesis for a PhD degree in the speciality 12.00.11 – International law. – National University “Odessa Law Academy”, Ministry of Education and Science of Ukraine, Odessa, 2021.

The dissertation is devoted to the study of the development of diplomatic protection as an institution of modern international law.

The work traces the history of the formation of the institute of diplomatic protection, investigates the concept of the institute of diplomatic protection; analyzed the sources of the institute of diplomatic protection; identifies the problems arising in the implementation of diplomatic protection of persons with dual citizenship and stateless persons; analyses the UN International Law Commission Draft Articles on Diplomatic Protection.

The international legal system has undergone significant changes in recent decades, especially concerning substantive and procedural rights granted to individuals under international law. However, these developments not only do not replace or make diplomatic protection an obsolete institute, as some scholars and politicians have argued, but have revived the importance of diplomatic protection as a means of protecting such individual rights and challenged the traditional notions underlying such a mechanism.

The topic of the research, its purpose and tasks, the specifics of the object and the subject determined its methodological basis. The use of historical and dialectical methods made it possible to analyze the various stages of the formation of norms on diplomatic protection and its formation as an institute of international law. Based on the system method, the content of the concept of diplomatic protection, its relationship with other concepts was considered. The formal-legal method was used for the legal analysis of the provisions of international legal acts regulating the procedure of

diplomatic protection, as well as the analysis of normative-legal acts of Ukraine and other states regulating the procedure of diplomatic protection. The method of forecasting was used in considering the impact of anthropo-oriented evolution of the international legal system on the essence of diplomatic protection. Such logical methods of scientific cognition as induction, deduction, analogy, abstraction and concretization were also reflected in the work.

The paper highlights the state-centric approach – as the sole discretion of the state to exercise diplomatic protection, and the anthropocentric approach to diplomatic protection, which provides a positive obligation of the state on diplomatic protection.

It is substantiated that the basis of diplomatic protection is a compromise between two conflicting principles: personal supremacy and territorial supremacy of states. In this regard, the author proposed the author's definition of diplomatic protection as a set of measures recognized in accordance with international law, with the help of which the state acts under conditions of expanded jurisdiction over its citizens in order to protect its rights, subject to the established necessary conditions. The undeniable connection of diplomatic protection with the responsibility of the state is emphasized, since it is necessary to highlight the conditions of responsibility of another state in terms of attribution of violation of the rights of a foreign citizen, as well as the exhaustion of internal protection mechanisms.

It is proved that the evolution of the rules concerning diplomatic protection shows that in the process of establishing the rules of diplomatic protection, different, sometimes competing interests were taken into account. As the rules of diplomatic protection evolved, the interests of the injured foreigner were reflected as well as the interests of the respondent State (for example, rules on the exhaustion of local remedies).

It is concluded that the Draft articles on diplomatic protection, prepared by the UN International Law Commission, fully comply with the traditional view of the legal nature of this institute, stating that “the right of diplomatic protection belongs to the state”, and thus, the UN International Law Commission made a serious omission in the opportunity to agree on diplomatic protection with the anthropo-oriented evolution of international law and thus weakens the role of diplomatic protection as a means of ensuring the observance of human rights.

The dualistic (from the point of view of whether it is a right or a duty of the state) legal nature of diplomatic protection is revealed: according to international law, the exercise of diplomatic protection is a discretionary right of the state; according to domestic law, the state is obliged to exercise diplomatic protection of its citizens, it follows from the legal connection between the state and the citizen (citizenship) and concerning other categories of persons (stateless persons, refugees), this is the right of the state since in this case there is such a strong legal connection as citizenship absent, however, the state has the right to establish in domestic law its duty to provide such protection to these categories of persons.

The main preconditions for the exercise of diplomatic protection are disclosed, without which the exercise of diplomatic protection is impossible due to the legal nature of this phenomenon or it will be considered illegal: 1) the existence of an internationally wrongful act that causes harm to a person in the territory of a foreign state; 2) the exhaustion of domestic remedies by the injured person on the territory of the receiving state where he was harmed; 3) the existence of a legal link between the

applicant state and the injured person.

It is substantiated that international law already recognizes the existence of a certain obligation of the state to exercise diplomatic protection of a citizen who has suffered serious damage abroad. If customary international law has not yet reached this stage of development, then subparagraph (a) of Article 19 of the Draft Articles on diplomatic protection (article 19 “Recommended Practice”) should be considered as a progressive development of the law of diplomatic protection.

Key words: diplomatic protection, discretionary law, the anthropo-oriented evolution of international law, delegated diplomatic protection, the UN International Law Commission, the exhaustion of local remedies, human rights.

Підписано до друку 07.04.2021. Формат 60 × 84/16.

Ум. друк. арк. 0,9. Тираж 100 прим. Зам. № 54.

Надруковано у друкарні видавництва

«Юридична література»

(Свідомство суб'єкта видавничої справи

ДК № 4284 від 23.03.2012 р.)

65009, м. Одеса, вул. Академічна, 7

Тел.: (048) 777-48-79