

Tartalomjegyzék

Bevezetés	5
Célkitűzés	6
A dolgozat forrásai	8
A kutatás módszere és a disszertáció felépítése	9
I. Elméleti megközelítések	10
1. Az államok felelősségének szabályozása és a diplomáciai védelem.....	10
2. A külföldieknek okozott jogsértések típusai - a <i>minimum standard</i> elmélete és a nemzeti elbánás elve	12
3. Történeti kitekintés - A diplomáciai védelem történeti gyökerei	21
4. A kodifikáció folyamata.....	27
5. Fikció a nemzetközi jogban-a diplomáciai védelem jogtechnikája.....	32
II. A diplomáciai védelem tradicionális felfogása	35
1. Egy fikció érvényesülése-avagy kinek a joga sérül?.....	36
2. A diplomáciai védelem joga, mint az állam diszkrecionális <i>joga</i>	42
3. Jog vagy kötelezettség – Diplomáciai védelem az államok gyakorlatában.....	43
3.1 Az abszolút diszkrecionális jog gyakorlata-a francia gyakorlat.....	47
3.2 A korlátozott diszkrecionális jog felé –a brit joggyakorlat	52
3.3 Az objektív jogi kötelezettség megteremtése - a német gyakorlat	58
3.4 A diplomáciai védelem nyújtásának kötelezettsége - az olasz javaslat.....	66
3.5 A diplomáciai védelem, mint az állampolgárok jogosultsága? - A magyar gyakorlat.....	67
III. A diplomáciai védelem, mint igényérvényesítési eljárás	71
1. Az állampolgárság, mint előfeltétel.....	72
1.1 Speciális „állampolgárság”- az állampolgársági kategória kitérítése	79
a) külföldi állampolgár szerződéses alapú diplomáciai védelme	80
b) Külföldi állampolgárok védelme szerződés hiányában	81

1.2 A diplomáciai védelem és a nemzetközi szervezetek által nyújtható funkcionális védelem	85
1.3 Az uniós polgárság, mint a külföldi védelem jogi alapja	88
1.4 A diplomáciai védelem gyakorlása az erga omnes kötelezettségek megsértése esetén	90
2. A jogi személyek diplomáciai védelme.....	93
3. A helyi jogorvoslatok kimerítésének kötelezettsége	105
3.1 A helyi jogorvoslatok kimerítésének szabálya az államot ért közvetlen jogsértés esetén	110
3.2 A helyi jogorvoslatok kimerítésének szabálya az emberi jogok védelmi rendszerében ..	111
3.3 A jogorvoslatok meghatározása	113
3.4 Lemondás a helyi jogorvoslatok kimerítésének megköveteléséről	116
3.5 A szabály változása a nemzetközi jog jelenlegi rendszerében?	119
4. A diplomáciai védelemhez való jog elvesztése, avagy a <i>clean hands</i> elv.....	121
5. Rendelkezés a diplomáciai védelem jogáról, lemondás a diplomáciai védelemről és a Calvo-záradék	125
6. A diplomáciai védelem gyakorlásának jogkövetkezményei - avagy a nemzetközi felelősség következményei.....	130
IV. A diplomáciai védelem gyakorlásának eszközei, a fogalom-meghatározás és az elhatárolás problémái.....	134
1. A Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációs meghatározásai	136
2. A diplomáciai védelem gyakorlása-avagy az érdekek harca.....	138
3. Meghatározások a jogirodalomban	139
4. A meghatározás dilemmái a nemzetközi bíróságok esetjogában	143
5. Az államok nemzeti bíróságainak döntései a diplomáciai védelem gyakorlását illetően...	145
6. Törekvések a diplomáciai védelem kategóriájának kibővítésére	146
6.1 Diplomáciai fellépés (diplomatic representation) kontra diplomáciai védelem?	147
7. A diplomáciai és konzuli védelem elhatárolása	149
7.1 Elhatárolás a vonatkozó nemzetközi egyezmények segítségével.....	151
7.2 A jogirodalomban használt elhatárolási szempontok.....	153
7.3 Elhatárolás az államok gyakorlatának segítségével	159

8.	A diplomáciai védelem gyakorlása az államok közötti kapcsolatokban -következtetések	160
V.	Nemzetközi jogi kihívások a diplomáciai védelem intézményével kapcsolatban..	162
1.	A diplomáciai védelem és az emberi jogok nemzetközi védelme.....	163
1.1	A diplomáciai védelem a nemzetközi bíróságok gyakorlatában, különös tekintettel az egyéni jogok érvényesítésére	164
1.2	A diplomáciai védelem megjelenése a nemzetközi bíróságok gyakorlatában	164
1.3	A Mavrommatis-elvtől a LaGrand ítéletig	167
1.4	A „humanizált” diplomáciai védelem felé - avagy a Nemzetközi Bíróság jelenlegi gyakorlata.....	173
2.	Az egyéni igények érvényesítésének más nemzetközi jogi útjai.....	182
2.1	Emberi Jogok Európai Bírósága és a diplomáciai védelem	184
2.2	Az emberi jogok védelme és a diplomáciai védelem kötelezettsége-az Európai Unió Elsőfokú Bíróságának gyakorlatában.....	196
3.	A jogi személyeknek nyújtható diplomáciai védelem és a nemzetközi beruházásvédelmi rendszer -a lex specialis szabályozás	204
3.1	Kétoldalú beruházásvédelmi egyezmények és az ICSID Egyezmény	204
3.2	Az ICSID eljárás beruházásvédelmi sajátosságai.....	206
3.3	ICSID eljárás és a diplomáciai védelem.....	209
3.4	A párhuzamos igényérvényesítés lehetősége	212
3.5	A Diallo-ügy - talán egy új precedens felé.....	217
4.	Megállapítások az egyéni igényérvényesítés eszközeinek együttéléséről.....	223
VI.	A disszertáció következtetései.....	226
	Összefoglaló	242
	Summary.....	247
	Irodalomjegyzék	251
	Felhasznált könyvek.....	251
	Felhasznált tanulmányok.....	252
	Felhasznált dokumentumok.....	256
	Nemzetközi Jogi Bizottság dokumentumai	256

Európa Tanács dokumentumai	257
Uniós dokumentumok	257
Jogesetek jegyzéke	258

Bevezetés

Annak ellenére, hogy a diplomáciai védelem jogintézményével kapcsolatban széleskörű gyakorlat és precedens alakult ki a nemzetközi jogban, talán ezt tekinthető az egyik legellentmondásosabb jogintézménynek is.

A II. világháborút megelőzően a nemzetközi jogban még nem alakultak ki olyan eljárási lehetőségek, melyek a természetes személyek védelmét közvetlen igényérvényesítési lehetőséggel voltak hivatottak ellátni. A diplomáciai védelem intézménye egyedüli lehetőségként az egyén állampolgárságát adó állam mérlegelésétől függően azonban olyan eszközt jelentett, mellyel nemzetközi szinten is az egyén érdekeinek védelmére lehetett sietni, ám a védelemnek kizárólag államközi jellege volt.

Ebben a megközelítésben azonban már benne rejlik az első lehetséges ellentmondás, miszerint: biztos, hogy az egyén mindenek feletti érdekének érvényesítésére került sor a diplomáciai védelem gyakorlása során? A kérdés jogosnak tekinthető a diplomáciai védelem történetének áttekintését követően, hiszen a latin-amerikai országok a 19. század második felében nem véletlenül tekintették a diplomáciai védelem gyakorlását a politikai nyomásgyakorlás és beavatkozás lehetséges eszközének.

Az utóbbi évtizedekben azonban alaposan átalakult a nemzetközi jogrendszer. Az emberi jogok intézményes megjelenésével, az emberi jogi egyezmények garanciáival szemben a diplomáciai védelemnek egy olyan lehetőségként kellett rendelkezésre állnia, amely mentes az állami érdekvérvényesítés az egyének számára valódi jogorvoslatot nem jelentő formáitól.

És a legnagyobb kérdés: az egyén mint nemzetközi jogalany elismerésével továbbra is fenntartható-e a diplomáciai védelem alapját adó fikció, miszerint az egyént ért sérelem esetében való fellépéskor az állam saját jogát gyakorolja?

Talán ezt a célkitűzést tartotta szem előtt a Nemzetközi Jogi Bizottság is akkor, amikor 1995-ben, 47. ülésén eldöntötte, hogy beillesztik a Bizottság kodifikációs tervei közé a diplomáciai védelem témáját is.

A diplomáciai védelem szabályainak kodifikációja szervesen illeszkedett a Nemzetközi Jogi Bizottság egy másik munkálatához, mely az államok felelősségének kérdését igyekezett megvizsgálni.

A Közgyűlés 1995. december 11-i 50/45 számú határozatával elfogadta a témát, mint a Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációs célkitűzését, és felhívta a kormányokat a témával

kapcsolatos megjegyzéseik megtételére. Ezt követően, a 48. ülészakán 1996-ban, a Bizottság elfogadott egy általános „körvonalazást” a témát illető legfontosabb jogi kérdésekről, mely a későbbiekben alapját képezte a kodifikációs munkának, illetve dolgozatom főbb irányvonalának is tekinthető.

Célkitűzés

„Mindenki, aki rosszul bánik egy polgárral, közvetve megsérti azt az államot is, amelynek védelmeznie kell ezt a polgárt. A sérelmet szenvedett polgár szuverénjének meg kell torolnia a tettet. És ha lehetséges, kényszerítenie kell a támadót, hogy teljes elégtételt adjon, vagy meg kell büntetnie őt, különben a polgár nem kapja meg azt a védelmet, mely a polgári társadalom fő célja.”¹ - olvashatjuk Vattel állásfoglalását.

Bár a meghatározás jóval megelőzi a nemzetközi jog jelenlegi rendszerét, mégis egyértelműen megmutatja a diplomáciai védelem ma is tapasztalható gyengeségét, miszerint az államnak kényszeríteni kell a másik államot a jogsértés orvoslására, ha ez lehetséges. A nemzetközi közösség hagyományos kritikai észrevétele minden esetben kitér arra, hogy csak a hatalommal rendelkező, erősebb államok élnek ezzel az eszközzel természetesen a gyenge államokkal szemben. A történelem sem igyekezett megcáfolni ezt a kritikát, hiszen például az angol-búr háború (1899-1902) akként nyert igazolást az angolok részéről, hogy a fegyveres konfliktus mindössze az aranybányákat birtokló állampolgáraik védelme érdekében való fellépés.² Joggal állíthatta így mintegy 70 évvel később *Padilla-Nervo* bíró, hogy „az államok felelősségének története az idegen állampolgárokkal való bánásmóddal kapcsolatban a visszaélések, a gyenge államok hazai joghatóságába való jogszerűtlen beavatkozások, hamis igények, fenyegetések és katonai agressziók története a védelem joga gyakorlásának zászlaja alatt, és szankciók kiszabása annak érdekében, hogy kötelezzék a kormányt a követelt jóvátétel teljesítésére.”³ A diplomáciai védelem intézményének létrehozásával azonban a célkitűzés éppen az volt, hogy békés eszközt biztosítsanak a viták elrendezéséhez.

Mindemellett a nemzetközi jog modern történetében a diplomáciai védelem mégis az állampolgárok (egyének) védelmének egyik legfontosabb eszköze, mely sok esetben az

¹ E. de Vattel: *Le droit des gens ou les principes de la loi naturelle*, London 1758, p.309., in Nagy Károly: *Nemzetközi jog*, Püski Kiadó 1999, p. 529.

² Bár a 19. század végén és a 20. század elején sok esetben az ún. furkósbót politika eszközeként jelent meg., in: C. F. Amerasinghe: *Diplomatic Protection*, Oxford, 2008, p.15.

³ *Padilla Nervo* bíró különvéleménye a *Barcelona Traction* ügyben, ICJ Reports 1970; p. 246.

egyetlen nemzetközi jogi védelmet jelenti a másik állam által elkövetett jogsértések esetére.

A helyzet tehát ellentmondásos, de mindenképpen vizsgálatra szorul, egyrészt a visszaélések elkerülése érdekében, másrészt egy modern nemzetközi jogi védelmi eszköz, sokak szerint emberi jogi védelmi eszköz megteremtése érdekében.⁴

A disszertációban a Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációs tevékenységének figyelembevételével és felhasználásával a diplomáciai védelem tradicionális gyakorlatát és a nemzetközi jog fejlődése által indukált változásokat igyekszem bemutatni. Mindezt úgy, hogy azok a kérdések kerüljenek előtérbe, melyek a jövőben a diplomáciai védelem intézményének elhelyezését segíthetik a nemzetközi szabályok jelenlegi rendszerében, és ezáltal a legfontosabb pontjait jelentik a jogintézményhez kapcsolódó kodifikációs tevékenységnek is. A dolgozat a Nemzetközi Jogi Bizottság tevékenységén túlmenően a már meghatározott szabályokat igyekszik a nemzetközi bíróságok gyakorlatán keresztül is megvizsgálni, felfedezve azokat a pontokat, ahol ellentmondások lehetnek. Mindezek fényében egyértelműen felszínre kerülnek azok a problémák, melyek megoldásra várnak egyrészt a diplomáciai védelem nemzetközi alkalmazását illetően, másrészt az államok eddig alig ismert gyakorlatát és belső jogi rendelkezéseit illetően. A dolgozatban az államok nemzeti jogának és joggyakorlatának vizsgálata is azt a célt szolgálja, hogy a diplomáciai védelem érvényesítésének egyes kérdései még egyértelműbben, egyenesen az érvényesítő állásfoglalása alapján kerüljenek meghatározásra. A dolgozat írója arra is kísérletet tesz, hogy felvázolja a diplomáciai védelem jogintézményének lehetséges fejlődését, mindenekelőtt, mint az egyéni jogok védelmének hatékony eszközét.

Így a megvizsgálandó kérdések körébe tartozik többek között a diplomáciai védelem alapja, a diplomáciai védelmet igénybevevők köre, a védelem feltételei, gyakorlata, eljárási kérdések a diplomáciai védelemhez kapcsolódóan és néhány speciális kérdés vizsgálata a diplomáciai védelem intézményével kapcsolatban. Megvizsgálom a tagállamok és a nemzetközi bíróságok gyakorlatát és egy érdekes kitekintést teszek az Európai Unió tagállami állampolgárok irányában vállalt védelmi kötelezettségének valódi tartalmát illetően. A téma rendkívüli aktualitását mutatja az is, hogy miután 2006-ban a Nemzetközi Jogi Bizottság hosszú évek munkájának eredményeképp nyilvánosságra hozta tervezetét, az Európai Unió, bár regionális szinten, szintén a tagállamok állampolgárainak harmadik

⁴J. Dugard: First Report on Diplomatic Protection, E. Milano: Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-Fashioning tradition? Netherlands Yearbook of International Law, Volume XXXV, 2004

országban nyújtható védelmének megerősítését tervezi. Míg nemzetközi szinten a jogintézményhez kapcsolódó szabályok kodifikálásának szükségességét a fokozódó nemzetközi jogi kihívások és új jogintézmények és gyakorlatok megjelenése teremtette meg, addig az uniós reformtervek magyarázataként leginkább a közelmúlt szerencsétlenségei során felszínre került jogbizonytalan helyzetek felszámolása és a polgárok Európájának további erősítése szerepel, az uniós polgársághoz kapcsolódó egyik jog elmélyítése által. A diplomáciai védelem funkciójának változása és a jogintézményt ért nemzetközi jogi kihívások meghatározása azt is szükségessé teszi, hogy a dolgozatban a jelenlegi gyakorlat összefoglalásán túlmenően kísérletet tegyék az elengedhetetlen szabályozási feladatok megjelölésére és rögzítsem álláspontom a fontosabb problémák és azok megoldási javaslatait illetően.

A dolgozat forrásai

A dolgozat célkitűzéseinek és módszereinek fényében a tanulmány írója arra törekedett, hogy minél teljesebb körben felhasználja a rendelkezésre álló jogirodalmat.

A diplomáciai védelem témakörében készült tanulmányok, és egyéb források elsősorban a külföldi szakirodalomban lelhetők fel, így a dolgozat írója ezek felhasználásával és fordításával jutott a disszertáció feldolgozásra váró anyagához.

A Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációs munkálatai, az előkészítő iratok és jelentések mindehhez megfelelő kiindulópontnak számítottak, értelmezhetővé téve a jogirodalom vonatkozó elemzéseit és problémafelvetését. A dolgozat megírásához elengedhetetlen forrásul szolgáltak a nemzetközi bíróságok és a nemzeti bíróságok döntései is, melyek tovább árnyalták a felvázolt szabályozást. A Nemzetközi Jogi Bizottság évkönyvei pedig értékes gyűjteményei voltak a kialakulóban levő tervezet és szabályozás kapcsán lefolytatott vitáknak, ahol az államok képviselői és a Nemzetközi Jogi Bizottság tagjai egy-egy olyan kérdést vitathattak meg, mely a kodifikáció sikerét biztosították. Az államok gyakorlatát illetően mélyebb vizsgálatokra volt szükség, mert, talán nem véletlenül, az államok gyakorlata kifejezetten nem kerül rögzítésre az erre vonatkozó dokumentumokban. Lehetségesen felhasználható forrásként kezelhető azonban a Nemzetközi Jogi Bizottság tervezetére érkezett vélemények a kormányok részéről, melyek részben, a felmerült vitás kérdéseket illetően mégis betekintést engedtek az államok általános álláspontjába a diplomáciai védelem vonatkozásában. Ehhez a kategóriához

tartoznak a vizsgált nemzeti bírói döntések is, melyek bár a bírósági felülvizsgálat lehetőségeit feszegetik, mégis képet adnak a vizsgált állam kormányának gyakorlatáról.

A kutatás módszere és a disszertáció felépítése

A tanulmány elsősorban a nemzetközi jog már meglévő szabályainak figyelembevételével törekszik a diplomáciai védelem jelenlegi helyzetének meghatározására. A vizsgálat során rendkívül nagy segítséget jelentett a Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációs munkálata, mely mindenekelőtt megadta azokat a szempontokat és kérdéseket, amelyek mentén a kutatás megkezdhető, illetve kiváló forrását jelentette a nemzetközi közösség diplomáciai védelemmel kapcsolatos gyakorlatának.

A dolgozat megírása során a kutatás módszerét így a disszertáció forrásainak ismertetése, elemzése és összehasonlítása adta. Igyekeztem a diplomáciai védelem tradicionális szabályainak rögzítésén túlmenően, megvizsgálni azokat a pontokat, melyek további elemzések tárgyául szolgálhattak, illetve a rendelkezésre álló források felhasználásával a diplomáciai védelem érvényesülésére vonatkozó következtetések megtételére törekedtem. A dolgozat felépítését tekintve is ezt a módszert követi. Így a diplomáciai védelem intézményének általános behatárolását és a történeti előzmények rögzítését követően a diplomáciai védelem, mint igényérvényesítési eszköz általános feltételeinek ismertetésére került sor, már itt meghatározva azokat a pontokat, melyek a viták, így a dolgozat vizsgálódásainak középpontjába kerültek. Ezt követően, már az általános szabályok ismeretében kísérletet teszek a diplomáciai védelem fogalmának meghatározására, mely feladat során a dolgozat átlép a speciális részébe, ahol már az általános megállapítások fényében az elhatárolás, majd az összehasonlítás problémái következnek. A dolgozat módszere itt mindenképpen az, hogy a már ismert és megreformálásra szoruló jogintézményt ütköztesse azokkal a kihívásokkal melyek az állami gyakorlat és a nemzetközi jog részéről érik a diplomáciai védelem intézményét és így keressen választ a diplomáciai védelem jövőjét firtató kérdésekre.

A fentiekből következően a dolgozat két nagy szerkezeti egységben eltérő kutatási módszereket alkalmaztam. Az általános részben inkább a leíró és ismertető jelleg dominált, az egyes vitatottabb felvetéseknél használt összehasonlító vizsgálattal, a speciális részben pedig az általános rész kissé elméletibb megközelítését felváltotta a gyakorlatorientált megközelítés, jogesetelemzésekkel kísérve. Az ügyek részletes vizsgálata és elemzése ugyanis rávilágított számos olyan dogmatikai kérdésre, melyek választ vártak az általános

rész elméleti felvetéseit követően, így például az egyéni jogok, illetve emberi jogok összekapcsolódása a diplomáciai védelem jogintézményével.

További új, eddig nem publikált kutatási eredményre vezettek az államok gyakorlatának, nemzeti bírósági döntéseinek tanulmányozásai is, és feldolgozásuk elengedhetetlennek bizonyult a diplomáciai védelem jogi jellegének meghatározásában is. Nem lehet megfelekedezni a disszertáció témája szempontjából kisebb kitekintésnek tekinthető Európai Unió vizsgálódásról sem, mely összességében jelentős megállapításokhoz vezetett a diplomáciai védelem és a másik nemzetközi védelmi forma, a konzuli védelem elhatárolásának nehézségeit illetően.

A primer források elemzése mellett fontos volt az eddigi kutatások eredményeinek tanulmányozása és felhasználása is. A munkát megnehezítette, hogy a választott témakör kevésbé kutatott, inkább csak a téma bemutatására szorítkozik egy-egy vitatottabb kérdés kiemelésével, és kevesen vállalkoztak dogmatikai elemzésre, a gyakorlati érvényesülés nyomán követésére. A dolgozat írója erre is kísérletet tett.

I. Elméleti megközelítések

1. Az államok felelősségének szabályozása és a diplomáciai védelem

A diplomáciai védelem intézménye szoros kapcsolatban áll az államok felelősségének jogterületével és ezt a kapcsolatot nemcsak a két jogterület együttes kodifikálásának kísérlete erősíti meg. Az az elképzelés, hogy az egyénnek tevéssel vagy mulasztással okozott jogsértés annak az államnak a felelősségét eredményezi, amelynek ez a magatartás betudható, már a 20. század elején is elfogadott megközelítés volt. A Nemzetközi Jogi Intézet által 1927-ben elfogadott határozat szerint: „Az állam felelős minden olyan jogsértésért, melyet a nemzetközi kötelezettségeivel ellentétes tevése vagy mulasztása okoz a külföldieknek.”⁵

Tehát az tagadhatatlan, hogy az államok felelősségének kérdése összefügg a diplomáciai védelem érvényesítésének lehetőségével. A két jogintézmény között azonban akad egy olyan jellemző különbség, melynek alapján a Nemzetközi Jogi Bizottság is a külön kodifikáció mellett döntött. Az elhatárolás lényege pedig az állam jogsértő magatartása következményeinek érvényesíthetőségén alapul. A diplomáciai védelem szabályozása

⁵ International Responsibility of States for Injuries on Their Territory to the Person or Property of Foreigners in First Report on Diplomatic Protection A/CN.4/506, para. 34.

ugyanis nem a felelősség keletkezésének kérdésével foglalkozik, hanem az ún. elsődleges szabályok megsértése esetén biztosít nemzetközi igényérvényesítési lehetőséget. Tehát a diplomáciai védelem az egyént ért jogsértés felelősséget keletkeztető esetében nemzetközi szinten teszi érvényesíthetővé a jogorvoslathoz való igényt, azzal, hogy itt az államot közvetett módon éri jogsértés a másik állam részéről. A Nemzetközi Jogi Bizottság 2001-es Felelősségtervezete⁶ 44. cikkének megfogalmazása is alátámasztja a diplomáciai védelem igényérvényesítő jellegét a nemzetközi felelősség vonatkozásában, így tehát kijelenthető, hogy a diplomáciai védelem joga és az államok felelősségének szabályozása a kérelmek megengedhetőségének kérdésénél találkozik.⁷ Természetesen csak abban az esetben, ha a megsértett elsődleges szabály a külföldiekkel való bánásmód kérdéseit rendezi.

Ahhoz, hogy a diplomáciai védelem szabályozását alkalmazni lehessen, feltételezni kell, hogy az állam, ahol a diplomáciai védelmet gyakorló állam állampolgára tartózkodott ténylegesen megsértette a nemzetközi jogot. Tehát ha az elsődleges „jogviszony” megsértésével létrejön az úgynevezett másodlagos jogviszony, felelősségi jogviszony, melynek speciális sértetti köre esetén alkalmazható a diplomáciai védelem eszköze, merülnek fel a diplomáciai védelem másodlagos szabályai.

A nemzetközi joggyakorlatban azonban az esetek többségében nem választható ilyen kategorikusan ketté, hogy a jogsértő állam a másik államnak okozott jogsértés, vagy csak az egyén jogait sértette. A nemzetközi bíróságok előtti eljárásokban így merült fel az ún. *közvetlen* és *közvetett* jogsértés problematikája. A két kategória közötti különbségtétel mindenképpen jelentős kérdés, hiszen a nemzetközi bíróságok álláspontja alapján a diplomáciai védelem gyakorlására a hagyományos megközelítés szerint csak az államot ért közvetett jogsértés esetén kerülhet sor. Egyrészt mivel a diplomáciai védelem alapesete az, ha az állam polgárát jogsértés éri külföldön, akkor ez a jogsértés tekinthető úgy az alkalmazott jogi fikciónak köszönhetően, mintha az állam jogait sértette volna meg a másik állam, tehát valójában az államot közvetett módon érte jogsértés. Másrészt az államot ért közvetlen jogsértések⁸ esetére a Nemzetközi Jogi Bizottság Felelősségtervezetének

⁶ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001., A/56/10.

⁷ Martins Paparinskis: Investment Arbitration and the Law of Countermeasures, British Yearbook 2008, Oxford, p.279.

⁸ Ebben az esetben az igényérvényesítő állam jogai közvetlenül is sérelmet szenvednek, ami nem zárja ki annak a lehetőségét, hogy egyének is érintettek legyenek az ügyben. Mind a jogirodalom, mind a joggyakorlat azt mutatja, hogy ilyen esetben a helyi jogorvoslatok kimerítésének szabályát nem kell alkalmazni.

rendelkezései alkalmazhatók közvetlen igényérvényesítési jogot biztosítva, és nem a diplomáciai védelem szabályai.

Más kérdés, hogy az egyéneknek, állampolgároknak okozott jogsértés, mely a diplomáciai védelem alapja lehet, sok esetben egy államok között kötött szerződés megsértésének az eredménye, mely így az állam közvetlen jogsértését is eredményezi. Ahogy az ELSI ügyben is rámutatott a Nemzetközi Bíróság, ez a tény nem határozza meg egyértelműen, hogy az ügyben a közvetlen jogsértés érvényesítésére kerül sor, vagy diplomáciai védelem gyakorlására szolgál. A *vegyes keresetek* kategóriájának felállításával erre a problémára kereste a válaszokat a jogirodalom. Ez a típusú kereset, a leghívebben visszatükrözve a gyakori eseteket, olyan igényérvényesítést jelent, ahol az ügyben a diplomáciai védelem és a közvetlen jogsértés elemei keverednek. Ebben az esetben a joggyakorlat szerint a kereset besorolását illetően az a döntő kritérium, hogy az igényérvényesítés során mely érdekek érvényesítése kerül előtérbe. Tehát a döntő szempont az ügy megítélésében nem az igényérvényesítés formája, hanem az alapul szolgáló jogsértés típusa, iránya és az érintett érdekek meghatározása lesz.⁹

A diplomáciai védelem szabályozása, illetve a kodifikációs munkálatok sem foglalkoznak azonban külön azzal, hogy meghatározzák a diplomáciai védelmet keletkeztető jogsértések típusait. Ebben a körben azt kell vizsgálni, hogy melyek azok a nemzetközi kötelezettségek melyek megsértése felveti a diplomáciai védelem nyújtásának kérdését. Véleményem szerint azonban anélkül, hogy feltérképeznénk valamennyi olyan szokásjogi szabályt vagy szerződéses rendelkezést mely alapul szolgáló jogsértésnek számíthat, két olyan elmélettel kell foglalkoznunk, mely összefoglalja azoknak a szabályoknak a minőségét és szellemiségét, melyek vonatkozásában, azokkal való összhang hiányában megvalósulhat a diplomáciai védelem előfeltételének tekintett jogsértés.

2. A külföldieknek okozott jogsértések típusai - a *minimum standard* elmélete és a nemzeti elbánás elve

Brierly azt állítja, hogy „mialatt az államnak általános érdeke fűződik ahhoz, hogy állampolgárát megfelelően kezeljék egy másik államban (...) túlzás azt mondani, hogy

⁹ A legtöbb esetben eltér egymástól és árulkodó a bíróságtól kért jóvátétel formája is. Egy egyéni jogsértés szempontjait képviselő valódi diplomáciai védelem esetén előtérbe kerül a kártérítés intézménye az egyént ért jogsértés orvoslására. Az állam közvetlen jogsértése folytán felmerült igényérvényesítésben pedig sokkal nagyobb hangsúlyt kap a jogsértés megállapításának szükségessége.

bármikor, amikor megsértik az állampolgárt külföldön, az állam szükségszerűen szintén jogaiban sértetté válik.”¹⁰

A külföldiek bánásmódját illető nemzetközi jogi rendelkezések és nézetek mindenképpen jelentőséggel bírnak a diplomáciai védelem gyakorlását illetően, ezért is került a diplomáciai védelem érvényesítésének központi kérdései közé; milyen jellegű jogsértések eredményezhetik mégis az állam részéről a döntést, hogy diplomáciai védelmet nyújt. Vajon a nemzeti alkotmányjog, a nemzetközi jog vagy az emberi jogi szabályrendszer kerül megsértésre egy, diplomáciai védelmet igénylő esetben? Míg a válasz a diplomáciai védelem természetének ismeretében egyszerűnek tűnik, nemcsak a nemzetközi jog szabályai adják meg azt az alapot, melynek megsértésével a diplomáciai védelem szükségessé válhat. Ezek a szabályok egy érdekes keverékét jelentik alkotmányjogi, emberi jogi és természetesen nemzetközi jogi szabályoknak, rendelkezéseknek, melyek tekintetében a közös jellemző, hogy a külföldiekkel való bánásmód kereteit szabják meg.

A külföldieket illető szabályokat meghatározhatja minden olyan szerződés, melyben a két érintett állam részes. Ilyen szerződések hiányában befolyásolhatják tartalmát emberi jogi egyezmények rendelkezései is. A jelenlegi nemzetközi viszonylatban az ENSZ Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya és a Gazdasági Szociális és Kulturális Jogok Nemzetközi Egyezségokmányának rendelkezései is meghatározóak lehetnek.

A valódi mércéjét azonban ezeknek a szabályoknak, véleményem szerint, a különböző elméletek adják meg. Egyike ezeknek az elméleteknek a *nemzetközi minimum standard* elmélete.¹¹ A nemzetközi minimum standard tartalma nem került egyértelműen tisztázásra, de alkalmazása a diplomáciai védelem tekintetében általában elfogadott.

„Mialatt minden államnak joga van szuverenitást és joghatóságot gyakorolni saját területén valamennyi személy felett, elismerik azt, hogy a külföldi államok az állampolgáraik felett külföldön egyfajta védelmi felügyeletet gyakorolnak, meggyőződve arról, hogy azon jogok, melyek az egyéneket illetve, állampolgárokat megilletik, megkapják-e legalább azt a mértékű elismerést, melyet a nemzeti és a nemzetközi jogi elvek megállapítanak számukra.”¹²

¹⁰ J. L. Brierly: *The Law of Nations*, Oxford University Press (1963) pp. 276-277.

¹¹ 20. századi írások a nemzetközi minimum standard elméletéről: Sir Elihu Root: *The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad*, Borchard írásai 1914-ből és 1940-ből, AH Roth monográfiája 1949-ből, és Roha kritikája 1961-ből.

¹² Borchard: *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York: The Banks Law Publishing Co., 1919. p.28.

A nemzetközi minimum standard elméletnek elismerésére a nemzetközi joggyakorlatban is sor került. A Neer-ügyben¹³ az Általános Igényérvényesítő Bizottság úgy tartotta, hogy „a kormányzati aktusok jogszerűségét a nemzetközi standardok tesztjének kell alávetni.” A Hopkins-ügyben ugyanez a Bizottság pedig úgy nyilatkozott, hogy „(...) az állam köteles a külföldieket sokkal liberálisabban kezelni, mint a saját állampolgárait a helyi jog alapján (...) nincs alapja annak, hogy ezt az állam diszkriminációjának tekintsük a saját állampolgáraival szemben a külföldiek javára. Ez nem diszkrimináció, hanem különbség a jogaik és jogorvoslataik tekintetében. Egy állam állampolgárai sok olyan jogot élvezhetnek, melyeket megtagadnak a külföldiektől, és fordítva. A nemzetközi jog alapján a külföldiek olyan jogokat és jogorvoslatokat élvezhetnek, melyeket az állam nem biztosít a saját állampolgárainak.”¹⁴

A későbbiekben mind az Állandó Választott Nemzetközi Bíróság, mind az Állandó Nemzetközi Bíróság ehhez a „mércehez” mérve határozta meg azt a védelmet, melyre a külföldiek jogosultak voltak személyüket, illetve vagyonukat illetően. Mindazonáltal egyik ügyben sem tekintettek úgy „a nemzetközi standardra” mint egy mindenre kiterjedő elvre. Arra a kérdésre azonban, mi is valójában a tartalma ennek a „mérce”-nek”, többen keresték a választ a jogirodalomban is.

Roth szerint “annál a ténynél fogva, hogy ez a standard a civilizált nemzetek jogi lelkiismeretén alakult ki, és többé-kevésbé azonos azzal, amit normális helyzetnek tekintünk egy egységes közösségben, pontos határai szükségszerűen rosszul meghatározottak. Ebből következően kétség esetén az elmélet alapgondolatát a civilizált nemzetek által elismert elvek alapján kell meghatározni. Így kijelenthető, hogy a minimum standard valójában a civilizált államok által megfigyelt és megfigyelni akart külföldiekkel szemben tanúsított magatartás közös standardja.”¹⁵

Borchard szerint “Az állam kötelezettségének mértéke a külföldi felé és nemzetközi felelőssége a kötelezettségeinek megsértéséért egy fokozatos fejlődés eredményének tekinthető a gyakorlatban, az államok kölcsönös együttműködésük során bizonyos őket terhelő kötelezettségeket ismertek el.”¹⁶

¹³ U.S.A. (L.F. Neer) v. United Mexican States, Mexico-USA General Claims Commission 1926.

¹⁴ Eagleton: The Responsibility of States in International Law, New York, New York Univ. Press, 1928. pp.84-85.

¹⁵ AH Roth: The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens, Leiden, 1949, p.87.

¹⁶ Borchard: The Diplomatic Protection of Citizens Abroad, p.177.

Mindezek alapján úgy tűnik, hogy a minimum standard meghatározása két lépcsőben történhet meg. Ahogy a Neer-ügyben is rögzítésre került “ a cselekménynek egy jogsértésnek kell lennie, mely rosszhiszemű, szándékosan megsérti a kötelezettségeket, vagy elégtelen kormányzati cselekménynek minősül, mely olyan mértékben eltér a nemzetközi mértéktől, hogy minden értelmes és pártatlan ember könnyedén elismeri annak elégtelen voltát.” Másrészt az államok gyakorlatában megjelenő elvekről, szabályokról van szó, melyekről az esetek fényében kiderül, hogy jogi kötelezettségként tekintettek rá az államok.¹⁷ Az elmélet által érintett jogsértések megengedése ellentétes lett volna a civilizált nemzetek által elismert jogelvekkel. Ez a tény arra enged következtetni, hogy a nemzetközi minimum standard a nemzetközi szokásjog olyan elvének minősül, mely valamennyi államot kötelezi.

Így összességében elmondható, hogy a nemzetközi minimum standard a nemzetközi szokásjog olyan szabálya, mely a külföldiek bánásmódjára vonatkozik, azzal, hogy a védelem olyan minimum szintjét határozza meg, melyet az államoknak tekintet nélkül nemzeti jogrendjükre és gyakorlatukra, illetve arra, hogy milyen jogaik vannak a saját állampolgáraiknak, tiszteletben kell tartaniuk mikor külföldi állampolgárokkal vagy azok tulajdonával kapcsolatos ügyekről van szó. Ezen normák megsértése a jogsértő állam felelősségét eredményezik és megnyitják az utat az egyén/állampolgár érdekében történő fellépésre, amennyiben az kimerítette a helyi jogorvoslatokat.¹⁸

A tartalmát illetően pedig álljon itt a Nemzetközi jog enciklopédiájának meghatározása:

“Az elmélet (néha az igazságszolgáltatás nemzetközi standardjának nevezve), mely megerősíti, hogy a nemzetközi jog megteremtett és meghatározott olyan jogokat, melyek felhívhatók az államok ellen a külföldiek által, vagy érdekükben (...) ezek a jogok magukban foglalják a külföldiek jogát a tisztességes polgári vagy büntetőjogi bírósági eljárásra (így ne lehessenek az igazságszolgáltatás megtagadásának alanyai), jogukat a fogvatartás során való megfelelő bánásmódra, védelemre a jogsértések ellen és erőszakos kitoloncolás ellen, illetve a tulajdonhoz való jogukat.”¹⁹

¹⁷ Egy évszázadon keresztül az államok kártérítést fizettek a külföldieknek okozott jogsértésekért például lincselés során. Úgy tekintettek erre, mint egy jogi kötelezettségre.

¹⁸ OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Working Papers on International Investment. Number 2004/3. Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law. September 2004.note 32.

¹⁹ Detlev Vagts: Minimum Standard in Encyclopedia of Public International Law, vol 3, North-Holland 1997, pp. 408-9.

A nemzetközi minimum standard elmélete a viták középpontjába került a fejlődő országokban, egyes államokban úgy tekintettek rá, mint a nyugati hatalmak gazdasági imperializmusának egyértelmű kifejeződésére.

A folytatódó visszaélések elkerülése végett elsőként a latin-amerikai országok léptek fel a diplomáciai védelemmel szemben a jog eszközével, és a Calvo-záradék²⁰ alkalmazásával.

A külföldieket szerződésben mondatták le az őket elvileg megillető diplomáciai védelemről. Bár a gyakorlat nem terjedt el széles körben, illetve mondhatnánk ellenállásba ütközött, mivel minden védelem nélkül hagyta volna a létező nemzetközi jog szerint az idegen állam polgárait, a merőben érdekes megoldás természetesen felkeltette a nemzetközi közvélemény figyelmét is. Ez annyiban mindenképpen hasznosnak bizonyult, hogy a diplomáciai védelem intézményére irányította a figyelmet. A latin-amerikai államok ugyanis azzal próbálkoztak, hogy az általánosan elismert *nemzetközi minimum standard* elméletét helyettesítsék a *nemzeti vagy egyenlő elbánás elvével*,²¹ azzal a céllal, hogy így bírálják el az állam felelősségét az idegeneket ért sérelem miatt.²² A doktrína szerint az államok csak arra kötelesek, hogy a külföldieket és azok tulajdonát ugyanolyan módon kezeljék, mint a saját állampolgáraikat.

A nemzetközi minimum standard elméletével ellentétben az egyenlő elbánás elvének képviselői megpróbálják közömbösíteni a gazdaságilag és politikailag erős nyugati hatalmakat abban, hogy a nemzetközi jogot használva ráerőltessék akarataikat a kevésbé fejlett országokra. Hatása azonban az, hogy a külföldi állampolgárokat kifogásolható mércék alá helyezi olyan államokban, mely a saját állampolgárait is rosszul kezeli.

Ez azt jelentette volna, hogy az állam teljesítette volna kötelezettségét a külföldivel szemben, ha olyan elbánásban részesíti a külföldit, mint a saját állampolgárait, függetlenül attól, hogy ez kevesebb vagy több jogot jelent. A latin-amerikai államok próbálkozása, hogy a *nemzeti (egyenlő) elbánás* elvét alkalmazzák, megfelelő védelmet jelentett volna a nemzetközi felelősséggel szemben, ha az állam nem (a nemzetközi standardoknak) megfelelően bánt a külföldivel. Az elv akármennyire is vonzónak tűnik, valójában a nemzetközi jog tagadását jelentette volna, hiszen minden állam maga dönthette volna el, milyen szintű védelemben részesíti a külföldi állampolgárt, és megteremtette volna a

²⁰ Carlos Calvo argentin nemzetközi jogász és diplomata a záradék ötletadója szerint az egyenlő elbánás elvéből következik, hogy külföldi sem tarthat több jogra igényt, mint a belföldi, ezért nem részesíthető diplomáciai védelemben, hanem meg kell elégednie azokkal a jogvédelmi lehetőségekkel, mint amivel a belföldi rendelkezik.

²¹ Elsőként 1855-ben került megfogalmazásra az elv a chilei Polgári Törvénykönyvben.

²² Nagy Károly: Az állam felelőssége a nemzetközi jog megsértése miatt; Akadémiai Kiadó, Bp.1991.p.111.

„felelőtlenség” lehetőségét a nemzetközi közösség részéről érkező igényekkel szemben.²³ Hiába hirdették, hogy ezzel még előnyösebb pozícióba helyezték a külföldieket, ez a rendszer nem helyettesíthette a nemzetközi jog szabályait. Hiszen a tény az, hogy egyik állam sem garantál egy külföldinek abszolút egyenlőséget az állampolgárai helyzetével vagy legalábbis nincs kötelezettsége erre a nemzetközi jog szerint.²⁴ Az egyenlő elbánásra hivatkozással pedig elvették a diplomáciai védelem lehetőségét, mondván, hogy ilyen jogi eszköz a saját állampolgároknak nem állna rendelkezésre a kérdéses állammal szemben. Az egyenlő bánásmód „megteremtésének” másik módja a latin-amerikai országok szerint pedig az volt, ha a külföldiekkel való bánásmód szabályozásából kizárják a nemzetközi minimum standardot, mert „az jobb bánásmódot biztosítana a külföldieknek, mint a saját állampolgároknak.”

A latin-amerikai államok valódi szándéka ezzel elég hamar egyértelművé vált. Végül Mexikó fogalmazta meg 1938-ban egy nyilatkozatában a felfogás valódi célját: „Az egyenlő elbánás elve nem azért lett megteremtve, hogy védje a külföldiek jogait az állammal szemben, hanem ezzel ellentétben, hogy megvédje a gyenge államokat a külföldiek indokolatlan követeléseivel szemben, akik a nemzetközi jogra hivatkozva privilegizált helyzetet követelnek.”²⁵

Végül a nemzetközi minimum standard elméletének alkalmazása mellett érvelő, és a nemzeti elbánás elvét elutasító általános nemzetközi gyakorlat alátámasztásaként a Neer-ügyben és a Roberts-ügyben foglalt állást nemzetközi bíróság. A Roberts-ügyben a következőképp fogalmazott: „Egy ilyen egyenlőség nem feltétlenül a végső próbája a hatóságok intézkedéseinek megfelelőségét illetően a nemzetközi jog fényében. Ez a próba az lenne, hogy a külföldiek a civilizáció rendes általános mércéje szerint vannak-e kezelve.”²⁶

A nemzetközi jogban bekövetkezett változások, az emberi jogok nemzetközi védelmének megerősödése a jogirodalom egyes képviselői szerint a diplomáciai védelem relevanciájának gyengüléséhez, annak eljelentéktelenedéséhez vezet. Ezen nézet képviselői szerint az a tény, hogy mind a nemzeti elbánás elvét, mind a nemzetközi minimum

²³ Richard B. Lillich: *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*; University Press of Virginia 1983, p.5.

²⁴ A külföldiek rendszerint nem rendelkeznek ugyanazokkal a polgári és politikai jogokkal, mint a saját állampolgárok(lsd. a szavazás joga).

²⁵ Edwin Borchard: *The Minimum Standard of the Treatment of Aliens*, Am. Soc’y Int’l L. Proc. 1939., p.55.

²⁶ *The United States – Mexico General Claims Commission, Roberts v. United Mexican States* 1926 p.80.

standard elméletét felváltotta az Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozatában²⁷ rögzített *nemzetközi emberi jogi standard*,²⁸ egyértelmű bizonyítéka ennek. Bár véleményem szerint a nemzetközi emberi jogi standard nem váltotta fel teljes egészében a nemzetközi minimum standardot a diplomáciai védelem vonatkozásában, mindenképpen alapvető hatással van annak tartalmára, ezáltal a diplomáciai védelem gyakorlatára is. A Nemzetközi Bíróság joggyakorlata alátámasztja ezt a megállapítást, hiszen mind a LaGrand-, mind az Avena-ügyben tartózkodott annak kijelentésétől, hogy az ügyben hivatkozott jogsértés (a konzuli jogok illetve azok megsértése) az állampolgárok emberi jogait sértette volna meg. Sőt az Avena-ügyben a Nemzetközi Bíróság egyértelműen kijelentette, hogy semmi sem igazolja Mexikó azon állítását, miszerint a konzuli jogok emberi jogok lennének.²⁹ A Nemzetközi Bíróság legutóbbi diplomáciai védelmet illető ügyében, a Diallo-ügyben pedig az emberi jogokat és a nemzetközi minimum standardot, mint két különböző jogi kategóriát határozza meg, melyek okot adhatnak a diplomáciai védelemre.³⁰

Az új, emberi jogi megközelítés abban különbözik mind a nemzetközi minimum standard elméletétől, mind az egyenlő elbánás elvétől, hogy nem egy olyan megközelítésen alapszik, hogy a külföldi és az állampolgár jogállása különbözik mind az őket megillető jogok, mind a számukra biztosított védelmet illetően, hanem elismeri, hogy minden egyént megilletnek az emberi jogok és alapvető szabadságjogok egyenlően, függetlenül állampolgári és külföldi státusától. Az azonban nem jelenthető ki, hogy az állampolgárokat/egyéneket ért jogsértések valamennyi esetben az emberi jogok megsértését jelentik, bár az egyéni jogokat sértő intézkedések nagy többségben emberi jogokat is érintenek.³¹ Az új elmélet megfelelő szintézisét jelenti a korábbi elméleteknek, mindazonáltal mind az ENSZ Alapokmányban, mind az ENSZ égisze alatt, mind regionálisan született emberi jogi egyezményekben rögzített jogosultságok és alapvető szabadságok tekintetében a minimum standard elméletének védelmi szintjét meghaladó védelmet kívánnak biztosítani, ami nem azt jelenti, hogy ezáltal előnyösebb pozícióba

²⁷ Universal Declaration of Human Rights 1948 ENSZ Közgyűlési határozat 217 A (III).

²⁸ Garcia Amador szerint a nemzetközi minimum standardot az emberi jogok fejlődését figyelembe véve meg kell szüntetni; in: *First Report on Diplomatic Protection*, pp.202-203.

²⁹ Avena-ügy, *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. USA)* 2004. márc. 31., ICJ Reports 2004, www.icj-cij.org, para. 124.

³⁰ Diallo-ügy, *Ahmadou Sadio Diallo Republic of Guinea v Democratic Republic of The Congo*, 24 May 2007 Preliminary objections, para. 39.

³¹ A két kategória közötti különbségre mutat rá a Nemzetközi Bíróság a LaGrand-ügyben-O.Spiermann: *The "LaGrand" case and the individual as a subject of International Law*, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Volume: 58, 2003.

jutnának a külföldiek az állampolgárokhoz képest, hiszen az új elmélet lényegi eleme a megemelt védelmi szint egységes biztosítása.

Meg kell azonban jegyezni, hogy a nemzetközi minimum standard tartalma nem állandó, folyamatosan újabb normatartalommal töltődik meg. Véleményem szerint egy olyan keretszabályról, mércéről van szó, ami adott esetben az emberi jogi szabályok minimum szintjét követeli meg az államoktól. Ezért sem célszerű arról beszélni, hogy a nemzetközi minimum standard elméletét felváltotta az emberi jogi standard, hiszen ugyanannak a mércének új szabálytartalommal való megtöltéséről van szó. Így történhetett meg az is, hogy ma már a nemzetközi minimum standard egyre kevésbé kapcsolódik a kisajátítás és az igazságszolgáltatás megtagadásának eseteihez, ellentétben a 20. század eleji ügyekkel. Akkor legtöbb esetben az igazságszolgáltatás megtagadása kapcsán hivatkoztak a minimum standard alkalmazására, annak keretei között értelmezték a standardot.³² Már a minimum standard elméletének egyik alapügyeként kezelt Neer-ügyben is, ahol egy mexikói bánya amerikai felügyelőjének meggyilkolásával kapcsolatban merült fel a vád, hogy a hatóságok nem tettek meg mindent az elkövető kézrekerítése érdekében, az igazságszolgáltatás megtagadása kapcsán hivatkoztak a minimum standard elméletére kimondva, hogy a „nemzetközi standard alapján kell megállapítani, hogy a kormányzati cselekedetek helyénvalóak-e.”³³ Az Egyes felső-sziléziai német érdekeltségek ügyében a német vagyon kisajátításával kapcsolatban fogalmazta meg az Állandó Nemzetközi Bíróság a minimum standard lényegét.³⁴ A Roberts-ügyben pedig újra az igazságszolgáltatás megtagadása kapcsán merül fel újra a külföldiekkel való bánásmód mércéje az őrizetben levő külföldit illető helytelen bánásmód kapcsán.³⁵

Mindazonáltal az *igazságszolgáltatás megtagadása* így szintén egy olyan kategóriának tekinthető, mely bizonyos körülmények fennállása esetén beletartozik a lehetséges jogsértések körébe. Az igazságszolgáltatás megtagadására vonatkozó rendelkezések részei a külföldiekkel kapcsolatos bánásmódra vonatkozó szabályoknak, hiszen többek között a bírósághoz egyenlő eséllyel való hozzáférést hivatottak biztosítani. Mint ilyen az igazságszolgáltatás megtagadása a külföldi állam részéről okot adhat a diplomáciai védelem gyakorlására. Meglehetősen bizonytalanság mutatkozik azonban annak meghatározását illetően mi is tekinthető az igazságszolgáltatás megtagadásának.

³² Freeman: *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, London 1938.

³³ Neer case RIAA 4, p.60. (1926)

³⁴ PCIJ, Series A, No. 7., 1926.

³⁵ The USA – Mexico General Claims Commission, Roberts v. United Mexican States 1926..RIAA 4, p.80

A Guerrero-jelentés szerint: „Az igazságszolgáltatás megtagadása akkor valósul meg, ha elutasítják a külföldi bírósághoz jutását annak érdekében, hogy azon jogai védelmet élvezzenek, melyeket számára a nemzeti jog biztosít. Az is megvalósítja az igazságszolgáltatás megtagadását, ha a hatáskörrel rendelkező bíró megtagadja a joghatóság gyakorlását.”³⁶

A Harvard Jogi Iskola kutatási tervezete szerint: „Az állam felelős, ha a külföldinek okozott jogsértés az igazságszolgáltatás megtagadásának a következménye. Az igazságszolgáltatás megtagadásáról beszélünk, ha a bírósághoz jutást megtagadják, vagy azzal indokolatlanul késlekednek, vagy akadályozzák azt, vagy ha nagymértékű hiányosság mutatkozik a bírósági vagy jogorvoslati eljárás adminisztrációjában, olyan garanciákat nem biztosítanak, melyek általában nélkülözhetetlenek a bírósági eljárások megfelelő lefolytatásához, illetve a jogszerű eljáráshoz. A nemzeti bíróság olyan hibája, tévedése, mely nem okoz kifejezetten jogszerűtlenséget, nem tekinthető az igazságszolgáltatás megtagadásának.” A Nemzetközi Jogi Intézet a következőképp határozza meg az igazságszolgáltatás megtagadását: „Megvalósul, ha a bíróságok, melyek szükségesek lennének a külföldiek megvédéséhez, nem léteznek, vagy nem működnek, illetve nem elérhetők a külföldiek számára. Ha a bíróságok nem nyújtanak olyan garanciákat, melyek elengedhetetlenek az igazságszolgáltatás megfelelő működéséhez. Így az állam felelős, ha az eljárás vagy a döntés nyilvánvalóan hibás, különösen, ha rosszhiszeműség vezérelte a külföldi irányában.”³⁷

Az idézett megállapítások konklúziójaként elmondható, hogy az állam nem felelős akkor, ha a külföldi minden korlátozás nélkül fordulhat a bíróságokhoz, és jogosult illetve megengedett, hogy a helyi jog szerint eljárást indítson a bíróság előtt. A gyakorlat általában akkor is kizárja az igazságszolgáltatás megtagadásának megvalósulását, ha a bíróság döntése a keresetet megengedhetetlennek tartja, bírói tévedés történt vagy hibás a döntés.

Azonban ha az előbb említett feltételek nem teljesülnek, az igazságszolgáltatás megtagadásának esete megvalósul, és az állam felelősségét eredményezi. A harvardi megállapítások ezen túlmenően a megfelelően működő bíróságok hiányát és az eljárási garanciák nem biztosítását is az igazságszolgáltatás megtagadása alapesetének tartják. Ebben a körben egyébként a Nemzetközi Jog Amerikai Intézete is tovább konkretizálta az

³⁶ League of Nations Publication, V. Legal, 1927. V.1 (Document C.196.M.70.1927.V), p.104.

³⁷ Harvard Law School: The Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, in 1961, p.229.

igazságszolgáltatás megtagadásának kategóriáját. Így kiegészítette az indokolatlan késlekedés, illetve egyéb eljárási akadályok teremtésének esetével.³⁸ Ez utóbbi megállapítás pedig már a helyi jogorvoslatok kimerítésének kötelezettségét is értelmezhetetlenné teszi.

Ezekben az esetekben ugyanis, éppen a cselekmény vagy a mulasztás hiúsítja meg a helyi jogorvoslatok igénybevételét. Éppen ezért az államok gyakorlata az igazságszolgáltatás megtagadását inkább az államnak közvetlen jogsértést okozó kategóriának tartja, mely nem vagy nemcsak az egyénen keresztül jelent jogsértést az államnak.

Mindenesetre Vermeer-Künzli szerint az egyének többsége általában önkényes fogvatartásra, a bírósági eljárás hiányosságaira, illetve más, az emberi jogi rendelkezések által tiltott intézkedésekre panaszskodik a diplomáciai védelem kérelmezése során, mint például a kínzás, vagy embertelen bánásmód. Másrészt a jogi személyek esetében diplomáciai védelmet eredményező jogsértések nagy része tipikusan összefüggésben van a tulajdon kisajátítás eseteivel.³⁹

3. Történeti kitekintés - A diplomáciai védelem történeti gyökerei

A diplomáciai védelem korai története leginkább arról tanúskodik, hogy az államok hogyan próbálták a nemzetközi jog adta keretek között az új szükségleteket és érdekeket kielégíteni.⁴⁰

A városállamok, királyságok, hercegségek idejében nem található nyoma annak, hogy az uralkodó és az alattvalók, a területén ellenőrzés alatt élők között olyan viszony alakult volna ki, melynek alapján egy másik politikai egység ellen fellépett volna az uralkodó, illetve a döntéshozó a területén élő alattvalók érdekében. Nem feltétlenül a politikai egységek, entitások közötti kapcsolatokat szabályozó jog hiányában maradt el egy ilyen jellegű védelem az uralkodó részéről, sokkal inkább a valódi, a nemzetközi jog értelmében vett államok hiányában nem kerülhetett erre sor.

Az 1648-as vesztfáliai békeszerződés alapvető változásokat hozott ebben a viszonylatban, hiszen az államokat megillető szuverenitás elismerésével lehetőséget teremtett a szuverenitás keretei között kialakítható állampolgársági viszony megteremtésére, illetve a szuverenitással bíró államok közötti modern nemzetközi jog kiépítésére. Mégis a 18.

³⁸ The International Conferences of American States, 1889-1928 New York, Oxford University Press, 1931, p.91., American Institute of International Law Project No. 16 Diplomatic Protection.

³⁹ Annemarieke Vermeer-Künzli: Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection, Nordic Journal of International Law, Vol. 75, No. 2, June 2006, p.280.

⁴⁰ Dunn: The Protection of Nationals, The Johns Hopkins Press. (1932), p.46.

század végéig, illetve a 19. század elejéig nincs rá bizonyíték, hogy a gyakorlatban is alkalmazták volna a diplomáciai védelem eszközét.

A diplomáciai védelem elméleti megalapozásának egyik legelső forrása Vattel 1758-ban publikált munkája.⁴¹ Amikor „A nemzetek joga, avagy a természetjog elvei” című művét megírta, majdnem 150 évvel Grotius alapvetéseit követően, a nemzetközi közösség élete már alapvetően kiszélesedett. A gyarmatosítási folyamat a világ más, Európán kívüli részein sikeresnek mutatkozott és a külkereskedelem az államok gazdasági rendszerének fontos elemévé vált. Mindazonáltal az utazások és kereskedelmi kapcsolatok gyakorivá válása mellett az iparosodás folyamatai még nem mutatkoztak.⁴²

Vattel volt az első jogfilozófus, aki a nemzetközi joggal kapcsolatban figyelmet szentelt a külföldiek védelmének, illetve a diplomáciai védelemnek, így doktrinális alapot biztosítva a diplomáciai védelem intézményének.⁴³ Vattel felállította a diplomáciai védelem alapvető tézisét; miszerint az egyénnek okozott sérelem az államnak okozott sérelemnek minősül.

„Mindenki, aki rosszul bánik egy polgárral, közvetve megsérti azt az államot is, amelynek védelmeznie kell ezt a polgárt. A sérelmet szenvedett polgár szuverénjének meg kell torolnia a tettet. És ha lehetséges, kényszerítenie kell a támadót, hogy teljes elégtételt adjon, vagy meg kell büntetnie őt, különben a polgár nem kapja meg azt a védelmet, mely a polgári társadalom fő célja.”⁴⁴

Mindezzel együtt messzemenőig elismerte az államok szuverenitását és csak bizonyos cselekmények esetére korlátozta az állampolgárságot adó állam fellépésének lehetőségét. Állítása szerint a szuverenitás a nemzet számára joghatóságot biztosít a hozzátartozó terület felett. Az a szuverenitásának része, hogy igazságot szolgáltatson ezen terület felett, megállapítsa azokat a bűncselekményeket, melyeket ott követtek el, és azokat a vitákat rendezze, melyek a polgárok között keletkeztek. Más nemzeteknek tiszteletben kell tartaniuk ezt a jogot. A szuverenitással való rendelkezés szükségszerűen megköveteli azt, hogy minden ítéletet, melyet megfelelő formában hoznak meg a bíróságok utolsó

⁴¹ Grotius 1625-ben „De jure belli et pacis libri tres” című munkájában, a felfedezések korában, amikor az államok közötti kapcsolat egyre komplexebbé vált, még nem fordított figyelmet az egyén helyzetére, különösen egy külföldi helyzetére egy másik államban. Egyrészt mivel az államok nem foglalkoztak az egyén helyzetével, illetve mivel az államok és az egyének közötti érintkezések akkoriban váltak csak rendszeressé. Suarez és Pufendorf sem foglalkozott ezzel a témával, Grotius és követői, ha egyáltalán vizsgálták a témát, kevés megállapítást tettek az állam külföldiekkel kapcsolatos kötelezettségeit illetően.

⁴² Amerasinghe: Diplomatic Protection, Oxford University Press, 2008, p.10.

⁴³ Annemarieke Vermeer-Künzli: As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection, The European Journal of International Law Vol.18, no.1. 2007, p.39.

⁴⁴ E. de Vattel: Le droit des gens ou les principes de la loi naturelle, London 1758 in Nagy Károly: Nemzetközi jog, Püski Kiadó 1999, p.529.

jogorvoslatként, jogerősnek és végrehajthatónak tekintsenek, így mikor egy olyan ügyben, melyben külföldiek is érintve vannak megfelelő formában döntés születik, a peres felek szuverénje nem vizsgálhatja felül a döntést. Vizsgálatot kezdeni az ítélet igazságosságát illetően az azt meghozó bíróság joghatósága elleni támadás. Ennélfogva a szuverén nem avatkozhat be állampolgára egy külföldi államban folyó perébe és nem garantálhat nekik védelmet, kivéve azokat az eseteket, ahol az igazságszolgáltatást megtagadták vagy a döntés egyértelműen igazságtalan, vagy az előírt eljárást nem tartották be, vagy végül azokat az eseteket, ahol állampolgárai vagy külföldiek általában diszkriminálva lettek.⁴⁵

Véleménye szerint mivel a terület ura megtilthatja a területére való belépést, amennyiben azt helyénvalónak látja, kétség kívül meghatározhatja azokat a feltételeket is, melyek teljesítésével a bemenetel megengedhető. És bár írásaiban utalt a külföldi és a tartózkodása szerinti állam között létező viszonyra is,⁴⁶ illetve az állam felelősségének mértékére a külföldivel szemben, de ez nem volt olyan mélységű, hogy megmutathatta volna, hogy milyen igazságosságra és humanitásra van szükség a külföldiekkel való bánásmód során.⁴⁷

Vattel mindenesetre ezzel a megközelítéssel a kizárólagos területi joghatóság koncepciója mellett érvelt, illetve célzott arra, hogy a szuverén felelősséget visel azon külföldiek irányában, akiknek megengedte, hogy területére lépjenek.

Vattel összességében lerakta azokat a szabályokat, melyek a nemzetközi közösség tekintetében rendezik a téma kérdéseit, és melyeknek célja, hogy mindkét fél jogait biztosítsa, és hogy megakadályozza olyan viták kialakulását, melyek veszélyeztethetik a nemzetközi közösség békéjét.⁴⁸ Vattel megközelítése hasznos alapul szolgált azok számára, akik a diplomáciai védelem gyakorlatát kívánták kiterjeszteni, akkor is ha Vattel speciálisan csak az igazságszolgáltatás megtagadásának intézményével foglalkozott. Vattel álláspontját később pont a jogsértés széleskörű értelmezése ellen szólok használták fel, annak érdekében, hogy támogassák az állam által elkövetett igazságszolgáltatás

⁴⁵ E. de Vattel: *Le droit des gens ou les principes de la loi naturelle*, London 1758, p.146.

⁴⁶ Az nem világos, hogy Vattel álláspontja a külföldiekkel való bánásmód szabályairól az általa megfigyelt állami gyakorlatból eredeztethető, vagy azoknak a ténybeli feltevéseknek az eredménye, melyre megfigyelései vezették.

⁴⁷ Vattel nem tartotta szükségesnek, hogy megállapítsa egyes külföldiekkel kapcsolatos intézkedésekről, hogy azt rosszhiszeműnek vagy jogsértőnek kell-e tekinteni. Úgy gondolta, hogy a nemzetközi közösség ebben a tekintetben majdnem általánosan egyetért, és annak a megállapítása mi minősül jogsértőnek a nemzetek jogának területére esik.

⁴⁸ E. de Vattel: *im.*, p.144.

megtagadásának oly módon való felfogását, mint a diplomáciai védelem gyakorlásának kizárólagos alapját.⁴⁹

Míg azonban a diplomáciai védelem alapjául szolgáló elméleti megközelítés megjelent, a gyakorlati alkalmazás feltételei csak a 19. században alakultak ki. Ekkorra már körvonalazódtak a nemzetközi jog konceptuális keretei, az alapvető doktrínákat már kidolgozták.

A 19. század közeledtével egy olyan esemény következett be, mely újabb lökést adott a diplomáciai védelem fejlődésének. 1794-ben az USA és Nagy-Britannia között kötött Jay-szerződésbe belefoglalták, hogy felállítanak egy választottbíróságot (döntőbizottságot) azoknak a vitáknak a rendezésére, melyeket a lefoglalt adósságok (confiscated debts) ügyében britek terjesztenek elő, és a kölcsönös követelések számára, melyek a brit hajók által illegálisan lefoglalt amerikai hajók kapcsán, és az USA kikötőiben felfegyverzett francia hajók által elfoglalt brit hajók miatt keletkeztek.⁵⁰

Ez a cselekmény nemcsak a modern nemzetközi választottbíráskodás kezdetét jelentette, hanem egy olyan vitarendezési eszköz megjelenését is, melyet az államok a diplomáciai védelem gyakorlása során egyre többen használtak. Az első választottbírói döntések a diplomáciai védelem gyakorlásával összefüggésben az USA és Nagy-Britannia közötti vitákat rendeztek el, és nem vonták be a latin-amerikai államokat, melyek a 19. században nyerték el függetlenségüket. Ami talán még fontosabb, a diplomáciai védelem első próbálkozásai a külföldiek számára pozíciót (igényérvényesítési lehetőséget) biztosítottak a nemzetközi bíróságok előtt.

A 19. században indult igazán fejlődésnek a külföldiekkel kapcsolatos bánásmódra vonatkozó szabályanyag is, és ezzel a jogorvoslati jellegű diplomáciai védelem fejlődése. Az első fontos momentum az volt ebben a folyamatban, hogy az iparosodás beindulásával az egyének a világ minden részére elkerülhettek kereskedelmi tevékenységeik során. Valamennyi állam területén, joghatósága alatt nagyszámú külföldi és nagy mennyiségű külföldi tulajdoni érdekeltség jelent meg, amely számos konfliktus forrásává vált. Az új piacok megnyílásával a 18. században kialakult európai nemzetközi közösség túlnőtt az európai kontinensen, miközben az európai modell a jogi viszonyokban továbbra is uralkodó maradt.

⁴⁹ Amerasinghe: im. p.11.

⁵⁰ Amerasinghe: im. p.12.

Az egyre szaporodó eseteknek köszönhetően szokásjoggá nőtte ki magát, hogy követelést terjesztenek elő abban az esetben, ha a nemzetközi jogot megsértik, és ez a gyakorlat további támogatásra talált azzal, hogy a szerződésekbe belefoglalták annak a megkövetelését, hogy minden szerződő fél állampolgárának életét és tulajdonát védelmezni kötelesek a másik szerződő állam területén.⁵¹

A 19. század közepe táján a kormányok következetesen jogi kérdésként kezdték el kezelni a diplomáciai védelmet, amely igazolja a beavatkozást a nemzetközi jog elveinek alkalmazása mellett. A viták rendezésének ezen módja a jogi technikák tárgya lett, és a diplomáciai védelem intézménye valamennyi gyakorlati célból alkalmazott eszközzé vált. Mindazonáltal az ellentétek/véleménykülönbségek is megjelentek a nagyobb és kisebb hatalmak között a diplomáciai védelem terjedelmét illetően.

A diplomáciai védelem gyakorlására sokkal gyakrabban került sor az újonnan megjelent államok kapcsán, így a latin-amerikai országokban, mint Európában. Számos dél-amerikai országban, a folytonos politikai rendezetlenség okán, egy sor panasz érkezett a külföldiek jogsértéséről, és ez lehetőséget adott fegyveres beavatkozások megtételére a helyzet orvoslásának szükségességével indokolva. Mindenesetre a helyi állami vezetés ismétlődő hibái, és a hatóságok nem a megfelelő módon történő működése a diplomáciai védelem intézményének alkalmazását még inkább érthetővé, indokoltá tette. A latin-amerikai országokban ezzel egyidőben mindinkább az lett az álláspont, hogy a diplomáciai védelem az az intézmény, melyet az erős/befolyásos államok kizárólag a gyengébb országokkal szemben alkalmaznak, és egymás közötti gyakorlatukban nem.⁵² Ráadásul a 19. század a nagyhatalmak terjeszkedési politikájának időszaka volt és a kisebb/gyengébb államok folyamatosan attól tartottak, hogy a külföldi érdekeltségek védelmének hiányára való panaszok alapot szolgáltatnak újabb területi hódításokra.

A 19. század végén és a 20. század elején a diplomáciai védelemnek már fontos szerepe volt az államok közötti kapcsolatokban. A latin-amerikai országokkal szemben is megszorodtak a pénzbeli kártérítést követelő igényérvényesítések. Gyakran ezeket a követeléseket, egyfajta nyomásgyakorlásként alkalmazzák az eladósodott államokkal szemben. Számos esetben fegyveres beavatkozások igazolásául is szolgált,⁵³ így például a

⁵¹ Amerasinghe: im. p.14.

⁵² Jessup: „dollar diplomacy” kifejezéssel határozta meg a diplomáciai védelem visszaélésekre alkalmas karakterét.

⁵³ A Drago-elv, melyet 1907-ben illesztettek a Porter Egyezménybe (Drago-Porter Egyezmény) deklarálta végül, hogy erőszak alkalmazásával tilos adósságot behajtani.

francia invázió esetében Mexikóval szemben 1838-ban és 1861-ben illetve Németország, Nagy-Britannia és Olaszország beavatkozása tekintetében Venezuelába 1902-03-ban, illetve itt kell megemlíteni az amerikai beavatkozásokat Santa Domingóba 1904-ben és Haitibe 1915-ben.⁵⁴

A kialakult helyzet tovább erősítette azt a latin-amerikai gondolkodást, mely határozottan ellenezte a diplomáciai védelem gyakorlatának terjedését, és amely törekedett a diplomáciai védelem alkalmazásának lehetőségeit leszűkíteni.⁵⁵

Ennek a megközelítésnek köszönhető az is, hogy Calvo, egy argentin jogtudós a diplomáciai védelem intézményéről szólva 1868-ban erőteljes ellenérzéseinek adott hangot az állampolgárok és vagyoni érdekeik érdekében történő beavatkozással kapcsolatban.⁵⁶

A diplomáciai védelem mindazonáltal mégiscsak a békés megoldások eszköze volt, mely a legtöbb esetben a viták választottbíróóság által történő rendezését eredményezte. Ezek a választottbíróóságok valódi jogi eljárásokat eredményeztek, a bíróság tagjai pedig bíróként tevékenykedtek a nemzetközi jog szabályainak betartása mellett. A 19. század végére, illetve a 20. század elejére a választottbíróósághoz fordulás, mint a külföldiekért jogsértések miatt kártérítés követelésének elbírálására létrejött szerv egyre gyakoribbá vált. Ezek a választottbíróósági döntések olyan esetjog kialakulásához vezettek, melyek a későbbiekben nemzetközi szerződések részévé is váltak. A 19. század végével a jogtudósok érdeklődése az államok külföldieknek okozott jogsértésekért való felelősségével kapcsolatos elmélet és gyakorlat kutatása felé fordult, beleértve a diplomáciai védelem elméletével kapcsolatos kérdéseket is.⁵⁷ Az első világháború után számos igénybizottság jött létre, melyek a külföldiek igényeinek érvényesítésére szolgáltak, majd pedig az Állandó Nemzetközi Bíróság is szembetalálta magát olyan vitákkal, mely a diplomáciai védelem gyakorlásának eredménye volt. A II. világháború után aztán a külföldi tulajdon államosítása, különösen Kelet-Európában egyre több

⁵⁴ Amerasinghe: im. p.15.

⁵⁵ Dunn: The Protection of Nationals (1932) pp.55-56.

⁵⁶ Az államok függetlenségéből és egyenlőségéből kiindulva úgy vélekedett, hogy a külföldiek ugyanolyan bánásmódra jogosultak, mint a saját állampolgárok és semmiképpen nem jobbra, és addig, amíg a helyi igazságszolgáltatási intézmények nyitva állnak számukra, hasonló feltételek mellett, mint a saját állampolgárokéknak, nincs alapja egy nemzetközi panasznak. Azt állította, hogy egy helyi bíróság döntése a külföldiek kapcsán véglegesnek tekinthető, és nem kérdőjelezhető meg a külföldi saját állama részéről. Ez a felfogás általános megközelítéssé vált Latin-Amerikában, és mint Calvo-doktrína vált ismertté.

⁵⁷ Heilborn: Das System des Völkerrechts entwickelt aus der völkerrechtlichen Begriffen (1896), Triepel: Völkerrecht und Landesrecht (1899), Borchard: Diplomatic Protection of Citizens Abroad (1915), Dunn: The Protection of Nationals (1932), Dunn: The Diplomatic Protection of Americans in Mexico (1933)

diplomáciai intézkedést eredményezett a nyugati államok részéről állampolgáraik védelme érdekében.⁵⁸

A 20. században, különösen a II. világháború után a diplomáciai védelem intézményét végre a nemzetközi jogrendszer oldaláról is elfogadták. A viták nem a diplomáciai védelem létét kérdőjelezték meg inntől kezdve, hanem a diplomáciai védelem gyakorlásának körülményeit illetően merültek fel kérdések; például, hogy mi tekinthető a diplomáciai védelmet szükségessé tévő nemzetközi jogsértésnek, mi a helyzet a helyi jogorvoslatok kimerítésének szabályával.

Míg azonban a 19. század végén és a 20. század elején a diplomáciai védelem egy eszköz volt az erősebb országok kezében a szegényebb vagy kevésbé fejlett országokkal szemben, a 20. század közepére a helyzet megváltozott. A gyarmati sorból függetlenné vált államok megjelenésével a diplomáciai védelem sokkal inkább a fejlett és kevésbé fejlett államok közötti viták eszközévé vált, különösen a fejlett országok külföldi befektetéseit tekintve. A mai nemzetközi viszonyokat illetően pedig arról beszélhetünk, hogy az utazások egyre gyakoribbá és természetessé válása, illetve a külföldi befektetések lehetőségeinek növekedése egyaránt azt a tendenciát eredményezi, hogy a diplomáciai védelem egyre inkább az egyénre koncentrált védelem eszközévé válik, és a megoldandó kérdések áthelyeződnek az állampolgár és az állam viszonylatába.

4. A kodifikáció folyamata

Az első világháború utáni időszakban a nemzetközi közösség számára fontossá vált számos olyan nemzetközi jogterület szabályozásának rendezése, melynek vonatkozásában bár kiterjedt joggyakorlattal rendelkeztek az államok, mégsem volt egyértelmű és következetes nemzetközi szabályozás.

A diplomáciai védelem területén ezt a bizonytalanságot és rendezetlenséget többek között az okozta, hogy az államoknak más és más érdekeik fűződtek a diplomáciai védelem intézményéhez. A befolyásosabb, nagyobb államok mindenképpen egy olyan szabályozás mellett érveltek, mely előnyös rendelkezéseket biztosít a külföldi befektetések és kereskedelmi kapcsolatok számára, miközben különösen a latin-amerikai államok nem feltétlenül törekedtek a külföldi állampolgárok védelmének ilyen formában történő szabályozására és biztosítására.

⁵⁸ Amerasinghe: State Responsibility for Injuries to Aliens, Oxford University Press, London (1967) pp. 4-7.

Mindenesetre az első kodifikációs próbálkozások a Nemzetek Szövetségének égisze alatt születtek meg. 1924. szeptember 1-jén a Nemzetek Szövetségének Közgyűlése elfogadott egy határozatot, melyben azt kérték a Nemzetek Szövetségének Tanácsától, hogy hívjon össze egy szakértőkből álló bizottságot a „nemzetközi jog haladó szellemű kodifikációjának” érdekében. Ez a bizottság, mely végül felállításra került, hét témában dolgozott ki jelentéseket, melyek megfelelő kiindulópontul szolgálhattak a kodifikáció számára. Az egyik ilyen jelentés az államok felelősségével foglalkozott a területükön más államok állampolgárai, illetve tulajdonuk ellen elkövetett jogsértések vonatkozásában. A téma megbízottja az el-salvadori Guerrero volt, így nem meglepő, hogy a jelentés határozottan a latin-amerikai álláspontot képviselte. A jelentésben Guerrero a diplomáciai védelem általános elméleti megközelítését rögzítette, többek között azt, hogy valamennyi egyén rendelkezik bizonyos alapjoggal, így az élethez való joggal, a szabadsághoz való joggal és a tulajdonhoz való joggal, melyeket az államok elismertek és kölcsönösen vállalták, hogy biztosítják azok érvényesülését. Ezen jogok figyelembe vétele mellett Guerrero azt állította, hogy az állampolgárság háttérbe szorult, mivel a jogok az egyénhez tartoznak, és mint ilyenek nem rendelhetők az állam akarata alá. Ez lényegében az igazságszolgáltatás minimum standardjának a rögzítése volt, amit az általános elméleti megközelítés szerint valamennyi államnak figyelembe kell vennie a külföldiekkel való bánásmód során.⁵⁹

Mindazonáltal Guerrero igyekezett megfosztani a szokásjogi teóriát annak hatályától és hatásától a latin-amerikai államok támogatásával kísérve. Azon az állásponton volt, hogy semmiképp sem köteles az állam a külföldieket előnyösebb helyzetbe hozni, mint a saját állampolgárait. Guerrero nem tette mindehhez hozzá a szokásos kikötést, miszerint a nemzeti elbánás elve csak akkor elfogadható, hogyha a külföldiek helyzete ennek az elvnek az alkalmazásával nem rosszabb, mint a nemzetközi minimum standard által megkövetelt.

Guerrero az államok egyenlőségének elvéből azt a következtetést vonta le, hogy a helyi bíróságok által hozott döntéseket végleges és jogszerű döntésnek kell tekinteni az ügyben, akkor is, ha a döntés az ítékezés hibáját rejti.

Tehát Guerrero véleménye szerint a helyi bíróság döntése ellen nem engedhető meg semmilyen nemzetközi jogorvoslat, még akkor sem, ha jogsértést valósít meg vagy a

⁵⁹ Guerrero Report adopted by the Sub-Committee of The League of Nations, Committee of Experts, 20 AJIL, Supplement II 177-203.

külföldi számára csak jelentős késedelemmel érhető el a bírói jogorvoslat. A speciális megbízott szerint az állam nemzetközi felelőssége csak abban az esetben merül fel, ha az állam megtagadja a külfölditől a bírósághoz való jutást, vagy ha a bíróság elutasítja a külföldi által benyújtott kereset vizsgálatát.⁶⁰ Tehát azzal, ha valamennyi állam biztosítja a külföldiek számára a megfelelő jogorvoslatot, illetve a bírósághoz jutást ugyanolyan feltételekkel, mint a saját állampolgárának, a lehetséges diplomáciai védelem körét olyannyira leszűkíti, hogy ténylegesen megszünteti a védelem nyújtásának lehetőségét is.⁶¹ A Nemzetek Szövetségének Közgyűlése 1927 szeptemberében úgy döntött, hogy 3 témát nyújt be az első nemzetközi jogi konferencia számára a nemzetközi jog kodifikálása céljából. Egyike ezeknek a témáknak az állam felelőssége volt a külföldiek személyében és tulajdonában okozott károkért. Kijelölték az Előkészítő Bizottságot, amely egy részletes kérdőívet küldött meg a különböző kormányoknak véleményezésre. Megközelítőleg 30 kormány reagált a megkeresésre, ebből mindösszesen 1 latin-amerikai állam, Chile. A kormányok által megküldött észrevételek egyfajta vitaindító alapként szolgáltak a tervezett kodifikációs konferencia számára. Mindenesetre az állami felelősség lehetséges köre jóval szélesebb módon került meghatározásra, mint ahogy a Guerrero-jelentésben szerepelt, és nem ismerték el a Calvo doktrína jelentőségét a jogterületen.

47 állam (beleértve az USA-t és 7 másik Nemzetek Szövetségében nem tag államot) képviseltette magát a Hágában 1930 márciusában megtartott kodifikációs konferencián, melyet hosszas viták után anélkül rekesztettek be, hogy elfogadtak volna bármilyen megállapodást az állami felelősség témakörében. A Harmadik Bizottság, melynek feladata volt a kodifikációs témával való foglalkozás, mindösszesen 10 cikkelyt fogadott el a kezdeményezett megállapodásból, amelyek lényegében megegyeztek az Előkészítő Bizottság 12 alapvetésével. Azok a kérdések, melyekben a Bizottság nem tudott megállapodni többek között ahhoz kapcsolódtak, hogy belevonják-e a szabályozásba azt a rendelkezést is, hogy a külföldi nem jogosult többre, mint olyan elbánásra, mely a saját állampolgárokat is megilleti, illetve az elvárható gondosság elve a külföldieknek okozott jogsértések elkerülése érdekében. A kodifikáció sikertelensége mindenképpen azzal indokolható, hogy a nemzetközi közösség tagjai teljesen eltérő állásponton voltak a külföldiek saját államterületükön betöltött helyzetét illetően, egyrészt a nemzetközi beruházásokat, kereskedelmet támogató hozzáállás és másrészt a saját területükön

⁶⁰ Guerrero Report adopted by the Sub-Committee of The League of Nations, Committee of Experts 20 AJIL, Supplement II pp.190-193.

⁶¹ Dunn: im. (1932), pp.63-64.

gyakorolt intézkedések teljes függetlenségének nézőpontja kialakulásának köszönhetően. A nézetkülönbségek fennállásáig a kodifikáció nem kecsegtetett sok sikerrel, a legalapvetőbb kérdésekben sem tudtak megállapodni, hiszen még az sem volt egyértelmű, hogy mely szabályok megsértése esetén kerülhet sor diplomáciai védelemre, nemhogy annak gyakorlásának feltételeiben megállapodjanak.

Az 1948-ban felállított Nemzetközi Jogi Bizottság újult lendülettel vetette bele magát a kodifikációs munkálatokba. Az első célkitűzések egyike az államok nemzetközi felelősségének rendezése volt.

1953-ban a Nemzetközi Jogi Bizottság a téma első speciális megbízottjának García-Amadort jelölte ki, aki kiindulási pontként a külföldiek személyében vagy vagyonában okozott kárért való állami felelősség kérdését kezdte el vizsgálni, tehát az ún. elsődleges szabályokat (primary rules). És bár egy sor jelentést⁶² terjesztett elő a speciális megbízott, egyre erősebbé vált a meggyőződés, hogy nem szerencsés leszűkíteni az állami felelősség témakörét a külföldieknek okozott jogsértésekre.

1962-ben a Nemzetközi Jogi Bizottság úgy határozott, hogy a témát kiterjesztik az államok nemzetközi felelősségének valamennyi aspektusára.⁶³ 1963-ban a téma kodifikálása speciális megbízottjának Roberto Agot választották meg.⁶⁴ Megbízatásának ideje alatt a Nemzetközi Jogi Bizottság 35 cikkelyt fogadott el az államok felelősségének tervezetéből, többek között a jogellenességet kizáró okokról.⁶⁵

1979-ben Wilhelm Riphagent választották meg a téma speciális megbízottjának,⁶⁶ majd 1987-ben Gaetano Arangio-Ruizt.⁶⁷ Az 1996-ra kialakuló tervezetben a diplomáciai védelem tekintetében egy viszonylag szűk felfogást képviselt a Nemzetközi Jogi Bizottság.⁶⁸ Az államok felelősségének általános megközelítése folytán, különösebb figyelmet sem a diplomáciai védelemnek, sem a külföldieket ért jogsértéseknek nem szántak.⁶⁹

⁶² García Amador hat jelentést készített a témában 1956 és 1961 között.

⁶³ 2 YBILC (1963), p.228.

⁶⁴ 1969 és 1980 között nyolc jelentést készített az általa vezetett bizottság.

⁶⁵ Amerasinghe: im. p.60.

⁶⁶ 1980 és 1986 között hét jelentést készítettek irányítása alatt, többek között a nemzetközi felelősség formáiról és tartalmáról és a viták elrendezésének módjáról.

⁶⁷ 1988 és 1995 között hét jelentés készült.

⁶⁸ James Crawford által teljessé tett kodifikációs tervezet a felelősségről végül 2001-re készült el. Ennek a tervezetnek a 44.cikkelye foglalkozott a kérelmek „állampolgárságának” és a helyi jogorvoslatok kimerítésének követelményével, melynek vizsgálatát bizonyos esetben megfelelőnek ítélte.

⁶⁹ J. Crawford: *The International Law Commissions Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002 p.13.

Mindenképpen szükségessé vált azonban, hogy az államok nemzetközi felelősségének általános megközelítésétől elkülönítsék az államok külföldieknek okozott jogsértésekért való felelősségét, és a diplomáciai védelem intézményét, mint jogorvoslati eszközt.

A Közgyűlés határozatának eleget téve 1997-ben a Bizottság 49. ülészakán végül egy munkacsoportot hozott létre a téma vizsgálatát illetően. Az említett csoport azonnal munkához is látott, és már ugyanazon az ülészakon egy jelentést készített elő a témában. Ebben a jelentésben foglalkozott a diplomáciai védelem témájának lehetséges köréről, és álláspontokat ütköztetett abban a vonatkozásban, hogy milyen kérdésekkel is kellene foglalkoznia a téma kutatásainak. Ez az előkészítő jelentés a későbbi speciális megbízott munkájának is alapjául szolgált. A téma speciális megbízottjának pozíciójára 1997-ben elsőként *Mohamed Bennouna* kapott felkérést. A speciális megbízott először egy előkészítő jelentés erejéig foglalkozott a kijelölt témával, mely 1998 tavaszán készült el. Ebben az előkészítő munkában foglalkozott a diplomáciai védelem jogi természetével, megvizsgálva a diplomáciai védelem intézményének hagyományos felfogását és a vonatkozó szabályok jogi kategóriáit. Vizsgálta a diplomáciai védelem intézményének a nemzetközi jogban illetve az államok belső jogában betöltött funkcióját, helyzetét. Az előzetes jelentésben tett megállapítások szolgáltak kiindulópontul a későbbi kutatásokhoz és mindenképpen meghatározták a Bizottság hozzáállását a vizsgált témához, már csak annyiban is, hogy a jelentés fontos kompromisszumokat tartalmazott a téma elemzésének kiterjedését illetően.

Miután 1999-ben, a már megválasztott speciális megbízott, Bennouna, a Nemzetközi Bíróság bírója lett, John R. Dugard személyében új megbízott került a kodifikációs munkálatok élére. 2000-ben, a Nemzetközi Jogi Bizottság 52. ülészakán elkészült az első jelentés a diplomáciai védelem témájában, mely vizsgálódásait a diplomáciai védelem meghatározására és terjedelmére koncentrált, különös tekintettel az állampolgársági kérdésekre.

Az elkészült első jelentést hamar követte a téma további kérdéseinek vizsgálata a diplomáciai védelem (elő)feltételének számító szabálynak, a helyi jogorvoslatok kimerítését előíró elvnek a taglalásával. A 2001-ben megjelent második jelentés, és az ezt követő harmadik jelentés (2002) a helyi jogorvoslatok kimerítési kötelezettsége alóli kivételek meghatározása tekintetében a javasolt rendelkezések tervezetét is magában foglalva szinte teljessé tette a természetes személyek vonatkozásában, a témában eddig fennálló szabályok bemutatását. Azonban a kodifikáció nem állhatott meg az államok

közötti gyakorlatban már általánosan elfogadott és hosszú idők óta konzekvensen alkalmazott szabályok rögzítésénél.

Következő, szám szerint negyedik jelentésében a Bizottság egy, a nemzetközi gazdasági kapcsolatok rohamos fejlődésének figyelembe vétele mellett elengedhetetlen kérdést vett górcső alá. A 2003-ban megjelent jelentés a *Barcelona Traction* ügy elemzésén keresztül a társaságok és részvényesek diplomáciai védelmének szabályait próbálta meg felvázolni.

Így talán a legnagyobb vitákat felvető jelentésben a társaságok diplomáciai védelmének megreformálása merült fel, mint lehetséges megoldás a diplomáciai védelem jogintézményének a beruházásvédelmi megállapodások által nyújtott vitarendezési lehetőségekkel szemben való térvesztésének megakadályozására.

A Bizottság munkájának további összefoglalásaként megjelenő ötödik jelentés (2004) azoknak a kérdéseknek az elemzését tűzte ki célul, melyek a diplomáciai védelem intézményének lehetséges továbbfejlesztését jelenthetik. Így a nemzetközi szervezetek által nyújtható védelem lehetősége, illetve a diplomáciai védelem jogának delegálása és átruházása, mint érdekes kutatási alternatíva, míg a diplomáciai védelem és az emberi jogok kapcsolatának vizsgálata, mint szükséges következtetés merült fel.

A hatodik és hetedik jelentés, pedig olyan témákat dolgoz fel, melyek kapcsolódhatnak a diplomáciai védelem intézményéhez, így az ún. *clean hands* (tiszta kéz) doktrínája, illetve a diplomáciai és konzuli testületek szerepvállalása is szóba kerül.

Végül az egyeztetési és kodifikációs munkálatok befejeztével elkészült Egyezmény-tervezet 2006-ban jelent meg.

5. Fikció a nemzetközi jogban-a diplomáciai védelem jogtechnikája

A diplomáciai védelem szabályainak kodifikálása során egyértelműen rögzítésre került, hogy a diplomáciai védelem egy fikción alapszik. Ennek a fikciónak a lényege, hogy egy egyént ért jogsérelmet úgy kezelnek, mintha az az egyén állampolgárságát adó állam jogát sértené meg, és ez feljogosítja az államot, hogy igényt terjesszen elő nemzetközi szinten.⁷⁰

A Nemzetközi Jogi Bizottság témában folytatott kodifikációja során ez a fajta jogi fikció, illetve annak fenntartása hatalmas vitákat eredményezett, és az államok képviselői számára is az egyik legvitatottabb kérdésként jelent meg. Mindenesetre ahhoz, hogy a diplomáciai védelmet „mozgató” fikció relevanciájáról döntenünk tudjunk, ismernünk kell a fikció funkcióját, és alkalmazásának szempontjait.

⁷⁰ Commentary to the Draft Arts on Diplomatic Protection adopted on Second reading, Commentary to Art 1. p.25. (A/61/10). in Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II, Part Two.

A jogi fikciók alkalmazása szinte elkerülhetetlen a jogban, hiszen maga a jog is egy „építmény, mely megpróbálja formába önteni a valóságot.”⁷¹

A jogrendszer tekintetében gyakran történnek olyan események, melyek alapjaiban változtatják meg a fennálló rendszert. Ekkor a jog vagy a szabályok átalakításával alkalmazkodik a változásokhoz, vagy jogi fikciót alkalmaz. A jogi fikció technikája az, hogy egy olyan kérdést/problémát, mely összeegyeztethetetlen a fennálló jogi szabályozással, úgy kezel, mintha valami más lenne, valami olyasmi, melyet a fennálló szabályok és rendelkezések meghatároznak. Mitöbb elmondható, hogy a fikció egy „átalakító mechanizmus” mely az adott helyzetre alkalmazott szabályoktól eltekint és olyan szabályokat alkalmaz rá, *mintha* az a helyzet egy olyan másik lenne, melyet a fennálló szabályok rendeznek.”⁷²Végül is a fikció egy jogalkalmazási eszköz, mely akkor kerül alkalmazásra, ha egy adott helyzetre nincsenek szabályok, pedig az életviszony szabályozására szükség lenne. Ebből következik, hogy a jogi fikció létjogosultsága is addig tart csak, ameddig az adott életviszony, kérdés vonatkozásában nem változik a jogi szabályozás, illetve az nem kerül szabályozásra.⁷³ Egyébként ez az a pont, melyet a diplomáciai védelem esetében alkalmazott fikció ellenzői is érvényesíteni kívánnak. Mivel az egyének közvetlen igényérvényesítési lehetőséghez jutottak a megváltozott nemzetközi jog alapján, véleményük szerint az ennek hiányát áthidalni kívánó fikció alkalmazása szükségtelenné vált.

A fikciók a római jogból eredeztethetők, és vallásos közegben⁷⁴ található meg gyökerei. A római jog korai szakaszában a fikciók alkalmazása tette lehetővé a római *praetorok* számára, hogy fennálló jogi szabályokat alkalmazzanak olyan életviszonyokra, melyek nem voltak előreláthatók akkor, mikor a jogszabályt alkották.⁷⁵ A fikció, mint jogalkalmazási technika tehát segít áthidalni a jogviszonyok szabályozatlanságának esetét. Mindazonáltal nem minden fogalmi konstrukció tekinthető jogi fikciónak. Először is a jogi fikciókat el kell határolni a feltételezésektől (vélelem). A klasszikus vélelem ugyanis az

⁷¹ Annemarieke Vermeer-Künzli: As If: The Legal Fiction in Diplomatic protection, The European Journal of International Law vol. 18 no. 1. EJIL 2007., p.41.

⁷² Annemarieke Vermeer-Künzli: im. p.42.

⁷³ Ez történt a nagykövetségi helyiségek immunitásának fikciójával is. A múltban úgy biztosították ezeknek a helyiségeknek a sérthetlenségét, hogy a fogadó állam területén alkalmazott jogi rezsím nem vonatkozott a nagykövetség épületére, tehát egyfajta területen kívüliség érvényesült. Ma, amikor a diplomáciai mentesség sokkal inkább funkcionális jellegű, ez a fajta fikció már elveszítette relevanciáját és a mentesség már csak a szükségesség szempontjainak figyelembevételével, a diplomáciai feladatok kapcsán kerül elismerésre. A fikció megszűnéséhez vezető új jogi rezsím pedig a 1961 és 1963. évi Bécsi Egyezmények által biztosított.

⁷⁴ Ilyen vallásos eredetű fikció például, hogy igazi állat helyett műállatot áldoztak fel; Honsell Römische Recht (2002), p.13.

⁷⁵ R. Dekkers: La fiction Juridique, étude de droit romain et de droit comparé, Paris, Sirey, (1935), p. 117.

egyén ismerete a jogról. A legfontosabb különbség azonban a kettő között, hogy a fikció mindig szembe megy a valósággal, a feltételezésről pedig kiderülhet, hogy igaz.⁷⁶

Másodszor a jogi fikciókat meg kell különböztetnünk az olyan koncepcióktól, mint például a jogi személyiség. A feltételezés eleme itt is megtalálható, ez azonban nem olyan mértékű, hogy kifejezett elferdítése lenne a valóságnak, és nem is úgy működik, hogy egy kérdést úgy kezel, mintha valami más lenne. A jogi személyiség sokkal inkább egy teória, melynek nincs tapintható jellege, a jogi személy kategória sokkal virtuálisabb a fikciónál.⁷⁷

Dekkers három jellemzőjét különbözteti meg a fikciónak; pontatlanok, szükségesek és korlátozottak.⁷⁸ A *pontoság hiánya* annak tudható be, hogy a fikció egy kierőszakolt, kényszerített jelenség, és rendszerint tudatosan egy fals szituációt jelenít meg, feltételezve valamiről, hogy az valami más,⁷⁹ a beolvasztás így nem tökéletes.⁸⁰

Másik érdekesség, hogy ez a hasonulás mindig csak egy irányba történik meg. A római jogból vett példával illusztrálva: az idegen római polgárként lett kezelve, azonban ez fordítva már nem igaz.

A fikció *szükségessége* az adott speciális szituációra alkalmazható jogi rezsím hiányából fakad. A diplomáciai védelem kérdéseire igazítva ez azt jelenti, hogy a fikció alkalmazására azért volt szükség, mert az egyén védelme olyan jogi körülmények között vált szükségessé, ahol az adott jog szerint, a nemzetközi jog szerint, az egyén nem volt jogalany. Erre hozott megoldást a diplomácia védelem fikciója, mely áthidalta ezt a jogalkalmazási problémát.⁸¹

Végül a fikciók *korlátozottak*. A fikciók a jog csak egy területén alkalmazhatók, illetve egyfajta szabály kapcsán.⁸² A diplomáciai védelem esetére visszatérve így a fikció korlátozott volta azt jelenti, hogy bár a fikció alkalmazásával az egyént ért sérelem az állampolgárságát adó államot ért jogsértésnek tekinthető, ez nem jelenti azt, hogy az egyén felelőssége ugyanolyan, mint az állam felelőssége.

⁷⁶ Vaihinger: Die Philosophie des Als ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit, Leipzig: Verlag von Felix. Meiner, (1922) p. 258.

⁷⁷ Vermeer Künzli: im. p.43.

⁷⁸ Dekkers: La fiction Juridique, étude de droit romain et de droit comparé (1935), p.39.

⁷⁹ Dekkers: im.. p.40.

⁸⁰ Csak olyan kérdések kezel egyként, melyek automatikusan tartoznak össze.

⁸¹ Commentary to the Draft Arts on diplomatic protection adopted on second reading, Commentary to Art 1. p.25. (2006)

⁸² Így például az a fikció, hogy a külföldiek polgároknak számítanak csak az öröklés tekintetében alkalmazható, és nem jelenti azt, hogy megvan minden más polgárokat illető joguk, mint pl. a választási jog.

Többek között ennek a jogi fikciónak a meghatározása, illetve alkalmazásának tisztázása eredményezte a diplomáciai védelem tradicionális felfogása felülvizsgálatának és kodifikációjának szükségességét.

Ahogy *Baxter* bíró is megfogalmazta,⁸³ a 20. század első felében nem volt még egy olyan jogterület, amely ennyire megérett volna a kodifikációra, mint az államok felelősségének kérdése a külföldiekkel szemben elkövetett jogsértésekkel kapcsolatban.

Az I. világháborút követő időszak is ezt a megállapítást bizonyítja. A kérdéses jogterületen szaporodtak a precedensek. Számos választottbíró és bizottság foglalkozott a külföldiek sérelme kapcsán előterjesztett igényekkel és az Állandó Nemzetközi Bíróság joggyakorlata is a jogfejlődést segítette ezen a területen. Egyik leghíresebb, a témához kapcsolódó döntésében az 1924-es *Mavrommatis*-ügyben, a diplomáciai védelemről egyértelműen kimondta, hogy „a nemzetközi jog alapvető elve”.⁸⁴

Szintén egy fontos mérföldkőnek tekinthető, mikor az Állandó Nemzetközi Bíróság, az *Egyes felső-sziléziai német érdekek ügyében*⁸⁵ hallgatólagosan elutasította a nemzeti elbánás doktrínáját és elismerte egy általánosan elfogadott nemzetközi jog létét a külföldiekkel való bánásmód kapcsán.

A 20. század elején elismert jogintézmény gyakorlati érvényesülésének tapasztalatait összefoglalva a jogirodalom az ún. *tradicionális* vagy hagyományos felfogás keretein belül ismerteti a diplomáciai védelem nemzetközi jogi alapjait. A diplomáciai védelem vonatkozásában megkezdett kodifikációs munkálatok is elsősorban ezeket az alapokat igyekeztek tisztázni, egyrészt egy egységes szabályozási keret megalkotása érdekében, másrészt a jogintézményt ért kihívások hatásának felmérése céljából.

II. A diplomáciai védelem tradicionális felfogása

„...nem az alattvalók azok,

kik (...) szabadságot gátló állammal szemben felléphetnek,

hanem az az állam, melynek tagjai kedvezőtlen elbánásban részesülnek.

Az érdekében sértett egyes (...) csak saját állama útján várhatja sérelmei orvoslását.”

/Teghze Gyula /

⁸³ Baxter: Reflections on Codification in Light of the International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens, 16 Syracuse L. Rev. 745, 756 (1965)

⁸⁴ Mavrommatis palesztin koncessziók ügye 1924. P.C.I.J. Series A, No.2

⁸⁵ PCIJ Series A, No. 7, p.42.

Ebben a fejezetben a diplomáciai védelem intézményéhez kapcsolódó ún. tradicionális felfogás legfontosabb szempontjait kívánom áttekinteni, melyek megőrzéséről, illetve megreformálásáról kiélezett vita folyt a Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációja során.

A diplomáciai védelem hagyományos megközelítésének egyik legegységesebb közvetítője az Állandó Nemzetközi Bíróság már említett *Mavrommatis* ügye. Ami a tradicionális felfogást jellemezte a következőképpen jelenik meg a Bíróság döntésében:

„Akkor amikor az állam egy állampolgára esetét magára vállalva diplomáciai cselekményekhez vagy nemzetközi bírósági eljáráshoz folyamodik valójában saját jogát érvényesíti”⁸⁶

1. Egy fikció érvényesülése-avagy kinek a joga sérül?

A diplomáciai védelem tradicionális felfogása szerint a diplomáciai védelem egy jogi fikción alapszik. Ez a megközelítés egy olyan korban született, ahol a nemzetközi jog alanyának kizárólag az állam volt tekinthető, és a jogaiban sértett egyén kizárólag állampolgárságát felhasználva az államtól kérhetett védelmet, illetve bízhatott jogorvoslatban a jogsértő állammal szemben. „Az alkalmazott fikciónak a célja az volt hosszú évekig, hogy orvosolja a jogsértett egyén perlési jogosultságának hiányát nemzetközi szinten.”⁸⁷ Ekkor még tehát a diplomáciai védelem vonatkozásában használt fikció a nemzetközi jogrendszer realitásait vette figyelembe. Ennek a felfogásnak azonban megvoltak a következményei; a követelés érvényesítésének döntése az állam diszkrecionális joga volt, a kapott kártérítéssel az állam rendelkezett, olyan károk érvényesítésére is sor került, mely különbözött az egyén által elszenvedett sérelmekről, és a politikai érdekek megjelenése az igényérvényesítésben is ide tartozott.⁸⁸

Ehhez kapcsolódóan a *Nottebohm*-ügyben a Nemzetközi Bíróság egyértelműen fogalmazott:

„A diplomáciai védelem és a védelem a nemzetközi bírói eljárások eszközével az állam jogának védelme érdekében tett intézkedésnek tekinthető.”⁸⁹ Ennek megfelelően az állam a diplomáciai védelem jogának gyakorlása közben a saját jogát érvényesíti, mely az állampolgárát ért közvetlen sérelem folytán az állam érdekei közvetett sérelmének orvoslására szolgál.

⁸⁶ Mavrommatis palesztin koncessziók ügye, PCIJ, Series A, No.2. 1924, ILR 2, p. 398.

⁸⁷ Pergantis Vasileios: Towards a Humanization of Diplomatic Protection?, ZaöRV 66 (2006), p.371.

⁸⁸ W K Geck: Diplomatic protection in Encyclopedia of Public International Law North-Holland, 1992., p.1046.

⁸⁹ Liechtenstein v. Guatemala, ICJ Reports, 1955, pp.20-21.

A *Calvo-záradék* gyakorlatának elutasítása is a tradicionális nézetet erősíti, hiszen az állampolgárnak, bár esetlegesen őt éri a sérelem, mégis joga rendelkezni a diplomáciai védelemről, a záradék alkalmazásával sem mondhat le róla.

Azonban amellett, hogy a jogirodalomban is találhatunk eltérő álláspontokat, a bírósági gyakorlat sem egységes. Vermeer Künzli szerint az egyén követeléseinek állam által történő érvényesítésének nem a közvetlen jogsértés az indoka, hanem az említett jogi fikció működése.

Az *Interhandel-ügyben*⁹⁰ ugyanis a másik állam által megsértett *állampolgár* indokainak átvételéről beszélnek. Ennek megfelelően nem meglepő, hogy sokan azt állítják, hogy mikor az állam a diplomáciai védelem jogát gyakorolja a jogaiban sértett egyén képviselőjében, annak nevében teszi, és sokkal inkább az egyén jogait érvényesíti, mint az államét.

A vonatkozó jogirodalom, illetve a Nemzetközi Jogi Bizottság munkálatai során kibontakozott vita nem is a diplomáciai védelem fikciós jellegét kérdőjelezte meg, hanem annak valódi tartalmára, és szükségességére koncentrált.

A Nemzetközi Jogi Bizottság a témában végzett kodifikációja során a fikció lényegének meghatározásához az Állandó Nemzetközi Bíróság Mavrommatis-ügyben tett kijelentését vették alapul, de a fikció léte, és felismerése sokkal régebbre nyúlik vissza.

Vattel 1758-ban publikált írása elsőként említi ezt a jelenséget, mint az állami szuverenitás egyik kifejeződését, mikor arról ír, hogy az államok úgy csinálnak mintha jogsértés érte volna őket, akkor, ha állampolgáraik egyikét éri jogsérelem egy nemzetközi jogsértés következtében.

„Mindenki, aki rosszul bánik egy polgárral, közvetve megsérti azt az államot is, amelynek védelmeznie kell ezt a polgárt.”⁹¹

Vattel megközelítésében az államok felelősségét az egyének ellen elkövetett jogsértésekre korlátozza, tehát az államot csak közvetve éri jogsértés, mely tovább erősíti a diplomáciai védelem fikciós jellegét. Vattel álláspontját értelmezve megállapítható, hogy a diplomáciai védelmet elindító jogsértés, nem az állam jogainak sérelmét jelenti. Mialatt természetesen az is igaz, hogy az államok részben saját jogaikat érvényesítik a diplomáciai védelem gyakorlása során, csak mindezt a fikció segítségével, mivel ezzel az eszközzel helyeződik át az egyén elsődleges jogának megsértése az államának másodlagos jogához, biztosítva az

⁹⁰ Switzerland v. the United States of America, 1959 ICJ Reports, p. 27.

⁹¹ E. de Vattel: *Le droit des gens ou les principes de la loi naturelle*, London 1758, i, bk II, para.71., Nagy Károly: *Nemzetközi jog*, Püski Kiadó 1999, p.529.

állam számára az igényérvényesítés jogát. A jog, amit érvényesítenek az állam részéről, a szuverenitáshoz kapcsolódik, és az a diplomáciai védelem gyakorlásának a joga.

Mindazonáltal a vatteli megközelítés ellenére, amely a diplomáciai védelemre okot adó állami fellépés esetén az államot ért jogsértést kizárólag közvetett jogsértésnek tekinti, a jogirodalom egyes képviselői eltérő álláspontot képviselnek az érvényesített jogot illetően. Az egyik álláspont lényege a Mavrommattis-ügyben került megfogalmazásra, mely szerint: „Akkor, amikor az állam egy állampolgára esetét magára vállalva diplomáciai lépésekhez vagy nemzetközi bírósági eljáráshoz folyamodik, valójában saját jogát érvényesíti.”⁹²

Ennek a megközelítésnek a lényege tehát, hogy az állam saját jogát érvényesíti a diplomáciai védelem gyakorlása során. Ennek a nézetnek a képviselői⁹³ a fikció értelmét abban találták meg, hogy ha az egyént jogsértés éri külföldön az állampolgársági kapcsolat folytán magától értetődően az állampolgárságot adó állam érdekei/jogai is sérülnek. Hiszen az állam az állampolgára felett, bárhol is tartózkodik az, személyi fennhatóságot gyakorol, mely jogokat és kötelezettségeket is biztosít az állampolgár és más államok vonatkozásában, így jogot arra, hogy állampolgárait külföldön megfelelően kezeljék, jogait ne sértsék meg, és jogot arra, hogy az állam diplomáciai védelmet nyújtson.

Ahogy Okowa is állítja, „vélelmezhető, hogy az állampolgárok az állam területi fennhatóságának elválaszthatatlan részei, és az állampolgároknak okozott jogsértés mindig érinti az állam jogait.”⁹⁴

Az egyéni igények érvényesítése az állampolgárság szerinti állam részéről fikción alapszik, és nem azon, hogy az államot ért jogsértés közvetlen.”- állítja a másik tábor. Dugard szerint az állampolgárság szerinti állam a saját érdekében cselekszik, és saját jogait érvényesíti, mivel az állampolgárnak okozott jogsértés az államot magát ért (közvetett) jogsértés is.⁹⁵ Brierly szerint azonban „mialatt az államnak természetesen általános érdeke fűződik ahhoz, hogy állampolgárait megfelelően kezeljék más államokban (...) túlzás lenne azt mondani, hogy ha az állampolgárt jogsértés éri külföldön, az állampolgársága szerinti állam szükségszerűen szintén jogsértést szenvedett.”⁹⁶ Ezen megközelítés szerint a diplomáciai védelem gyakorlásának feltételül szabott követelmények, így az

⁹² Mavrommatis palesztin koncessziók ügye, PCIJ, Series A, No.2. 1924, ILR 2, p. 398.

⁹³ Georges Perrin: Reflexions sur la protection diplomatique, in Mélanges Marcel Bridel, Lausanne 1968, p.382.

⁹⁴ Okowa: Issues of Admissibility and the Law on International Responsibility, in M.D. Evans: International Law (2006), p.483.

⁹⁵ Commentary to the Draft Arts on Diplomatic Protection adopted on Second reading, Commentary to Art 1. (2006), p.27.

⁹⁶ J.L.Brierly: The Law of Nations (1963), pp.276-277.

állampolgársági elv és a helyi jogorvoslatok kimerítésének kötelezettsége értelmezhetetlenné válna, ha az állam jogainak megsértése váltaná ki közvetlenül a diplomáciai védelem nyújtásának szükségességét. Mindamellett ennek a felfogásnak a képviselői is elismerik, hogy lehetséges, hogy az állam jogait is érinti a másik állam jogsértése, azonban csak olyan formában, hogy az egyént ért jogsértés következtében, a fikció alkalmazásával az államnak joga keletkezik a diplomáciai védelem gyakorlására.

A Nemzetközi Jogi Bizottság vonatkozó kodifikációs tevékenysége során mindkét álláspont megjelent a tervezet megszövegezésében, illetve az ehhez fűzött kommentárokból, jelentésekben. Már az egymást követő speciális megbízottak is más-más oldalról közelítették meg a kérdést. Az első speciális megbízott Bennouna számára rögtön megmutatózó problémát jelentett a fikció lényegének meghatározása. Főleg abban tapasztalható kisebb következetlenség megállapításaiban, hogy valójában kinek a joga kerül védelemre, és kinek a joga a diplomáciai védelem. Már Vattel megállapításainak idézésekor tipológiai hibát vét. Az eredeti megfogalmazásban Vattel az államnak okozott *közvetett jogsértésről* beszél, amikor az állam állampolgárát sérelem éri külföldön, ehhez képest Bennouna úgy idézi Vattelt, hogy közvetett helyett közvetlen jogsértést ír. Ezáltal félremagyarázva a Vattel által bemutatott fikció valódi mechanizmusát. Mindamellett Bennouna megfelelően érzékelteti a fikció valódi lényegét mikor arról ír, hogy a fikció „a követelés átalakításához vezetett, mely így az egyéntől átkerült az igényérvényesítő állam szintjére, és ezáltal az állam szerepe elsődleges fontosságúvá vált a követelés érvényesítése szempontjából, és háttérbe szorította az egyént, akitől a követelés származott.”⁹⁷ Emellett azonban az államok véleményezésére illetve állásfoglalására vár abban a kérdésben, hogy ezen mechanizmus során az államok valójában kinek a jogát érvényesítik.⁹⁸

John Dugard, a Bennounát váltó speciális megbízott már az első jelentésében a jogi fikció fenntartása mellett érvel, ha ezzel együtt a diplomáciai védelem képes marad, illetve képes lesz az egyéni jogok, akár emberi jogok védelmére is.⁹⁹ Kezdetben azonban Dugard azon az állásponton van, hogy az állam a diplomáciai védelem gyakorlása során valójában saját jogát érvényesíti. Így a tervezet 1. cikke „az állam saját jogának” gyakorlásáról

⁹⁷ ILC Preliminary Report on Diplomatic Protection, Mohammed Bennouna, Special Rapporteur, A/CN.4/484. 1998., p.5.

⁹⁸ ILC Preliminary Report on Diplomatic Protection, Mohammed Bennouna, Special Rapporteur, A/CN.4/484. 1998., para. 54.

⁹⁹ First Report on Diplomatic Protection, John Dugard, A/CN.4/506, para. 21.

beszél.¹⁰⁰ Ez a megközelítés azonban rögtön a viták középpontjába állította az elkészített tervezetet. A kritikák főképp arra mutattak rá, hogy amennyiben elfogadjuk, hogy a diplomáciai védelem fikción alapszik - és ezt Dugard is elfogadta - lehetetlen továbbra is az hangoztatni, hogy az állam ilyenkor a saját jogát védelmezi. Mivel a jogi fikció lényege pont az, hogy úgy tünteti fel a jogsértést, mintha az állam jogait érintette volna, de valójában az egyén jogait érte sérelem, de a fikció alkalmazásával így lehetőség nyílik az állam által történő igényérvényesítésre. Az egyetlen jogosultság, amely az államot illeti ebben a vonatkozásban, az a diplomáciai védelem nyújtásának a joga, amely kizárólagosan az államok jogosultsága a nemzetközi jog szerint, de ez egy másik jog, és nem az, amit megsértett a másik állam.¹⁰¹ Olaszország a tervezethez fűzött kommentárjában kifejtette, hogy a Dugard által az 1. cikk folyamányaként képviselt álláspont túl tradicionális, főleg mikor arról rendelkezik a tervezet 1. cikke, hogy „állam saját jogaként veszi át az egyén érveit”. Ebből a megfogalmazásból arra lehet következtetni, hogy nemcsak a diplomáciai védelem gyakorlásának a joga tartozik az államhoz, hanem az a jog is, melyet egy nemzetközi jogsértő aktussal megsértettek, az államé. Ez azonban a jelenlegi nemzetközi jogban nem tartható álláspont.¹⁰²

Dugard figyelembe vette a kapott kritikákat és átfogalmazta a tervezet vonatkozó rendelkezéseit, ha nem is feltétlenül olyan értelemben, ahogy az államok, köztük Olaszország javasolta.¹⁰³ Az új megfogalmazás szerint a diplomáciai védelem nyújtásán keresztül az állam a másik állam felelősségét hívja fel azért a jogsértésért, melyet a másik állam nemzetközi jogsértő aktusa okozott az állam természetes és jogi személyeinek. Ezzel a meghatározással a tervezet továbbra is fenntartja a fikciót, azonban egyértelműsíti, hogy az egyén jogainak megsértése vezetett a jogsértő állam felelősségének felhívásához.¹⁰⁴

Az mindenképpen leszögezhető, hogy a tervezet ez utóbbi megfogalmazása áll a legközelebb a nemzetközi jog jelenlegi helyzetében képviselhető állásponthoz, miszerint a

¹⁰⁰ Draft Articles on Diplomatic Protection on First reading in 2004, ILC, article 1. ILC, 56th session, A/CN.4/L/647.

¹⁰¹ Comments and Observations Received from Governments, ILC, 58th Session, A/CN.4/561 (2006), p.8. (Austria), p.10. (The Netherlands)

¹⁰² Comments and Observations Received from Governments, International Law Commission, 58th Session, A/CN.4/561/ Add. 2 (2006), p.2.

¹⁰³ Olaszország javaslata szerint az 1. cikk megfogalmazásának utalnia kellett volna mind az egyén, mind az állam jogaira, melyek érvényesítésre kerülhetnek a diplomáciai védelem során, hiszen álláspontjuk szerint valójában ez is történik, véleményüket pedig a Nemzetközi Bíróság két aktuális ügyére vezették vissza (LaGrand, Avena), ahol ún. vegyes kereseteket érvényesítenek az államok.

¹⁰⁴ Ennek ellenére a tervezethez fűzött kommentár újra arról ír, hogy a kérdés nyitva maradt, miszerint valójában kinek a jogát gyakorolja az állam- Commentary to the Draft Arts on Second reading, p.26.

nemzetközi jog, különösen az egyre inkább fejlődő emberi jogi rendelkezések tükrében elismerhető, hogy a védendő jog a diplomáciai védelem során az egyén joga, (vagy az is).

A lehetséges reformverziók körét gazdagítja *Jessup* és *Doehring* állásfoglalása is.

Jessup megengedné mind az egyénnek, mind az államnak a jogsértő állammal szembeni fellépést, azonban az állam igényének elsőbbséget biztosítana.¹⁰⁵

Doehring kompromisszumos javaslata reálisabbnak tűnik és a későbbi joggyakorlatban is előforduló lehetőséget rejt, miszerint az állam lépjen fel igényérvényesítőként, ha a másik államban bekövetkezett jogsérelem olyan jellegű, amely egyébként közvetlenül is sérti érdekeit (pl. az állampolgár tulajdonának kisajátítása), és ha egyébként az egyén személyes joga szenved sérelmet, akkor mind az egyén, mind az állam jogosult legyen az igényérvényesítésre.¹⁰⁶

A helyes megközelítés, amely egyébként fenntartja a fikciót, úgy foglalja össze a fikció lényegét és ezáltal a diplomáciai védelem alapját, hogy az állam ennek alkalmazásával jogosult lesz olyan követelés előterjesztésére (másodlagos jogosultság), mely az egyén ért jogsértésen alapszik, melyet az egyén nemzetközi jog alapján fennálló jogaiban okoztak (elsődleges jog). A fikció tehát lehetővé teszi az áttételt az elsődleges jog szintjéről a másodlagos jog szintjére. A fikció azonban nemcsak arra képes, hogy az elsődleges jog megsértése esetén lehetővé teszi a másodlagos jog(osság) alkalmazását. Ez a nemzetközi jog tekintetében nem ritka jelenség, így például az államok felelősségével kapcsolatban, ahol az állammal szemben fennálló nemzetközi kötelezettségek megsértése teremti meg a másodlagos, felelősségi jogviszonyt a jogsértést elszenvedett és a jogsértő állam között. A diplomáciai védelem esetében ez, a fikciónak köszönhetően máshogy alakul. A diplomáciai védelem során alkalmazott fikció áthidalja az elsődleges és másodlagos jog jogosultjainak személyében fennálló eltérést is, így az egyéni jogosultságot (melyet megsértettek), átfordítja az állam jogává, mely érvényesítheti azt a diplomáciai védelem jogával élve. A diplomáciai védelem esetében az elsődleges jog megsértését követően a másodlagos jogot egy másik jogalany gyakorolja. Így tehát az egyén jogainak megsértését követően, az állam jogának gyakorlására kerül sor, a diplomáciai védelem jogának gyakorlására.

¹⁰⁵ P. C. Jessup: *A Modern Law of Nations*, New York: Macmillan Company 1968. 101 pp. 116-117.

¹⁰⁶ K. Doehring: *Handelt es sich bei einem Recht, das durch diplomatischen Schutz eingefordert wird, um ein solches, das dem die Protection ausubenden Staat zusteht, oder geht es um die Erzwingung in Rechten des betroffenen Individuums?* G. Ress und T. Stein: *Der diplomatische Schutz im Völker-und Europarecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (1996) pp.18-20.

Ahogy a Mavrommatis-ügyben is összefoglalásra került a diplomáciai védelem fikcióval működőképpé tett eljárása: „Az igaz, hogy a vita eredetileg az egyén és az állam között állt fenn (...) később a görög kormány magára vállalta az ügyet. Így a vita egy új szintre került, a nemzetközi jog égisze alá, és két állam közötti vitává vált.(...)A nemzetközi jog alapvető elve, hogy az állam jogosult állampolgárai védelmére, ha az a másik állam által elkövetett nemzetközi joggal ellentétes cselekmény folytán sérelmet szenved, és a rendes eszközökön keresztül nem jut jogorvoslathoz.”¹⁰⁷

Mindenképpen szükségesnek tűnik így a hagyományos megközelítés átgondolása, mivel a fikció fenntartása az állam saját jogának érvényesítéséről logikai következetlenségeket eredményez a hagyományos felfogás más elemeivel kapcsolatban.

2. A diplomáciai védelem joga, mint az állam diszkrecionális joga

A tradicionális nézet szerint az állam diszkrecionális joga azt eldönteni, hogy él-e a diplomáciai védelem jogával.

„(...) a nemzetközi jog által felállított határok között az állam olyan módon és mértékben jogosult diplomáciai védelmet gyakorolni, ahogy azt megfelelőnek tartja, mivel saját jogát érvényesíti. Még ha a természetes és jogi személyek, akiknek a nevében cselekszik, úgy is gondolják, hogy jogaik nincsenek megfelelően védve, nincs a nemzetközi jog alapján jogorvoslatuk e tekintetben. Minden, amit tehetnek, hogy a helyi joghoz fordulnak jogorvoslatért, amennyiben vannak rendelkezésre álló eszközök, melyek jóvátételt jelentenek vagy jogorvoslatot” „Az állam az, aki egyedül eldöntheti, hogy védelmet biztosít-e, milyen mértékben nyújtja ezt, és mikor szünteti azt meg. Így a diplomáciai védelem gyakorlása diszkrecionális hatáskörben marad, melyet meghatározhatnak politikai és más szempontok, függetlenül a kérdéses ügytől. Mivel az állam követelése nem azonos az egyén vagy a társaság követelésével, akiknek az ügyét érvényesíti, az állam teljes szabadságot élvez cselekedeteit illetően.”¹⁰⁸

Ez a megállapítás tovább erősíti azt a fikciót, miszerint az állam saját jogát érvényesíti, melynek gyakorlásáról szabadon dönthet. Az, hogy a diplomáciai védelem gyakorlása jog és nem kötelezettség az egyén irányában, további megerősítést nyert azzal, hogy a nemzetközi jog általános szabályai sehol nem rendelkeznek a diplomáciai védelem gyakorlásának kötelezettségéről. Az államok hazai jogszabályaikban rendelkezhetnek úgy,

¹⁰⁷ Mavrommatis palesztin koncessziók ügye, PCIJ, Series A, No.2. 1924, ILR 2,p.398.

¹⁰⁸ Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, 1970 ICJ. Reports, p. 44., paras.78-79.

hogy megadják a diplomáciai védelem jogát külföldön sérelmet szenvedett állampolgáraik számára, azonban ez sokkal inkább politikai kötelezettség, mint jogi.

És bár a Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációs munkálatai során is felmerült, hogy bizonyos esetekben legyen általánosan kötelező a nemzetközi közösség államainak a diplomáciai védelem gyakorlása, végül a javaslat elutasításra került. A javaslat szerint ilyen kötelezettség állt volna fenn abban az esetben, ha az állampolgárt külföldön ért sérelem egy imperatív norma megsértésének következménye.¹⁰⁹ A javaslatot végül az buktatta meg, hogy a kötelezettség alól az állam mentesülhetett volna, amennyiben a diplomáciai védelem gyakorlása az állam, illetve polgárainak mindenek feletti érdekét veszélyeztette volna. Ez a kitétel a rendelkezés érvényesítését teljesen manipulálhatóvá tette volna.

A Nemzetközi Jogi Bizottság tervezetének munkálatai során tehát az álláspont az volt, hogy az állam abszolút diszkrecionális jogot élvez a nemzetközi jog szerint a diplomáciai védelem gyakorlásával kapcsolatban, amely azt jelenti, hogy nemcsak azt döntheti el, hogy nyújt –e diplomáciai védelmet, hanem azt is, ha igen milyen mértékben.

Többek véleménye szerint a hagyományos felfogású diplomáciai védelemnek a legkritikusabb jellegzetessége, hogy bár a diplomáciai védelem az emberi jogok védelme szempontjából egy lehetséges eszköznek tekinthető, az állam abszolút diszkrecionális joga miatt mégsem tekinthető alapvető emberi jognak a diplomáciai védelemhez jutás.¹¹⁰

És bár az államok belső jogi rendelkezései is rögzítenek valamiféle jogosultságot az állampolgárok külföldi védelmével kapcsolatban, ez a vonatkozó jogszabályok szövegezését tekintve jogosultságként van feltüntetve, valójában nem minden esetben jelent érvényesíthető jogokat, illetve a védelem csak korlátozott formában érvényesül, sokszor nem a diplomáciai védelem keretei között.

3. Jog vagy kötelezettség – Diplomáciai védelem az államok gyakorlatában

A diplomáciai védelem eddig bemutatott tradicionális megközelítése alapján bár az állampolgár, tehát az egyén szenved el nemzetközi jogsértést a külföldi államban, mégis az állam az, aki nemzetközi szinten fellép az állampolgárt ért jogsérelem kapcsán, és akkor már saját jogát érvényesíti és nem az egyéni érdekeket. Tehát ez az a kijelentés, amely a kodifikáció során „felborzolta a kedélyeket”, hiszen jogos a kérdés, hogy a nemzetközi

¹⁰⁹ First Report on Diplomatic protection, A/CN.4/506 ILC , pp.27-30.

¹¹⁰ K. Skubiszewski: Introduction, in E. Lauterpacht and J.G. Collier(eds): Individual Rights and The State in Foreign Affairs, New York: Praeger (1977) p.10.

jogban bekövetkezett változások után tartható-e még ez az álláspont, ami egyébként egy további igen kritikus kérdést vet fel.

Mert, ha az állam a diplomáciai védelem gyakorlása során saját jogát gyakorolja, akkor nyilván kizárólag az állam dönti el, mikor gyakorolja azt, és erre a döntésre nincs kihatással az állampolgár óhaja. Így az államnak abszolút diszkrecionális joga van a diplomáciai védelem gyakorlására és a nemzetközi jog eddigi felfogása szintén ennek megfelelően alakult, hiszen az állam külpolitikai, tehát államközi területre téved ilyenkor így alaposabban mérlegelnie kell minden lépést és cselekvést. Tehát a nemzetközi jog tradicionális megközelítése alapján az államnak semmiképp nincs kötelezettsége a diplomáciai védelem nyújtására. Azonban a nemzetközi jog nem is tiltja meg az államoknak, hogy állampolgáraik felé kötelezettséget vállaljanak, illetve jogként biztosítsák a diplomáciai védelmet.

A Nemzetközi Jogi Bizottság vizsgálatának tanúsága szerint a diplomáciai védelem szabályozásának és gyakorlatának csak a kereteit szabja meg a nemzetközi jog, ezt a jogintézményt valódi tartalommal a nemzeti jog tölti meg. Az alkotmányban rögzíthetik az állampolgár jogát államának védelmére.

Ennek megfelelően a nemzetközi közösség néhány állama úgy gondolta, hogy az állampolgárok felruházhatóak valamiféle joggal a diplomáciai védelemmel kapcsolatban. Többségében a volt szovjet blokk országainak szabályozása tartalmaz olyan alkotmányos rendelkezéseket, amely elismeri az egyének jogát a diplomáciai védelemre, amennyiben azok külföldön sérelmet szenvedtek. Ezek az országok: Albánia, Belorusszia, Bosznia és Hercegovina, Bulgária, Kambodzsa, Kína, Horvátország, Észtország, Grúzia, Magyarország, Olaszország, Kazahsztán, Lettország, Litvánia, Lengyelország, Portugália, Koreai Köztársaság, Románia, Oroszország, Spanyolország, Macedónia, Törökország, Ukrajna, Vietnam, Jugoszlávia.¹¹¹

Rendszerint az ország alkotmányának vonatkozó rendelkezése a következő megfogalmazást használja: „az állam megvédi állampolgára törvényes jogait külföldön” vagy *valamely* ország állampolgára külföldön való tartózkodása alatt védelmet élvez.”¹¹² A fent felsorolt országok által használt rendelkezések ezen belül természetesen eltérő nyomatékkel és jelleggel szabályozhatják állampolgáraik vonatkozó jogosultságait. Az

¹¹¹ First Report on Diplomatic protection, A/CN.4/506 ILC, p.30, para 80.

¹¹² First Report on Diplomatic protection, A/CN.4/506 ILC, p.30, para 80.

olasz, spanyol, illetve a török alkotmányos rendelkezések így például, elég homályosan és pontatlanul fogalmazzák meg a külföldön tartózkodó állampolgáraink jogainak védelmét.

A spanyol alkotmány 42. cikke jól példázza ezt a meghatározatlanságot:

„Az állam megkülönböztetett figyelmet fordít a külföldön tartózkodó spanyol munkavállalók gazdasági és szociális jogainak a védelmére.”¹¹³

Macedónia volt Jugoszláv Köztársaság alkotmánya még korlátozottabban fogalmaz, amikor kimondja „az állam gondoskodik állampolgárai jólétéről külföldön”.¹¹⁴

Ezzel szemben a Koreai Köztársaság alkotmánya megteremti az állam kötelességét az állampolgárai külföldön való védelmére.

Mindezen rendelkezések figyelembe vétele mellett azonban kijelenthetjük, hogy bizonytalan, hogy ezek a megfogalmazások milyen jellegű védelmet jelentenek. Előfordulhat az is, hogy az alkotmányos rendelkezésekben megfogalmazott védelem joga, nem több, mint az 1963-as Bécsi Egyezményben megfogalmazott konzuli védelemhez való jog külföldön.

Ezen alkotmányos rendelkezések alapján folytatott állami gyakorlat azonban mind a jog terjedelmét, mind jellegét tekintve árulkodó lehet. Azt kijelenteni ugyanis, hogy bár a nemzetközi jog nem tartalmaz kötelezettséget a diplomáciai védelem nyújtására, de ettől függetlenül ezek az országok megadják a jogot állampolgárainknak, túlzás lenne, amennyiben ezek a rendelkezések nem takarnak valóban érvényesíthető jogosultságokat.

A diplomáciai védelem intézményének meghatározásával foglalkozó irodalmak többször hivatkoznak arra a 19. századi *chilei* példára, mikor is a chilei külügyminisztériumnak kötelessége volt megküldeni minden diplomáciai védelemre vonatkozó kérést a Legfelső Bíróság tanácsnokának, hogy az készítse kötelező jogi véleményt arról, hogy abban az esetben gyakoroljon-e a kormány diplomáciai védelmet.¹¹⁵ Ebben az esetben tehát valóban a diplomáciai védelem jogáról beszélhetünk, vagy csak a chilei külügyminisztérium kötelességéről, hogy jogi véleményt kérjen a diplomáciai védelem lehetséges nyújtásáról? Tehát az országok vonatkozó jogszabályi rendelkezései mindenképpen alkalmazásuk fényében is vizsgálandók.

Bizonyos esetekben a diplomáciai védelem jogának megadása egy speciális politikai, illetve nemzetbiztonsági helyzet eredménye. Így Izraelben, ahol semmilyen formális jogi

¹¹³ Nemzeti alkotmányok az Európai Unióban KJK Kerszöv Jogi és Üzleti Kiadó, Bp.2005. p.929.

¹¹⁴ First Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/506, p.30., para.80.

¹¹⁵ Orrego Vicuna: Chile, in E. Lauterpacht and J.G. Collier: Individual rights and the State in Foreign affairs: An International Compendium 1977, pp.138-141.

rendelkezés nem szabályozza a diplomáciai védelem nyújtásának lehetőségét, és a diplomáciai védelem gyakorlása rendszerint a kormány diszkrecionális joga, a Legfelsőbb Bíróság 1952-ben egy döntésében úgy tartotta, hogy az államnak kötelessége megvédeni állampolgárát egy ellenséges országban amennyiben meg tudja védeni egy baráti kormány jószolgálatán keresztül.¹¹⁶

Svájcban nincs kötelessége a kormánynak diplomáciai védelmet gyakorolni állampolgára érdekében, de az alkotmány bizonyos rendelkezései és az 1967-es Konzuli Rendelkezések elismernek valamiféle korlátozott kötelességet a svájci konzuli képviselők részéről a svájci polgárok védelme tekintetében, kivéve, ha ez károsan befolyásolja Svájc érdekeit.¹¹⁷

És bár nincs általános kötelessége a végrehajtó hatalomnak a diplomáciai védelem gyakorlására az Egyesült Államokban sem, az 1868-as *Hostage Act* az elnök kötelességévé teszi, hogy beavatkozzon, amennyiben amerikai állampolgárokat „a külföldi kormány vagy hatóságai kegyetlenül megfosztanak szabadságuktól.” Ebben az esetben „az elnöknek olyan eszközöket kell használnia- ide nem értve a háború eszközét és más a jog által tiltott intézkedéseket -, melyek szerinte szükségesek és megfelelőek ahhoz, hogy kiengedjék a szabadságuktól jogtalanul megfosztott állampolgárokat.”¹¹⁸

Az országok gyakorlatának felvillantását követően árulkodó lehet az a bírói gyakorlat is, mely szerint angol, holland, spanyol, osztrák, belga és francia kérelmezők több esetben megpróbálkoztak a diplomáciai védelem *jogának* érvényesítésével.¹¹⁹ Bár ezekben az ügyekben általában nem a javukra döntöttek, a követelések előterjesztése azt mutatja, hogy a kérelmezőknek okuk volt azt hinni, hogy jogosultak a diplomáciai védelemre.

Így tehát beszélhetünk olyan államokról, ahol a diplomáciai védelem az állam joga, illetve olyan államokról, ahol a diplomáciai védelem az állam kötelezettsége. Azonban az államok gyakorlatának tüzetesebb átvizsgálását követően meg kell állapítanunk, hogy a helyzet ennél sokkal differenciáltabb, nem lehet csak olyan államokról beszélni, ahol jog és olyanokról, ahol kötelezettség. Sőt meg is fordíthatjuk; nem lehet azt mondani, hogy ahol az államnak kötelezettsége van a diplomáciai védelemre, az ténylegesen alanyi jogot

¹¹⁶ „Insofar as it is able to defend him through the good offices of a friendly government” Y. Blum: Israel in E. Lauterpacht and J.G. Collier: *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium* 1977. p.314., hasonló értelmű döntést fogadtak el 1954-ben a haifai körzeti bíróság előtt is az *Attorney General v. Steiner* ügyben.

¹¹⁷ *Cafilisch: Switzerland*, in E. Lauterpacht and J.G. Collier: *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium* 1977. pp.506-508.

¹¹⁸ *Hostage Act of 1868*, 22 U.S.C.1732 (Supp.II 1990)

¹¹⁹ *Mutasa v. Attorney-General*, *R v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs Ex parte Butt* (1999), *Van Damme- ügy*, *HMHK v. the Netherlands* 94 I.L.R. p.342, *Commercial FSA v. Council of Ministers*

biztosít az állampolgárnak a védelem igénybevételére, illetve ahol az állampolgárnak valamiféle joga van a diplomáciai védelemmel kapcsolatban, az a védelem nyújtásának kötelezettségét róná az állam kormányára. Szóval a helyzet elég kuszának tűnik, de talán az államok gyakorlatának összehasonlításával közelebb kerülhetünk a valódi helyzethez. Igyekeztem azoknak az államoknak a gyakorlatát megvizsgálni, melyek így vagy úgy határozottabban állást foglaltak a jog vagy kötelezettség dilemmájában.

Nyugat-európai államok alkotmányaiban az állampolgárok diplomáciai védelmére vonatkozó alapjog néhány kivételtől eltekintve nem alkotmányozási tárgy. Mivel azonban a kérdés ténylegesen az állam és állampolgárai közötti viszony lényeges aspektusaira is rávilágít a kérdés megválaszolása bár a nemzetközi jog keretei között, de a szuverenitásból fakadóan mégiscsak belső jogi szinten történik, így az állam szabályozása nemzetközi szinten is relevánssá vált. Így miközben továbbra sem állítható, hogy a nemzetközi jogból levezethetően az állampolgároknak(egyének) joga lenne a diplomáciai védelemre, az államok belső jogi rendelkezései ezt az egyéni igényt mégis megalapozhatják.

A vizsgált állami gyakorlatok esetében árulkodó lehet a jog vagy köteleesség kérdésében kifejezett alkotmányos rendelkezés hiányában, hogy az állam mennyire hagyja kontrollálni a diplomáciai védelem nyújtásához kapcsolódó diszkrecionális jogát, és mennyiben élhetnek igénnyel az állampolgárok egy minden szempontot figyelembe vevő mérlegelés iránt. És ugye ez már valahol jogosultságnak tekinthető.

Az adott állam gyakorlatáról, amennyiben létezik a kormány állásfoglalásaiból, illetve adott esetben az állam bíróságainak gyakorlatából tájékozódhatunk. Ezen források-elég gyakori-hiánya esetén a kérdéses állam a Nemzetközi Jogi Bizottsághoz megküldött állami állásfoglalásából szerezhetünk információkat illetve következtethetünk az állam nézőpontjára.

3.1 Az abszolút diszkrecionális jog gyakorlata-a francia gyakorlat

Franciaországban a diplomáciai védelem gyakorlásáról való döntés a kormány joga, és a döntés nem lehet tárgya a közigazgatási szervek felülvizsgálatának¹²⁰-olvashatjuk a francia nemzetközi jogi tárgyú könyvekben. A rendkívül szigorú és egyértelmű megközelítés nem kecsget minket a diplomáciai védelem tradicionális nézetétől eltérő gyakorlattal.

Ez a dilemma a francia jogirodalomban az ún. *acte de gouvernement* illetve *acte diplomatique* kérdésköréhez tartozik. A jogirodalom a kategória alá azokat a kormányzati

¹²⁰ Droit International Public, Nguyen Quoc Dinh 6th ed. Paris, LGDJ, (1999) p.777.

aktusokat sorolja, melyek a végrehajtó kapcsolatait érintik más állami szervekhez, így a Parlamenthez is.¹²¹

A diplomáciai védelem nyújtásáról való döntés mindig is acte de gouvernement-nek minősült Franciaországban, melynek bírói felülvizsgálatát az állampolgárok nem kezdeményezhették.¹²² Így nem ellenőrizhették, és nem befolyásolhatták az állam abszolút „hatalmát” és döntési kompetenciáit ezen a területen. Az állam, ha úgy gondolja, diplomáciai védelmet nyújt, de ez a döntése abszolút a külügyi hatalom monopóliumába tartozik, és a bíróságoknak a hatalommegosztás elvének figyelembe vétele mellett nincs is semmi keresnivalójuk ezen a területen.¹²³ Ennek a jogtudományi koncepciónak megvolt az a hátránya, hogy gyakorlatilag a kormány célmeghatározása alapján minden állami aktust ilyen politikai mozgástérnek tekintett és a bírói kontroll alól kivételként kezelt. A kritikák szerint ezzel csak az volt a gond, hogy egy ilyen jellegű gyakorlatnak nincs törvényi alapja a francia jogban.¹²⁴ Mindazonáltal még a kritikusok is elismerték, hogy az államnak a külügyi kérdések meghatározásában és mindenekelőtt a diplomáciai védelem gyakorlásában óriási mérlegelési területe van, hacsak nem korlátozhatatlan.

Maga a bírói jogvédelem lehetősége a külügyi hatalommal szemben két alapvető problémát vet fel a szakirodalom szerint.¹²⁵ Egyrészt a politika és az igazságszolgáltatás kapcsolatát, másrészt az alkalmazandó jog kérdését, mivel vagy a nemzetközi jog nem alkalmazható a bíróságok előtt, vagy nincs olyan belső jogi szabályozás, mely a végrehajtó cselekményeit szabályozná. A külpolitikai kérdések mindig is kiemelt politikai területnek számítottak egy állam életében, ahonnan a hatalommegosztás elvéből kifolyólag a bíróságok ki lettek szorítva.

Ennek megfelelően a francia Conseil d'Etat rögtön a 19. század elején kijelentette, hogy nem rendelkezik (ellenőrzési) hatáskörrel a francia konzul védelmet illető döntéseit tekintve.¹²⁶

Áttekintve azokat az ügyeket, ahol a kérelmező a francia kormánytól azon az alapon kért kártérítést, hogy a kormány nem vette figyelembe jogait, már 1834-ben az ún. *Boisson*

¹²¹ Fromont, La protection, S.234 ff., Auby/Drago, Traité, Nr.67, 68, de Laubadere, Traité, Nr. 418,419

¹²² Gautier, in Constantinesco/Kovar/Simon, TUE, Art.8.c C.E. n.12; Doebling, Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes, S.78 ff.

¹²³ Christian Storost: Der Fall Abbasi ; Archiv des Völkerrechts, Dez. 2004. Band 42 Haft 4,p.419.

¹²⁴ Eisenmann, G.Jeze in Georg Ress: im p. 441.

¹²⁵ H. P. Ipsen: Politik und Justiz-Das Problem der justizlosen Hoheitsakte, Hamburg 1937, G.Ress: Gerichtlicher Rechtsschutz des Einzelnen gegen rechtswidriges Handeln der vollziehenden Gewalt.

¹²⁶ Conseil d'Etat, Recueil 1831-1834, S.527, 528

ügyben¹²⁷ találkozhatunk ezzel a problémával. Ebben az ügyben egy francia kereskedő ellen Spanyolországban felesége a helyi egyházi bíróság előtt egy ún. ágytól-asztaltól való elválasztó ítéletet eszközölt ki, melynek következtében a kereskedő jelentős üzleti veszteségeket szenvedett el. Boisson azt állította, hogy a francia konzul nem védte meg a nyilvánvalóan nemzetközi jogsértő módon eljáró spanyol hatóságokkal szemben. A francia külügyminiszter elutasította annak lehetőségét, hogy az állampolgár érdekében a spanyol kormánynál közbenjárjon. A Conseil d'Etat ezt az elutasítást *acte de haute administration*-nak tekintette, mely az *acte de gouvernement* előfutárának tekinthető. Itt már megmutatkozott az a szándék, hogy bizonyos területeket kivegyenek a bírói jogvédelem alól.

Az ún. *Thubé-Lourmand*-ügyben¹²⁸ a kérelmező, egy halászati engedély birtokosa, a francia államtól kártérítést követelt azzal az indokkal, hogy angol hajók hátráltatták halászati tevékenységében, amivel a két állam közötti halászati megállapodást is megsértették és a kérelmező által a védelmére felkért francia tengerészparancsnok nem tett semmit. A Conseil d'Etat úgy döntött, hogy a felvetett kérdés olyan területet érint, amely a kormány hatáskörébe tartozó kérdések gyakorlásához kapcsolódik,¹²⁹ és ezért nem elbírálnak.

Ezt az álláspontot a további hasonló kérdéseket felvető bírói döntések is változatlanul hagyták,¹³⁰ és így a megközelítés az *acte de gouvernement* vonatkozásában egészen a mai napig fennmaradt a francia jogtudományban is.¹³¹ Ez a fajta felfogás azonban sem a dogmatika, sem az állam alkotmányos felépítésére visszavezethetően nem igazolható megfelelően, hiszen az abszolutista uralkodók felségjogának maradványává¹³² teszi azt az eszközt, amivel az állam állampolgárát védhetné. A kritika hatására történt is egyébként valamiféle elmozdulás a kevésbé rigorózus megoldás felé.

Mindenek előtt a Conseil d'Etat egyértelműen csökkentette a bírói felülvizsgálat alól kivett állami területeket.¹³³ Aszerint differencializált, hogy az adott cselekvés a külügyi hatalom gyakorlásával összekötődik (*actes rattachables*) vagy elválasztható tőle (*actes détachables*),

¹²⁷ C.E. 6.6. 1834, Boisson, Rec.373 in G. Ress: im. p.430-431.

¹²⁸ C.E.10.2.1893, Rec.113, in G.Ress: im. p.431.

¹²⁹ Georg Ress: Mangelhafte diplomatische Protektion und Staatshaftung. ZaöRV, Volume 32 (1972)p.431.

¹³⁰ Olszenski ügy 1911, Moninot ügy (1916), Bastide ügy (1918), Arnaudon ügy (1927), Rousset ügy (1934) Comby ügy (1937)

¹³¹ Dupuis, Le dictionnaire de la Constitution, 3e éd. mise à jour, Paris, Cujas, 1983, S.6;

¹³² Christian Storost: im.p.419.

¹³³ GA Darmon, EuGH Slg.1990. IS. 1198.1810 f./rn. 79

és így ezentúl bírói kontroll alá vethető.¹³⁴ Ennek megfelelően csak azok a kormányzati döntések vannak ma már kivéve a bírói felülvizsgálat alól, melyek közvetlenül egy külföldi állammal való kapcsolatot érintenek.¹³⁵ Két ügyet kell megemlítenünk a Conseil d'Etat gyakorlatában, amely a változás irányába mozdította a gyakorlatot.

Az ún. *Perruche*-ügy¹³⁶ tényállása szerint a francia konzul a koreai háború kirobbanásakor Szöulban tartózkodott és a külügyminisztérium kifejezett utasítására a városban maradt akkor is, mikor a dél-koreai tisztségviselők már maguk is elhagyták a várost. Később azonban az észak-koreaiak internálták és kifosztották.¹³⁷ A Conseil d'Etat helyt adott a francia konzul kártérítési kérelmének, azzal az indoklással, hogy az általa elszenvedett károk arra az utasításra vezethetők vissza, melyet a kérelmező kapott a külügyminisztériumtól.

Az ügy azért érdekes, mert itt is a kormány döntéséről, mégpedig külpolitikai területen eszközölt döntéséről van szó, mégis az ehhez kapcsolódó utasítás, és az ebből folyó károk tekintetében a bíróság a kártérítés megállapítása mellett döntött, és ezáltal az állami „veszély” felelősség esetét vizsgálta. Az ügy azonban különbözik is a korábbi ügyektől, hiszen itt egy állami aktus, a kormány magatartása sodorta veszélybe állampolgárát, és nem azáltal szenvedett el kárt az állampolgár, hogy az állam nem tette meg a szükségesnek vélt intézkedéseket az állampolgár védelme érdekében.

Az ún. *Poujade*-ügy¹³⁸ megállapításai is eltérnek a bíróság korábbi gyakorlatától, bár végül az ügyben mégis elutasítják a kérelmező követeléseit. A kérelmező a felmenőjétől megörökölt vagyont, illetve követelések tekintetében kérte a francia kormány segítségét Törökországgal szemben. A francia kormány elzárkózott azonban attól, hogy ezen igényeket maga érvényesítse a török állammal szemben. Az akkori damaszkuszi francia konzul azzal a feltétellel vállalta el végül az örökség átvételének lebonyolítását, hogy a kérelmezők igazolják a felmenő – erősen kétséges- francia állampolgárságát. Miután az állampolgárságot a leszármazók nem igazolták a konzul átadta a papírokat a török hatóságoknak, amely a kérelmezőket a török jog alapján kizárta az örökségből. A kérelmezők ezután nyújtottak be kártérítési igényt a francia állammal szemben. A Conseil d'Etat minden pontban elutasította kérelmüket. Nem találta bizonyítottnak, hogy a francia

¹³⁴ Christian Storost: im.p.419.

¹³⁵ Ress, *ZaöRV* 32 (1972), S.420, 435 ff. Und 448 ff.

¹³⁶ C.E.19.10.1962, Rec.555.in G. Ress: im.p.438.

¹³⁷ Georg Ress: im. p. 438.

¹³⁸ C.E.23.12.1904, Rec.872 in G. Ress:im.

állam képviselője, a damaszkuszi konzul, szolgálati mulasztást követett volna el.¹³⁹ A Poujade-ügy azért mindenképpen jelentős, mert míg az ügy előtt kérdéses volt, hogy az állam felelős-e a képviselője által külföldön elkövetett cselekményekért, ez az ügy megnyitotta az utat az ilyen irányú felelősség előtt, hiszen nem utasította el a kérelmezők igényét azzal, hogy a konzul külföldön tanúsított magatartásáért az állam felelőssége nem állapítható meg. A kérelmezők kártérítési igényét csak azért utasította vissza, mert nem bizonyították kellőképpen a konzul mulasztásait.¹⁴⁰ Így a Poujade-ügy alapján az már nem lehetett kérdéses, hogy a diplomáciai és konzuli képviselők aktusai külföldön felelősséget keletkeztetőek. Továbbra is nyitott maradt a kérdés azonban, hogy milyen mértékben választhatók szét a külszolgálat során tett aktusok a nemzetközi kapcsolatoktól (detachable). A Poujade-ügy erre is jó példa, hiszen itt a Conseil d'Etat az örökösödési ügyben született döntéseket egyértelműen nem a nemzetközi kérdésekhez tartozónak ítélte meg.¹⁴¹ Így ez a döntés azt is jelentette, hogy a külügyek vitelének területén is szülehetnek olyan aktusok, melyek bíróilag kontrollálhatók, tehát nem érvényesül a továbbiakban abszolút módon az igazságszolgáltatás kizárása ezen a területen sem.¹⁴² A feltétel azonban minden esetre az, hogy a kormány illetve képviselőjének döntése semmilyen kapcsolatban ne álljon a nemzetközi kapcsolatok vitelével. A jogirodalom egyes képviselői szerint a Poujade-ügy azon döntése, hogy diplomáciai és konzuli területen vannak olyan aktusok, melyek a nemzetközi ügyektől elválaszthatók, kiindulópontul szolgálhatnak azon elvárás számára is, hogy azok az aktusok, melyek nemzetközi területet érintenek, szintén bíróilag ellenőrizhetők legyenek.¹⁴³

Meg kell azonban jegyezni, hogy az ilyen formán átalakuló joggyakorlat nem hoz jelentős változást azon a területen, mikor az állam vagy képviselője fellépése külföldön az „idegen” államot érinti, azzal kapcsolatos. Jellemzően így a diplomáciai védelem nyújtásának kérdése sem választható el a nemzetközi kapcsolatok területétől. Hiszen a diplomáciai védelem kérdése épp egy olyan jogterület, mely egy másik állammal kapcsolatos kormányzati cselekvést igényel, tehát közvetlen fellépést jelent a jogsértő külföldi állammal szemben, így a kormányzati politikának ez a szelete még az új koncepció alapján is kimarad a bírói felülvizsgálat köréből.

¹³⁹ Georg Ress: im. p. 422.

¹⁴⁰ G. Ress:im p.446.

¹⁴¹ Georg Ress: im. p.447.

¹⁴² Duez, Les actes de gouvernement, S. 37, Waline, RDP. 1948, S.472 in Georg Ress:im.

¹⁴³ Duez, Les actes de gouvernement, Waline, R.D.P. 1948.

Mindezek alapján kijelenthetjük, hogy a francia területen a diplomáciai védelemmel kapcsolatban még mindig az acte de gouvernement elve érvényesül,¹⁴⁴ és az állam diszkrecionális joga marad a védelem nyújtásáról való döntés, a bíróságok nem vizsgálhatják ezeket a kérdéseket.

Egyébként hasonló gyakorlat érvényesül a belga, a görög és a luxemburgi jogban is, így az ilyen irányú kérelmek már a megengedhetőség szintjén is az állam külpolitikai érdekei által képzett eljárási akadályba ütköznek.

3.2 A korlátozott diszkrecionális jog felé –a brit joggyakorlat

A brit joggyakorlatban a diplomáciai védelem nyújtása hagyományosan bírói felülvizsgálat alól kivett kormányzati döntésnek minősült (Act of State), mivel a brit bíróságok döntéseikben többször is megerősítették, hogy a külpolitika vitele rendszerint uralkodói felségjognak minősül, így nem bírálható felül.¹⁴⁵ A helyzet a francia gyakorlathoz képest mégis biztatóbb, hiszen azzal együtt, hogy maga a kormány is osztotta ezt az álláspontot, egy sor politikai állásfoglalásban rögzítette, hogy milyen körülmények között jöhet szóba diplomáciai beavatkozása állampolgárai érdekében.¹⁴⁶

Már 1985-ben, tehát jóval a Nemzetközi Jogi Bizottság tervezetét megelőzően, összefoglalásra került a brit álláspont a Rules Applying to International Claims-ben, arról, hogy a brit kormány milyen szabályokat érvényesít a diplomáciai védelemmel kapcsolatban, tehát van hivatalos állami állásfoglalás. A legtöbb azonban, ami elmondható erről a szabályozásról az, hogy megfelel a nemzetközi jog elvárásainak, és ha különbözik is a Nemzetközi Jogi Bizottság tervezetének javaslataitól, akkor abban, hogy jóval szűkebben, szigorúbban határozza meg a diplomáciai védelem nyújtásának feltételeit.

A kormány hivatalos álláspontját jelentő dokumentum felépítése a diplomáciai védelem nyújtása feltételeinek rendszerét követi, külön-külön is megvizsgálva az egyes feltételek tekintetében adott brit választ. Az első rendelkezések (Rule I, Rule II, Rule III, Rule IV, Rule V) így az állampolgárság vonatkozásában rögzítik az elvárásokat. Itt a feltételek megfelelnek a nemzetközi gyakorlatban rögzített elvárásoknak, miszerint az állam diplomáciai védelmet csak állampolgárának nyújthat (aki a jogsértés időpontjában is annak minősült).¹⁴⁷

¹⁴⁴ Tribunal des Conflits, AJDA 48 (1992), S. 617

¹⁴⁵ High Court of Justice (King's Bench Division) Law Reports 2 K.B. 1932.

¹⁴⁶ Ez a legtöbb esetben csak diplomáciai kifogás emelését jelenti emberi jogi sértések esetén.

¹⁴⁷ Redress: The Protection of British Nationals Detained Abroad; www.redress.org/publications/DiplomaticProtectionFeb2005.pdf, p.14.

A kettős állampolgároknak nyújtott védelem tekintetében azonban szűkebb álláspontot fogad el, mint a Nemzetközi Jogi Bizottság. „Ha a kérelmező kettős állampolgár a Kormány foglalkozhat a kérelmével (bár bizonyos körülmények között a Kormány számára az az ideális, ha ezt a másik erre jogosult kormánnyal együttműködve teszi). Abban az esetben, ha az alperes állam a másik állampolgárságot adó állam, a Kormány nem úgy kezeli a kérelmet, mint egy brit állampolgárét, de ettől eltérően is dönthet, ha az alperes állam a jogsértés körülményeiből kifolyólag úgy tekintett a kérelmezőre, mint brit állampolgárra.”¹⁴⁸

A Nemzetközi Jogi Bizottság álláspontja ehhez képest lehetővé teszi a kettős állampolgár másik állampolgárságát adó állam ellen való képviselést, ha az egyén nevében fellépő állam állampolgársága a meghatározó.¹⁴⁹

Az összeállítás a második részben (Rule VII, Rule VIII, Rule IX, Rule X) a helyi jogorvoslatok kimerítésének feltételével kapcsolatban határozza meg a Kormány álláspontját.

„A Kormány nem érvényesíti az állampolgár igényét/követelését a másik állammal szemben addig, míg valamennyi jogorvoslati lehetőséget, amely elérhető a másik államban ki nem merítette az állampolgár.”¹⁵⁰ Összehasonlítva ezt a rendelkezést a Nemzetközi Jogi Bizottság tervezetével kijelenthető, hogy a brit álláspont ebben a tekintetben is szigorúbb szabályozást jelent, és még nehezebb a diplomáciai védelem feltételeinek eleget tenni, mint a nemzetközi keretek között. Hiszen a Nemzetközi Jogi Bizottság tervezete kivételeket is ismer a helyi jogorvoslatok kimerítésének kötelezettsége alól.¹⁵¹ Így például lehetőség van arra, hogy a jogorvoslat kimerítésének kötelezettségétől eltekintsenek, amennyiben a jogorvoslatot a jogsértő állam indokolatlan késedelemmel biztosítja csak.¹⁵²

A kormány álláspontjáról összességében elmondható, hogy a nemzetközi szokásjogon alapszik. Így a diplomáciai védelem álláspontjuk szerint, a nemzetközi jog szabályait is figyelembe véve, nem az állam jogi kötelezettsége. Ha értékelhető is valamifajta kötelezettségként a kormány előbb ismertetett állásfoglalása, ez alapvetően csak politikai

¹⁴⁸ Rules applying to International Claims, Rule III.; in *The Protection of British Nationals Detained Abroad*; p.26.

¹⁴⁹ Redress: *The Protection of British Nationals Detained Abroad*; p. 15.

¹⁵⁰ Rules applying to international claims, Rule VII; in *The Protection of British Nationals Detained Abroad*; p. 26.

¹⁵¹ Redress: *The Protection of British Nationals Detained Abroad* p. 15.

¹⁵² Article 16 of the Draft Articles on Diplomatic Protection , Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10).

kötelezettséget jelent, a kikényszeríthetősége kérdéses,¹⁵³ és ezzel a brit jogirodalom is egyetért.¹⁵⁴

Akár változhatott is volna az elmúlt években a brit kormány álláspontja, de a Nemzetközi Jogi Bizottsághoz megküldött véleményben¹⁵⁵ a britek újra megerősítették, hogy álláspontjuk szerint az állam joga a diplomáciai védelem és semmiképpen sem kötelezettsége. Véleményük szerint valamennyi állam megőrzi a diszkrecionális jogát ebben a kérdésben, és nemzeti jogának tárgya annak eldöntése, hogyan gyakorolja a diplomáciai védelemhez való jogát. Ám az Egyesült Királyság kormányának tájékoztatása szerint „nincs a belső jogban olyan szabályozás vagy esetjog, amely erre a területre vonatkozna.”¹⁵⁶ Így a Kormány nem szegi meg kötelezettségét, ha az állásfoglalásnak megfelelően, diplomáciai védelem lehetőségét megfontolva külpolitikai megfontolások alapján elutasítja annak nyújtását, és ez a döntése nem is vizsgálható.

Mindamellet *Warbrick* szerint a mai viszonyok között a brit állampolgárnak legalább „jogos elvárása” lehet, arra vonatkozóan, hogy diplomáciai védelemben részesítik, amennyiben fennállnak azok a kritériumok (folyamatos állampolgárság, helyi jogorvoslatok kimerítése), melyeket a brit szabályok a nemzetközi igényérvényesítés feltételéül szabnak.¹⁵⁷ És ha áttekintjük a brit bíróságok gyakorlatát, kétségeink tovább erősödhetnek abban a tekintetben, vajon a kormány állásfoglalása valóban megfelel-e a brit jogi helyzetnek a diplomáciai védelem intézményével kapcsolatban.

Így például, míg a Court of Appeal (Fellebbviteli Bíróság) 1985-ös *Pirbhai* döntésében még elég távolságtartó a bíróság álláspontja a kormány döntéseinek felülvizsgálatát illetően,¹⁵⁸ rövid idővel később a Lordok Háza a *GCHQ*-ügyben már arról határozott ítéletében, hogy ezek az uralkodói (állami) felségjogok mégsem annyira automatikusan

¹⁵³ UK Mission to the UN, Comments on Diplomatic Protection, ami szerint Foreign Compensation Commission (FCO) által rögzített szabályoknak, védelmi feltételeknek nincs közvetlen hatása a belső jogban.

¹⁵⁴ Bradley, in *Gerichtschutz*, S.327,332, Brownlie, *Principles*, S.597, Collier, in *Individual Rights*, S.602,610.f., Warbrick, *ICLQ* 37 (1988), S.1002, 1008 f.

¹⁵⁵ UK Mission to the UN, *United Kingdom Materials on International Law* 1999, LXX BYIL 527

¹⁵⁶ *Redress: The Protection of British Nationals Detained Abroad*; p. 13.

¹⁵⁷ C.Warbrick: *Protection of Nationals Abroad: Current legal problems* (1988) 37 *I.C.L.Q.* p.1009.

¹⁵⁸ „A bíró dolga csak ritkán és szinte sose nem az, hogy egy olyan esetben beavatkozzon, ahol a diplomaták egy beavatkozástól visszariadtak. (...) Remélem, hogy nem a távoli jövőben a kérelmező óhajára, egy elégedettségre okot adó megoldást találnak. Amennyiben ez mégsem történne meg és a kérelmezőnek az az érzése támad, hogy a külügyminiszter bíróságilag felülvizsgálható módon téved, akkor kérheti a bíróságok segítségét.” Court of Appeal, *ILR* 107, S. 461, 479

kerülnek ki a bírói felülvizsgálat köréből. Ez attól függ, hogy annak felülvizsgálatára konkrét jogi lehetőségek, lépések rendelkezésre állnak-e.”¹⁵⁹

És bár az ún. *Ferhut Butt*-ügyben a Court of Appeal megint csak látszólag a kormány döntése elleni kérelmek bírói érvényesíthetatlensége mellett foglalt állást, meg kell jegyezni, hogy ez a döntés tisztán az ügy körülményeinek és nem a felségjogok megközelíthetatlenségének következménye. A *Ferhut Butt*-ügyben a kérelmezők azt állították, hogy a kormánynak kötelessége lett volna diplomáciai védelmet gyakorolni a fogvatartott brit állampolgárokkal kapcsolatban.¹⁶⁰ Annak ellenére, hogy a High Court (Felső Bíróság) elismerte, hogy a kialakult szituáció a fogvatartottak alapvető emberi jogainak megsértését eredményezte mégsem kívánta felülbírálni a kormány döntését.¹⁶¹ Az ügyben a Fellebbviteli Bíróság (Court of Appeal) is úgy foglalt állást „az, hogy törekedni kell-e, illetve mikor kell törekedni a beavatkozásra vagy nyomásgyakorlásra egy jogi eljárás vonatkozásában a végrehajtó döntése, feladata, amit a rendelkezésére álló információk figyelembe vételével és a körülmények ismeretében végez. Akkor is, ha megfelelőnek és szükségesnek tűnik az intézkedések megtétele, az egyértelműen nem a bíróság dolga.”¹⁶²

Miközben ez a döntés látszólag a kormány döntése elleni kérelmek perelhetetlenségét támasztja alá, meg kell említeni, hogy az eset körülményei nem nagyon hagytak más döntésre lehetőséget.¹⁶³ A bíróság arról sem volt meggyőződve, hogy a diplomáciai védelem nyújtásának nemzetközi szinten meghatározott feltételeit, így a helyi jogorvoslatok kimerítésének követelményét teljesítették-e a kérelmezők.¹⁶⁴

A *Ferhut Butt* esetben hozott döntés így nem jelentett előrelépést a brit joggyakorlat tekintetében, azonban az *Abbasi*-ügy végre meghozta a várt és már előrevetített áttörést, és amit a bírósági gyakorlat lépésről-lépésre már sejtetett, az ebben az ügyben már egyértelműen rögzítésre is került. Az *Abbasi*-ügyben hozott döntést így a diplomáciai védelemmel kapcsolatos új brit álláspontként üdvözölhetjük.

¹⁵⁹ House of Lords, Law Reports A.C.1985, S. 374, 407 und 411. in Christian Storost: Der Fall Abbasi, Archiv des Völkerrechts, Dez. 2004. Band 42 Haft 4.;p. 418.

¹⁶⁰ Annemarieke Vermeer-Künzli: Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection; p.293.

¹⁶¹ Annemarieke Vermeer-Künzli: Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection; p.293.

¹⁶² *Ferhut Butt* case, 116 ILR p.622 in Annemarieke Vermeer-Künzli: im.p.293.

¹⁶³ A kérelmező a Yemenben zajló bírósági eljárásba történő közvetlen beavatkozást kért annak érdekében, hogy elkerüljék a kedvezőtlen döntést. A Fellebbviteli Bíróság úgy gondolta, hogy ez a külföldi állam belügyeibe történő beavatkozást valósítana meg.

¹⁶⁴ *Ferhut Butt* case 116 ILR pp.614-15.

Az ügy tényállásáról röviden annyit érdemes tudni, hogy 2002 januárjában amerikai katonai erők elfogták Feroz Ali Abbasit, egy brit állampolgárt Afganisztánban és az amerikai katonai bázisra vitték Guantanamo-ra, ahol hónapokon keresztül minden bírósági eljárás nélkül illetve ügyvédhez jutás lehetősége nélkül fogvatartották. Abbasi édesanyja szerint ez alapvető megsértését jelentette fia emberi jogainak, így a szabadsághoz való jogának. Az anya ezek után a brit külügyminisztériumhoz fordult azzal a kéréssel, hogy tegyenek meg minden lehetséges diplomáciai lépést az amerikai kormánnyal szemben, hasztalan, az akkori politikai szituációra tekintettel.¹⁶⁵ A külügyminisztérium döntése ellen a kérelmező a Felső Bírósághoz (High Court) fordult, aki bár egyetértett azzal, hogy az Abbasi-val szembeni bánásmód nem volt összhangban a nemzetközi joggal, de nem állapított meg jogorvoslati lehetőséget a kormány magatartásával kapcsolatban. A bíróság véleménye szerint az Egyesült Királyság joga nem ismeri el a bírói kontroll lehetőségét az állam külpolitikai intézkedéseinek vonatkozásában, és így nem dönthet afelől, hogy a brit Külügyminisztérium megfelelően gyakorolta-e a diplomáciai védelmet.¹⁶⁶

Ez a döntés a korábbi brit álláspont ismeretében nem is okozott meglepetést, annál inkább a Court of Appeal döntése, aki befogadta a fellebbezést, és elbíráhatóknak minősítette. A Fellebbviteli Bíróság (Court of Appeal) az ügyet arra használta fel, hogy megvizsgálja a külpolitikai döntések bírói kontrolljának lehetőségeit. Ugyanis miközben a bíróság megállapította, hogy a nemzetközi jog nem ismeri el a diplomáciai védelem gyakorlásának kötelezettségét, ezzel párhuzamosan mégis elutasította azt az álláspontot, hogy nincs helye a diplomáciai segítség nyújtásának elutasításával kapcsolatban bírósági felülvizsgálatnak annak a brit állampolgárnak a vonatkozásában, akit alapvető emberi jogaiban ért sérelem.¹⁶⁷ Tehát egyértelmű az eltérés a Ferhut Butt-ügyhöz képest, mégis feltehető a kérdés; ha a bíróság továbbra is úgy gondolja, hogy nincs kötelezettsége az államnak, akkor hogyan engedheti meg a bírói felülvizsgálatot, milyen jogi alapon?

A válasz a *jogos elvárás* (legitimate expectation) elvében keresendő,¹⁶⁸ miszerint minden polgárnak normális elvárása lehet az, hogy alapjogainak külföldön történő megsértése esetén a kormány ne hagyja őt cserben, de legalább abban bízhat, hogy fontolóra, és figyelembe veszik a védelem iránti kérelmét és érveit.¹⁶⁹ Ezen túlmenően a bíróság úgy

¹⁶⁵ Christian Storost: Der Fall Abbasi; Archiv des Völkerrechts, Dez. 2004. Band 42 Haft 4. p. 411.

¹⁶⁶ Christian Storost: Der Fall Abbasi; Archiv des Völkerrechts, Dez. 2004. Band 42 Haft 4. p. 411.

¹⁶⁷ Annemarieke Vermeer-Künzli: Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection, p.294.

¹⁶⁸ Annemarieke Vermeer-Künzli: im., p.294.

¹⁶⁹ Ebd., Rn.69 ff.

találta, hogy pusztán az a tény, hogy a hatáskör az uralkodói felségjogokból származik nem zárja ki szükségképpen a diplomáciai védelemmel kapcsolatos döntéseket a bírói felülvizsgálat alól.¹⁷⁰ Különösen akkor nem, ha a kormány kifejezett politikai állásfoglalásokat tett a diplomáciai védelem vonatkozásában,¹⁷¹ ami egyébként a diszkrecionális hatáskörébe tartozik, így mintegy vállalva azt, hogy ennek gyakorlása során támpontokat ad a bírói kontroll számára.

Bár ezek az állásfoglalások egy bizonyos „kötelezettséget jelentenek a kifogások megtételének megfontolására,”¹⁷² a bíróság úgy gondolta lényeges, hogy jogos elvárásokat teremtessenek és elismerjék azt a diplomáciai védelem vonatkozásában különösen akkor, ha az állampolgár alapjogait éri külföldön sérelem.¹⁷³ Konkrétan az állampolgár minimum abban bízhat, hogy „védelem iránti igénye figyelembe lesz véve, és ennek során minden releváns körülmény a mérleg serpenyőjébe lesz helyezve.”¹⁷⁴ Mert ez a jogos várakozás az, aminek teljesülése bíróilag kontrollálható. Ez különösen akkor érvényes, amikor egy védelem iránti kérelmet emberi jogi sértések esetén hagynak teljesen figyelmen kívül. Ebben az esetben a bíróság a külügyminisztériumot az érintett szempontok megfelelő figyelembe vételére kötelezheti. A többi esetben ez mindig az adott eset körülményeitől függ.

Ez az álláspont semmiképpen nem fogható fel akként, hogy a bíróságok az állami külpolitikát továbbra is egy általában formálisan tiltott területként definiálják. A védelem kérdésében való döntéseket legalább tekintetben felül kell vizsgálni, hogy vajon nem irracionális, vagy a jogos elvárásokkal szembeni döntés született-e.¹⁷⁵

A bíróság ezen megállapítások fényében tekintette át az Abbasi-ügy tényállását, hogy vajon az érintett védelmet érdemlő érdekeiket kielégítően vették-e figyelembe és döntött úgy, hogy a brit kormány lépései kielégítőek. Jóllehet, az ügyben egy emberi jogi jogsértésről van szó, de mivel ebben az ügyben a brit és amerikai hatóságok tárgyaltak a

¹⁷⁰ Abbasi & Anor v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, 2002 WL 31452052 (CA, Civ Div), para. 83. in Annemarieke Vermeer-Künzli: Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection, p.295.

¹⁷¹ Annemarieke Vermeer-Künzli: Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection, p.295.

¹⁷² Annemarieke Vermeer-Künzli: im., p.295.

¹⁷³ Ebd., Rn.87 ff és 98, in: Christian Storost: Der Fall Abbasi; Archiv des Völkerrechts, Dez. 2004. Band 42 Haft 4. p. 412.

¹⁷⁴ Ebd., Rn.99. in Christian Storost: Der Fall Abbasi; Archiv des Völkerrechts, Dez. 2004. Band 42 Haft 4. p. 412.

¹⁷⁵ Ebd. Rn. 106. in Christian Storost: Der Fall Abbasi; Archiv des Völkerrechts, Dez. 2004. Band 42 Haft 4. p. 412.

brit fogvatartottokról, így a bíróság úgy gondolta, hogy a brit kormány eleget tett az említett jogos elvárásoknak.¹⁷⁶

Mindazonáltal, amennyiben a bíróság az állam részéről megtett intézkedéseket elégtelennek minősítette is volna, nem kötelezhette volna a kormányt bíróilag célzott intézkedések megtételére, ha azok a külpolitikai érdekek jelentős sérelmével jártak volna. Az sem kifogásolható jogilag, hogy a kormány jelenleg más jogorvoslati lehetőségeket részesít előnyben. Ezért maradt a kereset még az új megfontolások alapján is sikertelen, de elsőként került arra sor, hogy egy brit állampolgárt külföldön ért nemzetközi jogsértés miatt peresíthetőnek ítéljenek meg egy igényt, amely mérlegelési hibáktól mentes döntést követel a védelem tekintetében.

Ezek után sem határozhatja meg a bíróság, hogy milyen diplomáciai lépéseket tegyen a kormány, de legalább ezzel az üggyel a francia bíróságoktól eltérően a brit bíróság eljutott oda, hogy a diplomáciai védelemmel kapcsolatos döntéseket ne egyszerűen „acte de gouvernement-nek” tekintse, továbbá, hogy a bírói felülvizsgálat alól kivett területeket fokozott kritikával kategorizálja, és csak ott engedje meg, ahol felülvizsgálható jogi lépések hiányoznak.

Változatlanul problematikus Warbrick szerint azonban az, hogy továbbra sincs semmilyen belső alkotmányjogi kerete mindennek, ami alapján valamiféle jog keletkezne a védelemre, főleg olyan esetekben ahol emberi jogokat ér sérelem külföldön és épp minden más jogorvoslattól az állampolgár el van zárva.¹⁷⁷ Ezek után azonban mindenképpen elengedhetetlennek látszik, hogy a brit kormány áttekintve és felülvizsgálva a jelenlegi gyakorlatot, közelítse álláspontját a Nemzetközi Jogi Bizottság tervezetének ajánlásaihoz. Hiszen az 1985-ben elfogadott szabályokhoz képest lényeges változások álltak be a nemzetközi jogban, különösen az emberi jogok területén. Ezek figyelembe vételével kell átalakítani a szabályokat.

3.3 Az objektív jogi kötelezettség megteremtése - a német gyakorlat

A német gyakorlat még tovább ment és a hagyományosan erős alapjogi védelemmel rendelkező állam a kormány korlátozott diszkrécionális jogához jogi-alkotmányjogi megalapozást is igyekezett biztosítani.¹⁷⁸ Ennek megfelelően a német államnak

¹⁷⁶ Christian Storost: Der Fall Abbasi; Archiv des Völkerrechts, Dez. 2004. Band 42 Haft 4. p. 413.

¹⁷⁷ Colin Warbrick: Diplomatic Representations and Diplomatic Protection; ICLQ vol 51, 2002, pp.723-744.

¹⁷⁸ K. Doehring: Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes - ZaöRV 17 (1956/57)

alkotmányos kötelessége van bizonyos feltételek megléte esetén diplomáciai védelmet nyújtani.

Már a frankfurti Alkotmány XIV § 189. elismerte az ennek megfelelő állampolgári jogot.

„Minden német állampolgár külföldön a Birodalom védelme alatt áll.”¹⁷⁹

Az Északnémet Szövetség 1867-ben elfogadott alkotmányában is megjelenik a rendelkezés:

„A külfölddel szemben minden szövetségi polgárnak egyformán joga van a Birodalom védelmére.”¹⁸⁰

Majd az 1871-ben megfogalmazott Birodalmi Alkotmány 3. cikkének (6) bekezdése így szól:

„A külfölddel szemben minden németnek egyformán joga van a Birodalom védelmére.”¹⁸¹

Azzal együtt, hogy az alkotmányos rendelkezésekben használt „egyformán”¹⁸² kitétel és az egész néemetségre való utalás érdekes megfontolásokra adhat okot, vitathatatlan, hogy ezeknek a rendelkezéseknek, ezáltal a védelem jogát rögzítő rendelkezéseknek, jogi kötelezettségvállalás jellegük van.

A weimari alkotmány tovább pontosítja a védelem nyújtásának körülményeit. Az Alkotmány 12. cikkének (2) bekezdése így szól: „A külfölddel szemben minden birodalmi állampolgárnak a Birodalom területén vagy azon kívül joga van a Birodalom védelmére.”¹⁸³

Nemcsak a megfogalmazás változott, hanem a rendelkezés helye is, a korábbiaktól eltérően nem az állampolgársági szabályoknál, hanem a kivándorlás joga és a kiadatás tilalma mellett foglal helyet. Az „egyformán” kitétel is kikerült a rendelkezésből az alkotmányos rendszer megváltozása miatt, hiszen a további garanciát a védelem egységességére a kancellár és a külügyminiszter parlamentnek való felelőssége jelentette. A védelem

¹⁷⁹ Wilhelm Karl Geck: Der Anspruch des Staatsbürgers auf Schutz gegenüber dem Ausland nach deutschem Recht; ZaöRV, 17, 1956/57, p. 479.

¹⁸⁰ W. K. Geck: im.p.479.

¹⁸¹ W. K. Geck: im. p. 479.

¹⁸² Az „egyformán” kifejezés használatának jelentősége abban áll, hogy a rendelkezés megszületésének idején a külügyek viteléhez kapcsolódó hatáskörök az egyes tartományok fejedelmeitől átkerültek a német császár fennhatósága alá, aki egyben a porosz király tisztségét is betöltötte, mely abban az időben a legerősebb szövetségi tartomány volt. Így a hatáskörök átadásával egyidejűleg fontosnak tartották leszögezni, hogy az átkerült külügyi hatáskörök gyakorlása során valamennyi tartomány lakosságát egyformán kell védeni.

¹⁸³ W.K.Geck:im.p.481.

nyújtásának a Birodalom területére való kiterjesztése pedig egy történelmi szituáció¹⁸⁴ eredménye volt.

Abban továbbra is megegyeztek a jogirodalom képviselői, hogy a védelem nyújtásának lehetősége az állam számára kötelezettséget jelent és valamiféle igényt az állampolgár számára, azonban sokan¹⁸⁵ támadták is a rendelkezést. A kritikák szerint az alkotmányban rögzített jogosultság annyira pontatlan, hogy gyakorlatilag az állampolgárok számára érvényesíthetetlen igényt teremt mindösszesen. Egyrészt hiányzik a rendelkezésből, hogy milyen feltételek mellett nyújt a Birodalom védelmet állampolgárainak, illetve az sem rögzített, milyen eszközök állnak rendelkezésre a védelmi kötelezettség teljesítésére.¹⁸⁶ A védelem nyújtásának feltételeit azonban a nemzetközi jog kielégítően rendezi, így a német jogrendszer által elismert szabályok részben rendezhetik a kérdést,¹⁸⁷ és ezek a feltételek a bíróságok számára is ellenőrizhetők voltak. Az azonban kérdéses, hogy mennyiben tekinthető igazi egyéni jogosultságnak a védelem az állam részéről, miközben az állam által érvényesíthető intézkedésekről, illetve azok jellegéről az állampolgárnak nincsenek információi. Hogyan ellenőrizhető így az, hogy az állam betartotta-e kötelezettségeit, ha nem tudjuk mire is vállalt kötelezettséget a védelem nyújtásának biztosításával? A nemzetközi jog részben korlátozza az igénybe vehető eszközök jellegét, de a német gyakorlat szerint is az, hogy milyen eszközöket használ az állam a védelem nyújtása tekintetében teljesen a külügyek vitelében illetékes végrehajtó kompetenciájába tartozik.¹⁸⁸ Ez pedig egyrészt a jogsértő külföldi állammal való viszony és az aktuális politikai körülmények függvénye. Ennek során az állam az általános politikai érdekeket veti össze a védendő egyéni érdekek súlyával.

A helyzet tovább bonyolódott azzal, hogy a Német Szövetségi Köztársaság 1949-ben elfogadott, jelenleg is hatályos Alkotmánya¹⁸⁹ már nem tartalmaz rendelkezést az állampolgárok diplomáciai védelmével kapcsolatban. A vonatkozó alkotmányjogi dogmatika¹⁹⁰ a rendelkezés kimaradását az új alkotmányból nem a jogalkotó álláspontjának megváltozásaként értékelte azonban, hanem kizárólag a második világháború utáni

¹⁸⁴ A versailles-i békeszerződés eredményeképp idegen hatalmak tartózkodtak az ország területén.

¹⁸⁵ Gebhard: Die Verfassung des Deutschen Reiches, München 1932; Carl Schmidt: Handbuch des Deutschen Staatsrecht G. Anschütz & R. Thoma, 1932.

¹⁸⁶ W. K. Geck: im. p.487.

¹⁸⁷ E.M. Borchard: Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims. New York: The Banks Law Publishing Co., 1919, p.350.

¹⁸⁸ W. K. Geck: im. p.495.

¹⁸⁹ 1949. május 23-án elfogadott ún. bonni alkotmány

¹⁹⁰ Mangoldt, Hermann v./Klein, Friedrich, Das Bonner Grundgesetz, Bd. II, 2. Aufl., 1957.

politikai körülmények hatásának tudta be.¹⁹¹ A jogirodalom ennek megfelelően a kifejezett rendelkezés hiányában is az alkotmányos tradíciók részének tekintette az állampolgár védelmére vonatkozó szabályokat, így a diplomáciai védelem nyújtásával kapcsolatos szubjektív jogok ma is általánosan elismertek.¹⁹² Ennek alapja a német alkotmányjogi dogmatika szerint egyrészt az állam személyi felségjogára való hivatkozás, illetve az állampolgárság speciális jogviszonyként való felfogása, az ún. hűségviszony elmélet alapján.¹⁹³ Ennek lényege, hogy az állam és polgára között még az állampolgár külföldön való tartózkodásának ideje alatt is speciális jogi helyzet áll fenn, így az állampolgárnak kötelezettségei, de egyszersmind jogai is vannak az államával szemben.¹⁹⁴ Többek között az alkotmány egyes rendelkezései is utalnak egy létező védelmi igényre, így az Alkotmány 1. cikkének (1) bekezdése: „Az emberi méltóság sérthetetlen. Ezt tisztelni és védeni minden állami hatalom kötelezettsége.”¹⁹⁵

Ennek alapján és az alkotmányos hagyományoknak megfelelően kijelenthető, hogy amennyiben az állampolgárokat emberi jogaiban éri sérelem külföldön, a védelem lehetősége akár még az alkotmányból is levezethetően megilleti az állampolgárt, tehát az állam objektív jogi védelmi kötelezettségének létrejöttét eredményezi.¹⁹⁶

Az alkotmányjogilag megalapozott igények érvényesíthetősége, illetve bírói kontrollja azonban sokáig kérdéses volt a német joggyakorlatban többek között azzal az indokkal, hogy nem jelentene-e kivitelezhetetlen, és megengedhetetlen korlátozást a külügyek vitelében hatáskörrel rendelkező állami szervek mozgási szabadságának és tevékenységének, ha az általa meghozott döntések bíróságilag felülvizsgálhatók lennének. Az áttörés végül már abban az időszakban következett be, amikor az alkotmány már nem tartalmazott kifejezett rendelkezést a védelmet illetően, azonban a vonatkozó eljárásjogi kérdések alapvetően más megvilágításba kerültek pont az Alkotmány rendelkezéseinek köszönhetően.

¹⁹¹ A Szövetségi Köztársaság ebben az időben nem volt szuverén államnak tekinthető. Az állam területén idegen katonai erők állomásoztak és gyakorlatilag megszállás alatt állt. Tény az, hogy a külügyi kérdésekben való döntéseket is csak a szövetségesek engedélyével, hozzájárulásával hozhatta meg, így az állampolgárok védelmét illetően is szűk mozgásterülete maradt a német államnak.

¹⁹² BverfG E 55, S.349, 364; BverwG E 62, S.11,14

¹⁹³ Hans Schneider: Der Preussische Staatsrat, Verlag C. H. Beck, München, 1952., Williams: The correlation of allegiance and protection, Cambridge Law Journal, Vol.10.

¹⁹⁴ W. K. Geck: im.p.477.

¹⁹⁵ W. K. Geck: im.p.513.

¹⁹⁶ Eckart Klein: Anspruch auf diplomatischen Schutz? in: Der diplomatische Schutz im Völker und Europarecht, p.128.

Elsősorban az Alkotmány 19. cikkének (4) bekezdését kell megemlíteni, amely megváltoztatta az addigi felfogást.

„Amennyiben a közhatalom valakinek a jogait megsérti, annak számára a törvényes út nyitva áll. Amennyiben egyéb hatáskör megállapítására nincs alap, a rendes bíróságokhoz kell fordulni.”¹⁹⁷

Ez a rendelkezés nem emeli ki a külügyi kérdésekkel kapcsolatos döntéseket (sem) a felülvizsgálat köréből. Kérdés az, hogy, ha az állampolgár kérelméhez kapcsolódó mérlegelési kötelezettséget mulasztja el a közhatalom, tekinthető az a 19. cikk szerinti jogsértésnek? A jogirodalom egyes képviselői szerint¹⁹⁸ a mérlegelési kötelezettség megsértése nem elég a megtámadási keresethez, egyidejűleg különösen védett jognak is érintve kell lennie. Mások szerint, ha az állampolgár diplomáciai védelmet kér az államától, úgy egy jogviszonyt teremt a kérelmező és a kormány között, amiből bár a diplomáciai védelemre nem származik joga, de arra igen, hogy érdekeit a mérlegelési hatáskör gyakorlása során figyelembe vegyék, így kimondható, hogy joga van a megfelelő mérlegelésre, és ebben a jogában megsérthető.¹⁹⁹ Ezt a felfogást a joggyakorlat is érvényesíti.²⁰⁰ Amennyiben a bíróság úgy találja, hogy a nemzetközi jog alapján az állam jogosult volt diplomáciai védelmet nyújtani, megvizsgálja a hatóságok milyen szempontokat érvényesítettek a döntés során és ezáltal dönt arról, hogy a mérlegelési kötelezettségét megsértette-e az állam. Más kérdés, hogy ebben az esetben is legfeljebb a döntés újonnan való mérlegelésére kötelezheti az államot a bíróság. A legtöbb esetben az állam képviselői azzal védekeznek egyébként is, hogy minden szempont figyelembe vételével jártak el, figyelembe vették a nemzetközi jog szabályait, vizsgálva, hogy teljesülnek-e a diplomáciai védelem nyújtásának feltételei, illetve a védelem érdekében alkalmazott intézkedések megfelelnek-e az általános nemzetközi elvárásoknak, mégis bizonyos külpolitikai érdekeket előbbre valónak tekintettek. Így az adott körülmények között a megtett intézkedések voltak a legmegfelelőbbek, bár a kormány által figyelembe vett körülmények a legtöbb esetben rejtve maradnak.

¹⁹⁷ Nemzeti alkotmányok az Európai Unióban, szerk.Trócsányi László-Badó Attila; KJK-Kerszöv Jogi és Üzleti Kiadó Kft.Budapest 2005.

¹⁹⁸ Hans Schneider: Gerichtsfreien Hoheitsakte; Tübingen 1951.

¹⁹⁹ Kassimatis: Der Bereich der Regierung, Duncker & Humblot, Berlin [1967)

²⁰⁰ A jogirodalom meglepődve állapítja meg, hogy a joggyakorlat milyen alapon foglalkozott már többször is a diplomáciai védelem intézményével; Bundesentschädigungsgesetz –BEG 43.cikke alapján mindazok az üldözöttek, akiknek szabadságát megvonták annak következtében, mert elvesztették a Német Birodalom védelmét, kártérítésre jogosultak.

Míg a korábban említett rendelkezés leginkább a bírósági felülvizsgálat lehetőségének megteremtését jelentette, addig a következő szabály már az állam felelősségét veti fel a külügyek vitele során elkövetett mulasztásokkal kapcsolatban. Így amennyiben a kérelmező jogsértőnek, tehát a mérlegelési kötelezettséget sértőnek találja a diplomáciai védelem nyújtásáról való döntést, az Alkotmány 34. cikke (Art. 34 GG), illetve Polgári Törvénykönyv 839. cikke alapján (§839 BGB) is igényt érvényesíthet a bíróság előtt.

Az Alkotmány 34. cikke így szól: „Amennyiben valaki egy rábízott közhivatal gyakorlása során megsérti harmadik személlyel szemben fennálló hivatali kötelességét, a felelősség alapvetően az államra vagy arra a testületre hárul, melynek szolgálatában áll (...). A kártérítési igény esetén a rendes törvényes utat nem lehet kizárni.”²⁰¹

Ezen rendelkezés alapján nemcsak az jelenthető ki, hogy a külügyi hatalom aktusai biztonságosak kivéve a (alkotmány) bírósági kontroll alól, hanem az is, hogy az elkövetett mulasztásnak akár felelősségi következményei is lehetnek. A BGB 839. cikke alapján kártérítésre jogosult az állammal szemben az állampolgár, ha a bíróságon bizonyítja, hogy nem megfelelően mérlegelték az érdekeit a diplomáciai védelemről való döntés során. A kártérítési igény érvényesítésének sikerét növeli, ha esetlegesen az Alkotmány 19. cikke alapján már megállapították a közhatalom által elkövetett jogsértést.²⁰² A kapcsolódó jogirodalom számára vitára ad okot azonban egy 1910-ben elfogadott szabályozás a Birodalom tisztviselőiért való felelősségéről, melynek 5§ 2. pont alatti rendelkezése szerint a szövetségi kancellár egy felelősséget kizáró nyilatkozatot adhatott, abban az esetben, ha a külszolgálattal kapcsolatos ügyben érintett tisztviselő magatartása politikai vagy nemzetközi szempontoknak megfelel.²⁰³

Bár ezt a felelősséget kizáró rendelkezést igyekeztek egyre szűkebb területre korlátozni, így a weimari alkotmány szerint azokra a területekre, melyek a kancellár által meghatározott politikai iránymutatásokhoz kapcsolódnak,²⁰⁴ így is meg kell jegyezni, hogy az állami felelősséget az Alkotmány 34. cikke szerint csak akkor lehet megállapítani, ha a védelem nyújtását nem akadályozták volna politikai és nemzetközi szempontok.²⁰⁵ Meg kell jegyezni azonban, hogy a felelősséget kizáró nyilatkozat érvényesítésének joga a

²⁰¹ Nemzeti alkotmányok az Európai Unióban, szerk.Trócsányi László-Badó Attila; KJK-Kerszöv Jogi és Üzleti Kiadó Kft., Budapest 2005.

²⁰² Wilhelm Karl Geck: im.p.539.

²⁰³ Wilhelm Karl Geck: im.p.505.

²⁰⁴ Wilhelm Karl Geck: im.p.540.

²⁰⁵ Más kérdés, hogy a kancellár nyilatkozata is olyan aktusnak minősülhet, melyet a bíróság felülvizsgálhat.

jogirodalomban vitatott²⁰⁶ és vannak olyan álláspontok, melyek alkalmazása ellen hozzák fel az alkotmány már említett rendelkezéseit, melyek megnyitják az utat a végrehajtó hatalom döntéseinek korlátozás nélküli felülvizsgálata előtt.²⁰⁷

A német álláspont tekintetében a leghitelesebb forrásul a sokat emlegetett *Rudolf Hess*-ügy szolgál.²⁰⁸ 1977 júniusában Hess, akit 1947-ben életfogytiglani börtönbüntetésre ítélték és a Berlin-Spandau börtönben tartottak fogva, eljárást indított a Német Szövetségi Köztársasággal szemben, azzal érvelve, hogy a kormány köteles lett volna diplomáciai védelmet nyújtani neki, mivel fogvatartásának körülményei a nemzetközi joggal ellentétesek.²⁰⁹ 1980-ban a Szövetségi Alkotmánybíróság úgy döntött, hogy a Szövetségi Kormánynak miközben az alkotmány szellemének megfelelően kötelezettsége van a diplomáciai védelem nyújtására az állampolgárai számára, széles körű mérlegelési hatásköre is van ezzel kapcsolatban.²¹⁰ Azon meggyőződése ellenére, hogy annak eldöntését, hogy milyen módon gyakorol diplomáciai védelmet, a kormányra kell bízni, a bíróság megvizsgálta a kormány cselekményeit és úgy találta, hogy a kormány ebben az esetben a legtöbbet megtette azért, hogy a kérelmező helyzetén javítson. Az a tény, hogy ennek az eredménye nem felelt meg a kérelmező igényének önmagában nem elegendő ahhoz, hogy előidézze az alkotmányjog szerint a kormány kötelezettségét speciális, nagyobb mértékű és következményű további intézkedések megtételére.²¹¹

Így a döntés szerint az állampolgárnak arra van csak igénye, hogy a kormánytól azt követelhesse, hogy az eleget tegyen a diplomáciai védelem érvényesítése terén az egyéni és a kollektív érdekek vonatkozásában fennálló tényleges mérlegelési kötelezettségének, de a bíróság nem kötelezheti az állampolgár kérelme nyomán az államot konkrét diplomáciai lépések megtételére.²¹² A bíróság kétséget kizáróan jogosult volt a kormány döntését megkérdőjelező kérelem vizsgálatára, hiszen jogilag kontrollálhatta, hogy a kormány részéről megtörtént-e a megfelelő mérlegelés a döntést megelőzően. Így nem zárható ki, hogy bizonyos körülmények esetén a kormányt el is marasztalhatja kötelezettségeinek megsértése miatt a diplomáciai védelemmel kapcsolatban.²¹³

²⁰⁶ Eckart Klein: im. p.133.

²⁰⁷ Ress: im.p.462.

²⁰⁸ BverfG, Beschl. V. 16.12.1980-2bvR 419/80, 28 NJW (1981) p.1499.

²⁰⁹ Annemarieke Vermeer-Künzli: Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection, p.286.

²¹⁰ Hess ügy, 90 ILR p.388. in: Annemarieke Vermeer-Künzli: Restricting Discretion p.286.

²¹¹ Hess ügy, 90 ILR p.388. in: Annemarieke Vermeer-Künzli: Restricting Discretion p.287.

²¹² Hargitai József: Az állampolgárok védelmének nemzetközi jogi kérdései; Nemzetközi jog az új alkotmányban, szerk. Bragyova András, KJK. Kerszöv Kiadó Budapest, 1997, p.144.

²¹³ Annemarieke Vermeer-Künzli: im., p.287.

A német gyakorlat így akként foglalható össze, hogy bár a német alkotmányjogi dogmatika elismeri az állam objektív jogi kötelezettségét a diplomáciai védelem tekintetében, mégsem tekinthető a diplomáciai védelem az állampolgárok alanyi jogának, mert joguk csak arra terjed ki, hogy érdekeik mérlegelésére kötelezzék a kormányt. Az állam külügyi kérdésekkel, az állam külkapcsolatainak alakításával foglalkozó hatóságainak széleskörű mérlegelési hatáskörük van, beleértve azon feltételek megállapításának jogát, amelyek teljesülése esetén diplomáciai védelmet nyújtanak, és a tekintetben is, hogy milyen intézkedéseket eszközölnek ennek során.

Az eddigi államoktól eltérően így Németországban mind a szabályozás, mind a dogmatika igyekszik megteremteni egy, a nemzetközi jognak eleget tevő, mégis az állam számára kötelezettséget jelentő diplomáciai védelem formáját. A Német Alkotmánybíróság és más német bíróságok is elismerték döntéseikben a német hatóságok ezen kötelezettségét.²¹⁴ Sőt a bírói felülvizsgálat lehetőségének eljárási kereteit is megteremtették azzal, hogy elmarasztalhatóvá tették az államot, de a bírói felülvizsgálat sikere a kormány által gyakorolt mérlegelést illetően szinte egyenlő a nullával.²¹⁵ A bíróságok hiába igyekeztek felállítani a kormány mérlegelésével kapcsolatban kritériumokat, ha a kormány meg tudja védeni álláspontját azzal, ha igazolja, hogy diplomáciai lépéseket tett az ügyben, más kérdés, hogy ezek semmiképp nem voltak alkalmasak a kérelmező érdekeinek védelmére. Ezek fényében a gyakorlat akként összegezhető, hogy a nemzetközi jog által felállított feltételek mellett a diplomáciai védelem csak abban az esetben garantálható, ha ez nem áll szemben a Szövetségi Köztársaság érdekeivel.

A német modellhez hasonló gyakorlatot folytat Hollandia is, a bíróságok itt is jogosultnak tartják a jogsértett állampolgárokat, hogy közvetlenül igényt nyújtsanak be a diplomáciai védelemmel kapcsolatban. Azonban a német indokokhoz hasonlóan ez az igény, illetve ellenőrzési jogosultság itt is korlátozott, tehát leginkább a megfelelő mérlegelésre vonatkozik.

Az eddig bemutatott három ország gyakorlata azt mutatja, hogy az állam diszkrecionális jogát továbbra is fenntartják a diplomáciai védelem nyújtásával kapcsolatban, bár több-kevesebb korlátozást, illetve befolyást eszközölni kívánnak annak érvényesítésével kapcsolatban.

²¹⁴ Hess-ügyben hozott döntés (Hess Entscheidung 7. July 1975, BVerfGE 55, Ostverträge 16. December 1980, BVerfGE 40.

²¹⁵ Eckart Klein: im.p.133.

Itt kell megemlítenünk hát egy olyan, az államok egy része által képviselt megoldást is, mely nemcsak ilyen módon korlátozná az állam jogát a diplomáciai védelem nyújtására, hanem bizonyos körülmények között kötelezné az államot ennek gyakorlására, az egyéni jogok, ha úgy tetszik, emberi jogok messzemenő figyelembevételével.

3.4 A diplomáciai védelem nyújtásának kötelezettsége - az olasz javaslat

A Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációs munkálatai során is felmerült, hogy bizonyos esetekben legyen általánosan kötelező a nemzetközi közösség államainak a diplomáciai védelem gyakorlása. A javaslat szerint ilyen kötelezettség állt volna fenn abban az esetben, ha az állampolgárt külföldön ért sérelem egy imperatív norma megsértésének következménye.²¹⁶ Ezt a gondolatot vitte tovább Olaszország is,²¹⁷ aki szerint a diplomáciai védelem tradicionális felfogása nem felel meg az aktuális nemzetközi jogi viszonyoknak. Olaszország szerint a Nemzetközi Jogi Bizottság által elfogadott álláspont túl tradicionális főleg, amikor azzal a szóhasználattal él, hogy „az állam adoptálja az állampolgára okait, azt saját jogának részévé téve”.²¹⁸ Az olasz álláspont szerint ez a megfogalmazás nemcsak azt sugallja, hogy a diplomáciai védelem joga kizárólag az államot illeti meg, hanem azt is, hogy a jog, amit a nemzetközi jogsértő aktus megsértett szintén csak ezé az államé. Mindazonáltal ez a felfogás nem felel meg a jelenlegi nemzetközi jognak, mivel az állam nemcsak a saját jogát érvényesíti a diplomáciai védelem során és nemcsak a saját jogának megsértése esetén, hanem esetlegesen az egyén jogainak megsértése esetén is. Emiatt Olaszország azzal a javaslattal élt, hogy a tervezet megfogalmazásában meg kellene említeni mind az állam jogait, mind az egyén jogait.

Ez különösen igaz akkor, ha az állampolgárt emberi jogaiban éri sérelem külföldön, akkor voltaképp az állam a diplomáciai védelemről való döntéskor vagy annak nyújtásakor az egyén érdekeiről, emberi jogainak érvényesítéséről dönt, és nemcsak az állam külpolitikai érdekeit mérlegeli. És mivel nemcsak a saját érdekeiről dönt, hanem elkerülhetetlenül az egyént (állampolgárt) megillető emberi jogok érvényesüléséről, az állampolgárnak valamiféle befolyással kell rendelkeznie ezen döntés felett.

Ezzel együtt az olasz álláspont továbbra is az, hogy kizárólag az állam joga a diplomáciai védelem, és a nemzetközi jog nem rendelkezik sem az egyének jogáról a diplomáciai védelem igénylésére, sem az ennek eredményeképp fennálló állami kötelezettségről. Ezen

²¹⁶ First Report on Diplomatic Protection Article 4; ILC A/CN.4/506, p. 27.

²¹⁷ Annemarieke Vermeer-Künzli: im. 2006, p. 283.

²¹⁸ First Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/506, p.24.

főszabály alól azonban bizonyos esetekben mégis kivételeket kell meghatározni, mikor alapjogi értékek védelméről van szó, melynek fontosságát a nemzetközi közösség egésze általában elismeri és érvényesíti.

Így Olaszország a Nemzetközi Jogi Bizottság hasonló logikáján alapuló javaslatát, miszerint az államnak kötelezettsége lenne *ius cogens* (imperatív) normák megsértése esetén a diplomáciai védelemre, tovább pontosította volna. Javaslatára szerint az alapvető emberi jogok súlyos megsértésekor, így az élethez való jog, a kínzás tilalma megsértése esetén vagy embertelen bánásmód, vagy faji diszkrimináció kapcsán, ha ezen jogsértések megtörténtével a jogsérelmet szenvedett egyénnek nem lenne jogorvoslati joga nemzetközi jogi fórumok előtt, az állampolgárságot adó államnak kötelezettsége lenne a diplomáciai védelem nyújtása.²¹⁹ Ezekben az esetekben az államok az olasz álláspont szerint kötelesek kell, hogy legyenek a nemzeti jogukban az egyéni jogok érvényesítésére alkalmas diplomáciai védelemről rendelkezni a hatáskörrel rendelkező nemzeti bíróság, illetve más független nemzetközi hatóság előtt.²²⁰

Ez a felfogás megfelelne a nemzetközi jogban megjelent új elvárásoknak, melynek során az emberi jogok megjelenése a nemzetközi jog alanyává tette az egyéneket, akik a kialakított emberi jogi védelmi rendszer szabályai szerint akár közvetlenül is jogok és kötelezettségek alanyaivá válhattak. A Nemzetközi Jogi Bizottság javaslata végül megbukott, mivel a kötelezettség alól az állam mentesülhetett volna, amennyiben a diplomáciai védelem gyakorlása az állam mindenek feletti érdekét veszélyeztette volna, és ez így a rendelkezés érvényesítését teljesen bizonytalanná tette volna. A Nemzetközi Jogi Bizottság tehát implicite visszatért a diplomáciai védelem hagyományos gyakorlatához, mégis arra bátorítja az államokat, hogy gyakoroljanak diplomáciai védelmet, főleg ha jelentős jogsértés történik, de nem teremtett végül jogi kötelezettséget mindezzel.

3.5 A diplomáciai védelem, mint az állampolgárok jogosultsága? - A magyar gyakorlat

Nem tettünk említést még azokról az államokról, melyeket a Nemzetközi Jogi Bizottság éppen akként határozott meg, mint államok, amelyek elismerik az egyének jogát a diplomáciai védelemre, amennyiben azok külföldön sérelmet szenvedtek. A tervezet ide sorolja többek között Albánia, Belorusszia, Bosznia és Hercegovina, Bulgária, Kambodzsa,

²¹⁹ Comments and Observations Received from Governments, International Law Commission, 58th session, A/CN.4/561/Add.2 (2006)

²²⁰ Olaszország indoklásából, magyarázatából egyértelműen kitűnik, hogy álláspontját a Nemzetközi Bíróság ítéleteire, így a LaGrand és az Avena-ügyben tett megállapításokra alapozza.

Kína, Horvátország, Észtország, Grúzia, Magyarország, Olaszország, Kazahsztán, Lettország, Litvánia, Lengyelország, Portugália, Koreai Köztársaság, Románia, Oroszország, Spanyolország, Macedónia, Törökország, Ukrajna, Vietnam, Jugoszlávia²²¹ példáját.

Tehát többségében a szovjet blokk volt országai, ami azonban érdekes, hogy az állampolgárok számára biztosított diplomáciai védelem alkotmányos megjelenési formájának alaptípusa az 1849 márciusában elfogadott „frankfurti alkotmány” 189.§-a, mely szerint „külföldön minden német állampolgár a Birodalom védelme alatt áll”. Ezt a rendelkezést vette át a szociális alkotmányok öse, a weimari alkotmány, majd annak hatására került az be a II. világháború utáni népi demokratikus és szocialista alkotmányokba, s néhány kapitalista állam szociális ihletésű alkotmányába.²²² A szocialista országokban a szabályozás indoka a legtöbb esetben nem volt más, mint az állampolgárokat „szemmel tartó” paternalista állam igényeinek megfogalmazása.²²³

Elvileg Magyarország célja más volt; a már meglévő állampolgári jogok mellé, a gyakorlatban már érvényesülő,²²⁴ újabb jogosultságot kívánt meghatározni.

A magyar állampolgárok jogai és érdekei külföldi védelmének alkotmányos alapjoként való megfogalmazására vonatkozó igény az 1980-as évek közepén bukkant fel a magyar szakirodalomban.²²⁵ Az eredeti elképzelések, illetve javaslatok arról szóltak, hogy mindenképpen biztosítani kell az állampolgárok konzuli védelemhez való jogát, de fenntartva a diplomáciai védelem esetében az állam diszkrecionális jogát.²²⁶ Az elképzelések eredményeképp a következő rendelkezés került a magyar Alkotmányba.

Alkotmány 69 §(3): „Minden magyar állampolgár jogosult arra, hogy törvényes külföldi tartózkodásának ideje alatt a Magyar Köztársaság védelmét élvezze.”²²⁷

²²¹ First Report on Diplomatic Protection; ILC,A/CN.4/506 para. 80., p.30.

²²² Éliás Pál: A konzuli jog és a diplomáciai védelem alkotmányos kérdései; in Nemzetközi jog az új alkotmányban, szerk. Bragyova András, KJK. Kerszöv Kiadó Budapest 1997, p.125., A jogot adó államok alkotmányos rendelkezései: Észtország 13. cikk(1), Lettország-98. cikk,Litvánia-13.cikk(1) ,Lengyelország-36. cikk

²²³ Éliás Pál: A konzuli jog és a diplomáciai védelem alkotmányos kérdései; in Nemzetközi jog az új alkotmányban, szerk. Bragyova András, KJK. Kerszöv Kiadó Budapest 1997, p.126.

²²⁴ Az 1987. évi 25. számú tvr. 2.§-ának (3) bekezdése ekképp szabályozta az állampolgárok külföldi jogvédelmét: „ A külföldön tartózkodó magyar állampolgárok jogainak és érdekeinek védelmét a Magyar Népköztársaság külképviseleti szervei látják el.”

²²⁵ Éliás Pál: A konzuli jog és a diplomáciai védelem alkotmányos kérdései; in Nemzetközi jog az új alkotmányban, szerk. Bragyova András, KJK. Kerszöv Kiadó Budapest 1997., p.115.

²²⁶ Éliás Pál: Állampolgáraink jogainak és érdekeinek védelme külföldön, Külpolitika, 1987.4.sz,31

²²⁷ 1949. évi XX. tv. (forrás:Complex Jogtár)

Alapvető kérdésként merül fel az idézett alkotmányos rendelkezés kapcsán, hogy az állam kinek nyújthat védelmet külföldön, így az állampolgársági viszony meghatározása alapvető fontosságú a rendelkezés érvényesítése szempontjából. Az „új” állampolgársági törvény, az 1993.évi LV. tv. az állampolgárokat megillető védelem tekintetében is megfelelő szabályozást jelent. Rögzíti ugyanis, hogy a magyar állampolgárokat az állampolgárság keletkezésének, illetve megszerzésének időpontjától kezdve megkülönböztetés nélkül megilletik az állampolgársághoz fűződő jogok.²²⁸ Tehát a törvényben található rendelkezések megteremtik a kapcsolatot az állampolgárság és a státuszjogok között.

A külföldi tartózkodás kritériuma szintén részét képezi a vonatkozó alkotmányos státuszjognak. Valójában itt annak a védelemnek a külföldön való biztosításáról van szó, melyet egyébként az állampolgár tekintetében az állam belföldön is biztosít. Kérdés azonban, hogy a védelem biztosításának feltétele-e a külföldön tartózkodás, vagy sokkal inkább arról van szó, hogy az állampolgárhoz, de a védelem tekintetében az államhoz is kapcsolódó „védeni kívánt jognak vagy érdekeknek kell „külföldön tartózkodnia”.²²⁹

A „külföldön tartózkodás” nem fogalmi eleme a diplomáciai vagy konzuli védelemnek a nemzetközi jog szerint, e védelem igényét sokkal inkább a külföldön előálló jog vagy érdeksérelem váltja ki. Amennyiben azonban a rendelkezés szó szerinti értelmét vesszük alapul a védelem tartalmáról, máris kizárhatjuk a diplomáciai védelem körét, hiszen az tipikusan az állampolgár hazatérése után a Külügyminisztériumhoz benyújtott kérelem alapján indul, és az állam belső külügyi csatornáit, eljárását veszi alapul.

Szintén támadható az a kitétel az Alkotmány vonatkozó rendelkezésében, hogy az állampolgárt csak *törvényes* kinn tartózkodása alatt illeti meg a védelem. Az 1989. évi alkotmányrevízió előtt fogadta el az Országgyűlés a külföldre utazásról és az útlevélről szóló 1989.XXVIII. törvényt, amely speciális korlátozásokat fogalmaz meg a külföldre utazással kapcsolatban. Az azok megsértésével külföldre utazó állampolgár külföldi tartózkodását nem tekinthették törvényesnek.²³⁰ Azonban abban az esetben, amikor az alkotmányos rendelkezés célja egyértelműen az, hogy az állam és állampolgár viszonyára reagálva védelmi lehetőséget teremtsen, nem tartható fenn egy olyan álláspont, ami a külföldre utazás szabályainak megsértése esetén kizárná az állampolgárt a védelemből,

²²⁸ Madari Edit-Parragi Mária: A magyar állampolgárságról szóló új törvény. Magyar Közigazgatás, 1993.6.sz, pp. 322-323.

²²⁹ Éliás Pál: A konzuli jog és a diplomáciai védelem alkotmányos kérdései; in Nemzetközi jog az új alkotmányban, szerk. Bragyova András, KJK. Kerszöv Kiadó Budapest 1997., p.120.

²³⁰ Éliás Pál: im.p.121.

hiszen ez a jog, mint státuszjog, az állampolgárság fogalmának egyik kulcsfontosságú eleme.²³¹

A legfontosabb kérdés azonban, hogy az Alkotmány rendelkezése valójában milyen védelmet takar. Nemzetközi Jogi Bizottság a diplomáciai védelem kodifikációs munkálatai alatt is akként rögzítette a magyar alkotmány rendelkezését, mint jelenleg is hatályos európai példát az állampolgárok alkotmányban rögzített diplomáciai védelem jogára.

Tény, hogy az Alkotmány rendelkezése nem differenciál, elvileg a fent említett rendelkezés mind a diplomáciai védelem intézményét, mind a konzuli védelem intézményét magában foglalja. Valóban ilyen teljes körű jogosultságot biztosítanánk?

Ha az ehhez kapcsolódó tudományos irodalmat áttekintjük,²³² illetve a magyar állampolgárokat külföldön megillető védelem jogi rendezését megvizsgáljuk, arra a következtetésre juthatunk, hogy az Alkotmány 69 §(3) bekezdése *kizárólag* a konzuli védelemre való jogosultság megteremtését jelenti.

Már az Alkotmány módosításáról szóló törvényjavaslathoz benyújtott részletes indokolásnak a 69.§-ra vonatkozó 16. pontja arról ír, hogy: „Az állampolgárság a modern államok és polgáraik kapcsolatának kifejezésére alkotott speciális jogintézmény, olyan jogi kapcsolat, amely kifejezi az állam és polgár egymásra utaltságát, viszonyát, s amelynek alapján-egyebek mellett- a polgárt az állam részéről védelem illeti meg (...) Megilleti továbbá a magyar állampolgárokat külföldi tartózkodásuk idején - a külképviseleti szervek útján - a védelem joga.”²³³

A külképviseletek által nyújtható védelem, pedig jellemzően a konzuli védelem intézményét takarja. Ha ez még mindig nem győzne meg minket a védelem korlátozott jellegéről, a kormány minden kétséget eloszlat a külügyminiszter feladat-és hatásköréről szóló 152/1994. (XI. 17.) Korm. Rendelettel, melynek megfelelően a külföldön tartózkodó magyar állampolgárok Alkotmányban garantált jogvédelméről a külügyminiszter a konzuli feladatok ellátásával gondoskodik.²³⁴

²³¹ Ez a felfogás az állampolgárságtól való megfosztás korábbi rosszlelkű gyakorlatára emlékeztet, amikor a törvényellenesen külföldön tartózkodó magyar állampolgár a tulajdonhoz való jogában korlátozható volt.

²³² Luke T. Lee: *Consular Law and Practice*, 2. kiadás Oxford 1991. p.125.

²³³ Éliás Pál: A konzuli jog és a diplomáciai védelem alkotmányos kérdései; in: *Nemzetközi jog az új alkotmányban*, szerk. Bragyova András, KJK Bp. 1997. p. 115.

²³⁴ A magyar jogszabályi rendelkezések a KJK Kerszöv Kiadó CD jogtárából származnak.

A védelem tehát biztosított, igaz csak a konzuli védelem, de arra legalább a 2001. évi XLVI. konzuli törvény szerint „(Konzuli védelemre) a magyar állampolgár jogosult”²³⁵(3. § (1). Akkor mi a helyzet a diplomáciai védelemmel Magyarországon?

A gyakorlati tapasztalatok azt mutatják, a külföldi jog- és érdekvédelem állampolgári alapjogát a diplomáciai védelem tekintetében még nem tudjuk biztosítani. A védelem eszközének megválasztásában, így a diplomáciai védelem nyújtása tekintetében az ezzel foglalkozó írások nem tartják indokoltnak az államot korlátozni, mert számos külpolitikai, gazdasági és egyéb ok készítheti a diplomáciai védelem mellőzésére. Márpedig a diplomáciai védelem állampolgári alapjoggá tétele kizárja a választás lehetőségét.²³⁶

Általában a többi olyan állam gyakorlatáról is elmondható, ahol a védelem lehetőségét kifejezetten biztosítják, hogy hiába rendelkeznek a védelem jogosultságáról, ezek a vállalatok az állammal szemben nem kikényszeríthetők.²³⁷

Mindenestre a diplomáciai védelem, mint igényérvényesítési eljárás a jelenlegi nemzetközi gyakorlatban a tradicionális felfogás szerinti feltételek és nemzetközi keretek között zajlik, melyek rendszerében csak a legújabb nemzetközi kihívások, az emberi jogok gyakorlata és a beruházásvédelmi szerződések alternatívája indíthat el bármiféle változást.

III. A diplomáciai védelem, mint igényérvényesítési eljárás

Hagyományosan a diplomáciai védelem nyújtásának 3 feltétele van:

- Az állampolgárság megléte a külföldön sérelmet szenvedett részéről,
- A belföldi/helyi jogorvoslatok kimerítésének feltétele illetve
- Az állam ne veszítse el a diplomáciai védelem nyújtásának jogát.

Ezeknek a feltételeknek a vizsgálata elengedhetetlen a diplomáciai védelem jelenlegi helyzetének megismeréséhez, illetve véleményem szerint a feltételek kapcsán jelentkező gyakorlati problémák és a joggyakorlat állásfoglalásai a diplomáciai védelem jogintézményének megreformálását is elősegíthetik.

²³⁵ A magyar jogszabályi rendelkezések a KJK Kerszöv Kiadó CD jogtárából származnak.

²³⁶ Éliás: i.m.p.31.

²³⁷ Sári János: Közép-európai alkotmányok 1994: a tagadás tagadása. Jogtudományi Közlöny, 1994. 7-8.sz. p.281.

1. Az állampolgárság, mint előfeltétel

A tradicionális felfogás szerint az állam joga a diplomáciai védelemre az állampolgársági kapcsolat függvénye az állam és a sérelmet szenvedett egyén között, hiszen az államnak valamilyen jogi indokot kell bizonyítania ahhoz, hogy az igényt nemzetközi szinten érvényesítse.

Már az 1930-as Hágai Egyezményben²³⁸ is rögzítésre került, hogy minden állam maga állapítja meg a saját joga szerint, kit tekint állampolgárának. Azonban az állam ezen joga nem abszolút természetű. A nemzetközi jog által adott keretek meghatározhatják az állampolgárság kérdésének bizonyos belső jogi meghatározásait, vagyis a nemzetközi jog szabályainak, elveinek megfelelő belső jogi szabályozás minden esetben feltétele az állampolgárság más államok által való elismerésének.

Míg a születés területének elve (*ius soli*), leszármazás elve (*ius sanguinis*) a nemzetközi jog által is általánosan elfogadott alapjai az állampolgárságnak, az állampolgárság megadása tekintetében bizonyos kapcsolat meglétét irányozza elő a nemzetközi jog az állam és a lehetséges állampolgár egyén között. Ahogy a Nemzetközi Bíróság ítéletében²³⁹ is kifejezésre került az állam és az egyén között egy tényleges és szoros kapcsolatnak kell fennállnia ahhoz, hogy a diplomáciai védelem alapjául szolgáló állampolgárságról beszélhessünk.

Mielőtt a *Nottebohm*-ügyben megállapított állampolgársági elv általánosságáról beszélnénk, le kell szögeznünk, hogy az ügyben kialakult speciális körülmények kérdéssé teszik, hogy egy, az ügytől eltérő szituációban is hasonló eredményre jutott volna-e a Bíróság.

Friedrich Nottebohm eredetileg német állampolgár volt, de 1905-től Guatemalában élt. 1939-ben megszerezte a liechtensteini állampolgárságot, tartva a német állampolgárokat a háború kitörése miatt ért jelentős hátrányoktól. A liechtensteini állampolgársági törvény értelmében a honosításnak előfeltétele volt, hogy a kérelmező legalább 3 évig Liechtensteinben éljen. Nottebohm azonban felmentést kapott ez alól, és megkapta a liechtensteini állampolgárságot, ugyanakkor elvesztette a német állampolgárságot. Nottebohm továbbra is Guatemalában lakott, majd mikor mégis elkobozták vagyonát Guatemalában, Liechtenstein fellépett polgára érdekében.²⁴⁰

²³⁸ 1930. Hague Convention on Certain Question Relating to the Conflict of Nationality Laws, Publication of the League of Nations, V. Legal Questions 1930. V.3.

²³⁹ Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955., I.C. J. Reports 1955, p. 4.

²⁴⁰ Nottebohm Case (Preliminary Objection) Judgment of November 18th 1953, I.C.J. Reports 1953, p.III.

Az ügyben tehát két olyan állam is kapcsolatba volt hozható az ügyben szereplő Nottebohm úrral, melyek egyikével, Liechtensteinnel kirívóan gyenge és formális kapcsolattal bírt, míg a másikkal, Guatemalával Nottebohm-nak hosszú évekre visszanyúló, tényleges alapokon nyugvó kapcsolata volt. Bár a Nemzetközi Bíróság nem vonta kétségbe a liechtensteini honosítás érvényességét, a diplomáciai védelem nyújtásának alapjául nem tartotta megfelelőnek. A két kapcsolat összehasonlítása során úgy találta a Nemzetközi Bíróság, hogy az a tény, hogy Liechtenstein ebben az esetben is diplomáciai védelmet kíván nyújtani, egyértelmű bizonyítéka rosszhiszeműségének, nem is beszélve arról a tényről, hogy saját állampolgársági szabályainak áthágására is szükség volt mindehhez. A Bíróság tehát ezek után érthetően indokoltnak találta Liechtenstein igényének elutasítását egy olyan állammal szemben, amelynek jóval erősebb kapcsolata volt a kérdéses személlyel, azonban ki kell hangsúlyoznunk, hogy a megállapított német állampolgárság is igen formális kapcsolaton nyugodott. Tehát, ha ez a formális kapcsolat elég volt az állampolgársághoz kapcsolódó joghátrányok bekövetkezéséhez, akkor a hasonlóan formális liechtensteini kapcsolat is elégséges alap kellett volna, hogy legyen a diplomáciai védelem nyújtásához.²⁴¹

A Nemzetközi Bíróság valószínűsíthetően az eset speciális körülményeinek elsődleges figyelembevételével hozta meg döntését, és nem feltétlenül egy általános nemzetközi jogi szabály megteremtésének szándékával. Az is kétséges, hogy a *tényleges* (effektív) kapcsolat elve a nemzetközi szokásjog általános szabályaként került volna elismerésre, már csak azért is, mert így olyan gyakorlatot teremtett volna meg a Bíróság, amely polgárok nagy számát zárta volna el a diplomáciai védelem lehetőségétől.

A *Nottebohm* döntés kapcsán kialakult vita egyik legjelentősebb érveként sokan azt hangoztatták, hogy a tényleges, szoros kapcsolat megkövetelése kizárólag a kettős állampolgárság eseteiben került elő a döntést megkönnyítő szempontként, de ott sem fogadták el, mint a nemzetközi szokásjog szabályát.²⁴² A *Nottebohm* ítélet utóéletének egyik fontos momentumaként kell megemlítenünk a *Barcelona Traction*-ügyben hozott döntést, melynek egyik indokául a társaság és Kanada közötti tényleges és tartós kapcsolat szolgált.

²⁴¹ Nagy Károly: Az állam felelőssége a nemzetközi jog megsértése miatt, Akadémiai Kiadó Bp.1991. p.125.

²⁴² W. K. Geck, "Diplomatic Protection" in *Encyclopaedia of Public International Law (E.P.I.L.)*(1992) p.1050., Randelzhofer: "Nationality" 3 *E.P.I.L.* p. 507.,C. Parry, "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law" (1956 II) 90 *Recueil des Cours* p. 707.,Kunz, "The Nottebohm Judgment" (1960) 54 *A.J.I.Lp.*536.,Jones: "The Nottebohm Case" (1956) 5 *I.C.L.Q.*, pp. 239-240, 243-244.

A jelenlegi nemzetközi viszonyok között a *Nottebohm*-ügy szerinti *tényleges/effektív kapcsolat* megkövetelése az állam és a sérelmet szenvedett egyén között, a diplomáciai védelem intézményének relevanciáját tovább csökkentheti. A migráció és a bővülő nemzetközi kereskedelem világában egyre több ember kerül messze az állampolgárságát adó államtól és él olyan államban, melynek állampolgárságát nem szerzi meg soha. Kérdéses, hogy ebben az esetben milyen alapon nyújthatna egyik állam diplomáciai védelmet és a másik nem.

A kettős állampolgárság kérdése is szorosan hozzátartozik a diplomáciai védelem alapjául szolgáló állampolgársági feltétel problémaköréhez, ahol szintén felmerül, és talán még kritikusan, a *tényleges állampolgársági kapcsolat* vizsgálatának szükségszerűsége.

Az egyén a *ius soli* és *ius sanguinis* elvének találkozása folytán szerezhethet kettős állampolgárságot, mely intézmény a nemzetközi gyakorlatban, mint egy felszámolandó precedens szerepelt. Bár számos ország megtiltotta állampolgárainak más államok állampolgárságának birtoklását, a nemzetközi jog nem tartalmaz ilyen jellegű tilalmat.

Amennyiben elismerjük a kettős vagy többes állampolgárság létezését, égető kérdésként merül fel, hogy az egyik állampolgárságot adó állam nyújthat-e diplomáciai védelmet az állampolgára másik állampolgárságát adó állammal szemben.

Mind az állami gyakorlat, mind a joggyakorlat megosztott volt ebben a kérdésben. A korai kodifikációs próbálkozások elutasították ennek lehetőségét.²⁴³

A Hágai Egyezmény a kérdéses problémát a *tényleges, illetve effektív kapcsolat elvének* alkalmazásával igyekezett eldönteni. A *tényleges kapcsolat* bizonyítékául a szokásos és elsődleges tartózkodási hely adott államban való meglétét tekintették, azonban említésre került egy sajátos szubjektív szempont is, miszerint „amely állammal látszólag a legközelebbi kapcsolatban áll.” Az 1930 előtti bírói gyakorlat egyértelműen az ún. „*domináns állampolgárság*” elvének alkalmazásával kívánta feloldani a problémás szituációt. A *domináns állampolgárság* kategóriájának értelmezését a jogeseteken keresztül áttekintve megállapítható, hogy kizárt volt a diplomáciai védelem nyújtása azokban az esetekben, mikor a sérelmet szenvedett egyén „a jogértés idején állandó lakóhellyel

²⁴³ Az 1929-es harvardi Egyezménytervezet az államok a területükön idegen állampolgárok személyében vagy tulajdonában okozott károkért való felelősségéről kijelentette, hogy „az állam nem felelős, ha a személy, aki sérelmet szenvedett vagy a személy, akinek a nevében felléptek az állampolgára volt vagy állampolgára”. 1929 Harvard Draft Convention of Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners, AJIL, vol. 23, Special Supplement (1929).

Az 1930-as Hágai Egyezmény szerint „az állam nem adhat diplomáciai védelmet állampolgárának olyan állammal szemben, amelynek ez a személy szintén állampolgára, illetve az 1965-ben a Nemzetközi Jogi Intézet a diplomáciai védelem nyújtása iránti igény elutasíthatóságának alapját látta ilyen esetben.

rendelkezett a jogsértő országban” és „minden olyan jeggyel és tulajdonsággal rendelkezett, ami a francia karaktert jellemzi.”²⁴⁴ Ahogy a *Canevaro-ügyben* rögzítésre került a kizárás indokaként, „ismételen, mint perui állampolgár cselekedett, akár amikor jelöltette magát a szenátusba és mikor Peru hollandiai konzuli képviselője volt”.²⁴⁵

Érdekes megközelítést alkalmazott azonban az Irán-Amerikai Igényérvényesítő Bizottság, amikor azt állította, hogy ezeknek az eseteknek az értelmezése sokkal inkább a kettős állampolgárok követeléseikért való állami felelősség kizárásának elvét támogatja²⁴⁶ (*doctrine of the non-responsibility of States for claims of dual nationals*).

Véleményük szerint felesleges a tényleges kapcsolat bizonyítékait keresni, és kizárólag arra az álláspontra kell hagyatkozni, hogy az egyén másik állampolgárságát adó állammal szemben nem gyakorolnak diplomáciai védelmet. Ezt az elvet sokkal inkább elfogadottnak tekintették a nemzetközi jog általános szabályaként,²⁴⁷ mint a tényleges kapcsolat elvét, melynek szokásjogi jellegét tagadták.²⁴⁸

1949-ben már a Nemzetközi Bíróság is úgy találta tanácsadó véleményében, hogy az a gyakorlat, hogy az állam nem védi állampolgárait a másik állampolgárságukat adó állammal szemben, egy „általános gyakorlat.”²⁴⁹

A jogesetek gyakorlatában további alternatívát jelentett az ún. *tényleges állampolgárság* elvének érvényesítése.²⁵⁰ Valójában a domináns állampolgárság elve és a tényleges állampolgársági kapcsolat vizsgálata ugyanannak a kérdésnek a két oldalát jelentette és leginkább a 19. században került általánosan alkalmazásra, általában az igények elutasításának alapjaként. Ez azonban ahhoz vezetett, hogy az államok lassan arra az álláspontra jutottak, hogy a kettős állampolgárok nevében előterjesztett követelések általában elfogadhatatlanok a bíróság előtt.

²⁴⁴ James Louis Drummond-ügy 1834 in 2 Knapp, P.C.Rep.p.295.

²⁴⁵ J.B. Scott, *The Hague Court Reports*, vol.I, New York 1916-1932, p.284.

²⁴⁶ Az Alexander-ügy és az Oldenbourg és Honey-ügy szintén ennek az elvnek az érvényesítését szolgálta.

²⁴⁷ Oldenbourg és Honey-ügyben, az elvet „a nemzetközi jog elfogadott szabályának” tekintették; in *Decision and Opinions of Commissioners*, 5 October 1929 to 15 February 1930, p.97.

²⁴⁸ A Salem-ügyben a bíróság deklarálta, hogy „(...) az ún. tényleges állampolgárság elve nem eléggé megalapozott a nemzetközi jogban (...) a híres Canevaro-ügyben lett használva, de a választottbíróóság döntése elszigetelt maradt. Ennek megfelelően az egyiptomi kormánynak nem kell hivatkoznia a tényleges állampolgárság elvére az amerikai követeléssel szemben, amennyiben bizonyítani tudják, hogy Salem egyiptomi állampolgár volt.” in *Decisions and Opinions of Commissioners*

²⁴⁹ Az ENSZ szolgálatában elszenvedett sérelmekért való kártérítés kérdéséről szóló tanácsadó véleményében, *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, *Advisory Opinion: I.C. J. Reports* 1949, p. 174.

²⁵⁰ A Nottebohm-ügyben és a Mergé-ügyben nyert alkalmazást és a Nottebohm döntésben az elv lényegét is megtalálhatjuk miszerint, hogy „az állampolgárság egy jogi kapcsolat, amelynek alapja egy tényleges társadalmi kötődés, egy valódi életmódhoz, az érdekekhez és az érzelmekhez kötődő kapcsolat, amelyhez kölcsönös jogok és kötelezettségek járnak.”

A mai nemzetközi jogirodalom is megosztott ebben a tekintetben, és sokan annak ellenére kitartanak a tényleges állampolgárság elvének érvényesítése mellett, hogy bizony az elv gyakorlati alkalmazása számos bizonytalan tényezőt hordoz. Az általános vélekedés szerint a tényleges kapcsolat bizonyítéka lehet a lakóhely vagy tartózkodási hely, mások az állampolgári hűség fontosságát hangsúlyozzák vagy az állampolgárság megszerzésének önkéntes jellegét. Említésre kerül a kapcsolat bizonyítékaként a pénzügyi érdek, a családi élet helye, a családi kapcsolatok, a társadalmi életben való részvétel, a nyelvhasználat, de akár az útlevél birtoklása is. Azonban ezen szempontok közül egy sem tekinthető döntőnek az állampolgársági kapcsolat megítélésénél. A Nemzetközi Jogi Bizottság végül akként foglalt állást,²⁵¹ hogy a kettős vagy többes állampolgárok esetében megengedi a diplomáciai védelmet olyan harmadik állammal szemben, melynek nem állampolgára a sértett személy, és itt nem alkalmazza feltételként a tényleges állampolgársági kapcsolat meglétét, ellentétben azzal az esettel, ahol a jogsértő állam egyike az állampolgárságot adó államoknak. Mindenképpen a minél szélesebb kör számára elérhető diplomáciai védelem intézményének megteremtése érdekében,²⁵² de a jogintézménnyel való visszaélés lehetőségének csökkentésével,²⁵³ itt a diplomáciai védelem joga már csak akkor gyakorolható a kettős állampolgár nevében, ha az igényérvényesítő állam bizonyítja, hogy kapcsolata a sértett személyhez „túlsúlyban” levő,²⁵⁴ mind a jogsértés pillanatát, mind az igény benyújtásának idejét tekintve.

Hasonló szabályozási logika kapcsolódik az állampolgárság másik nemzetközi problematikájához, a hontalanság és a menekültek kérdéséhez is. Bár a diplomáciai védelem intézménye kezdetben kizárólag az állam állampolgárainak igényérvényesítési lehetőségét jelentette, a nemzetközi jog változó gyakorlata megteremtette az igényt az állampolgárság nélkül állók (állandó jelleggel vagy ideiglenesen) részéről is.²⁵⁵ Anélkül, hogy meghatározná akár a hontalanok, vagy menekültek fogalmát, vagy kísérletet tenne jogi helyzetük megállapítására, lehetőséget teremt a diplomáciai védelemre egyetlen feltétellel; ha tényleges kapcsolatot, ebben az esetben jogszerű és tartós tartózkodást

²⁵¹ Draft Articles on Diplomatic Protection 2006; 6-7.cikk.

²⁵² A nemzetközi emberi jogi igényérvényesítési lehetőségek is megengedik a sérelmet szenvedett egyén számára a saját államával szembeni fellépést.

²⁵³ A Nottebohm-ügyben történt rosszhiszemű, csak a személyes érdekeket kiszolgáló állampolgárság-szerzés tanulságából kiindulva.

²⁵⁴ A bizonytalanság azonban továbbra is megmaradt az elv alkalmazásában, hiszen maguk a kodifikációt végzők sem vállalkoztak azoknak a tényezőknél a meghatározására, melyek a döntő állampolgársági kapcsolatot megalapozhatják.

²⁵⁵ Ennek bizonyítékaként tekinthetjük az 1961-es Egyezményt a hontalanság csökkentéséről, illetve az 1951-es Genfi Egyezményt a menekültek jogáról.

igazolnak, mind a jogsértés pillanatában, mind az igényérvényesítés idején. Szintén a *tényleges állampolgársági kapcsolat elvének* burkolt érvényesítéséről van szó akkor, amikor a menekültek esetében kizárja annak lehetőségét, hogy azzal az állammal szemben gyakoroljon diplomáciai védelmet, amelynek a menekült valójában az állampolgára.

A nemzetközi szokásjog szerint a diplomáciai védelem joga nem terjed ki sem a hontalan személyekre, sem a menekültekre.²⁵⁶ Az állampolgársági feltétel következetes alkalmazása a tradicionális felfogás szerint ennek lehetőségét kizárta a diplomáciai védelem köréből.

A Nemzetközi Jogi Bizottság 2006-os tervezete áttörést jelentett ezen a téren. A tervezet 8. cikkelye²⁵⁷ foglalkozik annak a lehetőségével, hogy bizonyos feltételek teljesülése esetén a tartózkodási hely szerinti államok is nyújthassanak diplomáciai védelmet a hontalan és menekült személyeknek. A korábbi gyakorlat átgondolását az tette szükségessé, hogy mind a hontalanok, mind a menekültek²⁵⁸ jogállását illetően jelentek meg nemzetközi egyezmények a nemzetközi közösség rendszerében, melyek azonban nem foglalkoztak ezen személyek lehetséges védelmének kérdésével. A Nemzetközi Jogi Bizottság úttörőnek tekinthető rendelkezései alapul veszik azonban ezen Egyezmények szabályozását, hiszen a hontalanok esetében a Nemzetközi Jogi Bizottság azt a fogalmat használja, mely a Hontalanokról szóló 1954-es Egyezmény sajátja. Mindamellet a menekültek fogalmának meghatározása során a Nemzetközi Jogi Bizottság arra törekedett, hogy kiszélesítse az 1951-es Genfi Egyezmény által használt kategóriát és lehetővé tegye, hogy az államok maguk döntsék el kit tekintenek menekültnek.²⁵⁹

A rendelkezések megalkotásának ezzel együtt mindenképpen olyan előnye van, hogy reagálni kíván a nemzetközi jogban fennálló joghézagra abban a vonatkozásban, hogy mi történik azokkal az egyénnel, akik „nem tudják, vagy nem akarják az állampolgárságuk szerinti állam segítségét, védelmét igénybe venni”. Ebben az esetben nyilván a diplomáciai védelem lehetősége sem merül fel az államaik részéről. Mindamellet a tartózkodási hely szerinti állam védelme sem tekinthető alanyi jogon járó jogosultságnak, hiszen ebben az esetben is mindenképpen érvényesül az államok diszkrecionális joga. A szabályozás lehetséges megvalósulása mindezek ellenére is egy újabb jogosultságként lenne értékelhető a menekültek, hontalanok számára más állam által biztosított jogok mellett, azonban

²⁵⁶ Az 1930-as Hágai Kodifikációs Konferencián Hollandia javasolta, hogy ismerjék el a fogadó állam jogát a menekültek védelmére, de a javaslatot végül elutasították.

²⁵⁷ A 8.cikk (1) bekezdése a hontalanokkal, a (2) bek. a menekültekkel foglalkozik.

²⁵⁸ 1961-es New York-i Egyezmény a hontalanság csökkentéséről, 1951-es Genfi Egyezmény a menekültekről.

²⁵⁹ Amerasinghe: im. p.118.

semmiképp nem jelentené, nem adna alapot ún. jogos várakozásra a későbbi állampolgárságot illetően.²⁶⁰

Mind a kettős állampolgárság, mind a hontalanok és menekültek esetében nyújtandó diplomáciai védelem esetében megtalálhatjuk azonban azt az időtényezőt, mely az állampolgársági előfeltétel folyamatosságának követelményére utal.

A *folyamatosság elve* alapján a tradicionális felfogásban megkövetelik az állampolgárság meglétét a jogsértés bekövetkezésétől az igényérvényesítési eljárás végéig. Ennek az elvnek a következetes alkalmazása mindenképpen válasz azokra a múltbeli vádakra, melyek a diplomáciai védelem intézményét, a politikai visszaélés és befolyásgyakorlás eszközének tekintették.

A folyamatosság követelménye igyekszik kizárni az ún. „állampolgársági adok-veszek” gyakorlat folytatását, ami szerint az állampolgárság megszerzésére csak a diplomáciai védelem megszerzésének érdekében volt szükség. Ennek érdekében nagyon pontosan meghatározza a szabály azt az intervallumot, mely idő alatt rendelkeznie kell a jogsérelmet szenvedett személynek a diplomáciai védelem gyakorlásáért fellépő állam állampolgárságával. Ennek a főszabálynak a megteremtése mellett, a kialakult állami és bírói gyakorlat figyelembevételével azokat a körülményeket is igyekszik meghatározni, melyek esetében a főszabályhoz képest való bizonyos eltérések esetén is jogszerű a diplomáciai védelem igénye. A Nemzetközi Jogi Bizottság tervezete szerint megengednék annak a személynek a nevében való fellépést, aki bár a jogsértés időpontjában nem volt az állam polgára, de az igényérvényesítés időpontjában igen:

- ha az előd állampolgárságával rendelkezett vagy elvesztette előző állampolgárságát;
- ha a személy olyan okból szerezte meg más állam állampolgárságát, mely nem függ össze az igényérvényesítéssel;
- az új állampolgárság megszerzésére olyan módon került sor, mely nem ellentétes a nemzetközi joggal.²⁶¹

A kivételek megengedése a folyamatosság követelménye alól magyarázható azzal, hogy bár a gyakorlat igen szigorú követelményt támasztott a folyamatos állampolgárság feltételének meghatározásával, azokban az esetekben, mikor a sértett személy önszántából, vagy anélkül elvesztette előző állampolgárságát az intervallum alatt, még részesülhessen

²⁶⁰ Amerasinghe: im. p.119.

²⁶¹ Draft Articles on Diplomatic Protection 2006, 5.cikk.

diplomáciai védelemben. A kivételek meghatározásánál azonban szintén érvényesül az a szempont, amely egyébként az állampolgársági feltétel valamennyi esetében; egy olyan joggyakorlatot igyekeznek teremteni, ami mentes a joggal való visszaélés lehetőségeitől.

Az állampolgárság tehát a diplomáciai védelem olyan előfeltételének tekinthető, mellyel kapcsolatban kiterjedt nemzetközi joggyakorlat alakult ki, mégis azt mondhatjuk, hogy a legfontosabb kérdések mindig az állampolgárságot adó államon belül, annak jogi szabályozásában dőlnek el.

1.1 Speciális „állampolgárság”- az állampolgársági kategória kitégítése

Ahogy az előzőekben is rögzítésre került az állampolgárság általában a diplomáciai védelem nyújtásának előfeltétele. A diplomáciai védelem tradicionális felfogása éppen azon a fikción alapul, hogy az állam állampolgárának okozott sérelem az állampolgársági kapcsolat és ennek jogi következményei folytán válik az államot ért sérelemmé. Éppen ezért tekinthető kivételes esetnek az, hogy az államok gyakorlatában meghatározott körülmények fennállása esetén elképzelhető a nem-állampolgárnak nyújtott diplomáciai védelem is. A menekültek és a hontalanok esetében a Nemzetközi Jogi Bizottság újításai már jelzik annak lehetőségét, hogy a jövőben az állampolgársági kategória bővíthető, de leginkább másfajta értelmezésről, illetve megközelítésről van szó valójában. A lehetséges alternatívák alkalmazása pedig nem teljesen újkeletű.

Az Állandó Nemzetközi Bíróság a Panevezys-Sadutiskis vasút ügyében kijelentette, hogy ilyen kivétel megteremtése szerződést kíván. Ezen az állásponton volt a Nemzetközi Bíróság is, mikor az ENSZ szolgálatában elszenvedett sérelmek kapcsán fogadott el tanácsadó véleményt és foglalt állást az állampolgársági szabály egy fontos kivételéről. Ez az álláspont tükröződött a Nemzetközi Jogi Intézet 1965-ben elfogadott döntésében is. A határozat 3. cikke szerint „ilyen követelést akkor lehet előterjeszteni, ha az egyén állampolgár vagy olyan személy, melyet az állam jogosult a nemzetközi jog szerint saját állampolgárai közé sorolni a diplomáciai védelem céljából.”²⁶² Ezek után érdemes áttekinteni azokat az eseteket, ahol ez a kivétel fennállhat.

²⁶² Institut de Droit International: Resolution on the National Character of an International Claim Presented by a State for Injury Suffered by an Individual, Warsaw Session, 1965, Resolutions de l'Institut de Droit International, 1957-91 (1992), pp. 55-56 (1965 II) Annuaire de l'Institut de Droit International, vol. 51, p.268.

a) **külföldi állampolgár szerződéses alapú diplomáciai védelme**

Korábban lehetőség volt arra, hogy az államok olyan polgárok érdekében gyakoroljanak diplomáciai védelmet, akik olyan területen laknak, amely felett az állam speciális hatásköröket élvez és felelősséget visel. Ilyen területek voltak például a mandátumterületek vagy gyámsági területek. A szuverenitást gyakorló hatalom által adható védelem lehetősége azonban korlátozott volt aszerint, hogy milyen szerződés állt fenn a hatalmat gyakorló és az igazgatott állam között, illetve milyen intézményi viszonyok álltak fenn a fennhatóság alatt álló területen.

Meg kell említeni azt az esetet is, ahol a nagyobb hatalommal, befolyással rendelkező államok olyan polgárok védelmében léptek fel, melyek közvetlen veszélynek voltak kitéve, különösen polgárháborúk, háborúk idején.²⁶³ Az ellenséges országban tartózkodó állampolgárok érdekében ilyenkor a megkötött nemzetközi megállapodás eredményeképp egy semleges állam gyakorolhatott diplomáciai védelmet.

A jelenlegi nemzetközi viszonyok között egy ilyen megállapodás akkor merül fel, ha az államnak nincs diplomáciai képvisellete egy olyan külföldi országban, ahol nagyobb számban élnek állampolgárai.²⁶⁴ Ilyen módon került sor a diplomáciai védelem nyújtására az Izraelben kisajátított német vagyon ügyében, amikor is azon ausztrál állampolgárok érdekében, akik elveszítették tulajdonukat azalatt az idő alatt, míg német állampolgárok voltak, Németország nyújtott diplomáciai védelmet Ausztrália és Izrael beleegyezésével, hozzájárulásával.²⁶⁵

Az előbb felsorolt esetekben a védelemre a diplomáciai védelem jogának delegálása²⁶⁶ ad lehetőséget. Ennek a jogi kategóriának a keretei között kerülhet sor arra, hogy egy állam egy másik államra ruházza állampolgárai védelmének jogát. A jog átruházására csak nemzetközi szerződéssel kerülhet sor.²⁶⁷ További általános, minden esetre alkalmazható szabályok nem léteznek a témában, az adott ügyek rendezése mindig a delegáló állam és a delegált állam közötti megállapodások, illetve intézményi kapcsolatok függvénye, és sok esetben befolyásolhatja a harmadik állam magatartása is, akivel szemben a védelmet gyakorolni kívánják. Előfordulhat, hogy a harmadik állam jóváhagyása szükséges a

²⁶³ Oppenheim's International Law, vol.1, 9th ed. : Pearson Education (27 April 1992 - Harlow, United Kingdom) p.936.

²⁶⁴ Sokáig erre a rendelkezésre vezették vissza az uniós polgárok harmadik államban történő védelmének jogát is, és beszéltek a diplomáciai védelem jogáról, azóta azonban egyértelművé vált, hogy itt valójában konzuli védelemről van szó.

²⁶⁵ Encyclopedia of Public International Law, Volume 1., North-Holland 1992, p. 1067.

²⁶⁶ Oppenheim's International Law, vol.1, 9th ed. (1992), p.936.

²⁶⁷ Oppenheim's International Law, p.936.

diplomáciai védelem jogának delegálásához, de kiterjedtebb állami gyakorlat hiányában a szabályok kodifikálására itt nem került sor.²⁶⁸

b) Külföldi állampolgárok védelme szerződés hiányában

A nyugati államok korábban arra használták hatalmukat, hogy külföldön fellépjenek keresztény misszionáriusok érdekében függetlenül azok állampolgárságától.

A legismertebb példa azonban a szerződés nélkül való fellépésre a hajók személyzetének védelme a hajó zászlaja szerinti állam részéről, úgy, hogy a személyzet nem állampolgára a zászló államának.²⁶⁹

Ennek a gyakorlatnak a megalapozottsága sok esetben vitatott volt. A gyakorlat képviselői szerint a hajós olyan szorosan kapcsolódik a zászló államához, hogy ez a kapcsolat igazolhatja a zászló szerinti állam által gyakorolt diplomáciai védelmet.²⁷⁰ Meg kell jegyezni, hogy ez a gyakorlat nem minden államban került alkalmazásra és esetenként harmadik államok tiltakozását váltotta ki. A tengerészek védelmét illetően az esetjog sem egyértelmű.²⁷¹ Az állami gyakorlat legfőképp az USA-ból ered. Az amerikai jog szerint a külföldi tengerészek hagyományosan jogosultak az Amerikai Egyesült Államok védelmére akkor, mikor amerikai hajókon szolgálnak.²⁷² A védelem céljából az a kategória, hogy „amerikai hajós”, magában foglalta a külföldieket is, akik rendszeresen (regularly) amerikai hajókon hajóztak amerikai kikötőkben vagy külföldi kikötőkben, amennyiben kifejezték azon szándékukat, hogy amerikai polgárokká váljanak.²⁷³ Az amerikai álláspont az volt, hogy ha egyszer egy tengerészt besoroztak egy hajóra, az egyetlen releváns

²⁶⁸ A diplomáciai védelem joga delegálásának esetét el kell határolni a követelés átruházásának esetétől, melynek részletesebb tárgyalására az állampolgárság folyamatosságának követelményénél kerül sor.

²⁶⁹ Ennek a gyakorlatnak az analógiájára felmerült, hogy a repülőgépek fedélzetén dolgozó illetve utazó személyek tekintetében is érvényesüljön a lajstromozás szerinti állam joga a diplomáciai védelemre, azonban bár az 1963-as Tokiói Egyezmény ennek az államnak a joghatóságát rögzíti a repülőgép fedélzetén történt cselekmények vonatkozásában, mégis különbség van a joghatóság megállapítása és a diplomáciai védelem jogának gyakorlása között. Jogirodalmi magyarázatok szerint egy repülés időtartama alatt, illetve annak erejéig a személyzet tagjai nem szigetelődnek el olyan mértékig a saját államuktól, mint a tengerészek, akik sok esetben hónapokig maradnak távol államuktól.

²⁷⁰ Hackworth bíró az ENSZ szolgálatában elszenvedett sérelmek kapcsán elfogadott tanácsadó vélemény ügyében, ICJ Reports 1949., p.181., p.202. , Bizonyos feltételek mellett ez értelmezhető úgy is, hogy a hajós kinyilvánította akaratát arra vonatkozóan, hogy a zászló szerinti állam állampolgára kíván lenni, és ez elég a diplomáciai védelem nyújtásához.

²⁷¹ A Mexikó-USA döntőbíróóság 1868-ban a McCready ügyben elismerte a tengerészek ilyen jogait, két későbbi ügyben azonban ellene ítélt.-in J.B. Moore: History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, Vol. 3 (1898), p.2536.

²⁷² Borchard: The Diplomatic Protection of Citizens Abroad (1919), p.475., O'Connell: International Law, London, Stevens, 2nd ed. (1970), vol.2.,p.1050.

²⁷³ Borchard: im. p.475.

állampolgárság a zászló államának állampolgársága lett.²⁷⁴ Az USA Legfelsőbb Bírósága ezt az elvet alkalmazta a Ross v. McIntyre ügyben, állítva, hogy joghatósága van azon brit polgárok felett, akik egy amerikai hajón szolgálnak. „Besorozásával amerikai tengerésszé vált, egyikévé az amerikai személyzetnek egy amerikai hajó fedélzetén, és így jogosult minden olyan védelemre és előnyre, melyet az amerikai kongresszus által elfogadott jog biztosít az amerikai tengerészek számára, és minden kötelezettség és felelősség is terheli.”²⁷⁵

A Bíróság megjegyezte, hogy bár brit állampolgárról volt szó, egy amerikai hajón teljesített szolgálata miatt időlegesen állampolgársági hűséggel tartozik az USA-nak és következésképp nem várhat védelmet a brit kormánytól. Az amerikai hajókon szolgáló külföldiek egyedülálló helyzete következetesen megerősítést nyert az USA diplomáciai és konzuli intézkedéseiben is.²⁷⁶ A Külügyminisztérium általános iránymutatásai szerint: „Az USA kormánya diplomáciai úton eredményesen kizárólag a saját vagy olyan kérelmezők tekintetében tud fellépni, akiknek amerikai állampolgárságuk van, vagy másféleképp jogosultak amerikai védelemre bizonyos esetekben (így az amerikai hajók tengerészeinek meghatározott csoportjai, az USA tengeri és katonai erejének tagjai).”²⁷⁷

Az, hogy ez az amerikai gyakorlat²⁷⁸ szokásjogot teremtett-e az államok gyakorlatát illetően, az kérdéses. A nemzetközi választottbírói döntések következtlenek az állam azon jogát illetően, hogy diplomáciai védelmet nyújtson külföldi tengerészek számára, de inkább afelé hajlanak, hogy az állam jogát megállapítsák ilyen esetekben. A Nemzetközi Bíróság 1949-es tanácsadó véleményében a jogsértések jóvátételéről²⁷⁹ két bírói különvéleményben is állást foglaltak a szabály létjogosultságáról.

Hackworth bíró szerint: „Az állampolgárság az egyének érdekében benyújtott diplomáciai követelés alapvető feltétele. Eltekintve az egyes szerződések alapján vagy amiatt védett személyek speciális esetétől, hogy akik tengerészként és külföldiként a katonai erőnél

²⁷⁴ Ross v. McIntyre, 140 U.S.453 (1891)

²⁷⁵ Ross v. McIntyre, 140 U.S.453 (1891), p.472.

²⁷⁶ Consular Regulations, 1888, ss. 171, 172, Foreign Service Regulations, June 1941 (Hyde, International Law, chiefly as Interpreted and Applied by the United States (1945), vol.2, p.1180.

²⁷⁷ United Nations Reports of International Arbitral Awards-UNRIIA, vol.7, p.177.

²⁷⁸ Mindenestre az USA támadta Kanada fellépését az I'm Alone ügyben mikor a kanadai kormány a hajó nem kanadai állampolgárságú személyzete nevében is kártérítést követelt az amerikai kormánytól-29 A.J.I.L.326, (1935)

²⁷⁹ Reparation for Injuries; Advisory Opinion of 1949. p.174.

szolgálnak...egyértelmű, hogy a védelem joga a védő állam állampolgáira korlátozódik.”²⁸⁰

Badawi Pasha bíró a Bíróság tanácsadó véleményét pedig úgy értelmezte, hogy a tradicionális állampolgársági szabály alól egy fontos kivétel létezik „a zászló állama szerinti védelem vonatkozásában, amikor is a védelem kiterjed mindenkire a hajón, állampolgárságtól függetlenül.”²⁸¹

A jogirodalom megosztott a jogosultság létezését illetően. Így míg például Watts, Schwarzenberger kételkedik abban, hogy ilyen jog létezik, Brownlie, Dolzer és Meyers a szokásjogi szabály létezése mellett érvel.²⁸²

Egy viszonylag friss ügy azonban megválaszolni látszik a védelem jogosultságának kérdését.

1999-ben a Tengerjogi Bíróság döntést hozott az M/V „Saiga” (No.2) ügyben²⁸³, mely támogatta a zászló szerinti állam ezen jogosultságát. Az ügy akkor robbant ki, mikor Guinea feltartóztatta a Saiga hajót és személyzetét. A Saiga St. Vincent-i illetve Grenadine-i zászló alatt közlekedett, kapitánya és legénysége azonban ukrán állampolgárságú volt. Guinea őrizetbe vette a hajót és a legénységet, illetve a kapitány ellen büntetőeljárást is kezdeményezett. St. Vincent tiltakozott az őrizetbe vétel ellen és választottbírói eljárást kezdeményezett Guinea ellen. 1998-ban a felek megegyeztek abban, hogy a Tengerjogi Bíróság elé viszik ügyüket, Guinea azonban St. Vincent kérelmének megengedhetőségét vitatta azon az alapon, hogy a sértett személyek nem St. Vincent-i állampolgárok és nem merítették ki a helyi jogorvoslati lehetőségeket. Végül a Bíróság elutasította ezeket a kifogásokat és megállapította, hogy Guinea sértette meg St. Vincent jogait a hajó és a legénység elfogásával és őrizetben tartásával. A Bíróság érvelése is azt jelzi, hogy a Bíróság is diplomáciai védelemként kezelte az ügyet, és Guinea kifogása is ezt erősítette, mikor a nem-állampolgárok védelmét támadta.²⁸⁴ A Bíróság Guinea kifogásának elutasításakor kifejtette, hogy „a hajót, mindent, ami rajta van, és minden személyt, aki érintett és érdekelt annak működésében a zászló államához tartóznak kell tekinteni. Ezen személyek állampolgársága nem releváns.”²⁸⁵

²⁸⁰ Reparation for Injuries; Advisory Opinion of 1949. I.C.J. Reports pp.202-203.

²⁸¹ Reparation for Injuries; Advisory opinion of 1949. I.C.J. Reports pp.206-207.

²⁸² Fifth Report on Diplomatic Protection, A/CN. 4/538, p.25., para.51.

²⁸³ International Legal Materials 1999. 38 I.L.M.1323.

²⁸⁴ International Legal Materials 1999. 38 I.L.M., p.1346, para. 103.

²⁸⁵ International Legal Materials 1999. 38 I.L.M., p.1346, para. 106.

A gyakorlat tehát egyre inkább elfogadja a zászló államának jogát arra, hogy nem-állampolgárok nevében is diplomáciai védelmet gyakoroljon, és valójában gyakorlati szempontból is mindenképpen előnyösebb egy ilyen konstrukció, mint ha a hajón szolgálatot teljesítő legénység valamennyi tagja nevében esetleges más és más állam kívánna védelmet gyakorolni. Néhány esetben ennek a védelemnek a kiterjesztése merült fel a hajón tartózkodó személyek, utasok körére is.²⁸⁶ A szolgálatot teljesítő tengerészek és az utasok jogi helyzete között azonban jelentős különbségek mutatkoznak. Míg a tengerészek szolgálatba lépésükkel, besorozásukkal mintegy a zászló állama joghatósága alá lépnek be és jogaik, illetve kötelezettségeik keletkeznek ennek megfelelően a zászló államának irányában, addig az utasnak sokkal korlátozottabb és átmeneti kapcsolata van csak a hajóval, illetve ezáltal a hajó zászlaja szerinti állammal. A vonatkozó gyakorlat hiánya is azt a nézetet erősíti, hogy az utas csak az állampolgársága szerinti államtól várhat diplomáciai védelmet.

A harmadik esetkör, ahol nem-állampolgárok kaphatnak diplomáciai védelmet, azokhoz a helyi polgárokhoz kötődik, melyek harmadik államok konzulátusaival és nagykövetségeivel kerülnek kapcsolatba. A konzulátus és nagykövetség küldő állama igényt tart a diplomáciai védelem gyakorlásának jogára. Úgy tűnik, hogy ezt a gyakorlatot leginkább a nyugati államok követték főleg a saját kulturális övezetükön túl, néha szerződés alapján.²⁸⁷

A múltban a kivétel körébe tartozó védelem bizonyos formáit csak időlegesen gyakorolták. Így például azon személyek érdekében, akik olyan állam állampolgárai voltak, amely éppen nem rendelkezett működő kormánnyal. Az USA például egyes kubaiak érdekében is fellépett abban az időszakban, mikor Spanyolország már felhagyott Kuba feletti jogai gyakorlásával, de még nem alakult meg a független Kuba.²⁸⁸

A jelenlegi nemzetközi jogi szabálykörnyezetben nem-állampolgárok érdekében nyújtott diplomáciai védelem továbbra is fontos maradt olyan esetekben például, ha két állam között megszakadnak a diplomáciai kapcsolatok. Szerződések vagy ad hoc megállapodások alapján harmadik állam segítséget nyújthat a két állam állampolgárainak. Mialatt az ilyen jellegű együttműködések kívánatosak a nemzetközi közösségben, nem tisztázott, hogy a jelenlegi nemzetközi jog milyen mértékig tolerálja a diplomáciai védelem

²⁸⁶ R v. Carr, Queen's Bench Division 10 Q.B.D.76, p.85. (1882)

²⁸⁷ Így például multilaterális megegyezés Marokkóval 1880. in J.B. Moore: A Digest of International Law, Vol.2. Washington, (1906) p.747.

²⁸⁸ Encyclopedia of Public International Law, Volume 1., North-Holland 1992, p. 1068.

ilyen formáit. Mindenesetre az megállapítható, hogy az állampolgársági szabály merevsége enyhülni látszik, különös tekintettel a nemzetközi szervezetek alkalmazottainak nyújtható funkcionális védelem teóriájának megjelenésével. Ez a teória mind a tengerészek feladathoz és „szolgálathoz” kapcsolódó védelmének gyakorlatából, mind a kettős állampolgárok kapcsán használt dominancia elvéből „táplálkozik” az egyik legerőteljesebb alternatívája a hagyományos diplomáciai védelemnek.

1.2 A diplomáciai védelem és a nemzetközi szervezetek által nyújtható funkcionális védelem

A funkcionális védelem kategóriáját már korábban is a diplomáciai védelem speciális eseteként említették. Az állam ebben az esetben idegen állampolgároknak nyújtott védelmet azok funkcióját figyelembe véve, így például, ha a külföldi az állam hadseregének tagja vagy a lobogóját viselő hajó személyzetének része volt. A jelenlegi kezdeményezések azonban már megváltozott tartalommal, de hasonló logikára alapozva hirdetik meg a nemzetközi szervezetek sajátos „diplomáciai védelmét” ezen címszó alatt. Vajon ugyanannak a jogintézménynek a változatairól beszélünk?

A két kategória közötti viszony sok esetben képezte vita tárgyát a Bizottság kodifikációs munkájában. Bár vannak hasonlóságok az új típusú funkcionális védelem és a diplomáciai védelem között, lényeges különbségek is találhatók.

A *diplomáciai védelem* mechanizmusa az állam polgárának biztosít jóvátételt az őt ért sérelemre azon az alapon, hogy az egyént ért sérelem az állampolgárságát adó állam sérelme is. A *funkcionális védelem* a nemzetközi szervezet hatékony működését támogatja azzal, hogy biztosítja képviselője megbecsülését.

A Nemzetközi Bíróság 1949-es tanácsadó véleményében a jogsértések jóvátételéről²⁸⁹ kifejtette, hogy az ENSZ egy nemzetközi jogalany, ebből kifolyólag jogok és kötelezettségek alanya lehet, beleértve azt a képességet is, hogy joga védelme érdekében igényt érvényesíthet.

A Bíróság ezt azzal indokolta, hogy „annak érdekében, hogy a képviselő feladatait kielégítően végezze, éreznie kell, hogy ez a védelem a szervezet által biztosított számára, és számíthat rá. A képviselő függetlenségének biztosítása érdekében, és ebből kifolyólag a szervezet független cselekvésének érdekében, lényeges, hogy feladatai kifejtése során nincs szüksége más védelemre (például annak az államnak a közvetlen és azonnali

²⁸⁹ Reparation for Injuries; Advisory opinion of 1949. I.C.J. Reports p.174.

védelmére, ahol tartózkodik), mint a Szervezetére. Különösen a saját államának védelmére nem szabad, hogy számítson. Ha erre az államra kell támaszkodnia függetlensége veszélybe kerülhet, az Alapokmány 100. cikkével ellentétben. Tehát függetlenül attól, hogy egy erős állam vagy egy gyengébb állam állampolgára, olyan országé, melynek nagyobb befolyása van a nemzetközi kapcsolatok alakulására vagy olyané, melynek kisebb, tudnia kell, hogy feladatai kifejtése közben a Szervezet védelme alatt áll.”, A Szervezet funkciója jellegének és a képviselő feladata jellegének megvizsgálása után egyértelművé válik, hogy a Szervezet képessége a funkcionális védelem gyakorlására szükségszerűen az Alapokmányból származó szándék.”²⁹⁰

Felvetődik mégis a kérdés, hogy amennyiben teret engedünk a nemzetközi szervezetek által nyújtható funkcionális védelemnek, „hogyan egyeztethető össze az ENSZ fellépése azzal a joggal, amivel az állampolgárságot adó állam rendelkezik a diplomáciai védelemmel?”²⁹¹ Ez bizony egyfajta versenyt eredményezhet a két jogintézmény között.

„Ilyen esetre nincs szabály, mely elsőbbséget adna egyiknek vagy másiknak, vagy amelyik kényszerítené akár az államot vagy a Szervezetet, hogy tartózkodjon a nemzetközi igényérvényesítéstől. A Bíróság nem látja okát annak, miért ne találnának a felek megoldásokat a jóhiszeműség és a józan ész alapján, és ahogy a Szervezet és tagjai között az Alapokmány 2 cikkének 5. pontja is előírja, a kölcsönös együttműködés alapján.

Bár a két követelés alapja különböző, ez nem jelenti azt, hogy az alperes állam kényszeríthető lenne az okozott kárért kétszer kártérítést fizetni (...) és a Szervezet és az állam közötti versengés kockázata csökkenthető vagy megszüntethető lenne általános egyezmények vagy megegyezések alapján.”²⁹²

Adódik azonban a kérdés, hogy mi a helyzet akkor, ha az alperes állam állampolgára a nemzetközi szervezet sérelmet szenvedett képviselője. Alkalmazható-e ebben az esetben a kettős állampolgároknak nyújtható diplomáciai védelem korlátozó szabálya, miszerint a másik állampolgárságot adó állammal szemben nem nyújtható diplomáciai védelem?

Úgy tűnik azonban, hogy a nemzetközi szervezetek és az állampolgárságot adó állam közötti viszonylatban ez a szabály nem érvényesül, mivel „a Szervezet fellépése ténylegesen nem a sértett egyén állampolgárságán, hanem a Szervezet vonatkozásában való képviselői pozíciójából fakad. Így nem számít, hogy akivel szemben az igényt

²⁹⁰ Reparation for Injuries; Advisory opinion of 1949. I.C.J. Reports p.179.

²⁹¹ Reparation for Injuries; Advisory opinion of 1949. I.C.J. Reports p.175.

²⁹² Reparation for Injuries; Advisory opinion of 1949. I.C.J. Reports pp.185-186.

érvényesítik az állama vagy nem, mivel az állampolgárság kérdése nem tartozik a követelés elfogadhatóságának kérdéséhez.”²⁹³

A funkcionális védelem így teljesen eltérő szerepet tölt be a nemzetközi gyakorlatban, ebből kifolyólag szabályai nem feltétlenül tartoznak egy kodifikációs tevékenység körébe. Míg a hagyományos értelemben felfogott diplomáciai védelem sokkal inkább tartozik az államok felelősségének témaköréhez, addig a funkcionális védelem számos eddig megválaszolatlan kérdése a nemzetközi szervezetek felelőssége jövőbeli szabályozásának egyik megoldandó területe lehet. Többek között felvetődik a kérdés,

- hogy a nemzetközi szervezet mely, illetve milyen minőségű képviselője jogosult a védelemre,
- mely, illetve milyen jellegű nemzetközi szervezetek jogosultak a védelem nyújtására,
- csak a hivatalos tevékenység végzése körében elszenvedett sérelmek esetén igényelheti a szervezet védelmét képviselője,
- a nemzetközi szervezet számára ez kötelezettség,
- előfeltétel-e a helyi jogorvoslatok kimerítése, és
- végül gyakorolható a funkcionális védelem a képviselő államával szemben is.

Azzal együtt tehát, hogy számos megválaszolatlan kérdés létezik a funkcionális védelem kapcsán, leszögezhető, hogy a nemzetközi szervezetek által nyújtható védelem sokkal inkább a nemzetközi szervezet tevékenységének ellátását biztosítja és teszi lehetővé. Előfordulhat, hogy a későbbi jogfejlődés által kidolgozásra kerülő szabályok abban is különbséget fognak jelenteni a diplomáciai védelemhez képest, hogy a képviselő hivatalos tevékenysége során elszenvedett jogsérelem okán nyújtott védelem valahol kötelezettséget fog jelenteni a nemzetközi szervezet számára.²⁹⁴ Jelenleg azonban a diplomáciai védelem és a nemzetközi szervezetek által nyújthat funkcionális védelem kapcsolata a jövőben tisztázandó és megoldandó kérdések egyike. Kérdés, hogy a védelem ilyen módon történő kibővülése előnyös-e a nemzetközi közösség számára, azonban mindenképpen különböző problémákat is felvethet. Így az ún. „forum shopping” jelenség megjelenése is elképzelhető, hiszen ha több „állam” is védelmet nyújthat a sértett egyén érdekei szerint „választ”. Mindenestre az állampolgársági szabály alóli kivételek körét pontosan meg kell

²⁹³Reparation for Injuries; Advisory opinion of 1949. I.C.J. Reports p.186.

²⁹⁴ M. Akehurst: The Law Governing Employment in International Organizations, University Press, Cambridge (1967) pp.99-100.

határozni, és ahogy O'Connell fogalmaz „az államoknak csak addig szabad megengedni, hogy kérelmet nyújtsanak be, ameddig a megfelelő kapcsolat létezik.”²⁹⁵

1.3 Az uniós polgárság, mint a külföldi védelem jogi alapja

Az EUMSZ 20. cikke szerint az uniós állampolgárság az Unió minden polgárát megilleti. Az uniós polgárság célja az Európai Bíróság egyik döntése alapján „a tagállamok állampolgárainak alapvető jogállása legyen, lehetővé téve az azonos helyzetben lévők számára, hogy állampolgárságuktól függetlenül és az e tekintetben kifejezetten előírt kivételek sérelme nélkül azonos jogi bánásmódban részesüljenek.”²⁹⁶ Az Amszterdami Szerződés ezt akként pontosította, hogy az uniós állampolgárság nem helyettesíti, hanem csak kiegészíti a nemzeti állampolgárságot.²⁹⁷ Az uniós polgárság a következő jogokat jelenti a tagállamok állampolgárai számára.

- A tartózkodás és a szabad mozgás joga
- Aktív és passzív választójog a helyhatósági választásokon és az Európai Parlament választásain
- A petíciós jog, illetve az ombudsmanhoz fordulás joga
- Védelemhez való jog bármely tagállam diplomáciai és konzuli hatóságai részéről

A védelemhez való jog vonatkozásában merült fel a kérdés, elképzelhető-e a diplomáciai védelem nyújtása egy új állampolgársági kategória megteremtése folytán? A védelem tartalmáról az EUMSZ. 23. cikke rendelkezik:

„Olyan harmadik ország területén, ahol az állampolgársága szerinti tagállam nem rendelkezik képviselettel, bármely uniós polgár jogosult bármely tagállam diplomáciai vagy konzuli hatóságainak védelmét igénybe venni ugyanolyan feltételekkel, mint az adott tagállam állampolgárai.”²⁹⁸

A rendelkezés helyes értelmezéséhez elengedhetetlen az uniós polgárság valódi jellegének vizsgálata. A hagyományos értelemben vett állampolgárságtól eltérő kategóriáról van szó. A klasszikus nemzetállamok állampolgársága és az Európai Unióhoz kapcsolódó polgárság nem összehasonlítható fogalmak, de az Unió nem is kívánja a két kategóriát egymással

²⁹⁵ O'Connell: International Law, Vol. 2. (1970) p. 1033.

²⁹⁶ C-184/99. sz. Grzelczyk-ügyben hozott ítélet EBHT 2001. I-6193 31. pont.

²⁹⁷ Art. 17.(1). in Treaty of Amsterdam „Citizenship of the Union shall complement and not replace national citizenship.

²⁹⁸ Hasonló rendelkezést tartalmaz az Alapjogi Alapokmány 46. cikke.

ütköztetni.²⁹⁹ A rendelkezései egyértelműek; nem kívánja az uniós polgárság intézményével helyettesíteni az állampolgárság intézményét, sokkal inkább ráépíti azt. Hiszen az uniós jog szabályai szerint uniós állampolgárnak az minősül, aki „valamely tagállam állampolgára.” Tehát azért sem tekinthető *sui generis* jogintézménynek mivel az uniós polgársághoz kapcsolódó jogosultságok megszerzésének nincs más módja, nincs külön eljárási rendje, kizárólag a tagállamok állampolgársági rendelkezéseire hagyatkozik.³⁰⁰ Azonban ez a megoldás annyira tiszteletben akarta tartani az államok szuverenitását, hogy ezáltal egy olyan megoldást fogadott el, amely megakadályozza az egységesen értelmezett polgárság fogalmának érvényesítését. Az uniós állampolgársággal a „tagállamok állampolgárai között egy tartósan biztosított jogi kötelék keletkezett, amely ugyan nem rendelkezik egy államhoz való tartozással összehasonlítható intenzitással, amelynek azonban mégis egy bizonyos mértékben jogilag értelmezhető és létező közös vonásokat kell tulajdonítani.”³⁰¹

Kérdés, hogy ez a fajta uniós állampolgárság tartalma és jellege folytán mennyiben lehet alapja a diplomáciai védelem nyújtásának. A jelenlegi helyzetet tekintve kijelenthető, hogy az uniós polgárság mostani formájában nem teremt általános köteléket valamennyi tagállami állampolgár és valamennyi tagállam között, és az is kérdéses, hogy eléri valaha-e azt a jogi státuszt, melynek megfelelően bármelyik uniós polgár sérelme esetén valamennyi tagállamot érintő jogsértésről beszélhetnénk.³⁰² Hiszen hiába határozzuk meg az uniós polgársághoz kapcsolódóan jogosultságokat, melyek célja az európai identitás erősítése, ha mindeközben nem következetes módon, de legalábbis nem az uniós jogszabályok döntik el, ki lehet állampolgár. Így az uniós polgársághoz kapcsolódó jogosítványok megfelelő érvényesítése is kétségesse válik, illetve tagállamok közötti különbségekhez vezethet. Mindezen megállapítások, illetve az Unió jogi rendelkezései, iránymutatásai szerint³⁰³ a jelenleg fennálló védelem joga a konzuli segítségnyújtásra vonatkozik, ahogy azt a Nemzetközi Jogi Bizottság speciális megbízottja is megfogalmazta:

²⁹⁹ Report from the Commission-Third Report from the Commission on Citizenship of the Union, 07.09.2001 COM (2001) 506 final, p.7.

³⁰⁰ Report from the Commission-Third Report from the Commission on Citizenship of the Union p.7.

³⁰¹ Bleckmann A.: Der Vertrag über die Europäischen Union. DVBl.1992.335.

³⁰² Annemarieke Künzli: Exercising diplomatic protection; The Fine Line between Litigation, Demarches and Consular Assistance, ZaöRV 66 (2006), 321-350, p.344.

³⁰³ Az Európai Unió Tanácsának 95/553/EK határozata az Európai Unió polgárainak diplomáciai és konzuli képviseletek általi védelméről, Guidelines on consular protection of EU citizens in third countries” és a „Reinforcing the European Union’s emergency and crisis response capacities” címet viselő 2006-os iránymutatások

„Az Európai Unió szerződéses rendelkezései, melyek az Európai Unió valamennyi állampolgárának az Európai Unió valamennyi tagállama által nyújtandó diplomáciai védelem jogát tervezte megadni ezáltal megtörtek-hacsak akként nem értelmezhetők, hogy ezek csak a konzuli segítségnyújtásra alkalmazhatók.”³⁰⁴

Az emberi jogok érvényre juttatása és a védelmi rendszer továbbfejlődése szintén olyan lehetőségeket vetett fel, amely a hagyományos állampolgársági kategóriát túllépi. Bizonyos emberi jogi jogsértések esetén ugyanis valamennyi állam jogosult (kötelezett) lehet a védelem nyújtására. Így tehát az állampolgársági kapcsolat, kategória kitágításának, illetve elhagyásának a folyamata figyelhető meg az ún. erga omnes jellegű kötelezettségek megsértése esetén is, mely alapul szolgálhat a diplomáciai védelem nyújtására.

1.4 A diplomáciai védelem gyakorlása az erga omnes kötelezettségek megsértése esetén

A nemzetközi jog két alapvető mechanizmust ismer el a feltétlen alkalmazást igénylő normák egyéneket érintő megsértésének esetére. A diplomáciai védelmet és az erga omnes szerinti állami felelősséget.

A diplomáciai védelem tipikusan egy olyan jogi mechanizmus, mely az államok közötti kétoldalú kötelezettségeken alapszik. Az államok a másik állam állampolgárait meghatározott standardok szerint kezelik, de ezen szabályok megsértése miatt csak egy állam vonhatja felelősségre a jogsértő államot; a megsértett egyén állampolgárságát adó állam.

A Nemzetközi Bíróság az első lépést a Barcelona Traction-ügyben tette meg abba az irányba, hogy elismerje valamennyi állam lehetőségét arra, hogy egy olyan egyén és nem feltétlenül állampolgár érdekében lépjen fel, akinek alapvető jogait megsértették.³⁰⁵ Arra is rámutatott azonban a Nemzetközi Bíróság, hogy „különbséget kell tenni az állam nemzetközi közösség felé fennálló kötelezettségei és azok között, melyek egy másik állam vonatkozásában állnak fenn a diplomáciai védelem területén. Az első jogosultságok vonatkozásban valamennyi államnak érdeke lehet azok védelme, a másik típusú jogosultság esetében azonban ez nem állítható.”³⁰⁶

³⁰⁴ J. Dugard: Seventh Report on Diplomatic Protection, United Nations General Assembly, A/CN.4/567, United Nations, New York, 7.3.2006, p. 10.

³⁰⁵ A Barcelona Traction-ügyben a Nemzetközi Bíróság azt javasolta, hogy egyértelműen határolják el egymástól a diplomáciai védelmet és az erga omnes jellegű felelősség felhívását.

³⁰⁶ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3., para.33.

A 2001-es Felelősségtervezet 48. cikke megfogalmazásával a Nemzetközi Jogi Bizottság arra vállalkozott, hogy továbbfejlessze ezt a nézőpontot. Ezen rendelkezés szerint bármely állam a jogsértés abbahagyását követelheti, ha a nemzetközi jog feltétlen alkalmazást igénylő normáinak súlyos megsértése merül fel, függetlenül attól, hogy a jogsértett személy az állampolgára, vagy a jogsértő állam polgára, vagy esetleg egy harmadik állam állampolgára.

Ennek a védelmi lehetőségnek a megteremtése mindenképpen azt a célt szolgálta, hogy a feltétlen alkalmazást igénylő normák súlyos megsértése a nemzetközi közösség, illetve annak egyes tagjai részéről valamiféle válaszreakciót eredményezzen, illetve eredményezhessen.³⁰⁷ Egyrészt ez a rendelkezés lehetőséget biztosít más igényérvényesítők számára is, hogy a nemzetközi közösség nevében fellépjenek a jogsértő állammal szemben, másrésztől egyfajta kollektív érdek kifejeződése, mely fellátja a védelem kétoldalúságát. Ebben az esetben az igényérvényesítő állam nem a közvetlenül sértett állam, és nem is a követelés elsődleges haszonélvezője.³⁰⁸ Az igény érvényesítéséhez elegendő, hogy az állam, amely fellép az erga omnes kötelezettség kapcsán a nemzetközi közösség tagja legyen. Ebben az értelemben az igényérvényesítő állam, mint a jogsértett nemzetközi közösség tagja valahol saját joga védelmében lép fel, olyan jog érdekében, amin osztozik a nemzetközi közösség többi tagjával.

A Nemzetközi Jogi Bizottság kísérletet tett a két jogi eszköz elhatárolására, és ilyen értelemben foglalkozott az államok felelősségéről szóló tervezetében az erga omnes kötelezettség és a diplomáciai védelem kapcsolatával. A Nemzetközi Jogi Bizottság azonban elmulasztotta tisztázni ennek a védelmi lehetőségnek a viszonyulását a diplomáciai védelem eszközeihez. Ez azonban szükségesnek látszik, hiszen az erga omnes kötelezettségek alkalmazásával felhívott felelősség ugyanúgy egy közvetett jogsértésen alapul.

Az elhatárolás megtörténhet az igényérvényesítés feltételei alapján, mivel a diplomáciai védelem gyakorlásának feltétele az állampolgársági kapcsolat és a helyi jogorvoslatok kimerítése is. Ezzel szemben a 48. cikk nem követeli meg az állampolgársági kapcsolat fennállását. Ez felfogható úgy is, hogy bár az igényérvényesítő állam nem a közvetlenül jogsértett állam, az igény érvényesítésével az állam követelése tekinthető közvetlen követelésnek, hiszen a nemzetközi közösség tagjaként jogi érdekeltsége keletkezhet az

³⁰⁷ Fourth Report on State Responsibility, A/CN.4/517, 2001, para. 52.

³⁰⁸ A. Vermeer-Künzli: A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility erga omnes, (57 ICLQ 553-582) pp. 577-579.

államnak az ilyen jellegű normák megsértése esetén. Ebből kifolyólag a közvetett követelés feltételeit nem kell alkalmazni, így az állampolgársági kapcsolat sem feltétel és a helyi jogorvoslatok kimerítése sem.

Az elhatárolást segítheti a továbbiakban, hogy más a két esetben a felelősség felhívásának a jogkövetkezménye is. A diplomáciai védelmet gyakorló államnak széleskörű mérlegelési joga van a jogorvoslatokat illetően, beleértve a jogsértett egyén kívánságainak figyelembevételét is, általában a nemzetközi felelősség szabályai alkalmazandók a jogkövetkezményeket tekintve.³⁰⁹ Más a helyzet azonban a felelősségtervezet 48. cikke esetén, ahol a 48. cikk 2(a), (b) bekezdése a lehetséges jogkövetkezményeket is rögzíti, így az igényérvényesítő állam a jogsértés abbahagyását követelheti és garanciát kérhet arra, hogy a jogsértés nem ismétlődik meg, illetve kártérítést követelhet a jogsértett állam érdekében vagy a kötelezettség jogosultjainak érdekében.³¹⁰

A Nemzetközi Bíróság azt javasolta, hogy az elhatárolás a megsértett jogszabály típusa alapján történjen meg, hiszen a diplomáciai védelem gyakorlása esetén a feltétel csak az, hogy a nemzetközi jog megsértésével okozzanak jogsértést az állam állampolgárának, ezzel szemben az államok felelősségéről szóló tervezet 48. cikke csak a feltétlen alkalmazást igénylő normák súlyos megsértése esetén alkalmazható. Ez tűnik a legegyszerűbb elhatárolási szempontnak, a helyzet azonban nem ennyire egyértelmű.

Hiszen a feltétlen alkalmazást igénylő normák megsértése miatt az államok felelősségre vonása történhet a diplomáciai védelmen keresztül, és az államok felelősségéről szóló tervezet 48. cikke alapján is. Sőt a nemzetközi jog szerint az emberi jogokhoz kapcsolódó nemzetközi kötelezettségek tipikusan erga omnes jellegű kötelezettségek. Így például a kínzás tilalma. Ennek a tilalomnak a megsértése esetén az állampolgár jogsértett érdekében az állam nyújthat diplomáciai védelmet, de a felelősség az erga omnes rendelkezés alkalmazásával is felhívható, az univerzális joghatóságot használva. Annyi különbséggel, hogy a diplomáciai védelem esetében közvetett igényérvényesítésre kerül sor, és az érvényesített jogok olyan jogosultságok, melyek elsősorban nem az állam jogosítványai, mivel a kínzás tilalmának kimondásával elsősorban az egyének védelmét kívánták biztosítani és ez az emberi jog kerül védelemre a diplomáciai védelem útján. Amennyiben az erga omnes igényérvényesítésre kerül sor a nemzetközi közösség a kötelezettség

³⁰⁹ ILC Report on Diplomatic protection 2006, Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10). p.22.

³¹⁰ Az igényérvényesítés jogalapjának megfelelően elsősorban nem saját érdekében jár el, hanem a nemzetközi közösség képviselőjeként, ezt tükrözi az alkalmazott jogorvoslatok is.

„birtokosa”, így az igényérvényesítő állam is, amely közvetlen igényérvényesítéssé teszi a felelősség felhívását.

Így a jogsértés típusa szerinti elhatárolás nem célravezető, annál inkább a közvetett kereset és közvetlen kereset, illetve igényérvényesítés distinkciója. Azzal, hogy az erga omnes igényérvényesítés esetén az érvényesített jog a nemzetközi közösség egészét érinti a nemzetközi közösség tagjai közül fellépő állam valójában saját jogát érvényesíti, védelmezi, ellentétben a diplomáciai védelem esetével, ahol a Mavrommattis-i fikció elvetése után az érvényesített és védelmezett jog az egyén-állampolgáré. Az erga omnes kötelezettségek felhívása során az igényérvényesítő állam saját jogán vesz részt az felelősség érvényesítésében, ezzel szemben a diplomáciai védelem esetében ezt a jogosultságot a fennálló állampolgársági kapcsolat biztosítja. Természetesen a felelősség felhívásának így elhatárolt két eszköze egymással párhuzamosan is rendelkezésre állhat a feltétlen alkalmazást igénylő normák védelme esetén.

2. A jogi személyek diplomáciai védelme

A jogi személyek társaságok és részvényesek diplomáciai védelme a nemzetközi jog egyik legellentmondásosabb kérdése, főleg a Nemzetközi Bíróság Barcelona Traction-ügyben hozott döntése óta.

A jogi személyek diplomáciai védelmének megjelenése a 19. század utolsó időszakára tehető. Ma már a nemzetközi jog általános szabálya, hogy az állam diplomáciai védelmet nyújthat az állam honosságával rendelkező jogi személyeknek. Míg a természetes személyek diplomáciai védelmét illetően a Nemzetközi Bíróság Nottebohm-ítéletében az ún. ténylegesség elvére helyezkedett az állampolgársági kapcsolatot illetően, addig a jogi személyek esetében a honosság kérdése ennél jóval komplexebb kérdés.

A jogi személyek jogállását szintén a személyes jog szerint kell megítélni, de míg ez a természetes személyek körében különösebb problémát nem okozott, mert az adott államhoz való valamilyen kapcsolódása a fizikai jelenlét meghatározott jelensége folytán könnyen megállapítható, a jogi személyeknél más a helyzet. A jogi személyek egyszerre több országban is működhetnek, szervezeti és jogi identitással rendelkeznek. Attól függően, hogy melyik elemét tekintjük ennek a jogi identitásnak, változhat a személyes jog.³¹¹ A jogi személyek személyes jogát meghatározó eddigi kialakult kapcsoló elvek

³¹¹ Néhány ország azoknak a társaságoknak, akik joga szerint kerültek bejegyzésre csak abban az esetben nyújt diplomáciai védelmet, ha a társaság székhelye vagy a tényleges működés helye, illetve az ellenőrzés

közül a legismertebb a székhely elve (sieve social) és az inkorporációs elv. A székhely elve szerint a jogi személy honosságát annak az államnak a joga adja, amelynek a területén a jogi személy székhelye van. A székhely elv alkalmazása azonban nem minden esetben vezet egyértelmű eredményre, hiszen a nagyobb multinacionális társaságok kapcsán eltérő lehet az igazgatási székhely, és alapítás szerinti székhely.

A bejegyzési elv szerint annak az államnak a joga irányadó a jogi személyre, amelyben a jogi személyt bejegyezték.

A *bejegyzési elv* érvényesülésének hagyománya a jogi személyek kapcsán arra a megfontolásra vezethető vissza, hogy a jog, melynek alapján a társaságot létrehozták, mindenképpen *tényleges kapcsolatot* teremt a társaság és a kérdéses állam közt. Azonban a gyakorlatban a bejegyzés megtörténte egyik vagy másik államban, nem takart valódi kapcsolatot az állam és a bejegyzett cég között.³¹² Esetenként az adókedvezmények és más az állam által nyújtott előnyök kihasználása érdekében döntöttek a kérdéses államban való bejegyzés mellett. A nemzetközi kereskedelmi és beruházási gyakorlatban pedig, arra is sok országban volt precedens, hogy az idegen állam, ahol a cég beruházást kívánt eszközölni, megkövetelte a piacán megjelenni kívánó cégtől, hogy leányvállalatot hozzon létre ebben az államban, melyet a helyi szabályoknak megfelelően abban az államban jegyeztet be.³¹³ Tehát a *bejegyzés elvének* alkalmazása a diplomáciai védelem nyújtásának feltételeként sok esetben hamis kapcsolat alapján történik. Egyes államok által megkövetelt, helyileg bejegyzett leányvállalatok esetén pedig az elv alkalmazása még előnytelenebb helyzethez vezethet. Ebben az esetben ugyanis, amennyiben annak az államnak a részéről éri a társaságot sérelem, amelynek joga szerint a piacra lépés feltételeként a leányvállalatot létrehozták, formálisan a leányvállalatot éri jogsérelem, amely a társaság helyi képviselőjét ellátja. Így azonban a leányvállalat és eképp a cég is a diplomáciai védelem lehetősége nélkül marad, hiszen a leányvállalat formálisan a jogsértő állam honosa, és így a lehetséges igényérvényesítő állam megegyezne azzal az állammal, aki ellen nemzetközi úton fel kellene lépni. Ebben az esetben a bejegyzési elv kizárólagos használata a diplomáciai védelem teljes hiányát eredményezné, és ezáltal a külföldi beruházást eszközölő társaságok számára indokolatlan és túlzott kockázatot.

központja az állam területén, van, vagy ha a társaság részvényeinek többségét az állam állampolgárai birtokolják.

³¹² Access of Private Parties to International Dispute Settlement, www.jeanmonnetprogram.org, p.8.

³¹³ Access of Private Parties to International Dispute Settlement, www.jeanmonnetprogram.org, p.8.

A már említett honosságot meghatározó elvek közös jellemzője, hogy a jogi személy honosságát a társaság egy adott államhoz kötöttsége határozza meg, és független attól, hogy a társaság részvényeseinek mi az állampolgársága. Azonban a *bejegyzés elvének* (a bejegyzés helye szerinti állam) érvényesülése mellett a nemzetközi joggyakorlat ismeri, az ún. *kontroll* elvet, amely szerint a kontrollt gyakorló, illetve lényeges érdekekkel rendelkező személy állampolgársága hat ki a jogi személy honosságára.

Míg a bejegyzési elv kizárólagos használata bizonyos esetekben a diplomáciai védelem lehetőségének elvesztéséhez vezet, addig a *kontroll elv* alkalmazása azzal okoz zavart a gyakorlatban, hogy a társaságok bizonyos formája esetében az igényérvényesítésre jogosult államok csoportját eredményezheti.³¹⁴ A *kontroll elv* szerint ugyanis a társaság annak az államnak a honosa, mely állam képviselői a legtöbb részvénnyel, döntő befolyással, illetve a kontroll lehetőségével rendelkeznek a társaságon belül. Azonban az már kérdéses, hogy mit tekintünk döntő befolyásnak, illetve lényeges érdekelttségnek. A *kontroll elv* alkalmazása abban a tekintetben hasznosnak mutatkozik, hogy meghatározza az uralkodó nemzeti érdeket a társaság tőkéjével kapcsolatban, ami leginkább indokoltá teheti az állam fellépését a társaság érdekében.

A kontrollelmélet az I. világháborút követően jelent meg a joggyakorlatban, és különösen a II. világháború alatt került érvényesítésre. A háború alatt az USA-ban honos német vállalatokat német tulajdonosaik és a *kontroll-elv* folytán német vállalatoknak tekintették.³¹⁵

Ennek az elvnek az alkalmazása azonban nemcsak a gyakorlatban okoz (ott) alkalmazási nehézségeket,³¹⁶ hanem ütközik az államok nemzeti jogában meghonosodott legfontosabb társasági jogi elvekkel.³¹⁷ A hagyományos államon belüli gyakorlat ugyanis a társaságok elkülönült jogi személyiségének doktrínáját erősíti. Ennek megfelelően a társaság elkülönült jogi személyiséggel, így tehát a részvényeseitől függetlenül jogokkal és kötelezettségekkel rendelkezik. Ez az elkülönült jogi személyiség a részvényesek, a társaság tagjainak is előnyös, mivel lehetőséget teremt a részvényes számára a korlátozott üzleti kockázat vállalására azzal, hogy elkerülhetővé teszi számukra a társaság egyes

³¹⁴ Az angolszász országokban hagyományos társasági modell a public ownership struktúra azt eredményezi, hogy a részvények tulajdonlása a társaságban rendkívül töredezett, és így a lényeges érdekekkel rendelkező részvényesek száma elkerülhetetlenül megnő.

³¹⁵ Mádl Ferenc-Vékás Lajos: Nemzetközi magánjog és nemzetközi gazdasági kapcsolatok joga, Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 1997. pp.215-219.

³¹⁶ A *kontroll-elv* nem vált általánossá, a háború idején azonban nemcsak Angliában, hanem például Belgiumban és az USA-ban is alkalmazták.

³¹⁷ Access of Private Parties to International Dispute Settlement, www.jeanmonnetprogram.org, p.8.

kötelezettségeiért való felelősséget. Ebből kifolyólag a társaságot megillető jogok tartalmában, illetve gyakorlásának módjában sem osztozik.³¹⁸ Ennek a felfogásnak talán jobban megfelel a bejegyzés elve szerint gyakorolt diplomáciai védelem elmélete. A megoldás azonban a fentiek alapján a két elv együttes, egymást kiegészítő alkalmazása lehet.

További érvényesítendő elvként merül fel a természetes személyek kapcsán a *Nottebohm-ügyben* rögzítésre került *ténylegesség elve*.

Néhány állam a joguk szerint bejegyzésre került társaságoknak csak abban az esetben nyújt diplomáciai védelmet, ha a társaság székhelye, vagy a tényleges működés helye, illetve az ellenőrzés központja az állam területén van, vagy ha a társaság részvényeinek többségét az állam állampolgárai birtokolják. A nemzetközi jogban azonban egyik szempont sem tekinthető a tényleges kapcsolat általánosan elfogadott bizonyítékának. A legtöbb esetben az egyik államhoz kötődő elemet összevetik az másik állam szempontjával.

A Nemzetközi Bíróság azonban a jogi személyek diplomáciai védelmével kapcsolatban meghozott legjelentősebb döntésében, bár megemlítette a ténylegesség elvét, ítéletét nem erre alapozta.

A *Barcelona Traction Light and Power Company Ltd. Részvénytársaság* 1911-ben jött létre Kanadában. Működését Spanyolországban elektromos erőművek építése és üzemeltetésével folytatta. A társaság részvényeinek többségét belga állampolgárságú személyek birtokolták. 1948-ban a spanyol állam különböző pénzügyi intézkedései nyomán a társaságot vagyonbukottnak nyilvánították. A spanyol állam által eszközölt intézkedések³¹⁹ miatt a felek között tárgyalások kezdődtek, melyek nem vezettek eredményre.³²⁰ Ezek után nyújtott be Belgium 1958-ban keresetet a Nemzetközi Bíróság előtt Spanyolország ellen, melyben kérte a Bíróságot, hogy állapítsa meg, hogy a spanyol állami intézkedések, illetve mulasztások sértették a nemzetközi jogot, és Spanyolország köteles kártérítést fizetni a belga részvényeseknek. Belgium keresetével szemben Spanyolország pergátló kifogásokat terjesztett elő, melyek egyikében arra hivatkozott,

³¹⁸ Access of Private Parties to International Dispute Settlement, www.jeanmonnetprogram.org, p.9.

³¹⁹ A II. világháború után Spanyolország megtiltotta a külföldi valuta átutalását, ezek az átutalások szükségesek lettek volna a Barcelona Traction cég külföldi valuta kötelezettségeinek teljesítéséhez. Így ezek az intézkedések megakadályozták, hogy a cég teljesítse fennálló kötelezettségeit egyes spanyol cégek irányában, akik aztán be is perelték ezért a Barcelona Tractiont. A céget vagyonbukottnak nyilvánították és vagyoni érdekeltségei spanyol kézbe kerültek. Sokak szerint mind az eljárás, mind a spanyol hatóságok közreműködtek abban, hogy végül a cég spanyol érdekeltségei, üzletei spanyol kézbe kerüljenek.

³²⁰ Fourth Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/530; p.2.

hogy Belgiumnak nincs is joga diplomáciai védelemben részesíteni a kanadai honosságú cég részvényeseit.³²¹

A Bíróság érdemi döntésében egyértelműen érvényesítette az államok gyakorlatában kialakult elkülönült jogi személyiség elvét.³²² Így kifejtette, hogy a diplomáciai védelem jogának eldöntésekor vizsgálni kell, hogy a jogsérelem egészen pontosan a társaság egészének jogait, vagy a részvényesek közvetlen jogait sértette. A társaságot érintő károk természetesen érinthetik a részvényesek jogait, de ebben az esetben a részvényesnek a társasághoz kell fordulnia jogorvoslatért, illetve azért, hogy a társaság lépjen fel jogai érdekében.

A Nemzetközi Jogi Bizottság külön foglalkozott azzal az eshetőséggel, mikor a felmerülő jogsértés közvetlenül a részvényesek jogait érinti. Erre az esetre lehetővé tenné a Nemzetközi Jogi Bizottság, hogy a részvényesek állama diplomáciai védelmet nyújtson. Két dolog azonban pontos meghatározás nélkül maradt; azoknak a jogoknak a pontos meghatározása, melynek sérelme közvetlen jogsértést jelent, illetve annak a jognak a meghatározása, amelyik ezeket a jogosultságokat meghatározza.

A Bíróság a Barcelona Traction-ügyben kísérletet tett ezen jogok felsorolására; így ilyen jogként határozta meg az osztalékhoz való jogot, a szavazás jogát, részesedéshez való jogot stb.³²³

Természetesen ez a felsorolás nem tekinthető kimerítőnek, és ezt a Bíróság is így gondolta. Ezzel más ügyekre, és döntésekre hagyva a lista további bővítését és újabb jogosultságok meghatározását. Természetesen a helyzet jóval egyszerűbb lenne, ha abban állapodnának meg, illetve arról döntenének, hogy ilyen esetben mely állam nemzeti joga határozza meg ezeket a jogosultságokat; a bejegyzés szerinti állam, a jogsértő állam joga vagy a nemzetközi jog? A Bíróság szerint „csak a társaság jogi „elmúlása” fosztja meg a részvényeseket azon jogorvoslatok lehetőségétől, melyek a társaságon keresztül elérhetők. Ez akkor fordul elő, ha azokat megfosztják minden olyan lehetőségtől, ami független cselekvési lehetőségnek minősül.”³²⁴ Nervo bíró szerint ez egyértelműen akkor következik be,³²⁵ miután „a társaság tartozását már kiegyenlítették.”³²⁶

³²¹ Barcelona Traction-ügy 1970. Judgment p.11., para.3.

³²² Barcelona Traction-ügy 1970. Judgment p.35., para.41., para.42.

³²³ Barcelona Traction-ügy 1970. Judgment p.37., para.47.

³²⁴ Barcelona Traction 1970 ICJ Reports, p.41., para. 66.

³²⁵ A csőd eljárás folyamata nem jelenti azt, hogy a társaság megszűnt volna létezni.-Agrotexim-ügy, Series A, No.330-A, p.25., para.68.

³²⁶ Barcelona Traction 1970 ICJ Reports, p.256.

A Bíróság szerint más lenne a helyzet, ha az állam részéről történt jogsértés a részvényeseknek a társasággal kapcsolatos jogai ellen irányultak volna. Ami ebben az esetben nem állt fenn.³²⁷ Döntése szerint mivel a társaság egészének jogait érte sérelem, a jogsértő állammal szemben az az állam léphet fel, amelynek joga szerint a társaságot bejegyezték, tehát a honos állam Kanada.³²⁸

Belgium javaslatát, miszerint méltányosság alapján a Bíróságnak meg kellene engednie a diplomáciai védelem nyújtását a Bíróság elutasította,³²⁹ mint azt is, hogy Belgium úgymond másodlagos jogként gyakoroljon diplomáciai védelmet, mivel Kanada nem gyakorolja azt.³³⁰ És bár nem utasította el Belgiumnak a *tényleges kapcsolat* vizsgálatára vonatkozó felhívását, azt állapította meg, hogy a társaságot közeli és állandó kapcsolat Kanadához köti, mivel ott jegyezték be a társaságot, illetve a cég abban az országban rendelkezett nyilvántartott irodával.³³¹ Mindazonáltal a jogi személyek diplomáciai védelme tekintetében a *tényleges kapcsolat* tesztje nem minősül abszolút alkalmazandó szempontnak.

A Bíróság megállapításai szerint, az állampolgársággal kapcsolatos *Nottebohm*-ügyből egyébként is nem, vagy csak korlátozottan lehet analógiákat meríteni a jogi személyek diplomáciai védelmére.³³² Mindez annak a megállapításnak a fényében ellentmondásos, hogy míg általában elutasította a *tényleges kapcsolat* elvének alkalmazhatóságát a jogi személyek kapcsán, Kanada honossága mellett érvelve, annak szoros és állandó kapcsolatát emelte ki a jogsértett céggel, mint döntő szempontot. Más kérdés, hogy a *tényleges kapcsolat* elvének ilyen formán való alkalmazása nem feltétlenül csak a bejegyzés szerinti állam honosságát eredményezheti, hiszen a cég többségi részvényesei folytán egy cég hasonlóan szoros kapcsolatba kerülhet a többségi részvényesek államával.

Kubiatowski szerint mindenesetre: „A Barcelona Traction-ügyben hozott ítélet a külföldi részvényesek számára majdnem leküzdhetetlen akadályként jelenik meg külföldi beruházásaik védelmével kapcsolatban. A Barcelona Traction-ügy óta, ahol a Bíróság úgy döntött, hogy a részvényesek érdekei közvetett érdekeket jelentenek, melyek nem igazolják a nemzetközi jogi védelem szükségességét, az igényérvényesítő állam nem terjeszthet elő

³²⁷ Barcelona Traction, 1970 I.C.J. Reports p.34.

³²⁸ Barcelona Traction 1970 I.C.J. Reports p.42, p.46.

³²⁹ Barcelona Traction, 1970 I.C.J. Reports p.48.

³³⁰ Barcelona Traction. 1970 I.C.J. Reports p.49.

³³¹ Barcelona Traction, 1970 I.C.J. Reports p.42.

³³² Barcelona Traction, 1970 I.C.J. , p.42.

kérelmet az állampolgárai érdekében, akik külföldi társaságba fektettek be szerződések és megállapodások hiányában, melyek máshogy rendelkeznek.”³³³

Mialatt ez az állítás rögzíti a szokásos véleményeket a Barcelona Traction döntésről, megállapításai nem teljesen helytállóak. Hiszen a Bíróság kivételeket is meghatároz az általános szabály alól. A bejegyzés szerinti államon kívül azonban csak abban az esetben nyújthatna más állam diplomáciai védelmet, ha

- a társaság már nem létezik,³³⁴ s így nem lenne képes jogainak, illetve a részvényesek jogainak védelme érdekében fellépni,³³⁵
- amennyiben a bejegyzés szerinti állam követte volna el a jogsértést a társaság ellen,³³⁶
- ha a jogsérelem közvetlenül a részvényesek jogait érinti (osztalékhoz való jutás, szavazati jog),³³⁷
- ha a társaság honosságát adó állam lemondott volna a diplomáciai védelem nyújtásának jogáról,
- illetve speciális, jogsértő és a jogsértett állam közötti beruházásvédelmi egyezmény alapján, amely a Bíróság szerint már nem diplomáciai védelmet jelentene a hagyományos értelemben, hanem más nemzetközi igényérvényesítési eszközt (ez már *lex specialis* jog alapján és nem a szokásjog alapján történne).³³⁸

³³³ Kubiatowski: The Case of Elettronica Sicula SpA: Toward Greater Protection of Shareholders (1991) 29 Columbia Journal of Transnational Law 215, 223

³³⁴ A Bíróság bár nem jelenti ki egyértelműen, mégis a társaság bejegyzés helye szerinti megszűnését kívánja feltételül szabni, hiszen a megszűnése csak annak az államnak a joga szerint jelent végső „eltűnést” amelynek a joga szerint létrejött.

³³⁵ Barcelona Traction (Judgment) [1970] ICJ Rep 3, pp. 40–41., paras. 64–68., Dugard: Fourth Report on Diplomatic Protection, UN Doc A/CN.4/530 (13 March 2003) p.57.

³³⁶ Barcelona Traction (Judgment) [1970] ICJ Rep 3, p.48., para. 92., See also at 72–5 (Separate Opinion of Judge Fitzmaurice), 134 (Separate Opinion of Judge Tanaka), 191–3 (Separate Opinion of Judge Jessup); Barcelona Traction (Preliminary Objections) [1964] ICJ Rep 6, 58 (Separate Opinion of Vice-President Wellington Koo). Barcelona Traction (Judgment) [1970] ICJ Rep 3, 257–9 (Separate Opinion of Judge Padillo Nervo), 240–1 (Separate Opinion of Judge Morelli), 318 (Separate Opinion of Judge Ammoun); John Dugard, Fourth Report on Diplomatic Protection, UN Doc A/CN.4/530 (13 March 2003) [57]; International Law Commission, Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, as contained in Report of the International Law Commission Fifty-Eighth Session, UN GAOR, 61st sess, Supp No 10, UN Doc A/61/10 (2006), art 11(b) and commentaries thereto (‘Draft Articles’)- Knight, Stephen J; O’Brien, Angus J --- “Ahmadou Sadio Diallo Republic of Guinea v Democratic Republic of The Congo - Clarifying the Scope of Diplomatic Protection of Corporate and Shareholder Rights” [2008] MelbJIL 5; (2008) 9(1) Melbourne Journal of International Law 151.

³³⁷ Barcelona Traction (Judgment) [1970] ICJ Rep 3, p.36., para 47.

³³⁸ Barcelona Traction, 1970 I.C.J. Reports, para.66. Fourth Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/530; p.3.

A főszabály alóli kivételek közül a legfontosabb megállapításnak az a rendelkezés minősül, mely szerint a részvényesek állampolgársága szerinti állam beavatkozhat, amennyiben a bejegyzés szerinti állam felelős a társaságnak okozott jogsértésért.

Megállapítható, hogy ezafajta kivétel már a Barcelona Traction-ügy előtt is ismert volt az államok gyakorlatában, választottbírói döntésekben. A kialakult gyakorlatról azonban az is kiderült, hogy nem jelentett egyértelmű és minden tekintetben tisztázott joggyakorlatot.³³⁹

Az állami gyakorlatot illetően a jogirodalom is megosztott, így míg például Charles de Visscher, Jones és Cafilisch támogatják egy ilyen szabály létét, O'Connell és De Aréchaga ellenzik azt.

A bírói döntések hasonlóképp nem egyértelműek.³⁴⁰ Mindenestre elgondolkodtató, hogy három olyan esetben minősült a részvényesek államának beavatkozása elfogadottnak, ahol a sértett társaság rá lett kényszerítve a jogsértő államban való bejegyzésre³⁴¹ (Delagoa Bay Railway-,³⁴² Mexican Eagle-³⁴³ és az El Triunfo-³⁴⁴ ügy).

A Bíróság végül elutasította Belgium keresetét, arra való hivatkozással, hogy Belgium nem jogosult diplomáciai védelmet nyújtani a céget ellenőrző belga részvényesek érdekében. A Bíróság a következőképp érvelt:

„Pusztán az a tény, hogy a károk mind a céget, mind a részvényeseket érintették nem jelenti azt, hogy mindketten jogosultak jóvátétel követelésére. Így ha a részvényesek érdekei sérülnek is a céggel kapcsolatban tett intézkedések folytán, ez utóbbi az, akinek gondoskodnia kell a megfelelő intézkedésekről, és bár két elkülönülő egység ugyanazon jogsértés kárvallottja, csak az egyik jogainak sérelméről beszélhetünk. És egy olyan intézkedés, mely csak az egyik ellen irányul és csak a cég jogait sérti meg, nem teremt felelősséget a részvényesek irányában még akkor sem, ha azokat is érinti.”³⁴⁵

Ebben a megközelítésben egyértelmű a különbségtétel szándéka a részvényesek és maga a cég között, illetve kiosztásra kerülnek a formális szerepek; a cég a jogok hordozója, a részvényesek az érdekek birtokosai, akik egy esetlegesen a céget ért jogsértés esetén

³³⁹ Jones számos olyan vitára rámutat, ahol Nagy-Britannia és/vagy az USA ilyen kivétel létezése mellett foglalnak állást, így a Delagoa Bay Railway Company ügyében, a Mexican Eagle ügyben.

³⁴⁰ Alsop-ügy, Cerruti-ügy néha a kivétel erősítéseként kerülnek említésre.

³⁴¹ A helyes megközelítés inkább az lehet, hogy a beavatkozás annál inkább elképzelhető, ha bebizonyosodik, hogy kényszerítették a céget a kérdéses államban való bejegyzésre.

³⁴² Moore: Digest of International Law, vol.VI., p.649.

³⁴³ Moore: Digest of International Law, vol.V., p.841.

³⁴⁴ 15 U.N.R.I.A.A. 467 (1902)

³⁴⁵ Barcelona Traction-ügy 1970. Judgment, p.37., para.46.

kizárólag az érdekeikben sérülnek, de jogaikban semmiképp.³⁴⁶ Ez a nyilván sarkított megközelítés arra a kérdésre próbál rávilágítani, hogy a nemzetközi szokásjogra hivatkozva miért alapozza saját megközelítését teljes egészében a vonatkozó nemzeti társasági jogra, miközben a kialakuló választottbírói gyakorlat és az államok gyakorlata³⁴⁷ egyre inkább elismeri a részvényesek jogainak sérelmét ilyen szituációban, és lehetővé teszi ezek nemzetközi védelmét elkülönülten a társaság védelmétől.

A Bíróság döntését többféle szempont határozhatta meg, többek között a részvényesek állama által nyújtott diplomáciai védelem által előálló jogbizonytalan helyzetet kívánták elkerülni. A természetes személyek kettős állampolgára esetében alkalmazott megoldás, miszerint bizonyos körülmények között megengedi mind a két állampolgárságot adó államnak a védelem nyújtását, analógiaszerű alkalmazása a jogi személyek esetében ütközött volna a hagyományos társasági jogi elvekkel. Felmerülhet *a megelőző elv* alkalmazásának relevanciája is, miszerint az az állam gyakorolja a diplomáciai védelmet a jogsértett személy (természetes, jogi) tekintetében, aki elsőként fordul a bírósághoz kérelmével.³⁴⁸

Kétségtelenül a legvitatottabb kérdése a Bíróság döntésének, hogy amennyiben a bejegyzés szerinti állam nem kíván diplomáciai védelmet nyújtani a jogsérelmet szenvedett társaságnak, ez nem elegendő indok – a részvényesek államának diplomáciai védelemhez való jogához? A Bíróság döntéséhez kapcsolt különvélemények is erről a kétségről árulkodnak.³⁴⁹ Mindenesetre kétséges egy olyan megoldás, mely a kialakult szokásjogi elvekhez való merev ragaszkodása mellett jogvédelem nélkül hagyja a cég részvényeseinek többségét.

Természetesen a *Barcelona Traction*-ügyben-hozott döntés a későbbiekben is a viták középpontjában állt és a jogi személyek diplomáciai védelmével kapcsolatos gyakorlat fejlődéséhez a vonatkozó kritikai megjegyzések vizsgálata is hozzátartozik. A legélesebb kritika akörül bontakozott ki, hogy - bár a Bíróság azt állította - hogy a nemzetközi szokásjog elvei alapján járt el, a társaság elkülönült jogi személyiségéhez mereven ragaszkodó álláspont leginkább az állami gyakorlat figyelembevételéről árulkodott. A

³⁴⁶ Access of Private Parties to International Dispute Settlement..., www.jeanmonnetprogram.org, p.3.

³⁴⁷ Az államok említett gyakorlata nemzetközi szinten is megjelenik kereskedelmi, barátsági szerződések megkötésének formájában, és nem utolsó sorban a kétoldalú beruházásvédelmi szerződésekben.

³⁴⁸ Access of Private Parties to International Dispute Settlement..., www.jeanmonnetprogram.org, p.2.

³⁴⁹ Tanaka szerint a „nemzetközi szokásjog nem tiltja meg a részvényesek védelmét államuk által, akkor sem, ha a társaság honos állama birtokolja az erre vonatkozó jogokat; nincs, ami megengedné, de nincs, ami megtiltaná a kettős védelmet.” Gros szerint annak az államnak kell nyújtani a diplomáciai védelmet, amelynek a nemzetgazdaságát ténylegesen hátrányosan befolyásolja a jogsértés.

másik fő támadási pontot az adta, hogy a Bíróság nyilvánvalóan nem vette figyelembe a kétoldalú és többoldalú beruházásvédelmi egyezmények rendszerét, amelyek valódi képet nyújthattak volna a részvényesek jogainak gyakorlati érvényesüléséről.³⁵⁰ Annyiban mindenképpen számolt a Bíróság a kialakult kétoldalú illetve multilaterális nemzetközi szerződésekkel teremtett „védelmi” gyakorlattal, hogy mindezt a diplomáciai védelemhez képest *lex specialis*-nak minősítette, és elvetette annak hatását, befolyását a nemzetközi szokásjogi szabályok tekintetében.³⁵¹

A legkeményebb kritikák pedig, egyenesen azt állították, hogy a Bíróság egy alkalmazhatatlan precedenst teremtett.³⁵² Hogyan is lehetne elvárni ugyanis, azoknak az államoknak a diplomáciai védelemre való hajlandóságát, melyeknek a társaság formai bejegyzésén kívül nem sok kapcsolata van a társaság tényleges működéséhez. Ez kétségkívül magyarázhatja Kanada viselkedését is, aki szintén húzódozott a diplomáciai védelem gyakorlásától.

Tény, hogy a következő időszak nemzetközi joggyakorlata a beruházásvédelmi egyezmények által létrehozott rendszer megerősödését és további fejlődését hozta, amely komolyan veszélyeztette a jogi személyeknek nyújtható diplomáciai védelem jogintézményének gyakorlati érvényesülését, *Kokott* szerint egyenesen kizárta a diplomáciai védelem gyakorlását.³⁵³ A diplomáciai védelem intézményének előrevetített háttérbeszorulása mindenesetre érthető aggodalom volt, hiszen a Bíróság ebben az ügyben egy olyan precedenst teremtett, mely súlyosan sérti a részvényesek jogait, a részvényesek pozícióját a nemzetközi jog általános elvei fényében is. Inkább hagyatkozott a már meglévő tagállami szabályozásra és nem kívánt módosítani a nemzetközi jog vonatkozó gyakorlatán, kihasználva a nemzetközi jog sokkal rugalmasabb viszonyait,³⁵⁴ megteremtve egy szélesebb körű kivétel lehetőségét.

Az ilyen módon bizonytalanná vált jogintézmény előtt két lehetőség állt. A diplomáciai védelem által nyújtott jogvédelem bizonytalanságának kiküszöbölése érdekében

³⁵⁰ Fourth Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/530; p.6.

³⁵¹ Egyes kritikák szerint semmiképp nem mondható el a Barcelona Traction döntésről, hogy a nemzetközi jog általános gyakorlatát tükrözné. Így például a CMS Gas-ügyben a bíróság az ICSID égisze alatt azt állította, hogy „a *lex specialis*-nak titulált (szabályok) ebben a tekintetben olyan meghatározóak, hogy manapság már általános szabályként jelennek meg természetesen a külföldi beruházásokkal kapcsolatban és más ügyek vonatkozásában is egyre gyakrabban. Ez olyan mértékű, hogy a nemzetközi jog általános szabályait vagy a tradicionális szabályait a nemzetközi igényérvényesítésnek, melyek más megközelítést képviselnek, már-már kivételnek lehet tekinteni.”³⁵¹

³⁵² Stanley D. Metzger: *Nationality of Corporate Investment under Investment Guarantee Schemes* (1971) A.J.I.L. 532,541

³⁵³ International Law Association: *Report of the Seventieth Conference* (2002) pp.276-277.

³⁵⁴ Separate Opinion of Judge Tanaka, *Barcelona Traction* ICJ Reports 1970.

megváltoztatják a vonatkozó szabályokat a beruházók érdekeinek messzemenő figyelembevételével, vagy elfogadják a megváltozott nemzetközi gyakorlatot, és a jogi személyeknek nyújtható diplomáciai védelem intézményét csak kiegészítő igényérvényesítési lehetőségként kezelik.

A Nemzetközi Bíróság - bár kifejezetten nem került megállapításra - az *ELSI*-ügyben hozott döntésével sokkal inkább a kompromisszumos, a beruházók érdekeinek figyelembevételét megvalósító megoldás felé mozdult el a bírói gyakorlat által kialakított, a modern nemzetközi kereskedelmi elvárásokat nem kielégítő állásponttól.³⁵⁵ Bár az eset néhány vonatkozásban eltér a *Barcelona Traction*-ügyben felvázolt alaphelyzettől, a két jogeset összehasonlítása mégis a jogi személyeknek nyújtható diplomáciai védelem gyakorlatát fejlesztette tovább a nemzetközi beruházásokat támogató irányba.

Az *ELSI* társaság, egy Olaszországban bejegyzett céggént működött, melynek tulajdonosi körét két amerikai cég jelentette. A *Barcelona Traction*-ügyben rögzítetteknek megfelelően egy társaság csak a bejegyzés szerinti államtól kaphatott volna diplomáciai védelmet, amely ebben az esetben megegyezett a jogsértő állammal, így csak a jogsértő állam joga által biztosított jogorvoslatok álltak volna rendelkezésre.

A két jogeset közötti hasonlóság alapján azonban a Bíróság mégsem hagyatkozott a *Barcelona Traction*-ügyben elfogadott megállapításokra, megerősítve vagy elvetve azt.³⁵⁶

Ezt a fajta hallgatást értékelhetjük a jogi személyek védelmével kapcsolatos megközelítésekben való elmozdulásként is, és a társaság és részvényeseinek szigorú elkülönítésének elutasításaként is. Amennyiben a Bíróság hasonló megközelítést fogadott volna el, mint a *Barcelona Traction*-ügyben, nem lett volna képes egy rugalmasabb és a külföldi beruházásoknak megfelelő értelmezés érvényesítésére.

Az eset tényállása szerint az USA diplomáciai védelmet gyakorolt két amerikai cég nevében, akik az *ELSI* olasz társaság fő részvényesei voltak. Lényeges kérdés elsősorban

³⁵⁵ See Kubiawski: im., Stanimir Alexandrov, 'The "Baby Boom" of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as "Investors" and Jurisdiction Ratione Temporis' (2005) 4 Law and Practice of International Courts and Tribunals 19, 27; Sean Murphy, 'The *ELSI* Case: An Investment Dispute at the International Court of Justice' (1991) 16 Yale Journal of International Law 391, 393; Peter Trooboff, 'International Decisions: Elettronica Sicula SpA (*ELSI*) (United States v Italy)' (1990) 84 American Journal of International Law 249, 257; Francis Mann, 'Foreign Investment in the International Court of Justice: The *ELSI* Case' (1992) 86 American Journal of International Law 92, 95–8; Robert McCorquodale, 'Expropriation Rights Under a Treaty — Exhausted and Naked' (1990) 49 Cambridge Law Journal 197, 199; Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts (eds), *Oppenheim's International Law* (9th ed, 1992) p.520.

³⁵⁶ *Oppenheim's International Law*, 9th ed., vol.1, p.520.

az volt, hogy az USA jogosult volt-e a diplomáciai védelem nyújtására állampolgárai nevében, akik egy olasz cég részvényesei voltak, és amely társaságot jogsértés érte.

A *Barcelona Traction*-ügyben elfogadott megközelítés szerint az USA-nak nem lett volna lehetősége a kontroll elv alapján diplomáciai védelmet nyújtani. Az *ELSI* ügyben azonban a Bíróság mégis máshogy döntött, és megengedte az USA-nak a diplomáciai védelem nyújtását az amerikai részvényesek érdekében.

A Bíróság álláspontjának megváltozása értékelhető akként is, hogy belátván a *Barcelona Traction*-ügyben elfogadott elv alkalmazhatatlanságát a nemzetközi beruházási gyakorlatban, a kifejezett elhatárolódás nélkül egy sokkal rugalmasabb megoldás meghatározása mellett döntött ítéletében. Lehetséges azonban, hogy az *ELSI*-ügyben a *Barcelona Traction*-ügytől eltérő körülmények kétséget kizáróan igazolhatták az eltérő tartalmú ítélet meghozatalát.³⁵⁷ Valójában a Bíróság került az állásfoglalást a *Barcelona Traction*-ügyben tett megállapítások alkalmazhatóságáról, illetve nem fordított külön figyelmet az elkülönülő jogi személyiség problémájára sem.

Egyrészt a Bíróság végig szem előtt tartotta az olasz állam és az Egyesült Államok közötti barátsági, kereskedelmi és hajózási szerződést, amely alapján az amerikai részvényeseket megilleti külföldön „a nemzetközi jog által megkövetelt teljes védelem és biztonság”, így amennyiben az Egyesült Államok keresetének elfogadhatatlanságáról döntött volna, valójában a két állam közötti beruházásvédelmi szerződés relevanciáját kérdőjelezte volna meg. Ezen túlmenően az eset körülményeinek mérlegelése mindenképp azt valószínűsítette, hogy a részvényesek jogai közvetlenül is sérelmet szenvedtek. Lehet, hogy annak köszönhetően, hogy a Bíróság a felek között levő szerződést vette alapul, de döntésében nem érvényesül a *Barcelona Traction*-ügyben tapasztalt merev elválasztása a társaság és a részvényesek jogainak és ezáltal a társaságot és a részvényeseket ért jogsértésnek.

Legerősebben azonban azok a tények szólnak a speciális döntés meghozatala mellett, melyek a *Barcelona Traction*-ügy megállapításai szerint is kivételt jelenthetnek a bejegyzési elv főszabálya alól; így például, hogy Olaszország, a bejegyzés szerinti állam, maga volt a jogsértő állam illetve az olasz bíróság kimondta a társaság csődjét, amely így megszűnt, nem adva lehetőséget a részvényeseknek a társaságon keresztül történő jogorvoslatra. Ebben a helyzetben a diplomáciai védelem hagyományos szabályok szerinti

³⁵⁷ S. D. Murphy: *The ELSI Case: an Investment Dispute at the International Court of Justice* 86 AJIL 92 (1992)

gyakorlása azzal a jogi „lehetetlenséggel” járt volna, hogy a diplomáciai védelemre jogosult állam saját maga ellen kellett volna, hogy fellépjen nemzetközi szinten.

Az *ELSI*-ügyről mindenképpen elmondható, hogy míg a *Barcelona Traction*-ügy a jogi személyeknek nyújtható diplomáciai védelem szabályainak precíz elemzését adta és kiindulópontul szolgált a jogintézményt érintő viták számára, addig az *ELSI*-ügy megmutatott egy lehetőséget, mely felé haladva a nemzetközi beruházásvédelmi elvárások számára is elfogadhatóbb diplomáciai védelmi gyakorlat születhet.³⁵⁸ Mindazonáltal a két ügy összehasonlítása, illetve az *ELSI*-ügyben tett megállapítások a Bíróság álláspontjának változásaként való feltüntetése megtevesztő lehet. Meglehet, hogy az *ELSI*-ügy után is a *Barcelona Traction*-ügyben tett megállapítások tekinthetők az általános szokásjogi szabályok leképezésének és az *ELSI*-ügy csak ezen általános szabályok alóli kivételek egyik esetét világítja meg pontosabban. Másrészt az *ELSI*-ügy a beruházásvédelmi megállapodás érvényesítése folytán sokkal inkább a *lex specialis* rendszer működésének példája, mint a nemzetközi szokásjog alkalmazásáé a diplomáciai védelem esetében.³⁵⁹

3. A helyi jogorvoslatok kimerítésének kötelezettsége

A nemzetközi szokásjog ezen szabálya alapján³⁶⁰ nemzetközi szinten a diplomáciai védelem útján való jogorvoslathoz jutás addig nem megengedhető, amíg a sértett személy ki nem merítette annak az államnak jogi és más adminisztratív eljárási lehetőségeit, amely felelős az őt ért sérelemért. A szabály alkalmazásától eltérni csak a kérelmező és az alperes állam közötti ilyen irányú megállapodás vagy az ún. *estoppel*-elv alkalmazása esetén van lehetőség.

Borchard szerint a szabálynak a következő indokai vannak:

- Ha egy állampolgár külföldre megy ajánlott, és figyelembe is kell vennie a helyi jog jogsértés esetére biztosított jogorvoslati eszközeit;
- a helyi állam szuverenitásának és függetlenségének a tiszteletben tartása megköveteli, hogy beavatkozástól mentesen működhessen az állam, illetve jogrendszere, azzal a feltételezéssel, hogy bíróságai képesek az igazságszolgáltatásra;

³⁵⁸ Végül az USA elvesztette a pert ténybeli megállapítások eredményeképp, melyek ellen nem tudott megfelelő bizonyítékokat felsorakoztatni.

³⁵⁹ Ezt a gyanúkat támasztja alá a Nemzetközi Bíróság legfrissebb ügye is a témában a Diallo ügy. lsd. a dolgozat beruházásvédelmi részében.

³⁶⁰ A Nemzetközi Bíróság az *Interhandel*-ügyben ismerte el, hogy a helyi jogorvoslatok kimerítésének szabálya a nemzetközi szokásjog „jól kialakult” szabálya, amely azért szükséges, hogy „az államnak, ahol a jogsértés történt lehetősége legyen helyrehozni azt a saját eszközeivel.”

- a sérelmet szenvedett külföldi államtól elvárható, hogy elismerje azt, hogy a helyi kormánynak lehetősége kell hogy legyen arra, hogy saját eljárásaival/eszközeivel szolgáltatson igazságot a sérelmet szenvedett külföldinek;
- ha a jogsértést egy egyén vagy egy alsóbbrendű hivatalnok követi el a helyi jogorvoslatok kimerítése szükséges ahhoz, hogy valószínűsíteni tudjuk, hogy a jogsértő aktus vagy az igazságszolgáltatás megtagadása az állam szándékos cselekménye;
- ha a jogsértés az állam szándékos cselekménye a jogorvoslatok kimerítése azért szükséges, hogy valószínűsítsük, hogy az államnak nincs szándékában a jogsértés orvoslása.³⁶¹

Borchard érvei közül mindenképpen kiemelendő az a szempont, hogy mikor az egyén külföldre megy, feltételezhetően figyelembe veszi a jogsértés orvoslására szolgáló helyi jog szerinti eszközöket, illetve az állami szuverenitás elvének tiszteletben tartása biztosítja a kérdéses állam hatóságainak, bíróságának szabadságát, mentesen minden beavatkozástól.³⁶² A nemzetközi bíróságok esetjoga is alátámasztani látszik ezt az érvelést. A Nemzetközi Bíróság az Interhandel-ügyben kifejtette, hogy „mielőtt egy nemzetközi bírósághoz fordulna egy állam, szükségesnek tekinthető, hogy az az állam, ahol a jogsértés megtörtént lehetőséget kapjon a jogsértés orvoslására a saját eszközeivel, saját jogi rendszerének keretei között.”³⁶³ Az Ambatielos-ügyben pedig a választottbíróság fejtette ki hogy „az alperes államnak joga van megkövetelni azt, hogy valamennyi helyi jogorvoslat teljes egészében kimerítésre kerüljön mielőtt az az állam, akinek az állampolgára jogsértést szenvedett nemzetközi bíróság előtt perbe bocsátkozna.”³⁶⁴

A diplomáciai védelmet igénylő állampolgárnak a helyi jogorvoslatok vonatkozásában kimerítési kötelezettsége van, mely a következő követelményt támasztja az állampolgárral szemben. Az egyik az ún. *vertikális kimerítési kötelezettség*, amelynek alapján a nem szuverén tevékenységet végző személynek minden helyi fórumot végig kell járnia, amely képes lehet arra, hogy az állítólagos jogsértés következményeit orvosolja. A nemzetközi

³⁶¹ Borchard: *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1915), p.817.

³⁶² A helyi jogorvoslatok igénybevétele mind a jogsértő állam, mind a jogsértett egyén számára egy költségkímélőbb megoldás, illetve a helyi hatóságok a saját területükön történt jogsértés kapcsán lefolytatott vizsgálatokra a legalkalmasabb szervek.

³⁶³ *Interhandel Case (Switzerland v. United States Of America)* Judgment of 21. March 1959, p.27.

³⁶⁴ *1956 Görögország v. Nagy-Britannia*, Reports of International Arbitral Awards (12 UNRIAA) vol. XII pp. 83-153 p.119.

jog szabályai alapján ez a hatékony jogorvoslatok kimerítésének kötelezettségét jelenti. A kimerítés kritériuma a hatékonyság és az elérhetőség.

A másik követelmény az ún. *horizontális kimerítési kötelezettség*. Ez a kötelezettség az érdemi pervitel követelményét jelenti a magánszemély számára. Ez a kötelezettség már korábban megjelent a joggyakorlatban, illetve jelenlegi szabályainak kidolgozására az Ambatielos-ügyben, illetve az Interhandel-és Barcelona Traction-ügyekben került sor. Tehát a kötelezettség létezése nem kérdés, annak tartalma azonban vitatott.

Sulliger szerint az érdemi pervitel kötelezettsége három feltételt támaszt a helyi fórumok előtt eljáró magánszeméllyel szemben.

- az eljárási szabályok tiszteletben tartásának kötelezettségét:
A jogsértett magánszemélynek be kell tartani a helyi fórumok eljárási szabályait, mert azok megsértése kérelmének elutasításához vezet
- a tényállás és az azt alátámasztó bizonyító eszközök teljes feltárásának kötelezettségét: Csak azon tények és bizonyítékok felhozatala követelhető meg a magánszemélyektől, amelyeket lépes felhozni, s amelyek az ügy szempontjából jelentősek.

Így az Ambatielos-ügyben a bíróság kijelentette, hogy egy jelentős bizonyítási eszköz fel nem használása a helyi jogorvoslatok ki nem merítésével ér föl. A kötelezettség terjedelmét a Nemzetközi Bíróság csökkentette az ELSI-ügyben, ahol a következőket állapította meg.

„(...) ahhoz, hogy egy nemzetközi követelés peresíthető legyen, elég, ha a követelés lényegét a joghatósággal rendelkező bíróság elé viszik, s addig viszik, amíg csak a helyi jog és az eljárás engedi - végeredményben siker nélkül.”

- a szükséges jogi eszközök igénybevételének kötelezettségét.
A megfelelő jogintézményekre való hivatkozás és a szükséges perbeli aktusok megtételének kötelezettsége a konkrét eljárástól és a belső eljárási jogtól függ. Csak a kérelem jogi megalapozásához szükséges jogi érveket kell felhozniuk, és csak azokat a jogi eszközöket kell igénybe venniük, amelyek a követelés szempontjából meghatározó jelentőségűek.

A helyi jogorvoslatok kimerítése szabályának értékelése során azonban kiélezett vita folyt arról, hogy vajon a szabály eljárási szabálynak tekinthető és csak az igényérvényesítés feltétele, vagy már a sérelmet okozó állam nemzetközi felelőssége is csak akkor áll be, ha a helyi jogorvoslatokat kimerítették.

Amennyiben a szabály érdemi jellegű, a jogorvoslatok kimerítését megelőzően nem is beszélhetünk a felelősség beálltáról, így nemzetközi vita hiányában nincs a bíróságnak joghatósága. A szabály eljárási jellegű megközelítése esetén a jogorvoslatra vonatkozó kifogás kizárólag a kereset peresíthetősége elleni fellépés, és csak felfüggeszti a nemzetközi fórumhoz fordulás lehetőségét, de a későbbiekben ez pótolható, ami így lehetővé teszi a nemzetközi bíróság eljárását.

A helyi jogorvoslatok kimerítésének szabálya, mint *érdemi (nemzetközi felelősséget meghatározó) szabály* az egyik olyan okkal igazolható, amely a helyi jogorvoslatok kimerítése szabályának kialakítását szolgálta. Hiszen a diplomáciai védelem nyújtásának egyik feltétele, hogy a külföldit a jogsérelem vagy anyagi kár a fogadó állam hatóságai részéről érje. Így tehát akkor, amikor az állam szuverenitásának elvével is igazolva az egyén a sérelmére elsősorban és elsődlegesen a helyi hatóságok előtt keres orvoslatot, a vonatkozó állam részéről még nem végleg megállapítható tény a jogsértés, hiszen a helyi jogorvoslati lehetőség még megakadályozhatja annak teljessé válását. Ezt az érvelést követve érthetővé válik, miért tekintik sokan a helyi jogorvoslatok kimerítését és annak sikertelenségét a nemzetközi jogsértés megállapítása utolsó fázisának. Amennyiben a nemzetközi felelősség keletkezésének feltételül állítjuk a helyi jogorvoslatok kimerítésének szabályát, akkor ennek hiányában a diplomáciai védelem során beterveztett kérelem felelősség hiányában elutasítható.³⁶⁵

Viszont ha a helyi jogorvoslatok kimerítésének szabályát *eljárási jellegű* előírásnak tekintjük, akkor az állam felelőssége már a nemzetközi jogsértést követően beáll.

Az, hogy a vita nem csak teoretikus, és a diplomáciai védelem gyakorlati alkalmazására is hatással lehet, az bizonyítja, hogy nem mindegy, mikortól számítjuk a jogsértés megtörténtét, különös tekintettel az állampolgárság folyamatosságának feltételére. Tehát nem mindegy melyik pillanatban állt fenn a sérelmet szenvedett egyén állampolgársága.³⁶⁶

Az már külön érdekesség, hogy az állam felelőssége egyik speciális alakzatának fényében vizsgáljuk a jogorvoslatok kimerítésének kötelezettségét. Ebben az esetben a nemzetközi felelősség csak a helyi hatóságok aktív vagy passzív magatartásának következményeként áll be. Ilyenkor nyilvánvalóan a helyi jogorvoslatok kimerítése, illetve annak

³⁶⁵C.F. Amerasinghe: *Local Remedies in International Law*, Cambridge: Grotius Publications. 1990, pp.333-335.

³⁶⁶K. Doehring: *Local Remedies, Exhaustion of*, in *Encyclopedia of Public International Law* in Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1. Amsterdam, North-Holland (1997) p.240.

sikertelensége az *igazságszolgáltatás megtagadása* néven ismert jogsértés kategória keletkezésének feltétele.³⁶⁷

Mind a joggyakorlatban, mind a jogirodalomban lefolytatott viták eredményeképp a következő megállapítást tehetjük a jogintézmény jellegére vonatkozóan. A kodifikációs próbálkozások tekintetében túlsúlyban vannak a jogorvoslatok kimerítésének szabályát *eljárási jellegűként* értelmező állásfoglalások. Többek között a különböző állásfoglalások akképp jellemzik a szabály eljárási jellegű karakterét, hogy „addig nem terjeszthetnek elő követelést a jóvátételre, míg az egyénnek rendelkezésére állnak tényleges és megfelelő eszközök,”³⁶⁸ illetve „az igény/követelés a bírói szerv előtt (...) elfogadhatatlan, ha annak az államnak a jogrendszere, mellyel szemben a követelést érvényesíteni kívánják, elérhető jogorvoslatokat biztosít a sértett személynek.”³⁶⁹

A bírói döntések sem hoztak egyértelmű választ a jogorvoslatok kimerítésének szabályát illetően, de az megállapítható, hogy „(a szabály) általában alárendeli a nemzetközi követelés előterjesztését egy ilyen kimerítésnek”³⁷⁰ és a legtöbb diplomáciai védelem vonatkozásában született döntés inkább ezt az álláspontot erősíti meg.³⁷¹ A Nemzetközi Bíróság egyetlen döntésében sem kerül elő a jogorvoslatok kimerítésének szabályát a felelősség *érdemi* előfeltételének tekintő nézet, bár az eljárási jelleg egyértelmű elismerésére sem kerül sor. Az *ELSI-ügyben* tett megállapítás azonban akként értékelhető, hogy a Bíróság az eljárási jelleg mellett tör pácát. „A felek szerződésben megegyezhetnek arról, hogy a helyi jogorvoslatok kimerítésének szabályát nem alkalmazzák a követelésnél, amely a szerződés állítólagos megsértésén alapszik.”³⁷² Ha a szabály eljárási jellegű, akkor ez a lemondás nem is okoz gondot, ha lényeges feltétele a nemzetközi jogsértés beálltának, akkor nem feltétlenül rendelkezhetnek ilyen módon egy szerződésben.³⁷³

Az államok gyakorlatára az általuk a nemzetközi bíróságoknál előterjesztett érvelésükből következtethetünk, bár nem minden kétség nélkül, hiszen érvelésük nyilvánvalóan az ügyben elfoglalt pozíció függvénye. Ennek ellenére általános vélekedés, hogy ha az állam elköveti a jogsértést, felelőssége azonnal beáll, amely jogot teremt a diplomáciai

³⁶⁷ J.E.S. Fawcett: *The Exhaustion of Local Remedies: Substance or Procedure?* (1954) 31 B.Y.I.L. 452.

³⁶⁸ A Nemzetközi Jogi Intézet 1927-es állásfoglalása, XII. cikkely in F. V. García Amador, *First Report*, Yearbook 1956, vol. II, p. 228, Document A/CN.4/96.

³⁶⁹ Nemzetközi Jogi Intézet (1956) *Annuaire de l' Institut de Droit international (ANNIDI)*. Vols. 1-58. Paris, 1877-1979. 364.

³⁷⁰ *Panevezys-Saldutiskis vasút ügye (Észtország v Litvánia)* P.C.I.J.Reports, Series A/B, No.76, p.16.

³⁷¹ *A Felső-Sziléziai német érdekek ügye 1925, A Chorzów Factory ügy 1927*,

³⁷² *Eletronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15. p.42.

³⁷³ *Thirlway: The Law and Procedure of The International Court of Justice 1960-1989 in British Year Book of International Law (1995) p.84.*

védelemre. A diplomáciai védelem gyakorlásának joga azonban mindaddig felfüggesztődik, ameddig lehetőség van a helyi jogorvoslatra. Az alperes állam előszeretettel szokott élni azzal a lehetőséggel, hogy úgy kívánja megakadályozni az eljárás lefolytatását, hogy pergátló kifogásként a helyi jogorvoslatok kimerítési kötelezettségének megsértésére hivatkozik.

A bíróság a kifogást rendszerint a joghatósági kifogások után vizsgálja meg, általában perelőkészítő szakaszban. Ha a nemzetközi bíróság nem tud a kifogás tárgyában anélkül dönteni, hogy az ügy érdemét vizsgálná, mert a kettő között szoros a kapcsolat, a kifogást az érdemi részhez csatolva együtt vizsgálja meg azzal.

3.1 A helyi jogorvoslatok kimerítésének szabálya az államot ért közvetlen jogsértés esetén

Mind a természetes, mind a jogi személyek kötelezettsége a helyi jogorvoslatok kimerítése a diplomáciai védelem igénybevétele előtt, azonban van egy speciális alanyi kör, mely esetében a szabály kötelezettsége alóli mentesülésről beszélhetünk.

Amennyiben az állam részéről a jogsértés az állam képviselőjében eljáró diplomata személyét éri vagy az állam vállalatát, ebben az esetben nem előfeltétele a diplomáciai védelemnek a helyi jogorvoslatok kimerítése.³⁷⁴ Ilyenkor ugyanis közvetlenül az államot ért sérelemként is felfogható a jogsértés és az immunitás elvéből következően a sérelmet szenvedettől nem várható el a helyi jogorvoslatok kimerítése. Ilyen esetekben a megsértett állam elsősorban saját érdekeit képviseli, és nem az állampolgárét, és alkalmazásra kerül az ún. *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem* szabálya. Eszerint egyik állam sem gyakorolhat joghatóságot egy másik szuverén állam felett.

Egyébként a diplomáciai védelem jogát érvényesítő államok gyakran hivatkoznak a bíróságok előtt arra, hogy kérelmüket az állam érdekeinek közvetlen megsértése miatt terjesztették be. Vagy olyan módon, hogy az egyén elismert jogséreleme olyan jellegű, amely egyben az állam másik állam felé vállalt kötelezettségeit is megsértette, vagy pedig olyan súlyú a jogsérelem, hogy már az állam alapvető érdekeinek sérelméről lehet beszélni. Ennek az érvelésnek a jelentősége abban áll, hogy amennyiben az alperesi pozícióba szoruló állam a felelősségre vonással szemben arra hivatkozik, hogy nem merítették ki valamennyi helyi jogorvoslatot, a követeléssel élő állam az igényérvényesítés alapjául saját

³⁷⁴ Second Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/514 6.para., p.4.

közvetlen jogsérelmét jelöli meg, amely esetében természetesen nem alkalmazható a jogorvoslatok kimerítésének szabálya.

A gyakorlatban azonban az érvelés megalapozottsága nehezen megítélhető, mert az igények sokszor mind az állampolgár, mind az állam jogsérelmének elemeit is magukban hordozzák. Ilyen ún. *vegyes* keresetek példáját adja az 1980-as *iráni túszyügy*³⁷⁵, ahol az Egyesült Államok nemcsak a diplomatáit és konzuljait megillető védelme érdekében lépett fel, hanem végeredményben a sérelmet szenvedett konzuli beosztású állampolgárai jogai érdekében is.

Az is döntő szempont lehet a követelés jellegének megítélésénél, hogy a kérelem mire vonatkozik. Az ugyanis árulkodó lehet, ha a diplomáciai védelmet gyakorló állam nem kéri a sérelmet szenvedett egyén kárainak megtérítését, hanem egyszerűen a megsértett szerződés értelmezéséről és alkalmazásáról való döntést vár a Bíróságtól. Ebben az esetben nem ragaszkodnak a jogorvoslatok kimerítésének szabályához.³⁷⁶

3.2 A helyi jogorvoslatok kimerítésének szabálya az emberi jogok védelmi rendszerében

A helyi jogorvoslatok kimerítésének szabálya a diplomáciai védelem intézményével kapcsolatban alakult ki azzal a megközelítéssel összefüggésben, hogy az állam kizárólagos joghatóságot gyakorol minden, az államterületén történt cselekmény vonatkozásában.

A szabály kialakulása óta több változáson ment át illetve más nemzetközi jogkörnyezetbe került. Az emberi jogi védelmi rendszer létrejötte szintén egy olyan szempont mely befolyásolta a szabály tartalmát, illetve új megvilágításba helyezte a szabály alkalmazását. Érdekes kérdés, hogy a két jogterület közötti különbség kihatással volt-e a helyi jogorvoslati szabálya alkalmazásának feltételeire is.

Tény, hogy a jogorvoslati szabály az általános nemzetközi jog területéről került át az emberi jogok rendszerébe. Ez azonban nem jelenti automatikusan azt, hogy az emberi jogok területén a szabályt a diplomáciai védelem gyakorlatának fényében kell értelmezni és alkalmazni. Mindenképpen figyelembe veendő szempont a két jogterület eltérő jellege, hiszen míg a diplomáciai védelem elsősorban az államok érdekeire koncentrál, addig az emberi jogok rendszerében első helyen az egyéni jogok védelme áll. Ennek köszönhetően a

³⁷⁵ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, 1. C. J. Reports 1980, p. 3.1980.

³⁷⁶ Ahogy ez az Air Service Agreement választottbírósi ügyben is rögzítésre került. Air Services Agreement case, France v. United States (1978) 1978. U.N.R.I.A.A; 415; az Interhandel és ELSI-ügy azonban annak is példáját hozzák, hogy amennyiben az egyszerű deklaratív döntés mellett igényt terjesztenek be az egyén ért sérelemből kifolyóan is akár kártérítésre, máris visszaáll a jogorvoslatok kimerítésének kötelezettsége.

jogorvoslat célja is eltérhet egymástól. Hiszen addig, míg a diplomáciai védelem esetében a jogorvoslat funkciója, hogy a jogsértő állam számára lehetőséget biztosítson a jogsértés orvoslására, és ezáltal az egyén jogainak tiszteletben tartására, az emberi jogi védelmi rendszer esetében a jogorvoslat középpontjában az egyén, és annak jogai állnak.

Mindenesetre az Emberi Jogok Európai Bíróságának eddigi gyakorlatára visszavezethetően kijelenthető, hogy a nemzetközi szokásjogban kialakult helyi jogorvoslati szabály alkalmazására a rendszerbeli különbségek mellett is hasonlóan kerül sor.

Az Emberi Jogok Európai Egyezményének 26. cikke úgy szól, hogy, hogy a Bizottság csak akkor foglalkozhat az ügyel, ha már valamennyi jogorvoslatot kimerítették *a nemzetközi jog általános szabályai* alapján. Tehát egyértelműen visszautal a nemzetközi jog diplomáciai védelem esetében is alkalmazott szabályára. Az Emberi Jogok Európai Bíróságának gyakorlata is alátámasztja ezt a megállapítást.

Az Emberi Jogok Európai Bírósága a Nielsen v. Denmark-ügyben³⁷⁷ kimondta, hogy „a helyi jogorvoslatok kimerítésére vonatkozó szabályozás általánosan elismert a jelenlegi rendszerben, és megköveteli, hogy a helyi jog szerint minden olyan jogorvoslatot kimerítsenek, amely elérhető és alkalmas arra, hogy effektív és megfelelő eszköze legyen a jogsértések orvoslásának, melyekért nemzetközi szinten az alperes állam felelős. Tehát a feltételek:

1. valamennyi jogorvoslatot, mely biztosított
2. elérhető (ne elég hogy van, hanem az adott ügyben is alkalmazható kell, hogy legyen)
3. kielégítő és hatékony
4. és normál feltételek mellett alkalmazható, ki kell meríteni.

Így mind a szabály alkalmazásnak jogi alapja, mind lényegi elemei megegyeznek. Megállapítható azonban, hogy az egyén érdekeinek védelmére tekintettel az általános nemzetközi jogból eredeztethető szabály alkalmazására néhol sokkal rugalmasabban kerül sor. A Matznetter-ügyben (1969) például a kérelmező még nem merítette ki valamennyi helyi jogorvoslatot a kérelem beadása idejére. Mire azonban az Emberi Jogok Európai Bizottsága döntést hozott a panasz elfogadhatóságát illetően, a panasz benyújtója részéről a jogorvoslatok kimerítésre kerültek. Az Emberi Jogok Európai Bírósága végül úgy döntött,

³⁷⁷ Nielsen v. Denmark ,(Application No. 10929/84) 11 Eur. H.R. Rep 175 (1989)

hogy a helyi jogorvoslatok kimerítésének kötelezettségét teljesítette a panaszos, így eljárhat az ügyben a Bíróság.³⁷⁸

3.3 A jogorvoslatok meghatározása

A bírói gyakorlat sokat vitatott kérdéseihez tartozik az is, hogy valójában mi tekinthető jogorvoslatnak, hol húzható meg az a határ, mely a diplomáciai védelem nemzetközi igényérvényesítése előtt a helyi hatóságok elé állítja a sérelmet szenvedettet.

Helyi jogorvoslat fogalma a vonatkozó nemzetközi bírósági és választottbírói gyakorlat alapján a következőképp határozható meg. „Helyi jogorvoslatnak kell tekinteni minden jogi vagy nem jogi alapon döntést hozó szervet, amelynek a területi állam joga alapján lehetősége van arra, hogy az államnak betudható, a magánszemély jogait érintő döntést meghozza, vagy hogy ezt a döntést nagy valószínűséggel befolyásolja.”

A jogesetek gyakorlatában az érvényesítésre kerülő jogorvoslat, „minden olyan jogi (bírói) orvoslatot jelöl, amely elérhető a helyi jog szerint”³⁷⁹ illetve a „jogi védelem teljes rendszere, melyet a helyi jog biztosít”³⁸⁰. Tehát, ha a helyi jogrendszer lehetőséget kínál a legfelsőbb bírósághoz való fellebbezésre, akkor azt is ki kell méríteni. Sőt a Harvard Jogi Iskola az államoknak az idegeneknek okozott károkért való felelősségéről szóló Egyezménytervezetében leszögezte, hogy a helyi jogorvoslatok csak akkor tekinthetők kimerítettnek „ha a kérelmező felhasznált minden adminisztratív (közigazgatási), választottbírói és bírói jogorvoslatokat, melyeket az alperes állam elérhetővé tett”³⁸¹

Az elismert jogorvoslatok között kapnak helyet így az ún. adminisztratív jogorvoslatok. Az 1961-es harvardi tervezet alapján „az adminisztratív jogorvoslatok alatt minden olyan jogorvoslat érthető, mely a kormány végrehajtási ágán keresztül elérhető.”³⁸² Így például a Marokkói foszfát-ügyében a francia kormány arra hivatkozott az olasz kormánnyal szemben, hogy az olasz társaság elmulasztotta kimeríteni a helyi jogorvoslatokat, így „a protektorátus polgári bíróságának eljárását nem vette igénybe, mely igazgatási kérdésekkel

³⁷⁸ Matznetter -v- Austria 2178/64; [1969] ECHR 1;

³⁷⁹ Nielsen v. Denmark Application No. 343/57, Report of the Commission, Council of Europe 1961 p.37.

³⁸⁰ Ambatielos Claim 1956 U.N.R.I.A.A. 120.

³⁸¹ Harvard Law School 1961. Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, 19.cikk in Second Report on Diplomatic Protection. Bár sokan túl széleskörűnek tartják a közigazgatási, tehát azokat a jogorvoslatokat lehetővé tevő felfogást, melyeket a kormány végrehajtó közegein, szervein keresztül elérhetők.

³⁸² Sohn és Baxter: Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, Cambridge, Harvard Law School, 1961. p.164.

foglalkozik.”³⁸³ Az olasz kormány viszont válaszában nem arra hivatkozott, hogy ez a fajta jogorvoslat nem tekinthető helyi jogorvoslatnak, hanem egy olyan védekezést választott, hogy ez a fajta elérhető jogorvoslat nem hatékony jogorvoslat.³⁸⁴ Így tehát a jogeset tekinthető annak a bizonyítékának is, hogy az igazgatási jellegű jogorvoslatok elfogadható helyi jogorvoslatok a diplomáciai védelem tekintetében. Addig, ameddig a helyi jog hatáskört biztosít az adminisztratív szerveknek a jogsértés orvoslására, a jogsértett félnek ott kell panaszát benyújtani.³⁸⁵

A jogorvoslatok köre magában foglalja mind a rendes, mind a rendkívüli jogorvoslatokat, hiszen „a kritikus pont nem a jogorvoslat rendes vagy rendkívüli karaktere, hanem, hogy tényleges és megfelelő jogorvoslati eszköz lehetőségét adja.”³⁸⁶

A kielégítő jogorvoslat jellegére többféle utalást találunk a joggyakorlatban. A legtöbb iránymutatást azokban az esetekben találjuk, mikor a jogorvoslatok kimerítésének szabálya alóli kivételek körét határozzák meg a bírói döntések. Egyrészt a jogorvoslatnak „ésszerűen elérhetőnek” kell lennie, mind elméletileg, mind gyakorlatilag is. Az pedig, hogy van/volt-e elérhető jogorvoslat kizárólag a jogsértő állam jogának függvénye, és nem a sérelmet szenvedett megítélésének kérdése.³⁸⁷

Ezen túlmenően az elérhető jogorvoslatnak *ésszerű lehetőséget* kell nyújtania a sérelem orvoslására és a hozzáférést nem nehezítheti indokolatlan, aránytalan késedelem a felelősnek tartott állam részéről.

Ezek az első csoportban felvetett szempontok a szabály alkalmazásában kielégítőnek tekintett jogorvoslatokkal kapcsolatban olyan problémákat villantanak fel a jogorvoslatok kimerítésének gyakorlatában, mely a helyi jogrendszer hiányosságainak vagy a helyi hatóságok magatartásának eredménye.

Az első körben említett *ésszerű elérhetőség*, illetve *ésszerű lehetőség* a jogorvoslatra kritériumok használata arra utal, hogy a helyi jogorvoslatokat nem szükséges kimeríteni például akkor,

³⁸³ Phosphates in Morocco Case, PCIJ Series A/B No. 74., 1938., p.17., francia beadványok, PCIJ Series C No. 84., pp.209 ff.

³⁸⁴ Phosphates in Morocco Case, PCIJ Series C No. 84, pp.439 ff.

³⁸⁵ Doehring: Local Remedies, Exhaustion of, III Encyclopedia of Public International Law (1997) p.237.

³⁸⁶ B. Schouw Nielsen v. Denmark Case Application No. 343/57 (1958-9) 2 Yearbook of the European Convention on Human Rights 438.

³⁸⁷ Ahogy azt az Állandó Nemzetközi Bíróság a Panevezys-Saldutiskis vasút ügyében megfogalmazta. The Panevezys-Saldutiskis Railway Case, February 28th, 1939, Judgment No. 29, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A./B. No. 76; p. 19.

- ha a helyi bíróságnak nincs joghatósága a kérdéses vitában³⁸⁸

Így például, nem szükséges kimeríteni a fellebbezés jogorvoslati lehetőségét, ha a fellebbezésre jogosult bíróságnak csak korlátozott joghatósága van. Ahogy a *finn hajók választottbírósi* ügyben megfogalmazták ezt a kivételt „a helyi jogorvoslatokat kimerítettnek kell tekinteni, ha a vitatott ügy ténykérdés és a fellebbezési bíróságnak csak jogkérdésben van hatásköre dönteni.”³⁸⁹

- ha a nemzeti jogalkotás igazolja azt a magatartást, miszerint a helyi bíróságok nem bírálják el külföldi panaszát;

Így például, ha a törvényhozás intézkedett a külföldi tulajdon lefoglalásáról, akkor nyilvánvaló, hogy a bíróságok kötelesek ezt a rendelkezést érvényesíteni. Ahogy ez a *Neuilly békeszerződés 181. cikkelye szerinti* döntőbíráskodásban megfogalmazásra került „az erdők elkobzása a bolgár jognak megfelelően történt (...), így a kérelmezőnek oka volt a bolgár bíróságok előtti valamennyi fellépést hiábavalónak tekinteni.”³⁹⁰

- a helyi bíróságok függetlensége közismerten hiányzik;

Ahogy az a *Robert E. Brown* követelés³⁹¹ kapcsán megfogalmazódott, amelyben a Dél-Afrikai Köztársaság elnöke elbocsátotta a felsőbb bíróság elnökét azért, mert bizonyos bányászati jogokat állapított meg Brown javára, és mind az elnök, mind a Köztársaság jogalkotása megsemmisítette a bíróság döntését. Ezen körülmények között az ügyvédje/jogtanácsosa azt tanácsolta Brown-nak, hogy értelmetlen kártérítési igényével a legfelsőbb bírósághoz fordulni, mert az egyértelműen „ellenséges” vele szemben.³⁹² A bíróság később elfogadta ezt a hivatkozást akként, hogy nem kell kimeríteni a jogorvoslatokat „ha nincs igazságszolgáltatás, melyet ki kellene méríteni.”³⁹³

- következetesen ellenséges gyakorlat alakult ki a külföldiekkel szemben;
„Nem szükséges a helyi bírósághoz fordulni újfent, ha az eredmény a már meglevő döntés megismétlését fogja jelenteni.”³⁹⁴

³⁸⁸ Ahogy az a Panevezys-Saldutiskis vasút ügyében megfogalmazódott. The Panevezys-Saldutiskis Railway Case, February 28th, 1939, Judgment №. 29, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A./B. No. 76;

³⁸⁹ Case of Finnish Ships (Great Britain v. Finland) 193, United Nations Reports of International Arbitral Awards 1934., 3 U.N.R.I.A.A. p.1479.

³⁹⁰ Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly 1934, in 28 A.J.I.L. p.789.

³⁹¹ Reports of International Arbitral Awards, Robert E. Brown (United States) v. Great Britain, 23 November 1923, Volume VI. pp. 120-131.

³⁹² Az eset történetét J. Dugard: Chief Justice versus President: Does the Ghost of Brown v. Leyds NO Still Haunt our Judges? (1981) című írásából ismerhetjük meg in De Rebus, p. 421.

³⁹³ Robert E. Brown Claim United States-Great Britain Claims Arbitration Tribunal (1923) 6 U.N.R.I.A.A p.129.

³⁹⁴ Panevezys-Saldutiskis vasút ügye p. 18.

- a helyi bíróságnak nincs meg a hatásköre a megfelelő jogorvoslat biztosítására;³⁹⁵
- ha esetleg a jogsértő államnak nincs megfelelő jogvédelmi rendszere;

A *Mushikiwabo és mások v. Barayagwiza*-ügyben az Egyesült Államok *szövetségi bírósága* (United States District Court), úgy tartotta, hogy a jogorvoslatok kimerítésének szabályától el kell tekintetni, mert „a ruandai igazságszolgáltatási rendszer gyakorlatilag működésképtelen volt és nem lesz képes a közeljövőben sem polgári ügyekkel foglalkozni.”³⁹⁶

Ahhoz, hogy ezeknek a körülményeknek a fennállását igazolja a sérelmet szenvedett egyén, nem elégséges annak bizonyítása, hogy a siker lehetősége emiatt kicsi, vagy hogy a további fellebbezés bonyolult vagy költséges, hanem sokkal inkább azt kell alátámasztania, hogy az alperesi pozícióban levő állam jogi rendszere képtelen tényleges jogorvoslatot nyújtani a fennálló körülmények miatt.

Egy, a helyi jogorvoslatok kimerítését akadályozó tényezőként szokták megemlíteni a jogirodalomban az *indokolatlan késedelmet* a jogorvoslathoz való hozzájutás tekintetében, amely az állam magatartásának vizsgálatát teszi elengedhetlenné.

3.4 Lemondás a helyi jogorvoslatok kimerítésének megköveteléséről

Az állam magatartása ugyanis értelmezhető akként is, hogy valójában nem követeli meg a helyi jogorvoslatok kimerítését, hiszen az államok gyakorlatában semmi nem tiltja a helyi jogorvoslatok kimerítésének követelményéről való lemondást. „A nemzetközi jog általánosan elismert elvei és a nemzetközi gyakorlat szerint, az a szabály, mely megköveteli a helyi jogorvoslatok kimerítését az állam javára szolgál, (...) ez a követelmény felfogható egyfajta védelmi eszközként is, és mint ilyenről, le is lehet mondani, akár hallgatólagosan is.”³⁹⁷ Természetesen csak akkor, ha a helyi jogorvoslatok kimerítésének szabályát eljárási jellegűnek tekintjük, hiszen ha „a szabály érdemi jellegű, akkor a lemondás nem lenne lehetséges.” „Ha a (szabály) a nemzetközi bíróság előtt feltételezett jogsértés érdemi részét képezné (...) és meg lenne engedve a helyi

³⁹⁵Case of Finnish Ships (Great Britain v. Finland) 193, United Nations Reports of International Arbitral Awards 3 U.N.R.I.A.A. p.1479. pp.1496-1497.

³⁹⁶ *Mushikiwabo és mások v. Barayagwiza*-ügyben, United States District Court, S.D. New York. 1997. 107 I.L.R. p.457., p.460.

³⁹⁷ Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica, Advisory Opinion (Inter-American Court of Human Rights, 1984) 67 I.L.R.; p.578.

jogorvoslatok kimerítésének követelményéről való lemondás, a nemzetközi felelősséggel kapcsolatban nem találnánk követeléseket a nemzetközi bíróság előtt.”³⁹⁸

A helyi jogorvoslatokról való lemondás többféle formát ölthet, kétoldalú vagy multilaterális szerződések részeként, illetve a külföldi és a jogsértő állam közötti megállapodás részeként rögzíthetik, hallgatólagosan vagy kifejezetten rendelkezhetnek az államok a lemondásról. Mivel a lemondás az államok gyakorlatában egy elfogadott lehetőség, illetve számos választottbírósági egyezmény tartalmaz ilyen lemondási lehetőséget magában foglaló klauzulát, nem nehéz a kifejezett lemondás esetére gyakorlati példát találni.

Az egyik legismertebb példa, Az államok és más államok állampolgárai közötti beruházási viták elintézéséről szóló egyezmény³⁹⁹ 26. cikkében foglalt kifejezett lemondás: „A feleknek az Egyezmény szerinti választottbíráskodásnak való alávetése - ellenkező kikötés hiányában - olyan hozzájárulásnak minősül, amely minden más jogorvoslati utat kizár.”⁴⁰⁰

A helyi jogorvoslatok kimerítésének követeléséről való lemondás hallgatólagos is lehet. Azonban a lemondás ezen formája nem könnyíti meg az ügyek bíráinak helyzetét. Ahogy a Nemzetközi Bíróság az *ELSI-ügyben* kifejtette „elfogadhatatlan volt, hogy a nemzetközi szokásjog egy fontos szabályát hallgatólagosan mellőzni lehet, minden megjegyzés hiányában, ami tisztázná ennek a szándékát.”⁴⁰¹

Mind a bírói gyakorlatban,⁴⁰² illetve a jogirodalomban⁴⁰³ is támogatást nyer azonban az az álláspont, hogy amennyiben a felek szándéka egyértelmű a lemondást illetően, foganatosítani kell azt. Azonban arra vonatkozóan nincs általános szabály, hogy mikor kell ilyen szándékot feltételezni. Így az ügyet vizsgáló bíróság minden esetben az eset összes körülményének mérlegelése után fogadhatja csak el a lemondás feltételezését.

Ehhez kapcsolódik a nemzetközi joggyakorlatban *estoppel*-ként említett jogintézmény is. Ennek megfelelően az alperesi pozícióban lévő állam nemzetközi eljárás alatti magatartása következményeként kizárja magát a jogorvoslatok kimerítésének követeléséből.⁴⁰⁴ Ahogy

³⁹⁸ C.F.Amerasinghe: *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford: Clarendon Press. (1967) pp.207-208.

³⁹⁹ 1965. Washingtoni Egyezmény (ICSID Egyezmény)

⁴⁰⁰ Convention on the Settlement of Investment Disputes; United Nations, Treaty Series, vol.575, p.159.

⁴⁰¹ ELSI case I.C.J.Reports 1989. p.42.

⁴⁰² Steiner and Gross v. Polish State 1928, in *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol.4, p. 472.; *American International Group Inc. v. Iran*, Award No. 93-2-3, Iran-U.S-C.T.R, vol.IV (1983) p. 96.

⁴⁰³ Oppenheim's *International Law* pp. 525-526, Amerasinghe: *Local Remedies Rule* pp.735-736, Borchard: *Diplomatic Protection* pp.819, 825.

⁴⁰⁴ Kokott: *Exhaustion of Local Remedies in International Law Association*, Report of the Sixty-Ninth Conference (2000) p.626.

a Nemzetközi Bíróság az *ELSI-ügyben* megfogalmazta: „nem zárható ki, hogy ez a kizárás (estoppel) bizonyos körülmények között a hallgatásból következik, olyan esetben, amikor nyilatkozni kellett volna.”⁴⁰⁵

Az *estoppel* gyakorlati érvényesülésére példákat keresve, a bírói gyakorlat egy olyan esetben állapította meg az említett kizárást, mikor „még helyi jogorvoslat elérhető is lett volna Bulgáriában, a bolgár kormány egyszer sem fordult hozzájuk azzal a kívánalmával, vagy annak szükségességével, hogy kimerítsék azokat, mikor az USA diplomáciai követelést terjesztett be a bolgár kormánnyal szemben.” „A bolgár kormány érdemben foglalkozott a követeléssel és szándékában állt teljesíteni azt (...) a tényekből következően Bulgária nem jogosult (a jogorvoslatok kimerítésének követelésére).”⁴⁰⁶

A helyi jogorvoslatok kimerítésének követelménye a nemzetközi jog legújabb változásainak eredményeképp újabb gyakorlati problémákat vet fel. A diplomáciai védelem hagyományos felfogásban és a korábbi gyakorlatnak megfelelően ugyanis, azokra az esetekre koncentrálódott, mikor a külföldi egy idegen államban való tartózkodása és tevékenysége során szenvedett sérelmet. Nyilván ebben az esetben természetes volt az elvárás, hogy a külföldön való tartózkodása során, annak következményeként, valamiképp alárendeli magát azon állam joghatóságának, és jogsérelem esetén elfogadja a helyi jogorvoslatok kimerítésének kötelezettségét.

Azonban a jelenlegi nemzetközi események lehetővé teszik olyan felelősségi viszony kialakulását is, melyek esetében a jogsérelmet szenvedett egyáltalán nincs kapcsolatban, vagy csak közvetve kerül kapcsolatba a jogsérelmet okozó állammal. És bár a jogsértő államban ésszerű jogorvoslatok állnának az egyén rendelkezésére, mégis méltánytalan lenne ezek kimerítését megkövetelni a sérelmet szenvedett egyéntől. Ilyen körülmények előfordulásáról beszélhetünk, például olyan nemzetközi felelősséget keletkeztető esetekben mikor *határon átnyúló környezetszennyezés* folytán szenved valakinek a személye, vagy tulajdona sérelmet,⁴⁰⁷ vagy ha egy olyan repülőgép fedélzetén utazik, melyet egy másik állam területén való átrepülés során lőnek le.⁴⁰⁸

A jelenlegi állami gyakorlat azt mutatja, hogy az az állam, amely felelős a külföldi repülőgép véletlen lelövéséért, vagy a határon átnyúló környezetszennyezésért,⁴⁰⁹ nem

⁴⁰⁵ ELSI Case I.C.J. Reports 1989. p.44.

⁴⁰⁶ The Aerial Incident Case 1955 (U.S. v. Bulg) 1959.I.C.J Pleadings p.326.

⁴⁰⁷ Trail Smelter-ügy UNRIIAA, vol. III,p.1905.

⁴⁰⁸ Case Concerning the Aerial Incident of July 27,1955 (Israel v. Bulgaria) pp. 531-532.

⁴⁰⁹ USA v. Kanada Ontario tó (Gut Dam) választottbírósi megállapodás in I.L.M p.118.

követeli meg a helyi jogorvoslatok kimerítését, mint az igényérvényesítés feltételét.⁴¹⁰ Ezekben az ügyekben, ahol eltekintettek a helyi jogorvoslatoktól, nem volt „önkéntes” kapcsolat, ami akként értelmezhető, hogy ezek az esetek azt a megközelítést támasztják alá, miszerint a joghatóságnak való önkéntes alávetés elvárása, a helyi jogorvoslatok kimerítése követelményének előfeltétele.⁴¹¹ A helyi jogorvoslatok kimerítésének szabályához való ragaszkodás elmaradása ezekben az ügyekben azonban másképp is magyarázható. Sok esetben⁴¹² ugyanis az állampolgárság szerinti állam közvetlen jogséremlme is megállapítható volt az egyén sérelme mellett. Ezekben az esetekben az állami immunitás elvéből kifolyólag sem lehetett alkalmazni a jogorvoslatok kimerítésének szabályát. Összességében *Meron* meglátásával lehetne leginkább megmagyarázni a joggyakorlatban is követett megoldást: „A jog általános elveinek megfelelően, nagyon különös lenne az, ha egy államnak, aki jogellenesen sérelmet okozott egy külföldinek, aki nem volt - a jogsérelmen kívül - semmilyen kapcsolatban az állammal, megengednénk, hogy bármiféle előnyt származtasson jogellenes cselekményéből.”⁴¹³

Más a helyzet akkor, mikor a helyi jogorvoslatok kimerítésének követelése akként válik méltánytalanná, miként azt az ügy körülményei is valószínűsítik, hogy a jogorvoslatokhoz jutás nemcsak súlyos akadályokba és nehézségekbe ütközik, hanem nyilvánvalóan megakadályozzák az ahhoz való jutást. A jelenlegi nemzetközi viszonyok között egy ilyen helyzet kialakulását jelentheti, amennyiben a jogsérelmet szenvedett egyént megakadályozzák a területre lépésben, vagy olyan helyzetet teremtenek, amely veszélyt jelentene a területére lépő egyénre nézve. Ebben az esetben bár a jogsérelmet okozó államban elérhető egy valódi jogorvoslatot jelentő eszköz, azonban ez a gyakorlatban megszerzhetetlen. Egy ilyen eset megalapozhatja a helyi jogorvoslatok kimerítésének követelménye alól való mentesülés lehetőségét a gyakorlatban, hiszen hasonlóan az eddigi kivételek köréhez valamilyen „hibát” mutat a jogorvoslatok elérhetőségével kapcsolatban.

3.5 A szabály változása a nemzetközi jog jelenlegi rendszerében?

Az egyéneknek közvetlen igényérvényesítési lehetőséget biztosító szerződések megjelenésével egyidejűleg felmerül a kérdés; elképzelhető-e egy olyan szabályváltozás, mely szerint a jogorvoslatok kimerítésének feltétele magában foglalja azt a követelményt

⁴¹⁰ Aerial Incident 3. July 1988.(Iran v. USA), I.C.J. Pleadings. pp.44-48.

⁴¹¹ C.H. P. Law: The Local Remedies Rule in International Law, Geneva (1961) p.104.

⁴¹² Trail Smelter-ügy, Aerial Incident-ügy

⁴¹³ T. Meron: The Incidence of the Rule of Local Remedies (1959) B.Y.I.L.p.96.

is, hogy a diplomáciai védelem nyújtását megelőzően minden olyan, akár nemzetközi jogorvoslati fórumot ki kell meríteni, mely elérhető? Így a nemzetközi fórumok előtti igényérvényesítés jelentheti-e a diplomáciai védelem nyújtásának előfeltételét – különösen olyan esetekben, ahol hatékony emberi jogi igényérvényesítési lehetőség egyébként is rendelkezésre áll, így különösen az Emberi Jogok Európai Bírósága esetében.

A szabály változása annyiban nem indokolt, hogy az államok a szabályt továbbra is saját szuverenitásuk védelme érdekében kívánják felhasználni és amennyiben ezek a belső jogi fórumok képesek jogorvoslatot biztosítani a külföldiek számára, a helyi jogorvoslatok rendszere hatékonyabbnak tekinthető. A nemzetközi jogban létrejött jogorvoslati fórumok hatékonysága kérdéses, elérhetősége bizonytalan és az állam által kötött szerződés függvénye. George Scelle szerint a nemzetközi közösséget szervezeti hiányosságok jellemzik, a külföldiek jogi helyzetét biztosító szervezetrendszerrel nem rendelkeznek. A helyi szervek jogorvoslatot biztosító tevékenysége a nemzetközi szerveket ezen túlmenően is tehermentesíthetik, és jóval olcsóbb, gyorsabb megoldást nyújthatnak a nemzetközi fórumokkal ellentétben. Scelle megállapításai szerint a „*dedoublement fonctionnel*” elmélete szerint, a nemzetközi jog átruházza szabályai többségének érvényesítését a nemzeti bíróságokra, melyek ilyesformán mint egy nemzetközi bíróság járnak el. Ez a delegálás szükségszerű, mivel a nemzetközi jog nem rendelkezik egy olyan nemzetközi igényérvényesítési rendszerrel, ahol a nemzetközi jog szabályai maradéktalanul érvényesítésre kerülhetnének, enélkül pedig a nemzetközi jog rendje összeomlana.⁴¹⁴

A másik érv a szabály változatlanul tartása mellett, hogy a jelenlegi felfogás a hagyományos államok közötti viszonylaton alapul, miszerint az államok szuverenitásának védelme mindenképp felett áll, illetve az az egyén, aki egy másik állam területére belép, ezzel elfogadja annak az államnak a joghatóságát vitás ügyeiben, elismerve az állam hatóságainak eljárási jogosultságát.

A másik oldalon azonban ott áll az az érv, hogy a nemzetközi igényérvényesítés elsődleges célja a jogsértések orvoslása, így tehát, ha az egyén rendelkezik közvetlen hozzáférési joggal nemzetközi bírói fórumokhoz, annak érvényesítése minden más jogorvoslatot megelőzően hatékony és indokolt lehet. Tovább erősíti ezt az álláspontot, hogy a diplomáciai védelem tekintetében alternatív, illetve *lex specialis* védelmi rendszerek vizsgálata közben felvetődött, hogy a diplomáciai védelem alkalmazását megelőzően igénybe vett választottbíróság nemzetközi beruházási viták elendezése érdekében jelenthet-

⁴¹⁴ Cassese: Remarks on Scelle's Theory of „Role Splitting” in International Law, 1 EJIL (1990) 210.

e olyan jogorvoslatot, melynek felhasználása teljesíti a kimerítési kötelezettséget, és lehetővé teszi a diplomáciai védelem nyújtását.

A kérdés eldöntéséhez mindenképpen mérlegelnünk kell, hogy a diplomáciai védelem nyújtása körében mi a valódi célja a helyi jogorvoslati szabály alkalmazásának. Mindösszesen az, hogy jogorvoslatot biztosítjon, vagy az is, hogy annak az államnak adjon módot a jogsértés „helyreállítására”, aki elkövette a nemzetközi jogsértést?

A diplomáciai védelem és a feltételeként alkalmazott helyi jogorvoslatok szabálya továbbra is a hagyományos államközi viszonylatban érvényesül, ahol az államok érdekeinek, illetve szuverenitásának tiszteletben tartása az elsődleges célkitűzés. Ilyen körülmények között, és az egyéni igényérvényesítés nemzetközi formáinak jelenlegi fejletlensége mellett a nemzetközi szintű jogorvoslatok beépítése a kimerítési kötelezettségbe éppenhogy az egyéni érdekekkel ellentétes megoldásokhoz vezetne.

A diplomáciai védelem tradicionális megközelítésében a diplomáciai védelem nyújtásának feltételeként az állampolgársági szempont és a helyi jogorvoslatok kimerítésének szabálya mellett rendszerint megtalálhatók azok a szempontok is, melyek az állam igényérvényesítési jogosultságának akadálymentességét hivatottak biztosítani. Többek között az eddigi két feltétel mellett elengedhetetlen, hogy az állam egyáltalán rendelkezzen a diplomáciai védelem nyújtásának lehetőségével, ne álljon fenn kizáró ok, illetve általában fenntartsa magának a jogosultságot a diplomáciai védelem gyakorlására. A következő fejezetben a lehetséges igényérvényesítési akadályok megvizsgálásával kívánom teljessé tenni a diplomáciai védelem, mint nemzetközi igényérvényesítés eljárási kereteinek bemutatását.

4. A diplomáciai védelemhez való jog elvesztése, avagy a *clean hands* elv

A diplomáciai védelem tradicionális megközelítésének részeként szerepet kapott az ún. *clean hands* doktrína is.⁴¹⁵ Ennek értelmében a külföldinek csak akkor van joga a diplomáciai védelemre, ha nem sértette meg sem a tartózkodási állam belső jogát, sem a

⁴¹⁵ A doktrína egyik első említésére Richard Francis munkájában a *Maxims of Equity*-ben (1727) került sor: Annak, aki bűnt követett el, nem jár igazság/méltányosság. Az államok gyakorlatában elsősorban egy olyan értelmezés kapcsolódik hozzá, hogy attól a féltől, aki igazságos jogorvoslatot kér megkövetelhető, hogy ő maga az igazságos/méltányos elveknek megfelelően járjon el.- *Black's Law Dictionary* 268 (8th ed. 2004)
A doktrína említésre került számos nemzetközi bírósági ügyben is, így: Ben Tillett-ügy, Virginius-ügy (incidens), Bős-Nagymaros ügy, Arrest Warrant-ügy, a Palesztin fal ügye.

nemzetközi jogot.⁴¹⁶ Amennyiben a diplomáciai védelemre azért szorul rá, mert a saját jogsértő magatartásának következményeként sérelmet szenvedett, az állam nem nyújthat számára diplomáciai védelmet.

A *clean hands* doktrína nemzetközi jogban való érvényesüléséről eltérő álláspontok születtek.

Ian Brownlie szerint „soha nem bizonyosodott be, hogy a doktrína része az általános nemzetközi jognak.”⁴¹⁷ Luis Garcia-Arias azt állította, hogy „nem talált egyetlen olyan esetet sem, ahol nemzetközi bíróság előtt a *clean hands* doktrínát közvetlenül alkalmazták volna a diplomáciai védelemmel kapcsolatban, mindamellett hozzátette, hogy, vannak olyan esetek, ahol a doktrína lényegére utalnak.”⁴¹⁸

A joggyakorlat áttekintését követően kijelenthető, hogy bár lehet, hogy a *clean hands* doktrína nem különbözik sokban az általános jóhiszeműség elvétől,⁴¹⁹ a diplomáciai védelem kontextusában új értelmet nyer. Ebben a viszonylatban a *clean hands* doktrínát a következő három módon lehet értelmezni.

Egyrészt alkalmazásával megakadályozható, hogy egy állam diplomáciai védelmet nyújtson, ha hasonló módon járt el a külföldi állampolgárokkal. Másodszor a doktrína kizárhatja a diplomáciai védelmet, ha a védelmező állam jogellenesen járt el egy ügyben érintve állampolgárát is és ennél fogva „beszennyezte” kezét. Harmadik esetben a doktrína felfogható úgy is, hogy meggátolja a diplomáciai védelem nyújtását az, ha a diplomáciai védelmet élvező egyén megsértette a külföldi állam belső jogát vagy a nemzetközi jogot.⁴²⁰

A gyakorlatban az elvre való hivatkozás államok közötti vitás esetekben merült fel legtöbbször, amikor az alperesi pozícióban levő állam a másik állam vagy állampolgára rosszhiszemű magatartására hivatkozott kifogásként.⁴²¹ Felmerül azonban a kérdés, hogy a diplomáciai védelem gyakorlásának valamennyi eszközét kizárja a doktrína alkalmazása?

⁴¹⁶ Nagy Károly: Nemzetközi jog, Püski Könyvkiadó Bp.1999, p.533.

⁴¹⁷ Provisional Summary Record of the 2791st Meeting, U.N. Int'l L. Comm'n, 56th Sess., at 9-11, U.N. Doc. A/CN.4/SR.2791 (May 7, 2004), p.11.

⁴¹⁸ Luis Garcia-Arias: La doctrine des Clean Hands en droit international public: in *Annuaire des Anciens Auditeurs de L'académie* 1960.

⁴¹⁹ Az elv szerint a saját jogsértő magatartásából senki nem élvezhet előnyöket. Néhány állam nemzetközi bíróságok előtt gyakran hivatkozik a *clean hands* doktrínára, mint a jóhiszeműség elvének helyettesítéséeként. Így pl. Van der Tang v. Spain ügyben Eur. Ct. H.R 363, 381, 1993.

⁴²⁰ Aleksandr Shapovalov: Should a Requirement of clean hands be a Prerequisite to the Exercise of Diplomatic Protection? Human Rights Implications of the International Law Commission's Debate, 20 *Am. u. Int'l L.Rev.*, p.836.

⁴²¹ Izrael érvelése „Az elfoglalt palesztin területeken való fal építésének jogi következményeiről szóló tanácsadó véleményben. Az Oil Platforms ügyben az USA érvelése Iránnal szemben 2003 I.C.J. Reports 27-30. LaGrand-ügy (Germany v. USA) 2001. jún.27., ICJ Reports 2001, paras. 61-63., Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. USA) 2004. márc. 31., ICJ Reports 2004, paras. 45-47.

Csak a nemzetközi bírósági eljárás megengedhetőségét befolyásolja, vagy más diplomáciai intézkedés gátja is lehet? Bizonytalan a clean hands doktrína alkalmazása az emberi jogokat sértő állami magatartás esetén is. Vajon ezekben a nemzetközi jogot súlyosan sértő helyzetekben is kizárhatja a diplomáciai védelem nyújtását a doktrína? Ezeknek a kérdéseknek a megválaszolatlansága mind indokolja azt, hogy a jogirodalom nem fogadja el az elv alkalmazását a diplomáciai védelem gyakorlása során.

A Nemzetközi Jogi Bizottság ennek ellenére javasolta ennek a doktrínának is a felvételét a diplomáciai védelemről szóló tervezetbe, mint a diplomáciai védelem megengedhetőségének feltételét.⁴²² A rendelkezés legerősebb támogatója Alain Pellet volt, aki azt állította, hogy a diplomáciai védelem az egyetlen terület, ahol a clean hands doktrína működhet.⁴²³ John Dugard a kodifikáció speciális megbízottja elutasította ezt az álláspontot, kitartva a clean hands doktrína alkalmazhatatlansága mellett.⁴²⁴

Mindenesetre a clean hands doktrína ilyen formában történő alkalmazásának messzemenő következményei lennének a nemzetközi gyakorlatban. Hiszen a doktrína alkalmazásával olyan ügyek, mint a LaGrand-ügy vagy az Avena-ügy elutasításra kellett volna, hogy kerüljenek a Nemzetközi Bíróság elé.⁴²⁵ Más álláspontok szerint, ha a clean hands doktrínát alkalmaznák is a diplomáciai védelem területén semmiképp sem, mint megengedhetőségi feltételként lenne helye, sokkal inkább az érdemi kérdések megítélésénél, tehát a diplomáciai védelem gyakorlását követően, a kérelem elbírálása során.⁴²⁶

Egyetlen Nemzetközi Bíróság előtt folyó ügyben sem támogatta ugyanis a Bíróság a clean hands doktrínát, mint pergátló kifogást a kereset megengedhetősége kapcsán. Így például a 2003-as Oil Platforms-ügyben az USA azon követelésére, hogy a bíróság vegye figyelembe, hogy intézkedései csak Irán szintén jogsértő intézkedéseinek eredménye, a Bíróság kiemelte, hogy a clean hands doktrínának az érdemi részt érintő funkciója van és túlnyúlik a pergátló kifogások kategóriáján.⁴²⁷

⁴²² Diplomatic Protection: Titles and Texts of the Draft Articles Adopted by the Drafting Committee on First Reading, A/CN.4/L.647 (2004)

⁴²³ Provisional Summary Record of the 2793rd Meeting, U.N. Int'l L. Comm'n, 56th Sess., at 3-27, U.N. Doc. A/CN.4/SR.2793 (May 14, 2004) ILC Meeting 2793, p.4.

⁴²⁴ ILC Meeting 2791, p.10.

⁴²⁵ Mindenesetre egyik ügyben sem merült fel a doktrína, mint pergátló kifogás a kereset megengedhetőségével szemben.

⁴²⁶ Aleksandr Shapovalov: Should a Requirement of Clean hands be a Prerequisite to the Exercise of Diplomatic Protection? Human Rights Implications of the International Law Commission's Debate, 20 Am. u. Int'l L.Rev., p.834.

⁴²⁷ Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, ICJ. Reports 2003, p. 161

Edwin Borchard a *clean hands* doktrína valódi funkcióját vizsgálva felsorolt néhány jogesetet ahol az állam tartózkodott attól, hogy az állampolgárai érdekében fellépjen. Ezekben az esetekben azonban nem az állam diplomáciai védelem gyakorlásához való jogát zárták ki, hanem az állam döntött úgy, hogy nem gyakorol diplomáciai védelmet, ha az állampolgára jogsértést követett el.⁴²⁸ Borchard értelmezésében tehát egy jogsértés elkövetése nem teszi automatikusan alkalmazhatatlanná a diplomáciai védelem eszközét, hanem sokkal inkább annak korlátozását jelenti úgy, hogy az állam diszkrecionális hatáskörében a mérlegelés egyik szempontjává válik. A *clean hands* doktrína így biztosíthatja azt, hogy az állam nem fog beavatkozni olyan ügyben, amikor az állampolgárt saját jogsértése folytán fosztják meg szabadságától vagy tulajdonától a külföldi állam joga alapján. Más a helyzet, ha az állampolgár jogsértésére válaszul vagy azt követően alperesi állam nemzetközi jogsértést követ el; például megkínózzák a külföldit a fogvatartás során. Akkor az állampolgárság szerinti állam már jogosult lesz diplomáciai védelmet nyújtani. Hiszen a diplomáciai védelem fikciója miatt az egyént ért nemzetközi jogsértés az állam jogának sérelmét jelenti, így a követelés államok közötti igényérvényesítővé válik, és a *clean hands* doktrína csak a védelmet gyakorló állammal szemben lenne felhozható a diplomáciai védelem kifogásaként, és nem a jogsértett egyénnel szemben, miközben csak az egyén sértette meg az alperesi pozícióban levő állam jogát.

A fenti érvelésből kifolyólag a *clean hands* doktrínának nincs igazán helye a diplomáciai védelem útján történő igényérvényesítésben. Mivel ha az egyén jogsértést követ el külföldön, és annak az államnak joga szerint megbüntetik, nem történik nemzetközi jogsértés, és így mindegy, hogy maga is rosszhiszemű volt. Ha pedig az egyén jogsértése folytán a külföldi állam is nemzetközi jogsértést követ el, a követelés nemzetközivé válik, ha az állam diplomáciai védelmet nyújt a jogsértett egyén nevében, aki ellen csak saját cselekményei miatt lehet felvetni a *clean hands* doktrínát. A *clean hands* teória így nem fogható fel a diplomáciai védelem nyújtásának valódi korlátozásaként, hiszen az igényérvényesítési lehetőség valódi jogosultját nem feltétlenül érinti. Ennek alapján a Nemzetközi Jogi Bizottság tervezetében nincs helye a *clean hands* doktrínának, hiszen sokkal inkább alkalmazása tenné bizonytalanná a védelem nyújtásának lehetőségét egy egyébként is korlátozott védelmet nyújtó jogintézménynél.

⁴²⁸ Edwin Borchard: *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims* (1928), p.713.

5. Rendelkezés a diplomáciai védelem jogáról, lemondás a diplomáciai védelemről és a Calvo-záradék

A hagyományos felfogás alapján tehát, az államnak joga van diplomáciai védelmet gyakorolni abban az esetben mikor állampolgárát jogsérelem éri.

A diplomáciai védelem az állam joga és nem kötelessége, így az állam saját maga rendelkezik annak gyakorlásáról, természetesen a nemzetközi jog által felállított és az előzőekben áttekintett szabályok betartása mellett. Az állam egyetérthet annak korlátozásával, vagy akár lemondhat róla más államokkal kötött szerződések keretében,⁴²⁹ illetve egyoldalú nyilatkozattal.

Az államok a szuverenitásuk részeként fennálló személyi főhatalomból vezették le a diplomáciai védelem jogát, illetve azt a jogot is, hogy rendelkezhetnek vele, akár le is mondhatnak róla. Az államok ennek a jognak a gyakorlását egy olyan külügyi cselekménynek tekintik, mely részét képezve saját külpolitikai stratégiájuknak fontos állami érdekek megfontolását és politikai szempontok érvényesítését teszik szükségessé. A sérelmet szenvedett állampolgárt nem tekintik kompetensnek egy olyan kérdésben való döntésben, amely esetlegesen az állam érdekeit is érintheti, illetve része lehet az állam nemzetközi politikájának, az állam más államokkal való kapcsolatának, amely azonban a hagyományos nézetek szerint is az állami szuverenitás külső részének tartalmát adhatja.

Ez a felfogás mindenképpen csak akkor igazolható azonban, ha teljes egészében azt a nézetet fogadjuk el, hogy az állam saját jogait gyakorolja a diplomáciai védelem gyakorlása során és nemcsak az állampolgár nevében, érdekeit képviselve érvényesít igényt a nemzetközi fórum előtt. Ugyanis amennyiben legalább részben elfogadjuk, hogy a diplomáciai védelem nyújtását az egyén jogának sérelme alapozza meg, akkor a sérelmet szenvedett egyén valamiképp szerepet játszik a nemzetközi igényérvényesítés során, sőt szándékai, akarata ellenére megkockáztatható, hogy a nemzetközi igényérvényesítésre sem kerülhet sor.

Ezért tekinthető az egyik legvitatottabb kérdésnek a diplomáciai védelem gyakorlatában a Calvo-záradék problémája.⁴³⁰ A Calvo-záradéknak nevezett kikötésnek az a lényege, hogy a külföldi beleegyezék abba, hogy a szerződésből származó jogvitákat a belföldi bíróságok

⁴²⁹ A 19. században kialakult egy olyan gyakorlat, hogy az államok kétoldalú nemzetközi szerződéseket kötöttek, melyben a diplomáciai védelem jogát kifejezetten meghatározott esetekre korlátozták; így például az igazságszolgáltatás megtagadásának az esetére.

⁴³⁰ A Calvo klauzula megfogalmazásának kiváltó oka az 1868-as angol, francia beavatkozás volt Argentína, Uruguay és Mexikó ügyeibe, arra törekedve, hogy megfosszák a beavatkozó hatalmakat a beavatkozás lehetőségétől.

döntsék el, és előre lemond arról, hogy az őt ért jogsérelem miatt államának diplomáciai védelmét kérje.⁴³¹

A záradék kialakulása a korábbiakban említettek szerint a nagyhatalmak beavatkozási gyakorlatának eredménye, melynek következtében a latin-amerikai országok nemzetközi jogászai igyekeztek egy olyan jogi megoldást találni, amivel a lehető legkisebbre korlátozzák a beavatkozási lehetőséget.⁴³² Álláspontjuk szerint a külföldi sem tarthat igényt több jogra, mind a belföldi, így meg kell elégednie a belföldi jogorvoslati lehetőségekkel. A kormányok felelőssége a külföldiek irányában nem lehet nagyobb, mint a saját állampolgáraik felé.⁴³³

Ezen teória alapján került be a külföldiekkel kötött polgári jogi szerződésekbe egy záradék formájában⁴³⁴ az, hogy a külföldi előre lemond a diplomáciai védelem jogáról egy kivételt ismerve, az igazságszolgáltatás megtagadásának esetét. Kérdés, hogy egy ilyen joglemondó záradék hatással van-e az állam diplomáciai védelemhez való jogára.

A szerződő fél eldönthette, hogy a szerződés aláírásával elfogadja-e azt a feltételt, hogy vita esetén a nemzetközi beavatkozás, illetve a nemzetközi jog alkalmazása kizárt, vagy le kellett mondania a szerződésről. A klauzulának általában két része volt; az első rendelkezett arról, hogy a szerződés kérdéseivel, annak értelmezésével vagy végrehajtásával kapcsolatos problémákat a helyi bíróság előtt kell megoldani, annak az államnak a joga szerint; a második része pedig a szerződő fél teljes vagy részleges lemondását⁴³⁵ tartalmazta a nemzetközi jog szerinti jogairól, mindenekelőtt a szerződő fél saját állama szerinti védelemről.⁴³⁶

A nemzetközi joggyakorlat bár kezdetben elismerte a záradék érvényességét önmagában, az állam jogával való szembehelyezhetőségét már akkor megtagadta.⁴³⁷ Az államok gyakorlatát tekintve elmondható, hogy míg a latin-amerikai országok gyakorlata, joga

⁴³¹ Nagy Károly: Az állam felelőssége a nemzetközi jog megsértése miatt, Akadémiai Kiadó, Budapest 1991. p.139.

⁴³² Nagy Károly: Nemzetközi jog, Püski Kiadó 1999. p.533.

⁴³³ C. Calvo, Le droit international théorique et pratique, 5th edn, 1896, Vol. VI 231.

⁴³⁴ A doktrína szerződésekben történő érvényesítése nem vezetett eredményre, így záradék formájában illesztették a külföldi és az állam között kötött szerződésekbe.

⁴³⁵ Ezek a záradékok néha csak arról rendelkeztek, hogy a külföldi elfogadja a helyi bíróság eljárását, de előfordult, hogy a klauzula sokkal közvetlenebb, konkrétan lemondást tartalmazott a diplomáciai védelemről, vagy hogy a külföldi személy vagy társaság a szerződés tekintetében az állam állampolgárának tekinthető.

⁴³⁶ Lipstein: The Place of the Calvo Clause in International Law 22 BYIL (1945), Dugard: Third Report to the ILC on Diplomatic Protection, Addendum (2002), UN DocA/CN.4/523/Add.1.

⁴³⁷ Kovács Péter: Nemzetközi közjog, Osiris Kiadó, Bp.1997., p.383.

elismerte⁴³⁸ a Calvo-záradék érvényességét, mintegy regionális gyakorlatot teremtve,⁴³⁹ addig a latin-amerikai országokon kívül nagyon eltérő gyakorlat alakult ki.⁴⁴⁰ Az Egyesült Államok által sokat hangoztatott álláspont szerint a Calvo-záradékkal nem mondott le, illetve nem mondhatott le az egyén az államot megillető diplomáciai védelem jogáról.⁴⁴¹ Az 1930-ban megrendezésre került Kodifikációs Konferencia során pedig, más államok záradékkal kapcsolatos véleményére is fény derült.⁴⁴² Dél-Afrika, Ausztrália, és Ausztria vitatta a záradék tényleges hatását. Finnország, Hollandia és Németország azonban elismerte a záradék érvényességét, míg Belgium, Dánia, Nagy-Britannia, Magyarország, India, Japán, Norvégia, Új-Zéland, Lengyelország, Svájc nem ismerte el annak az állam jogára való kihatását is.⁴⁴³

Később bírói döntések sorában mondták ki a záradék érvénytelenségét is.⁴⁴⁴ A Calvo-záradék joggyakorlata az 1926-os *North American Dredging Company*-ügy köré épül, amely meghatározó jelentőséggel bírt a záradék gyakorlati érvényesülését tekintve.

Az 1926 előtti bírósági döntések nem tartalmaznak egyértelmű megállapításokat a záradék érvényességének kérdéséről.⁴⁴⁵ A záradék érvényességének elutasítása mellett döntő ügyekben általában a döntés a következő három ok egyikén alapult:

- Az egyénnek nincs joga a kormány felségjogáról szerződésben rendelkezni.
- Azokban az esetekben, mikor a kormány érvénytelenítette a szerződést, anélkül, hogy a helyi bíróságokhoz fordult volna, ezzel a cselekménnyel a kérelmező megszabadult attól a kikötéstől, hogy a szerződés nem lehet nemzetközi igényérvényesítés tárgya.
- Ahol lehetett a bíróság igyekezett arra a megállapításra jutni, hogy a követelés nem magából a szerződésből származik, hanem például a tulajdoni jogok megsértéséből.⁴⁴⁶

⁴³⁸ Néhány latin-amerikai országban ezt a klauzulát az alkotmányukba is beillesztették, így általánossá téve annak alkalmazását valamennyi külföldre.

⁴³⁹ Shea: *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy* Minneapolis, University of Minnesota Press (1955) pp.269-79.

⁴⁴⁰ A latin-amerikai államok kísérletet tettek a záradék szabályainak kodifikálására is, mindez azonban nemzetközi szinten kudarcba fulladt. Mind az 1926-os Guerrero jelentés, mind az 1929-es Harvardi Jogi Iskola tervezete és az Előkészítő Bizottság által készített vitaalap tartalmazta a Calvo záradéokra vonatkozó javaslatot. 1930-ban a hágai Kodifikációs Konferencián végül nem foglalkoztak a klauzulával.

⁴⁴¹ Shea: *im.*, pp.37-45.

⁴⁴² *Bases of Discussion (Doc C.75. M.69.1929.V): Responsibility of States for Damages Caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners, Question XI (d)*, pp. 133-135.

⁴⁴³ Kanada azt az álláspontot képviselte, hogy a klauzula érvényes, ha az állampolgárság szerinti állam megengedi az egyén számára, hogy ilyen szerződést kössön.

⁴⁴⁴ *Martini-ügy, választottbírói ítélet (Olaszország v. Venezuela)*, 1904. július 8.RSA., vol.X. p.644., *Mavrommatis palesztinai koncessziók ügye, Chorzow-i üzem ügye (Case Concerning the Factory at Chorzów July 26th, 1927)*

⁴⁴⁵ 19 ügyből csak 8-ban ismerték el a záradék érvényességét.

Magáról a Calvo-záradék jellegéről és alkalmazási területéről valódi válaszokat elsőként az amerikai-mexikói igényérvényesítési bizottság által tárgyalt *North American Dredging Company*-ügyben⁴⁴⁷ kapunk. Ebben az ügyben a kérelmező, azért, hogy biztosítsa a szerződésből származó esetleges viták eldöntését, beleegyezett egy olyan kitétel beillesztésébe a szerződés rendelkezései közé, mely szerint „a vállalkozót és minden személyt, aki alkalmazottként vagy más minőségben közvetve vagy közvetlenül részt vesz a szerződés szerinti munkák elvégzésében, mexikóinak kell tekinteni minden ügyben, a Mexikói Köztársaságban, a munkálatok elvégzése és a szerződés teljesítése tekintetében. Nem is követelhetnek, és nem is lehet követelésük a szerződéssel kapcsolatos érdekeikre tekintettel, és nem élvezhetnek más jogokat azon jogaik érvényesítése érdekében, melyet a mexikói állam garantál, mint amelyeket a mexikóiak javára megállapítanak. Következtetésképp meg vannak fosztva minden joguktól, mint külföldiek, és semmilyen feltétel alapján nem megengedett a külföldi diplomáciai képviselő beavatkozása a szerződéssel kapcsolatos ügyekben.”⁴⁴⁸

Amikor a feltételezett szerződésszegés megtörtént, a kérelmező nem kísérelte meg kimeríteni a helyi jogorvoslati lehetőségeket, hanem a szerződés rendelkezéseinek megfelelően - amely egy döntőbizottság felállítása esetére eltekintett a jogorvoslatok kimerítésének követelményétől - követelte, hogy az USA nyújtson be kérelmet érdekében ezen döntőbizottság előtt.

A döntőbizottság eljárása során elsőként visszautasította azt az érvelést, mely elutasította a záradék érvényességét. Ennek indoklásaként kifejtette, hogy „a Calvo-záradék egy speciális szerződésben nem egy olyan záradék, melyet teljes egészében be kell tartani szerződéses jellege miatt, de nem is egy olyan, amit mérlegelés szerint el lehet választani a szerződés többi részétől, mintha egy véletlen utóirat lenne. A megerősítő válasz a külföldiek jogait kétségtelenül veszélybe sodorná, a negatív válasz pedig az országok számára nem hagyyna más választást, mint kizárni a külföldieket az üzleti beruházás lehetőségeiből. Így éppen, hogy lehetséges a külföldi védelmének jogáról bizonyos formában való lemondás érvényességének elismerése, anélkül, hogy ezzel minden formájának érvényességét vagy jogszerűségét ismernénk el.”⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ Borchard: *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims* (1915) pp. 800-801.

⁴⁴⁷ *North American Dredging Company-ügy USA v. Mexikó* 1926. márc.31., 4 U.N.R.I.A.A 26.

⁴⁴⁸ *North American Dredging Company-ügy USA v. Mexikó* 1926. márc.31., 4 U.N.R.I.A.A 26.

⁴⁴⁹ *North American Dredging Company-ügy USA v. Mexikó* 1926. márc.31., 4 U.N.R.I.A.A 26.

Ezzel a kijelentéssel összhangban elutasította azt az álláspontot is, miszerint a záradék ellentétben állna a nemzetközi jog elismert szabályaival, hiszen véleménye szerint a nemzetközi jogban semmi nem tiltja a diplomáciai védelem joga korlátozásának valamennyi formáját. A Calvo-záradék végeredményben az egyén részéről felfogható úgy is, mint annak a biztosítéka, hogy nem fogja a helyi jogorvoslatokat mellőzni azokban az esetekben, amikor a szerződés végrehajtásából keletkezik vita az aláíró felek között. A rendelkezés azonban a döntőbizottság szerint „sem fosztotta meg, és nem is tudta volna megfosztani a kérelmezőt állampolgárságától és annak minden velejárójától. Így attól sem, hogy kormányához forduljon védelemért, ha a mexikói bíróságokhoz vagy egyéb általa elérhető hatóságokhoz való folyamodása az igazságszolgáltatás megtagadását, vagy késleltetését eredményezné.”⁴⁵⁰

A *Dredging*-ügyben hozott döntés amellelt érvelt tehát, hogy a záradék lehetősége nem ellentétes teljes egészében a nemzetközi joggal, azonban vitatott érvényességének „kiterjedése”. A jogirodalom álláspontja szerint korlátozott érvényességgel bír, kizárólag olyan módon érvényesülhet, amivel nem zárja ki a diplomáciai védelem gyakorlását teljes egészében. Az európai országok és az Egyesült Államok mára már elfogadták a latin-amerikai országok szuverén egyenlőségét és bíznak azok igazságszolgáltatási rendszerében, amely azonban nem jelenti a Calvo-záradék feletti viták végét. A latin-amerikai országok ugyanis még mindig fontosnak találják sajátos, regionális megközelítésüket a nemzetközi jog ezen intézményéhez kapcsolódóan. A záradék azonban elveszítette a korábban még esetlegesen elfogadott relevanciáját a helyi jogorvoslatok kimerítésének biztosításában. A diplomáciai védelem általános gyakorlata alapján ugyanis minden esetben feltétele a védelem nyújtásának a helyi jogorvoslatok kimerítése. Ha a Calvo-záradék valóban csak ezt a cél garantálta, s ez volt korlátozott érvényességének feltétele, akkor már valóban nincs szükség „nyomatékosító erejére”.

Tehát a Calvo-záradék gyakorlata, illetve a sérelmet szenvedett állampolgár jogosultsága a diplomáciai védelemre nem vált általánosan elfogadott gyakorlattá a nemzetközi jogban. Hiszen a „magánszemély nem mondhat le államának védelméről, mert nincs beleszólása abba, hogy az állam mikor és hogyan gyakorolja az őt a nemzetközi jog alapján megillető jogokat (...)”⁴⁵¹ Akadnak azonban olyan vélemények, melyek azt állítják „hogy a külföldi

⁴⁵⁰ Nagy Károly: Az állam felelőssége a nemzetközi jog megsértése miatt, Akadémiai Kiadó, Budapest 1991.p.139.

⁴⁵¹ Kertész István: Az állam nemzetközi felelőssége, Budapest 1938; pp.171-172.

nem az államát megillető diplomáciai védelemről mond le, hanem csupán arról az ő saját alanyi jogáról, hogy ezt a védelmet kérje vagy igénybe vegye.”⁴⁵²

6. A diplomáciai védelem gyakorlásának jogkövetkezményei - avagy a nemzetközi felelősség következményei

A Nemzetközi Jogi Bizottság az államok felelősségéről szóló kodifikációs tervezetben már részletesen foglalkozott az államok felelősségének jogkövetkezményeivel, így a diplomáciai védelem vonatkozásában is rögzítésre került a jóvátétel gyakorlata.

Mindazonáltal a diplomáciai védelem gyakorlása jogkövetkezményének van egy olyan kérdése, mely itt sem került rendezésre és a diplomáciai védelem szabályainak kodifikációja során merült fel megoldandó problémaként.⁴⁵³ Miszerint a diplomáciai védelmet nyújtó államnak van-e kötelezettsége a jogsértett állampolgár számára juttatni abból a kártérítésből, melyet a jogsértő államtól kapott a felelősség nemzetközi megállapítását követően?

Ausztria a Nemzetközi Jogi Bizottsághoz benyújtott észrevételeiben kijelentette, hogy mindenképpen külön figyelmet érdemel a kapcsolat az egyén, akinek a joga kerül megvédésre, és az állam között, aki a diplomáciai védelem jogát gyakorolja. Ebben a viszonylatban pedig külön kiemelendő a jogkövetkezmények kérdése. Mindazonáltal elfogadható az az érvelés, miszerint a kártérítés megosztása kizárólag az állam és az állampolgár viszonyának függvénye, a nemzetközi jog szempontjából azonban szükségesnek látszik annak a helyzetnek a rendezése, miszerint mégiscsak az egyén jogainak érvényesítésére kerül sor az állam részéről.⁴⁵⁴

A rendelkezésre álló nemzetközi joggyakorlat, így például a diplomáciai védelem tekintetében klasszikusnak mondható Mavrommatis-ügy megállapításai szerint a védelmet gyakorló államnak a diplomáciai védelem valamennyi elemét tekintve abszolút diszkrecionális jogai vannak, így a kapott kártérítést illetően is. Mivel az állam teljes szabadságot élvez, így a diplomáciai védelem nyújtását illetően az sem követelhető tőle, hogy az egyén által elszenvedett károk teljes egészének jóvátételét követelje. Ehelyett a jogsértett állam a legtöbb esetben részbeni jóvátételben állapodik meg a jogsértő állammal. Ez azt is jelentheti, hogy az egyén kevesebb, mint 10 %-át kapja meg a követelése valódi

⁴⁵² E. Jimenez de Aréchaga: *International Responsibility*, in M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law* (London, Macmillan, 1968), p.591.

⁴⁵³ A francia küldött a hatodik Bizottság 2005. október 24-én tartott ülésén kifejtette, hogy a kodifikáció speciális megbízottjának érvelése, miszerint nincs szükség ennek a kérdésnek a vizsgálatára, nem volt teljesen meggyőző.

⁴⁵⁴ *Comments and Observations Received from Governments*, A/CN.4/561, p.8.

értékének.⁴⁵⁵ Az egyének jogainak növekvő elismerése azonban mindenképpen igényt teremthet arra, hogy az állampolgár a diplomáciai védelmet gyakorló államtól jóvátételt igényeljen akár a nemzeti bíróság előtt, vagy közreműködjön a jóvátétel megosztásának feltételeit meghatározandó, ha a jóvátétel több felet illet. Az eddig felmerült esetekben az államok gyakorlata azonban azt mutatja, hogy továbbra is a valójában felmerült kárnál jóval kevesebb kártérítési összeg megadása a jellemző.⁴⁵⁶

Mindeközben az egyént ért jogsértés a kár megállapításának eszközeként, mércéjeként szolgál. Bár a teljes jóvátétel nemcsak a külföldi esetleges veszteségeinek orvoslására szolgál, a külföldi által elszenvedett kár a jóvátételről való döntés alapját adhatja. Ennek elismerésére az Állandó Nemzetközi Bíróság Chorzow ügyében került sor, és mára már a nemzetközi jog általános szabályának tekinthető. „Az egyén által elszenvedett kár ezáltal soha nem azonos természetében azzal, melyet az állam szenvedett el, kizárólag arra használható, hogy megfelelő mércéül szolgáljon a kártérítés meghatározása számára.”⁴⁵⁷ Egy ilyen kár magában foglalhatja a külföldi anyagi veszteségeit és azt az erkölcsi sérelmet is, melyet az egyén elszenvedett. Bár az egyén gazdasági érdekeltsége, vagyona fikció segítségével az állampolgársága szerinti állam vagyonának részét képezheti, a nemzetközi jog mégsem tekinti ezt az állam tulajdonának. Ugyanez elmondható az egyént ért személyes sérelemlről is, beleértve az erkölcsi sérelmeket.

A tradicionális felfogásnak megfelelően azonban a jóvátétel az államot illette meg, függetlenül attól, hogy az egyént érte jogsérelem külföldön. Erre az anomáliára mutat rá Morelli bíró a Barcelona Traction-ügyben. „A nemzetközi jóvátétel mindig is az államot illette és nem az egyént, így a kártérítés esetén is, és azon tény ellenére is, hogy a kártérítés összegét az egyén által elszenvedett kár alapján kell meghatározni.”⁴⁵⁸ Mindazonáltal, ha az állam a jogorvoslati eljárás során egyeztetni köteles a sérelmet szenvedett egyénnel legalább a kár mértékét illetően, mégsem élvez teljes diszkrecionalitást az igényérvényesítés során.

Míg azonban a nemzetközi és nemzeti bírói döntések azt hangsúlyozzák ki, hogy a jogsértett egyénnek semmilyen joga nincs az állam által kapott kártérítésre, más nemzeti

⁴⁵⁵ W. Geck: Diplomatic Protection in Encyclopaedia of Public International Law (1992), vol.1.,p.1058., D. Bederman: Interim Report on Lump sum agreements and Diplomatic Protection in International Law Association, Report of the Seventieth Conference, New Delhi (2002), p.230.

⁴⁵⁶ J. Pastor Ridruejo: La pratique espagnole de la protection diplomatique, in J.-F. Flauss, La Protection Diplomatique (2003),p.112. in A/CN.4/567 Seventh Report on Diplomatic Protection para.94.

⁴⁵⁷ Chorzow Factory Case 1928. P.C.I.J. Series A, No. 17.

⁴⁵⁸ Barcelona Traction 1970 ICJ Reports, p.223.

mechanizmusok mégis azt sugallják, hogy az államok is elismerik, hogy valamiféle kötelezettségük van, hogy a megkapott kártérítést kifizessék a jogsértett állampolgárnak. Így míg az Administrative Decision V-ügyben az amerikai-német vegyesbizottság megerősítette az állam széleskörű diszkrecionalitását: „A nemzet (...) korlátlan diszkreciót kell, hogy élvezzen annak a meghatározásában, hogy mikor és hogyan terjesszen elő kérelmet, és vonja vissza vagy kössön kompromisszumot. (...) Amennyiben az igényérvényesítő államnak fizetnek a döntés végrehajtása során, a nemzet (állam) teljes kontrollt gyakorol a kifizetett összeg felett.”⁴⁵⁹

Egyes nemzeti bíróságok gyakorlata azonban más irányba mutat. Az Egyesült Királyságban a Civilian War Claimants-ügyben⁴⁶⁰ a felperesek azt kérték az államtól, hogy ossza meg azt a jóvátételt, melyet Németország fizetett az Egyesült Királyságnak a versailles-i békeszerződés alapján az I. világháború alatt okozott károk miatt. Úgy vélték, hogy mikor az állam másik államfővel a szerződést letárgyalta, ez összeegyeztethetetlen volt azon szuverén pozíciójával miszerint az állampolgárai képviselőjében illetve megbízottjaként kell eljárnia, anélkül, hogy ezt kifejezetten rögzítsék a szerződésben. A szerződésben semmi nem utal erre, ehelyett a kormányra hagyja annak eldöntését, hogy közte és állampolgárai között hogyan osszák meg a pénzüsszeget. Ez a döntés további megerősítést nyert a Lonrho Exports Ltd v. Export Credits Guarantee Department-ügyben.⁴⁶¹ Az USA-ban az álláspont hasonló: „a külföldi kormányoktól nemzetközi döntés vagy vitarendezés alapján kapott pénz az USA-t illeti, és annak szétosztása kizárólag a Kongresszus jóindulatán múlik.” „Azok a pénzüsszegek, melyeket az állam külföldi kormányoktól kapott az amerikai állampolgárok kérelmeinek elintézése során nemzeti pénzüsszegnek számítanak, és semmilyen kérelmezőnek nincsen szigorúan vett joga a pénzüsszeg tekintetében, és a Kongresszus sem köteles fizetni ezekből a pénzüsszegekből, bár kétségtelen, hogy a kormánynak morális kötelezettsége van azok számára kifizetést teljesíteni, akik kárt szenvedtek.”⁴⁶² Franciaországban a diplomáciai védelem teljes egészében a kormány aktusa maradt, abszolút diszkrecionalitást gyakorolva ebben a kérdésben, mely felett a bíróság semmilyen felülvizsgálati joggal nem bír. Az előző kijelentés ellenére a kártérítés megosztása tekintetében fellelhető olyan álláspont, mely

⁴⁵⁹ Administrative Decision V., UNRIIAA vol. VII., p. 119., p. 152.

⁴⁶⁰ Ass'n v. The King (1932), A. C. 14. in Seventh Report on Diplomatic protection, A/CN.4/567, p.40.

⁴⁶¹ 1996 4 A11 E R, p.673, p.687. in Seventh Report on Diplomatic protection, A/CN.4/567, p. 40.

⁴⁶² Distribution of the Aslop Award, Opinion of J. Reuben Clark, Department of State in A/CN.4/567 p.41.

szerint az állam általános gyakorlata ilyen esetekben, hogy a jogsértett egyén számára pénzfizetést teljesítenek.

Az 1950-es évek elején az államok gyakorlatában megjelent, megindult a kártérítési döntések bírósági felülvizsgálata. Franciaországban, az USA-ban és az Egyesült Királyságban bizottságokat állítottak fel a II. világháború után a kelet-európai országoktól kapott (lump-sum awards) kifizetések elosztása végett. Ennek az eljárásnak a kialakulása annak volt egyébként köszönhető, hogy egyre több kérelmező fordult az államhoz, azzal, hogy a kisajátított vagy államosított magántulajdon fejében kapott összegből részesülni kíván. Ezen kártérítések, illetve megtérítések összegének szétosztása céljából pedig szükség volt ezen specializálódott szervek létrehozására. Ezt a célt valamennyi országban különböző módon valósították meg. Így például az USA-ban 1949-ben létrehozták az ún. Nemzetközi Igénybizottságot, annak érdekében, hogy a Jugoszláviával és később Panamával kötött lump sum megállapodások kiosztásáról gondoskodjon.⁴⁶³ A Bizottság feladata az volt, hogy a külföldi kormányoktól kapott összegeket a különböző kérelmezők között szétosztja, miután meggyőződött arról, hogy az igények érvényesek és helytállóak. A Bizottság mintegy bírói szervként tevékenykedett, azonban döntése ellen nem volt lehetőség fellebbezésre.⁴⁶⁴

Az Egyesült Királyságban 1950-ben állították fel a hasonló tevékenységgel foglalkozó Külföldi Kártérítés Bizottságát (Foreign Compensation Commission), azon kifizetések szétosztására, melyeket az ország Lengyelországgal, Csehszlovákiával, Jugoszláviával kötött megállapodások folytán kapott. A Bizottság rendes törvényszék mintájára működött, nemzeti jogot alkalmazott, és döntése ellen nem volt helye fellebbezésnek.⁴⁶⁵ Franciaországban a rendszer ad hoc alapon működött, de a létrehozott Bizottság esetenként a nemzetközi jog szabályait használta eljárása során.⁴⁶⁶

Mindenestre az említett államok gyakorlata abba az irányba mutat, hogy az államok teljes diszkrecionalitása a területen csökkenni látszik. Amellett azonban, hogy az elmélet és egyes bíróságok (nemzeti, nemzetközi) gyakorlata elismerni látszik az egyének jogát az őket ért jogsértés folytán az állam által nemzetköziesített ügyekben megítélt kártérítésekből

⁴⁶³ 1982-ben aztán átnevezték az USA Külföldi Igényeket Elintéző Bizottságának (Foreign Claims Settlement Commission of the United States)

⁴⁶⁴ Seventh Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/567 ILC p.42.

⁴⁶⁵ Seventh Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/567, p.42.

⁴⁶⁶ Seventh Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/567, p.42.

való részesülésre,⁴⁶⁷ nehezen állítható, hogy a nemzetközi joggyakorlatban ez egy vitathatatlan gyakorlatot, vagy valamiféle kötelezettséget jelentene az államok számára a kártérítés megosztása.

Tagadhatatlan azonban, hogy az államnak egyre inkább kötelességei lehetnek az egyén vonatkozásában, akinek a jogai elismerésre kerültek az utóbbi évtizedek nemzetközi jogában.

Az állam külképviseleteinek a tevékenysége sok esetben az állam ezen feladatának biztosítását szolgálja. A diplomáciai és konzuli testületek munkája többek között a külföldre szakadt állampolgár érdekeinek érvényesítéséről is szól. A kérdés azonban felvetődik, hogy az állampolgárok sok esetben alkotmányban rögzített védelme külföldön milyen formában valósul meg? A lehetséges jogosultság valóban a diplomáciai védelemhez, vagy sokkal inkább a konzuli védelemhez kapcsolódik?

A Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációs tevékenysége az általános szabályok rögzítése mellett, olyan kérdéseket is felvetett a diplomáciai védelem intézménye tekintetében, mely részletesebb vizsgálatot igényel, hiszen sok esetben az általános szabályok megfelelő érvényesítésére is csak ezen problémák tisztázásával kerülhet sor.

IV. A diplomáciai védelem gyakorlásának eszközei, a fogalom-meghatározás és az elhatárolás problémái

A diplomáciai védelem intézményének, illetve szabályainak meghatározása során viszonylag kevés figyelmet szenteltek annak a kérdésnek, hogy valójában milyen állami intézkedések valósítják meg a diplomáciai védelmet.

Általában elfogadott követelménynek számít, hogy a diplomáciai védelem gyakorlására csak jogszerű és békés eszközökkel kerülhet sor.⁴⁶⁸ Ennek a követelménynek az általános megállapítása akkor válik kifejezetten érthetővé, ha megvizsgáljuk a diplomáciai védelem gyakorlásának korábbi történetét. A diplomáciai védelem nyújtása a 19-20. században számos esetben a jogosultsággal való visszaélést eredményezte, így az erősebb hatalom politikai befolyásának érzékeltetésével a feltételezett jogsértést elkövető állam belügyeibe történő beavatkozást. A diplomáciai védelemre való hivatkozás sok esetben teremtett

⁴⁶⁷ 1994-ben többek között az Emberi Jogok Európai Bírósága a Beaumartin v. France-ügyben foglalkozott a kérdéssel, és ítélte meg úgy, hogy a nemzetközi egyezmények vonatkozó rendelkezései jogot biztosíthatnak a kártérítésre az egyének számára is. No. 15287/89 (1994) ECHR 40.

⁴⁶⁸ Chittharanjan F. Amerasinghe: Diplomatic Protection, Oxford University Press, p.27.

lehetőséget katonai beavatkozások igazolására is.⁴⁶⁹ Azonban az erőszak tilalmának megjelenése a nemzetközi jogban, különös tekintettel az ENSZ Alapokmány 2. cikk 4. pontjának⁴⁷⁰ rendelkezésére az erőszak alkalmazását, mint a diplomáciai védelem nyújtásának eszközét megtiltotta.

Azt már tudjuk, hogy milyen tilos eszközei vannak, azonban a diplomáciai védelem nyújtásának szabályai továbbra is meghatározásra várnak. A diplomáciai védelemhez kapcsolódó jogok és kötelezettségek, illetve a valódi érvényesíthetőség megteremtése érdekében szükséges a meghatározás pontosítása és az elhatárolás tökéletesítése.

A nemzetközi jogirodalom sok esetben definiálja úgy a diplomáciai védelmet, mint annak eszközét, hogy az „állam, amely állampolgárát megsértették, követelést terjeszthet elő nemzetközi szinten.”⁴⁷¹

Valójában a diplomáciai védelem kifejezés a köztudatban többféle jelenséggel kapcsolódik össze; így például ide köthető a diplomáciai intézkedések tétele a külföldi államban bebörtönzött állampolgár érdekében, vagy egy jogosultság érvényesítése egy nemzetközi bíróság előtt. Az államok és a nemzetközi jogászok hajlamosak ez utóbbival azonosítani a diplomáciai védelem kategóriáját és azt állítják, hogy a diplomáciai védelem gyakorlása egyet jelent a nemzetközi bírósági eljárás lefolytatásával.

Szintén pontatlan meghatározáshoz vezethet, ha azt állítjuk, hogy diplomáciai védelmet csak diplomáciai képviselők nyújthatnak, vagy ha a diplomáciai védelem kategóriájába soroljuk az állam állampolgárai érdekeinek egyszerű támogatását vagy a kormány baráti közbenjárását a másik állam hatóságainál, csak azért mert az az egyén érdekében történik.

A diplomáciai védelem körébe tartozó intézkedések meghatározását mindenképpen elősegítheti, ha a nemzetközi közösség, egészen pontosan a Nemzetközi Jogi Bizottság által, az ezirányú kodifikációs munkálatok során megállapított feltételeket, illetve alapvető szabályokat figyelembe vesszük. Így csakis azok a másik állam ellen irányuló állami fellépések tekinthetők diplomáciai védelemnek, amelynek esetében felmerül a nemzetközi jog megsértése, a helyi jogorvoslatokat kimerítették és az érintett egyén rendelkezik a fellépő állam állampolgárságával.

⁴⁶⁹ Az angol-búr háború (1899-1902) kirobbanását a britek azzal indokolták, hogy az aranybányákat birtokló állampolgáraik védelme érdekében avatkoztak be.-First Report on Diplomatic Protection A/CN.4/506, p.5. para. 14.

⁴⁷⁰ „A tagoknak nemzetközi érintkezéseik során más állam területi épsége, vagy politikai függetlensége ellen irányuló vagy az Egyesült Nemzetek céljaival össze nem férő bármily más módon megnyilvánuló erőszakkal való fenyegetéstől vagy erőszak alkalmazásától tartózkodniuk kell.”

⁴⁷¹ Brownlie: Principles of Public International Law, Oxford 2003, p.489.

1. A Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációs meghatározásai

A diplomáciai védelem meghatározásával kapcsolatos nézetek előzőekben bemutatott különbségei vezettek el ahhoz, hogy a diplomáciai védelem szabályainak kodifikálásával foglalkozó Nemzetközi Jogi Bizottság is külön figyelmet szentelt a diplomáciai védelem definiálásának, illetve a lehetséges eszközök, és igényérvényesítési módok felderítésének.

A kodifikációs folyamat speciális megbízottja akként jellemezte a diplomáciai védelmet, mint „egy olyan cselekvést, melyet az állam egy másik állammal szemben fejt ki egy állampolgár személye vagy vagyona által elszenvedett sérelem miatt, amely nemzetközi jogot sértő magatartás vagy mulasztás következménye, ami a másik államnak betudható.”

⁴⁷² A javaslat egyébként úgy próbálta meg kiszélesíteni a meghatározást, hogy minden olyan magatartást a körébe vont, amely nem valósít meg az erőszak tilalmával ellentétes cselekvést.

A korábbi speciális megbízott Bennouna már a kodifikációt előkészítő dokumentumban is a lehetőségek széles skáláját vázolta fel, melyek egy állam számára rendelkezésre állnak a diplomáciai védelemhez való joguk gyakorlásához. „Az állam megtartja elvileg az eszköz megválasztásának jogát az állampolgárai megvédése érdekében, mialatt figyelembe veszi nemzetközi kötelezettségeit és a nemzetközi jog általános szabályait. Különösen, nem folyomódhat az erőszakkal való fenyegetéshez vagy annak alkalmazásához a diplomáciai védelem gyakorlása során.”⁴⁷³

A Bizottság azonban egy szűkebb megközelítést látott szükségesnek, abból az okból, hogy mindenképpen elkerülje a diplomáciai védelem összemosódását a konzuli védelemmel.⁴⁷⁴

Hiszen a legtöbb formája a konzuli és diplomáciai képviseltek által nyújtott segítségnek, olyan az állampolgárok számára biztosított védelem, mely akár a külföldi állam egyébként jogszerű magatartásának vagy olyan jogsértő magatartásának eredményeként bekövetkező érdeksérelemet próbálja meg orvosolni, mely nem tárgya a tervezetnek.

A megkülönböztetés szükségességének következtében a Bizottság végül egy olyan megfogalmazást fogadott el a diplomáciai védelem kapcsán, amely kötöttebb és szűkebb kategóriát eredményezett minden eddigi megközelítésnél.

„A diplomáciai védelem abban áll, hogy az állam *diplomáciai lépést és más békés vitarendezési eszközt* vesz igénybe, saját jogaként érvényesítve állampolgára igényeit,

⁴⁷² J. Dugard: First Report on Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims, n. 2. p.11., Art. 1.

⁴⁷³ Preliminary Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/484,p.4., para. 11.

⁴⁷⁴ Report of the International Law Commission on the Work of it's fifty-second session A/55/10, p. 173.

amelyek kapcsolatosak az állampolgárt ért jogsérelemmel, mely egy másik állam nemzetközi jogsértése folytán állt elő.”⁴⁷⁵

A Nemzetközi Jogi Bizottság tervezetéhez kapcsolódó kommentár szerint a diplomáciai védelem nyújtásának eszközeként meghatározott „diplomáciai lépések” magukban foglalnak az állam által alkalmazott minden olyan jogszerű eljárást, amellyel a másik állam tudtára hozhatják a jogsértéssel kapcsolatos álláspontjukat illetve érdekeiket érvényesíthetik, beleértve a tiltakozást, vizsgálatot vagy tárgyalások követelését a vita elintézése érdekében.”⁴⁷⁶

A „más békés vitarendezési eszközök” kategóriába tartozik minden jogszerű vitarendezési eljárás, a tárgyalásoktól kezdve, a közvetítésig, egyeztetésig és a választottbírói és bírósági eljárásokig.⁴⁷⁷

A bírósági eljárásokon kívül történő állami „beavatkozásokat” azonban nem tekintik a diplomáciai védelem megvalósulásának, sokkal inkább minden, a bírói eljáráson kívüli intézkedést automatikusan a konzuli védelem kategóriájába sorolnak.⁴⁷⁸

Azonban már a tervezethez kapcsolódó észrevételek is azt a kritikát fogalmazták meg, hogy a Bizottság meghatározása nem pontos, és szükséges lenne, hogy mind a „diplomáciai lépések”, mind a „más békés vitarendezési eszközök” kategóriáját tovább konkretizálják.⁴⁷⁹ Szintén problematikusnak találja a jogirodalom a diplomáciai lépések (representation) és a diplomáciai védelem közötti lehetséges különbségek meghatározását is.

Tehát a probléma abban áll, hogy bár a Bizottság meghatározta, hogy milyen eszközöket tekint a diplomáciai védelem gyakorlásának, azonban a tervezetből nem derül ki egyértelműen, mely állami intézkedések felelnek meg a felállított kategóriáknak, illetve hol húzódik a határ a diplomáciai védelem, és a hasonló célokat szolgáló egyéb állami intézkedések, illetve a konzuli védelem között.

A nemzetközi jog szabályai alapján mindenképpen egy olyan megközelítést kell keresni, mely megfelel a diplomáciai védelemmel szemben támasztott, a nemzetközi jog általános szabályai alapján elismert feltételeknek. Tehát a diplomáciai védelem mindenképpen egy

⁴⁷⁵ Draft Articles on Diplomatic Protection 2004, Art. 1.

⁴⁷⁶ Commentary to the Draft Articles, Commentary to Draft Article 1, (A/61/10).in Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II, Part Two. para. 5.

⁴⁷⁷ Commentary to the Draft Articles, Commentary to Draft Article 1, para. 5.

⁴⁷⁸ Seventh Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/567 para. 16., p.6.

⁴⁷⁹ Diplomatic protection- Comments and Observations received from Governments, p.11.(Austria), p.12. (Netherlands)

olyan állami intézkedést takar, melyre akkor kerül sor, ha az állam állampolgárával szemben a másik állam nemzetközi jogsértést követett el, és az állam állampolgára valamennyi helyi jogorvoslatot kimerítette. Ebből a szempontból Künzli megfogalmazása tekinthető az egyik legoptimálisabb megközelítésnek, aki szerint: „Minden beavatkozás, beleértve az államok közötti szinten az állampolgár érdekében lefolytatott tárgyalásokat a külföldi állammal, diplomáciai védelemnek minősül, amennyiben a diplomáciai védelem feltételei teljesülnek.”⁴⁸⁰ Véleményem szerint ez a meghatározás magában foglalja az elhatárolási szempontokat is. Mindehhez azonban egyértelmű szabályokra és a feltételek pontos tisztázására van szükség.

2. A diplomáciai védelem gyakorlása-avagy az érdekek harca

A diplomáciai védelem nyújtása egy olyan jogi fikción alapszik, amely az egyén jogainak megsértése esetén, az állam jogának megsértését tételezi fel, amely így jogosult lesz politikai és jogi lépések megtételére ennek vonatkozásában.⁴⁸¹

A Mavrommatis-ügyben az Állandó Nemzetközi Bíróság úgy fogalmaz: „A nemzetközi jog alapvető elve, hogy az állam jogosult állampolgárai védelmére, amennyiben egy másik állam által kifejtett a nemzetközi joggal ellentétes magatartás megsérti állampolgárát. Az állampolgár ügyét felkarolva és diplomáciai intézkedéseket vagy nemzetközi bírósági eljárást kezdeményezve az érdekében, az állam valójában a saját jogát gyakorolja.”⁴⁸²

Azzal együtt, hogy az állam diszkrecionális joga annak eldöntése, hogy nyújt-e diplomáciai védelmet vagy nem, álláspontom szerint a nemzetközi jog keretei között azt is maga dönti el, hogy milyen mértékben és milyen módon, így milyen eszközökkel nyújtja ezt.

Hargitai szerint: „Alapvetően kívánatos, hogy az alkalmazott eszközök arányosak legyenek a jogsérelemmel. Az arányosság elvén túl, az eszközök megválasztásában szerepet játszhat a sérelem nagysága, valamint a fellépő állam gazdasági és politikai érdekeinek mérlegelése is.”⁴⁸³

⁴⁸⁰ A. Künzli: Exercising Diplomatic Protection-The Fine Line Between Litigation, Demarches and Consular Assistance, ZaöRV 66 (2006), p.323., Seventh Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/567 para. 16. p.6.

⁴⁸¹ Enrico Milano: Diplomatic Protection and Human Rights Before the International Court of Justice: Refashioning tradition? Netherlands Yearbook of International law, Volume XXXV, 2004, p.87.

⁴⁸² Mavrommatis palesztin koncessziók ügye 1924. P.C.I.J. Series A, No.2, 112.

⁴⁸³ Hargitai József: Az állampolgárok védelmének nemzetközi jogi kérdései; Nemzetközi jog az új alkotmányban, szerk. Bragyova András, KJK. Kerszöv Kiadó Budapest, 1997, p.142.

Tehát a diplomáciai védelem nyújtásának módját befolyásoló tényezők a következők lehetnek:

- annak az egyéni jognak, jogosultságnak a fajtája, melyet a külföldi állam megsértett (nyilván az ember személyiségét érintő alapvető jogok megsértése nagyobb mértékben teszi indokoltá diplomáciai védelem gyakorlását);
- a jogsértés súlyossága;
- az okozott kár mértéke mind az egyén, mind az állam szempontjából;
- az állampolgárságot adó állam álláspontja a jogsértő állam jogi rendszere és politikai beállítódásával kapcsolatban;
- a két állam közötti kapcsolatok romlásának veszélye, lehetősége;
- tagság egy politikai vagy gazdasági blokkban, közösségben, mely baráti vagy ellenséges a jogsértő állammal;
- külföldi politikai tekintély és belföldi politikai nyomás.⁴⁸⁴

A diplomáciai védelem nemzetközi szabályai adta keretek között az intézkedések széles köre, az államok által „szabodon” meghatározott” lépések, mind a doktrinális megközelítés,⁴⁸⁵ mind a nemzetközi⁴⁸⁶ és nemzeti⁴⁸⁷ bírói döntések által igazolásra talál.

3. Meghatározások a jogirodalomban

A jogirodalom képviselői általában nem határolják el meghatározásaikban a diplomáciai intézkedéseket és a bírói eljárásokat, a diplomáciai védelem intézményét definiálva széleskörű eszközrendszerrel beszélnek.

Így például *Borchard* 1915-ben megjelent monográfiájában úgy ír, hogy a diplomáciai védelem magában foglalhatja a konzuli fellépéseket, tárgyalásokat, közvetítéseket, bírósági és választottbírósági eljárásokat, retorziókat, represszáliákat, a diplomáciai kapcsolatok megszakítását, gazdasági nyomásgyakorlást, és végül a fegyveres erő használatát is.⁴⁸⁸

Az erőszak tilalmának ENSZ Alapokmányban való általános elismerésének köszönhetően a diplomáciai védelem eszközének békés jellegét ma már ki kell emelni, mintegy

⁴⁸⁴ W.K. Geck: Diplomatic Protection, Encyclopedia of Public International Law, Volume 1., North-Holland 1992, p. 1062.

⁴⁸⁵ E. M. Borchard: The Diplomatic Protection of Citizens Abroad (1919), p.439.; F.S. Dunn: The Protection of Nationals (1932), pp.18-19.

⁴⁸⁶ Mavrommatis palesztin koncessziók ügye 1924. P.C.I.J. Series A, No.2, p.12., Panevezys-Saldutiskis Railway, 1939 P.C.I.J. Series A/B, No. 76., p.16.; Nottebohm-ügy 1955. I.C.J. Reports, p.24.

⁴⁸⁷ Rudolf Hess ügy, BVerfG, Beschl. v. 16.12.1980, 90 ILR, p.396., Kaunda-ügy (Samuel Kaunda and Others v. The President of the Republic of South Africa, The Minister of Justice and Constitutional Development and Others, CCT 23/04, 44 ILM 173-233.

⁴⁸⁸ E. M. Borchard: im. p. 439.

korlátjaként az állam választási lehetőségeinek, ellentétben a diplomáciai védelem jogintézményének kialakulásakor létező általános állami gyakorlattal. „Semmi esetre sem jelenthet a diplomáciai védelem gyakorlása fenyegetést, vagy nem valósíthat meg erőszakot, illetve más módon sem avatkozhat be a jogsértő állam hazai, illetve belső ügyeibe.”⁴⁸⁹

Mindazonáltal Borchard szerint az államnak megvan a döntési lehetősége, hogy milyen eszközöket használ a diplomáciai védelem gyakorlása során: „amennyiben a belső törvények nem nevesítik azokat a körülményeket és kereteket, amelyekben belül a védelem jogát gyakorolni lehet, valamennyi kormány maga határozza meg a nemzetközi követelés indokainak célszerűségét és érvényesítésének módját.”⁴⁹⁰

Borchard a diplomáciai védelem nyújtása tekintetében kétfajta eszközről beszél: diplomáciai tárgyalások és a „jószolgálat”. A meghatározás elsőre furcsának tűnik, de a Borchard által felállított kategóriák tartalmának részletezésekor kiderül, hogy nézetei ebben a tekintetben is hasonlítanak a jogirodalom általános állásfoglalásaihoz.

Álláspontja szerint a *diplomáciai tárgyalások* azok, ahol „a panaszos állam, diplomáciai képviselőin keresztül, az ellenérdekű állam tudomására hozza követeléseit, amellyel kapcsolatban a jogsértő állam védekezést terjeszthet elő, illetve más vitarendezési módokat javasolhat.”⁴⁹¹

Míg a kormány által nyújtott „jószolgálat” Borchard értelmezésében magában foglalja mind az informális képviselőt, melyet akként ír le, hogy „nem hivatalos, személyes és barátságos törekvései egy diplomáciai képviselőnek,”⁴⁹² mind „a hivatalos, formális és kormányzati támogatását egy diplomáciai igénynek.”⁴⁹³ Magában foglalja „a diplomáciai fellépést, ami megvalósulhat követelés, ajánlás és más személyes erőfeszítés formájában.”⁴⁹⁴ Így Borchard szerint az informális diplomáciai fellépés, mikor a diplomáciai képviselő például az igazságügyi minisztérium magas rangú képviselőjével veszi fel a kapcsolatot diplomáciai védelemnek minősül. Ez talán a jogirodalom azon képviselői szerint, akik a diplomáciai védelmet a nemzetközi bíróságok előtti igényérvényesítési eljárással teszik egyenlővé, nem tartozna a diplomáciai védelem gyakorlásának eszközei közé. El kell ismerni, hogy egyes elemeiben az említett

⁴⁸⁹ Basis of Discussion No. VII(3) in Garcia Amador, First Report on Diplomatic Protection, p.221.

⁴⁹⁰ E.M.Borchard: The Diplomatic Protection of Citizens Abroad, New York 1919, p.354.

⁴⁹¹ M. Borchard, im. p. 439.

⁴⁹² M. Borchard, im. p. 440.

⁴⁹³ M. Borchard, im. p. 440.

⁴⁹⁴ M. Borchard, im., p. 441.

intézkedések érinthetik a konzuli segítségnyújtás feladatköreit is, mely tovább fogalmi zavarokhoz vezethet.

Mindazonáltal *Dunn* a diplomáciai intézkedéseket szintén a diplomáciai védelem keretei között említi. Álláspontja szerint a diplomáciai védelem több, mint egy nemzetközi bírósági eljárás (pereskedés), sőt „normális esetben a védelem ritkán terjeszkedik túl a nemzetközi tárgyalások szintjén. Ami valójában történik ilyenkor, az, hogy a jogsértett személy állampolgársága szerinti kormány felhívja a jogsértő kormány figyelmét a panasz körülményeire és megfelelő lépéseket követel a sérelem orvoslásának érdekében.”⁴⁹⁵

„A diplomáciai védelem kifejezés itt, mint egy általános kifejezés kerül használatra, lefedve az állampolgárok külföldi védelmének általános tárgyát, beleértve azokat az eseteket, ahol nem diplomáciai eszközöket vesznek igénybe a kötelezettség érvényesítése érdekében.”

„Meg kell jegyezni, hogy itt csak azzal a kifogással vagy követeléssel foglalkozunk, melyet kifejezetten vagy hallgatólagosan tettek a jog érvényesítése érdekében. A kormányok gyakran lépnek fel az állampolgáraik érdekében külföldön olyan esetben is, melynek nem tárgya egy nemzetközi kötelezettség követelése, és nem esik a védelem kategóriájába technikai értelemben.”⁴⁹⁶

Ezzel szemben *Gehr* megkérdőjelezi, hogy a bíraskodás keretein kívüli lépés tekinthető-e diplomáciai védelemnek, bár utal arra, hogy egyes mechanizmusok, mint „a tárgyalások, vizsgálat, közvetítés, egyeztetés”⁴⁹⁷ diplomáciai védelemnek tekinthető.

Mindeközben mások szerint „elsősorban a diplomáciai úton történő felvilágosítás és magyarázatkérés, illetve tiltakozás, valamint jóvátétel követelése az eszközei a diplomáciai védelemnek. A sérelmet elkövető országgal szemben alkalmazhatók a megtorlás és represszália⁴⁹⁸ eszközei is, mint például a gazdasági segítségnyújtás megszüntetése és hasonlóak.”⁴⁹⁹ – írja Hargitai.

Hargitai az ellenkező oldalról megközelítve szintén megerősíti azonban, hogy a „diplomáciai védelem nem kizárólagosan diplomáciai úton történik. Nem kizárt, hogy a diplomáciai védelem a nemzetközi jog más érdekérvényesítő eszközeinek, például a

⁴⁹⁵ F. S. Dunn, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law* (1932) p.19.

⁴⁹⁶ F. S. Dunn, *im. pp.* 18-20.

⁴⁹⁷ W. Gehr: *Das diplomatische Schutzrecht*, in: B. Simma/C. Schulte (eds), *Völker-und Europarecht in der aktuellen Diskussion*, Vienna 1999, p.123.

⁴⁹⁸ Ezt azt jelenti, hogy az állam számára rendelkezésre álló diplomáciai fellépés eszközeinek megválasztása a nemzetközi jog ellenintézkedéseiben rögzített korlátozásokkal lehetséges.

⁴⁹⁹ Hargitai József: *Az állampolgárok védelmének nemzetközi jogi kérdései*; p.142.

nemzetközi jogi rendes bíróságainak, vagy a választottbíróságok igénybevételével történjen.”⁵⁰⁰ Látható tehát, hogy a jogirodalmi állásfoglalások hasonló kategóriákban gondolkodnak, csak az adott intézkedések közül más és más eszközöket találnak hangsúlyosnak a diplomáciai védelem gyakorlását illetően.

Az ezzel foglalkozó jogirodalom egy része mindeközben fontosnak tartja az állam/kormány részéről megtett lépések pontos elhatárolását. Így *Geck* például megjegyzi, hogy „azok a követelések, melyeket nem a jog érvényesítése érdekében terjesztenek elő, nem minősülnek diplomáciai védelemnek. Azok a diplomáciai vagy konzuli fellépések, melyek koncesszió vagy más kormányzati szerződések állampolgár által való megszerzése érdekében tesznek, vagy a bebörtönzött állampolgárok jogi védelmével kapcsolatos intézkedések nem minősülnek diplomáciai védelemnek a mi álláspontunk szerint. Ezek rendszerint nem is a másik állam ellen irányulnak és nem is alapulnak a nemzetközi jog valódi vagy állítólagos megsértésén.”⁵⁰¹ Tehát *Geck* már egyértelmű elhatárolásra törekszik a diplomáciai védelem és a konzuli védelem kategóriája között.

A nemzetközi jogi tankönyvek általában vagy hallgatnak a diplomáciai védelem lehetséges eszközeiről, vagy homályos és zavaros meghatározásokat használnak.

Így például *Cassese* a diplomáciai védelem módszereinek meghatározása során elsőként azt említi meg, hogy „mielőtt az állampolgárság szerinti állam választottbíróság vagy más nemzetközi bíróság előtt érvényesítené igényét bírósági eljárást kezdeményezve (...) szükséges, hogy az érintett egyén (állampolgár) valamennyi helyi jogorvoslati eszközt kimerítse”⁵⁰² arra utalva ezzel, hogy a diplomáciai védelem nyújtása minden esetben együtt jár a bírósági eljárás kezdeményezésével. Később azonban megjegyzi, hogy „ha az állampolgárságuk szerinti állam úgy döntött, hogy diplomáciai védelmet nyújt (diplomáciai csatornákon keresztül elérve azt az államot, mely állítások szerint megsértette állampolgárát...) vagy bírói védelmet biztosít igényt érvényesítve állampolgára érdekében nemzetközi döntőbíróság vagy bíróság előtt.”⁵⁰³ Bár ez a megfogalmazás megfelel a bíróságok gyakorlatában rögzített megközelítéseknek, mégsem világos, hogy *Cassese* valójában csak a bírósági eljárás eszközét értette a diplomáciai védelem fogalma alatt, vagy ide sorolta a nem bírói eszközöket, mint például a tárgyalásokat is.

⁵⁰⁰ Hargitai József: im., p. 138.

⁵⁰¹ W. K. Geck, “Diplomatic Protection” in *Encyclopaedia of Public International Law (E.P.I.L.)* (1992) p. 1046.

⁵⁰² A. Cassese: *International Law*, Oxford 2005, p.122.

⁵⁰³ A. Cassese: im. p.376.

Brownlie nemzetközi joggal foglalkozó könyvében nem kimondottan részletezve, de azt állítja, hogy „a megsértett személy állama nemzetközi szinten igényt terjeszthet elő.”⁵⁰⁴

Shaw meghatározását olvasva úgy tűnik, nem foglal egyértelműen állást a diplomáciai védelem mibenlétét tárgyaló vitában. Álláspontja szerint a diplomáciai védelem gyakorlása során „az állam az állampolgára nevében eljárást kezd egy nemzetközi bíróság előtt, amelynek a szemében az állam az egyedüli kérelmező.”⁵⁰⁵ A brit gyakorlatra reagálva pedig kijelenti, hogy „miközben az különbséget tesz formális követelések és informális fellépések (lépések) között”, nem arról kíván meggyőzni minket, hogy ez utóbbi nem tekinthető a diplomáciai védelem gyakorlásának.⁵⁰⁶

Mindenesetre kijelenthető, hogy a jogirodalom a témában állást foglaló képviselői sem szűkítik le a diplomáciai védelem eszköztárát nemzetközi bírói eljárások indítására. Az azonban elképzelhető, hogy a jogirodalmi állásfoglalások pontatlansága, homályos meghatározásai tették szükségessé a Nemzetközi Jogi Bizottság „beavatkozását” a fogalom-meghatározás vitájába.

4. A meghatározás dilemmái a nemzetközi bíróságok esetjogában

Jónéhány bírói döntés különbséget tesz a „diplomáciai lépések” és a diplomáciai védelem gyakorlása során alkalmazott bírósági eljárások között.⁵⁰⁷

A *Panevezys-Saldutiskis vasút ügyében* az Állandó Nemzetközi Bíróság ítéletében különbséget tett „diplomáciai fellépések” és „bírói eljárások” között. Az Állandó Nemzetközi Bíróság szerint a nemzetközi jog szabályai alapján, ha egy állam az egyik állampolgára ügyével kezd el foglalkozni, állampolgára érdekében diplomáciai lépéseket téve vagy bírósági eljárást kezdeményezve, az állam valójában saját jogát érvényesíti, jogát arra, hogy biztosítsa az állampolgára személyében a nemzetközi jog szabályainak tiszteletét.⁵⁰⁸

A *szerbiai kölcsönök ügyében* a bíróság azt állította, hogy a vita onnantól eredeztethető, mikor a francia kormány diplomáciai tárgyalásokba bocsátkozott a szerb-horvát-szlovén kormánnyal. Ez azt a látszatot kelti, hogy a diplomáciai védelem valójában attól a pillanattól kezdve került gyakorlásra, mikor a francia kormány kiállt és támogatta

⁵⁰⁴ Brownlie: Principles of Public International Law, Oxford 2003, p.489.

⁵⁰⁵ M. N. Shaw: International Law, Cambridge 2003, p.723.

⁵⁰⁶ M. N. Shaw: im., p. 724.

⁵⁰⁷ Mavrommatis palesztin koncessziók ügye (1924), PCIJ Series A No.2, Panevezys-Saldutiskis Railway Case (1939), PCIJ Series A/B, No. 76, 16; Nottebohm-ügy 1955 ICJ Reports 24.

⁵⁰⁸ Panevezys Saldutiskis Railway case (Estonia v Lithuania)P.C.I.J. Reports, Series A/B, No. 76, p. 16

állampolgára követelését és nem akkor, mikor az ügy az Állandó Nemzetközi Bíróság elé került.⁵⁰⁹

Az Állandó Nemzetközi Bíróság álláspontja legegységesebben a *Mavrommatis-ügyben* került kifejtésre. A Bíróság ebben az ügyben a diplomáciai védelem meghatározása során úgy fogalmaz, hogy az állam a diplomáciai védelmet diplomáciai intézkedések (diplomatic action) vagy nemzetközi bírósági eljárásokon keresztül gyakorolja.⁵¹⁰

A Nemzetközi Bíróság a *Nottebohm-ügyben*, azonban különös módon fogalmaz:

„A diplomáciai védelem és a bírósági eljárás útján való védelem az állam jogainak védelmét szolgáló intézkedésnek számít.”⁵¹¹ Mintha különbséget kívánna tenni a diplomáciai védelem és a nemzetközi igényérvényesítés között. Ha a Bíróság ezen kijelentését vennénk alapul, azt mondhatnánk, a nemzetközi bírósági eljárások nem tartoznak a diplomáciai védelem eszközei közé. A Bíróság a *Nottebohm-ügyben* azonban a mondat második felében megerősíti az Állandó Nemzetközi Bíróság által már elfogadott álláspontot, amikor így fogalmaz: „ezek azok az intézkedések, melyek az állam jogainak védelmét szolgálják.”⁵¹² Tehát a helyes értelmezés szerint a diplomáciai védelem, és annak gyakorlását illető specializációról van szó, a bírósági eljárások külön megemlítésével.

A Nemzetközi Bíróság *Reparation for Injuries-ügyben* adott tanácsadó véleményében annak ellenére, hogy az nem az állam, hanem a nemzetközi szervezetek által nyújtott védelemről szól, a diplomáciai védelemről általában leszögezi, „számos módja létezik egy nemzetközi követelés elővezetésének a diplomáciai védelem gyakorlásának keretei között, beleértve a tiltakozást, vizsgálat követelését és a tárgyalásokat.”⁵¹³

A Nemzetközi Bíróság álláspontja a *Barcelona Traction-ügyben* is hasonlóképpen a tágabb diplomáciai védelem kategóriáját erősíti, mikor a Bíróság azt állítja, hogy „a nemzetközi jog keretei között az állam minden olyan eszközzel diplomáciai védelmet nyújthat, melyet alkalmasnak talál ehhez.”⁵¹⁴ Az *ELSI-ügyben* is megtalálható mind a kétfajta megközelítés, hiszen „az ügy a Bíróság előtt egy olyan vitából származik, melyet a felek nem tudtak kielégítően rendezni a diplomácia útján; és végül az 1974-es amerikai kereset jelentette az

⁵⁰⁹ Serbian Loans Case (A szerbiai kölcsönök ügye), Franciaország v. Szerb-Horvát-Szlovén Királyság, PCIJ, Series A, Nos. 20/21 (1929) p.15., p.18.

⁵¹⁰ Mavrommatis palesztin koncessziók ügye 1924. P.C.I.J. Series A, No.2, 112.

⁵¹¹ Nottebohm-ügy, 1955 I.C.J. Reports, note 31, p. 24.

⁵¹² Nottebohm ügy 1955 I.C.J. Reports, note 31, p. 24.

⁵¹³ Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (tanácsadó vélemény), ICJ Reports 1949, p.177.

⁵¹⁴ Barcelona Traction-ügy (Belgium v. Spanyolország), ICJ Reports 1970, para. 78.

igények nemzetközi bírósági eljárásban való érvényesítését diplomáciai védelmet gyakorolva.⁵¹⁵

Mindezek a bírói ítéletek, illetve a nemzetközi bíróság ezekben képviselt álláspontja szintén azt támasztja alá, hogy a diplomáciai védelem nem korlátozódik csupán a nemzetközi bírói eljárások lefolytatására. Azzal, hogy mind az Állandó Nemzetközi Bíróság, mind a Nemzetközi Bíróság bemutatja az elé került vita eredetét is, arra utal, hogy a vita nemzetközi szinten való képviselete már jóval a bírói eljárás megindítása előtt megkezdődik és a diplomáciai védelem gyakorlására, ennek kifejezett rögzítésének hiányában is, már eljárást megelőző tárgyalásokon is sor kerül.

5. Az államok nemzeti bíróságainak döntései a diplomáciai védelem gyakorlását illetően

A nemzetközi bíróságok megközelítéseéhez hasonló álláspont rajzolódik ki az államok bíróságainak eljárásában is. A nemzeti bíróságok bizonyos esetben, leginkább bizonyos államok esetében⁵¹⁶ jogosultak arra, hogy megvizsgálják, az állam eleget tett-e az állampolgárokkal szembeni kötelezettségeinek, illetve megfelelő védelmet nyújtott-e külföldi jogsértés esetén. Az állam által megtett intézkedések vizsgálata során arra is választ kaphatunk, hogy a bíróság, illetve a vizsgálat alá vont kormány a megtett intézkedést a diplomáciai védelem gyakorlásának tekinti-e, mellyel kapcsolatban a legtöbb állam az állami diszkrecionalitás elvét vallja.

A német alkotmánybíróság például a Hess-ügyben úgy döntött, hogy a német kormány által eszközölt diplomáciai lépés (diplomatic demarche) azt bizonyítja, hogy a német kormány eleget tett a diplomáciai védelemmel kapcsolatos kötelezettségeinek.⁵¹⁷

Egy dél-afrikai ügyben, a Kaunda-esetben a bíróság, illetve Ngcobo bíró arra a következtetésre jutott, hogy a dél-afrikai kormány diplomáciai védelmet gyakorolt akkor, mikor azt követelte a zimbabwei hatóságoktól, hogy biztosítsák a dél-afrikai diplomaták

⁵¹⁵ ELSI-ügy (Case concerning Elettronica Sicula Sp.A. (USA v. Olaszország), ICJ Reports 1989. para. 51.

⁵¹⁶ Léteznek ugyanis olyan államok, ahol a nemzeti szabályozás vagy alkotmányos rendszer nem teszi lehetővé, hogy egy nemzeti bíróság felülvizsgálja a diplomáciai védelmet illetően hozott döntést, mondván, hogy ezek olyan állami aktusok, ahol az állam kormánya olyan hatásköreit gyakorolja, melyek az állami szuverenitás részei, a döntés az állam külügyi monopóliumába tartozik.

⁵¹⁷ A Német Alkotmány szerint az állam kötelezettsége, hogy a diplomáciai védelmet igénylő állampolgár érdekeit figyelembe véve döntsön a védelem nyújtásáról. Rudolf Hess-ügy, BVerfG, Beschl.v. 16.12.1980, 90 ILR, p.396.

fellépését a dél-afrikai állampolgárok bírósági eljárásaiban.⁵¹⁸ A bíró különvéleményében azt is kiemeli, hogy függetlenül attól, hogy végül bármelyik diplomata megjelenik-e a bírósági tárgyaláson, ennek a követelését az állam részéről diplomáciai intézkedésnek kell tekinteni (diplomatic demarche) és ezt pedig a diplomáciai védelem gyakorlásának.⁵¹⁹ Későbbi dél-afrikai bírói döntésekben szintén megerősítésre került ez az álláspont. A Jozias van Zyl- ügyben a Dél-Afrikai Legfelsőbb Bíróság úgy találta, hogy „a diplomáciai védelem keretei között, a végrehajtó hatalomnak érhetően széles választási lehetősége van a konzuli intézkedésektől kezdve, a tárgyalás, közvetítés, bírói és választottbírói eljárásokon keresztül, a represszália, retorzió alkalmazásáig és a diplomáciai kapcsolatok megszakítása, illetve a gazdasági nyomás gyakorlásáig.”⁵²⁰

Itt a jogirodalom állásfoglalásaihoz hasonló részletes meghatározást kapunk a diplomáciai védelem lehetséges eszközeiről. Bár a konzuli intézkedések idesorolásával hasonló „összemosásnak” lehetünk tanúi, mint a jogirodalom egyes képviselőinél. A nemzeti bírói döntések esetében az is előfordul, hogy éppen hogy nem a diplomáciai védelem kategóriáját bővíti ki helytelenül a konzuli védelem esetkörével is, hanem a joggyakorlat által elfogadottan a diplomáciai védelem eszközei közé tartozó diplomáciai fellépést és diplomáciai intézkedést sorolja a konzuli védelem kategóriájába. Mindazonáltal több esetben is megmutatkozott, hogy a gyakorlatban pont ezek az esetek azok, melyek leginkább hasonló módon, szinte megkülönböztethetetlenül bonyolódnak a külföldi hatóságok előtt. Mindenesetre az államok bíróságainak itt kiemelt gyakorlata is afelé mutat, hogy a diplomáciai védelem eszközei sokfélék, semmi esetre sem szűkíthetők le a nemzetközi bírói eljárások kategóriájára.

6. Törekvések a diplomáciai védelem kategóriájának kibővítésére

A szélesebb értelemben vett meghatározások⁵²¹ szerint az állam által az állampolgárok érdekében tett intézkedések rendszerébe ugyanúgy beletartozik a konzuli segítségnyújtás, diplomáciai fellépés (diplomatic representation) és diplomáciai védelem is. Így felvetődik

⁵¹⁸ Samuel Kaunda and Others v. the President of the Republic of South Africa, The Minister of Justice and Constitutional Development and Others, Case no. CCT 23/04, 44 ILM, Separate Opinion Judge Ngcobo, para. 198-202.

⁵¹⁹ Samuel Kaunda and Others v. the President of the Republic of South Africa, The Minister of Justice and Constitutional Development and Others, Case no. CCT 23/04, 44 ILM, Separate Opinion Judge Ngcobo, para.200.

⁵²⁰ Jozias van Zyl and Others v. The Government of the Republic of South Africa and Others, Case No. 20320/2002, para.49.

⁵²¹ Enrico Milano: Diplomatic Protection and Human Rights Before the International Court of Justice: Re-fashioning Tradition? ,35 NYÍL (2004),p.93.,Georges Perrin: Reflexions sur la protection diplomatique, in: Mélanges Marcel Bridel: Recueil de travaux publiés par la Faculté de Droit, Lausanne 1968, p.379-380.

a kérdés; lehet, hogy három különböző kifejezést, elnevezést használva, de valójában ugyanarról, tartalmilag azonos állami intézkedésekről van szó?

Condorelli szerint a diplomáciai védelemnek megelőző jellege is van, ezáltal magában foglal minden olyan diplomáciai lépést, amelyet annak érdekében tesznek, hogy megelőzzék az egyént fenyegető sérelem bekövetkezését külföldön.⁵²²

Ez a nézet hajlamos azonosnak tekinteni a diplomáciai védelmet a diplomáciai fellépéssel (diplomatic representation), amely valójában „széleskörű kommunikációt jelent az érintett kormányok között, amely során az egyik kormány rosszállását fejezi ki a másik kormány intézkedése vagy mulasztása miatt.”⁵²³ Látszólag az intézkedés ezen fajtája, mikor nem feltétlenül szükséges a másik állam jogsértő magatartása, közelebb áll a konzuli segítségnyújtás egyes elemeihez, ahogy a Bécsi Egyezmény vonatkozó rendelkezéseiből is kitűnik.⁵²⁴ Szóval szükségesnek látszik a diplomáciai védelem eddig megismert meghatározásaihoz hasonló „rokon védelmek” leválasztása a diplomáciai védelemről.

6.1 Diplomáciai fellépés (diplomatic representation) kontra diplomáciai védelem?

„Annak eldöntése, hogy tegyen-e diplomáciai lépéseket az adott ügyben, és ha igen, milyen formában, kizárólag az állam diszkrecionális hatáskörébe tartozik.”⁵²⁵

„Vannak más a felperes számára elérhető, tradicionális módjai a jogorvoslatnak ilyen jellegű jogsértések esetében, így a diplomáciai kifogás, lépések megtétele vagy államok közötti követelések előterjesztése.”⁵²⁶

Két állítás, mely eltérő következtetésekre vezethet a „diplomatic representation”, tehát a diplomáciai kifogás (fellépés) intézményét tekintve. Az első megállapítás inkább azt a meggyőződést sugallja a brit bíróság részéről, hogy a diplomáciai kifogás (fellépés) megegyezik a diplomáciai védelem kategóriájával.

A második kijelentés szerint vagy diplomáciai lépéseket lehet kezdeményezni az ügyben, vagy nemzetközi igényérvényesítési eljárásba bocsátkozni az állampolgár által

⁵²² Luigi Condorelli: La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application, 86 RDI (2003) p.8.

⁵²³ Colin Warbrick: Diplomatic Representations and Diplomatic Protection, 51 ICLQ (2002) p. 724.

⁵²⁴ A diplomáciai képviseltek egyik feladata, hogy védje a küldő állam és állampolgárai érdekeit a fogadó államban a nemzetközi jog által megszabott keretek között - in: A diplomáciai kapcsolatokról szóló 1961-es Bécsi Egyezmény 3.cikke.

⁵²⁵ Abbasi-ügy (R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and another (2002) EWCA Civ 1598, para.99.

⁵²⁶ Al-Adsani v. United Kingdom Case, Application No. 35763/97, ECtHR Ser, A, 34 EHRR (2002), para. 50.

elszenvedett jogsértés jogorvoslataként. Elképzelhető, hogy a brit fellebbviteli bíróság arra kívánt utalni kijelentésével, hogy a diplomáciai védelem, mint jogorvoslati eszköz általános igénybevétele mellett gyakorlásának egyik vagy másik eszközét kell követelni a jogsértést szenvedett állampolgárnak?

Erre a kérdésre keresve a választ Warbrick és McGoldrick a témában született munkájukban egyértelműen elhatárolják egymástól a diplomáciai fellépést és a diplomáciai védelmet.

Véleményük szerint: „Szükséges a különbségek meghatározása a diplomáciai fellépés és a diplomáciai képviselő között. Az előbbi nem egy jogi kifejezés. A diplomáciai fellépés széleskörű kommunikációt takar két kormány között, amelyben az egyik kifejezi rosszallását a másik cselekménye vagy mulasztása miatt. Ezek nem feltétlenül feltételeznek jogsértő magatartást a másik állam részéről; ennél fogva a panaszos állam nem követelhet valamennyi esetben reakciót a másik állam részéről; azt a választ kockáztatja, hogy az ügy/kérdés, amivel kapcsolatban elégedetlenségét fejezte ki kizárólagosan és kifogás által címzett állam joghatóságába tartozik.”⁵²⁷ „A diplomáciai fellépés a diplomáciai védelem gyakorlásának bevezetése lehet. Még inkább, mint a diplomáciai védelem vonatkozásában, a diplomáciai fellépés a kormány diszkrecionális hatáskörébe tartozik, noha a politikai elemek különleges esetben elég erősek lehetnek ahhoz, hogy reagálásra készítsék a kormányt a másik állam magatartására válaszul.”⁵²⁸ „A szoros kapcsolat a diplomáciai fellépés és a diplomáciai védelem mechanizmusa között, illetve az emberi jogok védelméhez kapcsolódva egyértelmű, azonban ezek semmiképp nem azonos jogintézmények, sem céljukban, sem elérhetőségükben.”⁵²⁹ A diplomáciai fellépés (diplomatic representation) a diplomáciai védelem nyújtásának előzményeként is funkcionálhat, de természetesen nem előfeltétele annak.

Így adott esetben ezeknek a lépéseknek a megtételére Warbrick szerint sor kerülhet úgy is, hogy az érdekeiben sértett állampolgár nem is kéri ezt a kormánytól.⁵³⁰ Tehát Warbrick és McGoldrick azokat az eseteket, melyeket eddig a diplomáciai út, a diplomáciai

⁵²⁷ C. Warbrick, D. McGoldrick: Diplomatic Representations and Diplomatic Protection; ICLQ vol 51, July 2002, p.724.

⁵²⁸ C. Warbrick, D. McGoldrick: im. p.725.

⁵²⁹ C. Warbrick, D. McGoldrick: im. p.725.

⁵³⁰ Így például Warbrick közvetítésével azt is megtudhatjuk, hogy a brit kormány abban az esetben is vállalja a diplomáciai fellépést, ha egy brit állampolgár emberi jogainak megsértése miatt módosul az igazságszolgáltatás menete. Ilyenkor a brit kormány mérlegeli annak támogatását, hogy az állampolgár követelésével emberi jogi szervezethez forduljon, illetve ebben a vonatkozásban jogi tanácsokat ad. - United Kingdom Materials on International Law 1999., in LXX BYIL 528

intézkedések informális kategóriájába soroltunk, egyértelműen leválasztják a diplomáciai védelemről és azt állítják, hogy: „a diplomáciai védelem addig nem történik meg, amíg egy hivatalos kérelmet (igényt) elő nem terjesztettek.”⁵³¹

Érthető viszont abból a szempontból, ha megvizsgáljuk Warbrick alapvető célkitűzését. Warbrick problematikusnak találta azt, hogy olyan jogsértések esetén, mely az állampolgár alapvető emberi jogait érinti, így például a jogorvoslathoz való jutás lehetőségét, az állampolgárságot adó állam nem tesz semmit. Azért mondjuk, mert nem kíván nemzetközi vitába keveredni a másik állammal, vagy, ami problematikusabb, mert az állampolgár a kormány álláspontja szerint nem merítette ki valamennyi rendelkezésére álló jogorvoslati lehetőségét.⁵³² A fent említett esetben ez nyilvánvalóan lehetetlen, így Warbrick szerint ez lehetne az az eset, mikor az állam a diplomáciai fellépés (kifogás) eszközét használva lép fel. Ezért törekszik az elhatárolás megteremtésére, és ezzel egy valóságosan is létező joghézagra mutat rá, melynek betöltésére a Nemzetközi Jogi Bizottság is kísérletet tett az ún. *ius cogens* normák megsértése esetén kötelező diplomáciai védelem esetét megteremtve.⁵³³ A kodifikációs munkálatok során a javaslat nem nyerte el az államok támogatását, így nem került végül elfogadásra. Mindenesetre véleményem szerint Warbrick megközelítésében sincs másról szó, mint, hogy határozottan megfigyelhető a diplomáciai védelem eszközeinek kétfajta kategóriája; a diplomáciai út és a bírói út, azzal, hogy természetesen mindkét esetben fenn kell állnia a diplomáciai védelem gyakorlása feltételeinek. Valódi elhatárolásra pedig sokkal inkább a diplomáciai védelem és a konzuli védelem között van szükség.

7. A diplomáciai és konzuli védelem elhatárolása

A Nemzetközi Jogi Bizottság tervezetének 1. cikkéhez kapcsolódva a részes államoktól érkezett megjegyzések legnagyobb része a diplomáciai és konzuli védelem közötti különbségek megerősítését, és egyértelmű elhatárolását tette szükségessé. Sem a tervezet diplomáciai védelmet meghatározó cikke, sem a hozzá kapcsolódó kommentár nem határolja el egymástól a diplomáciai védelem és a konzuli védelem kategóriáját, illetve a meghatározás nem zárja ki egyértelműen a konzuli segítségnyújtást, mint a diplomáciai védelem nyújtásának lehetséges eszközét. A kormányzati tisztviselők és a jogirodalom

⁵³¹ Warbrick, D. McGoldrick: im. p.725.

⁵³² Abbasi-ügy (R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and another (2002) EWCA Civ 1598, para.99., Al-Adsani v. United Kingdom Case, Application No. 35763/97, ECtHR Ser, A, 34 EHRR (2002), para. 50.

⁵³³ Dugard: First Report on Diplomatic protection, A/CN 4/506, pp.27-33.

képviselői is gyakran összemossák a diplomáciai védelem és a konzuli segítségnyújtás kategóriáját.⁵³⁴

Újra és újra felmerül a vita egy adott cselekmény vonatkozásában; a kormány részéről melyik esetben van szó a diplomáciai védelem gyakorlásáról és melyik cselekmény nem esik abba a körbe? Nem is annak a meghatározása számít problémásnak, hogy mi tekinthető konzuli segítségnyújtásnak, hanem sokkal inkább az, hogy a diplomáciai védelem gyakorlásának tekinthető cselekményeket meghatározzuk. Különösen arra tekintettel válik ez nehézkessé, ha a vonatkozó Bécsi Egyezmények rendelkezéseinek általános meghatározásaira támaszkodunk: miszerint a konzul, illetve a diplomáciai képviselő feladata az állampolgár érdekeinek védelme a fogadó államban.

A klasszikus nemzetközi jog a védelem két fajtáját különbözteti meg, melyet az állam gyakorolhat az állampolgára védelmében; a diplomáciai védelmet és a konzuli védelmet.

Mind a diplomáciai védelem, mind a konzuli védelem a nemzetközi szokásjog és nemzetközi szerződéses jog része. Közös bennük az is, hogy mindkettőnek a jogelméleti alapja az államnak az állampolgárok felett gyakorolt személyi felségjogából vezethető le.⁵³⁵ Mindkettő az állampolgár érdekeit kívánja szolgálni, így tehát a különböző nemzetközi védelmek közötti különbségtétel nehézkes. A két jogintézmény között azonban alapvető különbségek mutatkoznak.

A diplomáciai védelem alatt egy olyan, az anyaországok számára rendelkezésre álló eszközt értünk, mely arra ad lehetőséget, hogy ha egy másik állam a nemzetközi joggal ellentétes módon kezeli az állampolgárát, felléphessen és igényt érvényesítsen az esetlegesen keletkező károkat illetően. A diplomáciai védelem ilyen formában az alapvető elemeit a nemzetközi szokásjogból nyeri, és egy állam nemzetközi jog által elfogadott fellépéseiben nyilvánul meg.

A konzuli védelem elsősorban preventív védelmet jelent és nem represszív jellegű, mint a diplomáciai védelem. Célja, hogy egy külföldön tartózkodó állampolgárt megvédjen az állam diplomáciai és konzuli képviselőin keresztül. A konzuli védelem nyújtható a fogadó állam államigazgatási és más szerveivel, illetve magánszemélyekkel szemben is.⁵³⁶

⁵³⁴ Ress például konzuli védelemként határozza meg a tisztességtelen bírósági eljárások ügyében a német állampolgárok érdekében fellépő német külügyminiszter eljárását, miközben az inkább tekinthető diplomáciai védelemnek, mint konzuli védelemnek.

⁵³⁵ Hargitai József: Az állampolgárok védelmének nemzetközi jogi kérdései; p.145.

⁵³⁶ Hargitai József: *im.*, p.145.

Sokan azonosítják a diplomáciai védelem nyújtását a külföldre akkreditált külképviseletek, diplomáciai képviseletek által nyújtott védelemmel, megtett intézkedésekkel. Kétséges eredményre vezet azonban az az elhatárolás, hogy a diplomáciai védelmet a diplomáciai képviseletek, a konzuli védelmet pedig az állam konzuli képviseletei biztosítják.

Kétségtelen, hogy ahogy Hargitai is megfogalmazza „a konzuli és a diplomáciai védelem közös vonása, hogy a védelemnek mindkét formája általában és főszabályként külföldön történik, mégpedig a védelmet nyújtó állam diplomáciai és konzuli képviseleteinek igénybevételével.”,⁵³⁷ azonban az állam külképviseletei közreműködésével nyújtott védelem valódi tartalmának megállapításához szükséges a vonatkozó nemzetközi egyezmények rendelkezéseinek vizsgálata.

7.1 Elhatárolás a vonatkozó nemzetközi egyezmények segítségével

A diplomáciai kapcsolatokról szóló 1961-es Bécsi Egyezmény 3. cikke rendelkezik a diplomáciai képviselet feladatairól. Ennek megfelelően a diplomáciai képviselet feladatköre a b) pont szerint, hogy „védelmezi a fogadó államban a küldő állam, valamint a küldő állam polgárainak érdekeit a nemzetközi jog által megengedett keretekben.”⁵³⁸

Ebbe a rendelkezésbe mind a konzuli védelem, mind a diplomáciai védelem lehetősége is beletartozik azzal együtt, hogy mindezt kizárólag a saját állampolgárai vonatkozásában biztosítja a nemzetközi egyezmény, illetve mindezt a nemzetközi jog által megadott keretek között kerülhet sor.

Az 1963-as Bécsi Egyezmény a konzuli kapcsolatokról hasonlóan fogalmaz mikor az 5. cikk a) pontjában „a küldő állam honosai, természetes és jogi személyei érdekeinek védelméről” rendelkezik a nemzetközi jog által megengedett keretek között.⁵³⁹ A konzuli jogról szóló 1963-as Bécsi Egyezmény szerint ez a fajta védelem a konzuli képviseletek feladatai közé tartozik, a nemzetközi jog keretei között védeni,⁵⁴⁰ segítséget és támogatást nyújtani⁵⁴¹ (vízum, hagyatéki dolgok). A diplomáciai kapcsolatokról szóló 1961-es Bécsi Egyezmény szerint azonban (3. cikk (2) bekezdés) ezeket a feladatokat a diplomáciai képviseletek (nagykövetségek) is magukra vállalhatják.

⁵³⁷ Hargitai József: Az állampolgárok védelmének nemzetközi jogi kérdései, p.145.

⁵³⁸ Hargitai József: A diplomáciai és konzuli kapcsolatok joga, Aula Kiadó Bp.2005., p.68.

⁵³⁹ Hargitai József: A diplomáciai és konzuli kapcsolatok joga, Aula Kiadó Bp.2005. p.295.

⁵⁴⁰ 1963-as Bécsi Egyezmény 5. cikk a) pont

⁵⁴¹ 1963-as Bécsi Egyezmény 5. cikk e) pont

Az is megnehezíti a különbségtételt, hogy bár a konzuli védelem alapvetően a fogadó állam fórumain folyik, és elsősorban egy a konzulátuson keresztül nyújtott védelem,⁵⁴² az sem jelenti feltétlenül a diplomáciai védelem gyakorlását, ha nem a fogadó állam területén, hanem a küldő állam területén kérnek felvilágosítást egy ügyben a fogadó állam ott tevékenykedő konzuli tisztviselőjétől.⁵⁴³ Bár ennek a védelemnek a diplomáciai védelemhez való viszonya vitatott egyes álláspontok szerint,⁵⁴⁴ hiszen felfogható az egyének javára nyújtott „másfajta diplomáciai tevékenységként” is.

Mindenesetre, ahogy Bennouna fogalmaz a diplomáciai védelmet előkészítő jelentésben: „(...) a diplomáciai védelem határozottan különbözik attól, melyet a küldő állam gyakorol a diplomáciai képviselőkön, illetve konzuli feladatokon⁵⁴⁵ keresztül annak érdekében, hogy támogassa állampolgárát vagy védje annak érdekeit a fogadó államban.”⁵⁴⁶

Ilyen elkülönülő feladatok a külképviseletek részéről, ha például a nagykövet, vagy a konzul segíti az állampolgárt a fogadó államban beruházásaival kapcsolatban, vagy meglátogatja az állampolgárt a börtönben annak jogainak védelme érdekében, illetve abból a célból, hogy jogi képviselést biztosítson neki. Ezek a cselekmények a diplomáciai és konzuli fellépés keretei között kerülnek kifejtésre a nemzetközi jog szabályainak megfelelően a diplomáciai képviselő és a konzul feladatkörében.

Érdekes szempontja lehet az elhatárolásnak az is, ha úgy közelítjük meg a kérdést ki az, aki az adott ügyben fellép. Általában a nagykövet külföldi fellépései során elsősorban az állam érdekeit képviseli, ezért az ő fellépését nagy valószínűséggel tekinthetjük diplomáciai védelemnek. Hasonlóan ehhez a logikához, ha a külügyminiszter vagy akár az államfő lép fel az ügyben, megalapozottan beszélhetünk inkább diplomáciai védelemről, mint a konzuli segítségnyújtás esetéről. Természetesen ez a fajta különbségtétel a korábban

⁵⁴² Ustor Endre: „A diplomáciai kapcsolatok joga” című művében ezzel szemben azt mondja, hogy a konzuli védelem kizárólag a fogadó állam fórumai előtt folyik, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest 1965.,p.110.

⁵⁴³ Hargitai József: Az állampolgárok védelmének nemzetközi jogi kérdései, p.145.

⁵⁴⁴ Wilhelm Karl Geck: Die Ausweitung von Individualrechten durch völkerrechtliche Verträge und der Diplomatische Schutz, in: B. Börner (eds) Einigkeit und Recht und Freiheit (1984), Vol.1.

⁵⁴⁵ A diplomáciai kapcsolatokról szóló Bécsi Egyezmény 3. cikke, mely felsorolja a diplomáciai képviselők funkcióit illetve a Konzuli kapcsolatokról szóló Bécsi Egyezmény 5. cikke, mely a konzuli feladatokat határozza meg.

⁵⁴⁶ Preliminary Report on Diplomatic Protection, Mohamed Bennouna, Special Rapporteur, A/CN.4/484 4 February 1998, ff (point)12.

említett „funkció-átruházási” esetekben nem érvényesül, illetve a gyakorlat is átírhatja esetenként a világosnak tűnő rendszert.⁵⁴⁷

Az is elképzelhető, hogy a konzuli segítségnyújtás során tudomására jutott jogsértések következtében, mintegy annak folytatásaként, az állam a diplomáciai védelem gyakorlása mellett dönt.⁵⁴⁸ Az állam által egy ügyben gyakorolt konzuli, majd diplomáciai védelem lehet az oka annak, hogy a jogirodalom egyes képviselői a védelem ezen két formáját egybeveszik.⁵⁴⁹

Ezért a valódi kihívás ott lehet, hogy bár dogmatikailag határozott szempontok alapján különválasztható a kétfajta védelem, a gyakorlatban a védelem bármelyik formáját gyakorló állami tisztviselő vagy kormányképviselő tisztában legyen azzal, hogy az adott intézkedés milyen feltételekkel, szabályok betartása mellett gyakorolható, arról nem is beszélve, hogy az állampolgárnak is más jogai, lehetőségei kapcsolódnak a védelem különböző formáihoz.

7.2 A jogirodalomban használt elhatárolási szempontok

A Nemzetközi Jogi Bizottság tervezetéhez kapcsolódó jelentések a nemzetközi jog elméleti megközelítéseire alapozva igyekeznek alapvető és egyértelmű különbséget tenni a konzuli védelem és a diplomáciai védelem között.

A különbség egyik fő elemeként azt jelölték meg, hogy míg a diplomáciai védelem gyakorlásának egyértelmű feltétele a másik állam *nemzetközi jogsértő magatartása*,⁵⁵⁰ addig a konzuli védelem gyakorlása megelőző jellegű, és leginkább az *érdeksérelmre* koncentrál. Ahogy a jelentés fogalmaz, a jogsértő magatartás hiánya nem zárja ki azt, hogy az állam lépéseket tegyen állampolgára védelmében mielőtt a jogsértő cselekmény megtörténne, azonban ez az intézkedés nem tekinthető a diplomáciai védelem gyakorlásának.

Ennek megfelelően három strukturális különbséget határoz meg a két intézmény között:

- a konzuli funkciók jóval korlátozottabbak voltak, mint a diplomaták hatáskörei,
- a képviselet szintjében való különbség,

⁵⁴⁷ Lee a „Consular Law and Practice” című munkájában pontosan arról ír, hogy az állampolgárok bebörtönzéseiben gyakrabban működnek közre a nagykövetségek és külügyminiszterek, mint a konzuli képviselők.-in L.T.Lee: Consular Law and Practice, Oxford 1991., p.138.

⁵⁴⁸ Lee szerint egyenesen a konzul az, aki mintegy az ügy folytatásaként formális tiltakozást terjeszthet elő helyi illetve állami szinten.-in Lee: Consular Law and Practice, p.167.

⁵⁴⁹ B. Simma: Fragen der zwischenstaatlichen Durchsetzung vertraglich vereinbarter Menschenrechte, in:I. von Münch (ed.): Staatsrecht-Völkerrecht-Europarecht (1981)

⁵⁵⁰ Seventh Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/567 , para 12. p. 6.

- a konzuli segítségnyújtás megelőző jellege ellentétben a diplomáciai védelem jogorvoslati jellegével.⁵⁵¹

A konzuli funkciók korlátozott jellege leginkább a Bécsi Egyezmény vonatkozó rendelkezései fényében válik nyilvánvalóvá, hiszen az 55. cikk szerint a konzul „kötelessége, hogy tartózkodjék a fogadó állam belügyeibe való beavatkozástól.”⁵⁵²

Mindenesetre *Shaw* szerint „a konzuloknak különleges szerepe van az állampolgároknak nyújtott segítségben veszélyhelyzet esetén, így például a feladatai közé tartozik ügyvéd biztosítása az állampolgár részére, börtönben való meglátogatása, a helyi hatóságokkal való kapcsolattartás, azonban nem avatkozhat bele a másik állam bírósági eljárásaiba vagy belső ügyeibe, illetve nincs hatásköre arra, hogy jogi tanácsokat adjon vagy nyomozzon egy bűnügyben.”⁵⁵³

Így a konzuli védelem intézménye a védelem tartalmát illetően is eltér a diplomáciai védelemtől.⁵⁵⁴ Hiszen a diplomáciai védelem lehetősége már csak akkor jelenik meg a jogsértést elszenvedett állampolgár ügyében, ha az állampolgár már valamennyi fogadó állambeli jogorvoslati lehetőségét kimerítette. Ezzel szemben a konzuli segítségnyújtás igénybevételének pont az a lényege, hogy az adott szituációban az állampolgár nem várhat mástól segítséget, mint államának konzuli szolgálatától. Az adott helyzet megoldása nem tűr halasztást, az állampolgár érdekeinek védelmére csak a helyszínen tartózkodó állami képviselők képesek, az ügyben bármikor felléphetnek, akkor is, ha az külföldi állam eljárása jogszerű, és adott esetben a jogorvoslatok igénybevételét is elősegíthetik.

Emellett a diplomáciai védelem igénybevételéhez arra sincs szükség, hogy a sértett állampolgár abban az országban tartózkodjon, ahol jogait megsértették, általános gyakorlat az is, hogy már hazatérte után fordul az állam illetékes hatóságaihoz diplomáciai védelemért, esetlegesen a jogsértés megállapítását kérve, illetve kártérítést követelve.

Különbség van a konzuli segítségnyújtás és a diplomáciai védelem képviseleti szintjében is.

⁵⁵¹ Künzli: *Exercising Diplomatic Protection-The Fine Line Between Litigation, Demarches and Consular Assistance*, ZaöRV 66 (2006), pp.331-332.

⁵⁵² A konzuli kapcsolatokról szóló Bécsi Egyezmény 55. cikk 1. pont

⁵⁵³ Malcolm N. Shaw: *International Law*, 5th ed. (2003) p.688.

⁵⁵⁴ Mindazonáltal a diplomáciai védelem sem tekinthető az államok belügyeibe történő beavatkozásnak, hiszen a diplomáciai védelem nyújtása esetén a vita nemzetközi, tehát államok közötti szintre tevődik át, ezzel elkerülve a belső ügyekbe történő intervenciót.

Megállapítható, hogy a konzuli védelem elsősorban az egyén jogainak védelmére hivatott. Ezt azt jelenti, hogy a konzul feladata az állampolgár érdekeinek képviselése külföldön, ennek során azonban nem kerül sor az állam érdekeinek képviselésére illetve védelmére. Ez a diplomáciai képviselők, illetve a diplomáciai védelem feladata.

A diplomáciai védelem esetében, mind a hagyományos megközelítés, mind a vonatkozó joggyakorlat többször is leszögezte, hogy elsősorban az állam érdekeinek, jogainak védelméről van szó, az állam saját jogait gyakorolja, és ahogy a Calvo-doktrína⁵⁵⁵ esete is rámutatott, az állampolgár semmilyen formában nem mondhat le az államot megillető diplomáciai védelem jogáról, de az állampolgár beleegyezése, kérelme sem jelent automatikus védelmet az állam részéről. Ehhez képest a nemzetközi jog megköveteli az egyén hozzájárulását a konzuli segítségnyújtáshoz.⁵⁵⁶

A helyi jogorvoslat kimerítését követően, ahol a jogsérelmet szenvedett állampolgár még aktív résztvevője az eljárásnak és esetlegesen konzuli segítséget kapott annak érvényesítése során, mintegy átadja az ügyet a diplomáciai védelem nyújtása mellett döntő államnak, aki innentől nem belső ügyként, tehát a jogsértő állam hatóságai előtt zajló eljárásként tekint az ügyre, hanem mint az államok között kibontakozott nemzetközi vitára.

Ebből következik az is, hogy diplomáciai védelemre kizárólag akkor kerülhet sor, hogy ha a másik állam által elkövetett nemzetközi jogsértés az egyén érdekein túlmenően eléri az állam érdekeltségeit is. Lefordítva ezt a gyakorlatra, a konzuli védelem esetlegesen akkor lép át a diplomáciai védelem szintjére, ha a külföldi államban való fellépés során az állami érdekek képviselése is megjelenik, és nemcsak egyszerűen egy jogi segítségnyújtásról, tanácsadásról van szó az bebörtönzött állampolgár számára. A konzuli segítségnyújtás lehetséges célja egyébként pont a nemzetközi jogsértések bekövetkezésének megakadályozása, melyek megtörténte előfeltétele diplomáciai védelem gyakorlásának.

Meg kell azonban említeni, hogy az utóbbi időben többször felmerült annak a lehetősége, hogy az állam diplomáciai védelemhez fűződő joga mellett, az állampolgár valamiféle igényérvényesítési jogosultságáról is beszéljünk. A nemzetközi jogirodalom még tovább

⁵⁵⁵ Egyes latin-amerikai államok szerződésben mondták le a külföldiekre a diplomáciai védelem igénybevételenek jogáról, mondván, hogy ez a jogosultság olyan többlet, mellyel az érintett állam állampolgárainak jogait túllépi a külföldi, sértve az egyenlő elbánás elvét.

⁵⁵⁶ J. Zourek: *Quelques Problemes Theoriques du Droit Consulaire*, 90 *Journal de Droit International* (1963), pp.54-55.

megy sok esetben és a diplomáciai védelemhez kapcsolódó egyéni jogokról, sőt emberi jogokról beszél.⁵⁵⁷

További elhatárolási szempont lehet, hogy a konzuli védelem leginkább megelőző jellegű, míg a diplomáciai védelem jogorvoslati jellegű. A konzuli segítségnyújtásra általában akkor kerül sor mielőtt a helyi jogorvoslatokat kimerítenék vagy a nemzetközi jogsértés megtörténne. Ez lehetővé teszi, hogy a konzuli védelem sokkal elfogadottabb legyen a fogadó állam részéről. A konzuli védelem nyújtásának nem feltétele a helyi jogorvoslatok kimerítése és a nemzetközi jogsértés megtörténte.

A diplomáciai védelem jogorvoslati jellegének bizonyítéka, hogy gyakorlására akkor kerül sor, ha az állampolgár jogsértést szenved a másik állam által elkövetett cselekmény következtében, és az állampolgár már kimerítette a helyi jogorvoslati lehetőségeket. Ekkor az eredetileg az egyén és a jogsértő állam közötti vita átkerül nemzetközi szintre, és államközi vitává válik, innentől kezdve nem belső ügy, hanem nemzetközi konfliktus. Tulajdonképpen ez egy beavatkozás a nemzetközi jogsértés orvoslása érdekében, amely többféle formát ölthet, így a tiltakozás, a tárgyalás és a bírósági eljárás is elképzelhető.

Dunn azonban továbbmegy, és azt mondja, hogy a diplomáciai védelem „az állam részéről eszközölt minden olyan hivatalos fellépést magában foglal, amikor egy kormány az állampolgára, vagy annak más állam joghatósága alatti vagyoni érdekei képviselőjében lép fel, akár egy nemzetközi jogsértés megelőzése érdekében, akár a jogsértés megtörténte után való jogorvoslat nyújtása tekintetében.”⁵⁵⁸

⁵⁵⁷ Enrico Milano: Diplomatic protection and Human Rights Before the International Court of Justice: Re-fashioning tradition? Netherlands Yearbook of International Law, Volume XXXV.-2004, pp.85-142., Vasileios Pergantis: Towards a „Humanization” of Diplomatic Protection?, ZaöRV 66 (2006), pp.351-397.

⁵⁵⁸ F.S. Dunn: The Protection of Nationals, New York 1932, p.18.

Az előbbieken megállapított és rögzített szempontok és megfontolások alapján véleményem szerint a következő elhatárolási rendszer vázolható fel.

	Diplomáciai védelem	Konzuli védelem
Milyen esetben?	a másik állam nemzetközi jogsértő magatartása esetén	az állampolgár érdeksérelme esetén
Mikor?	valamennyi helyi jogorvoslati eszköz kimerítését követően	bármikor
Ki nyújtja?	az állam külügyi hatáskörben eljáró szervei	minden esetben a konzuli hatáskörök keretien belül eljáró személy (konzul)
Hol kerül sor a védelemre?	a fogadó állam külügyi hatáskörben eljáró szervei előtt, illetve nemzetközi szervek, szervezetek előtt	fogadó állam hatóságai előtt, elsősorban a konzulátuson keresztül
Milyen alapon?	az állam diszkrecionális döntése	a legtöbb államban alanyi jogon jár
Kinek?	kizárólag állampolgárnak, (természetes és jogi személynek)	állampolgárnak, de kivételesen menekültek, hontalanok, illetve más államok polgárai is részesülhetnek
Milyen viszonylatban (kivel szemben?)	jogsértő állammal szemben	a fogadó állam államigazgatási és más szerveivel, illetve magánszemélyekkel szemben is
Milyen jellegű védelem	represszív-jogorvoslati jellegű	preventív jellegű
Kinek az érdekeit képviseli, védelmezi?	állam és/vagy állampolgár	állampolgár
Az állampolgár rendelkezési joga	az állampolgárnak nincs joga a diplomáciai védelemre, azonban, ha az állam úgy dönt, hogy nyújtja, az állampolgár nem is mondhat le róla	az állampolgár hozzájárulása szükséges, illetve le is mondhat róla

Az elhatárolás relevanciája leginkább ott mutatkozik meg, hogy adott esetben a kormány által eszközölt lépések, intézkedések melyik kategóriába tartoznak, minek minősülnek; diplomáciai vagy konzuli védelemnek illetve beletartoznak-e az említett kategóriákba egyáltalán. Ennek következetes megállapítása és alkalmazása teszi szükségessé a védelem fajtái közötti különbségtételt.

A két jogintézmény kapcsolódása (különbségei) szempontjából a Nemzetközi Bíróság előtt zajlott LaGrand-ügy⁵⁵⁹ és Avena-ügy⁵⁶⁰ bír alapvető jelentőséggel.

Ezekben az ügyekben a Nemzetközi Bíróság egyértelműen különbséget tett a konzuli segítségnyújtás és a diplomáciai védelem között, elismerve azt, hogy azok az egyéni jogosultságok, melyek a konzuli kapcsolatokról szóló nemzetközi egyezményből származnak érvényesíthetők megsértésük esetén a diplomáciai védelmen keresztül, és ez semmiképp nem jelenti a két intézmény összekeverését vagy összemosását.⁵⁶¹

Így például a LaGrand-ügyben a német kérelem párhuzamosan érvelt a konzuli segítségnyújtáshoz való jog és a diplomáciai védelem érvényesítésének joga mellett. Ellenérdekű félként az USA úgy értelmezte (akarta értelmezni) ezt az érvelést, hogy Németország álláspontja szerint a konzuli kapcsolatokról szóló Bécsi Egyezmény a diplomáciai védelem gyakorlásának a jogáról rendelkezik.⁵⁶² Valójában Németország a diplomáciai védelem eszközét azért alkalmazta az USA-val szemben, mert az a konzuli kapcsolatokról szóló Bécsi Egyezmény megsértésével nemzetközi jogsértést követett el német állampolgárok terhére. Ez a jogsértés pedig nemcsak az állampolgár egyéni jogait sértette, hanem az állam érdekeinek sérelmét is jelentette. Tehát összességében a konzuli védelemhez való jog megsértése miatt kívánt élni a német állam a diplomáciai védelemhez fűződő jogával. Ilyen értelemben tehát nem volt közvetlen kapcsolat a konzuli segítségnyújtásra vonatkozó szabályok és a diplomáciai védelem gyakorlása között.⁵⁶³

Az elhatárolás problémáit az államok gyakorlata és az állami fellépés megítélésére lehetőséget adó bírói ítéletek is jól jellemzik.

⁵⁵⁹ LaGrand-ügy (Germany v. USA) Judgment, I. C. J. Reports 2001, p. 466

⁵⁶⁰ Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. USA) Judgment, I. C. J. Reports 2004, p. 12

⁵⁶¹ LaGrand-ügy (Germany v. USA), ICJ Reports 2001, para. 75-77.

⁵⁶² LaGrand-ügy (Németország v. USA) 2000. március 27. „Counter-memorial submitted by the USA, 73.

⁵⁶³ Zsuzsanna Deen-Racsmány: Diplomatic Protection and the LaGrand Case, 15 LJIL (2002), p.93.

7.3 Elhatárolás az államok gyakorlatának segítségével

Az államok ezirányú gyakorlata szintén iránymutatásul szolgálhat a diplomáciai védelemnek minősíthető akciók meghatározása tárgyában és a gyakorlati elhatárolás szempontjaiban.

Künzli szerint általában jellemző az államok gyakorlatára, hogy a nemzetközi bírói eljárásokon kívül az állam kormánya által gyakorolt más diplomáciai intézkedéseket automatikusan a konzuli védelem kategóriájába sorolják.⁵⁶⁴ Állítását a brit és holland joggyakorlat egy-egy esetével illusztrálja.

Egy Thaiföldön őrizetbe vett holland állampolgár ügyében a holland kormány figyelemre méltó erőfeszítéseket tett az állampolgár helyzetének javítása érdekében. Ez a holland állampolgár, akinek a barátnőjét kokain birtoklásán kapták, 6 éve előzetes letartóztatásban volt egy bangkoki börtönben. A holland kormány kísérletei ellenére végül elítélték főként közvetett bizonyítékok alapján. Ezzel a holland állampolgár valamennyi helyi jogorvoslatot kimerítette. Amikor a holland külügyminiszter felvette a kapcsolatot a hollandiai thaiföldi nagykövettel, illetve a thai külügyminiszterrel és a thai igazságügyi miniszterrel a holland hatóságok ezt az intézkedését nem diplomáciai védelemnek, hanem konzuli védelemnek minősítették.⁵⁶⁵ A korábban bemutatott állásfoglalások, és elhatárolási szempontok szerint helytelenül, hiszen ha az intézkedés jellege nem is egyértelműen elhatároló, a külügyminiszter személye már a diplomáciai védelemre utal.

A brit joggyakorlat még ennél is továbbmegy, mikor kijelenti, hogy „nem beszélhetünk diplomáciai védelemről hivatalos kérelem előterjesztésének hiányában.”⁵⁶⁶ Ennek a felfogásnak a kiváló példája a Ferhut Butt-ügy, ahol az ítélet nem tett különbséget a védelem két fajtája között és a kérelem tárgyát képező diplomáciai fellépést a külföldi állam belügyeibe történő beavatkozásnak minősítette.⁵⁶⁷

Ennek megfelelően jogi eljárás hiányában, illetve kérelem nemzetközi bíróság előtt való benyújtásának hiányában, a kormány által eszközölt intézkedés, amit az állampolgár érdekében fejt ki, a konzuli segítségnyújtás keretei között marad, nem érve el a diplomáciai

⁵⁶⁴ A. Künzli: *Exercising Diplomatic Protection-The Fine Line Between Litigation, Demarches and Consular Assistance*, ZaöRV 66 (2006), p.322.

⁵⁶⁵ A. Künzli: *im.*, p.322.

⁵⁶⁶ C. Warbrick/D. McGoldrick: *Diplomatic Representation and Diplomatic Protection*, ICLQ 723-44. (2002)

⁵⁶⁷ *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Ferhut Butt*, Court of Appeal 9 July 1999, 116 ILR, pp.616-618.

védelem szintjét.⁵⁶⁸ Mindazonáltal ez a megközelítés ellentétben áll a Nemzetközi Jogi Bizottság állásfoglalásával, illetve a jogirodalom meghatározásaival.

Az egymásnak ellentmondó, illetve elemeiben különböző meghatározások különbségének magyarázata valószínűleg ott keresendő, hogy a gyakorlatban az állampolgár érdekében eszközölt intézkedések nem határolódnak el ilyen egyértelműen, tehát a dogmatikai meghatározások egyértelműsége a tényleges eljárás során elmosódni látszik. Az is előfordulhat, hogy az állam részéről való fellépés konzuli segítségnyújtásként indul, majd a körülmények alakulása folytán fordul át az állam által nyújtott diplomáciai védelem keretébe. A nemzeti bíróságok ezzel együtt vonakodnak egyes esetekben pontosan meghatározni, hogy az állam által kifejtett vizsgált cselekmény konzuli segítségnyújtásnak minősül, vagy diplomáciai védelemnek.⁵⁶⁹

8. A diplomáciai védelem gyakorlása az államok közötti kapcsolatokban - következtetések

Hargitai szerint „ha a diplomáciai védelem eseteinek számát is figyelembe vesszük, az ügyek jó része a nemzetközi gyakorlatban diplomáciai úton intéződik. A diplomáciai tárgyalási technika hatékony és flexibilis eszköze a diplomáciai védelemnek.”⁵⁷⁰ A diplomáciai gyakorlatban ez azt jelenti, hogy a küldő állam a kérdéses ügyet számára fontosnak és figyelemre méltónak ítéli és esetleg az ügy számára kedvezőtlen befejezése esetén élni fog a diplomáciai védelem eszközeivel is.⁵⁷¹

Általában a diplomáciai úton fellépő állam informális lépésekkel kezdi meg az ügyben való intézkedést, amely leggyakrabban egy nyilatkozat, illetve egy formális tiltakozás eljuttatását jelenti a jogsértő állam hatóságai, kormánya számára. Az ügy előrehaladtával ezt követheti a két állam közötti tárgyalások lebonyolítása. A legtöbb ügy itt, illetve ilyen formán fejeződik be megegyezéssel vagy esetlegesen a problémák feloldása nélkül.

A diplomáciai védelem gyakorlásának másik útja, az ún. más békés vitarendezési eszköz természetesen az állam által történő igényérvényesítés nemzetközi bíróságok, bizottságok előtt. A lehetséges eszközök között kell felsorolnunk az államok azon gyakorlatát is, mikor ún. barátságatlan cselekményként, retorzióként megtagadják a másik állam kormányának elismerését vagy a másik állam szabályozásának, illetve adminisztratív aktusainak

⁵⁶⁸ Annemarieke Künzli: *The Fine Line Between Litigation, Demarches and Consular Assistance*, ZaöRV 66 (2006), p.322.

⁵⁶⁹ M. Kujit v. The Netherlands, 18. March 2003, LJN. No. AF5930, Rolno. KG 03/137; van Dam v. The Netherlands, 25. November 2004, Rolno. 02/43.

⁵⁷⁰ Hargitai József: *Az állampolgárok védelmének nemzetközi jogi kérdései*; p.138.

⁵⁷¹ Hargitai József: *im.*, p.145.

elismerését. A diplomáciai védelmet gyakorló államnak az is a lehetőségében áll, hogy megtagadja egy olyan szerződés megkötését, mely kedvező a jogsértő állam számára, vagy előnyöket biztosít neki.

Általában kijelenthető, hogy a nemzetközi jog nem határozza meg az alkalmazható eszközöket, feltételeket azonban szabhat az állam választásával kapcsolatban. Kivételes esetben korlátozhatja, illetve pontosabban egy bizonyos igényérvényesítési módszerre, körre szűkítheti az alkalmazható eszközöket. Így például, amennyiben a megkötött szerződésben, a szerződésből származó viták elintézésére választottbíróság kikötéséről rendelkeznek, a vonatkozó szerződés megsértése esetén gyakorlásra kerülő diplomáciai védelem is kötve van a kikötéshez.⁵⁷² Kifejezett szerződéses korlátozások hiányában, csak a nemzetközi szokásjog szabályai szűkíthetik a diplomáciai védelem eszközrendszerét, melyek közül jelenleg a legfontosabb korlátozás az erőszak alkalmazásának tilalma.⁵⁷³

Mindazonáltal az állam különböző védelmi eszközei közötti különbségek meghatározása, illetve az elhatárolás megtörténte elengedhetetlen. A megfelelő elhatárolás hiánya legjellemzőbben az Európai Unió rendszerében mutatkozott meg, ahol az EUMSZ Szerződés 23. cikkének rendelkezése tekintetében a tagállamok eltérő álláspontot képviseltek, így voltak olyan tagállamok, melyek a diplomáciai védelem jogának megteremtését látták benne, mások azonban a rendelkezés hatáskörét a konzuli védelem nyújtásában húzták meg. Az eltérő fogalmak biztos és megalapozott használata mindenképpen megkönnyítette volna az említett cikkhez kapcsolódó kötelezettségek és a végrehajtás pontos feladatainak meghatározását.

Mindazonáltal, bár a szerződéses rendelkezés nem határozza meg pontosan, az azóta a rendelkezéshez kapcsolódó, annak érvényesítését szolgáló szabályok, és a jelenleg is aktuális Bizottsági tervezet⁵⁷⁴ fényében eldőlni látszik, a konzuli védelem jogát tartalmazza a rendelkezés. Ez is tűnik talán a legmegfelelőbbnek az uniós polgároknak járó védelmet illetően, hiszen ha az uniós polgárság jogi státusza változatlan marad, a más államok polgárai számára védelmet nyújtani a nemzetközi jog jelenlegi szabályai, és az elhatárolás szabályai alapján csak a konzuli segítségnyújtás keretei között lehet.⁵⁷⁵

⁵⁷² W. K. Geck: Diplomatic Protection, Encyclopedia of Public International Law, Volume 1., North-Holland 1992. p.1062.

⁵⁷³ W. K. Geck: im.,p.1062.

⁵⁷⁴ A Bizottság közleménye a Tanácsnak, az Európai Parlamentnek, az Európai Gazdasági és Szociális Bizottságnak és a Régiók Bizottságának Hatékony diplomáciai és konzuli védelem harmadik országok területén: az Európai Unió hozzájárulása a kérdéshez Cselekvési Terv 2007-2009.

⁵⁷⁵ 1963-as Bécsi Egyezmény a konzuli kapcsolatokról.

V. Nemzetközi jogi kihívások a diplomáciai védelem intézményével kapcsolatban

Ahogy Bennouna, a diplomáciai védelem témájának első speciális megbízottja a Nemzetközi Jogi Bizottságban, is kifejtette, véleménye szerint három alapvető fejlődési folyamat érinti a diplomáciai védelem eszközét a nemzetközi jogban.

Elsőként az emberi jogok fejlődését említette, amely megteremtette annak lehetőségét, hogy akár egyének is a nemzetközi jog alanyai legyenek. Így a Mavrommatis-ügy kétséget nem ismerő kijelentése arról, hogy az egyént ért jogsérelem esetén is csak az állam jogainak gyakorlásáról lehet szó a nemzetközi igényérvényesítés során, rögtön más megvilágításba került. Az egyének, mint a nemzetközi igényérvényesítés lehetséges jogosultjai így már nem feltétlenül szorultak/szorulnak rá az állam diszkrecionalitásának égisze alá tartozó diplomáciai védelem intézményére. Ehhez kapcsolódik a kérdés, hogy az egyéni igényérvényesítés útjai, így az igénybizottságok, illetve más ad hoc döntőbíróóságok eljárása kiegészíti, vagy konkurenciát jelent-e a diplomáciai védelem számára.

Második kihívásként Bennouna a külföldi beruházók védelmét szolgáló nemzetközi szerződések megjelenését és elterjedését jelölte meg. Ennek eredményeképp ugyanis a beruházók maguk is eljárást indíthatnak a külföldi állammal szemben, anélkül, hogy az állampolgárságot/honosságot adó állam érdekeit figyelembe vennék, illetve érvényesítenék az eljárás során. Ezekre a speciális beruházásvédelmi fellépésekre biztosít a Nemzetközi Újjáépítési és Fejlesztési Bank (Világbank) Nemzetközi Vitaeltérési Központja (ICSID) jogi fórumot, illetve ad hoc döntőbíróóságok felállítására is lehetőség van.

A *harmadik* figyelembe veendő szempont a speciális megbízott szerint pedig az ad hoc döntőbíróóságok felállításának lehetősége az egyéneket ért jogsérelem kapcsán, így például az Irán-USA Igénybizottság (Claims Tribunal) és az Egyesült Nemzetek Jótéteti Bizottsága, melyek szintén megengedik a sérelmet szenvedett egyének számára a saját nevükben történő igényérvényesítést az állampolgárságuk szerinti állam közbenjárása nélkül is.

Mindazonáltal John Dugard, a diplomáciai védelemmel foglalkozó kodifikációs munkálatok Bennounát váltó speciális megbízottja új megvilágításba helyezte a Bennouna szerint a diplomáciai védelem korlátozott hatékonyságát bizonyító szempontokat.

„Nem szabad elutasítanunk olyan jogintézményeket, mint a diplomáciai védelem, amelyek értékes célokat szolgálnak, egyszerűen azon az alapon, hogy egy fikción alapulnak.”⁵⁷⁶ Véleménye szerint a diplomáciai védelem alkalmazhatóságát mi sem bizonyíthatná jobban, mint „(...)”, hogy csak egy maroknyi egyén, korlátozott számú államban az, aki petíciós jogával élve a szerződések érvényesülését ellenőrző bizottságokhoz fordulhat, és megfelelő jogorvoslathoz jut, vagy fog jutni ezen emberi jogi egyezmények alapján. A külföldiek helyzete sem jobb idegen államban (...); nincs olyan multilaterális egyezmény, amely jogorvoslatot biztosítana a külföldinek jogai védelmére a külföldi beruházások területén kívül.”⁵⁷⁷

1. A diplomáciai védelem és az emberi jogok nemzetközi védelme

Az ENSZ Alapokmány és az Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozatának elfogadása után a nemzetközi jogban megindult az emberi jogok széleskörű elismerése és érvényesítése.

Ez a folyamat lényeges változást hozott a diplomáciai védelem intézményének gyakorlatában is. Hiszen az emberi jogok megjelenése a nemzetközi jog alanyává tette az egyéneket, akik a kialakított emberi jogi védelmi rendszer szabályai szerint akár közvetlenül is jogok és kötelezettségek alanyaivá válhattak. Ez egyet jelentett azzal, hogy míg az emberi jogok nemzetközi szinten való megjelenése előtt az egyén az állam jóindulatában bízva, egy fikcióban reménykedve nyerhetett jogorvoslatot külföldön őt ért sérelmekre, addig az emberi jogok érvényesítésére létrejött szervek és bírói egységek folytán akár közvetlenül is megtehetette ezt. Az emberi jogok védelmére létrejött nemzetközi egyezmények és igényérvényesítési lehetőségek nagyon is valódi konkurenciát jelenthettek így a diplomáciai védelem intézményének. Hiszen míg a diplomáciai védelem esetén az egyént ért sérelem csak abban az esetben vált az állam által érvényesítendő igény alapjául, ha az állam politikai és egyéb az érdekkörébe tartozó szempontok mérlegelése után úgy döntött, hogy diplomáciai védelmet nyújt, az emberi jogi igényérvényesítés esetén mindez átkerült az egyén saját döntési kompetenciájába és kizárólag a saját érdekei figyelembe vételével választhatja ki a számára legmegfelelőbb jogorvoslati lehetőséget.

A diplomáciai védelem jogirodalmában ezt követően alakult ki egy olyan álláspont, miszerint az állampolgárt ért sérelem következményeként gyakorolt diplomáciai védelem során az állam voltaképp az egyén emberi jogainak szerez érvényt, az állampolgára

⁵⁷⁶ John Dugard: First Report on Diplomatic Protection, UN Doc. A/CN.4/506, 7 March 2000., para.21.

⁵⁷⁷ John Dugard: First Report on Diplomatic Protection, UN Doc. A/CN.4/506, 7 March 2000., paras.25.,26.

nevében.⁵⁷⁸ Ez a felfogás azonban mindenképp ellentmond a nemzetközi jog hagyományos államközi felfogásának és az a diplomáciai védelem tradicionális felfogásával sem összeegyeztethető.

1.1 A diplomáciai védelem a nemzetközi bíróságok gyakorlatában, különös tekintettel az egyéni jogok érvényesítésére

A diplomáciai védelem gyakorlásának egyik legtipikusabb eszköze a nemzetközi bírósági eljárások lefolytatása, kezdeményezése. Egyes jogirodalmi állásfoglalások szerint leginkább ilyen formában, tehát államok közötti vita formájában kerül sor a diplomáciai védelem nyújtására. Míg azonban a korábbi évtizedek során ezek a nemzetközi bírósági esetek azt a célt szolgálták, hogy a diplomáciai védelem gyakorlásainak feltételeit, egyes szabályait meghatározzák, illetve kialakítsák, mára a bírósági esetek újabb kérdések vizsgálatára adnak lehetőséget. A diplomáciai védelem bírósági gyakorlatának áttekintésével választ kaphatunk arra a kérdésre is, hogy mennyire játszik szerepet ez a jogintézmény az emberi jogok védelmében.

Általában a nemzetközi bíróságok előtt olyan ügyekben indul eljárás, amelyek kapcsán az egyik állam megsérti a nemzetközi kötelezettségeit, amelynek folytán a másik állammal, és akár a nemzetközi közösséggel szemben is felelőssége keletkezik. A nemzetközi felelősségrevonási eljárástól azonban el kell különítenünk azokat az eseteket, amikor bár a jogsértő szintén egy állam, azonban a jogsértést egy külföldi természetes vagy jogi személlyel szemben követi el. Ebben a szituációban kap szerepet a diplomáciai védelem intézménye, melynek gyakorlásával a nemzetközi jogsértést elkövető állammal szemben ugyanúgy fel lehet lépni nemzetközi szinten, akár nemzetközi bíróság előtt is, hogy ténylegesen a jogsértett egyén nem lehet peres fél. A hagyományos felfogás szerint a diplomáciai védelem célja a nemzetközi szinten perlési joggal nem rendelkező egyének képviselése volt.

1.2 A diplomáciai védelem megjelenése a nemzetközi bíróságok gyakorlatában

A diplomáciai védelem intézményének bírói gyakorlatát illetően elsőként a vitás felek között felállított választottbíróságok előtti eljárásokban került sor az egyéneket ért sérelem kapcsán jogorvoslati igények benyújtására. Ezek a választottbíróságok előtti eljárások, mint jogi eljárások kerültek lefolytatásra, a választottbíróságok tagjai, mint bírók tevékenykedtek az eljárás során és a nemzetközi jog szabályai alapján hozták meg

⁵⁷⁸ First Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/506; para. 69.,p.25.

döntéseiket. Így az itt folytatott eljárások joggal váltak a diplomáciai védelem elismert formáivá. Az itt meghozott döntések nagyban hozzájárultak a diplomáciai védelem joggyakorlatának kialakulásához.⁵⁷⁹

Az első világháború után számos ún. igénybizottságot (claim commission)⁵⁸⁰ is létrehoztak, ahol a diplomáciai védelem gyakorlásával kapcsolatban olyan kérdések kerültek napirendre, mely a jogintézmény szabályozásának továbbfejlődését szolgálták, és ami különösen előnyössé tette ennek az eszköznek az alkalmazását, hogy természetes személyek is perlési jogosultsággal rendelkeztek a fórum előtt. Mégis a diplomáciai védelem jogintézményének gyakorlása szempontjából az Állandó Nemzetközi Bíróság és a jogutódként létrejött Nemzetközi Bíróság gyakorlatát kell alaposabban megvizsgálni.

Az Állandó Nemzetközi Bíróság 17 éves működése során (1922-1939 között) a bíróság legalább 10 döntést hozott olyan vitás esetekben, mely a diplomáciai védelem gyakorlásának tekinthető.⁵⁸¹ Az Állandó Nemzetközi Bíróság ügyei egyrészt a diplomáciai védelem lényegi fogalmának meghatározását jelentették, más ügyekben szintén a diplomáciai védelemhez kapcsolódóan tisztázták az igényérvényesítés feltételeit, így állást foglaltak az állampolgársági kapcsolat szükségességéről, illetve az eljárás más feltételeit is megvilágították.⁵⁸² Így míg az Egyes felső-sziléziai német érdekeltségek ügyében⁵⁸³ az Állandó Nemzetközi Bíróság csak azt ismerte el, hogy a külföldiekkel való bánásmóddal kapcsolatban létezik olyan általánosan vagy közösen elfogadott nemzetközi jogi szabály, ami a belső jortól függetlenül alkalmazható, a Mavrommatis-ügyben az állam által ezen szabályok megsértése esetén alkalmazható eszközökről is állást foglalt.⁵⁸⁴ Az Állandó Nemzetközi Bíróság a Mavrommatis-ügyben azt is kiemelte, hogy az állam ebben az esetben saját jogát érvényesíti, és nem az állampolgár, vagy jogi személy érdekében és

⁵⁷⁹ *Milani, Brignone, Stevenson and Mathinson* ügyek a venezuelai Arbitral Commissions előtt 1903 és 1905 között az állampolgársági elv vonatkozásában a domináns állampolgárság elvét érvényesítették, ahogyan *Canevaro*-ügyben az Állandó Választott Nemzetközi Bíróság is 1912-ben, illetve a francia-német vegyes döntőbíróóság is a Blumenthal-ügyben 1923-ban; ILC First Report on Diplomatic Protection UN Doc.A/CN.4/506 (7 March 2000.), paras. 130,131,133.

⁵⁸⁰ Így a *Tellech* ügyben is, ahol az USA-Ausztria-Magyarország hármas Igénybizottság döntött 1928-ban; ILC First Report on Diplomatic Protection, para. 135.

⁵⁸¹ *Mavrommatis*, *Certain German Interest in Polish Upper Silesia* PCIJ, Series A, No. 7.; *Factory at Chorzow*, PCIJ, Series A, No. 17.; *Lotus case*, PCIJ, Series A, No. 10.; *Serbian and Brazilian Loans cases*, PCIJ, Series A, No. 20. and 21, *Pajzs, Csaky and Esterhazy case* PCIJ, Series A/B No. 63, *Lighthouses in Crete and Samos*, PCIJ, Series A/B, *Phosphates in Morocco*, PCIJ, Series A/B, No. 74.; *Panevezys-Saldutiskis Railway case*, PCIJ, Series A/B, No. 76., *Societe Commerciale de Belgique*, PCIJ, Series A/B, No. 78.

⁵⁸² *Panevezys-Saldutiskis Railway case*, PCIJ, Series A/B, No. 76.

⁵⁸³ *Certain German Interest in Polish Upper Silesia* PCIJ, Series A, No. 7.

⁵⁸⁴ *Mavrommatis* palesztin koncessziók ügye 1924. P.C.I.J. Series A, No.2

képviselőjében jár el, azaz az állampolgárt ért sérelmet magára vállalva a saját nevében lép fel. Így az állampolgár csak eszköz a felelősség megalapozása érdekében, amelyen keresztül a nemzetközi jogot és az állam érdekeit megsértik.⁵⁸⁵ Ez a döntés így alkalmas volt arra, hogy a jogirodalomban már létező fikciót a diplomáciai védelemmel kapcsolatban megjelenítse a nemzetközi joggyakorlatban, ezáltal megerősítve és megerősítve a diplomáciai védelem tradicionális felfogását. Panevezys-Saldutiskis vasút ügyében az előző módon körülhatárolt diplomáciai védelem gyakorlásának egyik legfontosabb feltételének rögzítését találjuk meg, mikor az Állandó Nemzetközi Bíróság arra az álláspontra helyezkedik, hogy „eltérő nemzetközi megállapodás hiányában az egyén és az állam közötti állampolgársági kötelék biztosítja az állam számára a diplomáciai védelem nyújtásának jogát.”⁵⁸⁶

A Nemzetközi Bíróság ezt követően szintén számos fontos döntést hozott a diplomáciai védelemmel kapcsolatban, bár az Állandó Nemzetközi Bírósághoz képest a Nemzetközi Bíróság jóval kevesebb ügyben foglalkozott a kérdéssel. Számos esetben az államok által a Bíróság elé terjesztett kérelem került érdemi vizsgálat nélkül elutasításra, annak köszönhetően, hogy a bíróság valamilyen okból elfogadhatatlannak nyilvánította a keresetet.⁵⁸⁷ Így az mindenképpen elmondható a Nemzetközi Bíróság diplomáciai védelemmel kapcsolatos joggyakorlatáról, hogy különösen fontos megállapításokat tett a védelem nyújtása érdekében benyújtott keresetek elfogadhatósági feltételeivel kapcsolatban, és ilyen irányba fejlesztette tovább a jogintézmény gyakorlati oldalát. A Nemzetközi Bíróság diplomáciai védelem vonatkozásában kialakított gyakorlatának mérföldkövei; a Nottebohm-ügy, a Barcelona Traction-ügy, az ELSI-ügy, Interhandel-ügy és végül a Diallo, LaGrand, Avena-ügy, melyek a joggyakorlat új irányának letéteményesei már.

Az előbb említett ügyekben sor került a diplomáciai védelem állampolgársági feltétele elveinek kialakítására, illetve a számos elutasított eset tükrében a helyi jogorvoslatok kimerítése kötelezettségének pontosítására is. Az egyébként mindenképpen figyelemre méltó, hogy az előbb említett, a joggyakorlat szempontjából jelentős ügyek többségében végül a Nemzetközi Bíróság elutasította a diplomáciai védelem nyújtásának lehetőségét,

⁵⁸⁵ Nagy Károly: Az állam felelőssége a nemzetközi jog megsértése miatt, Akadémiai Kiadó, Budapest 1991..p.121.

⁵⁸⁶ Nagy Károly: im. p.121.

⁵⁸⁷ Interhandel case, ICJ Report (1950) p.6., Anglo-Iranian Oil Co.case, ICJ rep. (1952) p.93, Nottebohm case, ICJ Report (1955) p.4, Norwegian Loans Case, ICJ rep.(1957) p.9, Barcelona Traction case, ICJ Rep (1970); par. 98. 1971]

így azonban a jogesetek arra is alkalmassá váltak, hogy rajtuk keresztül a diplomáciai védelem szabályozása is alaposabb megfontolás tárgya legyen.⁵⁸⁸ Általános jellemzője volt a Nemzetközi Bíróság korábbi joggyakorlatának az is, hogy többnyire gazdasági jellegű jogsértések kapcsán, a jogi személyek, külföldi beruházók által elszenvedett károk vonatkozásában jelentkezett igény az államok részéről a diplomáciai védelem nyújtására. Az elmúlt évek nemzetközi jogban bekövetkezett változásai ebben a tekintetben is befolyásolták a diplomáciai védelem nemzetközi bíróságok előtti gyakorlatát. Az államok diplomáciai védelem iránti kérelmeikben egyre inkább érvényesítendő jogként jelölték meg az egyének jogait, beleértve az emberi jogok védelmének szükségességét is.

1.3 A Mavrommatis-elvtől a LaGrand ítéletig

Az emberi jogok megjelenésével a nemzetközi jogban a fikcióra épülő diplomáciai védelem intézménye vitás helyzetbe került. Hiszen az emberi jogok és az azok védelmére épülő jogvédelmi rendszerek közvetlen hozzáférést biztosítanak, szemben a diplomáciai védelem esetében gyakorolt állami diszkrecionalitással. A diplomáciai védelem kérdéseivel foglalkozó szakemberek joggal állíthatják, illetve vetíthették előre a diplomáciai védelem jelentőségének csökkenését, és új mechanizmusok elterjedését a nemzetközi emberi jogvédelem területén. Az emberi jogok jelentőségének növekedésével egyidejűleg ugyanis számos esetben arra hivatkoztak a felperesek, hogy a nemzetközi emberi jogok közül a bírósághoz való jutás jogának és a hatékony jogorvoslathoz való jog érvényesüléséhez a diplomáciai védelem intézményével kapcsolatban is változtatásokra van szükség. Így azokban az esetekben, ha az egyén számára nincs más lehetőség emberi jogainak érvényesítésére, annak súlyos megsértése esetén az államnak kötelezettsége kellene, hogy legyen a diplomáciai védelem gyakorlása.

„Versenyképes” maradhat-e a diplomáciai védelem intézménye az emberi jogok védelmi rendszerei mellett?

Alapvető különbségek mutatkoznak a két jogvédelmi lehetőség között. Ahogyan már maga a Nemzetközi Bíróság is megfogalmazta a Barcelona Traction-ügyben; míg az emberi jogok védelme erga omnes jellegű kötelezettséget keletkeztethet, ezzel szemben a diplomáciai védelem állam kontra állam felelősségi viszony keretei közötti igényérvényesítésre alkalmas. Vannak olyan elképzelések, melyek szerint az emberi jogok védelmére létrejött nemzetközi egyezmények által rendezett igényérvényesítési

⁵⁸⁸ A Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációs tevékenysége során alapvetően a Nemzetközi Bíróság esetjoga alapján rögzítette a diplomáciai védelem általános gyakorlatának szabályait.

lehetőségek is tekinthetők egyfajta diplomáciai védelem gyakorlásának. Be kell azonban látni, hogy a realitás az, hogy a diplomáciai védelem egy olyan jogi eszköz, mely az államot és az egyént ért jogsértés kapcsán alkalmazható, ezzel szemben az emberi jogi mechanizmusok⁵⁸⁹ vagy a közrend védelme, vagy kizárólag az egyén érdekeinek védelme érdekében használhatók.⁵⁹⁰

Mindeközben a diplomáciai védelem intézménye is tekinthető az emberi jogokat védő jogi eszköznek, még akkor is, ha a jogintézménynek nem ez az elsődleges célkitűzése. Hiszen tradicionálisan a diplomáciai védelem az állampolgárok külföldi bánásmódjával kapcsolatos nemzetközi jogsértések esetében gyakorolt jogorvoslati eszköznek tekinthető. Ezzel kapcsolatban az államok gyakorlatában az ún. nemzetközi minimum standard elmélete került elismerésre, melynek megfelelően akkor tekintették az állam magatartását jogsértőnek a külföldivel szemben, ha az idegen állam magatartása ellentmondott az általános emberi jogi elveknek, melyek érvényesülését az állam egyébként köteles volt biztosítani saját állampolgárai vonatkozásában is nemzetközi egyezmények alapján, illetve a szokásjog útján.⁵⁹¹ Így elmondható, hogy a diplomáciai védelem gyakorlására tradicionálisan okot adó szempontok szintén az emberi jogok, egyéni jogok érvényesülésének igényéhez kapcsolódtak.

Az emberi jogok újonnan megjelenő védelmének alapjait különböző nemzetközi szerződések jelentik. Így például az európai régió tekintetében az Emberi Jogok Európai Egyezménye, vagy az amerikai kontinens esetében az Emberi Jogok Amerikai Egyezménye. Ezeknek az egyezményeknek nem részese azonban valamennyi állam, így a kimaradó államok állampolgárai az újfajta jogvédelem előnyeit nem élvezhetik. Ezzel szemben azonban bár a diplomáciai védelem igénybevétele szigorú feltételekhez kötött, és az állam döntésén múlik annak gyakorlása, mégis mivel jogi alapját a nemzetközi jog általános szabályai teremtik meg elméletileg senki, semelyik állam sincs kizárva az érvényesítés lehetőségéből. Sőt azáltal, hogy a diplomáciai védelem esetében formálisan az állam képviseli az igényeket a nemzetközi fórum előtt, az egyén számos olyan testület elé is „eljuthat”, ahol a saját jogán semmiképp nem érvényesíthetne igényeket.⁵⁹²

⁵⁸⁹ Ebben az esetben, egy erga omnes kötelezettséget teremtő jogsértés esetén a közvetlenül nem jogsértett állam is érvényesíthet igényt, ami így nyilván nem jelenti a diplomáciai védelem jogának gyakorlását.

⁵⁹⁰ Vasileios Pergantis: Towards a Humanization of Diplomatic Protection?-ZaöRV 66 (2006), p.364.

⁵⁹¹ Detlev Vagts: Minimum Standard, in Rudolf Bernhardt: Encyclopaedia of Public International Law Vol. III. Amsterdam 1997.,pp. 408-410.

⁵⁹² Enrico Milano: Diplomatic Protection and Human Rights Before the ICJ, Netherlands Yearbook of International Law 2004, p.89.

Felmerül a kérdés azonban, a diplomáciai védelem eddig kialakult gyakorlata mennyire alkalmas az egyéni érdekek koncentrált védelmére, a diplomáciai védelem során érvényesített igény egyáltalán figyelembe veszi-e az egyén érdekeit, vagy kizárólag egy külpolitikai döntésről van szó? Azzal a ténnyel, hogy az egyének a nemzetközi jog alanyaivá váltak, nem összeférhetetlen-e annak a jogi fikciónak a fenntartása, amely a diplomáciai védelem gyakorlása során kizárólag az állam jogainak érvényesítésére koncentrál? A jogirodalom álláspontja szerint a diplomáciai védelem tradicionális felfogásától eltérően a változásnak legalább abban kellene megnyilvánulnia, hogy bár az állam joga a diplomáciai védelem, de annak gyakorlása során az egyén jogait, vagy a saját jogai mellett azokat is érvényesítse.⁵⁹³

Ezen megállapítások fényében nem meglepő, hogy a diplomáciai védelem szabályainak kodifikálására vállalkozó Nemzetközi Jogi Bizottság az emberi jogok fejlődésének hatását az állampolgárok védelmére nézve túlértékeltnek tartja és sokkal inkább a két jogvédelmi rendszer egymás melletti, egymást kiegészítő érvényesülése mellett teszi le a voksát.

Már a Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációs munkája során is előkerült egy-egy olyan kezdeményezés, amely a megváltozott álláspontra utal. A tervezet 4. cikke arról szólt volna ugyanis, hogy bizonyos esetekben az államoknak kötelezettségük lenne diplomáciai védelmet nyújtani. A rendelkezés szerint erre akkor kerülhetne sor, ha az állampolgárt külföldön ért jogsértés egy imperatív norma megsértése folytán következik be. Tehát például emberi jogait olyan súlyú jogsértés éri, mely a nemzetközi közösség egészének érdekét sérti.⁵⁹⁴ A javaslatot végül a Nemzetközi Jogi Bizottság nem támogatta, az emberi jogok védelmének szükségességét továbbra is megelőzte az állami érdekek fokozott figyelembe vétele. Amennyiben az államok gyakorlatát áttekintjük, ez az elutasítás nem is meglepő, hiszen bár az államok alkotmányjoga kisebb-nagyobb korlátozásokat elfogad a korábban kizárólagos állami fennhatóságba tartozó kérdésekben is, az állam diszkrecionalitását a diplomáciai védelem nyújtását illetően valamennyi esetben tiszteletben tartja a szabályozás.

Mindazonáltal meg kell említeni, hogy ennek a rendelkezésnek a felmerüléséhez az az elgondolás vezetett, amely szerint a nemzetközi jogban vannak olyan értékek, melyek megvédéséhez a nemzetközi közösség egészének érdeke fűződik, tehát a jogsérelem

⁵⁹³ Yearbook of the International Law Commission, A/CN.4/SR.2523, Summary Record of the 2523rd meeting, p.27.

⁵⁹⁴ First Report on Diplomatic Protection; ILC, A/CN.4/506, pp.27-30.

orvoslása ún. erga omnes jellegű kötelezettség.⁵⁹⁵ Nézőpontváltásra utalhatnak azonban a tervezet kidolgozása során felmerült további javaslatok a diplomáciai védelem állampolgársági feltételével kapcsolatban. A korábbi állampolgárságra vonatkozó szabályoktól eltérően, amely a diplomáciai védelem nyújtásának feltételül szabja, hogy az egyén mind a jogsértés időpontjában, mind az igény érvényesítésekor az érintett állam polgára legyen, a javaslat megengedte volna a követelések, illetve azok képviselőjének átruházását egy másik, az új állampolgárságot adó államra. Erre azonban csak akkor lenne lehetőség a javaslat szerint, ha az új állampolgárságot jóhiszeműen szerezték meg és a korábbi állampolgárságot adó állam nem kezdeményezett jogi eljárást, és semmilyen formában nem fosztja meg ez a lépés a „korábbi” államot érdekei jogi érvényesítésétől. A Nemzetközi Jogi Bizottság azonban azzal az indokkal, hogy a javaslat túlzottan összemosza a diplomáciai védelem és az emberi jogok rendszerét, elutasította azt.⁵⁹⁶ Végül a Nemzetközi Jogi Bizottság tervezetében egy olyan megoldás került be, mely az állampolgársági szabály alkalmazását funkcionálisabbá teszi, így kivételt enged a korábbi tradicionális felfogás által előírt szabály alkalmazása alól.⁵⁹⁷

A kivételek megengedése a folyamatosság követelménye alól magyarázható azzal, hogy bár a gyakorlat igen szigorú követelményt támasztott a folyamatos állampolgárság feltételének meghatározásával, azokban az esetekben, mikor a sértett személy önszántából, vagy anélkül, elvesztette előző állampolgárságát az intervallum alatt, még részesülhessen diplomáciai védelemben. A kivételek meghatározásánál azonban szintén érvényesül az a szempont, amely egyébként az állampolgársági feltétel valamennyi esetében; egy olyan joggyakorlatot igyekszik teremteni, ami mentes a joggal való visszaélés lehetőségeitől. Ez a változat arra enged következtetni, hogy bár a Nemzetközi Jogi Bizottság nem kíván teljesen elrugaszkodni a tradicionális szabályoktól, egyre inkább egy olyan rendszert akar kialakítani a diplomáciai védelem vonatkozásában, mely az egyéni érdekeket hangsúlyozottabban veszi figyelembe.

Hasonló szabályozási logika kapcsolódik az állampolgárság másik nemzetközi problematikájához, a hontalanság és a menekültek kérdéséhez is. A Nemzetközi Jogi

⁵⁹⁵ A 2001-ben született államok felelősségéről szóló tervezet 44.cikke és 48.cikk(3) bek. szerint a felelősség felhívására függetlenül attól, hogy melyik állam és milyen összefüggésben teszi azt, csak akkor kerülhet sor, ha teljesülnek a diplomáciai védelem gyakorlásának feltételei. Ez már csak azért is érdekes, mert a 48.cikk szerint kerül sor az erga omnes jellegű kötelezettségek érvényesítésére, és a rendelkezés szerint így az egész nemzetközi közösség nevében is csak az állampolgárság szerinti állam léphet fel, amely tekintettel a Nemzetközi Jogi Bizottság javaslatának előbb említett elutasítására, az államok diszkrecionális jogává vált.

⁵⁹⁶ Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session A/56/10, pp.511-513.

⁵⁹⁷ A kialakított kompromisszumos megoldást lásd az állampolgársági résznél a dolgozat III. fejezetében.

Bizottság lehetőséget teremt a diplomáciai védelemre egyetlen feltétellel; ha tényleges kapcsolatot, ebben az esetben jogszerű és tartós tartózkodást igazolnak, mind a jogsértés pillanatában, mind az igényérvényesítés idején. Az indoklásban a kodifikáció speciális megbízottja kifejtette, hogy erre a rendelkezésre azért van szükség, hogy a diplomáciai védelem intézményét hatékony jogintézménnyé tegyék az emberi jogok védelme tekintetében. Tény az, hogy az emberi jogok védelmére kötött nemzetközi szerződések, bár meghatározzák a menekültek és a hontalanok fogalmát, és jogaikról is rendelkeznek, valamennyi esetben elmulasztják a rendelkezést ezen személyek konzuli és diplomáciai védelmének lehetőségéről. Ezt a hiányosságot igyekszik pótolni a diplomáciai védelem szabályozása a nemzetközi jogban, legalábbis a speciális megbízott álláspontja szerint. A diplomáciai védelem jogintézményének további jelentőségét erősíti az az álláspont is miszerint a diplomáciai védelem gyakorlásának akkor van kiemelkedő szerepe, amennyiben az egyén számára nem elérhető a nemzetközi szerződésekkel megteremtett emberi jogi védelmi mechanizmus. Az államokat azonban biztatni kell, hogy ilyen esetekben vállalják fel a diplomáciai védelem gyakorlását.

Összességében elmondható, hogy a Nemzetközi Jogi Bizottság a téma kodifikációja során úgy tekintett az újonnan létrejött jogvédelmi rendszerekre, így az Emberi Jogok Európai Egyezményének ellenőrzési rendszerére, illetve más emberi jogokat érvényesítő mechanizmusra (az 1965-ös Washingtoni Egyezmény által létrehozott védelmi mechanizmusokra is), mint a diplomáciai védelem általános nemzetközi jogi szabályait kiegészítő, *lex specialis* szabályokra. A két jogterület között valójában a megközelítés különbségei mellett számos közös pont található, és a gyakorlatban a két jogterület találkozásakor felmerülő problémákat nem a két védelmi rendszer határozottabb elválasztásával, hanem azok összhangba hozatalával, egymást kiegészítő jellegének támogatásával lehetne megoldani.

Az, hogy ez a gyakorlatban mennyire sikerül, leginkább a Nemzetközi Bíróság gyakorlatának áttekintése után állapítható meg, hiszen ez a szerv az, amely korábban is, és jelenlegi is sok olyan ügyel foglalkozott, ahol az államok diplomáciai védelmet kívántak gyakorolni egy, az állampolgáruk jogát megsértő külföldi állammal szemben. A Nemzetközi Bíróság számos ítéletében foglalkozott a diplomáciai védelem meghatározásával is, melynek eredményeképp a Bíróság által elfogadott definíció szerint

„a diplomáciai védelem az állam által gyakorolt védelmet jelenti mind a természetes, mind a jogi személyek érdekében, melyek jogi helyzetét megsértette egy másik állam aktusa.”⁵⁹⁸

Elsőként a szintén elutasított Barcelona Traction-ügyben hozta összefüggésbe a Bíróság a diplomáciai védelmet az egyéni jogok, illetve az emberi jogok védelmének igényével. Legalábbis ebben az ügyben tett ilyen irányú kísérletet a Bíróság, hiszen az ítéletében végül úgy döntött, hogy két jogterületet el kell választani egymástól, és a diplomáciai védelem államok közötti jellegére kell helyezni a hangsúlyt.⁵⁹⁹ A különbség alapjául az erga omnes kötelezettségek érvényesítésének specialitását (a nemzetközi közösség egésze érdekelt) emelte ki.

A Bíróság gyakorlatában a diplomáciai védelem új szempontjait megvilágító esetnek tekinthető az East Timor-ügy,⁶⁰⁰ ahol, bár a Bíróság végül nem járt el az ügyben, Portugália az Ausztrália és Indonézia között kötött szerződés jogszerűségét vitatta, illetve a kelet-timori embereknek kívánt jogi védelmet nyújtani az őket ért sérelem erga omnes jellegét hangsúlyozva.⁶⁰¹ A Bíróság ennek ellenére Portugália védelmi kísérletét egy tág értelemben vett diplomáciai védelemnek minősítette, melynek során Portugália egy jogsértett közösség nevében kívánt fellépni, és elutasította azt a megközelítést miszerint Portugália az egyéni érdekek, a kelet-timori személyek önrendelkezési jogának védelmében lépett volna fel.⁶⁰² Az eset azért is rendkívül érdekes mert, amennyiben a Bíróság eljárta volna az ügyben, elsőként került volna arra sor, hogy erga omnes kötelezettség alapján váljon érvényesíthetővé egy igény a Nemzetközi Bíróság előtt, függetlenül a jogsértett közösség (nép) hovatartozásától.⁶⁰³

Az utóbbi évek eseteit tekintve azonban megállapítható, hogy az államok Nemzetközi Bíróság előtti perlési stratégiáiban egyre inkább szerepet kap az emberi jogok és a diplomáciai védelem összefüggéseire való hivatkozás.⁶⁰⁴ A Nemzetközi Bíróság gyakorlatát illetően az is megfigyelhető, hogy míg korábban a diplomáciai védelem gyakorlatát az államok főképp a honos jogi személyek, társaságok érdekeinek védelmében vetették be, a jelenlegi vonatkozó eseteket áttekintve a diplomáciai védelem gyakorlata az egyének jogainak nemzetközi szintű védelme irányában mozdult el. A már említett

⁵⁹⁸ Enrico Milano: im., p.109.

⁵⁹⁹ Barcelona Traction 1970. Judgment I.C.J. Report., p.32., paras. 33-34.

⁶⁰⁰ East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I. C.J. Reports 1995, p. 90.

⁶⁰¹ Replique du Gouvernement de la Republique Portugeuse, para. 206-208.;

⁶⁰² Enrico Milano: im. p.112.

⁶⁰³ Enrico Milano: im. p.112.

⁶⁰⁴ Enrico Milano: im. p.119.

változások fényében nem is meglepő, hogy a Nemzetközi Bíróság is hajlandóságot mutat az emberi jogok védelme érdekében fellépő államok (kormány) védelmi törekvéseinek elfogadására.

1.4 A „humanizált” diplomáciai védelem felé - avagy a Nemzetközi Bíróság jelenlegi gyakorlata

A Nemzetközi Bíróság három egymást követő ügyében az egyéni jogok új megvilágításba helyezéséről tesz tanúbizonyságot a diplomáciai védelem intézményét illetően.

Az ügyek típusa azt mutatja, hogy az államok nemcsak hogy alkalmazzák a diplomáciai védelem eszközét, hanem igyekeznek azt az állampolgáraik emberi (egyéni) jogainak védelmére felhasználni.

A LaGrand⁶⁰⁵ és az Avena-ügyben⁶⁰⁶ a Bíróság a konzuli kapcsolatokról szóló Bécsi Egyezmény egyéneket is érintő (jogosító) vonatkozásait vizsgálta, a Diallo⁶⁰⁷ és a Liechtenstein v. Németország-ügyben⁶⁰⁸ pedig a sértett állampolgárok tulajdonhoz való joga került áttekintésre.

Az 1998-ban benyújtott guineai kereset külön figyelmet szentelt a Diallo ellen elkövetett emberi jogi sértéseknek a diplomáciai védelem címszó alatt,⁶⁰⁹ így az önkényes őrizetbevétel esetének, amely az 1948-as Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozatának megsértését eredményezi, a jogsértések áldozatának tisztességes bírói eljáráshoz való jogának megsértésének, mely az 1966-as Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányának rendelkezéseibe ütközik, illetve Diallo tulajdonhoz való jogának megsértésének.⁶¹⁰ Amiatt, hogy a guineai állam a diplomáciai védelem gyakorlása során a jogsértett Diallo emberi jogai védelmének szükségességére is hivatkozott a Bíróság előtt, illetve a diplomáciai védelem gyakorlása szempontjából figyelembe veendő szempontként értékelte a nemzetközi szinten kialakult beruházásvédelmi gyakorlatot az ügy mindenképpen említésre érdemes. Más kérdés, hogy a Nemzetközi Bíróság ebben az

⁶⁰⁵ LaGrand-ügy (Germany v. USA) 2001. jún.27., Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 466.

⁶⁰⁶ Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. USA) 2004. márc. 31. Judgment, I. C. J. Reports 2004, p. 12.

⁶⁰⁷ Ahmadou Sadio Diallo-ügy (Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, 24. May. 2007.,

⁶⁰⁸ Certain Property case, (Liechtenstein v. Germany) 2005. febr. 10., Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Report, 2005, p.6.,

⁶⁰⁹ A Nemzetközi Bíróság végül elutasította a guineai kérelmet Diallo védelme vonatkozásában, mivel álláspontja szerint Guinea az ügyben érintett társaságok vonatkozásában nem jogosult diplomáciai védelmet nyújtani, és a nemzetközi jog általános szabályai alól való kivétel pedig nem megengedhető, annak érdekében, hogy kiegészítő jelleggel a részvényes Diallo érdekében tegye mindezt.

⁶¹⁰ Milano Enrico: im.p.119.

ügyben továbbra is a diplomáciai védelem hagyományos szabályaihoz ragaszkodva hozta meg döntését.⁶¹¹

A Nemzetközi Bíróság esetjogának megváltozására azonban más esetekben találhatunk bizonyítékot. Ezek az ügyek kivétel nélkül egy nemzetközi egyezmény, a konzuli kapcsolatokról szóló Bécsi Egyezmény rendelkezéseinek megsértéséhez kapcsolódnak.

1998-ban Paraguay a Nemzetközi Bíróságnál azért keresett jogorvoslatot, mert egy paraguayi állampolgárt, Breard urat egy virginiai büntetőbíróság halálra ítélte, anélkül, hogy az állami hatóságok tájékoztatták volna a konzuli védelemhez való jogáról a vonatkozó Bécsi Egyezmény 36. cikkének megfelelően.⁶¹² A Bécsi Egyezmény 36.cikke szerint ugyanis:

„a) a konzuli tisztviselőknak joguk van ahhoz, hogy a küldő állam honosaival szabadon érintkezzenek és őket felkeressék. A küldő állam honosainak ugyanígy joguk van ahhoz, hogy a konzuli tisztviselőkkel érintkezzenek és őket felkeressék;

b) amennyiben az érdekelt személy ezt kéri, a fogadó állam illetékes hatóságai kötelesek késedelem nélkül értesíteni a küldő állam konzuli képviselőjét, ha annak konzuli kerületében a küldő állam honosságával rendelkező valamely személyt letartóztattak, bebörtönöztek, előzetes letartóztatásba helyeztek vagy bármely más módon feltartóztattak. A letartóztatott, bebörtönzött, előzetes letartóztatásba helyezett vagy bármely más módon feltartóztatott személy részéről a konzuli képviselőhöz intézett mindenfajta közlést, a fogadó állam illetékes hatóságai ugyancsak késedelem nélkül kötelesek továbbítani. E hatóságok kötelesek késedelem nélkül felvilágosítani az érdekelt személyt a jelen bekezdés alapján biztosított jogairól;”⁶¹³

Paraguay álláspontja szerint ezen rendelkezéseket sértette meg az USA magatartásával. Ideiglenes intézkedés iránti kérelmében Paraguay kifejtette, hogy diplomáciai védelem nyújtása iránti kérelmének egyik célja, hogy Breard úr életének jogellenes elvételét megakadályozza, amely a megsértését jelentené a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya 6. cikkének. Annak ellenére, hogy a Bíróság arra kérte az Egyesült Államokat, hogy függesse fel az ítélet végrehajtását, Breard úron végrehajtották az

⁶¹¹ A Diallo-ügyről részletesebben a nemzetközi beruházásvédelmi szabályok ismertetésénél.

⁶¹²Case Concerning The Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. USA) Application of Paraguay 3.apr.1998., paras. 5-10.

⁶¹³ 1963-as Bécsi Egyezmény a konzuli kapcsolatokról (kihirdetve 1987. évi 13. törvényerejű rendelettel)

ítéletet, aminek következményeként Paraguay úgy döntött, hogy nem folytatja az eljárást.⁶¹⁴

Egy évvel később Németország kezdeményezett eljárást a Nemzetközi Bíróság előtt az Egyesült Államokkal szemben, azt állítva, hogy az USA megsértette az 1963-as Bécsi Egyezmény 36. cikkét két német állampolgár, a LaGrand testvérek halálra ítélésével kapcsolatban Arizona államban.⁶¹⁵ Németország kérelmében kifejtette, hogy véleménye szerint az amerikai hatóságok megsértették a LaGrand testvérek Bécsi Egyezmény szerinti jogait akkor, amikor nem informálták őket arról a jogukról, hogy a konzuli képvisellel kapcsolatba léphetnek, de ezáltal a német állam jogai is megsértésre kerültek. Hiszen nemcsak a LaGrand testvérek maradtak tájékoztatás nélkül jogaikat illetően, hanem a német konzulátus sem kapott információt arról, hogy két német állampolgárt letartóztattak és bíróság elé állítottak az USA-ban.⁶¹⁶

A jogsértés kettős jellegéből kifolyólag a német állam diplomáciai védelmet kíván gyakorolni mind az állampolgárokat ért jogsértések miatt, mind saját jogán a közvetlenül a német államnak okozott jogsértések miatt, amely annak folytán következett be, hogy lehetetlenné tették, hogy a két állampolgárnak konzuli segítséget nyújtsanak. Németország kérte az ítélet végrehajtásának felfüggesztését is, Karl LaGrand emberi jogainak lehetséges sérelmére hivatkozással, különös tekintettel a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya 6. cikkének megsértésére.⁶¹⁷

Az USA, miközben elismerte a 36. cikk megsértését, arra hivatkozott, hogy akkor, amikor ebben a kérdésben Németország diplomáciai védelmet kíván nyújtani, összetéveszti a konzuli és a diplomáciai védelmet, hiszen az 1963-as Bécsi Konzuli Egyezmény nem rendelkezik a diplomáciai védelem jogáról, csak a konzuli segítségnyújtásról.⁶¹⁸ A szóbeli meghallgatás során Németország továbbra is amellel állt ki, hogy a Konzuli Egyezmény 36. cikke az egyének számára is jogokat keletkeztet, mitöbb ezek a jogok emberi jogként jellemezhetők.⁶¹⁹ Állításainak alátámasztásául a jogterületen érvényesülő soft law jellegű normákra, értelmezési eredményekre, illetve az Emberi Jogok Amerikaközi Bíróságának

⁶¹⁴ Order of 10 November 1998, I. C. J. Reports 1998, p. 426 and in Enrico Milano: im. p.120.

⁶¹⁵ LaGrand case (Germany v. United States of America), Application 2 March 1999.

⁶¹⁶ LaGrand case, Judgment 2000, I.C.J. Reports, p.472., para.11.

⁶¹⁷ Request for Indication of Provisional Measures, 2 March 1999., para 6.

⁶¹⁸ LaGrand case, Judgment p.482.,para.40., Annemarieke Künzli: Exercising Diplomatic Protection, The Fine Line Between Litigation, Demarches and Consular Assistance-ZaöRV 66 (2006) p.338.

⁶¹⁹ Enrico Milano: im. p.121.

1999-es tanácsadó véleményére hivatkozott.⁶²⁰ Németország szerint a fogvatartottak tájékoztatásának kötelezettségét megszegni egyet jelent az eljárási garanciák megsértésével a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányának 14. cikkéhez kapcsolódva.⁶²¹ Ez a magatartás tekinthető a külföldi állampolgár elleni diszkriminációnak is, hiszen így különösen nehézé válik a fogvatartott védelme a külföldi hatóságok előtt, így fennáll a lehetősége, hogy a külföldi nem lesz tisztában a kérdéses állam jogrendszerével és nyelvi nehézségei lehetnek. A konzuli képviselet közreműködésével biztosítható lett volna, hogy a fogvatartott számára rendelkezésre álló valamennyi eljárási lehetőséget igénybe vegye, amely különösen a büntető eljárásban fontos, melyek a halálos ítélet kiszabásával is végződhetnek. A Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányának 6. cikkének érvényesülése különösen akkor kerül veszélybe, ha a halálbüntetés kiszabása során nincsenek figyelemmel valamennyi eljárási garanciára.⁶²²

A Bíróság elfogadta Németország érvelését, miszerint a konzuli kapcsolatokról rendelkező egyezményből származó egyéni jogok a diplomáciai védelem útján érvényesíthetők.⁶²³ Ennek minden feltétele teljesül, hiszen azzal, hogy a Konzuli Egyezmény rendelkezéseinek nem tett eleget, az USA, megsértette a külföldi állampolgár egyének jogait, amivel jogot teremtett a német államnak a diplomáciai védelem nyújtására.

Németország célja érveléseinek fényében a Bíróság előtt egyértelműen az volt, hogy a diplomáciai védelem gyakorlását amennyire csak lehet, összekösse az emberi jogok súlyos megsértésének esetével, méghozzá a külföldiek emberi jogainak védelmével.⁶²⁴ Ez is alátámaszthatja azt a törekvést, miszerint a nemzetközi jog jelenlegi változásai mellett nem tartható fenn az állam közötti jogok és kötelezettségek rendszerének merev elválasztása az egyének jogaitól. Az emberi jogokon keresztül, ahogyan az eset is mutatja, érintettek lehetnek az államok jogai is, és ez a kölcsönhatás fordítva is érvényesül. A LaGrand-ügyben az egyének jogait ért sérelem adott okot a diplomáciai védelem nyújtására és a német kereset egyértelműen az egyéni jogokat ért sérelem köré lett felépítve. Ez pedig elmozdulásként értékelhető a diplomáciai védelem tradicionális felfogásától, hiszen az ítélet szerint nem kifejezetten az állam jogainak érvényesítésére került sor a diplomáciai védelem gyakorlásával, hanem ahogy a Bíróság is megfogalmazta „a konzuli

⁶²⁰ Oral Pleadings of Germany CR 2000/27., para. 29.

⁶²¹ Enrico Milano: im.p.121.

⁶²² Oral Pleadings of Germany CR 2000/27., para.17.

⁶²³ LaGrand case, Judgment 2000,I.C.J. Reports, p.472.,para. 75.

⁶²⁴ Enrico Milano:im. p.121.

kapcsolatokról szóló Bécsi Egyezmény által teremtett egyéni jogok felhívására került sor a fogvatartott egyének államának közreműködésével.”⁶²⁵

2003-ban Mexikó Egyesült Államok elleni eljárásában ez a szándék még nyilvánvalóbban kifejezésre került, és új kérdésekkel bővítették ki a LaGrand-ügyben felmerült érveket. Többek között felmerült a konzuli értesítéssel kapcsolatosan a késedelem nélküliség kritériumának értelmezése, illetve a Nemzetközi Bíróság előtti ügyek fényében az amerikai eljárási rendszer felülvizsgálásának kérdése is.⁶²⁶ Hasonló megközelítést képviselt a mexikói kormány az Avena-ügyben is, azonban a Bíróság itt csak részben követte a LaGrand-ügy forradalminak mondható újításait.

Mexikó 52 állampolgár nevében lépett fel, és hasonlóan az eddigi esetekhez, a Konzuli Egyezmény 36. cikkének megsértésére hivatkozott. Véleménye szerint azzal, hogy az USA elmulasztotta informálni a mexikói állampolgárokat elfogásuk után késedelem nélkül a konzul értesítéséhez fűződő jogukról, megsértette nemzetközi kötelezettségeit Mexikóval szemben, mind annak saját joga, mind a diplomáciai védelemhez való jogát illetően.⁶²⁷

Mexikó azt kérte a Bíróságtól, hogy állapítsa meg azt, hogy a Bécsi Egyezmény szerinti jog a konzuli értesítéshez, emberi jognak minősül.⁶²⁸ Németországhoz hasonlóan Mexikó is azzal érvelt, hogy ennek a jogosultságnak a következményeként más alapvető emberi jogok, így az élethez való jog és a mozgásszabadsághoz való jog érvényesülése is megfelelően biztosítottá válik. Mexikó a szóbeli meghallgatás során külön kiemelte a már említett tanácsadó véleményt az Amerikaközi Emberi Jogok Bíróságától, amely egyértelműen leszögezte, hogy a fogvatartottak Bécsi Egyezmény 36. cikke szerinti jogairól való értesítés elmulasztása szükségszerűen megsérti a tisztességes eljáráshoz való jogot, melyet mind a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya, mind más emberi jogi egyezmények biztosítanak.⁶²⁹

Az Egyesült Államok viszont azt kérte a Bíróságtól, hogy utasítsa el Mexikó kérelmét a diplomáciai védelem nyújtásának jogát illetően arra hivatkozva, hogy az érintett mexikói állampolgárok nem merítették ki az összes helyi jogorvoslatot, illetve kétségek merültek

⁶²⁵ LaGrand case, Judgment 2000, I.C.J. Reports, p.472., para. 36.

⁶²⁶ Catherine M. Amirfar The Avena Case in the International Court of Justice v. United States of America- Arguments of Mexico, in: German Law Journal Vol. 5 No. 4 - 1 April 2004., para.17.

⁶²⁷ Case concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) Summary of the Judgment of 31 March 2004.

⁶²⁸ Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States), Judgment I.C.J. Reports, para. 124.

⁶²⁹ Oral Pleadings of Mexico CR 2003/25, para. 331.

fel a „védendő” személyek állampolgárságát illetően is.⁶³⁰ Mindezek fényében a Bíróság úgy találta, hogy az érintett jogok egymásra való hatását is figyelembe véve Mexikó csak a saját nevében terjeszthet elő kérelmet annak érdekében, hogy a bíróság határozzon az általa közvetlenül, és a mexikói állampolgárokat a Konzuli Egyezmény 36. cikkének (1) bek. b) pontja megsértésén keresztül bekövetkezett jogsértésekről.⁶³¹ Tehát a Nemzetközi Bíróság az Avena-ügyben elsősorban a két állam közötti vitában, a nemzetközi felelősségi jogviszony keretei között kívánt döntést hozni a Mexikót közvetlenül sértő amerikai magatartásról. Azzal együtt, hogy a Bíróság úgy találta, hogy a diplomáciai védelem eszköze nem szükséges az igények érvényesítéséhez, még nem tagadta meg az egyéni jogok létezését ebben az ügyben is. Azzal ugyanis, hogy a Nemzetközi Bíróság elhatárolja egymástól a mexikói állampolgárokat a 36. cikk (1) b) pontja alapján ért jogsértéseket azoktól, melyek magát a mexikói államot érték, a 36. cikk (1) a) és c) pontja alapján elismeri, hogy a jogsértések az Egyezmény rendelkezéseiből kifolyólag kategorizálhatók a sérelem alanyai szempontjából. Ezzel, hogy az Avena-ügyben a Bíróság fenntartotta a differencializált megközelítést elfogadta az ún. *vegyes kereset* alkalmazását ebben az esetben.⁶³² Vegyes keresetről beszélünk akkor, ha a kereset tartalmaz közvetlen és közvetett jogsértésekre utaló elemeket is, és ahol nehéz eldönteni, hogy milyen jogcímen bírálja el a bíróság a keresetet. Erre az esetre alkalmazza a nemzetközi gyakorlat az ún. *sine qua non* tesztet. Ennek lényege, hogy a bíróság azt vizsgálja a kereset elfogadhatóságánál, hogy a kérelem megállná a helyét akkor is, egyáltalán előterjesztették volna, ha az állampolgárt nem érte volna sérelem.⁶³³ Mivel az Avena-ügy esetén feltételezhető, hogy Mexikó bírósághoz fordulását legnagyobb részben az indokolta, hogy állampolgárai az elkövetett bűncselekmények miatt a halálbüntetéssel néztek szembe, kijelenthető, hogy a bíróság előtt érvényesített jogsértés a teszt alapján leginkább az államot ért *közvetett* jogsértésen alapult. A vegyes keresetek esetén alkalmazott másik teszt az ún. *túlsúly teszt* (*preponderance*). Ezalapján azt vizsgálja a bíróság, hogy a vegyes kereset mely eleme esik nagyobb súlyba az igény érvényesítése során. Az ügy megítélésénél ugyanis lényeges szempont lehet, hogy az igény két eleme mennyiben függ egymástól, így például az Avena-ügy kapcsán kijelenthető, hogy az állampolgárokat ért

⁶³⁰ Mint később bebizonyosodott az érintettek egy része kettős amerikai-mexikói állampolgár volt.

⁶³¹ Case concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) Summary of the Judgment of 31. March 2004.

⁶³² Vermeer-Künzli: Diplomatic Protection Before the ICJ and National Courts, www.openaccess.leidenuniv.nl, p.144.

⁶³³ Vermeer-Künzli: Diplomatic Protection Before the ICJ and National Courts, p.145.

sérelem súlya nagyban befolyásolja az államot közvetlenül ért joghátrány megítélését is.⁶³⁴ Így megállapítható, hogy a mexikói kereset középpontjában mindkét teszt alapján az egyéneket ért sérelem állt⁶³⁵, a Nemzetközi Bíróság mégis úgy kezelte a kereset ezen részét, mint az államot közvetlenül érintő jogsértés egyik elemét. Ahogyan a Bíróság végül megfogalmazta azért, mert az egyéni jogok megsértése is tekinthető az államot ért sérelemnek, hiszen a 36. cikk (1) b) pontjának megsértése automatikusan magával hozza a 36. cikk (1) a) és c) pontjának megsértését, így az állam előterjesztheti a kérelmet saját nevében mind az egyéneket ért sérelem kapcsán, mint közvetett jogsérelemért, mind az őt közvetlenül érintő jogsértésekért.⁶³⁶ Az indoklást tekintve úgy tűnik, mintha a LaGrand-ügyben tett megállapításait fenntartva csak az ügy eltérő körülményei miatt dönt kivételesen a Nemzetközi Bíróság, azonban több mint valószínű, hogy érvei mellett nagy súllyal esett latba az a szempont is, hogy nehézkes lett volna valamennyi érintett személy kapcsán alaposan meggyőződni a diplomáciai védelem valamennyi feltételének teljesüléséről.⁶³⁷ Azzal, hogy a Bíróság úgy döntött, hogy az ügyben nem kell alkalmazni a helyi jogorvoslatok szabályát és elfogadta a mexikói keresetet, valószínűsíthető, hogy a diplomáciai védelem érvényesítésének lehetőségét végleg kizárta.⁶³⁸

Az azonban mindenképpen elgondolkodtató, hogy milyen veszélyeket rejt egy ügyben az igény helytelen behatárolása. Olyan esetek merülhetnek fel, amelyek valójában a diplomáciai védelem gyakorlását jelentik, formálisan azonban más jogcímmel folyik az eljárás a bíróság előtt. Ez a gyakorlat pedig kellemetlen emlékeket hozhat fel a diplomáciai védelem történetéből, melyek akkor a Calvo-doktrína bevezetéséhez vezettek a latin-amerikai államok részéről.⁶³⁹

Az mindenképpen elmondható a Nemzetközi Bíróság előtt felmerült ügyek kapcsán, hogy egyes a külföldiekkel való bánásmódhoz kapcsolódó jogok érvényesülését az emberi jogok

⁶³⁴ Vermeer-Künzli: Diplomatic Protection Before the ICJ and National Courts, p.146.

⁶³⁵ Ezt támasztja alá az is, hogy a diplomáciai védelmet gyakorló állam nemcsak egyszerűen a megsértett szerződés értelmezéséről és alkalmazásáról való döntést várt a Bíróságtól, hanem az egyének szempontjából az eredeti állapot visszaállítását követelte.

⁶³⁶ Avena case, Judgment, Reports 2004, pp.35-36, para. 40.

⁶³⁷ A egyes kereset ugyanis nem zárja ki a helyi jogorvoslatok kimerítésének szabályának alkalmazását, in: Elettronica Sicula S.p. A. (ELSI), Judgment, I. C. J. Report 1989. (ELSI ügy)

⁶³⁸ Érdekes momentum ebből a szempontból a Nemzetközi Bíróság Avena-ítéletének 40.pontja, ahol váratlanul azt kezdi el fejtegetni, hogy a Konzuli Egyezményből származó egyéni jogosultságok olyan jogok, melyek diplomáciai védelem útján érvényesíthetők. Akkor hova is lett a diplomáciai védelem?

⁶³⁹ Ez egyébként az Avena-ügyben is elkerülhető lett volna, ha a bíróság nem ijed meg a helyi jogorvoslatok kimerítésének szabályától. Vereshchetin bíró ki is fejtette, hogy a bíróság könnyedén eltekinthetett volna ennek a szabálynak az alkalmazásától, ha tekintettel a speciális körülményekre (halálbüntetés végrehajtásának lehetősége) a helyi jogorvoslatokat eredménytelennek és hatástalannak minősíti., in: Separate opinion of Judge Vereshchetin, paras. 9-10.

fényében lehet vizsgálni. A Nemzetközi Bíróság előtt felmerült esetek azt bizonyítják, hogy az államok szándéka az, hogy a diplomáciai védelmet vegyítsék az emberi jogok védelmével, kérdés azonban, hogy a Nemzetközi Bíróság is ezen az állásponton van-e? A Nemzetközi Bíróság döntéseit tekintve elmondható, hogy ilyen egyértelműen a Bíróság nem foglalt állást a diplomáciai védelem emberi jogok védelmére való alakításában, de számos olyan megállapítást tett, amely az egyéni jogok védelmét is a diplomáciai védelem hatókörébe illeszteni, az államok jogainak, érdekeinek érvényesítése mellett. A LaGrand-ügyben a Bíróság úgy találta, hogy a vitának nem kell azzal foglalkoznia, hogy az egyének értesítésének joga emberi jog-e, amennyiben az hatást gyakorol az eljárási garanciákra, és ennek következményeként halálbüntetés esetén a fogvatartott élethez való jogára.⁶⁴⁰ Az Avena-ügyben az emberi jogokra való hivatkozást kiegészítő jelleggel terjesztették elő, és a Bíróság itt sem jelentette ki egyértelműen, hogy Mexikó érvelése az emberi jogokról nem szükséges a döntés meghozatalához, azonban többet elárul álláspontjáról az, hogy kijelentette, hogy „sem a szövegezése, sem a tárgya és a célja az Egyezménynek nem támasztja alá azt a következtetést, melyet Mexikó vont le ezzel kapcsolatban.”⁶⁴¹ Így az ügyek konzekvenciájaként az vonható le, hogy a Nemzetközi Bíróság semmi esetre sem kívánta (akár emberi jogként) karakterizálni az értesítéshez való jogot a Konzuli Egyezmény alapján.

Ez a megközelítés egyértelműen ellentétben áll az Amerikaközi Emberi Jogi Bíróság tanácsadó véleményével, mely 1999-ben született meg „A tájékoztatáshoz való jog a konzuli segítségnyújtáshoz kapcsolódóan a jogszerű eljárás jogi garanciáinak keretei között” címmel.⁶⁴² Ennek során az Emberi Jogok Amerikai Egyezményének 64. cikke (1) bekezdése alapján Mexikó kérte a Bíróságot, hogy adjon tanácsadó véleményt a külföldi állam mulasztásának jogi értékeléséről, amennyiben az elmulasztja tájékoztatni a fogvatartottakat jogukról, hogy kapcsolatba lépjenek a konzuli hatóságaikkal, és arról, hogy ennek a mulasztásnak lehetnek-e hatásai a jogi garanciákra és a fogvatartott élethez való jogára. A tanácsadó vélemény kérése mögött ugyanaz a vita állt, mint ami arra vezette végül Mexikót, hogy a Nemzetközi Bíróság elé vigye az ügyet. Akkor a tanácsadó vélemény kérésekor 7 másik amerikai állam megjegyzéseket terjesztett a bíróság elé; így az USA, a Dominikai Köztársaság, Guatemala, Paraguay, Costa Rica, Honduras, El Salvador. Az USA véleményének kivételével valamennyi állam megállapításai Mexikó

⁶⁴⁰ LaGrand case, Judgment 2000, I.C.J. Reports para. 126.

⁶⁴¹ Avena case, Judgment, Reports 2004, para. 124.

⁶⁴² Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-16/99-www.corteidh.or.cr

álláspontját támogatták, állítva, hogy az Egyezmény 36. cikke teljesítésének elmulasztása az emberi jogok megsértésének tekinthető, mivel megsérti a fogvatartott jogszerű eljárási garanciáit, és adott esetben az élet jogszerűtlen megfosztásához vezethet.⁶⁴³ Az Egyesült Államok ezzel szemben azt állította, hogy a Konzuli Egyezmény szerinti kötelezettséget emberi jogi kötelezettségnek tekinteni ezen kötelezettség egyezményes természetének teljes félreértelmezését jelenti, hiszen az Egyezmény az államok közötti békés kapcsolatokat szolgálja és semmiképpen sem célozza az egyének emberi jogainak védelmét.⁶⁴⁴ A tanácsadó véleményben azonban az Amerikaközi Emberi Jogi Bíróság elismerte, hogy: „A konzuli kapcsolatokról szóló Bécsi Egyezmény 36.cikke egyéni jogot teremt és része a külföldi állampolgár számára biztosított *minimum eljárási garanciáknak*.” Így a rendelkezés megsértése hátrányosan érinti a tisztességes eljáráshoz való jog érvényesülését, és így a meghozott halálos ítélet sérti az élettől való önkényes megfosztás tilalmát is.”⁶⁴⁵

A Nemzetközi Bíróság jogeseteivel kapcsolatban feltehető a kérdés; mennyiben támogatja a bíróság az egyéni jogok érvényesítését a diplomáciai védelem keretei között? A válasz nem lehet egyértelműen elutasító, hiszen a LaGrand-ügyben számos előremutató elem található, igaz, melyet az Avena-ügyben csak részben találhatunk meg. A LaGrand-ügy legfontosabb momentuma etekintetben, hogy elsőként ismeri el az állam speciális jogai mellett, az Egyezmény által biztosított egyéni jogok létezését a 36. cikk vonatkozásában, amely nem gazdasági jellegű és annak lehetőségét, hogy az állam diplomáciai védelmet gyakoroljon ilyen egyéni jogok védelmében az Egyezmény bírósági klauzulája alapján.⁶⁴⁶ Ebből a szempontból azonban egyáltalán nem szükségszerű a konzuli segítségnyújtásról való értesítés jogának emberi joggá nyilvánítása. Ahogy a Nemzetközi Bíróság az eléje kerülő ügyekben elismerte, egyéni jogosultságról van szó, azonban nem minden egyéni jog minősül emberi jognak. Így azok a kísérletek, melyek a Bíróság elé került ügyekben azzal próbálkoztak, hogy a konzuli értesítéshez való jogot a tisztességes tárgyaláshoz való jog részeként érvényesítsék, mind a LaGrand, mind az Avena-ügyben kudarca voltak ítéelve.

A Bíróság álláspontja az volt, hogy attól még egy eljárás lehet jogszerű, hogy annak lefolytatásáról nem értesítették az érintett állampolgár szerinti konzuli képviselőt. A

⁶⁴³ Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-16/99. pp.9-10.

⁶⁴⁴ Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-16/99 p. 15.

⁶⁴⁵ Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-16/99, 121, 122,124.pont

⁶⁴⁶ Z. Deen-Racsmany: Diplomatic Protection and the LaGrand case, Leiden JIL (2002) p.87, in: Enrico Milano p.127.

Nemzetközi Bíróság megítélése szerint mind a LaGrand, mind az Avena-ügyben a felperes államok hajlamosak voltak összekeverni a releváns jogi szempontokat, egyfajta morális megközelítéssel, amely abból fakadt, hogy az érintett államok állampolgárai a halálbüntetéssel néznek szembe. Ez azonban nem feltétlenül jelenti az alperes állam nemzetközi kötelezettségeinek megsértését. A Nemzetközi Bíróság egyébként sem jogosult megítélni az amerikai bíróságok által hozott döntés jogszerűségét, nem tekinthető egyfajta fellebbezési fórumnak, mindösszesen a nemzetközi jog megsértésének kérdéséről dönthet.⁶⁴⁷

A konzuli értesítéshez való jog egyértelműen a Bécsi Konzuli Egyezmény által megteremtett szabályrendszerben érvényesül, ami azonban leginkább államközi kapcsolatok rendezésére szolgál. Az, hogy az egyezmény rendelkezik egyéneket illető jogosultságról is nem teszi az Egyezményt emberi jogi egyezménnyé.⁶⁴⁸

Az sem véletlen, hogy a Mexikó által az Avena-ügyben behivatkozott tanácsadó vélemény az Emberi Jogok Amerikaközi Bíróságától a konzuli jog érintett rendelkezését emberi jognak tekinti. Hiszen az Emberi Jogok Amerikaközi Bírósága emberi jogokkal foglalkozó bíróságnak tekinthető, amely ilyen szempontból másfajta megközelítést használ. Az Avena-ügy kapcsán például kifejti, hogy igazából nem az volt a mexikói kormány célja, hogy a konzuli kapcsolatokról szóló egyezmény céljaként a Nemzetközi Bíróság az emberi jogok védelmét határozza meg, csak az, hogy a Bíróság ismerje el, hogy az egyezmény foglalkozik és érinti az emberi/egyéni jogok védelmét is. Ez a fajta differenciált megközelítés jellemezhetné a Nemzetközi Bíróságot is. Nem kell ahhoz emberi jogi bíróságnak lenni, hogy az államok kérelmeiben felbukkanó emberi jogi szempontokat megfelelően ítélik meg.

2. Az egyéni igények érvényesítésének más nemzetközi jogi útjai

A Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációs tervezetében további, a diplomáciai védelem jogintézményével hasonlóságot mutató vitaelintézési fórumok meghatározására is sor kerül.

Az állam állampolgárait ért jogsértés esetén az állampolgárság szerinti állam dönthet úgy is, hogy a jogsértő állam teljes kártérítését elfogadja jóvátételként. Az ilyen típusú vitaelintézést nevezi a nemzetközi jogirodalom „lump sum settlement”-nek. A II. világháború óta az Egyesült Államokban, az Egyesült Királyságban, Franciaországban és

⁶⁴⁷Diplomatic Protection Before the ICJ and National Courts- www.openaccess.leidenuniv.nl, p.140.

⁶⁴⁸Diplomatic Protection Before the ICJ and National Courts, p.138.

más országokban is arra tettek kísérletet, hogy állampolgáraik nemzetközi követeléseit ún. *lump sum egyezmények* érvényesítésén keresztül intézzék, melynek megfelelően a jogsértő állam fix összeget fizet a jogsértést elszenvedett egyén állama számára.⁶⁴⁹ Az így megkapott összeg tekintetében pedig tagállami szabályokkal felállításra kerültek nemzeti igénybizottságok, melyek gondoskodtak ezen összegek szétosztásáról.⁶⁵⁰ Az Emberi Jogok Európai Bírósága erről a jogérvényesítési lehetőségről fejtette ki a véleményét olyan követelések esetében, melyek jogi alapjául az Emberi Jogok Európai Egyezményének 6§ (1) bekezdése szolgált. Álláspontja szerint a lump sum egyezmények szerinti igényérvényesítés egyéni jogosultságot teremt a kialakult kártérítésre, amennyiben az egyezmény kifejezetten az összeget megkapó állam kötelességévé teszi azt, hogy eljárjanak a kártérítés összegének szétosztása tekintetében az egyéni igényérvényesítők körében.⁶⁵¹ Mindazonáltal a Bíróság amellett, hogy egyéni jogosítványok megteremtéséről beszél, azt is megemlíti, hogy az összeget megkapó állam, mind a kártérítés összegének meghatározásában, mind annak módjában, hogy hogyan osztja szét ezt az összeget az egyéni igényérvényesítőknek, abszolút diszkrecionális jogot élvez.⁶⁵² Az eljárás során érvényesített szabályok egyike-másika felveti azonban a kérdést, hogy besorolhatók-e ezek a jogorvoslati eszközök abba a körbe, amelyből az állam szabadon válogathat akkor, amikor a diplomáciai védelem nyújtásának lehetőségét keresi.

A következő, egyébként ad hoc alapon működő vitaelintézési fórumokkal kapcsolatban is felmerült a kérdés, hogy az előttük folyó eljárások tekinthető-e a diplomáciai védelem gyakorlásának, vagy az egyéni igények speciális érvényesítéséről van szó.

Az *Egyesült Nemzetek Jóvátételi Bizottsága* (UNCC)⁶⁵³ az ENSZ főtitkára szerint „nem tekinthető olyan bíróságnak vagy választottbíróságnak, ami előtt a felek megjelenhetnek, ez egy politikai szerv, amely lényegét tekintve tényfeltáró szerepet tölt be.”⁶⁵⁴ Ezalapján megállapítható az UNCC-ről, illetve eljárásáról, hogy határozottan elkülönül a diplomáciai védelem hagyományos gyakorlatától. Annyit azonban mindenképpen meg kell jegyezni, hogy a Bizottság rendelkezik olyan jellegzetességekkel, melyek a diplomáciai védelem

⁶⁴⁹ Bár a 70-es évekre az ilyen egyezmények száma meghaladta a 100-t, a nemzetközi közösség (bíróság) kevés figyelmet szentelt ennek a jelenségnek. Beleértve a IUSCT és az UNCC tevékenységét mindösszesen lex specialis rendszereknek, szabályoknak minősítették.

⁶⁵⁰ Ild. Részletesebben a „Diplomáciai védelem gyakorlásának jogkövetkezményei - avagy a nemzetközi felelősség következményei” cím alatt.

⁶⁵¹ Beaumartin v. France, Application No. 15287/89, para. 28.

⁶⁵² Vasileios Pergantis: Towards a Humanization of Diplomatic Protection?, *ZaöRV* 66 (2006), p.385.

⁶⁵³ A Biztonsági Tanács állította fel az iraki megszállás következtében bekövetkezett károk jóvátétele érdekében.

⁶⁵⁴ Report of the Secretary General, UN Doc. S/22559 of 2 May 1991, §20.

alkalmazásához teszik hasonlatossá. Így az, hogy az igényeket elsősorban államok kormányai terjesztik a Bizottság elé, és mind az igény érvényesítése, mind az attól való tartózkodás tekintetében diszkrecionális jogot gyakorolnak.

Az *Irán-USA Igénybizottság* esetében szintén nem beszélhetünk egy valódi értelemben vett állami igényérvényesítésről, hiszen a diplomáciai védelem egyik lényeges eleme, az igények előterjesztésének fázisa hiányzik.⁶⁵⁵ Az Irán-USA Igénybizottságot az Algíri Megállapodás hozta létre 1981-ben, amely nem rendelkezik az állampolgárok érdekében előterjeszhető igényekről. Ezt a megállapítást tovább erősítette a döntőbíró két ítélete is az A/18 és az A/21 ügyben, ahol a bíróság kitarthatott amellett, hogy az Algíri Megállapodás tárgya és célja az volt, hogy megoldja a konfliktust Irán és az USA között, és nem az, hogy diplomáciai védelmet nyújtsanak a hagyományos értelemben. A döntőbíró ítéletek egységesen elismerik, hogy az Egyesült Államok részéről nem volt igény ezekben az esetekben az amerikai állampolgárok követeléseinek érvényesítésére.⁶⁵⁶ Mindazonáltal a döntőbíró nemzetközi szerződés állította fel és a nemzetközi jogrendszer részévé vált, tehát a kérdés még mindig nyitott, hogy az I-USCT egy magánjogi jellegű választottbíró, vagy egy nemzetközi/államközi döntőbíró. Ezért ezen bíróságok esetében nem tekinthető félrevezető meghatározásnak a hibrid bírósági jelleg rögzítése, így pedig igazolhatóvá válik, hogy számos olyan elem mellett, illetve ellenében, mégis inkább „lex speciális” vitaelintézésről van szó a diplomáciai védelem általános szabályaihoz képest.

Ilyen a diplomáciai védelem jogintézményéhez képest speciális igényérvényesítési utat jelentenek az emberi jogi bíróságok és a külföldi beruházók számára nyitva álló választottbírói testületek is. A két eltérő rendszerű eljárási mechanizmus közötti kapcsolatok egyrészt szerződéses rendelkezések, másrészt az említett jogorvoslati fórumok döntései függvényében értékelhetők.

2.1 Emberi Jogok Európai Bírósága és a diplomáciai védelem

Az emberi jogi egyezmények és a diplomáciai védelem közötti kapcsolat nem kapott különleges figyelmet a joggyakorlatban egészen idáig. Megállapítható volt egy általános felfogás a nemzetközi jogirodalomban, miszerint az emberi jogok speciális szerződéses

⁶⁵⁵ David Caron: *The Nature of the Iran-United States Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution*, 84 AJIL(1990), pp.104-156.

⁶⁵⁶ *Islamic Republic of Iran v. United States of America (A/18 Case)*, 75 ILR (1987), Case No. A/21(State Party Responsibility for Awards Rendered Against its Nationals, 14 I-USCTR (1987), 324.

védelme kizoríthatja a diplomáciai védelem intézményét, mivel az emberi jogi védelmi rendszerek az egyének számára közvetlen hozzáférést biztosítanak a szerződések ellenőrzési mechanizmusaihoz. A két jogintézmény közötti különbség a dogmatika szerint mindazonáltal már abban is látható, hogy az egyik rendszer középpontjában az egyén jogai, a másikéban az állam jogai állnak. És ennek, a jogirodalom szerint, jogkövetkezményei, joghatásai is kell, hogy legyenek.

Az emberi jogi védelem keretei között az egyének jogosultak közvetlenül a hatáskörrel rendelkező szervekhez fordulni emberi jogaik sérelme esetén. Az egyéni jogosultság megteremtése bizonyos szempontból így helyettesíti a diplomáciai védelem intézményét, hiszen közvetlen lehetőséget biztosítva a sérelmet szenvedett egyének az állampolgár nincs rákényszerítve arra, hogy az állam beavatkozását kérje saját jogai érvényesítése érdekében. Az így megteremtett jogosultság ellentétben a diplomáciai védelem intézményével többnyire nemzetközi szerződéseken alapszik, tehát a nemzetközi jog általános szabályaihoz képest speciális, és ezáltal nem is valamennyi egyén számára elérhető jogorvoslatot biztosít. De vajon tényleg ennyire összeférhetetlen és egymást kizáró védelmi rendszerről van szó, és amennyiben az egyén sérelmeire az emberi jogi szerződéseken keresztül keres orvoslatot, a diplomáciai védelem gyakorlásának már nincs helye?

Az Emberi Jogok Európai Egyezményének 55. cikke egyértelműen rendelkezik:

„A magas szerződő felek megállapodnak abban, hogy erre vonatkozó külön megállapodás nélkül nem alkalmazzák a közöttük hatályban levő szerződéseket, egyezményeket vagy nyilatkozatokat abból a célból, hogy a jelen Egyezmény értelmezéséből vagy alkalmazásából eredő vitákat kérelem alapján a jelen Egyezményben meghatározott elintézési módtól eltérő más módon rendezzék.”⁶⁵⁷

Ez a cikk első olvasatra arra kötelezi a feleket, hogy az Egyezmény alkalmazásából és értelmezéséből származó vitákat ne terjesszék más vitaelintézési eljárások elé, mint amit az Egyezmény biztosít. Azonban a tilalom rendelkezéseit elemezve megállapíthatjuk, hogy az kizárólag olyan elintézési módokra vonatkozik, mely szerződés által biztosított és közvetlen elérhető egy beadvány formájában,⁶⁵⁸ és nem azokra a vitaelintézési eljárásokra, melyek a nemzetközi jog általános szabályai alapján állnak fenn, mint a diplomáciai védelem. Azonban még ha ez így is van, akkor is figyelembe kell venni az Emberi Jogok

⁶⁵⁷ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms CETS No.: 005.

⁶⁵⁸ A Trojan Horse for Sudeten Claims? On Some Implications of the Prince of Liechtenstein v. Germany, EJIL 13 (2002) p.537.

Európai Bíróságának gyakorlatát. Abban az egyetlen esetben, ahol az Emberi Jogok Európai Bizottságának értelmeznie kellett az Egyezmény 55. cikkét, 1996-ban a Ciprus v. Törökország ügyben, azt állította, „hogy az Egyezmény eszközei monopóliumot élveznek az Egyezmény értelmezéséből és alkalmazásából folyó viták eldöntését illetően és, hogy más vitaeltérítési eszközök kizárólag kivételes körülmények esetén alkalmazhatók.”⁶⁵⁹ Az Emberi Jogok Európai Bizottságának álláspontja szerint tehát az Egyezmény által felállított védelmi rendszernek és eszközöknek elsőbbsége van minden más, akár a nemzetközi jog általános szabályai alapján fennálló jogvédelmi eszközzel szemben is, ha az Egyezmény által is védett jogok megsértéséről van szó.

*Simma*⁶⁶⁰ az Emberi Jogok Európai Bíróságának eseteire hivatkozva azt állítja, hogy az egyéni panaszra induló eljárások és a diplomáciai védelem közötti különbségek mégsem ennyire kategorikusak. Egyes esetekben a diplomáciai védelem kiegészítő eleme lehet az emberi jogi panasz útján induló eljárásnak.⁶⁶¹

A *Soering-ügyben*⁶⁶² egy német állampolgár nyújtott be panaszt az Emberi Jogok Európai Bizottsága előtt az Egyesült Királysággal szemben hivatkozva arra, hogy az Egyesült Királyság megsérti az Emberi Jogok Európai Egyezményének rendelkezéseit azzal, hogy kiadja őt az Egyesült Államoknak, ahol halálbüntetés vár rá. Az amerikai gyakorlatra hivatkozva azt is az emberi jogainak megsértéseként értékelte a panaszos, hogy minden valószínűség szerint a halálbüntetés végrehajtásáig eltöltött időben embertelen, megalázó bánásmódnak lesz kitéve az ún. „*halálsor jelenség*”-re utalva.

Az ügyben az Egyesült Királyság többször kérte, hogy az USA adjon biztosítékot arról, hogy a gyilkossággal vádolt elkövető kiadatása esetén a halálbüntetést nem hajtják végre,⁶⁶³ és ezt a biztosítékot végül az USA meg is adta. Mindeközben a kérelmezőt meghallgatta egy német ügyész is, amely során a panaszos német állampolgár úgy nyilatkozott, hogy „soha nem állt szándékában megölni az áldozatokat”.⁶⁶⁴ A meghallgatás után a német kormány úgy döntött, hogy elfogatóparancsot ad ki a kérelmezővel szemben az elkövetett gyilkosság miatt, és kérte a panaszos kiadatását a német hatóságok számára,

⁶⁵⁹ Application No. 25781/94 Cyprus v. Turkey, DR 86-A, para. 104.

⁶⁶⁰ Simma: International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis 1993. Collected Courses of the Academy of European Law, p.153.

⁶⁶¹ Ez a véleménye az Emberi Jogok Amerikai Bíróságának is, mely Case of the Girls Yean and Bosico v. Dominikai Köztársaság ügyében kijelentette, hogy a jelenlegi tendenciák szerint a két jogintézmény együtt létezik és érvényesül a nemzetközi jogban, Judgment of September 8, 2005., para. 12.

⁶⁶² Soering v. United Kingdom (Series A, No 161; Application No 14038/88) ECHR (1989) 11 EHRR 439

⁶⁶³ Soering-ügy, Judgment, para. 15.

⁶⁶⁴ Soering ügy, Judgment, para.16.

elkerülendő a halálbüntetés kiszabását és végrehajtását. Gyakorlatilag ezáltal a német kormány diplomáciai védelemben részesítette állampolgárát, mivel az amerikai hatóságok által nyújtott garanciát az ítélet végre nem hajtásáról, nem tartották kielégítőnek, és így Soering emberi jogai a kiadatással sérültek volna az Emberi Jogok Európai Egyezménye szerint, különös tekintettel az Egyezmény 3. cikkére. A német kormány álláspontja szerint ezt elkerülendő Soeringet ki kell adni Németországnak, hogy ott töltsen le büntetését. Jens Soering a német kormány álláspontja szerint az összes rendelkezésére álló jogorvoslati lehetőséget kimerítette a brit jog rendelkezései szerint. A Soering-ügyben⁶⁶⁵ így az Emberi Jogok Európai Bírósága előtt a német kormány követelést terjesztett elő az állampolgára érdekében egy egyéni beadványra induló eljárásban. Végül az Emberi Jogok Európai Bírósága arra a megállapításra jutott, hogy az elítélt kiadása az Egyesült Államoknak a halálos büntetés végrehajtását megelőző időszak ún. halálsovi jelensége következtében Egyezmény 3.cikkének megsértéséhez vezethet.

A jogirodalom ezt az ügyet mindazonáltal egyfajta kapcsolat megteremtésének példaként említi egyéni indítványra induló eljárás, és a diplomáciai védelem gyakorlása között, hiszen Németország gyakorlatilag ezzel diplomáciai védelmet gyakorolt állampolgára érdekében, megerősítve az egyéni igényérvényesítés lehetőségét, további védelmet biztosítva az egyén számára.

Az *Al-Adsani-ügyben*⁶⁶⁶ még további vonatkozásai merültek fel a diplomáciai védelem gyakorlásának az Emberi Jogok Európai Bíróságát illetően. Itt a panaszos, egyébként kuvaiti-brit kettős állampolgár, azért terjesztett elő kérelmet az Emberi Jogok Európai Bírósága előtt az Egyesült Királysággal szemben, mert az állítása szerint nem lépett fel, illetve a brit bíróságok nem jártak el, a kuvaiti állammal kapcsolatos követeléseivel kapcsolatban. A brit hatóságok indoka az volt, hogy Kuvait immunitást élvez, így külföldi bíróság nem járhat el vele szemben.

Al-Adsanit a kuvaiti sejk utasítására bántalmazták Kuvaitban. Az Egyesült Királyságba való hazatérését követően az elszenvedett sérelmekért polgári eljárás keretei között követelt kártérítést a sejk és Kuvait ellen. A brit Fellebbviteli Bíróság megállapította, hogy számos momentum bizonyítja, hogy a külföldi állam felelőssége megállapítható, így az, hogy a kérelmezőt állami börtönben tartották fogva, és a közszolgálatot ellátó személyek bánásmódját ítélték a nemzetközi normákkal ellentétesnek. Mindazonáltal a bíróság

⁶⁶⁵ European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 161, Decision of 26 January 1989 and Judgment of 7 July 1989 (Registry of the Court, Council of Europe, Strasbourg, 1989).

⁶⁶⁶ Al-Adsani v United Kingdom (2002) 34 EHRR 273

ítéletében mégis úgy találta, hogy Kuvait immunitást élvez/mentességet, hiszen a bíróság elé került ügy nem valósítja meg a mentességet garantáló rendelkezések alól való kivétel esetét. Ezek után Al-Adsani fellebbezését is elutasították ezen döntés ellen, és a brit kormány megtagadta, hogy bármilyen más úton, így akár diplomáciai csatornákon keresztül Al –Adsani számára kártérítést követelve lépjenek fel.⁶⁶⁷ Ekkor fordult Al-Adsani az Emberi Jogok Európai Bíróságához az Emberi Jogok Európai Egyezményének 3. cikkére hivatkozva, miszerint az Egyesült Királyság nem óvta meg a kínzás elszenvedésétől, illetve az Egyezmény 6. cikke szerinti bírósághoz való jutás jogát megtagadta tőle. A kérelem első részével nem érdemes foglalkozni, hiszen maga az Emberi Jogok Európai Bírósága is úgy találta, hogy Al-Adsani által elszenvedett kínzás és a brit hatóságok magatartása között semmilyen összefüggés nincs. Annál inkább érdekes a második fordulat, mellyel kapcsolatban Colin Warbrick is joggal jegyezte meg; „lenne alternatív megoldás ilyen esetekre is (mikor a külföldi állam immunitásából kifolyólag nemzeti bíróság előtt az állampolgár nem érvényesítheti kártérítési igényét), így a diplomáciai védelem nyújtása, illetve az állampolgárság szerinti állam diplomáciai kifogásainak megtétele a külföldi állammal szemben.”⁶⁶⁸ Ebben az ügyben tehát közvetve egy olyan kérdést került az Emberi Jogok Európai Bírósága elé, hogy az emberi jogok súlyos megsértése esetén a brit hatóságok/kormány magatartása igazolható-e, amely magatartás értékelhető akár a diplomáciai védelem megtagadásának eseteként is, és egyszerűen csak a mentességet biztosító szabályok nem megfelelő, aránytalan korlátozást jelentő alkalmazásának is.

Az Emberi Jogok Európai Bírósága végül úgy döntött, hogy az Egyesült Királyság nem sértette meg az Egyezmény 6. cikkét, azzal indokolva a döntését, hogy a bírósághoz való jog korlátozható jog, amennyiben a korlátozás arányban áll az ezzel elérni kívánt céllal.⁶⁶⁹ Más kérdés, hogy hogyan érvényesítse az egyén így a tisztességes eljáráshoz való jogát szintén az Egyezmény 6 cikke alapján, ha egyáltalán a bírósági eljáráshoz való joga is korlátozásra kerül. Érdemes azon is elgondolkozni, hogy nem teremt-e az államok számára kötelezettséget a fellépésre a Kínzás tilalmáról szóló Egyezmény 14. cikke,⁶⁷⁰ mely a kínzás áldozatai számára hatékony jogorvoslatot garantál, és amennyiben ez nemzeti

⁶⁶⁷ Case Note Al –Adsani v. United Kingdom, State Immunity and Denial of Justice With Respect to Violations of Fundamental Human Rights-Melbourne Journal of International Law 2003, Vol 4 p.2.

⁶⁶⁸ The Impact of Al-Adsani v. The United Kingdom-Redress-pp.8-9.

⁶⁶⁹ Al-Adsani Case 2002 34 EHRR 273, para 52-67.

⁶⁷⁰ The United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, United Nations, Treaty Series, vol. 1465, p. 85.

szinten nem lehetséges, akkor diplomáciai védelem útján a nemzetközi fórumok előtt? Azt kell azonban megállapítani, hogy a diplomáciai védelem jelenlegi intézménye, még az Emberi Jogok Európai Bíróságának asszisztálása⁶⁷¹ mellett sem alkalmas arra, hogy minden körülmények között hatékony jogorvoslatot biztosítson a kínzást elszenvedett egyének számára. Az egyének számára ugyanis a diplomáciai védelem nem egy jogosultság, hanem legfeljebb egy lehetőség, amely az állam diszkrecionális döntési kompetenciájába tartozik.

A következő ügyben⁶⁷² is az Emberi Jogok Európai Egyezményének 6. cikkének megsértésére hivatkozott a panaszos egyén többek között,⁶⁷³ mikor kérelmet nyújtott be a bíróság előtt a Német Szövetségi Köztársasággal szemben 1998-ban. A kérelmező, egyébként II.János-Ádám herceg, a liechtensteini uralkodó, arra hivatkozott kérelmében, hogy a német bíróság elé terjesztett kérelmét, melyet a csehszlovák elnöki rendeletek alapján elkobzott tulajdonának visszaadása iránt terjesztett be,⁶⁷⁴ a német bíróság jogsértő módon utasította el. Azzal, hogy a német bíróság elutasította kérelmét és visszaadta a Cseh Köztársaságnak az ő tulajdonát képező festményeket, megsértette a tulajdonhoz való jogát. Az ügy előzményei a második világháború utáni időkre nyúlnak vissza, mikor is a Benes dekrétumok néven elhíresült rendeletek nyomán német és magyar állampolgárok tulajdonát, mint a cseh és szlovák nép ellenségeit elkobozták. Ennek során a csehszlovák hatóságok a kérelmező apjának tulajdonában álló értékes festményeket is lefoglalták, a kérelmező felmenőjét német állampolgárnak és tulajdonát német tulajdonnak minősítve. Majd 1991-ben a kölni helyhatóság ideiglenesen, egy kiállítás céljából kölcsönkapta a szóban forgó festményeket. Ekkor terjesztett be igény a liechtensteini herceg a kölni tartományi bírósághoz, melynek eleget téve a bíróság rendelkezett a festmények letétbe helyezéséről a kiállítás végéig. 1992-ben aztán a kérelmező eljárást indított a kölni tartományi bíróság előtt, hogy a kölni helyhatóság járuljon hozzá a festmények számára történő átadásához. Mindeközben a brnói Történelmi Emlékek Hivatala kijelentette, hogy a felperes elvesztette tulajdonosi jogát a képekkel kapcsolatban, hiszen azokat jogszerűen

⁶⁷¹ Amely nyilvánvalóan nem érzete jogosultnak arra magát, hogy az államokat diplomáciai védelemre kötelezze konkrét erre egyéni jogosultságot teremtő rendelkezés nélkül.

⁶⁷² Case of Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany, European Court of Human Rights, Application no. 42527/98, Judgment of 12 July 2001.

⁶⁷³ Arra is hivatkozott, hogy a német bíróságok megsértették az Egyezmény 14. cikkét is, illetve az igazságszolgáltatás megtagadása is érvként szerepelt.

⁶⁷⁴ Benes Dekrétumok: Edvard Beneš elnök dekrétumai. A dekrétumok között szerepelt a nem szláv nyelvű etnikumok, azaz a németek és a magyarok kollektív bűnösségének elve, illetve a szláv nemzetállam megerősítésének szándéka.

kobozták el a háború után. A kölni tartományi bíróság végül elutasította a felperes kérelmét, azzal az indokkal, hogy az 1954-es rendezési egyezmény (Vertrag zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen -Convention on the Settlement of Matters Arising out of the War and the Occupation -- the "Settlement Convention"), szerint a felperes ügyében a német bíróságnak nincs joghatósága. Az Egyezmény szerint ugyanis kizárt a német joghatóság azokban az ügyekben, ahol a követelés olyan személyekkel szemben irányul, akik a jóvátételi rendelkezések következtében tulajdonjogot szereztek elkobzott német vagyonon.⁶⁷⁵ Nem fogadták el a felperes érvelését, miszerint az elutasítás alapjául szolgáló Egyezmény nem alkalmazható erre az esetre, mivel a felperes apja nem volt német állampolgár. A német bíróság ezt azzal indokolta, hogy nincs joga megítélni, hogy a csehszlovákok eljárása az elkobzott vagyonnal kapcsolatban jogszerű volt-e, így azt is el kell fogadni, hogy a csehszlovákok a vagyon elkobzása során a herceget német állampolgárnak tekintették. 1996-ban a fellebbezés tekintetében is úgy foglalt állást a kölni Felsőbb Tartományi Bíróság, hogy ezek a rendelkezések az eljárási következményei annak, hogy a német tulajdon jóvátételi célból történő kisajátításából származó jogok véglegesek és megtámadhatatlanok a Német Szövetségi Köztársaság és a magánszemélyek számára.⁶⁷⁶ Hiába fordult aztán a felperes a német alkotmánybírósághoz alkotmányossági panaszt benyújtva, az Alkotmánybíróság szintén úgy vélekedett, hogy a joghatóság kizárása a felperes ügyében nem sérti a felperes tulajdonhoz való jogát.⁶⁷⁷ Az Emberi Jogok Európai Bírósága így, miután a herceg panasszal fordult a Bíróság elé a német eljárás miatt, azzal a jogi problémával találta szembe magát, hogy egy későbbi szerződéssel elvehető-e a bírósághoz fordulás joga, és ha igen, milyen célból.⁶⁷⁸ Az ügy érintette a diplomáciai védelem gyakorlását, és annak kapcsolatát az emberi jogok védelmével foglalkozó szerződésekhez, hiszen amennyiben a német bíróságok

⁶⁷⁵ A Settlement Convention 6. fejezet 3. cikkének megfogalmazása egyértelműen Németország speciális, külpolitikai korlátozott mozgásterű II. világháború utáni helyzetének tudható be, melynek során Németország szuverenitásának megtartása érdekében a szövetségesekkel folytatott tárgyalások egyik döntő kompromisszuma volt a rendelkezés. Ezt a rendelkezést a teljes és egységes szuverenitás 1990-es megszerzését követően is hatályban maradt.

⁶⁷⁶ Frank Schorkopf: European Court of Human Rights Rules in the On-going Dispute Between Liechtenstein and Germany, German Law Journal No. 15 (15 September 2001) - European & International Law, para. 3.

⁶⁷⁷ Andrea Gattini: A Trojan horse for sudeten Claims? On some implications of the Prince of Liechtenstein v. Germany-EJIL 2002, p.521.

⁶⁷⁸ Az Emberi Jogok Európai Egyezményének 6. cikke „a tisztességes tárgyaláshoz való jogról rendelkezik”, így kifejezetten nem kerül rögzítésre ebben a rendelkezésben a bírósághoz való jutás joga, de az 1975-ös Golder ügy óta az Emberi Jogok Európai Bírósága úgy tekint erre jogra, mint a tisztességesen és nyilvánosan tartandó tárgyaláshoz való jog részére.

közreműködtek volna a kisajátított liechtensteini képek visszaszerzése ügyében, ezzel a kisajátítás jogszerűtlensége ügyében is állást foglaltak volna.

Az Emberi Jogok Európai Bírósága végül úgy találta, hogy az, hogy a kérelmező eljárást indítson a Német Szövetségi Köztársaságban a csehszlovák hatóságok által eszközölt kisajátítási rendelkezések érvényességének és jogszerűségének megkérdőjelezése érdekében, egy „halvány és valószínűtlen lehetőség” volt. Az Emberi Jogok Európai Bírósága szerint a kérelmező érdeke, hogy a Német Szövetségi Köztársaságban bírósági eljárásba bonyolódjon, nem volt elég arra, hogy ellensúlyozza az állam azon érdekét, hogy a szuverenitás visszaszerzése érdekében korlátozó intézkedéseket fogadjon el joghatóságával kapcsolatban.⁶⁷⁹ Az Emberi Jogok Európai Bírósága egyértelműen nem kívánt döntésében állást foglalni a kisajátítások jogszerűsége tárgyában és erre lehetősége is nyílt azzal az indokkal, hogy a kisajátításokra jóval az Emberi Jogok Európai Egyezményének hatálybalépését megelőzően került sor. Érdekes kérdés, hogy mi lett volna, ha a Bíróság úgy találja, a német joghatóságot kizáró egyezmény⁶⁸⁰ nem alkalmazható az ügyre mivel nem német állampolgárról van szó. A németek által aláírt egyezmény rendelkezései ugyanis nem ruházták fel a kisajátító országok hatóságait annak önkényes meghatározására ki tekinthető „német”-nek.⁶⁸¹ Így a nemzetközi jog alapján is kijelenthető, hogy a csehszlovák hatóságok eljárása, melynek során olyan személyeket is német állampolgárnak tekintettek, akik sohasem rendelkeztek német állampolgársággal, illetve nem is kapcsolódtak ténylegesen a német államhoz, nem tekinthető érvényesnek. Így ténylegesen sem a kérdéses Egyezmény, sem a nemzetközi jog nem tiltotta meg a német bíróságok számára, hogy ítéلkezzenek a festmények tulajdonjogát illetően. Sőt azzal, hogy eljárásukban német állampolgárokkal azonos „elbírálás” alá vették a herceget, mint liechtensteini állampolgárt, a bíróság megtagadta a hercegtől a jogi védelmet is, mivel idegen állampolgárként diplomáciai védelemre sem volt jogosult a kisajátító állam ellen a német hatóságok részéről.⁶⁸² Ebben felfogásban a joghatóság kizárása megvalósította az Egyezmény 6. cikkének megsértését.

⁶⁷⁹ Case of Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany, European Court of Human Rights. Application no. 42527/98, Judgment of 12 July 2001.

⁶⁸⁰ A Settlement Convention kérdése egyébként már korábban is felmerült a bíróság gyakorlatában, azonban akkor az Emberi Jogok Európai Bizottsága a beadványt elfogadhatatlannak minősítette, megállapítva azt, hogy sem a Settlement Convention, sem a hozzácsatolt Charter nem tartalmaz az Egyezmény rendelkezéseivel összhangban nem álló szabályozást.

⁶⁸¹ International Decisions, The American Journal of International Law 1999, Vol. 93.p. 216.

⁶⁸² Ebben az esetben ugyanis már a valódi állampolgársági viszonyokat tekintve mégis csak liechtensteini állampolgárnak tekintették volna.

Az ügynek azonban nincs vége, és a folytatás is érinti a diplomáciai védelem kérdését. A liechtensteini herceg jogi tanácsadói ugyanis azzal az ötlettel álltak elő, hogy az ügyet a Nemzetközi Bíróság elé véve pontot tehetnének végre a német hatóságok közreműködése hiányában meghiúsult festmény-visszaszerzés ügyének végére. Így 2001 júniusában a Liechtensteini Hercegség keresetet nyújtott be a Nemzetközi Bíróság előtt a Német Szövetségi Köztársasággal szemben. Kérelmükben arra hivatkoztak, hogy Németország magatartása, miszerint német vagyonnak tekint olyan tárgyakat, melyek liechtensteini állampolgárok értékei, nemcsak az egyének sérelmét jelenti, hanem a liechtensteini állam érdekeit is, amellett, hogy megtagadta azt, hogy ezért a liechtensteini államot kompenzálja. Liechtenstein ennek megfelelően kérte a Bíróságot, hogy állapítsa meg a Német Szövetségi Köztársaság felelősségét a herceg emberi jogainak és emellett a liechtensteini állam szuverén jogainak megsértése címén. A Nemzetközi Bíróság végül elutasította a liechtensteini keresetet⁶⁸³, de nem azon az alapon, hogy Liechtenstein nem nyújthat diplomáciai védelmet egy egyéni jog megsértése esetén, vagy nem lenne jogosult olyan esetben diplomáciai védelmet nyújtani, amelyben az egyéni panaszos már az Emberi Jogok Európai Bírósága előtt is eljárást indított. A Nemzetközi Bíróság előtt a LaGrand-üggyel megkezdődött eljárási folyamat következő állomásához érkeztünk így, hiszen ebben az ügyben a liechtensteini állam diplomáciai védelmet nyújt az eddig más fórumok előtt sikertelenül érvelő emberi jogaiban jogsértettnek vélt állampolgára tekintetében. Itt azonban újra összekapcsolódik az Emberi Jogok Európai Bírósága és a felmerült diplomáciai védelem. A Nemzetközi Bíróság előtti eljárás sikerét ugyanis nagyban meghatározza az Emberi Jogok Európai Bíróságának ítélete az Egyezmény 6. cikkével kapcsolatban, amely nem állapította meg a bírósághoz való fordulás jogának megsértését. Az Emberi Jogok Európai Bíróságának joggyakorlata alapján kijelenthető, hogy bármennyire is arra hivatott az egyezmény, hogy a szerződő államok, és állampolgáraik emberi jogait védje, az Egyezmény rendelkezéseiből nem lehet levezetni olyan állami kötelezettséget, amely diplomáciai védelem nyújtására kötelezné a szerződő államokat, vagy annak nyújtásának elmulasztása esetén elmarasztalná őket.⁶⁸⁴

Mindazonáltal érdekes az a megközelítés, amely az említett esetek fényében az emberi jogi fórumok előtt való fellépést a diplomáciai védelem egyfajta formájának tekintik. Az tény, hogy az Emberi Jogok Európai Bírósága előtt indultak olyan ügyek, ahol többször

⁶⁸³ Certain Property (Liechtenstein v. Germany), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p.6.

⁶⁸⁴ Bertrand Russell Peace Foundation v. United Kingdom 2 May 1978. 14 DR 117.

előfordult, hogy az állampolgárságot adó állam beavatkozott, az egyén kérelmének további támogatása céljából, amely bizonyos elemeit tekintve a diplomáciai védelem eszközéhez hasonlítható.⁶⁸⁵ Meg kell azonban jegyezni, hogy, ha az állam igényt érvényesít a bíróság előtt, nem vagy nemcsak az egyén követeléseit veszi át, hanem párhuzamosan azzal érvényesíti saját állami követeléseit, melyet az a tény igazol, hogy az állam és az egyén elkülönülten képviselteti magát a bíróság előtt.⁶⁸⁶

Összességében elmondható, hogy az Emberi Jogok Európai Bíróságának esetjoga mostanáig majdnem semmilyen teret nem hagyott az azon való spekulációnak, hogy a Bíróság ragaszkodhat-e ahhoz a nézethez, hogy az állam köteles diplomáciai védelmet nyújtani.⁶⁸⁷ Egyrészt az Emberi Jogok Európai Egyezményének szervei ismételtan megtagadták a diplomáciai védelem jogának elismerését.⁶⁸⁸ Másrészt az Emberi Jogok Európai Bírósága vonakodott felülvizsgálata alá vonni az államok ezirányú diszkrecionális döntéseit, tekintettel a tisztességes eljáráshoz való jogra és a hatékony jogorvoslathoz való jogra, ahogyan ezt az Al-Adsani-ügyben is láthattuk.⁶⁸⁹

Ennek oka az volt, hogy az Emberi Jogok Európai Bírósága több esetben problematikusnak találta a joghatósági feltétel teljesülését. Indoklása szerint ugyanis az Egyezmény részes államai az Egyezmény rendelkezéseinek érvényesüléséről kizárólag a területükön történt események vonatkozásában kötelesek gondoskodni, vagy legalábbis nagyon korlátozott esetben érvényesülhet egyfajta területenkívüliség az Egyezmény alkalmazása tekintetében.⁶⁹⁰ Ezáltal az állampolgáraikat külföldön, olyan államban ért jogsértés esetén, mely nem részese az Egyezménynek, ez a joghatósági követelmény nem teljesül. Az extraterritorialitás akadály volt a legfontosabb oka annak, hogy az Emberi Jogok Európai Bírósága vonakodott attól, hogy megállapítsa az állam jogsértését az Egyezmény rendelkezései tekintetében abból az okból, hogy az elmulasztotta teljesíteni pozitív kötelezettségeit a külföldön sérelmet szenvedett állampolgára vonatkozásában.

A joggyakorlat azonban változni látszik. Az Emberi Jogok Európai Bírósága jogeseteken keresztül értelmezte és tágította a joghatósági kereteket, így elismerve azt, hogy az Egyezmény alkalmazásra kerülhet az Egyezmény részes állama állampolgárának egy nem

⁶⁸⁵ Vasileios Pergantis: im. p.363.

⁶⁸⁶ Lsd. *Loizidou v. Turkey* case, Judgment Strasbourg 28 July 1998.

⁶⁸⁷ Vasileios Pergantis: im. p.389.

⁶⁸⁸ B. Russel, *Peace Foundation Ltd. v. United Kingdom*, Application No. 7597/75, *G. Kapas v. United Kingdom*, Application No. 12822/87.

⁶⁸⁹ Vasileios Pergantis: im. p.389.

⁶⁹⁰ Ennek példáját láthattuk a *Soering v. United Kingdom*-ügyben, Application No. 14038/88, *Bankovic és mások* ügyben, Application no. 52207/99, *Ilascu* ügyben, Application no. 48787/99.

részes államnak való kiadatása vagy kiutasítása esetén,⁶⁹¹ és akkor is, amikor a részes állam hatóságainak intézkedései, melyek az állam határain belül vagy kívül kerülnek kifejtésre, az állam területén kívül fejtik ki hatásukat.⁶⁹² További előrelépést jelentett a Bíróság joggyakorlatában a *Loizidou v. Turkey* ügy, ahol a Bíróság kihangsúlyozta, hogy egy részes állam felelőssége az Egyezmény rendelkezéseinek megsértéséért akkor is felmerülhet, ha effektív ellenőrzést gyakorol az állam területén kívül, függetlenül az ellenőrzés jogszerűségétől.⁶⁹³ A Bíróság azonban elismerte azt is, hogy egy részes állam extraterritoriális joghatósága kivételes, és az Egyezmény rendelkezéseinek joghatóságára vonatkozó megközelítések lényegében a területi elven nyugszanak.⁶⁹⁴

A kialakult joggyakorlat folyományaként azonban 2003-ban az Európa Tanács Parlamenti Közgyűlése elfogadott egy ajánlást, amely olyan területek vonatkozásában vizsgálta az Egyezmény alkalmazásának lehetőségeit, melyek bár egy részes államhoz tartoznak, valami akadályozza az effektív érvényesítést. Az ajánláshoz kapcsolt magyarázat szerint az alkalmazás előtt álló akadály többféle formát ölthet. Így egy fegyveres összeütközés vagy szükséghelyzet eredményeképp is előállhat, illetve az államterület egy részének elfoglalása, vagy egy másik állam beavatkozása miatt áll fenn, illetve az állam tényleges ellenőrzési kompetenciáinak hiányában merül fel az államterület egy részén. Amennyiben a fennálló akadályok folytán, során jogsértések következnek be a területen, az ajánlás szerint annak az államnak a felelősége a szükséges vizsgálat kezdeményezése és eljárás indítása a feltételezett elkövetőkkel szemben, akinek a területén a jogsértések felmerültek. Amennyiben ezt elmulasztja, harmadik államok felelősége a fellépés. Ennek érdekében pedig ezek az államok az univerzális joghatóság gyakorlásának lehetőségével kell, hogy rendelkezzenek.

Az ajánlás fényében nem meglepőek az *Ilascu*-ügy megállapításai,⁶⁹⁵ ahol a bíróság leszögezte, hogy Moldova megsértette pozitív kötelezettségét az Egyezmény alapján, mivel nem tett meg minden szükséges intézkedést annak érdekében, hogy állampolgára azon jogait tiszteletben tartsák, melyet az Egyezmény biztosít.⁶⁹⁶ Egyébként az eset körülményeinek áttanulmányozása után rögtön fény derül a kivétel megengedésének okára

⁶⁹¹ *Soering v. UK*, Series A, vol. 161, 1989, pp.35-36.

⁶⁹² *Drozd and Janousek v. France and Spain*, Series A, vol. 240, 1992, p.29., *Issa v. Turkey*, Judgment of 30 May 2000, *Öcalan V. Turkey*, Judgment of 14 December 2000.

⁶⁹³ *Loizidou v. Turkey* ügy Series A, vol. 310, p.20; 103 ILR, p.622.

⁶⁹⁴ *Bankovic v. Belgium*, Judgment of 12. December 2001, paras. 63, 67,71.

⁶⁹⁵ *Case of Ilascu and Others v. Moldova and Russia* (Application no. 48787/99)

⁶⁹⁶ *Case of Ilascu and Others v. Moldova and Russia* (Application no. 48787/99)

is. Ilascu urat moldáv állampolgárként az ún. Dnyeszter-menti Moldáv Köztársaság (másként Dnyeszteren-túli terület, Transznisztria vagy Dnyeszteren-túli Köztársaság) területén tartották jogszerűtlenül fogva, amely felett továbbra is Moldova gyakorolt területi felségjogot, függetlenül attól a tényről, hogy a területet ideiglenesen szeparatista felkelők vonták ellenőrzésük alá.⁶⁹⁷ A panaszos arra hivatkozott, hogy az ellene elkövetett jogsértésekért egyrészt a moldáv hatóságok felelősek, mivel nem akadályozták meg azokat, illetve az orosz szervek felelőssége is megállapítható, hiszen Oroszország de facto ellenőrzés alatt tartotta a területet a jogsértések idején.⁶⁹⁸ Az Emberi Jogok Európai Bírósága az elkövetett jogsértések miatti felelősség kapcsán leszögezte, hogy bár Moldova ténylegesen nem gyakorolt hatalmat államterületének ezen részén, a tényleges autoritás hiánya nem jelenti azt, hogy Moldova elveszítette volna joghatóságát a területen, és hogy Moldova nem lehet felelős.⁶⁹⁹ Mindamelllett a Bíróság azt is megjegyezte, hogy a tényleges szituáció Moldova joghatóságát mindenképpen korlátozza, Moldovának így azért is minden lehetséges diplomáciai lépést meg kell tennie, hogy autoritását visszaszerezze a kérdéses területen, és a fogvatartott egyének tekintetében közbenjárhasson. Mivel a Bíróság megállapításai egyértelműen diplomáciai lépések megtételének szükségességét állapítják meg a moldáv állam vonatkozásában az orosz ellenőrzés alatt álló szeparatistákkal szemben, a jogeset konklúziója az, hogy az állam joghatósága alá tartozó területen az államnak általános kötelezettsége van a szükséges diplomáciai lépések megtételére az Egyezmény által biztosított jogok érvényesülése érdekében.

Az egyéni panaszok alapján indult emberi jogi eljárásokban egyébként elméletileg a következő módokon alakulhat a diplomáciai védelem és az egyéni jogérvényesítés „kapcsolata”. Amennyiben az egyén saját állama ellen indít eljárást, nyilván abban az esetben az állam által nyújtott diplomáciai védelem esete szóba se jöhet. A következő esetben ugyanabban az ügyben párhuzamosan kerül érvényesítésre az egyén jogosultsága, petíciós joga egy külföldi állammal szemben, és az állam diplomáciai védelme ugyanazon állampolgár egyén védelmében, mint a Soering-ügyben. A harmadik típus már nem is tartozik kifejezetten az előző esetekhez, így mikor az állam igényt érvényesít egy másik

⁶⁹⁷ A függetlenséget erős orosz segítséggel 1990. szeptember 2-án nyilvánította ki, az erről szóló sikeres népszavazás után. A Moldovával folytatott rövid háború után, az 1992. július 21-én aláírt békekötés értelmében a moldáv hatóságoknak nincs semmilyen beleszólása a terület politikájába. Az új alkotmányt 2000. június 22-én fogadták el. Hivatalosan Moldovához tartozik, a világ egyetlen országa sem ismeri el önállóságát.

⁶⁹⁸ Grand Chamber Judgment in the Case of Ilascu and others v. Moldova and Russia (Application no. 48787/99), para. 3.

⁶⁹⁹ Vasileios Pergantis: im. p.391.

állammal szemben egy emberi jogi jogsértés kapcsán, amely ügyben diplomáciai védelmet is gyakorolhatna. Itt alapvetően az állam el kell, hogy döntse, melyik formában kívánja érvényesíteni jogát, azonban megállapítható, hogy az államok tendenciózusan ugyanazon jogsértés kapcsán inkább az emberi jogi eljárások keretei között lépnek fel, mint diplomáciai védelmet nyújtva.⁷⁰⁰

2.2 Az emberi jogok védelme és a diplomáciai védelem kötelezettsége-az Európai Unió Elsőfokú Bíróságának⁷⁰¹ gyakorlatában

Az Európai Unió egyik bírói szervének eljárásában szintén összetalálkozik egymással az emberi jogok védelmének igénye és a diplomáciai védelem nyújtásának lehetséges kötelezettsége, így az Európai Unió tagállamainak diplomáciai védelem nyújtására vonatkozó gyakorlata itt az emberi jogokkal összefüggésben került górcső alá.

2001 óta a terrorizmus ellenes szankciók jogszerűsége számos alkalommal került megkérdőjelezésre az Elsőfokú Bíróság előtt. A felperesek olyan személyek voltak, akik lakóhellyel rendelkeztek egy tagállam és egy EU-n kívüli ország területén is, és akiknek a neve a 881/2002 tanácsi rendelethez⁷⁰² csatolt listán, illetve a 2580/2001 rendeletben⁷⁰³ is szerepelt. Ezekben az ügyekben a felperesek nemcsak az Unió kompetenciáit vonták kétségbe a vitatott rendeletek elfogadására, hanem azt is kérték a Bíróságtól, hogy ezeket az aktusokat minősítse érvénytelennek, az Unió által is védett alapvető emberi jogok megsértése címén.⁷⁰⁴ A terrorizmus ellenes szankciók kapcsán különösen az Emberi Jogok Európai Egyezményének 6.cikke és 13.cikke került megemlítésre.⁷⁰⁵ Mindamellett az Elsőfokú Bíróság vonakodott a bírói felülvizsgálat lebonyolításától, hiszen ezekkel az

⁷⁰⁰ A/CN.4/SR.2523, Summary Record of the 2523rd meeting, para. 25.

⁷⁰¹ A Lisszaboni Szerződés 2009. december 1-je utáni hatálybalépését követően az Elsőfokú Bíróság már Törvényszék elnevezés alatt működik.

⁷⁰² Az Oszáma bin Ládennel, az Al-Qaida hálózattal és a Tálibánnal összeköttetésben álló egyes személyekkel és szervezetekkel szemben meghatározott szigorító intézkedések bevezetéséről és a 467/2001/EK tanácsi rendelet hatályon kívül helyezéséről szóló 881/2002/EK tanácsi rendelet.

⁷⁰³ A Tanács 2580/2001/EK rendelete (2001. december 27.) a terrorizmus leküzdése érdekében egyes személyekkel és szervezetekkel szemben hozott különleges korlátozó intézkedésekről.

⁷⁰⁴ Gabriele Porretto: The European Union, Counter-Terrorism Sanctions against Individuals and Human Rights Protection-Challenging the European Union Sanctions before the Court of First Instance/European Court of Justice-, p.1.

⁷⁰⁵ Az emberi jogok védelme a tagállamok alkotmányos hagyományaiból és a tagállamok által aláírt nemzetközi egyezmények szellemiségéből levezethetően a közösségi jog részét képezi. Az Emberi Jogok Európai Egyezményének rendelkezései így válhattak az Európai Bíróság joggyakorlatán keresztül az uniós alapjogi védelem részével.

ügyekkel kapcsolatban az ENSZ Alapokmány, és a közösségi jog kapcsolata is górcső alá került.⁷⁰⁶

Az előzményekről mindenképpen rögzíteni kell annyit, hogy az ügyben kifogásolt terrorizmus ellenes rendelkezések a Biztonsági Tanács (BT) fellépésének részét képezték a terrorizmus ellenes fellépés keretei között. 1999-ben fogadta el a BT az 1267 sz. határozatot, melynek (4) bekezdésének b) pontja úgy rendelkezik, hogy minden államnak kötelessége többek között „befagyasztani a Tálibán tulajdonában álló, a Szankcióbizottság⁷⁰⁷ által azonosított pénzkészleteket.” A BT egy 2000-ben elfogadott határozata (1333. számú) azzal pontosította ennek a Szankcióbizottságnak a feladatát, hogy megbízta a bizottságot egy naprakész lista vezetésével, azokról az egyénekről és szervezetekről, amelyeket a Szankcióbizottság, az államok és nemzetközi szervezetek által közölt információk alapján, Oszama Bin Ladenhez tartozóként azonosíthat, beleértve az al-Kaida szervezetet is.⁷⁰⁸

Az Európai Unió Tanácsa úgy ítélte meg, hogy ezen határozatok végrehajtásához valamennyi tagállam tekintetében a Közösség fellépésére van szükség,⁷⁰⁹ így 2002. május 27-én elfogadta az Oszama Bin Ladennel, az al-Kaida hálózattal és a Tálibánnal összeköttetésben álló egyes személyek és szervezetekkel szemben meghatározott szigorító intézkedések bevezetéséről szóló 881/2002/ EK rendeletet.⁷¹⁰

2001 decemberében egymástól függetlenül két felperes⁷¹¹ is kérte a Bíróságot a vitatott rendeletek megsemmisítésére. A *Yusuf és Kadi kontra Tanács és Bizottság ügyet* az Elsőfokú Bíróság végül egyesítette a szóbeli szakasz lefolytatása céljából.⁷¹² A felperesek keresetükben azt állították, hogy ezek a rendelkezések megsértik alapvető jogukat, különösen a vagyonukkal való rendelkezéshez és a védelemhez való-az emberi jogok és alapvető szabadságok védelméről szóló európai egyezmény (EJEE) 6. cikkében biztosított-

⁷⁰⁶ Mivel a tagállamok számára az Alapokmány szerinti kötelezettségek betartandók és a Biztonsági Tanács határozatai is kötelezőek, annak ellenére, hogy a Közösség maga nem ENSZ tagállam. A Közösséget is kötelezik ezek a rendelkezések, hiszen a tagállamok a Közösséggel kapcsolatos ügyekben is kötve vannak ezekhez a rendelkezésekhez (közvetett kötelezettség). Ez azt jelenti, hogy a Közösség hatásköreinek gyakorlása során köteles elfogadni minden szükséges intézkedést, amely lehetővé teszi tagállamai számára kötelezettségeik teljesítését, így az ENSZ terrorizmus ellenes szankciók érvényesítését is.

⁷⁰⁷ A Szankcióbizottság egyébiránt a Biztonsági Tanács által felállított szerv, melynek feladata a BT által elrendelt intézkedések államok által való betartása felett őrködjék, és azonosítsa az említett pénzforrásokat.

⁷⁰⁸ Az Elsőfokú Bíróság ítélete a T-306/01. ügyben, 2005. szeptember 21., az ítélet 14.pontja

⁷⁰⁹ Hiszen ha a tagállamok egyénileg hajtották volna végre e határozatokat, különbségek merülhettek volna fel a tagállamokat terhelő kötelezettségek mértékének értelmezésében, és ez egyenlőtlenségekhez vezetett volna a tőke szabad mozgása terén

⁷¹⁰ A Bíróság ítéletének 28.pontja.

⁷¹¹ Az ügy felperesei: Ahmed Ali Yusuf és Yassin Abdullah Kadi

⁷¹² A Bíróság Yusuf ügyben hozott ítéletének 66.pontja

jogukat, és a hatékony jogorvoslathoz/tényleges bírósági jogorvoslathoz való jogosultságukat.⁷¹³ A felperesek keresetükben rámutattak arra, hogy az őket sújtó szankciók indokairól nem tájékoztatták őket, nem közölték velük az ellenük szóló bizonyítékokat és nyilatkozattételi lehetőségük sem volt, így sérült a védelemhez való joguk. A bírói felülvizsgálathoz való joguk megsértésére pedig olyan módon került sor a panaszosok szerint, hogy a listát vezető Szankcióbizottság előtt csak államok léphetnek fel, így nem vizsgálhatja a bizottság a felpereseknek a listáról való levétel iránti kérelmét.

Mindkét ügyben úgy döntött végül a Bíróság, hogy nincs joghatósága felülvizsgálni a közösségi rendelkezéseket, mivel azok az ENSZ Biztonsági Tanácsának 1267-es számú határozatát(1999) ültették át a közösségi jogba, és így akkor ennek felülvizsgálatára is jogosultnak kellett volna lennie.⁷¹⁴ Döntésében az Elsőfokú Bíróság kitért arra is, hogy a bírósághoz fordulás joga nem abszolút jog, így bizonyos körülmények között korlátozható, bár ezek a korlátozások arányosak és jogszerűek kell, hogy legyenek.⁷¹⁵ Az Elsőfokú Bíróság legalaposabban a védelemhez való jog kérdését járta körben ítéletében. Ennek során megjegyezte, hogy bár sem a BT határozatai, sem a közösségi rendeletek nem biztosítanak személyes meghallgatási jogot, az egyéni helyzetek felülvizsgálatára szolgáló eljárást vezetnek be azzal, hogy az érintettek nemzeti hatóságaikon keresztül a Szankcióbizottsághoz fordulhatnak a szankciókkal érintett személy levétele vagy a pénzügyi források felszabadítása érdekében.⁷¹⁶ Az eljárás során „a kérelmező a lakóhelye és/vagy állampolgársága szerinti ország kormányához az esetének felülvizsgálatára irányuló kérelmet nyújthat be. Ehhez a kérelmezőnek meg kell indokolnia a listáról törlése iránti kérelmét, és a *szükséges információkat rendelkezésre kell bocsátania*. Ezt követően „a kormánynak meg kell vizsgálnia minden jelentőséggel bíró információt, majd kétoldalú viszonylatban fel kell vennie a kapcsolatot a listára felvételt javasló kormánnyal a listáról való törléssel kapcsolatos egyeztetés végett.”⁷¹⁷ „Amennyiben a kérelmezett kormány helyt kíván adni a törlés iránti kérelemnek, meg kell kísérelnie az azonosító kormányok meggyőzését, hogy kérelmet terjesszenek elő a Szankcióbizottságnak.”⁷¹⁸

⁷¹³ Yusuf(T-306/01) 2005 II-3533 Kadi (T-315/01) 2005 ECR II-3649

⁷¹⁴ Gabriele Porretto im. p.2.

⁷¹⁵ Case Yusuf; A terrorizmus ellenes harc elég okot szolgáltat az Elsőfokú Bíróság megítélése szerint az érintett alapjog korlátozására, azzal, hogy a korlátozások nem vehetik el a jogosultság lényegét.

⁷¹⁶ Az Elsőfokú Bíróság Yusuf ügyben hozott ítéletének 309.pontja.

⁷¹⁷ Az Elsőfokú Bíróság Yusuf ügyben hozott ítéletének 311. pontja.

⁷¹⁸ Az Elsőfokú Bíróság Yusuf ügyben hozott ítéletének 311. pontja.

Tehát egy hagyományos, állam által nyújtható diplomáciai védelem esetével állunk szemben. Így azonban az ügyekben érintett felperesek semmilyen módon nem terjeszthettek elő közvetlenül kérelmet a Szankcióbizottság előtt ártatlanságuk bizonyítása érdekében. Egyetlen dolgot tehettek; az állampolgárságukat adó államhoz fordulhattak, melynek kormánya dönthetett úgy, hogy indítványozza a listáról való törlésüket a Szankcióbizottság előtt, de ez a lehetőség nem minden esetben biztosított a felperesek számára, így nem is jelenthet megfelelő megoldást jogaik érvényesítésére.⁷¹⁹ Hiszen ily módon az érintettek lényegében az államok által állampolgáraiknak nyújtott diplomáciai védelemtől függenek.⁷²⁰ Az Elsőfokú Bíróság azonban ebben az ügyben még úgy döntött, hogy a személyes meghallgatáshoz való jog ilyen korlátozása nem megengedhetetlen a nemzetközi közrenddel kapcsolatban.⁷²¹

Két, későbbi ügyben, a BT 1267 sz. határozatával felállított szankciós rendszerrel kapcsolatban azonban az Elsőfokú Bíróság alapvetően változtatta meg érvelését és megállapításait. Chafiq Ayadit, Dublinban (Írország) lakó tunéziai állampolgárt, és Faraj Hassant, líbiai állampolgárt, akit a Brixtoni (Egyesült Királyság) Büntetés-végrehajtási Intézetben tartottak fogva, is felvették a szóban forgó közösségi listára. E két személy azt kérte az Elsőfokú Bíróságtól, hogy semmisítse meg ezt az intézkedést, mivel az sérti a tulajdonhoz való jogukat és a jogorvoslathoz való jogukat az Emberi Jogok Európai Egyezményének 6 cikkét figyelembe véve.⁷²²

A felperesek kérelmükben kifejtették, hogy semmilyen tájékoztatást nem kaptak a Szankciós Bizottság listájára való felvétel alapjáról, attól az államtól sem, aki a felvételt indítványozta. Mindezek alapján kérték a listáról való törlésüket.⁷²³ Kérelmükben kitértek arra is, hogy a listáról való törlési eljárás nem jelenti egy független és pártatlan bírósághoz való jutás jogának érvényesülését, ahol megkérdőjelezhetnék az állam elutasításának jogosságát a petíció benyújtásával kapcsolatban vagy a Szankcióbizottság elutasítását a petíció vonatkozásában.⁷²⁴

⁷¹⁹ Yusuf T-306/01 2005 ECR II-3533 314, in Challenging the European Union Sanctions before the Court of First Instance/European Court of Justice, p.7.

⁷²⁰ Az Elsőfokú Bíróság Yusuf ügyben hozott ítéletének 314.pontja.

⁷²¹ Az Elsőfokú Bíróság Yusuf ügyben hozott ítéletének 315.pontja.

⁷²² Hassan T-49/04) 2006 ECR II-52 in Challenging the European Union Sanctions before the Court of First Instance/European Court of Justice, p.8.

⁷²³ Hassan T-49/04) 2006 ECR II-52 in Challenging the European Union Sanctions before the Court of First Instance/European Court of Justice, p.8.

⁷²⁴ Hassan T-49/04) 2006 ECR II-52 in Challenging the European Union Sanctions before the Court of First Instance/European Court of Justice, p.8.

A Bíróság az ügyben részben a Kadi és Yusuf-ügyben tett megállapításaira hagyatkozott, de végül két irányban is továbbfejlesztette az ügyet megelőző álláspontját. A listáról való törlésre vonatkozó eljárást illetően az Elsőfokú Bíróság megállapította, hogy „a Szankcióbizottság irányelvei, és a megtámadott tanácsi rendelet jogot biztosít az érdekelteknek, hogy a lakóhelyük/székhelyük vagy állampolgárságuk szerinti ország kormányának közvetítésével az esetük felülvizsgálata iránti kérelmet nyújtsanak be a Szankcióbizottsághoz a vitatott listáról való törlés végett.”⁷²⁵Ezt a jogot tehát a közösségi jogrend is biztosítja. Az ilyen kérelem vizsgálatakor a tagállamok kötelesek az érdekeltek alapvető jogait tiszteletben tartani, mivel azok nem akadályozzák az Egyesült Nemzetek Alapokmánya alapján fennálló kötelezettségeik megfelelő végrehajtását. A tagállamoknak különösen ügyelniük kell arra, hogy az érdekelteknek módjuk legyen érdemben érvényesíteni az álláspontjukat az illetékes nemzeti hatóságok előtt az esetük felülvizsgálata iránti kérelem keretében.

„A tagállamok nem tagadhatják meg a felülvizsgálati eljárás megindítását pusztán azon indok alapján, hogy az érdekeltek nem állt módjában, hogy pontos és a kérelme alátámasztása szempontjából releváns információkat nyújtson, mivel nem szerezhettek tudomást a vitatott listára való felvételét igazoló pontos indokokról azok bizalmas jellege miatt. A tagállamok kötelesek arra is törekedni, hogy az érdekeltek ügye késedelem nélkül, tisztességes és pártatlan módon kerüljön bemutatásra a Szankcióbizottság előtt a felülvizsgálat végett, ha az objektívan igazoltnak tűnik, tekintettel az átadott releváns információkra.”⁷²⁶

Az Elsőfokú Bíróság ezzel nem csak arra biztatta a tagállamokat, hogy gyakoroljanak diplomáciai védelmet a Szankcióbizottság előtt állampolgáraik számára, hanem az állam által ebben a kérdésben hozott döntést is bíróilag ellenőrizhetővé kívánja tenni, ezzel iránymutatást nyújtva az ebben a tekintetben teljesen eltérő gyakorlatot folytató tagállamoknak.

„Az érdekelteknek végül megvan a lehetőségük arra, hogy a nemzeti bíróságokhoz jogorvoslati kérelmet nyújtsanak be, amennyiben ügyüknek a Szankcióbizottsághoz felülvizsgálatra való előterjesztését az illetékes nemzeti hatóság esetleg visszaélészerűen megtagadná. A közösségi jog teljes érvényesülése biztosításának követelménye azt eredményezheti, hogy, ha szükséges, a nemzeti bíróság ne alkalmazza azt a nemzeti

⁷²⁵ Hassan T-49/04) 2006 ECR II-52, in: Az Elsőfokú Bíróság tevékenysége 2006-ban Bo Vesterdorf elnök, p.39 –www.curia.europa.eu , p.38.

⁷²⁶ Az Elsőfokú Bíróság tevékenysége 2006-ban Bo Vesterdorf elnök, p.39. –www.curia.europa.eu

jogszabályt, amely e jog gyakorlásának akadályát képezheti, így például az olyan szabályt, amely kizárja a bírósági felülvizsgálat köréből a nemzeti hatóságok részéről annak megtagadását, hogy fellépjenek állampolgáraik diplomáciai védelmének biztosítása érdekében.”⁷²⁷A Bíróság ezzel azt rögzítette, hogy a tagállami eljárási szabályok nem tehetik elméletileg lehetetlenné a diplomáciai védelem jogának gyakorlását, illetve nem tehetik azt szélsőségesen nehézé.⁷²⁸

Így az ügyben az Elsőfokú Bíróság kimondta, hogy Chafiq Ayadinak és Faraj Hassannak a nemzeti jogon alapuló bírósági jogorvoslati lehetőségeket kell rendelkezniük, ha az ír és brit hatóságok velük szembeni tisztességes együttműködésének állítólagos hiányát akarják vitatni. Így a 2006. júli 12-én az *Ayadi*⁷²⁹ és a *Hassan*⁷³⁰ ügyben hozott döntés egyfajta védelmet jelentett a felperesek számára, miközben fenntartotta azt a megállapítást, melyet a Yusuf és Kadi-ügyben tett, miszerint a listáról való törlési eljárás nem ad jogot az egyének számára a meghallgatásra a Bizottság előtt, mivel az egész rendszer a diplomáciai védelem hagyományos elképzelésén alapszik, melyet az állam nyújt állampolgárának.⁷³¹ Bár a Bíróság úgy rögzíti a felülvizsgálati kérelem kormányhoz való előterjesztésének lehetőségét, mint jogot, melyet a közösségi jog is garantál. Ez a jogosultság eleget tesz valamennyi tagállam kötelezettségének, hogy védje az alapjogokat. Ezzel a megállapítással a Bíróság egy sokkal hatékonyabb alapjogi védelem irányába mozdult el, köszönhetően a közösségi jogból levezethető kötelezettségnek az alapjogok közösségi szintű védelmére,⁷³² meg kell azonban jegyezni, hogy a nemzetközi jog általános szabályai alapján az államoknak nincs általános kötelezettségük a diplomáciai védelem gyakorlására, így a két kötelezettség nem egyenértékű.

A következő érdekes momentum a Bíróság ebben az ügyben megfogalmazott állításai tekintetében, hogy a Bíróság le kívánja szögezni, hogy az egyének joga, hogy Szankciós Bizottság előtt diplomáciai védelmet élvezzen, a hazai bíróságok előtt is érvényesíthető a kérdéses állam esetében. Kadi szerint azonban a Szankcióbizottság előtti, a tagállamok diplomáciai védelmén alapuló felülvizsgálati eljárás nem biztosítja az emberi jogoknak az

⁷²⁷ Akár közvetlenül a vitatott rendeletre, illetőleg a rendelettel végrehajtott biztonsági tanácsi határozatokra alapítva kérelmüket. A Kadi-ítélet 270.pontja, valamint a Yusuf és Al Barakaat ítélet 317.pontja

⁷²⁸ Challenging the European Union Sanctions before the Court of First Instance/European Court of Justice p.10.

⁷²⁹ *Ayadi v Council* (T-253/02) 2006 ECR II-2139

⁷³⁰ *Hassan v Council* (T-49/04) 2006 ECR II-52

⁷³¹ Challenging the European Union Sanctions before the Court of First Instance/European Court of Justice, p.9.

⁷³² Az EUSZ 6. cikke alapján

Emberi Jogok Európai Egyezmény által biztosítottal egyenrangú védelmét.⁷³³ És mindaddig, amíg az Egyesült Nemzetek joga nem biztosít megfelelő védelmet azoknak, akik azt állítják, hogy alapvető jogaik sérültek, biztosítani kell a Közösség által a Biztonsági Tanács határozatainak végrehajtására elfogadott jogi aktusok felülvizsgálatát. Többek között ezzel a hivatkozással nyújtott be fellebbezést Kadi az Elsőfokú Bíróság ítélete ellen. Az Európai Bíróság ítéletében kijelentette, hogy mivel „a Közösség jogközösség, (...) sem a tagállamok, sem pedig az intézmények nem mentesek annak vizsgálata alól, hogy jogi aktusaik megfelelnek-e az alkotmányos alapchartának, azaz az EK Szerződésnek, és hogy ez utóbbi teljes jogorvoslati és eljárási rendszert hozott létre, melynek célja, hogy a Bíróságra ruházza az intézmények jogi aktusai jogszerűségének felülvizsgálatát.”⁷³⁴ Így az Európai Bíróság szerint az sem jelentené a BT határozatának megsértését, ha a közösségi jogi aktus jogszerűtlenségét állapítanák meg egy magasabb rendű normába ütközés miatt.⁷³⁵

Az Elsőfokú Bíróság témánk szempontjából releváns megállapításait azonban részben megerősítette az Európai Bíróság ítélete. Miközben megállapította, hogy a BT határozatának módosításával „már van lehetőség arra, hogy bármely személy vagy szervezet közvetlenül forduljon a Szankcióbizottsághoz, az összesített listáról való törlés iránti kérelmét az ún. kapcsolattartó ponthoz benyújtva, meg kell állapítani, hogy az e bizottság előtti eljárás elsősorban diplomáciai és államközi jellegű marad, mivel az érintett személyeknek vagy szervezeteknek nincs tényleges lehetőségük jogaik védelmére,⁷³⁶ és az említett bizottság határozatait konszenzussal hozza, hiszen minden tagjának vétőjoga van.”⁷³⁷ Ezen túlmenően az Európai Bíróság szerint a rendelet végrehajtásával kapcsolatban a Tanács nem tájékoztatta megfelelően a fellebbezőket az intézkedések indokairól és ezzel a fellebbezők nem tudták megfelelő feltételek mellett az említett körülmények tekintetében megvédeni jogaikat a közösségi bíróság előtt sem.⁷³⁸ Ezalapján az Európai Bíróság megállapította, hogy a fellebbezők egyes emberi jogait, így a védelemhez való jogot, a

⁷³³ Az Európai Bíróság Nagytanácsának ítélete a C-402/05. P. és C-415/05. P. sz. egyesített ügyekben, 2008. szeptember 3, para. 256.

⁷³⁴ Az Európai Bíróság ítélete para. 281.

⁷³⁵ Az Európai Bíróság ítélete para. 288.

⁷³⁶ E tekintetben a Szankcióbizottság legutóbb 2007. február 12-én módosított irányelveiből kiderül, hogy a fellebbező, mivel törlés iránti kérelmet nyújtott be, semmiképpen nem érvényesítheti maga a jogait a Szankcióbizottság előtti eljárás során, és ennek érdekében nem is képviseltetheti magát, mivel kizárólag a lakóhelye vagy az állampolgársága szerinti állam kormánya tehet esetlegesen e kérelemre vonatkozó észrevételeket. Az Európai Bíróság ítélete para. 324.

⁷³⁷ Az Európai Bíróság ítélete para. 323.

⁷³⁸ Az Európai Bíróság ítélete para. 349.

meghallgatáshoz való jogot és a hatékony bírósági felülvizsgálathoz való jogot nem tartották tiszteletben.⁷³⁹ Mivel Kadi ezen emberi jogai megsértésére a rendelet megsemmisítésének megalapozásául hivatkozott az Európai Bíróság úgy határozott, hogy a vitatott rendelet joghatásait a fellebbezőkre vonatkozó részében az ítélet kihirdetésétől számított három hónapot meg nem haladó időszakra tartja fenn.⁷⁴⁰

Összességében az Elsőfokú Bíróság a terrorizmus ellenes harc részeként megjelent intézkedések kapcsán lefolytatott eljárásokban az alapjogok védelmén keresztül, azok érvényesülését vizsgálva, tett a diplomáciai védelem gyakorlatára vonatkozóan fontos megállapításokat.

Az emberi jogok érvényesülését ellenőrző testületek és bírói fórumok mellett, a másik jelentős terület, ahol az egyéni jogok új típusú érvényesítésére kerülhet sor, a beruházásvédelmi rendszerek és fórumok világa.

A Nemzetközi Jogi Bizottság hasonló együttműködési, és kiegészítési lehetőséget lát a diplomáciai védelem és a beruházásvédelmi rendszerek között is, azonban véleményem szerint a két jogterület közötti különbségek jóval nagyobbak, mint az emberi jogok nemzetközi védelme esetében.

Hasonlóan az emberi jogok védelmének szerződéses rendszeréhez itt is hatékonyabb jogorvoslatot kínálnak a külföldi beruházásokból származó viták elintézésére létrejött, többnyire ad hoc jelleggel működő vitaeltérítési fórumok. A diplomáciai védelem tradicionális felfogása a jogi személyeket megillető védelem kérdésében ugyanis, sokkal kevésbé reagál a nemzetközi kihívásokra. A nemzetközi gazdasági kapcsolatok fejlődése, illetve az államok gazdasági érdekei egy olyan diplomáciai védelmet kívánnak, amely a külföldi beruházók érdekeit helyezi előtérbe, akár a beruházás szerinti az állam szuverenitását is korlátozva. Az elmúlt évtizedek gyakorlata egy olyan rendszer kialakulásához vezetett, ahol nemcsak ezt a szempontot tartották szem előtt, hanem a közvetlen jogérvényesítés lehetőségét is megteremtették. A következő fejezetben a diplomáciai védelem jogi személyekkel, illetve a részvényesekkel szemben kialakult merev gyakorlatára keresem a magyarázatot, illetve megkísérlem felkutatni azokat a pontokat, ahol a diplomáciai védelem gyakorlatában a nemzetközi beruházásvédelmi rendszer kihívásait figyelembe véve változtatni lehet.

⁷³⁹ Az Európai Bíróság ítélete para. 334.

⁷⁴⁰ Az Európai Bíróság ítélete para. 376.

3. A jogi személyeknek nyújtható diplomáciai védelem és a nemzetközi beruházásvédelmi rendszer -a lex specialis szabályozás

A beruházásvédelmi rendszerek kialakulása összekapcsolódik a jogi személyeknek nyújtható diplomáciai védelem problémakörével. Hiszen a Bíróság a beruházásvédelmi megegyezéseket, mint a *lex specialist* jelentő szabályokat láttatta a diplomáciai védelem viszonylatában, olyan kiegészítésnek, melyek speciális rendszert jelentenek a beruházások védelmében.

A Nemzetközi Bíróság a *Barcelona Traction*-ügyben ismerte el egy speciális jogvédelmi rendszer létét. „A részvényesek védelme megköveteli, hogy a közvetlenül a magánbefektető és a beruházás helye szerinti állam között kötött speciális egyezményekhez forduljanak. Az államok egyre inkább ilyen védelemről gondoskodnak, mind kétoldalú és többoldalú kapcsolatok tekintetében is, akár speciális eszköz útján vagy szélesebbkörű gazdasági megegyezés keretein belül.”⁷⁴¹

Egyértelmű különbség van ugyanis a társaságok beruházásának diplomáciai védelmére vonatkozó szokásjogi szabályok között, melyek védelmet csak az állam diszkrecionális döntése alapján biztosítanak, és a speciális jogvédelmi rendszer között, melyek kétoldalú és multilaterális egyezmények által mind a társaságoknak, mind a részvényesek számára jogot biztosítanak nemzetközi választottbírók előtti védelemre.

3.1 Kétoldalú beruházásvédelmi egyezmények és az ICSID Egyezmény

Kétoldalú beruházási támogatások és beruházásvédelmi egyezmények már a 60-as évek óta jelen vannak a nemzetközi gazdasági kapcsolatok viszonylatában. Az államok ad hoc bíróságokat hoztak létre az állam és a másik állam honosa közötti viták elintézésére, melynek gyökerei a 19. századi közös bizottságokhoz⁷⁴² nyúlnak vissza.⁷⁴³ A korai kereskedelmi megállapodások, beleértve a barátsági, kereskedelmi és hajózási szerződéseket állam kontra állam vitarendezési eszközöket használtak, hasonlóan tehát a diplomáciai védelem intézményéhez. A változás az 1970-es években következett be, mikor a közvetlen beruházói kérelmek megjelentek nemzetközi szinten.

⁷⁴¹ Barcelona Traction ügy ICJ Reports 1970, p. 3. at p. 47. (para. 90.)

⁷⁴² Ezek közül elsőként az 1853-as angol-amerikai szerződés által felállított működött, majd az I. világháború után az USA illetve Ausztria és Magyarország közötti közös bizottság.

⁷⁴³ Preliminary Report on Diplomatic Protection; p.10.

A multilaterális vagy kétoldalú egyezmények⁷⁴⁴ az államok között, vagy az államok és társaságok közötti megegyezések a második világháború óta megfigyelhetően továbbfejlesztették a külföldi beruházások védelmét. A kétoldalú beruházásvédelmi szerződések gyakorlata szélesebbkörű a személyi hatályt tekintve,⁷⁴⁵ hiszen gyakran tekinti védendő érdeknek a vagyoni befektetéseket, a részvényeket, és a beruházás más formáit is. Ezek a jogvédelmi eszközök rendelkeznek a joghatóságról és eljárásokról vita esetén, a beruházó társaságokkal kapcsolatos bánásmódra vonatkozóan is rendelkezéseket tartalmaznak, melyek betartását megkövetelik a beruházás helye szerinti állam részéről.”⁷⁴⁶

A BIT-re a nemzetközi jog szabályai irányadóak; jogosultja nemcsak az állam, hanem közvetlenül a külföldi befektető is, aki saját nevében érvényesítheti az abból fakadó jogokat.⁷⁴⁷ A BIT-ek fókuszában sokkal inkább a beruházók jogai, illetve a beruházás szerinti államok kötelezettségei állnak. Általános megközelítésként a beruházások fair és egyenlő kezelését, diszkriminációmentességet várnak a beruházás szerinti államtól.

Ezeknek a nemzetközi beruházásvédelmi egyezményeknek a nagy része olyan garanciákat biztosít a jogi személyek, külföldön beruházók számára, melyek közvetlenül érvényesíthetők és garantált védelmet jelentenek a külföldön levő ingatlan és más beruházások védelme tekintetében. A megállapodások méltányos kompenzációt ígérnek egy váratlan kisajátítás esetére, és megteremtik a vitarendezés nemzetközi kereteit.⁷⁴⁸

A leggyakoribb rendelkezések a beruházások kezelését és a keletkező viták elrendezését szabályozzák.

Az egyik lehetőség a beruházásvédelmi egyezmények rendelkezéseinek köszönhetően egy ad hoc döntőbíróóság felállítása a külföldi állam és a beruházó között kialakult vita tekintetében. A közvetlen választottbíráskodás nemcsak alternatív vitarendezési eszköz a diplomáciai védelem mellett, hanem sokszor egy eljárásában is egyszerűbb, gyorsabb, olcsóbb megoldást jelent. Annak a beruházói bizalomnak a megteremtésére is alkalmas, mely a diplomáciai védelem esetében annak sajátosságai, illetve átpolitizáltsága miatt nehezen megszerezhető. Az 1960-as, 70-es, 80-as években kötött kétoldalú

⁷⁴⁴ A kétoldalú megállapodások szintjén Bilateral Investment Treaties (BITs), multilaterális szinten GATT (Általános Vám- és Kereskedelmi Egyezmény) keretei között a WTO jelenlegi rendszerében folytatódva, ICSID és az OECD keretei között.

⁷⁴⁵ Ezen az alapon a külföldi részvényesek a helyben bejegyzett cégek vonatkozásában jogosultak kérelem előterjesztésére.

⁷⁴⁶ Barcelona Traction-ügy, 1970 I.C.J. Reports, p.3.

⁷⁴⁷ Szász Iván: Kétoldalú beruházásvédelmi egyezmények - A külföldi beruházások nemzetközi szerződéses védelme a bírói gyakorlat tükrében (Sárközy Tamás ünnepi kötet, hvg-Orac Lap-és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2006, a továbbiakban Szász) p.233.

⁷⁴⁸ Encyclopedia of Public International Law, p. 249.

beruházásvédelmi megállapodások (BITs)⁷⁴⁹ a beruházásvédelmi döntőbíráskodást egyre népszerűbb vitaelintézési móddá tették.⁷⁵⁰

A másik lehetőség az ICSID által felállított választottbíróság eljárása közvetlenül a külföldi állam és a beruházó között. 1965-ben a Beruházási Viták Elrendezéséről szóló Egyezmény (ICSID Egyezmény)⁷⁵¹ által felállított intézmény - a *Beruházási Viták Nemzetközi Központja*⁷⁵² (ICSID)- lehetőséget biztosít választottbíróságok felállítására, és eljárási szabályokat határozott meg a beruházási viták elintézésre szolgáló választottbíráskodás számára.⁷⁵³ Amennyiben a vitás felek nem állapodnak meg másként, a beruházási (védelmi) szerződések nagy része az ICSID Főtitkárságát hatalmazza fel egy választottbíróság felállítására. Ez lehetővé teszi, hogy a beruházók jogaik sérelme esetén közvetlenül egy olyan választottbírósághoz forduljanak, melynek igénybe vételével „lemondanak” minden más jogorvoslati lehetőségről, így a diplomáciai védelem igényéről is.

A BIT-ek és az ICSID által biztosított vitarendezési eljárások nagyobb biztonságot és előnyt jelentenek a külföldi beruházók számára, mint a diplomáciai védelem nemzetközi szokásjogi rendszere, azzal, hogy közvetlen hozzáférést biztosítanak a nemzetközi választottbíráskodáshoz és elkerülik a politikai bizonytalanságokat a diplomáciai védelem diszkrecionális jellegéből fakadóan.

3.2 Az ICSID eljárás beruházásvédelmi sajátosságai

Érdemes alaposabban megvizsgálni az ICSID eljárását, hiszen a diplomáciai védelem jogi eszközehez képest, az eljárás szabályozásában is megtalálhatók a *lex specialis* jelleg megerősítését biztosító rendelkezések.

⁷⁴⁹ Ezek a kétoldalú beruházásvédelmi egyezmények az első csoport, főleg az USA, Anglia, Franciaország és Németország által kialakított általános egyezményminta alapján lettek kialakítva, ma már közel 300 tőkebefektető és tőkeimportáló ország között.

⁷⁵⁰ Az 1991 és 2007 között megalkotott 34 BIT megállapodás közül 5 megállapodás tiltja a diplomáciai védelem gyakorlását beruházási választottbíráskodás során általában. (Olaszország, Kenya, Bolívia, Mongólia, Chile). Újabb 4 megállapodás tiltja a diplomáciai védelem gyakorlását az ICSID választottbírósági eljárás alatt (Malajzia, Svájc, Németország, Nagy-Britannia), 25 megállapodás pedig nem foglalkozik a kérdéssel (Norvégia, USA, Kanada, India, Ghána, Románia, Uganda, Guatemala, Burkina Faso, Benin, Burundi, Mauritius, Svédország, Thaiföld, Görögország, Finnország, Dánia, Peru, Törökország, Horvátország, Dél-Afrika, Németország, Hollandia, Kína-in: *International Investment Instruments: A Compendium* (Volume XIII, United Nations, New York 2005)

⁷⁵¹ Convention for Settlement of Investment Disputes, 18 Mar. 1965. United Nations, Treaty Series, vol. 575.

⁷⁵² International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Az államok és más államok állampolgárai közötti befektetési viták rendezéséről szóló egyezmény hozta létre Washington 1965. United Nations, Treaty Series, vol. 575. (továbbiakban Washingtoni Egyezmény)

⁷⁵³ ICSID, Rules of Procedure for Arbitration Proceedings in ICSID

Mindamellet, hogy az ICSID eljárása egy olyan intézményesített nemzetközi fórumot jelent, ahol egy magánszemély eljárásba bocsátkozhat egy állammal,⁷⁵⁴ az ICSID elé nem kerülhetnek magánszemélyek, és államok egymás közötti vitái, vagy államok saját állampolgárukkal kapcsolatos vitái. Legalább az egyik félnek nemcsak államnak, hanem az Egyezmény részes államának kell lennie.⁷⁵⁵ A másik fél az Egyezményben részes állam állampolgára kell, hogy legyen.⁷⁵⁶ Az „állampolgárság” kategóriájának tartalma mindazonáltal nem azonos a diplomáciai védelem keretei között megkövetelt állampolgárság intézményével. Míg a diplomáciai védelem esetében az állampolgárság az egyén és az állam közötti kapcsolat bizonyítását szolgálja, az Egyezmény esetében az ICSID joghatóságának biztosítását jelenti. Mindazonáltal a kétoldalú beruházásvédelmi szerződésekben és az ICSID Egyezmény rendszerében is felmerül a jogi személyek védelmének a honosság problémája. A beruházásvédelmi szabályok azonban sokkal rugalmasabban kezelik a honosság kérdését.

A beruházásvédelmi szerződések gyakorlatában a jogi személyek honosságát a bejegyzési elven túlmenően más szempontok is befolyásolhatják, így az ügyintézés helye, a kontroll kérdése, a tényleges működés helye. Sőt a BIT egyezmények vonatkozásában egyre gyakoribb, hogy lehetőséget teremtenek arra, hogy egyes jogi személyeket, a beruházás szerinti államban bejegyzett társaságokat, ettől függetlenül külföldi jogi személynek, egy másik állam honosának tekintsenek a vitát illetően, amennyiben a külföldi beruházó és a beruházás szerinti állam megegyezik, alkalmazva a beruházás külföldi kontrolljának elvét.

Az ICSID gyakorlata szerint a kontroll elv használata egyre elfogadottabb a nemzetközi gyakorlatban. Ahogy az ICSID Egyezmény is fogalmaz a 25. cikk(2) bekezdésében:

„b) minden jogi személyt, amely a jogvitában félként szereplő államon kívüli valamely Szerződő Államban volt honos azon a napon, amikor a felek hozzájárultak ahhoz, hogy az említett vitát békéltető vagy választott bírósági eljárásnak vetik alá, és minden jogi személyt, amely a jogvitában félként szereplő Szerződő Állam honosságával rendelkezett az említett napon, és amelyet illetően - *a külföldi irányításra való tekintettel* - a felek egyetértettek abban, hogy azt az Egyezmény szempontjából egy másik Szerződő Államban honosként kell kezelni.” Ennek megfelelően az Egyezmény értelmében az ilyen módon meghatározott társaságok tekinthetők beruházónak.

⁷⁵⁴ A Washingtoni Egyezmény 25. cikk (2) bekezdése alapján.

⁷⁵⁵ A Washingtoni Egyezmény 25. cikk (1) bekezdése alapján.

⁷⁵⁶ A Washingtoni Egyezmény 25. cikk (1) bekezdése alapján.

A Washingtoni Egyezmény ezen rendelkezése alapján kijelenthető, hogy a nemzetközi beruházási viták rendszerében a kontroll elv alkalmazása elfogadott, illetve a bíróság az ezirányú gyakorlat megteremtését támogatja.⁷⁵⁷

Így a Tokios Tokeles-ügyben a bíróság hozzájárult ahhoz, hogy ukrán állampolgárságú beruházók az ukrán-litván BIT védelmét felhívhassák az ukrán kormánnyal szemben, felhasználva a litván bejegyzéssel rendelkező társaságot.⁷⁵⁸

Erre került sor az Autopista v. Venezuela ügyben⁷⁵⁹, de a kontroll elv alkalmazása itt már problémásabb volt. A felek abban állapodtak meg, hogy ha a társaság fő részvényese, amely eredetileg egy nem részes állam állampolgára volt, egy olyan állam állampolgára lesz, amely részese az ICSID Egyezménynek, akkor az ICSID eljárását veszik igénybe a vitás ügyek intézésére. A társaság részvényei időközben átkerültek egy olyan állam honosához, amely részese volt az Egyezménynek, így mikor vitás ügy merült fel, a társaság az ICSID eljárását kívánta igénybe venni. Venezuela azonban megkérdőjelezte az eljárás jogszerűségét, hivatkozva arra, hogy a társaság valódi ellenőrzése továbbra is egy, nem részes állam állampolgárának kezében maradt. Az ICSID választottbíróság azonban továbbra is kitartott joghatósága mellett, hivatkozva a felek által kötött megállapodásra arról, hogy a társaság honosságát a részvények többségét birtokló személy állampolgársága fogja meghatározni, és nem a tényleges kontrollt gyakorló államé. Ahogy a bíróság megfogalmazta „a felek szabadon definiálhatják a külföldi ellenőrzés fogalmát, a 25.cikk (2) bekezdése vonatkozásában.”⁷⁶⁰

Bár Az ICSID Egyezmény rendelkezései alapján a helyben bejegyzett társaság külföldi részvényesei igényt érvényesíthetnek a felek között kötött szerződés hiányában is, a nemzetközi szokásjog bizonytalanságait elkerülvén a befektetők egyre gyakrabban kötnek a fogadó állammal egyedi beruházási szerződést, melyek a beruházásvédelem területén gyakran kiegészítő védelmet ígérnek.⁷⁶¹ Az így kialakított kedvezményekkel az állam

⁷⁵⁷ A kontroll elv alkalmazása mellett, illetve ellen is találunk érveken, de azt mindenesre le kell szögezni, hogy ezek a döntések egyszerűen csak a világméretű üzleti érdekeltségekre és változásokra reagálnak. A hagyományos honossági szempontok egyre inkább háttérbe szorulnak és egyre nagyobb hangsúlyt fektetnek a kontroll elv alkalmazására, mint a társaság honosságának meghatározó elvére.

⁷⁵⁸ Tokios Tokelés v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/02/18)

⁷⁵⁹ Autopista Concesionada de Venezuela CA v. Bolivarian Republic of Venezuela (Case No. ARB/00/5), 417.

⁷⁶⁰ Autopista Concesionada de Venezuela CA v. Bolivarian Republic of Venezuela (Case No. ARB/00/5), para.62.lsd. még a Vacuum Salt Ltd v. Ghana ügyben is (Ven. Auth.9).

⁷⁶¹ Így a befagyasztási záradék (freezing in clause) alkalmazásával mely garanciát biztosít arra, hogy a szerződésükre alkalmazandó jog nem változik meg.

önként korlátozza szuverenitását (pl. jogalkotói hatalom); a jövőben felmerülő jogvita pedig mindig csak az egyedi szerződés vonatkozásában értelmezhető.⁷⁶²

Az ICSID joghatósága csak olyan vitákra terjed ki, melyek közvetlenül beruházások kapcsán keletkeztek és valamilyen jogi kérdést érintenek.⁷⁶³ Az Egyezmény azonban nem határozza meg mit is ért beruházás alatt. A Végrehajtási igazgató (executive director) álláspontja szerint minden olyan vita az ICSID joghatóságába tartozik, mely jogi problémát takar, illetve jog vagy kötelezettség létét, vagy tartalmát érinti.⁷⁶⁴

3.3 ICSID eljárás és a diplomáciai védelem

Az ICSID előtti eljárás megindításához a felek hozzájárulására is szükség van, ennek a hozzájárulásnak írásban kell megtörténnie.⁷⁶⁵ A hozzájárulás megadásának egyik módja az ún. beleegyezési/hozzájárulási klauzula alkalmazása, mely a felek között megegyezés részeként érvényesülhet. Ennek a klauzulának az alkalmazása rendkívül gyakori az ICSID gyakorlatában. Egy másik módja a beleegyezésnek a jogsértő állam belső szabályozásában megtalálható rendelkezés alkalmazása, legtöbb esetben ún. beruházási törvényben való megjelentetése. Egy ilyen rendelkezés általános jelleggel biztosít ICSID vitarendezési lehetőséget az adott államban befektetők számára.

Mivel az ICSID Egyezmény egy általános „kizárólagos jogorvoslati szabályt tartalmaz”, az eljáráshoz való hozzájárulással a „kizáró rendelkezés” alkalmazásra kerül és az ICSID eljárása minden más (akár nemzeti) bíróságot egyértelműen kizár a vita intézéséből. Hozzájárulva a választottbíráskodáshoz a felek ugyanis lemondanak minden más jogorvoslatról. Ilyen formában, a jogsértő állam lemond a helyi jogorvoslatok kimerítésének követeléséről, a másik fél, a beruházó, az állampolgársága szerinti állam által gyakorolható diplomáciai védelem jogáról.

Ahogy az ICSID Egyezmény rendelkezik: „A szerződő felek nem nyújtanak diplomáciai védelmet, illetve nem terjesztenek be nemzetközi úton kérelmet olyan vita során, ahol honosuk és egy szerződő állam megállapodtak, hogy a jelen egyezmény keretei között választottbíráóság elé viszik az ügyet (vagy ha már oda vitték), kivéve, ha a szerződő állam nem hajtja végre a vitát lezáró választottbíróági ítéletet.”⁷⁶⁶

⁷⁶² Az, hogy ezeket a szerződéseket lehet-e nemzetközi jellegűnek tekinteni, kérdéses, hiszen a beruházó, mint egyén nem tekinthető a nemzetközi szerződések klasszikus megkötőjének.

⁷⁶³ A Washingtoni Egyezmény 25. cikke alapján.

⁷⁶⁴ ICSID Reports 26, p.9.

⁷⁶⁵ A Washingtoni Egyezmény 25. cikk (1) bekezdése alapján.

⁷⁶⁶ Az ICSID Egyezmény 27.cikk(1) bekezdése, United Nations, Treaty Series, vol. 575.

A rendelkezés az Egyezményben részes államokat kötelezi, tehát amennyiben a részes állam honosa/állampolgára választottbírószághoz fordul, az állam nem gyakorolhat diplomáciai védelmet.⁷⁶⁷ Mindazonáltal ez sem jelenti a diplomáciai védelem eszközének automatikus kizárását a beruházással kapcsolatos viták esetén.⁷⁶⁸

Bár Amerasinghe szerint létezik olyan szokásjogi szabály, mely a beruházó-állam, és állam v. állam vitarendezési eszközöket csak egymás alternatívájaként engedi használni. 1960-ban és 1967-ben az OECD egyezménytervezete a külföldi tulajdon védelméről hasonlóan rendelkezett a kötelező állam és állam közötti, és a választható beruházó-állam közötti választottbíráskodás tekintetében. A tervezet aszerint koordinálta a két vitarendezési mechanizmust, hogy a beruházó-állam viszonylatú választottbíráskodást csak abban az esetben engedélyezte, ha az állam 6 hónapon keresztül elmulasztotta az eljárás megindítását a másik állammal szemben. Még fontosabb, hogy az Egyezménytervezetek felfüggesztik a beruházó-állam választottbíráskodást akkor, ha az állam mégis eljárást indít.⁷⁶⁹

Más a helyzet, ha a felek úgy döntenek, hogy az államok közötti eljárások helyett az ICSID Egyezmény szerinti vitaleintézési eljárást veszik igénybe.

Míg Juliane Kokott 2002-es jelentésében,⁷⁷⁰ és Dugard a negyedik jelentésben a diplomáciai védelemről⁷⁷¹ kifejti, hogy a BIT és ICSID eljárások egyértelműen kizárják a diplomáciai védelmet,⁷⁷² a Nemzetközi Jogi Bizottság 2004-es tervezetében már finomabban fogalmaz: „a BIT és ICSID vitarendezési klauzulái a legtöbb esetben kizárják a diplomáciai védelem alkalmazásának lehetőségét.”⁷⁷³ A Nemzetközi Jogi Bizottság 2006-os tervezetének rendelkezései még tovább mentek, amikor arról rendelkeztek, hogy a diplomáciai védelem olyan mértékig alkalmazható, hogy ne ütközzön a beruházásvédelmi

⁷⁶⁷ Gyakorlatilag ez megfelelne annak az általános szabálynak, hogy a diplomáciai védelem jogáról az állam mondhat csak le, hiszen a diplomáciai védelem továbbra sem az állampolgár jogosultsága.

⁷⁶⁸ A nem-ICSID választottbírószági szabályok nem is rendelkeznek a diplomáciai védelem kifejezett kizárásáról.

⁷⁶⁹ OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property (1963), International Legal Materials 241, Art 7, pp.257-258., OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property 1968, International Legal Materials 117, art 7, pp.132-133.

⁷⁷⁰ Julianne Kokott's Interim Report on "The Role of Diplomatic Protection in the Field of the Protection of Foreign Investment" to the Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property of the International Law Association, in Report of the Seventieth Conference, New Delhi (2002),

⁷⁷¹ J. Dugard: Fourth Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/530/Add.I, para. 108.

⁷⁷² J Kokott: Interim Report on the Role of Diplomatic Protection in the Field of the Protection of Foreign Investment, in Report of the Seventieth ILA Conference (ILA London, 2002), p.265.

⁷⁷³ Nemzetközi Jogi Bizottság 2004, Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries in Official Records of the General Assembly, Sixty-First Session, Supplement no. 10 (A/59/10) p.89.

szabályokba.⁷⁷⁴ Ez utóbbi megállapítás sokkal inkább megerősíti azt a nézetet, miszerint a diplomáciai védelem és a beruházásvédelmi választottbíráskodás párhuzamos alkalmazása nem elképzelhetetlen dolog, sőt egyre gyakoribb a nemzetközi joggyakorlatban. Erre hoz példát Schreuer, amikor egy olyan esetet vázol fel, amikor a beruházó kettős állampolgársággal rendelkezik, vagy állampolgársága nem megállapítható. Így amennyiben a beruházó egyik állampolgárságát adó állam nem részese az Egyezménynek, előfordulhat, hogy ugyanabban a vitás ügyben mindkét jogi eszköz alkalmazásra kerül.⁷⁷⁵

Mégis a Banro ügyben⁷⁷⁶ felállított választottbíróóság első látásra más irányba terelte a joggyakorlatot. Az ügyben a kanadai honosságú anyavállalat a diplomáciai védelem eszközét használta, mialatt az amerikai leányvállalat az ICSID vitaelintézési rendszerét javasolta. A választottbíróóság kijelentette, hogy „ha egyszer az ICSID bírászkodás elérhető a külföldi beruházásból származó viták elintézésére, a diplomáciai védelem eszköze ki van zárva, a beruházónak a továbbiakban nincs joga diplomáciai védelmet kérni, és a beruházó állampolgársága szerinti államnak sincs a továbbiakban joga, hogy diplomáciai védelmet nyújtson a beruházónak.”⁷⁷⁷ A választottbíróóság (Tribunal) azt is kifejtette, hogy az Egyezmény célkitűzéseivel ellentétes lenne a beruházás szerinti államot kitenni ugyanakkor, mind a diplomáciai beavatkozásnak, mind a választottbíráskodásnak. Ennek fényében a választottbíróóság úgy döntött, hogy a cégek csoportja nem veheti igénybe mind a diplomáciai védelmet az anyavállalatán keresztül, mind a választottbíráskodást a leányvállalatán keresztül.

A már említett Autopista v. Venezuela ügy⁷⁷⁸ is érinti a diplomáciai védelem kontra ICSID eljárás kérdését, itt azonban azzal a különbséggel merül fel a két jogi eszköz párhuzamos igénybevételének kérdése, hogy a társaság nevében diplomáciai fellépést eszközölő állam, Mexikó nem részes állama az ICSID Egyezménynek, így nem köti a 27. cikk kizáró rendelkezése. A bíróság szerint azonban „annak ellenére, hogy Mexikó fellépése megvalósítja a kizárt jogi eszköz alkalmazását, ez nincs hatással a választottbíróóság joghatóságára, mely a 25. cikk (2) bekezdésén alapul.”⁷⁷⁹

⁷⁷⁴ Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10). Draft Articles on Diplomatic Protection, Art. 17.

⁷⁷⁵ C. Schreuer: *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, p.400.

⁷⁷⁶ Omar E. Garcia-Bolivar: *Special Report on ICSID Jurisdiction*-www.bg-consulting.com, p.4.

⁷⁷⁷ Omar E. Garcia-Bolivar: *Special Report on ICSID Jurisdiction*, p.4.

⁷⁷⁸ *Autopista Concesionada de Venezuela CA v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Case No. ARB/00/5),

⁷⁷⁹ *Autopista Concesionada de Venezuela CA v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Case No. ARB/00/5), para.140.

Érdemes azonban további vizsgálatoknak alávetni a diplomáciai védelem és a beruházásvédelmi választottbíráskodás kapcsolatát. Az ICSID Egyezmény 27. cikk (1) bekezdése szerint még egy ilyen helyzetben is alkalmazható a diplomáciai védelem eszköze, amennyiben a másik szerződő fél nem hajtja végre az ilyen eljárásokban hozott döntést. Általában a beruházásban érintett felek csak végső esetben fordulnak állampolgárságuk szerinti államhoz annak segítségét kérve.

3.4 A párhuzamos igényérvényesítés lehetősége

Douglas szerint azzal, hogy a beruházásvédelmi választottbíráskodás nem tekinthető egyszerűen a diplomáciai védelem egy speciális formájának, a beruházásvédelmi szerződések megsértése a beruházó számára jelent közvetlen jogsértést, az egyén érdekeinek, jogának megsértését. Amennyiben *Douglas* érvelése helytálló a beruházó állampolgárságát adó állam/honos állam nem lesz jogosult a diplomáciai védelem gyakorlására a beruházóra és a beruházásra vonatkozó szabályok megsértése esetén.⁷⁸⁰

Véleményem szerint azonban a beruházók számára a beruházásvédelem vonatkozásában jogokat biztosító szerződések ugyanúgy az államokat is kötelezik és alapvetően államközi rendszerű normákról van szó, így ilyen kategorikusan nem lehet kizárni az államokat a felelősség érvényesítésének jogából, azzal, hogy nem feltétlenül az államok érdekeltségei sérülnek elsősorban. Így sokkal elfogadhatóbb megközelítésnek tekinthető *Pellet* álláspontja, aki szerint ha „a diplomáciai védelem eszköze olyan területen érvényesül, mint például a magánszemélyek gazdasági érdekeinek védelme, akkor más mechanizmusokkal párhuzamosan érvényesülhet, így például az ICSID vitarendezési rendszerével, amely magánszemélyek számára közvetlen hozzáférést biztosít a nemzetközi joghoz.”⁷⁸¹ Sőt a Nemzetközi Bíróság az *ELSI*-ügyben arra is rámutatott, hogy a diplomáciai védelem is alkalmas eszköz lehet a beruházásvédelmi szerződések megsértése esetén a felelősség érvényesítésére.⁷⁸² A nemzetközi joggyakorlatban inkább az az eset ritka, hogy a *lex specialis* szerződések által biztosított választottbíráskodás lehetőségének felhasználásával a beruházó-állam közötti vitában, az állam elveszítette volna jogát a diplomáciai védelemre ebben a viszonylatban. Megvizsgálva például a hasonló helyzetben levő emberi jogi védelmi rendszert, ott is azt tapasztaljuk, hogy a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi

⁷⁸⁰ *Paparinskis Martins: Investment Arbitration and the Law of Countermeasures- British Yearbook of International Law, Volume 79, 2008., p.288.*

⁷⁸¹ *Pellet: The Second Death of Euripide Mavrommatis? Notes on the International Law Commission's Draft Articles on Diplomatic Protection*

⁷⁸² *Elettronica Sicula S.p.A.(ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, p.15.*

Egyezségokmánya és az Emberi Jogok Európai Egyezménye mind az állam kontra állam viszonylatban, mind az egyén kontra állam viszonylatában eljárási lehetőséget biztosítanak, erősítve a párhuzamos igényérvényesítés elképzelését.

A Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációs tervezetei is foglalkoztak a témával, így például az Államok felelősségéről szóló tervezet⁷⁸³ kidolgozása során az ötödik speciális megbízott Crawford leszögezte, hogy azok a másodlagos kötelezettségek, melyek egy jogsértésből származhatnak kötelezettséget jelenthetnek közvetlenül a kötelezettségek haszonélvezőivel szemben is, ebben az esetben a beruházóval szemben, aki ezáltal „beírja magát” az adott jogviszonyba, mint a szerződés alapján elinduló választottbírósi eljárás másodlagos jogainak hordozója.”⁷⁸⁴ Ezek a megállapítások azt sugallják, hogy ugyanannak az elsődleges jognak a megsértése esetén a felelősség párhuzamos felhívásának elképzelése nem idegen az államok felelősségének nemzetközi szabályozásától. Felmerül a kérdés, hogy ilyen esetben melyik igényérvényesítési forma élvez elsőbbséget. Ennek a kérdésnek a megválaszolásához alapul vehető a Nemzetközi Bíróság tanácsadó véleménye az ENSZ szolgálatában elszenvedett jogsértésekért való jóvátételről. Az ENSZ és az államok egymással konkuráló igényeit illetően a Nemzetközi Bíróság kijelentette „nincs olyan jogszabály, amely egyiknek vagy másiknak elsőbbséget biztosítana, vagy amelyik arra kényszerítené az államot vagy a Szervezetet, hogy tartózkodjon nemzetközi követelések előterjesztésétől. A Bíróság nem lát arra okot, hogy miért ne találhatnának a felek megoldást a jóhiszeműség és a józan ész szabályai alapján.”⁷⁸⁵ Ennek ellenére a Nemzetközi Jogi Bizottság a diplomáciai védelem kodifikációs munkálatai során eltérő következtetésre jutott.

A Nemzetközi Jogi Bizottság megközelítése többször változott a kodifikáció során köszönhetően elsősorban értelmezési problémáknak és annak, hogy a nemzetközi beruházásvédelmi rendszerek lex speciális jellegét illetően viták voltak.

Legfőképpen akörül bontakozott ki vita, hogy a beruházásvédelmi választottbíráskodás léte és igénybevétele kizárja-e egyidőben a diplomáciai védelem jogának létét vagy gyakorlását. Dugard első jelentésében arra az álláspontra helyezkedett, hogy lehetséges a párhuzamos érvényesítés. Véleménye szerint „Az állam nem köteles tartózkodni a

⁷⁸³ Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációs tervezete 2001. Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II (Part Two)

⁷⁸⁴ Crawford: The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Retrospect (2002) 96 American Journal of International Law, p.888.

⁷⁸⁵ Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C. J. Reports 1949, p. 174., pp.184-186.

diplomáciai védelem jogának gyakorlásától, akkor sem, ha az egyén emberi jogi vagy külföldi beruházásvédelmi szerződések alapján jogorvoslatot élvez. A gyakorlatban az állam kétség nélkül tartózkodni fog a diplomáciai védelem jogának alkalmazásától, mialatt a jogsértett állampolgár érvényesíti saját nemzetközi jogorvoslatait, vagy amennyiben lehetséges a kérdéses szerződés alapján fennálló jogai érvényesítésében követi az egyént.⁷⁸⁶ De alapvetően az állam nem köteles tartózkodni a diplomáciai védelem gyakorlásától, amennyiben saját jogai is sérülnek, amikor az állampolgárt jogsértés éri.⁷⁸⁷

A negyedik jelentés továbbra is erre az álláspontra koncentrált, megállapítva, hogy a beruházási választottbíráskodás *lex specialis* szabályozásnak minősül, és mint ilyet a diplomáciai védelem joga nem befolyásolja.⁷⁸⁸ Mindamellett a jelentés további kérdéseket vet fel a párhuzamos alkalmazás lehetőségeit illetően. A speciális megbízott negyedik jelentéséhez fűzött kiegészítés tervezett 21. cikke szerint a két jogvédelmi eszköz között összeférhetetlenség van, tehát „amennyiben a kétoldalú beruházásvédelmi szerződések és az ICSID által biztosított vitarendezési eljárásokat igénybe veszik a gazdasági élet szereplői, a diplomáciai védelem általános szabályai nem kerülhetnek alkalmazásra a köztük levő vitában. Mind a kétoldalú beruházásvédelmi szerződések, mind az ICSID Egyezmény egyértelművé teszik ezt.”⁷⁸⁹ Ez a jelentés összességében megállapítja, hogy egyértelmű összeférhetetlenség van a diplomáciai védelem általános szabályai és a kétoldalú, és multilaterális egyezmények által teremtett speciális védelmi rendszer szabályai között, függetlenül attól, hogy mindkettő a beruházások védelmét kívánja biztosítani.⁷⁹⁰

Az ötödik jelentés azonban újra megerősíti az első jelentésben foglaltakat, miszerint mind a diplomáciai védelem, mind a kétoldalú beruházási szerződések a nemzetközi jogsértést elszenvedett egyének, személyek védelmére hivatott jogi eszközök. Egymás kiegészítik és támogatják ennek a célnak az elérésében. Tehát semmiképp nem állnak egymással

⁷⁸⁶ „A complaint from an individual under the European Convention on Human Rights backed by a foreign Government is likewise likely to carry more weight.”, *Soering v UK (Németország beavatkozása)*, ECHR Series A, No. 161 (1989), *Selmouni v France*, Application No. 25803/94, Judgement of 28 July 1999 (Hollandia beavatkozása). *Denmark v Turkey*, Application No. 34382/97, Judgement of 8 June 1999.”-in J Dugard, First Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/506, para. 31.

⁷⁸⁷ J. Dugard: First Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/506, para. 74.

⁷⁸⁸ J. Dugard: Fourth Report on Diplomatic Protection A/CN.4/530, para.6.

⁷⁸⁹ Julianne Kokott's Interim Report on “The Role of Diplomatic Protection in the Field of the Protection of Foreign Investment” to the Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property of the International Law Association, in *Report of the Seventieth Conference*, New Delhi (2002), p. 265., J Dugard: Fourth Report on Diplomatic Protection Addendum, A/CN.4/530/Add.1, para.108.

⁷⁹⁰ J Dugard: Fourth Report on Diplomatic Protection Addendum, A/CN.4/530/Add.1, para.112.

versenyben vagy nem zárják ki egymást.⁷⁹¹ A későbbi dokumentumokban azonban újabb ellentmondások merültek fel. A Nemzetközi Jogi Bizottság 2004-ben elfogadott tervezete a 17. cikk vonatkozásában egy „kötelezettség nélkülség” klauzulát rögzít a többi jogorvoslat és eljárás tekintetében, azonban a 18. cikk azt állítja, hogy „a tervezet nem alkalmazható ott, vagy olyan mértékben, ha összeegyeztethetetlen a speciális szerződéses rendelkezésekkel, beleértve azokat, melyek a társaságok és a társaságok részvényesei, illetve az államok közötti viták elrendezésére vonatkoznak.”⁷⁹² A Kodifikációs Bizottság elnöke szerint, az új 18. cikk megfelel annak az uralkodó megközelítésnek, miszerint a diplomáciai védelem és a beruházásvédelem között legkevésbé van párhuzamosság, az csak az emberi jogi védelem vonatkozásában működik. A kettő közötti kapcsolat sokkal inkább a *lex specialis* viszonylattal értelmezhető, ami annyit jelent, hogy ha a beruházásvédelmi szerződések alapján rendelkezésre álló jogorvoslatok kerülnek érvényesítésre, ez nem jelenti a diplomáciai védelem kizárását.⁷⁹³ Ezzel egyidőben Dugard hetedik jelentésében kijelentette, hogy „a diplomáciai védelem nem ütközik a kétoldalú és multilaterális szerződésekkel, melyek eltérő szabályokat tartalmazhatnak mind az egyén, mind a beruházó társaságok kezelését illetően.”⁷⁹⁴

A 2006-os Nemzetközi Jogi Bizottsági tervezet egyfajta kompromisszumot tartalmaz Dugard kezdeti álláspontja és a 2004-es tervezet között. Mivel a diplomáciai védelem általános kizárásának az álláspontja lekerült a napirendről, és a diplomáciai védelem befolyását is tagadták a *lex specialis* eszközök vonatkozásában, a párhuzamos érvényesítés elképzelése háttérbe szorult, a *lex specialis* rendszereket, mint lehetséges alternatívákat említve.

Amennyiben azonban elfogadjuk, hogy az állam és a beruházó is jogosult a jogsértés esetén fellépni, és a kétfajta igényérvényesítési mód nem zárja ki egymást,⁷⁹⁵ kérdés, hogy amennyiben a beruházó által kezdeményezett beruházásvédelmi vitában már döntés született ez hogyan befolyásolja az állam diplomáciai védelem gyakorlásához fűződő jogát? Mivel a felelősség felhívásának joga különböző, a két jogi eszköz alkalmazása egymást kiegészítő, támogató hatású is lehet. Azonban az egyik jogi eszköz

⁷⁹¹ J Dugard: Fifth Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/538 20-21, para. 44.

⁷⁹² ILC, Title and Text of the Draft Articles Adopted by the Drafting Committee on the First Reading, A/CN.4/L.647, 17. cikk

⁷⁹³ Diplomatic Protection: Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Rodriguez-Cedeno

⁷⁹⁴ J Dugard: Seventh Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/567, para. 88.

⁷⁹⁵ Simma és Pulkowski szerint az állam felelősségének megállapítása független attól, hogy kinek volt joga annak felhívására és milyen módon tette azt. –in: *Of Planets and Universe: Self-Contained Regimes in International Law* (2006) 17 *European Journal of International Law*, p.525.

érvényesítésével meghozott döntés tekinthető–e a másik jogérvényesítés tekintetében res judicata hatásúnak. A Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációs munkálatai során Olaszország ezzel kapcsolatban megjegyezte: „hogyan amikor egy alternatív eljárás - akár az állam részéről, akár az egyén részéről - egy független és pártatlan bíróság által elfogadott kötelező döntést eredményez, a diplomáciai védelem gyakorlására már nincs oka az államnak, mivel a megtett intézkedések egy sokkal biztosabb kiküszöbölését jelentik az elkövetett jogsértő aktus jogkövetkezményeinek.”⁷⁹⁶

Mégis a kodifikáció során is a vita tárgyát képező probléma megoldásaként általánosan elfogadott álláspontként jelenik meg az, hogy a diplomáciai védelem szabályozásában a lehetőséget meg kell adni az államoknak a diplomáciai védelemre, és a választás szabadságát is a jogsérelmet szenvedett államoknak és polgáraiknak, hogy a számukra legmegfelelőbb jogvédelmi eszközt válasszák, legyen ez akár a beruházásvédelmi egyezmények által biztosított is. Ez azt jelentené, hogy az államok, társaságok és részvényesek jogosultak lennének a kétoldalú beruházásvédelmi egyezmények által felkínált jogosultságok elfogadására anélkül, hogy kizárnák jogukat a diplomáciai védelemre, amely támogathatja, illetve kiegészítheti követeléseiket nemzetközi szinten. Mindenesetre az ICSID Egyezmény 27. cikkének (1) bekezdése egyes értelmezések szerint felfogható a diplomáciai védelem gyakorlásának jogáról való lemondásnak, mivel a beruházó és az állam egyetértettek abban, hogy választottbíróshoz fordulnak és ezzel ilyen módon keresnek jogorvoslatot a bekövetkezett jogsértésre. Felfogható azonban úgy is, hogy az Egyezmény 27.cikkének alkalmazása csak felfüggeszti a diplomáciai védelem gyakorlásának jogát, és a választottbírósi döntés megsértése a diplomáciai védelem jogának feléledését jelenti az eredeti jogsértéssel kapcsolatban.⁷⁹⁷ Az Egyezmény gyakorlatát átvizsgálva sokkal valószínűbbnek tűnik, hogy a diplomáciai védelem joga csak felfüggesztődik, és azon kötelezettségvállalás, hogy nem fordulnak más jogorvoslati eszközhöz, nem a jog létezését érinti, hanem csak annak gyakorlását.⁷⁹⁸ Az ICSID Egyezmény 27. cikkének megfogalmazásával az lehetett a cél, hogy megteremtse annak a lehetőségét, hogy amennyiben a vita a beruházó és a beruházás szerinti állam között merül

⁷⁹⁶ Diplomatic Protection: Comments and Observations Received from Governments, A/CN.4/561/add.2, paras.7-8.

⁷⁹⁷ Az eljárás végeztével a közvetlen igényérvényesítés folytán megszületett döntések kötelezőek, és egyenértékűek a nemzeti bíróságok által hozott jogerős döntésekkel. Amennyiben az államok nem alkalmazkodnak a döntéshez, ez az ICSID Egyezmény megsértését eredményezi, és a diplomáciai védelem jogának feléledéséhez vezet a beruházó állampolgársága szerinti állam számára.

⁷⁹⁸ Paparinskis Martins: Investment Arbitration and the Law of Countermeasures- British Yearbook of International Law, Volume 79, 2008., p.310.

fel a beruházó állampolgársága szerinti állam, attól függetlenül, hogy joga lenne rá, nem gyakorolja a diplomáciai védelem jogát, hanem meghagyja a beruházó számára a lehetőséget, hogy közvetlenül saját jogát érvényesítse a nemzetközi választottbíráskodás fórumát kihasználva. A 27. cikk rendelkezései szerint azonban a diplomáciai védelem joga feléled abban az esetben, ha a jogsértő állam nem tarja be a választottbíróság döntését. Ebben az esetben a beruházó állama, aki egyébként a 27. cikk kötelezettje is egyben, és addig tartózkodnia kell a diplomáciai védelem gyakorlásától, nemzetközi szinten felléphet, és igényt érvényesíthet, hivatkozva az ICSID Egyezmény rendelkezéseinek megsértésére.⁷⁹⁹

A kettős védelem lehetőségét *Tanaka* bíró és *Jessup* is elismeri a *Barcelona Traction*-ügy kapcsán kifejtett álláspontjaik alapján: „Az igaz, hogy a nemzetközi jognak nincs olyan szabálya, mely megengedné a diplomáciai védelem két formáját a társaságok és azok részvényesei számára, de a nemzetközi jognak olyan szabálya sincs, amely akár megtiltaná a kettős védelmet. Úgy tűnik, hogy egy joghézag létezik itt, amit értelmezéssel kell betölteni, amely a diplomáciai védelem szellemiségéből fakad”. Ezek a megállapítások véleményem szerint a jogi személyek diplomáciai védelmének hozzáigazítását segíthetik a már létező és jól működő beruházásvédelmi egyezmények rendszeréhez.

3.5 A Diallo-ügy - talán egy új precedens felé

Ez az ügy volt a Bíróság első lehetősége arra, hogy foglalkozzon a diplomáciai védelem kérdésével a Nemzetközi Jogi Bizottság tervezetének nyilvánosságra kerülése óta.

1998. december 28-án a Guineai Köztársaság Kormánya kérelmet nyújtott be a Nemzetközi Bírósághoz a Kongói Demokratikus Köztársasággal szemben egy guineai állampolgár személyét ért nemzetközi jogsértések címén.⁸⁰⁰ Guinea szerint Ahmadou Sadio Diallot, egy guineai üzletembert jogtalanul börtönöztek be a kongói hatóságok, megfosztották jelentős beruházásaitól, üzleteitől, vagyonától, bankszámláitól, aztán

⁷⁹⁹ C. Schreuer: im.p.408.

⁸⁰⁰ Ahmadou Sadio Diallo, egy guineai üzletember, aki a Kongói Demokratikus Köztársaságban élt 32 évig. Diallo letelepedését követően 10 évvel 1974-ben egy import-export cég, az Africom-Zaire korlátozott felelősségű társaság alapítója és ügyvezetője lett. 1979-ben az Africom-Zaire (Africom) másik két partnerrel megalapította az Africontainers-Zaire (Africontainers). Bár 1980-ban a két partner kivonult a cégből, amelyben így a tőke 60%-t az Africom és 40%-t Diallo úr birtokolta, aki az Africontainers ügyvezetője lett. Mind az Africom, mind az Africontainers az 1980-as években problémákkal szembesült, Diallo és üzletfelei között megromlott a viszony és Diallo egy sor eljárást indított, hogy behajtsa az üzletfelei tartozását és néhány olyan összeget, mellyel az állam tartozott a cégnek. Diallot végül kiutasították Zaire-ből. Guinea azt állította, hogy Diallo kiutasítása annak érdekében történt, hogy megakadályozzák őt a különböző tartozások visszaszerzésében, melyeket az állam halmozott fel a céggel szemben.

kiutasították.⁸⁰¹ A Guineai Köztársaság szerint Diallo őrizetbe vétele, fogvatartása, és kiutasítása megsértette a külföldiekkel való bánásmód „minimum standard” elvét.⁸⁰² Tehát a kérelem célja egyértelműen az volt, hogy diplomáciai védelmet nyújtson Diallonak, egyrészt Diallo személyhez fűződő jogainak megsértése miatt, másrészt az ügyben érintett gazdasági társaságban betöltött tagsági jogviszonyából folyó jogainak megsértése címén.⁸⁰³ A Kongói Demokratikus Köztársaság arra hivatkozott, hogy a jogsértések a Diallo által alapított cégek jogait érintették, illetve sem Diallo, sem a cégek nem merítették ki a helyi jogorvoslatokat.⁸⁰⁴ Guinea, mind a részvényesek közvetlen jogainak megsértése miatt, mind a társaságot ért jogsértés miatt diplomáciai védelmet kívánt gyakorolni és jogi érvelését a Barcelona Traction-ügy megállapításaira vezette vissza. Indoklása szerint a társaság részvényesének állama diplomáciai védelmet nyújthat a részvényesnek, abban az esetben, ha az állam részéről eszközölt jogsértő intézkedések a cég részvényeseinek saját jogait sértik, másrészt kivételesen megengedett, hogy a társaság nevében más állam is diplomáciai védelmet gyakoroljon, így Guinea is, ha a társaság vonatkozásában a honosságot adó állam követ el jogsértést, tehát a főszabály szerint diplomáciai védelemre jogosult állam.⁸⁰⁵

Guinea azt is kiemelte, hogy a külföldi beruházások védelme tekintetében egy speciális szerződéses rendszer alakult ki a nemzetközi jogban, melyek rendelkezései közvetlenül az államok és a külföldi beruházók között érvényesülnek. A Nemzetközi Bíróság azonban úgy

⁸⁰¹ Application Instituting Proceedings, 28. December 1998. General List No. 103 Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) para. 19.

⁸⁰² Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) Preliminary Objections, 24 May 2007, No.103., para. 1. (továbbiakban Diallo, Preliminary Objections)

⁸⁰³ Guinea a diplomáciai védelem nyújtásával kártérítést követelt Diallo nevében, mivel az üzletember kb. 31 milliárd US dollárt veszített, és több mint 4,7 milliárd US dollár veszteséget számolhatott el Guinea is közvetlenül az események miatt.

⁸⁰⁴ Guineának azt kellett bizonyítania, hogy Diallo kimerítette valamennyi elérhető jogorvoslati eszközt Kongóban, vagy ha nem akkor azt kellett igazolnia, hogy milyen különleges körülmények támasztották alá azt a tényt, hogy nem merítette ki azokat, másrészt Kongónak kellett bizonyítania, hogy volt elérhető és hatékony jogorvoslat a hazai jogi rendszerben azzal a döntéssel szemben, mely eltávolította Diallot a területről és melyet Diallo nem merített ki. A felek közötti vita leglényegesebb pontja az volt, hogy az az intézkedés, melyet Kongó tett Diallo ellen egy kitiltó vagy a belépést megtiltó határozat volt. Ennek a különbségtételnek a fontossága abban rejlik, hogy a kongói jog szerint a területre való belépést megtiltó határozat megfellebbezhetetlen ellentétben a kitiltó határozattal. A Bíróság úgy foglalt állást, hogy Kongó kifogása hogy Diallo elmulasztotta kimeríteni a helyi jogorvoslatokat nem támogatható, mert Kongó nem bizonyította, hogy Diallo elmulasztott kimeríteni bármely hatékony jogi vagy adminisztratív jogorvoslatot, mely elérhető volt számára. A Bíróság úgy ítélte meg, hogy a Diallo ellen hozott határozat valódi hatása egyfajta belépést megtiltó rendelkezés volt, és mint ilyen nem lehet tárgya fellebbezésnek a kongói jog szerint.

⁸⁰⁵ „Abban az esetben, ha az állam nemzetközi jogsértő tevékenysége közvetlenül sérti a részvényesek jogait, a társaság jogaitól elkülöníthetően, az ilyen részvényesek állampolgársága szerinti állam jogosult diplomáciai védelmet nyújtani az állampolgárainak.” in International Law Commission, Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, Art. 12.

találta, hogy ez a speciális szerződési gyakorlat nem feltétlenül jelenti azt, hogy bármilyen változás történt a diplomáciai védelem szokásjogi szabályaiban, ez pontosan az ellenkezőjét is jelezheti.⁸⁰⁶

Kongó azzal érvelt, hogy ezek a közvetlen jogok nem kerültek megsértésre⁸⁰⁷ és csak azon jogok diplomáciai védelme lenne lehetséges, melyek a társaság és a részvényesek közötti viszonytal kapcsolatosak.⁸⁰⁸ „Független testületi személyiséget adni egy társaságnak magában foglalja a saját tulajdona, jogai feletti jogok garantálását, mely kizárólagosan védelmet élvez. Ennek eredményeképp csak az állampolgárság szerinti állam gyakorolhat diplomáciai védelmet a társaság nevében, ha annak jogait sérelem éri a másik állam részéről.”⁸⁰⁹ Végül a Bíróság elutasította a kongói kifogást arra tekintettel, hogy Guineának joga van védelmébe venni Diallo közvetlen jogait.⁸¹⁰ A Bíróság szerint a részvényesek, illetve tagok állampolgárságának megfelelő állam diplomáciai védelemben részesítheti azokat a jogokat, melyeket ezek a személyek birtokolnak ugyanolyan módon, mint más állampolgárai által birtokolt jogok esetén. „Ezen az alapon egy korlátolt felelősségű társaság részvényesei közvetlen jogainak védelme nem tekinthető a természetes és jogi személyek diplomáciai védelmének a nemzetközi szokásjogból eredeztethető általános jogi szabályozása alól való kivételnek.”⁸¹¹

Guinea kérelmének azon része vonatkozásában, miszerint védelmet kíván nyújtani Diallo cégeinek is, Kongó kifejtette, hogy sem a Bíróság joggyakorlata, sem az államok gyakorlata nem ismeri el az ún. helyettesítő védelem doktrínáját. Guinea azzal érvelt, hogy az *equity infra legem* figyelembe vétele lehetővé teszi, hogy a cégek érdekében fellépjen, hiszen a jogsértő állam ugyanaz, mint a két cég honosságát adó állam.⁸¹² Ezen tény figyelembevételének a fontossága pedig a Barcelona Traction-ügyben is elismerésre került, mikor a Bíróság úgy fogalmazott: „a diplomáciai védelem területén, mint minden más területén a nemzetközi jognak, szükséges, hogy a jog ésszerűen kerüljön alkalmazásra. Épp ezért, ha egy adott ügyben nem lehetséges a diplomáciai védelem általános szabályainak alkalmazása, a méltányosság elve megköveteli a részvényesek védelmének lehetőségét

⁸⁰⁶ Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) Preliminary Objections, Judgment of 24 May 2007, para. 90.

⁸⁰⁷ Diallo, Preliminary Objections, para.51.

⁸⁰⁸ Diallo, Preliminary Objections, para.51.

⁸⁰⁹ Diallo, Preliminary Objections, para.61.

⁸¹⁰ Diallo, Preliminary Objections, para.67.

⁸¹¹ Diallo, Preliminary Objection, para.64.

⁸¹² Diallo Preliminary Objections

adott esetben saját államuk részéről.”⁸¹³ Guinea hivatkozott választottbírói ítéletekre és az Emberi Jogok Európa Bizottságának döntéseire is, a Nemzetközi Jogi Bizottság tervezetének 11 (b) pontjára, illetve az ICSID-et létrehozó Washingtoni Egyezményre és az ICSID és az Irán-USA Igénybizottság joggyakorlatára is azzal érvelve, hogy a nemzetközi szokásjog megengedi a részvényesek államainak a diplomáciai védelem nyújtását a társaság jogainak sérelme esetén is, ha a társaság a jogsértő állam honosa.⁸¹⁴

A Bíróság úgy találta, hogy Guinea érvei nem teremtettek semmilyen olyan általános kivételt a nemzetközi szokásjogban, mely megengedné a kiegészítő jellegű védelmet.⁸¹⁵ A kétoldalú beruházásvédelmi szerződések és a Washingtoni Egyezmény nem elégségesek egy új szokásjogi norma megteremtéséhez, éppenhogy lehetséges bizonyítékai egy ellentétes tartalmú szokásjogi szabálynak.⁸¹⁶ A Bíróság álláspontja szerint a nemzetközi döntőbírók döntései sem teremtenek olyan szokásjogi szabályokat, melyeket Guinea állított.⁸¹⁷ A Bíróság nem oldotta meg azt a kérdést sem, hogy a nemzetközi szokásjog elismer-e egy olyan sokkal korlátozottabb szabályt, miszerint a részvényesek állama diplomáciai védelmet nyújthat a társaságnak helyettesítő jelleggel, abban az esetben, ha a társaság a jogsértő államban azért került bejegyzésre, hogy üzleti tevékenységet végezhesen.⁸¹⁸ Így ebben a tekintetben elutasította Guinea kérelmét és támogatta Kongó pergátló kifogását.⁸¹⁹

A Bíróság állásfoglalásával kitartott azon meggyőződése mellett, hogy a nemzetközi szokásjog a diplomáciai védelem általános szabályai alól való kivétel egy jóval szűkebb körét/ esetét ismeri el, mint amelyet a Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációja során rögzített.⁸²⁰ Mindenestre a Bíróság tett néhány fontos megállapítást azokról a kérdésekről,

⁸¹³ Barcelona Traction ICJ Rep 3, 48

⁸¹⁴ Diallo Preliminary Objections

⁸¹⁵ Diallo, Preliminary Objections, para.89.

⁸¹⁶ Diallo, Preliminary Objections, para.90.

⁸¹⁷ Diallo, Preliminary Objections, para.90.

⁸¹⁸ Diallo, Preliminary Objections, para.91. A Bíróság azért tartotta ezt szükségtelennek, mert nem volt arra bizonyíték, hogy bármilyen kongói rendelkezés megkövetelte volna Diallotól a két cég bejegyzését, inkább, mint hogy a saját neve alatt működjön vagy egy másik államban bejegyzett cégen keresztül.

⁸¹⁹ Alvarez-Jimenez szerint a Bíróság hallgatásával mindenképpen kihátrált a Barcelona Traction-ügyben felállított kivételek mögül, és egyértelműen a bejegyzési szerinti állam monopóliumát erősítette meg a diplomáciai védelem nyújtásának jogát illetően.- im.p.453.

⁸²⁰ Alberto Alvarez-Jimenez egyenesen azt állította, hogy a Bíróság felettébb kétségesnek minősítette azt, hogy a Nemzetközi Jogi Bizottság által felállított kivételek valaha is alkalmazásra kerülnek. Hivatkozva az ILC kommentárjára azt is kétségessé tette, hogy ezeknek a kivételeknek valódi szokásjogi jellege lenne, hiszen állítása szerint a Nemzetközi Jogi Bizottság néhány állam és pár bírói döntés áttekintése után döntött ezek meghatározása mellett.-in Foreign Investor, Diplomatic Protection and the International Court of Justice's Decision on Preliminary Objections in the Diallo case, 33 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 437 2008, p.452.

melyek esetében a Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikálta a nemzetközi szokásjogot. Foglalkozott a helyi jogorvoslat kimerítésének szabályával kapcsolatos bizonyítási teherrel, illetve jelentős megfigyeléseket tett a részvényesek közvetlen jogainak természetéről. A Barcelona Traction-ügy óta először a Bíróság különleges figyelmet szentelt annak a kérdésnek, hogy a nemzetközi szokásjog megengedi-e a részvényesek államának azon társaság jogainak a diplomáciai védelmét, melynek részvényesei az állampolgárai. A Bíróság a Diallo-ügyben is elkerülte, hogy a részvényesek közvetlen jogainak a természetéről és a tartalmáról pontos megállapításokat tegyen, azonban hasonlóan a Barcelona Traction-ügyhöz, különbséget tett a társaság és a részvényesek jogai között. A Barcelona Traction-ügy megállapításaihoz való merev ragaszkodásával azonban a Bíróság visszalépett az ELSI-ügyben már szélesebbé vált megközelítéshez képest a részvényesek jogait illetően.⁸²¹ Az ELSI-ügy megközelítését a Diallo-ügyben is alkalmazhatták volna. Az, hogy nem tették arra utalhat, hogy a Bíróság visszakanyarodott a Barcelona Traction-ügyben tett állásfoglalásához. Annyi mindenképpen továbblépést jelent, hogy a Bíróság tisztázta a részvényesek közvetlen jogainak pontos forrását. Elsősorban a Barcelona Traction-ügynek köszönhetően az uralkodó álláspont ugyanis az volt, hogy ezeket a közvetlen jogokat sokkal inkább a bejegyzés államának nemzeti joga határozza meg,⁸²² mint a nemzetközi jog általános szabályai.⁸²³ Oda bíró azonban az ELSI-ügyben kifejtette, hogy a részvényesek jogai bármelyik forrásból származhatnak, gondolva itt a bejegyzés szerinti állam nemzeti jogára és a jog társaságokkal kapcsolatos általános elveire.⁸²⁴ Mindenesetre a két eltérő megközelítés meghiúsította mindaddig a részvényesek jogainak pontos meghatározását. Bár a Nemzetközi Jogi Bizottság megpróbálta összhangba hozni a két megközelítést mikor azt állította, hogy „a legtöbb esetben a részvényesek közvetlen jogai a bejegyzés szerinti állam nemzeti joga által kerülnek meghatározásra. Ha a társaság a jogsértő államban került bejegyzésre, akkor a társasági jog általános elveinek felhívására kerülhet sor annak érdekében, hogy a külföldi részvényesek ne kerüljenek diszkriminatív helyzetbe.”⁸²⁵

⁸²¹ Az ELSI-ügyben megengedte a Bíróság, hogy az USA kérelmet nyújtson be Olaszországgal szemben egy olasz cég által elszenvedett károk miatt, melynek részvényeit teljes egészében két amerikai cég birtokolta.

⁸²² Mindamellert a Barcelona Traction-ügyben a Bíróság olyan kijelentésével is találkozhatunk miszerint kizárólag azok a részvényesi jogok érvényesíthetők a diplomáciai védelem útján, melyek azon állam nemzeti joga által elismertek, mely a korlátolt felelősségű társaság bejegyzését figyelembe veszi.

⁸²³ Stephen J Knight, Angus J O'Brien: Case Note: Ahmadou Sadio Diallo, *Melbourne Journal of International Law* 2008, p.163.

⁸²⁴ ELSI Judgment 1989 ICJ Re 15, p.87-88. (Oda bíró különvéleménye)

⁸²⁵ Draft Articles on Diplomatic Protection, p.67.

A Bíróság a Diallo-ügyben végül is azt a megközelítést választotta, hogy a részvényesek jogait⁸²⁶ a bejegyzés szerinti állam nemzeti joga határozza meg.⁸²⁷ Ezek a jogok magukban foglalhatják az osztalékhoz való jogot, a szavazáshoz való jogot a közgyűléseken.⁸²⁸ A Diallo-ügyben további közvetlen részvényesi jogok is felmerülnek; így vagyoni jogok, mint például az osztalékhoz való jog és funkcionális jogok, mint például az ellenőrzéshez, felülvizsgálathoz való jog és más kiegészítő jogok. Ezek a jogok jóval szélesebb körűek, mint a Barcelona Traction-ügyben hozott példák, és mivel a Bíróság nem jelentette ki, hogy Diallo nem rendelkezhet ezekkel a jogokkal, ezzel elismerte, hogy a részvényeseknek lehetnek ilyen közvetlen jogaik.

A Bíróság a Diallo-ügyben a helyettesítő diplomáciai védelemről is állást foglalt, miszerint a társaság részvényeseinek állama jogosult diplomáciai védelmet nyújtani a társaságnak, ha a jogsértésért felelős állam megegyezik a bejegyzés szerinti állammal. Ennek a doktrínának a jogi alapja a méltányosság figyelembevételén nyugszik, mivel a részvényesek enélkül jogorvoslat nélkül maradnának.⁸²⁹ Ez a fajta helyettesítő doktrína a Barcelona Traction-ügyben is elismerésre került, ahol a Bíróság azt állította, hogy „ez a teória annak érdekében alakult ki, hogy a részvényesek államának joga legyen diplomáciai védelmet nyújtani abban az esetben, ha az az állam, akinek felelősségét felhívják az a társaság honos állama.”⁸³⁰ Végül a Barcelona Traction-ügyben az ezalapján történő ítélezésre nem került sor, hiszen Spanyolország nem volt a cég honos állama, így a doktrína bírósági megerősítés nélkül maradt. Az ELSI-ügyben aztán a helyettesítő doktrína végül érvényesítésre került, precedenst teremtve a kivétel alkalmazására, mégsem teremtett egyértelmű gyakorlatot a diplomáciai védelem tekintetében. A Diallo-ügy megállapításai szerint ugyanis az ELSI-ügyben megállapított lehetőség a helyettesítő védelemre nem jelenti a nemzetközi szokásjog vonatkozó szabályainak változását. Mindamellet a Nemzetközi Jogi Bizottság is támogatta ezt a szabályt kodifikációja során mind a

⁸²⁶ Ezek a jogok magukban foglalhatják az osztalékhoz való jogot, a szavazáshoz való jogot a közgyűléseken. Tanaka bíró különvéleményében további jogokat is felsorol így a részvények átruházásának joga és a részvény tanúsítvány kiadásának követelése is ide tartozik.

⁸²⁷ Diallo, Preliminary Objections, 2007, p.64. A Diallo-ügyben Guinea arra hivatkozik keresetében, hogy kereskedelmi társaságokra vonatkozó szabályozás Kongóban Diallo számára egy sor jogot biztosít, így vagyoni jogokat, mint például az osztalékhoz való jog és funkcionális jogokat, mint például az ellenőrzéshez, felülvizsgálathoz való jog és más kiegészítő jogokat. Ezek a jogok jóval szélesebb körűek, mint a Barcelona Traction-ügyben hozott példák. A Bíróság nem jelentette ki, hogy Diallo nem rendelkezhet ezekkel a jogokkal, ezzel elismerve, hogy a részvényeseknek lehetnek ilyen közvetlen jogaik.

⁸²⁸ Tanaka bíró különvéleményében további jogokat is felsorol így a részvények átruházásának joga és a részvény tanúsítvány kiadásának követelése is ide tartozik.

⁸²⁹ Barcelona Traction (Judgment) (1970) ICJ Reports p. 3, p.44.

⁸³⁰ Barcelona Traction (Judgment) (1970) ICJ Reports p.3., p.48.

Barcelona Traction-ügy, mind az ELSI-ügy megállapításaira hagyatkozva.⁸³¹ A Diallo-ügyben a Bíróság mégis úgy nyilatkozott, hogy a nemzetközi szokásjognak nem része a helyettesítő doktrína,⁸³² illetve a helyettesítő védelmet csak olyan feltételek mellett fogadta el, ha a jogsértő állam annak fejében követelte a cég ott való bejegyzését, hogy az abban az államban üzleti tevékenységet folytathasson.⁸³³ Tehát szűkebbre vonta a kivétel lehetőségét, a helyettesítő doktrína alkalmazási körét.

Mindenesetre míg a *lex specialis* bíráskodásról el lehet azt mondani, hogy a beruházók érdekeit szem előtt tartva egy előnyösebb védelmi lehetőséget építettek ki, a diplomáciai védelem hagyományos szabályozásában még mindig az egyre szükségesebbé váló kivételek körét szűkíti a Bíróság. Legalábbis ennyi mondható el a Nemzetközi Bíróság Diallo-ügyben tett első megállapításairól, az érdemi eljárás lefolytatásának hiányában. Annyi mindenképpen továbblépés a Barcelona Traction-ügyhöz képest, hogy a részvényesi jogok jóval szélesebb körét határozza meg, és a diplomáciai védelem gyakorlása körében benyújtott guineai kereset sokkal inkább ezeket, ezek védelmét helyezi a középpontba. Ezzel a LaGrand és az Avena-ügy tendenciája itt is folytatódik.

4. Megállapítások az egyéni igényérvényesítés eszközeinek együttéléséről

A Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációs tevékenységéről így összességében el lehet mondani, hogy miközben a diplomáciai védelem tradicionális megközelítéséből indult ki, ennek során figyelembe vette és rendezni is kívánta a diplomáciai védelem kapcsolatát a speciális egyéni jogérvényesítés eszközeihez. Ezen törekvései során talán csak abban lehet hiányérzetünk, hogy nem élt azzal a lehetőséggel, hogy bizonyos, általa is kiemelkedő fontosságú esetekben, az államok kötelezettségévé tegye a diplomáciai védelem útján történő igényérvényesítést. Mindenesetre igyekszik leszögezni, hogy: *„A jelen tervezet nem érinti az államok, illetve a természetes személyek, jogi személyek vagy más entitások jogát arra, hogy a nemzetközi jog alapján igénybe vegyen a diplomáciai védelemtől eltérő eljárásokat annak érdekében, hogy jogorvoslatot keressen nemzetközi jogsértések folytán bekövetkezett jogsértésekre.”*⁸³⁴

A diplomáciai védelem eszköze nem zárja ki a nemzetközi igényérvényesítés egyéb útjait. Ahogy a Nemzetközi Jogi Bizottság speciális megbízottja is megfogalmazta, a nemzetközi

⁸³¹ Draft Articles on Diplomatic Protection, pp.62-65.

⁸³² Diallo, Preliminary Objections, p.89.

⁸³³ Diallo, Preliminary Objections, p.93.

⁸³⁴ Draft Articles on Diplomatic Protection Art. 16.

jog általános szabályain túlmenően, melyek a diplomáciai védelem jogintézményét rögzítik az egyéni igények nemzetközi érvényesítésének eszközeként, léteznek olyan nemzetközi szerződések által nyújtott jogorvoslati lehetőségek és mechanizmusok, melyek bizonyos esetben sokkal speciálisabb és hatékonyabb jogvédelmet jelentenek.

Így például az ENSZ égisze alatt létrejött egyezmények⁸³⁵ az egyéni jogok védelmének megteremtése érdekében lehetőséget biztosítanak az államnak, hogy nemzetközi eljárásokban lépjenek fel olyan jogsértések esetén, melyet állampolgáraik ellen követtek el a vonatkozó szerződések rendelkezéseinek megsértésével, de ami a legfontosabb; az egyezmények ellenőrzésére létrehozott bizottságok elé egyéni panasz is betérjeshető. A speciális megbízott konklúziója pedig a következő: „Az emberi jogok számára az hátrányt jelentene, ha a diplomáciai védelmet megszüntetnék (...) és amíg az államok maradnak a nemzetközi kapcsolatok domináns szereplői, az állampolgárokat ért sérelem esetén még mindig az állam által érvényesített igény marad a leghatékonyabb jogorvoslat az emberi jogok védelme tekintetében is.”⁸³⁶

Míg azonban emberi jogi védelmi rendszer és a diplomáciai védelem között megállapítható egyfajta kölcsönös egymásra hatás, addig a diplomáciai védelem és a nemzetközi beruházásvédelem együttélése ennél problematikusabb. A Diallo-ügy szerint az sem jelenti a szokásjog változását a diplomáciai védelem vonatkozásában, hogy nemzetközi választottbírói ügyekben a külföldi befektetők közvetlenül nyújtanak be kérelmet az államok ellen.⁸³⁷ Mindenesre a Bíróság ezzel megerősítette a különbségtételt a helyettesítő doktrína, mint *lex specialis* szabály és a nemzetközi szokásjog között.⁸³⁸ Ez a megközelítés már azért is előnyös, mert nyomatékosabban igyekszik eloszlatni azt a félreértést, miszerint a külföldi befektetők részvételével zajló választottbíráskodás nem más, mint egyfajta delegált diplomáciai védelem.⁸³⁹ Más kérdés, hogy a Bíróságnak emellett arra is lehetősége lett volna, hogy magyarázatot találjon arra, hogy miért nem eredményezett változásokat a nemzetközi szokásjogban a *lex specialis* szabályok ilyen mértékű fejlődése. Talán azért mert míg a hagyományos diplomáciai védelem esetében az állam az, aki az állampolgára érdekében jogot gyakorol, addig a *lex specialis* választottbíráskodás során a beruházó

⁸³⁵ Többek között az 1966-os Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya, 1984-es Kínzás és más kegyetlen, embertelen vagy megalázó büntetések vagy bánásmód elleni Egyezmény.

⁸³⁶ John Dugard: First Report on Diplomatic Protection, UN Doc. A/CN.4/506, 7 March 2000., paras. 28., 32.

⁸³⁷ Diallo, Preliminary objections, p.90.

⁸³⁸ Ezt a különbségtételt az ICSID keretei között zajló választottbíráskodás gyakorlata is megerősíti, l. Camuzzi International SA v Argentina (Jurisdiction) ICSID Case No AERB/03/2 (11 May 2005) p.145.

⁸³⁹ Kate Parlett: Role of Diplomatic Protection in the Protection of Foreign Investments 2007, 66 Cambridge Law Journal, pp.533-535.

közvetlen igényérvényesítési joggal rendelkezik, mely egy teljesen új rendszert, megközelítést feltételez, nem a régi szokásjogi szabályok módosítását. Ha úgy tetszik, a két rendszer egymással párhuzamosan létezik, és nem feltétlenül egymásra hatással. Mindenképpen szem előtt kell tartani azonban azt, hogy a két rendszer együttesen kell, hogy működjön biztosítva a részvényesek védelmét.

Így kijelenthetjük, hogy a jogi személyeknek nyújtható diplomáciai védelem gyakorlata jelenleg nem kielégítő, legalábbis nem reflektál megfelelően a nemzetközi kereskedelmi elvárásokra, és nem segíti kellőképpen a transznacionális beruházások megjelenését.

VI. A disszertáció következtetései

A diplomáciai védelem, mint jogérvényesítő mechanizmus, mint vitarendezési eszköz, mint emberi jogi jogvédelmi eszköz. Már ezek a megállapítások is mutatják a diplomáciai védelem sokoldalúságát, ám jellemzően a diplomáciai védelem fejlődésének egy-egy szakaszát is jelenthetik. Sokan az emberi jogok és az egyéni jogérvényesítés megjelenésével bukásra ítélték a diplomáciai védelmet. Véleményem szerint a kodifikáció eredményeinek figyelembe vételével a diplomáciai védelem gyakorlásának feltételei, szabályozása olyan meghatározott irányt vett, mely garancia lehet arra, hogy a diplomáciai védelem objektív jogi eszközként működik tovább.

A Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációs munkája során javarészt a már létező nemzetközi szokásjogi szabályokat rögzítette, mindamellett néhány ponton eltért, és változtatásokat eszközölt ezekhez képest. Dolgozatomban amellet, hogy az alapvető szabályok és feltételek bemutatására is törekedtem, ezeknek a kritikus pontoknak az elemzését, vizsgálatát igyekeztem elvégezni. Véleményem szerint a modernizált diplomáciai védelem kulcskérdései ezek, melyek alkalmassá és alkalmazhatóvá teszik a diplomáciai védelmet a jelenlegi viszonyok között is.

1. *„Eljárás, amelyben az állam állampolgára nemzetközi joggal összhangban álló bánásmódhoz való jogát érvényesíti.”*

A diplomáciai védelem a klasszikus megközelítés szerint az államok nemzetközi felelősségének érvényesítésére hivatott eszköz. A diplomáciai védelemről szóló tervezet 1. cikke szerint „a diplomáciai védelem a felelősség felhívását jelenti az állam részéről egy másik állam nemzetközi jogsértésével az előző állam természetes vagy jogi személyének okozott sérelmekért.”⁸⁴⁰ Az igényérvényesítés módja ebben az esetben úgy alakul, hogy az állam, melynek az állampolgárát jogsértés éri felléphet egy másik állammal szemben, ha az a nemzetközi jog megsértésével okozta a jogsértést. A felelősség érvényesítésének ezen módja tehát azon a feltételezésen alapul, hogy az egyént ért nemzetközi jogsértés az állampolgárságot adó állam javára keletkeztet felelősséget. Felmerül a kérdés azonban, hogy milyen magatartás eredményezheti az egyén jogainak megsértését, így a diplomáciai védelem nyújtásának alapját. Erre vonatkozóan három elméletet ismertet a dolgozat, melyek közül *véleményem szerint az nemzetközi minimum standard biztosította elvek,*

⁸⁴⁰ Draft Articles on Diplomatic Protection, ILC 58th session, A/CN.4/L/684 (2006) art. 1.

mérce keretei között értékelhető leginkább a külföldiekkel való bánásmód gyakorlata. Az emberi jogok megjelenése nem szüntette meg ezt a standardot, inkább új tartalommal töltötte fel annak kereteit, melynek alapját ma már a nemzetközi emberi jogi egyezmények (szabályok) alkotják. Azzal együtt, hogy a mai nemzetközi gyakorlatban már a diplomáciai védelem nyújtására okot adó jogsértések is tipikusan nemzetközi szerződések megsértésének következményei, a nemzetközi minimum standard továbbra is általános mérceként szolgál.

2. Fenntartható –e a jogi fikció?

A kodifikáció során megvizsgált, és átértékelt tradicionális megközelítés központi eleme az a *fikció* volt, mely az állam jogsértésének minősítette az állampolgárt ért jogsértést, így a vitát a nemzetközi jog szintjére emelve, államok közötti viszonylatban jogalapot teremtett az állam számára a diplomáciai védelemhez való jogának érvényesítésére. Az azóta bekövetkezett változások fényében talán a legkritikusabb kérdés annak eldöntése volt, hogy a diplomáciai védelem jogi eszközének fenntartása és további alkalmazása esetén elfogadható-e ez a megközelítés. Alkalmazható-e az a felfogás, hogy kizárólag az állam jogainak érvényesítéséről van szó, egy olyan nemzetközi jogi környezetben, ahol az egyéni jogok megjelentek és elismerésre kerültek egyezményi szinten. Egyértelmű volt, hogy a diplomáciai védelem jogát is alakítani kell annak a változásnak a fényében, mely Borchard megközelítésétől, miszerint „az egyén jogai kizárólag az állampolgárságuk szerinti állam jogaiból vezethetők le a nemzetközi jogban és csakis állampolgárságuk folytán illeti meg őket” jutott el az egyén jogainak elismeréséig nemzetközi szinten állampolgárságtól függetlenül. *Ennek fényében a diplomáciai védelem szabályozását és gyakorlatát úgy kell átalakítani, hogy az egyéni jogok, melyek megsértése a diplomáciai védelem nyújtását eredményezheti a középpontban maradhassanak, figyelembe véve azt, hogy azok érvényesítésére a jelenlegi helyzetben is az államok rendelkeznek a legmegfelelőbb eszközökkel, illetve jogosultsággal.* Ebben a felfogásban arra is tekintettel kell lenni, hogy mivel az egyének lehetséges jogainak érvényesítéséről van szó, az egyén akarata ellenére nem nyújtható diplomáciai védelem, illetve a jogsértés megállapításának esetére adott kártérítés is az egyént illeti meg. A jogirodalom egyes megközelítései szerint a megoldást a következtetlenségekre az jelentené, ha a diplomáciai védelem kiegészítő jellegű lehetőséggé válna. Az álláspont támogatói szerint a diplomáciai védelem intézményét úgy kellene átalakítani, hogy maga a védelem az egyén jogának érvényesítését szolgálná, de csak

abban az esetben, ha más jogorvoslati lehetőség sem nemzeti, sem nemzetközi szinten nem állna az egyén rendelkezésére. Ez a megközelítés azzal egészülne ki, hogy az állam fellépésére akkor is sor kerülhetne, ha esetlegesen az egyén által igénybe vett nemzetközi jogorvoslat nem hozna kielégítő eredményt, illetve a döntés érvényesítése tekintetében az egyén az állam segítségére szorul.⁸⁴¹ Ez elméletileg megoldást jelentene a fikció következtelenségeire, azonban véleményem szerint a gyakorlatban számos kollíziós problémát eredményezne, nem beszélve a fogalmi tisztázatlanságokról és döntések lehetséges megkettőződéséről.

A diplomáciai védelemhez kapcsolódó fikció egyébként továbbra is segítheti a jogintézmény érvényesülését, hiszen azzal együtt is, hogy elismerjük az egyének jogait és azt, hogy az ezeket ért jogsértés eredményezheti a diplomáciai védelmet, a nemzetközi jog általánosságban még mindig nem minden esetben biztosít jogot ezen jogok közvetlenül az egyének által történő érvényesítésére, eltekintve az emberi jogi egyezmények egyes jogorvoslati mechanizmusaitól. Az egyének jogai között ugyanis a nemzetközi jogban még mindig nem tartják számon a diplomáciai védelem gyakorlásához való jogot. A megmaradó jogi fikció így ezen a ponton továbbra is biztosíthatja az egyéni jogok diplomáciai védelem útján történő védelmét. Mindenesetre csak azért nem utasítható el a diplomáciai védelem intézménye, mert fikción alapszik.

A jelenlegi nemzetközi jogi viszonyok között azonban, az így felállított és korábban elengedhetetlennek minősülő fikció egyes elemeiben már összeegyeztethetetlen a nemzetközi jog hatályos szabályaival. Egyrészt mivel a jogintézmény fikciós jellege ellentmondásokat is magában hordoz. Hiszen miközben az állam saját jogosultságként diplomáciai védelmet gyakorol, annak megengedhetőségül szabott feltételek még mindig az egyénhez köthetők. Ilyen például, hogy a diplomáciai védelem nyújtásához megköveteli az egyén folyamatos állampolgárságát, miközben nemzetközi szinten úgy cselekszik mintha kizárólag őt érte volna nemzetközi jogsértés, tehát átveszi a követelés indokait. Valójában azzal, hogy az állam a jogsértés bekövetkezése után is megköveteli az egyén állampolgárságát, mintegy arra törekszik, hogy fenntartsa a kapcsolatot a jogsértés valódi elszennvedőjével, miközben saját követelésként érvényesíti azt.⁸⁴² Hasonlóképpen nehezen

⁸⁴¹ Orrego Vicuna *The Changing Law of Nationality of Claims: Final Report submitted to the International Law Association Committee on Diplomatic Protection 1999*, pp.7-8.

⁸⁴² Mendelson szerint a tradicionális diplomáciai védelem nemcsak az állam jogainak érvényesítésére szolgált és az állampolgársági kapcsolat megléte pedig szükséges feltétele volt annak, hogy az állam az egyén nevében diplomáciai védelmet gyakoroljon, hiszen az állampolgársági kapcsolat, tehát a személyi szuverenitás ruházta fel erre.

magyarázható a „clean hands „elv alkalmazása a diplomáciai védelem feltételeként, miszerint, ha a jogsértett egyén maga is jogsértést követett el az állam mentesül a diplomáciai védelem nyújtásának feladata alól. Ez a „következmény” megint csak az állam igényeinek összekapcsolódását bizonyítja az egyén személyével, illetve követeléseivel.

A helyi jogorvoslatok kimerítésének a kötelezettsége is, mint a diplomáciai védelem nyújtásának a feltétele az állampolgárt terheli, miközben elvileg a későbbi igényérvényesítés már az állam jogainak védelmét célozza. Akkor tehát miért feltétele az állam jogainak érvényesítésénél, hogy az egyén kimerítse a számára rendelkezésre álló jogorvoslatokat?⁸⁴³ A diplomáciai védelem fikciójával kapcsolatban így egyre többet vetődik fel a kritika, hogy az egyének nemzetközi jogi térnyerésével elveszítette relevanciáját, hiszen ha az egyének lehetnek jogai a nemzetközi jog alapján, érvényesítheti is azokat, miért van szükség az állam közbeavatkozására. A fikció azonban pont az az eljárásjogi eszköz is, melynek segítségével az egyéni jogokat, az állampolgár jogait az állam is érvényesítheti nemzetközi szinten, amennyiben az egyéni igényérvényesítés mégis akadályba ütközik.

3. A diplomáciai védelem gyakorlásának *diszkrecionális jellegét* illetően tapasztalható a legérdekesebb változás. A hagyományos felfogás szerint a diplomáciai védelem az *állam diszkrecionális joga*. Ez a megállapítás a diplomáciai védelemmel foglalkozó szakirodalom egyik központi eleme. Az azonban, hogy ez pontosan mit jelent és lehetséges-e ennek a diszkrecionalitásnak határt szabni, bizonytalan és kidolgozatlan.

Az elmondható, hogy míg a hagyományos megközelítés szerint a diplomáciai védelem nyújtása minden vitán felül kizárólag az állam diszkrecionális döntésén alapszik, addig az abszolút diszkrecionális jellegtől elmozdulva az államok gyakorlata más irányba fejlődik.

A bemutatott nemzeti bírói döntések arról tanúskodnak, hogy a bíróságok az utóbbi időben többnyire érdemben foglalkoztak a magánszemélyek olyan panaszaiival, melyek az állam egy-egy olyan döntését támadták, melyben a diplomáciai védelem nyújtását tagadták meg. Ezek a bírósági eljárások túlnyomórészt elfogadták az állam diszkrecionális hatáskörét, és elismerték azt, hogy a diplomáciai védelem nyújtását illetően az államok a leghivatottabbak a döntés meghozatalára. Mindamelllett a bíróságok döntései szerint, ezek a döntések vizsgálhatók olyan értelemben, hogy állam megfelelően mérlegelte-e a

⁸⁴³ Bár például Perrin szerint a helyi jogorvoslatok kimerítése a jogsértő állam felelősségre vonásának feltétele, melyre akkor is sor kerül, ha az állam jogainak védelme érdekében lépnek fel a másik állammal szemben.

diplomáciai védelem nyújtásának lehetőségét. Ennek a paradigmaváltásnak az előnye mindenképpen abban rejlik, hogy lehetőséget ad a kormányok számára egyrészt az egyéni jogok, másrészt az állam külpolitikai érdekeinek a figyelembevételére és az elvárásoknak megfelelő mérlegelésére. És ezzel együtt még mindig dönthetnek úgy, hogy nem nyújtanak diplomáciai védelmet, de a döntésük nem abszolút diszkrecionális. Az egyik legfrissebb jogesetként a Kaunda-ügyben⁸⁴⁴ a dél-afrikai Alkotmánybíróság kijelentette, hogy miközben a kormányt tartja a legalkalmasabbnak arra, hogy eldöntse milyen lépésekre van szükség, a dél-afrikai állampolgároknak joga van diplomáciai védelmet követelni és kérelmüket megfelelő megfontolás alá kell venni.⁸⁴⁵ Az Alkotmánybíróság azt is kifejezetten rögzítette döntésében, hogy amennyiben azt tapasztalta volna, hogy a kormány nem tett megfelelő lépéseket az ügyben, illetve nem vizsgálta meg azt, kész lett volna a kormány határozatáról elmarasztaló döntést hozni. Ami érdekessége ennek a folyamatnak, melyet az államok bíróságainak úttörő döntései jeleznek, az, hogy tipikusan kizárólag a természetes személyeket ért jogsértések kapcsán készíti a kormányokat döntéseik alaposabb átgondolására. Tehát a gazdasági, kereskedelmi érdekek érvényesítése és védelme nem tartozik abba a körbe, melynek sérelmét súlyos emberi jogi jogsértésnek minősíthetnék, az egyének védelmét szükségessé téve.

A Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációs munkája során még megmaradt annál a megállapításnál, hogy a diplomáciai védelem az állam joga, és a diszkrecionalitás a döntés meghozatalakor mindenképpen kizárja azt, hogy az állampolgárok jogosultságáról beszéljünk természetesen a nemzetközi jog szabályainak szintjén. Bennouna előkészítő jelentésében még úgy fogalmazott, hogy a diplomáciai védelem „nem kerülhet bírói felülvizsgálat alá” és az államok részéről fennálló ilyen kötelezettség is „sokkal inkább egy morális kötelesség, mint jogi kötelezettség.”⁸⁴⁶ Mindazonáltal a kodifikációs tervezet is hajlik afelé, hogy bizonyos esetekben az államok tekintsenek el a teljes diszkrecionalitástól, és diplomáciai védelmet nyújtsanak a jogaiban sértett állampolgárnak. A nézőpont változásának lényegét mi sem mutathatná világosabban, mint a speciális megbízott szavai a kodifikáció előrehaladtával.” Vannak arra nézve jelek, hogy az államoknak nemcsak joguk, hanem jogi kötelezettségük is állampolgáraik védelme

⁸⁴⁴ Samuel Kaunda and Others v. The President of the Republic of South Africa, The Minister of Justice and Constitutional Development and others, Judgment of 4 August 2004, 44 ILM pp.173-233.

⁸⁴⁵ Kaunda para.99.

⁸⁴⁶ M. Bennouna: Preliminary Report on Diplomatic Protection, International Law Commission 50th Session, A/CN.4/484, para. 48.

külföldön.”⁸⁴⁷ Ennek a megváltozott felfogásnak eredményeképp bár a Nemzetközi Jogi Bizottság nem fogadta el Olaszország javaslatát arról, hogy *ius cogens* normák megsértése esetén az államnak kötelezettsége legyen a diplomáciai védelem nyújtása, „ajánlott gyakorlat” címszó alatt mégis arra biztatja az államokat, hogy gyakoroljanak diplomáciai védelmet „különösen akkor, ha jelentős jogsértés történik.”⁸⁴⁸

Így a tervezet 19. cikkének ajánlása felfogható úgy is, hogy megteremti az alapját egy lehetséges állami kötelezettségnek, és ezáltal az állampolgár jogát arra, hogy egy ilyen speciális esetben az állam védelmét élvezze. Más kérdés, hogy egyes államok belső alkotmányos joga eddig is rendelkezhetett úgy, hogy valamiféle kötelezettséget teremt a védelem nyújtására, de a Nemzetközi Jogi Bizottság ajánlása már egy általános nemzetközi szinten elfogadott kötelezettség előfutára lehet. Tehát a diplomáciai védelemhez kapcsolódó jogok és kötelezettségek így jelentősen más megvilágításba helyeződtek a tradicionális felfogáshoz képest.

4. A diplomáciai védelem gyakorlásának formái, illetve a diplomáciai védelem pontos meghatározása is a kodifikációs viták középpontjába került. Ennek során nem a szándék hiányzott a diplomáciai védelem definiálására. A valódi problémák ott jelentkeztek, hogy valójában milyen állami intézkedések minősülnek diplomáciai védelemnek.⁸⁴⁹

Általános megközelítés ugyanis, hogy a diplomáciai védelem és a nemzetközi bírósági eljárás közé „egyenlőségjelet raknak”. A diplomáciai védelem ezzel szemben a *nem bírói eszközök*, diplomáciai fellépések lehetőségét is magában foglalja, sokszor jóval hatékonyabb jogvédelmet jelentve, mint a nemzetközi bírósági eljárás.⁸⁵⁰ Dolgozatomban megvizsgálva a különböző álláspontokat kivehető egy következetes kategorizálás, melynek során a diplomáciai védelem finomabb, ha úgy tetszik informális diplomáciai útja (nem bírói) és bírósági, tehát nemzetközi bírósági eljárás során történő eszközei között teszek különbséget.⁸⁵¹ Az államok gyakorlatában azonban sok esetben az állampolgár érdekében

⁸⁴⁷ Dugard: First Report on Diplomatic Protection, International Law Commission 52nd session, A/CN.4/506, para. 87.

⁸⁴⁸ Draft Articles on Diplomatic Protection Art. 19.

⁸⁴⁹ H. Lauterpacht: Allegiance, Diplomatic Protection and Criminal Jurisdiction Over Aliens, 9 Cambridge Law Journal, p.336.

⁸⁵⁰ A Nemzetközi Bíróságnak a Diallo-ügyben majdnem 10 év kellett a megengedhetőség tárgyában hozott döntésig.

⁸⁵¹ Lauterpacht találó szóhasználatával élve a diplomáciai védelem két nagyobb kategóriája a „jog általi védelem”, mely a bíróságok előtti eljárások során érvényesíthető és az ún. „adminisztratív védelem”, mely főleg az állam külképviseleteinek bevonásával, azokon keresztül igyekszik védelmet nyújtani a jogsértés esetén.

történő fellépés során a nem bírósági eszközök együttesen, esetleg egy hosszabb folyamat részeként kerülnek alkalmazásra a bírósági igényérvényesítéssel együtt. Így fordulhat elő, hogy a diplomáciai védelem gyakorlása egy hosszú és komplex igényérvényesítési folyamatot eredményez. Általában amennyiben az egyén az állampolgárságát adó államhoz fordul diplomáciai védelemért, az állam elsőként azt vizsgálja meg, hogy milyen súlyos jogsértés történt, illetve történt-e egyáltalán jogsértés. Ez az első, az állam vizsgálatát, a jogsértés körülményeinek feltérképezését jelentő szakasz nem jelenti még a diplomáciai védelem gyakorlását. A nagykövetség, a konzulátus, akár a külügyminisztérium is kapcsolatba léphet a másik állam szerveivel, de diplomáciai védelemről ebben az esetben még nincs szó. A diplomáciai védelem gyakorlása csak akkor kezdődik meg, mikor az állam kormánya úgy dönt, hogy fellép és igényt érvényesít a másik állam kormányával szemben, amely jogsértés követett el az állampolgár nemzetközi jogainak tiszteletben nem tartásával. A diplomáciai védelem általában két részből áll; az első szakasz rendszerint a diplomáciai vagy, ahogy a jogirodalom is fogalmaz a nem bírói út. Az egyén állama tárgyalásokba bocsátkozik a jogsértő állammal megoldást keresve az elkövetett jogsértésre. Amennyiben megoldást, vagy, ha úgy tetszik jóvátételt találnak, a diplomáciai védelem elérte célját, végrehajtást nyert. Ellenkező esetben az állam felhagy a „beavatkozásával” vagy az államok között vita keletkezik, és akkor csak a vita nemzetközi bírói rendezését követően tekinthető befejezettnek a diplomáciai védelem.

Mindezekből a fogalom-meghatározási kísérletekből talán a legfontosabb megállapítások a konzuli védelem és a diplomáciai védelem közötti különbségtételre és annak szükségességére vonatkoznak. Hiszen teljesen más feltételek teljesítésére van szükség abban az esetben, ha diplomáciai védelem gyakorlását kezdeményezzük, mint például ha a konzuli segítségnyújtás sok esetben alanyi jogon járó eszközt kívánjuk igénybe venni. Természetesen az sem mindegy, hogy a védelmet nyújtó állam tiltakozik, vizsgálatot kér, tárgyalásokat kezdeményez a másik állammal, vagy nemzetközi bírósághoz fordul a jogsértés folytán előállt igények érvényesítése érdekében. A diplomáciai védelem szokásjogban kialakult feltételrendszerének egységes és következetes alkalmazásához elengedhetetlen, hogy tudjuk, melyek azok az eszközök, melyek az államok gyakorlatában, így a nemzetközi jogban is a diplomáciai védelem elfogadott eszközei. A diplomáciai védelem elhatárolásának fontosságát azonban nem lehet elégszer hangsúlyozni. Hiszen a védelem a konzuli segítségnyújtás esetében az állampolgár számára jóval elérhetőbb, ha úgy tetszik egyéni jogosultság, és tartalmát tekintve is az állampolgár jogainak, érdekeinek

érvényesítésére kerül sor a külföldi államban. Ezzel szemben a diplomáciai védelem nyújtása az állam diszkrecionális hatáskörébe tartozik, és a tradicionális elképzelések szerint az állam jogainak, érdekeinek érvényesítésére kerül sor gyakorlása során.

A disszertációban is meghatározott, egyébként a nemzetközi jogirodalomban viszonylag egyértelmű elhatárolási szempontoknak a gyakorlatban való alkalmazását azonban az teszi nehezkessé, hogy bizonyos esetben az állam azonos szervei gyakorolják, illetve ugyanannak az ügynek a részeként kerül alkalmazásra a konzuli védelem és a diplomáciai védelem. A diplomáciai védelem gyakorlásának nem bírósági eszközei pedig sok esetben hasonló eljárást feltételeznek, mint a konzuli segítségnyújtás, ilyenkor pedig a két jogintézmény elkülönítését csak a nemzetközi jog szabályainak következetes alkalmazása biztosíthatja. Az elhatárolás szükségességének egy jelentős példáját láthatjuk az Európai Unió esetében. *Az EUMSZ 23. cikke vonatkozásában elhatárolási problémák merültek fel az uniós polgárok egyik alapvető jogosultságának valódi tartalmát illetően.*

A 2007-ben elfogadott Akcióterv megállapításait követve a korábbi bizonytalanság azonban védelem tartalmát illetően eltűnően van. A Bizottság a Cselekvési terv által előirányzott 2007-2009 közötti időszakban *már egyértelműen a konzuli védelem* hatékony biztosítására koncentrál. Ezzel kapcsolatban azonban mindenképpen rögzítésre vár azoknak a feladatoknak a köre, melyet a konzuli védelem nyújtása keretében vállalnak a tagállamok diplomáciai és konzuli képviselői, illetve a vizsgálatok középpontjába került az ún. közös hivatalok, és a Bizottság delegációinak a területen végzett tevékenysége is. Az Európai Külügyi Szolgálat megteremtése pedig újabb szereplővel gazdagíthatja az uniós polgárok konzuli védelmének biztosítását. Ezeknek a kérdéseknek a részletesebb vizsgálata azonban túlfeszíti a dolgozat jelenlegi kereteit, így feldolgozása külön tanulmányt igényel.

6.A menekültek, hontalanok diplomáciai védelme

A Nemzetközi Jogi Bizottság tervezetének 8. cikke foglalkozik a menekültek és hontalanok lehetséges diplomáciai védelmével. A kodifikációs során felvetődött lehetőség azoknak a nemzetközi emberi jogi egyezményeknek köszönhető, mely a menekültek és hontalanok számára némi védelmet biztosít, azonban a legtöbb állam ettől függetlenül sem szándékozik kiterjeszteni a diplomáciai védelmének gyakorlatát erre a két sértetti körre.

Két nemzetközi egyezmény is megemlíthető, amely bár érintőlegesen, de foglalkozik a menekültek, illetve hontalanok védelmének lehetőségével. *Nyilatkozat azon személyek*

*jogairól, akik nem az állampolgárságuk szerinti országban élnek, és a Nemzetközi Egyezmény a migráns munkavállalók és családtagjaik jogának védelméről.*⁸⁵² Ezek az egyezmények a migráns munkavállalók és külföldiek számára jogot biztosítottak arra, hogy a származásuk szerinti állam diplomáciai vagy konzuli képviseleteihez forduljanak abban az esetben, ha jogaikat megsértik. A „gazdasági menekültektől” eltérően azonban a politikai menekülteknek nincs kapcsolatuk a származásuk szerinti állammal, illetve elképzelhetetlen hogy a kérdéses államtól védelmet kapjanak, ezért méginkább harmadik állam védelmére szorúlnak. Azonban ahhoz, hogy diplomáciai védelemben részesüljenek nem elég, hogy az adott állam területén tartózkodjanak, hanem az állam részéről jogilag elismerten kell, hogy a genfi egyezmény értelmében vett menekültként az adott állam területén tartózkodjanak. A menekültek jogállásáról szóló egyezmény egyértelművé teszi, hogy az útlevel kiadása semmi esetre sem jogosítja fel annak birtokosát a kiadó ország diplomáciai és konzuli hatóságainak részéről való védelemre, és nem ruházza fel ezeket a hatóságokat a védelem jogával. A Hontalanság csökkentéséről szóló egyezmény pedig hallgat a védelem kérdésében. A feltételek azonban eltérőek lehetnek a hontalanok esetében, akik ha jogszerűen tartózkodnak egy állam területén, ez a tartózkodás, effektív kapcsolatot teremthet azzal az állammal, így alapul szolgálhat egy esetleges diplomáciai védelem számára is. Mindenesetre a menekültek és hontalanok védelmét illetően az utóbbi években bekövetkezett fejlődés a diplomáciai védelem tekintetében még nem bizonyult elégségesnek. A diplomáciai védelem a hontalanok és különösen a menekültek érdekében való gyakorlása szükségessé, és elengedhetlenné teszik a feltételek pontos meghatározását, így például az effektív kapcsolat tényezőjét illetően is, amely jelenleg a kérdés felvetésének jogi alapját jelenti. Mindenesetre a menekültek és a hontalanok tekintetében felmerülő diplomáciai védelem is egyike azoknak a rendelkezéseknek, mely a Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációjának progresszívabb részéhez tartoznak, mindez alapvetően annak a nemzetközi változásnak betudhatóan, hogy az egyéni jogok és az emberi jogok megjelentek a nemzetközi jogban arra készítve az államokat, hogy a diplomáciai védelem jogintézményét is átgondolják. Kérdés azonban, hogy a diplomáciai védelem elkerülhetetlenül emberi jogi védelmi eszközzé kell-e hogy váljon a változások eredményeképp?

⁸⁵² ENSZ Közgyűlése 45/158 számú határozata 1990. december 8.

7. A diplomáciai védelem, mint emberi jogi védelmi eszköz

A diplomáciai védelem nem egy olyan jogérvényesítő eszköz, mely kifejezetten az emberi jogok védelmére lenne kitalálva. Ez azonban nem jelenti azt, hogy bizonyos feltételek egybenállása esetén nem szolgálna emberi jogok védelmére is. A jelenlegi rendelkezések szerint állampolgársági kötelék szükségeltetik a diplomáciai védelem gyakorlásához, mely így nem tekinthető általánosan érvényesíthető emberi jogi védelmi eszköznek. A diplomáciai védelem elsődleges célja továbbra is az, hogy az állampolgároknak nyújtson védelmet, illetve a védelem alapja továbbra is a jogsértett egyén államhoz való kötődése. Természetesen a diplomáciai védelem gyakorlása az alapul szolgáló jogsértések folytán az emberi jogok védelmének a lehetőségét is magában foglalja. Hiszen a külföldiek bánásmódjára vonatkozó követelményeket, ma már függetlenül az egyén állampolgárságától a nemzetközi emberi jogi egyezmények határozzák meg, így a diplomáciai védelem gyakorlására okot adó jogsértések körét, tehát a hagyományos nemzetközi minimum standardot összhangba kell hozni az emberi jogok nemzetközi standardjával, így teljesebb védelmet teremtve az egyéneknek.

Példával szemléltetve a diplomáciai védelem jogintézményének változását a *LaGrand*-ügyben, illetve az *Aven*-ügy során a keresetet benyújtó államok is felvetették, hogy a Bécsi Egyezmény 36. cikkében rögzített konzuli védelemhez való jutás lehetőségének megtagadása, az érintett személyek emberi jogait sértette, és ez az alapjog, illetve annak megsértése, alapot ad az állampolgárságot adó állam által érvényesített diplomáciai védelemre. A *LaGrand* és az *Avena*-ügy esetében végül megállapításra került, hogy a diplomáciai védelem az egyéni jogok védelmét is biztosíthatja, kijelentve azonban azt is, hogy az egyén-állampolgárok ott megsértett jogai nem tekinthetők emberi jogoknak, amellet, hogy olyan jogosultságokról van szó, amely elválik az állampolgárságtól. Tehát valahol „útközben” áll a diplomáciai védelem, miközben az érvényesített jogokat már az egyén sajátjának tekinti, de még nem funkcionál feltétlenül emberi jogi védelmi eszközként.

A valódi változás, illetve kihívás véleményem szerint *az emberi jogok, így az állampolgárok egyéni jogainak nemzetközi szintű megjelenésével nem abban mutatkozik meg, hogy az állam jogai helyébe az egyén jogai lépnek a diplomáciai védelem gyakorlása során, hanem az, hogy hangsúlyeltolódás következett be.* Ha az állampolgárt sérelem éri

külföldön elsősorban saját egyéni (emberi) jogai sérülnek, amelyek azonban hatással lehetnek az állam jogaira is, ahogy azt a *LaGrand* és *Avena*-ügyben is láthattuk.⁸⁵³

A diplomáciai védelem ezen kettős karaktere a *LaGrand*-ügyben a kérelem vegyes jellegében is megnyilvánult, hiszen mind a német állam sérelmei, mind a német állampolgárok sérelmei is alapul szolgáltak a kérelem benyújtásához, míg az *Avena*-ügyben elismert sérelme az állampolgárok Bécsi Egyezmény 36. cikk szerinti egyéni jogának, az állam jogának megsértését is jelentette. Hiszen a konzuli védelem jogának gyakorlása az állam szuverenitásába tartozó jog és annak megghiúsítása egyértelműen sérti az állam érdekeit, illetve a konzuli védelem jogához való hozzáférés elmaradása egyben az egyén jogait is sértette.

Azt ezek után mindenképpen leszögezhetjük, hogy a tradicionális felfogás által vallott *abszolút állami diszkrecionalitás* elve *tarthatatlan*, hiszen az egyén jogainak sérelme esetén az állam most már nem csak a saját jogának sérelme kérdésében dönt. Ezt továbbgondolva joggal vetődik fel a kérdés, hogy az emberi jogi egyezmények által kialakított jogérvényesítő eljárások hozzáféréseinek korlátozott volta, illetve a hatékonyságuk miatt az államnak nem lenne-e kötelessége állampolgárainak védelme, azok egyéni (emberi) jogainak megsértése esetén. *A változás lényege azonban itt sem az kell, hogy legyen, hogy az abszolút diszkrecionalitást felváltja a diplomáciai védelemhez való jog az állampolgárok részéről, hiszen ezt a nemzetközi közösség eddigi próbálkozásai sem teszik indokolttá, illetve valamilyen szempontból az állam politikai, így külpolitikai érdekeltségei és stratégiája is érvényesülésre kell, hogy kerüljön a diplomáciai védelem gyakorlásáról való döntésben.* Az automatikus jogosultság nem megoldás, az állami szuverenitás lényeges elemeit csorbítaná. Sokkal inkább célravezető egy olyan rendszerben gondolkodni, ahol a diszkrecionalitás, mérlegelés körében az állami érdekek mellett hangsúlyosan megjelennek az egyén érdekei is, és legalábbis nem lehet úgy diplomáciai védelmet gyakorolni, hogy az ellentétes legyen az egyén érdekeivel.⁸⁵⁴

Azonban a nemzetközi jog két jogterülete közötti kapcsolatkeresési próbálkozások nem lebecsülendők. A két jogterület hasonló célokat szolgál. A két terület közötti kölcsönhatás már abban a tényben is megnyilvánul, hogy mindkét jogi eszköz igénybevételét megelőzően előfeltételként jelenik meg a helyi jogorvoslatok kimerítésének követelménye.

⁸⁵³ Mariana Salazar Albornoz: Legal Nature and Legal Consequences of Diplomatic Protection, Contemporary challenges-www.juridicas.unam.mx; pp.11-14.

⁸⁵⁴ Mariana Salazar Albornoz: Legal Nature and Legal Consequences of Diplomatic Protection, Contemporary challenges-www.juridicas.unam.mx; pp.28-31.

Mialatt azonban egyrészt az emberi jogi bírói gyakorlat bőséges és ténylegesen tovább finomította a szabályozást bizonyos szempontból,⁸⁵⁵ és az emberi jogi szervek építhettek a diplomáciai védelem joggyakorlatára, addig a diplomáciai védelem esetében ez eddig hiányzott az egységes gyakorlat hiányában. A diplomáciai védelem azonban nem mosható össze az emberi jogi védelmi eszközök rendszerével, más kérdés, hogy a megváltozott szemléletű diplomáciai védelem számos emberi jogi védelmi potenciált magában rejt.

*A diplomáciai védelem kodifikációja során az emberi jogi védelem kialakult gyakorlata ugyanúgy támpontot szolgáltathat, és mindenképpen arra kell törekedni, hogy a két jogterület illetve jogérvényesítési lehetőség kiegészítse, illetve támogassa egymást a minél hatékonyabb jogorvoslat elérése érdekében.*⁸⁵⁶

John Dugard, a Nemzetközi Jogi Bizottság diplomáciai védelemmel kapcsolatos kodifikációs munkálatainak lezárásaként azt a konklúziót vonta le, hogy „az emberi jogok védelme érdekében gyakorolt jogorvoslatok közül még mindig az állam által az állampolgárait ért jogsérelem kapcsán történő igényérvényesítés maradt a leghatékonyabb.”⁸⁵⁷ Ez a kijelentés többféle módon is értelmezhető. Egyrészt egyértelmű bizonyítéka annak, hogy *a diplomáciai védelem jogintézményének az emberi jogok védelme tekintetében is van funkciója*, másrészt arról is árulkodik, hogy a diplomáciai védelem szabályainak kodifikálói számoltak azzal a kihívással, melyet az emberi jogok megjelenése okozott a nemzetközi jogban, és a tradicionális nézet újrafogalmazására törekedtek. Hogy ez mennyire sikerült a kodifikációs tervvel, az már kétséges.

8.A *jogi személyek diplomáciai védelméről* továbbra is elmondható, hogy a részvényesek védelmének rendezése nem megnyugtató, különös tekintettel az egyéni jogok nagyobb mértékű előtérbe kerülésére. Abban az esetben ugyanis, ha a jogi személy honosság szerinti állama nem kíván védelmet nyújtani, a részvényesek védelem nélkül maradhatnak, ezáltal a beruházói érdek sérül. A speciális beruházásvédelmi rendszer hiányában (BIT's, ICSID) közvetlen igényérvényesítési lehetőségről nem is beszélhetnénk, tehát hiába ismeri el a nemzetközi jog a gazdasági jellegű egyéni jogok létét, a diplomáciai védelem nem jelent hatékony jogérvényesítési eszközt. *Talán ez az a terület, ahol a diplomáciai védelem leginkább teret engedett a modern gazdasági, beruházásvédelmi rendszereknek és*

⁸⁵⁵ Így például az alkalmazhatóság határai, a bizonyítási teher és a szabályok kodifikációjának valódi kezdeményezőjének tekinthető.

⁸⁵⁶ A/CN.4/538; Fifth Report on Diplomatic Protection 41-42.pont; pp.20-21.

⁸⁵⁷ First Report on Diplomatic Protection UN Doc. A/CN.4/506. (7. March 2000.)

egyezményeknek. A két rendszer egymással párhuzamban működtetése természetesen lehetséges, de kirívóan egyenlőtlen viszonyokat takar. Nem igazán a két rendszer egymást kiegészítő mechanizmusáról beszélhetünk, sokkal inkább a speciális rendszerek dominanciájáról.

Ahogy Kokott fogalmaz: „A BIT egyezmények rendszerének vizsgálata azt mutatja, hogy a diplomáciai védelem nem játszik fontos szerepet az elérhető vitarendezési eszközök között. Ezek az egyezmények az alternatív vitarendezési megoldásokat, eljárásokat részesítik előnyben és a beruházók számára lehetővé teszik, megengedik a nemzetközi választottbírói testületekhez való hozzáférést. Ilyen módon a nemzetközi jog szerint pozíciót biztosítanak számukra és megkerülik ezzel a diplomáciai védelem eszközét. Egyfajta bizalmatlanság mutatkozik a diplomáciai védelem vonatkozásában, tekintve a politikai érdekek megjelenését, a jogintézmény diszkrecionális jellegét és abbéli képességét illetően, hogy képes védelmet nyújtani jogi személyek számára.”⁸⁵⁸

A diplomáciai védelem számára a jogi személyek védelme területén egy jóval hatékonyabb, gyorsabb, egyszerűbb eljárás kidolgozására lenne szükség, mely véleményem szerint a diplomáciai védelem hagyományos keretei és feltételei mellett kivitelezhetetlen.

Bár Tanaka bíró álláspontja az, hogy „a nemzetközi szokásjog nem tiltja a részvényesek védelmét saját államuk részéről, még akkor sem, ha a társaság honossága szerinti állam bírja a társaság tekintetében a védelemhez való jogot.”⁸⁵⁹ Ez azonban felveti a kettős védelemnyújtás kérdését, mely Tanaka szerint nem jelenthet problémát,⁸⁶⁰ hiszen „a nemzetközi jog szabályai nem tiltják azt”⁸⁶¹, azonban már Fitzmaurice, Jessup és Gros szerint ez csak bizonyos esetekben megengedhető, így ha „a társaság honossága szerinti állam a jogsértő állam.”⁸⁶²

Mindenesetre létezik egy jogi válasz az itt felvetett problémára, melyet az Amerikai Jogi Intézet adott meg a Külföldi kapcsolatok jogának újrafogalmazásában.⁸⁶³ Az állásfoglalás

⁸⁵⁸ International Law Association, Report of the Seventieth Conference, New Delhi (2002), pp.276-277.

⁸⁵⁹ ICJ Report 1970., p.134.

⁸⁶⁰ Tanaka álláspontja szerint a diplomáciai védelem diszkrecionális jellege miatt elkerülhető a különböző államok részéről érvényesített követelések összeütközése, illetve a gyakorlatban inkább az államok összefogása eredményezné egy közös védelmi intézkedés érvényesítése érdekében.-in: ICJ Report 1970., pp.128-131.

⁸⁶¹ ICJ Report 1970., p.131.

⁸⁶² Fitzmaurice bíró 1970, ICJ Report, pp.72-75, Jessup bíró, ICJ Report 1970,pp.191-194.

⁸⁶³ Restatement of Foreign Relations Law of the United States (1965) § 173.

szerint az állam felelős azért a kárért, melyet egy harmadik állam társaságának külföldi részvényesének okozott, ha:

- „a részvények jelentős részét a külföldi birtokolja,
- a társaság olyan okból nem nyújt jogorvoslatot, melyre a részvényesnek nincs kihatása
- a társaság nem mondott le vagy nem rendezte követelését.”⁸⁶⁴

9. *Az egyéni jogok védelmi eszközeinek együttalkalmazása/párhuzamos alkalmazásának kérdése*

Mivel az emberi jogi eszközök tekintetében az emberi jogi eszközök és a diplomáciai védelem egymást erősítő szerepe több alkalommal is megerősítést nyert, nem kizárt, hogy a diplomáciai védelem intézménye egy lehetséges alternatívaként működjön. Mivel igénybevétele nem alapvető jogosultság egy egyén számára, mindenképpen mérlegelendő szempont lehet az állampolgárságot adó államnak, hogy a jogsértett egyén számára nincs más jogorvoslati lehetőség.

Annak a lehetőségét is meg kell vizsgálni, hogy a diplomáciai védelmet párhuzamosan alkalmazzák. Ebben az esetben, míg az egyén a közvetlen jogérvényesítés egyik eszközét alkalmazza, maga az állam diplomáciai védelmet gyakorol. Ennek a lehetőségnek a vizsgálatakor egyértelműen az a döntő kérdés, hogy kinek a joga kerül érvényesítésre a diplomáciai védelem gyakorlása során. Amennyiben a nemzetközi jogban bekövetkezett változások alapján azon a nézeten vagyunk, hogy az egyén jogainak képviselőjére kerül sor, abban az esetben a párhuzamos alkalmazás kizárt, hiszen annak érvényesítése egy ilyen esetben az egyén lehetősége. Más kérdés, ha továbbra is valljuk azt az álláspontot, hogy az állampolgár jogainak megsértése az állam jogainak sérelmét is eredményezi melynek érvényesítésére ilyen formában kerül sor.

Mindenestre az állam nem köteles lemondani a diplomáciai védelem jogának gyakorlásáról akkor sem, ha az egyén számára rendelkezésre áll a közvetlen jogérvényesítés lehetősége, főleg ha az állam az egyén jogaitól elválasztható jogai is sérülnek.

Így elmondható, hogy bár a diplomáciai védelem egy fikcióra épül, a nemzetközi jognak mégis egy ma is elfogadott jogintézménye. A tradicionális felfogás keretei között bemutatott jellegzetességek és eljárási kérdések a gyakorlatban kialakult szabályok

⁸⁶⁴ Restatement of Foreign Relations Law of the United States (1965) p.524.

összegzésének tekinthetők, azonban felmerül a kérdés; a jelenkori nemzetközi jog keretei között is hatékony jogorvoslati lehetőségnek tekinthető a diplomáciai védelem? Nem haladta-e meg végérvényesen a nemzetközi jog gyakorlata azt az intézményt, amely közismerten az államok abszolút diszkrecionális döntésének függvényében nyújt csak védelmet állampolgárának.

A nemzetközi jog álláspontja a Nemzetközi Jogi Bizottság tervezetének alátámasztása mellett továbbra is az, hogy az állam *joga* a diplomáciai védelem nyújtása, és nem írnak elő kötelezettséget semmilyen nemzetközi jogsértés esetére. Az államok többsége azonban belső alkotmányjogi megfontolásból, illetve az emberi jogi védelem elvárásait követve elmozdult erről az abszolút felfogástól. A kérdést azonban nem szabad leegyszerűsíteni a jog vagy kötelezettség dilemmájára, hiszen sokkal inkább arról szól, hogy az állam a diplomáciai védelemhez kapcsolódó diszkrecionális jogát milyen mértékű korlátozásokkal gyakorolhatja, illetve az állampolgár milyen tekintetben formálhat jogot az állam diplomáciai védelemmel kapcsolatos döntésének felülvizsgálatára. A kétféle érdeket kell valamilyen formában harmonizálni egymással. Azt kell megállapítanunk, hogy hiába rendelkezik néhány alkotmány, így a magyar is a védelem jogáról az állampolgárok vonatkozásában, lehet, hogy többet ér az az állami gyakorlat, amely a bíróság gyakorlatának alátámasztásával kontrollt, így igényérvényesítési lehetőséget ad az állampolgároknak a diplomáciai védelemmel kapcsolatos döntések tekintetében, így garantálva az egyéni érdekek figyelembevételét is.

A diplomáciai védelem gyakorlatának megváltoztatása, megreformálása azonban mindenképpen elengedhetetlen. A Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációs munkája és az elkészült tervezet végre magára vállalta azt a feladatot, hogy a diplomáciai védelem nemzetközi szokásjogban hosszú idő óta létező és a joggyakorlatban érvényesülő szabályait összegyűjtse. A valódi változás azonban véleményem szerint elsősorban az államok gyakorlatának átgondolásának, felülvizsgálatának függvénye. Így azt gondolom, hogy a diplomáciai védelem, ha nem is maradéktalanul és minden változtatás nélkül, de megtalálhatja helyét az új típusú jogérvényesítési lehetőségek mellett. Hiszen kiegészíthetik egymást, és az emberi jogi intézmények által biztosított közvetlen igényérvényesítési lehetőségek sem jelentenek minden egyén számára megoldást, így a diplomáciai védelem helyett alkalmazható nemzetközi eszközt.

Hiszen a diplomáciai védelem során alkalmazott eszköz, intézkedés valódi jelentősége és értéke véleményem szerint nem csak az alkalmazott módszer, illetve típus függvénye. Az

állampolgár védelme szempontjából sokkal jelentősebb szempont, hogy a nemzetközi védelem adott eszköze elérhető-e az egyén számára, illetve a védelem mögött álló hatalom ereje, tekintélye mennyiben érvényesül nemzetközi szinten.

Ebben a tekintetben pedig a változás mindenképpen egyértelmű. A korábbi gyakorlattól eltérően a Nemzetközi Bíróság nem arra törekedett már egyértelműen, hogy a diplomáciai védelem intézményét különválassa az emberi jogok védelmétől, hanem a diplomáciai védelem általános szabályainak alkalmazása mellett egy sokkal koncentráltabb egyéni jogvédelem megteremtésére törekedett. Talán a legtalálóbban a Nemzetközi Jogi Bizottság fogalmazza meg a lényegét: „mialatt a diplomáciai védelem az egyének védelmét szolgáló jogi eszközzé vált, továbbra is megmarad az állam felségjogának.”⁸⁶⁵

Mindez valójában egy célt szolgál; az állampolgárok nemzetközi védelmének még tökéletesebb megvalósítását.

⁸⁶⁵ UN Doc. A/C.60/SR.18, 23. November 2005

Összefoglaló

A diplomáciai védelem gyakorlása során az állam nemzetközi szinten a külföldön sérelmet szenvedett állampolgárai nevében lép fel. Amennyiben mindössze ennyit tudunk a diplomáciai védelem jogintézményéről, azt gondolhatjuk, hogy egyike az állam nemzetközi igényérvényesítési lehetőségeinek. Ha azonban a mondat mögé nézünk a nemzetközi szokásjog egyik legvitatottabb, de egyben legszerteágazóbb jogintézményével találjuk szembe magunkat.

Már a kiindulópont is érdekes, hiszen mi készíti arra az államot, hogy állampolgárai nevében vállalja egy nemzetközi bírói eljárás kockázatát? A saját jogai érvényesítése, vagy valamiféle kötelezettség az állampolgárságával rendelkező egyén irányában? Egyáltalán ki tekinthető az állam polgárának, akinek a sérelmei talán az állam politikai és nemzetközi érdekeltségeit is sérthetik? Nem tekinthető-e az állam fellépése a beavatkozás tilalma megsértésének?

Ezeknek a kérdéseknek a megválaszolása is mindenképpen a dolgozat megírásának célkitűzései közé tartoznak. A Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációs munkálatainak áttekintését, és a vonatkozó, főleg külföldi jogirodalom vizsgálatát követően azonban nemcsak az első kérdések megválaszolása látszott szükségesnek.

A Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációs munkájának köszönhetően képet kaphatunk a diplomáciai védelem feltételeinek nemzetközi jogi szabályairól. Erről a dolgozat a Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációs munkálatai során megszületett jelentések felhasználásával igyekszik minél áttekinthetőbb képet nyújtani, nagyrészt követve a Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációs logikáját is. Az általános ismertetésen túlmenően azonban a dolgozat kitér azokra a pontokra is, melyek a diplomáciai védelem államok közötti gyakorlatát átvizsgálva vitákat gerjesztettek a kodifikációs során. Valamennyi témakörnél, a diplomáciai védelem nyújtásának feltételül szolgáló szabálynál megtalálhatók azok a rendelkezések, melyek az alapvető szabályokat jelentik és jelentették a diplomáciai védelem nemzetközi gyakorlatában és azok a pontok is, ahol a tradicionális megközelítés hiányosságai kibukni látszanak.

A dolgozat írója arra is törekedett, hogy az általános szabályok bemutatása során felvillantsa azokat javaslatokat, illetve szabályozási irányokat, melyek a diplomáciai védelem tradicionális megközelítésétől elrugaszkodva, akár a nemzetközi jogban

bekövetkezett változások hatására, akár a megállapított hiányosságok orvoslásaként egy progresszív irányt képviselnek a diplomáciai védelem szabályozási próbálkozásaiban.

Amire azonban a kodifikáció során is a legnagyobb hangsúlyt fektették az annak a kérdésnek a megvitatása volt, hogy *valójában mi is az a diplomáciai védelem?* Mikor mondhatjuk azt például saját államunk nemzetközi fellépéséről, hogy az állam diplomáciai védelmet gyakorolt? Az állam kinek a jogát gyakorolja a diplomáciai védelem nyújtása során, illetve miképp fordulhat az elő a nemzetközi jogban, hogy az egyént ért jogsértés eredményeképp az állam lép fel a jogsértő állammal szemben?

A dolgozat írója arra vállalkozott, hogy átvizsgálva a jogirodalom munkáit, és a joggyakorlat rendelkezésre álló döntéseit, igyekszik egységes álláspontot kialakítani arról, hogyan is képzelhető el a mai nemzetközi jog szerint a diplomáciai védelem nyújtása. Megkísérli elhatárolni más hasonló nemzetközi védelmet jelentő eszközöktől, meghatározva azt, mi nem tekinthető a diplomáciai védelem nyújtásának.

Ennek vizsgálatakor azonban elkerülhetetlen a diplomáciai védelem tradicionális megközelítésének részletes elemzése, mely a diplomáciai védelem szokásjogi szabályainak összefoglalása mellett egy ún. jogi fikció alkalmazását is indokoltnak tartja a diplomáciai védelem működtetéséhez. A tradicionális felfogás alapját jelentő jogi fikció biztosította azt, hogy ha az egyént jogsértés éri külföldön, ezt a nemzetközi jogsértést úgy kell tekinteni, mintha az államot érte volna. Ez a fikció pedig megalapozta azt is, hogy az egyén jogainak megsértése esetén miért az állam lép fel nemzetközi szinten. Ennek a fikciónak a kialakítására elsősorban azért volt szükség, mert az egyén nem rendelkezett korábban nemzetközi jogalanyisággal, így egyrészt jogok hiányában, másrészt igényérvényesítési jogosultság hiányában az állam közreműködése nélkül képtelen lett volna fellépni a jogsértő állammal szemben.

A nemzetközi jog változásai azonban új kihívások elé állították a diplomáciai védelem intézményét. Az emberi jogok megjelenésével, illetve a nemzetközi gazdasági kapcsolatok fejlődésével egy olyan, természetes és jogi személyeket közvetlenül is megillető jogvédelmi rendszer alakult ki, amely az egyén jogait helyezi előtérbe, és számos olyan jogi garanciával rendelkezik, amivel a diplomáciai védelem hagyományos gyakorlata nem. Tehát az egyéni igényérvényesítés nem feltétlenül teszi ma már szükségessé az állam közbelépését. Így felmerül a kérdés, hogy fenntartható-e továbbra is az nézet, mely az államoknak abszolút diszkrecionális jogot biztosít a diplomáciai védelemmel kapcsolatos valamennyi döntés vonatkozásában?

A tradicionális felfogás szerint a külföldiekkel szembeni bánásmód kereteit a nemzetközi jog szabályozza, és ennek megsértése esetén az állampolgárságot adó állam diszkrecionális joga nemzetközi szinten fellépni az állampolgára ellen külföldön elkövetett nemzetközi jogsértések miatt a másik állam ellen, immáron saját jogát érvényesítve.

Az emberi jogok megjelenésével azonban az államok gyakorlata tovább differenciálódott, mivel az egyén, illetve az egyén jogainak megsértésének előtérbe kerülésével az államok egy része az állampolgárait külföldön ért sérelmeket nem tekintette már kizárólag az államot ért sérelemnek, így egy esetleges állami fellépés esetén az egyén sérelmének orvoslását is célul tűzte ki. Az államok által előterjesztett vélemények alapján a Nemzetközi Jogi Bizottság két eltérő állami felfogást különböztetett meg. A tradicionális felfogás támogatói (többek között Nagy-Britannia, Németország, Franciaország) szerint az állam diszkrecionális joga azt eldönteni, hogy él-e a diplomáciai védelem jogával. Az állam saját jogát érvényesíti, melynek gyakorlásáról szabadon dönthet, így a diplomáciai védelem gyakorlása jog, és nem kötelezettség az egyén irányában, állításukat pedig a nemzetközi jog általános szabályaival erősítik, amely sehol nem rendelkezik a diplomáciai védelem gyakorlásának kötelezettségéről.

A másik csoport (például Olaszország, Spanyolország, Oroszország, Magyarország) szerint azonban bár a nemzetközi jog nem rendelkezik a diplomáciai védelem jogintézményének, az egyén jogaként való érvényesítéséről, az államok dönthetnek úgy, hogy megadják állampolgáraiknak ezt a jogosultságot. Ezek az államok, többségében a volt szovjet blokk országai, bár eltérő nyomatékkal és jelleggel, de elismerik az egyének jogát a diplomáciai védelemre, és vállalják a védelmüket, amennyiben azok külföldön sérelmet szenvednek.

Egyes nemzetközi és nemzeti bíróságok döntései azonban sokkal árnyaltabbá teszik az államok gyakorlatát. Ezek alapján nem megfelelő pusztán a diplomáciai védelemre jogot adó, vagy azt kizárólag az állam döntésének tekintő állami gyakorlatról beszélni. Ugyanis van olyan állami gyakorlat, ahol a jogszabályokban rögzített jogosultság nem jelent valóban érvényesíthető jogosultságot, illetve vannak olyan országok, ahol az állam diszkrecionális joga bizonyos feltételek mellett korlátozható.

Az már biztos, hogy az államok, mint a diplomáciai védelem gyakorlói, saját diszkrecionális hatáskörükben számos eszköz közül választhatnak ennek során az állam külképviseleteinek fellépésétől a nemzetközi bíróságok előtti eljárás megindításáig. Az is kétségtelen, hogy a gyakorlatban a legtöbb problémát a diplomáciai védelem és a konzuli védelem elhatárolása jelenti.

Az Európai Unió joggyakorlata kapcsán is hosszú ideig vitatott volt, hogy az EUMSZ 23. cikke vajon diplomáciai vagy konzuli védelmet takar. Az elhatárolási szempontok felhasználásával, illetve az Európai Unió témában készített állásfoglalásaiból mára már egyértelműen kiderül, hogy az uniós polgároknak nyújtható konzuli védelem nyújtása, és a lehetséges együttműködés jelenti az uniós törekvések célját.

Az állam által nyújtható diplomáciai védelemnek azonban nemcsak egy lehetséges konkurenciája merült fel az elmúlt években.

A diplomáciai védelem tradicionális megközelítésében bekövetkezett változások a dolgozat írójának véleménye szerint leginkább a nemzetközi bíróságok gyakorlatában követhetők nyomon, melyek továbbra is fórumot biztosítanak a hagyományos, diplomáciai védelem útján történő igényérvényesítés számára, másrészt „megnyitják kapuikat” az egyéni igényérvényesítés előtt is.

Az emberi jogok nemzetközi szerződéseken alapuló védelmi rendszere, illetve a külföldi beruházásokból származó viták rendezésére létrejött választottbíróságok azonban szintén védelmet kínáltak a jogaikban sértett egyének (állampolgárok) számára. A dolgozat egyrészt azt vizsgálja meg, hogy a Nemzetközi Bíróság hogyan próbált alkalmazkodni a megváltozott nemzetközi jogi helyzethez és milyen irányban mozdult el a joggyakorlata az új megközelítést „váró” LaGrand és Avena-ügyben. Másrészt a dolgozat arra is választ keres, hogy a „lex speciális” bíráskodást folytató jogi fórumok, hogyan kezelik a diplomáciai védelem eszközét illetve van-e arra példa, hogy a két jogintézmény alkalmazása összekapcsolódik egymással. Ez az összekapcsolódás és egymást kiegészítő érvényesülés lenne egyébként a Nemzetközi Jogi Bizottság speciális megbízottja, és a jogi közvélemény számára is a megnyugtató megoldás, és a leghatékonyabb eszköz az egyéni jogok érvényesítésének rendszerében. Ezzel a diplomáciai védelem is „bizonyítani tudná”, hogy van relevanciája a következő évek nemzetközi vita-elintézési rendszerében is.

Az állam jogának érvényesítéséről, vagy a sérelmet szenvedett egyén jogorvoslatáról van szó? Államok közötti igényérvényesítési eszközként használható, vagy az emberi jogok védelmének hatékony eszköze? A diplomáciai védelem a mai nemzetközi jogi környezetben valamennyi szerepnek igyekszik eleget tenni és saját határait döntögeti. A Nemzetközi Jogi Bizottság kodifikációja mindenképpen elengedhetetlennek bizonyult tekintetben, hogy végre sor került a diplomáciai védelem szokásjogi szabályainak összefoglalására. A munkálatok során azonban nemcsak a már meglévő szabályok összefoglalására került sor, hanem kísérletet tettek a nemzetközi jog fejlődésének

következtében bekövetkezett változások beillesztésére is. A dolgozat írója így a változások egy általános áttekintését követően, kísérletet tett arra is, hogy a diplomáciai védelem jelenlegi szabályait alapul véve megtalálja a kapcsolódási pontokat a nemzetközi jogban kialakult jogvédelmi rendszerek között, és rögzítse elképzeléseit a diplomáciai védelem szükséges megreformálását illetően.

Summary

While exercising the right to diplomatic protection the State acts at an international level on behalf of its nationals who have suffered an injury abroad. As long as only the previous statement is known about the institution of diplomatic protection, one might think that it is one of the possibilities of asserting international claims of a State. However, when looking behind the sentence, one of the most disputed and at the same time most extensive institution of customary international law can be seen.

The starting point in itself is interesting, since what can induce a State to undertake the risk of an international judicial procedure on behalf of its nationals? Is this the assertion of its own rights or some kind of an obligation toward the person having the State's nationality? Anyhow, who are the nationals of a State, whose injuries might violate the political and international interests of the State? Can the act of the State be considered as breach of the prohibition of intervention?

Answering these questions is definitely among the aims of the present dissertation. However, following the review of the work of the International Law Commission and analysis of the relevant, mainly foreign legal literature not only the aforementioned questions shall be answered.

Owing to the codification of the International Law Commission the international framework of the conditions of diplomatic protection is visible. The dissertation aims at giving a full picture about this, based on the reports of the International Law Commission published during the work of codification, for the most part following the logic of the codification of the International Law Commission. Apart from the general presentation, the dissertation also provides those issues that generated disputes when examining the practice of states with respect to diplomatic protection during the codification. At all issues of and regulations relevant to diplomatic protection all those provisions can be found, which mean and have meant the basis of regulation in the international practice of diplomatic protection and also those issues where deficiencies of the traditional approach seem to come to light. Author of the present dissertation, when demonstrating the general rules, also aimed at highlighting those proposals and regulatory trends which have departed from the traditional approach of diplomatic protection, owing to either the effect of changes of international law, or as a remedy to the deficiencies, representing a progressive approach in the attempts of regulation of diplomatic protection.

The most significant question of the codification to be discussed was the real meaning of diplomatic protection. When can it be declared about our own State's international act that the State has exercised diplomatic protection? Whose right is the State exercising when providing diplomatic protection, and how can it happen in international law that in the case of an injury of a person the State acts against the State that inflicted the injury?

Author of the dissertation has undertaken to analyze the works of legal publicists and the available decisions of legal practice, endeavours to form a unified point of view about the possibilities of providing diplomatic protection under the present rules of international law. Author defines the distinctions between diplomatic protection and other similar means of international protection, clarifying what cannot be considered diplomatic protection.

When examining this, detailed analysis of the traditional approach of diplomatic protection is inevitable, which apart from summarizing the customary rules of diplomatic protection, also declares it sufficient to use a legal fiction for the operation of diplomatic protection. The legal fiction presenting the base of the traditional approach ensured that when a person's rights had been injured abroad, this international injury shall be considered as if it was aimed against the State itself. This fiction provides also why it is the State that has the right to act at international levels in case of breach of the rights of a person. The reason behind the formation of this fiction was that previously people were not the subject of international law, thus on the one hand without rights, on the other hand without right to recourse to remedy the person was unable to act against the wrongful State without the assistance of the State.

Changes of international law have posed new challenges to the institution of diplomatic protection. With emergence of human rights and development of international economic relations natural and legal persons are directly entitled to such a system of legal protection, that emphasizes the rights of persons, and provides numerous legal guarantees, that had been unknown in the former practice of diplomatic protection. Thus action of the State is not absolutely necessary nowadays for the person to bring his or her claims. So the question arises whether the view is sustainable which provides absolutely discretionary rights to the State with respect to all decisions relevant to diplomatic protection.

According to the traditional approach international law governs the frames of the treatment of foreigners, and in case of violation of that it is the discretionary right of the State providing the nationality to act internationally against the State which has committed the internationally wrongful act abroad against its national, but on its own right.

With the emergence of human rights practice of States have further differentiated, since with having emphasis on the person and on the violation of rights of the person some States considered it not solely the injury of the State, but also had the aim of compensating the person when acting. Under the submitted opinions of States the International Law Commission has distinguished two separate approaches. According to supporters of the traditional approach (among others the United Kingdom, Germany, France) it is the discretionary right of the State to decide whether it wishes to exercise diplomatic protection or not. The State submits the claim on its own right, about which it can decide freely, thus the exercise of diplomatic protection is a right, and not an obligation toward the person, States defend their statement with reference to general international law, which nowhere encloses an obligation of diplomatic protection. In accordance with the other group (for example Italy, Spain, Russia, Hungary) although international law does not provide for diplomatic protection as enforcement of the right of a person, States have the right to provide it for their nationals. These States, mainly those of the former Soviet Bloc, although with different stress and nature, recognize the right of the person to diplomatic protection, and they undertake their protection if they suffer an injury abroad.

Decisions of international and national courts tinge the practice of States. With respect to these it is insufficient to discuss solely the practice of those States that ensure the right of diplomatic protection or that are of the view that diplomatic protection is a decision of the State. Notably, such State practice exists where the right to diplomatic protection codified in law does not mean in reality a right that can be enforced, as well as in some States the discretionary right of the State can be restricted under certain circumstances.

It is certain that States, as practitioners of diplomatic protection, can choose out of numerous means in their discretionary power from the act of the State's foreign representation to the proceedings of an international court. It is undoubted that the most significant task in practice is to distinguish diplomatic protection from consular assistance. It has long been disputed with respect to the practice of the EU whether Article 23 of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU) provides for diplomatic protection or consular assistance. With using the aspects of distinction and standpoints of the European Union in this topic it can clearly be stated that aims of the EU are to provide consular assistance and create cooperation among the Member States.

Several possible alternatives to diplomatic protection have come to light in the past years.

According to the point of view of the Author changes of the traditional approach to diplomatic protection can be best traced down at the practice of international courts, which are still the forum of law enforcement through traditional ways of diplomatic protection, but nowadays the forum for personal law enforcement also.

The system of protection of human rights based on international agreements and the arbitration established to resolve foreign investment disputes both present protection to the injured person (citizens). The dissertation analyses how the International Court of Justice has tried to adapt to the altered international legal situation, and how its legal practice has reflected the new expectations in the cases of *LaGrand* and *Avena*. Furthermore, the dissertation provides details on the issue of “*lex specialis*” jurisdiction, and the way diplomatic protection is dealt with, as well as the questions of application of the two institutions linked together. This combination and complementary application would be the adequate solution for the public and for the rapporteur of the International Law Commission, and the most effective means of personal law enforcement. This would prove that diplomatic protection has its place in the future system of international dispute settlement.

Is this the enforcement of the right of the State or remedy for the injured person? Can it be used as a means of law enforcement among the States, or is it an effective way of protecting human rights? Diplomatic protection in the present international legal environment attempts to fulfil all its roles and is on the verge of its boundaries. Codification by the International Law Commission is essential with respect to collecting the customary rules of diplomatic protection at last. During its work not only collection of the existing customs happened, but also tried to implement the changes that occurred with the development of international law. Following the general summary of the changes, Author have tried to find the connecting points between the different systems of protection existing in international law based on the present regulation of diplomatic protection, and to state her ideas about the necessary reforms of diplomatic protection.

Irodalomjegyzék

Felhasznált könyvek

- Alkotmányos elvek és esetek (Kézikönyv), Constitutional & Legislative Policy Institute, 1996.
- Amerasinghe Chittharanjan F.: Diplomatic Protection, Oxford University Press, 2006.
- Amerasinghe Chittharanjan F.: Local Remedies in International Law, Cambridge, Grotius 1990.
- Brownlie: Principles of Public International Law, Oxford 2003.
- Cassese Antonio: International Law, Second edition Oxford University Press, 2005.
- Csarada János: A tételes nemzetközi jog rendszere, Budapest 1901.
- Dahm Georg, Delbrück Jost, Wolfrum Rüdiger: Völkerrecht Band I/1., Walter de Gruyter, Berlin 1989.
- Encyclopedia of Public International Law, Volume 1., North-Holland, 1992.
- Haraszi György-Heczegh Géza-Nagy Károly: Nemzetközi jog, Tankönyvkiadó Budapest, 1976.
- Hargitai József: A diplomáciai és konzuli kapcsolatok joga, Aula Kiadó Budapest 2005.
- Jessup Philip C.: A Modern Law of Nations-an Introduction, The Macmillan Company, New York, 1948.
- Harris D.J.: Cases and Materials on International Law, Fourth edition, Sweet&Maxwell 1991.
- Kiss István: Európai nemzetközi jog, Eger 1876.
- Lamm Vanda: A Nemzetközi Bíróság ítéletei és tanácsadó véleményei 1945-1993; Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest 1995.
- Lee, Luke T.: Consular Law and Practice, 2. kiadás Oxford 1991.
- Lillich Richard B. (ed): International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens, University Press of Virginia 1983.
- Nagy Károly: Az állam felelőssége a nemzetközi jog megsértése miatt, Akadémiai Kiadó Budapest 1991.
- Nagy Károly: Nemzetközi jog, Püski Kiadó Budapest 1999.
- Nemzeti alkotmányok az Európai Unióban, szerk.Trócsányi László-Badó Attila; KJK-Kerszöv Jogi és Üzleti Kiadó Kft., Budapest 2005.

Nguyen Quoc Dinh-Partick Daillier-Alain Pellet-Kovács Péter: Nemzetközi közjog, Osiris Kiadó Budapest 1997.

Nguyen Quoc Dinh: Droit international public, 6th edition, 1999.

Oppenheim's International Law; Ninth Edition, Volume I. Peace Parts 2 to 4; ed. Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts, Longman Group, 1992.

Ress, Georg, Stein, Torsten: Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht; Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 1996.

Rights and Responsibilities, International, Social and Individual Dimensions, Center for Study of the American Experience, University of Southern California Press, Los Angeles, 1980.

Shaw Malcolm N.: Nemzetközi jog, Osiris Kiadó, Budapest 2001.

Schreuer Christoph: The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press 2001.

Storke J.G.: Introduction to International law, 8th Edition, Butterworths London, 1977.

Várnay Ernő-Papp Mónika: Az Európai Unió joga; KJK-Kerszöv jogi és Üzleti Kiadó Kft., Budapest 2005.

Felhasznált tanulmányok

A Trojan horse for Sudeten Claims? On Some Implications of the Prince of Liechtenstein v. Germany, EJIL 13 2002.

Amirfar Catherine M.: The Avena Case in the International Court of Justice v. United States of America-Arguments of Mexico, in: German Law Journal Vol. 5 No. 4 - 1 April 2004.

Bleckmann A.: Der Vertrag über die Europäischen Union. DVBI.1992.335.

Borchard E.M.: The Diplomatic Protection of Citizens Abroad, New York 1919.

Borchard E.M.: Basic Elements of Diplomatic Protection of Citizens Abroad, 7 American Journal of International law, 1913.

Borchard E.M.: The „Minimum standard” of the Treatment of Aliens, 33 The American Society of International Law 51, 1939.

Caron David: The Nature of the Iran-United States Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution, 84 AJIL 1990.

Case note Al –Adsani v. United Kingdom, State Immunity and Denial of Justice with Respect to Violations of Fundamental Human Rights-Melbourne Journal of International Law 2003.

Choi Won-Mog: The Present and Future of the Investor-State Dispute Settlement Paradigm, Journal of International Economic Law, 2007.

Deen-Racsomány Z.: Diplomatic Protection and the LaGrand case, Leiden JIL 2002.

Diplomatic protection of Canadians Abroad-(Heinonline)-57 University of New Brunswick Law Journal (U.N.B.L.J.) 104., 2007.

Doehring, Karl: Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes - Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg Journal of International Law Volume 20 1959.

Dugard John: Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of the International Law Commission, Australian Year Book of International Law Vol 24, 2005.

Éliás Pál: A konzuli jog és a diplomáciai védelem alkotmányos kérdései; in: Nemzetközi jog az új alkotmányban, szerk. Bragyova András, KJK Bp. 1997.

Éliás Pál: Állampolgáraink jogainak és érdekeinek védelme külföldön, Külpolitika, 1987.4.sz,31.

Gattini Andrea: A Trojan Horse for Sudeten Claims? On Some Implications of the Prince of Liechtenstein v. Germany-EJIL 2002.

Geck,Wilhelm Karl: Der Anspruch des Staatsbürgers auf Schutz gegenüber dem Ausland nach deutschem Recht, ZaöRV 17 (1956/57)

Hargitai József: Az állampolgárok védelmének nemzetközi jogi kérdései, in Nemzetközi jog az új alkotmányban, szerk. Bragyova András, KJK. Kerszöv Kiadó Budapest 1997.

Kende Tamás: A helyi jogorvoslatok kimerítése, ELTE Acta 33. számú kötet, 1991-1992., Budapest

Klein, Eckart: Anspruch auf diplomatischen Schutz? in: Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 1996.

Künzli Annemarieke: Exercising Diplomatic Protection-The Fine Line Between Litigation, Demarches and Consular Assistance, ZaöRV 66 (2006)

Lauterpacht H.: Allegiance, Diplomatic Protection and Criminal Jurisdiction over Aliens, 9 Cambridge Law Journal pp. 330-348. 1947.

Leigh, Guy I.F.: Nationality and Diplomatic Protection; The International and Comparative Law Quarterly, Vol.20, No. 3., 1971.

McGregor Lorna: Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty, EJIL 18, 2007.

Meron T.: The Humanization of International law- The Humanization of International Law Leiden: Nijhoff, 2006.

Milano E.: Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice-Netherlands Yearbook of International Law, Vol.35. 2004.

Notes- Diplomatic Protection of Corporations and Shareholders-Capacity of Government to Espouse Claims of Shareholders of a Foreign Corporation (1970)

Paparinskis Martins: Investment Arbitration and the Law of Countermeasures- British Yearbook of International Law Volume 79, 2008.

Pergantis Vasileios: Towards a „Humanization” of Diplomatic Protection?, ZaöRV 66 (2006)

Porretto Gabriele: The European Union, Counter-Terrorism Sanctions against Individuals and Human Rights Protection-Challenging the European Union Sanctions before the Court of First Instance/European Court of Justice June- (25, 2009). Transitional Justice Institute Research Paper No. 09-08.

Redress: The Protection of British Nationals Detained Abroad; www.redress.org/publications/DiplomaticProtectionFeb2005.pdf

Ress, Georg: Mangelhafte diplomatische Protektion und Staatshaftung- Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg Journal of International Law (HJIL) Volume 32 (1972)

Ruffert Matthias: Diplomatischer und konsularischer Schutz zwischen Völker-und Europarecht- Archiv des Völkerrecht 1997.

Rules Applying to International Claims-The UK Government 1985

Sári János: Közép-európai alkotmányok 1994: a tagadás tagadása. Jogtudományi Közlöny, 1994. 7-8.sz

Schorkopf Frank: European Court of Human Rights Rules in the On-going Dispute Between Liechtenstein and Germany, German Law Journal No. 15 (15 September 2001) - European & International Law

Simma: International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis 1993.Collected Courses of the Academy of European Law

Stein T.: Interim Report on „Diplomatic Protection under the European Union Treaty” International Law Association New Delhi Conference, 2002.

Stein Torsten: Die Regelung des diplomatischen Schutzes im Vertrag über die Europäische Union in Ress Georg/ Stein Torsten: Der diplomatische Schutz im Völker-und Europarecht; Georg Ress/Torsten Stein Nomos 1996.

Storost Christian: Der Fall Abbasi: Wegbereiter eines gemeineuropäischen Anspruchs auf diplomatischen Schutz?-Archiv des Völkerrechts Dez.2004. Band 42, Haft 4.

The Impact of Al-Adsani v. The United Kingdom- Redress

Vagts Detlev: Minimum Standard, in Rudolf Bernhardt: Encyclopaedia of Public International Law Vol. III.Amsterdam 1997.

Vedder Christoph, Folz Hans-Peter: A Survey of Principal Decisions of the European Court of Justice Pertaining to International Law in 1995-www.ejil.org

Vermeer-Künzli Annemarieke: Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection-Nordic Journal of International Law, Vol. 75 pp. 279-307. (2006)

Vermeer-Künzli, Annemarieke: As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection; The European Journal of International Law Vol. 18. no.1, 2007.

Vermeer-Künzli: Diplomatic Protection before the ICJ and National Courts www.openaccess.leidenuniv.nl.

Warbrick, Colin: Diplomatic Representations and Diplomatic Protection; ICLQ vol 51, 2002, pp.723-744.

Warbrick, Colin: Protection of Nationals Abroad: Current Legal Problems (1988) 37 I.C.L.Q.

Zieck Marjoleine: Codification of the Law on Diplomatic Protection: the First eight Draft Articles, Leiden Journal of International Law 2001.

Internetes források

Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analyses-
www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-13-Part-2.html (2010. 10.28.)

Challenging the European Union Sanctions before the Court of First Instance/European Court of Justice.- http://epress.anu.edu.au/war_terror/mobile_devices/ch12s03.html (2010.10.28.)

Deutsche Rechtsprechung zum Völkerrecht und Europarecht 1986-1993.-

http://www.mpil.de/ww/de/pub/forschung/forschung_im_detail/publikationen/institut/rspr/r86.cfm (2010.10.28)

Garcia-Bolivar Omar E.: Special Report on ICSID Jurisdiction- http://www.bg-consulting.com/docs/report_icsid_jurisdiction.pdf (2010.10.28.)

Lehnardt Chia: European Court Rules on UN and EU Terrorist Suspect Blacklists- <http://www.asil.org/insights070131.cfm> (2010.10.28.)

Mariana Salazar Alborno: Legal Nature and Legal Consequences of Diplomatic Protection, Contemporary challenges
<http://www.journals.unam.mx/index.php/amdi/article/viewFile/16618/15829> (2010.10.28.)

The Renaissance of Cause of Action
http://assets.cambridge.org/97805218/51183/excerpt/9780521851183_excerpt.pdf
(2010.10.28.)

Felhasznált dokumentumok

Nemzetközi Jogi Bizottság dokumentumai

Preliminary Report on Diplomatic Protection, Mohamed Bennouna, Special Rapporteur
A/CN.4/484; 4 February 1998

First Report on Diplomatic Protection by Mr. John R. Dugard, Special Rapporteur
7 March 2000- A/CN.4/506.

Second Report on Diplomatic Protection by Mr. John Dugard, Special Rapporteur
28 February 2001

Third Report on Diplomatic Protection by Mr. John Dugard, Special Rapporteur
7 March 2002

Third Report on Diplomatic Protection by Mr. John Dugard, Special Rapporteur
Addendum 16 April 2002

Fourth Report on Diplomatic Protection by Mr. John Dugard, Special Rapporteur
13 March 2003

Fourth Report on Diplomatic Protection by Mr. John Dugard, Special Rapporteur
Addendum 6 June 2003

Fifth Report on Diplomatic Protection by Mr. John Dugard, Special Rapporteur
4 March 2004

Sixth Report on Diplomatic Protection by John Dugard, Special Rapporteur
11 August 2004

Seventh Report on Diplomatic Protection by John Dugard, Special Rapporteur
7 March 2006- A/CN.4/567

Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006.

Diplomatic Protection- Comments and Observations Received from Governments, International Law Commission, 58th session, A/CN.4/561/Add.1 (2006)

Diplomatic Protection- Comments and Observations Received from Governments, International Law Commission, 58th session, A/CN.4/561/Add.2 (2006)

Európa Tanács dokumentumai

Recommendation 1606 (2003) - Areas where the European Convention on Human Rights cannot be implemented

Doc. 9730 (11 March 2003) - Areas where the European Convention on Human Rights cannot be implemented (Report) Committee on Legal Affairs and Human Rights

International Law Association (Nemzetközi Jogi Társaság) dokumentumai

Interim Report on „The Changing Law of Nationality of Claims”-International Law Association

Toronto Conference-Diplomatic Protection of Persons and Property 2006.-Final Report

Uniós dokumentumok

European Commission's Green Paper, Diplomatic and Consular Protection of Union Citizens in Third Countries, COM(2006) 712 Final, Brussels, 28.11.2006(a).

A Bizottság közleménye a Tanácsnak, az Európai Parlamentnek, az Európai Gazdasági és Szociális Bizottságnak és a Régiók Bizottságának Hatékony diplomáciai és konzuli védelem harmadik országok területén: az Európai Unió hozzájárulása a kérdéshez Cselekvési Terv 2007-2009.

Report from the Commission: Third Report from the Commission on Citizenship of the Union, Brussels, 07.09.2001.

Council of the European Union, Guidelines on Consular protection of EU Citizens in Third Countries, Council Doc. 10109/06, 2.6.2006.

Council of the European Union, Reinforcing the European Union's Emergency and Crisis Response Capacities Doc. 10551/06.

Jogesetek jegyzéke

Abbasi case (R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and another (2002) EWCA Civ 1598.

Al-Adsani v UK (2002) 34 EHRR 11 (European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 161, Decision of 26 January 1989 and Judgment of 7 July 1989 (Registry of the Court, Council of Europe, Strasbourg, 1989).

Ambatielos case-Greece v. United Kingdom, Judgment of July 1st, I.C.J. Reports 1952, p.28.

Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2004, p.12.

Ayadi v. Council (T-253/02) 2006 ECR II-2139

Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo (ICSID Case No. ARB/98/7)

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1964, p.6.

Case of Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany, European Court of Human Rights. Application no. 42527/98, Judgment of 12 July 2001.

Case Concerning the Factory at Chorzów, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A.-No.9, July 26th, 1927.

Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) Preliminary Objections, 24 May 2007, No.103.

Case of Finnish Ships (Great Britain v. Finland) 193, United Nations Reports of International Arbitral Awards 3 U.N.R.I.A.A. p.1479.

Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Merits), Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A.-No.7. 1926.

Certain Property (Liechtenstein v. Germany), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p.6.

East Timor case (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p.90.

Elettronica Sicula S.p.A.(ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, p.15.

Hassan v. Council (T-49/04) 2006 ECR II-52

Ilascu and Others v. Moldova and Russia, 48787/99, Council of Europe: European Court of Human Rights, 8 July 2004.

Interhandel case-Switzerland v. United States of America, (Preliminary Objections), Judgment of March 21st, 1959.

Case T-315/01 Kadi v Council and Commission Judgment (OJ) Judgment (OJ) OJ C 281, 12.11.2005, p. 17., C-402/05 P OJ C 285 of 08.11.2008, p.2.

Kaunda and Others v President of the Republic of South Africa (CCT 23/04) 2004.

LaGrand case (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001, p.466.

L.F.H. Neer and Pauline Neer (USA) v. United Mexican States, 15 October 1926. Reports of International Arbitral Awards, Volume IV. pp. 60-66.

M/V „Saiga” (No.2) case, Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea (1998) International Tribunal for the Law of the Sea

The Mavrommatis Palestine Concessions, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A.-No.2, August 30th, 1924.

North American Dredging Company of Texas (USA) v. United Mexican States, 31 March 1926., International Arbitral Awards, Volume IV. pp. 26-35.

Nottebohm case-Liechtenstein v. Guatemala, Judgment of April 6th, 1955.I.C.J. Reports 1955, p.4.

The Panevezys-Saldutiskis Railway Case, February 28th, 1939, Judgment №. 29, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A./B. No. 76; Collection of Judgments, Orders and Advisory Opinions

Phosphates in Morocco Case, PCIJ Series A/B No. 74., 1938.

R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Ferhut Butt, Court of Appeal 9 July 1999, 116 ILR 607-22.

Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C. J. Reports 1949, p. 174.

Robert E. Brown claim, Robert E. Brown (United States) v. Great Britain, 23 November 1923, Reports of International Arbitral Awards, Volume VI. pp. 120-131.

Roberts claim- The United States – Mexico General Claims Commission, (Roberts v. United Mexican States) 1926, Reports of International Arbitral Awards, Volume IV. pp.77-81.

Fall Rudolf Hess, BVerfG, Beschl.v. 16.12.1980, 90 ILR 387-400

Soering case- *Soering v. United Kingdom* (Series A, No 161; Application No 14038/88)ECHR (1989) 11 EHRR 439

Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans, Publications of the Permanent Court of International Justice ,*Series A.-No.20*. Judgment of 12 July 1929

Vienna Convention on Consular Relations Paraguay v. United States of America, Provisional Measures, Order of 9 April 1998, I.C.J. Reports 1998, p.248.

Case T-306/01 Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission Judgment (OJ) OJ C 281, 12.11.2005, p. 17.