



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
13 March 2003
Russian
Original: English/French

Комиссия международного права

Пятьдесят пятая сессия

Женева, 5 мая — 6 июня и

7 июля — 8 августа 2003 года

Четвертый доклад по вопросу о дипломатической защите,

подготовленный Специальным докладчиком
г-ном Джоном Дугардом

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
A. Дипломатическая защита корпораций и держателей акций.....	1–46	2
1. Введение.....	1–2	2
2. Дело о компании «Барселона трэкшн».....	3–27	2
3. Имеющиеся у Комиссии варианты.....	28–46	14
B. Предлагаемые статьи по дипломатической защите корпораций и акционеров	47–105	22
1. Статья 17.....	48–56	24
2. Статья 18.....	57–87	28
3. Статья 19.....	88–92	42
4. Статья 20 (Непрерывная национальность корпораций).....	93–105	44

А. Дипломатическая защита корпораций и держателей акций

1. Введение*

1. Три предыдущих доклада, которые были представлены нынешним Специальным докладчиком¹ и рассмотрены Комиссией международного права, касались дипломатической защиты физических лиц и нормы об исчерпании местных средств правовой защиты. Хотя в ходе обсуждений в Комиссии периодически затрагивался вопрос о дипломатической защите юридических лиц, этой теме непосредственного внимания не уделялось. Однако во время пятьдесят четвертой сессии Комиссии в 2002 году были проведены неофициальные консультации по вопросу о дипломатической защите корпораций².

2. Настоящий доклад полностью посвящен теме о дипломатической защите корпораций и держателей акций таких корпораций.

2. Дело о компании «Барселона трэкшн»

3. Вопрос о дипломатической защите корпораций и держателей акций рассматривался во многих судебных решениях. Однако главенствующим решением в ходе дискуссий, посвященных этой теме, было решение по делу о компании «Барселона трэкшн, лайт энд пауэр лимитед»³ (в дальнейшем именуемое «решение по делу о компании “Барселона трэкшн”»). Не представляется возможным сформулировать норму или нормы по этой теме без полного рассмотрения этого решения Международного Суда, вынесенного в 1970 году, его последствий и критики, которой оно подверглось. Поэтому настоящий доклад начинается с рассмотрения решения по делу о компании «Барселона трэкшн».

Решение Суда

4. «Барселона трэкшн, лайт энд пауэр лимитед» была компанией, инкорпорированной в 1911 году в Торонто, Канада, где находилось ее головное отделение, которая осуществляла свою предпринимательскую деятельность в Испании. По прошествии нескольких лет после первой мировой войны сложилось такое положение, когда акциями компании «Барселона трэкшн» в значительной степени владели бельгийские физические и юридические лица. По состоянию на критический момент времени, по оценкам, 88 процентов акций находились в собственности бельгийских граждан. Из-за некоторых мер, предпринятых испанскими властями, компания стала нерентабельной с экономической точки зрения. Бельгия, государство гражданства большинства держателей акции, а не Канада, государство национальности корпорации, возбудила иск против Испании с требованием о предоставлении возмещения. Испания выдвинула четыре предварительных возражения против бельгийского иска; два из них были от-

* Специальный докладчик желает поблагодарить за помощь в подготовке настоящего доклада г-на Ларри Ли, г-жу Элину Кредитор, стажеров Нью-Йоркского университета, г-жу Ким Тейлор из Кембриджского университета и г-жу Раелен Шарп из Лейденского университета.

¹ A/CN.4/506 и Corr.1 и Add.1 (2000); A/CN.4/514 и Corr.1 (2001); A/CN.4/523 и Add.1 (2002).

² *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/57/10)*, пункт 113.

³ *1970 I.C.J. Reports*, p. 3.

клонены в 1964 году⁴, а два другие возражения были присоединены к существу дела. Одно из присоединенных возражений касалось права Бельгии на осуществление дипломатической защиты от имени ее акционеров компании, инкорпорированной в Канаде. Настоящий доклад посвящен именно этому решению Международного Суда, в котором было поддержано это предварительное возражение.

5. Суд с самого начала подчеркнул, что решение касается только вопроса о дипломатической защите держателей акций «компаний с ограниченной ответственностью, капитал которой представлен акциями»⁵. Такие компании характеризуются четким отличием между компанией и владельцами акций⁶. Когда интересы держателей акций страдают от ущерба компании, держатель акции должен предъявлять иск к компании, поскольку, «хотя два отдельных образования могут пострадать от одного и того же противоправного деяния, существует только одно образование, права которого были нарушены»⁷. Только в том случае, когда ставшее предметом жалобы деяние направлено на непосредственные права держателей акций, держатель акции имеет самостоятельное право на иск⁸. Такие принципы, регулирующие различие между компанией и держателями акций, вытекают из внутрисударственного, а не международного права⁹.

6. Руководствуясь этими общими принципами права, зафиксированными во внутрисударственных правовых системах, Суд развил норму, согласно которой право на дипломатическую защиту в случае ущерба корпорации принадлежит государству, в соответствии с законодательством которого корпорация инкорпорирована и на территории которого она имеет свое зарегистрированное отделение¹⁰, а не государству/государствам гражданства держателей акций корпорации. Сделав такой вывод, Суд отказался следовать как судебным решениям, в которых шла речь о квалификации вражеских компаний в период войны¹¹, так и практике государств в отношении соглашений о паушальных выплатах¹², которые предполагают возможное наличие нормы в пользу снятия корпоративной завесы, с тем чтобы позволить государству/государствам гражданства держателей акций осуществлять дипломатическую защиту в их интересах. Хотя Суд признал, что двусторонние или многосторонние инвестиционные договоры могут предусматривать прямую защиту держателей акций¹³ и что существует ряд общих арбитражных прецедентов, которые вытекают из толкования таких договоров и могут поддерживать иски держателей акций¹⁴, это не является доказательством существования нормы обычного международного права, согласно которой государство/государства гражданской принадлежности держателей акций имеет/имеют право на осуществление дипломати-

⁴ 1964 *I.C.J. Reports*, p. 5.

⁵ 1964 *I.C.J. Reports*, p. 34, para. 40.

⁶ *Ibid.*, p. 34, para. 41.

⁷ *Ibid.*, p. 35, para. 44.

⁸ *Ibid.*, p. 36, para. 47.

⁹ *Ibid.*, p. 37, para. 50.

¹⁰ *Ibid.*, p. 42 (para. 70), p. 46 (para. 88).

¹¹ *Ibid.*, p. 39, para. 60.

¹² *Ibid.*, p. 40, para. 61.

¹³ *Ibid.*, p. 47, para. 90.

¹⁴ *Ibid.*, p. 40, para. 63.

ческой защиты от их имени. Вся такая практика и договоры были отклонены в качестве *lex specialis*.

7. Суд признал, что государство/государства гражданства держателей акций может/могут осуществлять дипломатическую защиту от их имени в двух следующих ситуациях: во-первых, когда компания прекратила существование в месте инкорпорации¹⁵, что не имело места в случае с компанией «Барселона трэкшн»; во-вторых, когда само государство инкорпорации несет ответственность за нанесение ущерба компании и единственным средством защиты иностранных держателей акций на международном уровне было доступно через их государство/государства гражданства¹⁶, что не имело места в случае с компанией «Барселона трэкшн». (Соответственно, Суд отказался одобрить это исключение.)¹⁷

8. Идеи о том, что защита держателей акций может быть разрешена по соображениям справедливости, были отклонены Судом с учетом обстоятельств рассматриваемого им дела¹⁸. Суд также отказался признать наличие вторичного права на дипломатическую защиту, которым обладают государство/государства гражданской принадлежности держателей акций, когда, как в этом деле¹⁹, государство инкорпорации отказалось осуществлять дипломатическую защиту от имени компании²⁰.

9. Был отклонен аргумент о том, что решение Международного Суда по делу Ноттебома²¹, содержащее требование о наличии подлинной связи между пострадавшим лицом и государством гражданства, которое пытается его защитить, может применяться по отношению к корпорациям, что означало бы, что Бельгия, с которой компания «Барселона трэкшн» имела самую подлинную связь в силу того, что ее граждане владели 88 процентами акций компании, являлось государством, которое должно было осуществлять дипломатическую защиту. Однако Суд не отказался применять критерии подлинной связи по отношению к корпорациям, поскольку он постановил, что *in casu* имела место «тесная и постоянная» связь между компанией «Барселона трэкшн» и Канадой, поскольку она там имела свое зарегистрированное отделение и в течение многих лет проводила совещания своего правления²².

10. Зафиксировав в своем решении тот факт, что государство инкорпорации компании, а не государство/государства гражданства держателей акций компании является тем государством, которое должно осуществлять дипломатическую защиту в случае причинения ущерба компании, Суд руководствовался рядом стратегических соображений. Во-первых, когда держатели акций вкладывают средства в корпорацию, осуществляющую предпринимательскую деятельность за рубежом, они берут на себя различные риски, в том числе риск то-

¹⁵ Ibid., pp. 40–41, paras. 65–68.

¹⁶ Ibid., p. 48, para. 92.

¹⁷ Loc. cit.

¹⁸ Ibid., p. 48 (paras. 92, 93), p. 50 (para. 101).

¹⁹ По ряду причин, включая отсутствие договора между Канадой и Испанией о наделении юрисдикцией Международного Суда, Канада отказалась возбудить иск от имени компании «Барселона трэкшн». См. *ibid.*, p. 45, paras. 81–83.

²⁰ Ibid., p. 49, para. 96.

²¹ 1955 *I.C.J. Reports*, p. 4.

²² 1970 *I.C.J. Reports*, p. 42, paras. 70–71.

го, что корпорация может, осуществляя свое дискреционное право, отказаться от осуществления дипломатической защиты от их имени²³. Во-вторых, если государство гражданства держателей акций может осуществлять дипломатическую защиту, это может привести к тому, что иски будут предъявляться различными государствами, поскольку держателями акций крупных корпораций часто являются граждане многих государств²⁴. В этой связи Суд указал, что если государство гражданства держателя акций имеет право действовать от его имени, то тогда отсутствуют причины, по которым каждый индивидуальный держатель акций не должен иметь такого права²⁵. В-третьих, Суд оказался не готов применять по аналогии нормы, касающиеся двойного гражданства, к корпорациям и держателям акций и предоставлять государствам их гражданства право на осуществление дипломатической защиты²⁶.

Отдельные мнения

11. Хотя иск правительства Бельгии был отклонен 15 голосами против 1 (бельгийский судья *ad hoc* Рифаген), многие судьи выразили несогласие с аргументацией в решении по делу о компании «Барселона трэксн». Об этом свидетельствует факт, что 8 из 16 судей приложили к решению отдельные мнения и 5 из них (включая судью *ad hoc* Рифагена) поддержали право государства гражданства держателей акций на осуществление дипломатической защиты.

12. Судья Танака пришел к выводу о том, что «обычное международное право не запрещает защищать держателей акций государством их гражданства, даже если государство государственной принадлежности компании обладает правом на защиту в отношении последней»²⁷. Он добавил следующее:

«Верно то, что норма международного права, которая допускает два вида дипломатической защиты, соответственно компании и ее акционеров, отсутствует, однако в то же время отсутствует и норма международного права, запрещающая двойную защиту»²⁸.

Хотя судьи Фицморис, Джессап и Грос не пошли так далеко, как судья Танака, они явно не согласились с основным подходом и аргументацией принятого большинством решения и заявили, что при определенных обстоятельствах, особенно когда государство государственной принадлежности корпорации является государством-правонарушителем²⁹, государство гражданства держателей акций имеет право осуществлять дипломатическую защиту. Кроме того, судья Грос обвинил Суд в том, что он игнорировал реальности, связанные с современной инвестиционной деятельностью:

«База нормы экономического международного права должна соответствовать экономическим реалиям. Простая связь в виде гражданства компании может не отражать сколь-нибудь существенно важную экономическую связь. Между двумя критериями судья должен выбирать критерий, в котором совпадают право и факты: государство, экономика которого фактиче-

²³ Ibid., p. 35 (para. 43), p. 46 (paras. 86–87), p. 50 (para. 99).

²⁴ Ibid., pp. 48–49, paras. 94–96.

²⁵ Ibid., p. 48, paras. 94–95.

²⁶ Ibid., p. 38 (para. 53), p. 50 (para. 98).

²⁷ Ibid., p. 134. См. также p. 130.

²⁸ Ibid., p. 131.

²⁹ Судья Фицморис, *ibid.*, pp. 72–75; судья Джессап, *ibid.*, pp. 191–194.

ски испытывает на себе негативные последствия, обладает правом принимать юридические меры»³⁰.

13. В отличие от них судьи Морелли³¹, Падилья Нерво³² и Аммуун³³ не только поддержали аргументацию Суда, но и отклонили соображения, согласно которым государство гражданства держателей акций может выдвигать иск в том случае, если государство национальной принадлежности корпорации является государством-правонарушителем. Судья Падилья Нерво выступил в поддержку развивающихся государств следующим образом:

«В дипломатической защите нуждаются не держатели акций огромных корпораций; в ней нуждаются скорее более бедные или слабые государства, в которых осуществляется инвестиционная деятельность и которым необходима защита от посягательств крупных финансовых группировок или от неправомерного дипломатического давления со стороны правительств, которые, как представляется, всегда и любой ценой поддерживают своих граждан, являющихся держателями акций...»³⁴.

Критика решения Суда

14. Решение Международного Суда по делу о компании «Барселона трэкшн» подверглась широкой критике. Ниже следуют некоторые из критических замечаний, которые следует учесть в процессе разработки удовлетворительной нормы по вопросу о дипломатической защите корпораций и/или держателей акций.

15. Норма, изложенная в решении по делу о компании «Барселона трэкшн», вытекает из общих принципов корпоративного права, признанного цивилизованными государствами, а не из обычного международного права. Если бы Суд учел государственную практику, отраженную в двусторонних и многосторонних инвестиционных договорах и соглашениях о паушальных выплатах, а также арбитражные решения, толкующие такие договоры, а не отклонил их в качестве *lex specialis*, он мог бы найти достаточно доказательств существования нормы обычного международного права в поддержку исков держателей акций. Согласно Ричарду Лиличу, Суд начисто отменил «в качестве иррелевантной традиционную международную практику, регулиующую вопрос об исках держателей акций» и не упустил «отличную возможность воспользоваться своим судебным правом утвердить формирующуюся норму обычного международного права в отношении исков держателей акций», сделав выбор в пользу «исключительной ссылки на внутрисударственное корпоративное право, согласно которому ущерб, нанесенный корпорации, как правило, не создает защищаемое в судебном порядке право для держателей ее акций»³⁵. Высказывая эти крити-

³⁰ Ibid., p. 279.

³¹ Ibid., p. 240–241.

³² Ibid., p. 257.

³³ Ibid., p. 318.

³⁴ Ibid., p. 248.

³⁵ “The Rigidity of Barcelona” (1971) 65 *A.J.I.L.* 522 at 525, 531. См. также R. Higgins “Aspects of the Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.” (1971) 11 *Virginia Journal of International Law* 327, 331; “Round Table: Toward More Adequate Diplomatic Protection of Private Claims: ‘Aris Gloves’, ‘Barcelona Traction’ and Beyond” (1971) 65 *American Society of International Law, Proceedings*, 322, 343 (Domke), 344 (Weston), 345 (Caflich).

ческие замечания в адрес Суда, Лилич напомнил о заявлении судьи Веллингтона Ку, сделанном в 1964 году, когда Суд впервые начал рассматривать дело о компании «Барселона трэксн»:

«Существует большой объем материалов, свидетельствующих о наличии государственной практики, договорных механизмах и арбитражных решений, подтверждающих существование в не явно выраженной форме нормы международного права, признающей право любого государства на защиту своих граждан-держателей акций иностранной компании от другого государства-правонарушителя независимо от того, является ли это другое государство государством государственной принадлежности компании или нет, в случае ущерба, понесенного ими через посредство ущерба, причиненного компании»³⁶.

16. В решении по делу о компании «Барселона трэксн» был установлен «неработающий стандарт»³⁷. На практике государства не будут осуществлять дипломатическую защиту только на основе инкорпорации, т.е. в отсутствие определенной подлинной связи, вытекающей из того факта, что держателями акций корпорации является значительное число граждан определенного государства. Было бы нереалистичным полагать, что государство будет тратить время, усилия, деньги и политическое влияние на корпорацию, которая понесла ущерб за рубежом, если оно не имеет какой-либо материальной связи с корпорацией. И наоборот, было бы нереалистичным ожидать, что государство-ответчик будет признавать столь незначительную связь с корпорацией в качестве «подлинной связи», необходимой для предоставления процессуальной правоспособности для возбуждения международного иска. Это объясняет, почему на практике многие государства указывали на то, что они не будут осуществлять дипломатическую защиту от имени корпорации, с которой они не имеют связи³⁸ в плане экономического контроля (доминирующее число держателей акций или бенефициарная собственность), *siège social* (штаб-квартира или административный центр) или того и другого. Практика в период после принятия решения по делу о компании «Барселон трэксн» свидетельствует о том, что государства взяли на вооружение различные подходы к решению вопроса о том, следует ли поддерживать иск компании против другого государства³⁹. Некоторые государства, такие, как Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии⁴⁰ и Соединенные Штаты Америки⁴¹, требуют наличия реальной и существенной связи с корпорацией, в то время как другие делают акцент на *siège social* или экономическом контроле. Короче говоря, такие критерии, как контроль *siège social* или большинство держателей акций, делающие акцент на

³⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Co, Ltd. Case, (Preliminary Objections) 1964 I.C.J. Reports*, p. 63.

³⁷ Stanley D. Metzger “Nationality of Corporate Investment under Investment Guarantee Schemes — The Relevance of Barcelona Traction” (1971) 65 *A.J.I.L.* 532, 541.

³⁸ См. таблицу, приложенную к статье Метцгера, *ibid.*, 542–543, которая свидетельствует о том, что, для того чтобы корпорация имела право на инвестиционные гарантии, государство обычно требует установления определенной существенной связи между ним и корпорацией.

³⁹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed. (1998), pp. 487–489.

⁴⁰ См. британские нормы 1985 года, применимые к международным претензиям, воспроизведенные в (1988) 37 *I.C.L.Q.* 1006, 1007(комментарий в отношении правила IV).

⁴¹ См. заявление представителя Соединенных Штатов в Шестом комитете от 1 ноября 2002 года, A/C.6/57/SR.23, пункты 50–56.

подлинной связи между государством, осуществляющим дипломатическую защиту, и компанией, пользуются большей поддержкой, чем более слабая и нейтральная связь в виде инкорпорации.

17. Поддержку критических замечаний в предыдущем пункте можно найти в последующей практике государств в отношении соглашений о паушальных выплатах и инвестиционных договоров. В своих промежуточных докладах Комитету Ассоциации международного права по вопросу о дипломатической защите лиц и имущества на ее конференции в Дели в 2002 году⁴² профессора Дейвид Бедерман и Джулиан Кокот подчеркнули, что государства преднамеренно регулировали свои дела, с тем чтобы избежать применения решения Международного Суда в деле о компании «Барселона трэкшн».

В своем промежуточном докладе «Соглашения о паушальных выплатах и дипломатическая защита» Бедерман показывает, что право корпораций предъявлять иски согласно таким соглашениям в период после принятия решения по делу о компании «Барселона трэкшн» чаще основывается на местонахождении штаб-квартиры компании, контроле или большинстве держателей акций, чем на простой инкорпорации⁴³. Кроме того, как правило, держателям акций предоставляется право предъявлять иски согласно положениям таких соглашений, которые санкционируют урегулирование претензий в том случае, если государство-ответчик негативно повлияло на собственность, права, интересы и претензии⁴⁴. Это привело его к выводу о том, что стандарты в отношении права корпораций и держателей их акций, как представляется, значительно ослабились и, следовательно, решение по существу в деле о компании «Барселона трэкшн» поставлено под сомнение (по меньшей мере, если учитывать соглашения о паушальных выплатах)⁴⁵.

В промежуточном докладе Кокоты под названием «Роль дипломатической защиты в области защиты иностранных инвестиций» используется аналогичный подход. Она указывает на то, что дискреционный характер дипломатической защиты и что ограничительная норма в решении по делу о компании «Барселона трэкшн» побудили государства к заключению двусторонних инвестиционных договоров⁴⁶, которые позволяют инвесторам разрешать их инвестиционные споры с принимающим государством в специальных арбитражных трибуналах или в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров, учрежденном согласно Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств⁴⁷. Она делает следующий вывод:

«Нет необходимости заходить так далеко, чтобы утверждать, что дипломатическая защита и нормы, регулирующие защиту иностранных инвестиций, являются взаимоисключающими. Однако результат вполне может представляться разочаровывающим с точки зрения того, кто утверждает, что дипломатическая защита должна играть важную роль в современном законодательстве об иностранных инвестициях. Анализ режима

⁴² International Law Association, *Report of the Seventieth Conference, New Delhi* (2002), p. 228.

⁴³ *Ibid.*, pp. 252–253.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 253–255.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 258.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 265.

⁴⁷ United Nations, *Treaty Series*, vol. 575, p. 159; (1965) 4 *I.L.M.*524.

двусторонних инвестиционных договоров, а также многосторонних подходов показал, что дипломатическая защита не является важным средством разрешения споров. Если говорить в общем, то соглашения, как двусторонние, так и многосторонние, отдают предпочтение альтернативным процедурам разрешения споров и позволяют инвесторам прибегать к услугам международных арбитражных органов. Это наделяет их процессуальной правоспособностью согласно международному праву и урезает дипломатическую защиту. Настоящий доклад показывает, что такая практика имеет ряд преимуществ по сравнению с необходимостью обращения к принимающему государству с просьбой об оказании дипломатической защиты.

Как представляется, существует строгое предубеждение против дипломатической защиты с учетом ее политической неопределенности, дискреционного характера и способности защищать иностранных держателей акций согласно доктрине Международного Суда. Каковы последствия? Как представляется, существует два различных варианта. Один из них может заключаться в изменении норм, регулирующих дипломатическую защиту, в целях удовлетворения требований инвесторов. Однако этот вариант не представляется реалистичным, поскольку он игнорирует существование сети двусторонних соглашений, существующей параллельно с многосторонними соглашениями. Рано или поздно появится преемник многостороннего соглашения по вопросу об инвестициях. С учетом этих соображений более реалистичным является следующий второй вариант: признание того, что в контексте иностранных инвестиций традиционные правовые нормы дипломатической защиты в значительной степени были заменены несколькими договорными процедурами разрешения споров⁴⁸.

18. Решение Судом вопроса о релевантности решения по делу Ноттебома⁴⁹ к дипломатической защите компаний является далеко не удовлетворительным⁵⁰. С одной стороны, как представляется, это решение отвергает применение критерия «подлинной связи» к компаниям в силу содержащегося в нем вывода о том, что «в конкретной области дипломатической защиты корпоративных образований никакой абсолютный критерий «подлинной связи» не получил общего признания»⁵¹ и вывода об отсутствии аналогии между вопросами, затронутыми в деле о компании «Барселона трэксн» и деле Ноттебома. С другой стороны, Суд анализирует связь между компанией «Барселона трэксн» и Канадой — инкорпорация, зарегистрированное отделение, счета, акционерные регистры, заседания правления, регистрация в налоговых органах Канады — и он делает вывод о том, что «тесная и постоянная связь была установлена» между Канадой и этой компанией⁵².

⁴⁸ Interim report, выше, сноска 42, at pp. 276–277; см. также S.D. Murphy “The ELSI Case: an Investment Dispute at the International Court of Justice” (1991) 16 *Yale Journal of International Law* 391, 392.

⁴⁹ 1955 *I.C.J. Reports*, p. 4.

⁵⁰ Brownlie, выше, сноска 39; Arthur Watts, “Nationality of Claims: Some Relevant Concepts” in: *Fifty Years of the International Court of Justice, Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (eds. V. Lowe and M. Fitzmaurice), p. 424 at pp. 432–433.

⁵¹ 1970 *I.C.J. Reports*, p. 42, para. 70.

⁵² *Ibid.*, p. 42, para. 71.

19. Релевантность «подлинной связи» в решении по делу Ноттебома с корпорациями подтверждается отдельными мнениями судей Фицмориса⁵³, Джессапа⁵⁴, Падильи Нерво⁵⁵ и Гроса⁵⁶. С учетом вывода Суда о наличии «тесной и постоянной связи» между Канадой и компанией Ф.А. Манн⁵⁷ высказал идею о том, что Суд пришел к выводу о том, что государство гражданства держателей акций может иметь право на защиту в том случае, если государство инкорпорации не может действовать от имени компании в силу недостаточности связи с компанией.

20. В решении по делу о компании «Барселона трэкшн» Суд признал, что государство гражданства держателей акций может оказывать дипломатическую защиту в следующих трех ситуациях: во-первых, в случае нарушения прямых прав держателей акций⁵⁸; во-вторых, когда компания прекращает существование⁵⁹; в-третьих, когда государство государственной принадлежности корпорации является государством-правонарушителем⁶⁰. Ни одно из этих исключений из нормы в пользу дипломатической защиты государством инкорпорации компании не было надлежащим образом изучено⁶¹. Слабость аргументации Суда в этом деле будет рассмотрена ниже при анализе норм, предусматривающих дипломатическую защиту держателей акций.

21. Наконец, Суд должным образом не обосновал вопросы политики, указанные в пункте 10 выше. Почему предполагается, что держатели акций, которые вкладывают средства в корпорацию, осуществляющую предпринимательскую деятельность за рубежом, должны подвергаться опасности потерять свои инвестиции? Как представляется, существование двусторонних инвестиционных договоров, предназначенных для защиты иностранных инвестиций, противоречит этому основному тезису⁶². Почему перспектива подачи держателями акций большого числа исков против государства-правонарушителя создает атмосферу путаницы и отсутствия безопасности в международных экономических отношениях?⁶³ Почему нормы о двойной защите, применимые по отношению к физическим лицам и международным организациям⁶⁴, в равной степени не применяются по отношению к корпорациям и держателям акций? Простой аргумент о том, что между ними нельзя провести аналогию, не является убедительным⁶⁵.

⁵³ Ibid., p. 80.

⁵⁴ Ibid., p. 186.

⁵⁵ Ibid., p. 254.

⁵⁶ Ibid., p. 281.

⁵⁷ “The Protection of Shareholder’s Interests in the Light of the Barcelona Traction Case” (1973) 67 *A.J.I.L.* 259, 264, 269, 273.

⁵⁸ 1970 *I.C.J. Reports*, p. 36, para. 47.

⁵⁹ Ibid., pp. 40–41, paras. 64–68.

⁶⁰ Ibid., p. 48, para. 92.

⁶¹ Mann, выше, сноска 57, at 265–272.

⁶² См. отдельное мнение судьи Гроса, 1970 *I.C.J. Reports*, p. 275.

⁶³ Ibid., p. 49, para. 96.

⁶⁴ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, 1949 *I.C.J. Reports*, p. 185.

⁶⁵ 1970 *I.C.J. Reports*, p. 38, para. 53.

Авторитетность решения по делу о компании «Барселона трэкшн»

22. Решения Международного Суда не являются обязательными для Комиссии международного права. Хотя по понятным соображениям Комиссия с неохотой отвергает такие решения, следует напомнить, что она в недавние годы значительно сузила сферу охвата одного из важнейших решений за последние 40 лет — решения по делу Ноттебома⁶⁶ и в явно выраженной форме отвергла другое решение, действовавшее на протяжении 30 лет, а именно решение по делам о Юго-Западной Африке (второй этап)⁶⁷. Поэтому после тщательного рассмотрения Комиссия может решить не следовать ему. Такое решение может основываться на критических замечаниях, охарактеризованных выше и быть принято в виде постановления; явной неспособности Международного Суда обстоятельно обсудить соответствующие вопросы⁶⁸; или на том факте, что Суд не занимается кодификацией международного права, а решает конкретный спор, при этом результат заключается в том, что его «норма» рассматривается в качестве решения по конкретным фактам, а не в качестве общей нормы, применимой ко всем ситуациям. Последняя причина для отказа следовать решению по делу о компании «Барселона трэкшн» получает определенную поддержку в решении камеры самого Международного Суда по делу о компании «ЭЛСИ»⁶⁹.

Дело о компании «ЭЛСИ»

23. Хотя в решении по делу о компании «Барселона трэкшн» говорится, что государство, граждане которого составляют большинство держателей акций компании, не может выдвигать претензии в связи с ущербом, понесенным самой компанией, в деле о компании «Элетроника Сикула С.П.А. (ЭЛСИ)», камера Международного Суда позволила Соединенным Штатам возбудить иск против Италии в связи с ущербом, понесенным итальянской компанией, акциями которой полностью владели две американские компании. (Однако камера отвергла иск Соединенных Штатов по существу дела на том основании, что поведение Италии не представляло собой нарушения рассматриваемого Договора о дружбе, торговле и судоходстве.) Вызывает удивление тот факт, что камера уклонилась от констатации совместимости своих выводов с выводами в деле о компании «Барселона трэкшн», несмотря на тот факт, что Италия официально возразила против того, что компания, права которой, как утверждалось, были нарушены, являлась итальянской и на то, что Соединенные Штаты стремились к защите прав держателей акций компании⁷⁰.

24. Тот факт, что решение по делу о компании «Барселона трэкшн» является релевантным в отношении компании «ЭЛСИ», был подчеркнут судьей Ода, ко-

⁶⁶ 1955 *I.C.J. Reports*, p. 4. Доклад Комиссии международного права, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/57/10)*, пункт 280, комментарий к статье 3 [5].

⁶⁷ 1966 *I.C.J. Reports*, p. 6. Доклад Комиссии международного права, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 и исправление (A/56/10 и Согг.1)*, пункт 77, комментарий к статье 48, примечание 766.

⁶⁸ См. критические замечания в адрес Суда в связи с решением по делу о компании «Барселона трэкшн» в отдельном мнении судьи Фицмориса, 1970, *I.C.J. Reports*, p. 86, para. 37.

⁶⁹ 1989 *I.C.J. Reports*, p. 15.

⁷⁰ *Ibid.*, paras. 64, 79.

торый в отдельном мнении выдвинул аргумент о том, что американские компании, которые владели итальянской компанией, были просто держателями акций итальянской компании и что поэтому Соединенные Штаты не могут оказывать им дипломатическую защиту⁷¹. Существует общее согласие о том, что камера в силу своего умолчания не приняла этот аргумент, несмотря на тот факт, что он основывается на решении по делу о компании «Барселона трэкшн»⁷².

25. Тот факт, что в решении по делу о компании «ЭЛСИ» не проведено различия с компанией «Барселона трэкшн», можно объяснить несколькими причинами⁷³. Во-первых, камера Суда занималась не оценкой обычного международного права (как в решении по делу о компании «Барселона трэкшн»), а толкованием Договора о дружбе, торговле и судоходстве, который, как и двусторонний инвестиционный договор, предусматривал защиту держателей акций из Соединенных Штатов за рубежом. Если бы камера признала иск Соединенных Штатов неприемлемым на том основании, что Соединенные Штаты могут не защищать американские компании, владеющими акциями итальянской компании, то это бы поставило под угрозу значимость двусторонних инвестиционных договоров, которые, в частности, направлены на защиту национальных держателей акций, контролируемых компании, инкорпорированные в государстве, где производятся инвестиции⁷⁴. Во-вторых, это дело, возможно, связано с нарушением прямых прав держателей акций, и это изъятие признано в решении по делу о компании «Барселона трэкшн»⁷⁵. В-третьих, можно выдвинуть аргумент о том, что это было дело, в котором компания прекратила существование, поскольку она находилась в стадии ликвидации; это еще одно исключение из общего правила, которое признано в решении по делу о компании «Барселона трэкшн». В-четвертых, можно утверждать⁷⁶, что это было дело, в котором камера дала положительный ответ на вопрос, оставленный открытым в решении по делу о компании «Барселона трэкшн», т.е. вопрос о том, может ли государство гражданства держателей акций защищать их, когда компании причинен ущерб государством инкорпорации.

26. Хотя тот факт, что в решении по делу о компании «ЭЛСИ» не была использована норма, установленная в решении по делу о компании «Барселона

⁷¹ Ibid., pp. 87–88.

⁷² См. особое мнение судьи Швებеля, *ibid.*, p. 94; *Oppenheim's International Law*, 9th ed. (eds. R. Jennings and A. Watts) vol. 1, p. 520. S.D. Murphy, "The ELSI Case: an Investment Dispute at the International Court of Justice" (1991) 16 *Yale Journal of International Law* 391, 420; R. McCorquodale "Expropriation Rights under a Treaty — Exhausted and Naked" (1990), *Cambridge Law Journal* 197, 199; S.A. Kubiakowski, "The Case of ELSI: Toward Greater Protection of Shareholder's Rights in Foreign Investments", (1991) 29 *Columbia Journal of Transnational Law* 215, 234; F.A. Mann, "Foreign Investment in the International Court of Justice" (1992) 86 *A.J.I.L.* 92.

⁷³ См., в общем, в связи с этим решением Brigitte Stern, "La Protection diplomatique des investissements internationaux", (1990) 116 *Journal de droit international* 897.

⁷⁴ Terry Gill, "ELSI Case", in (1990) 84 *A.J.I.L.* 249, 257–258. См. также Mann, выше, сноска 72.

⁷⁵ 1970 *I.C.J. Reports*, p. 36, para. 47. См. далее Vaughan Lowe, "Shareholders' Rights to Control and Manage: From Barcelona Traction to ELSI", in *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, eds. N. Ando et al. (2002), p. 269. См. также Arthur Watts "Nationality of Claims: Some Relevant Concepts", in *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (1996) (eds. V. Lowe and M. Fitzmaurice), p. 424 at p. 435 (footnote 56).

⁷⁶ Yoram Dinstein, "Diplomatic Protection of Companies under International Law", in *International Law: Theory and Practice* (1998) (ed. K. Wellens), p. 505 at p. 512.

трэкшн», может быть объяснен, неоспоримый факт заключается в том, что камера отказалась следовать норме, аргументации и принципам решения по делу о компании «Барселона трэкшн». Вполне понятно, что это было воспринято в качестве отхода от нормы, зафиксированной в решении по делу о компании «Барселона трэкшн»⁷⁷.

Дело «Барселона трэкшн»: 30 лет спустя

27. Дело «Барселона трэкшн», бесспорно, представляет собой одно из значительных судебных решений, хотя с точки зрения убедительности содержащихся в нем аргументов и заботы о защите иностранных инвестиций это определение к нему неприменимо. В этой связи Комиссия международного права могла бы счесть своим долгом отойти от него и сформулировать норму, которая в большей степени соответствовала бы реалиям иностранных инвестиций и заставляла бы иностранных инвесторов для восстановления своих прав обращаться не к двусторонним инвестиционным договорам, а к процедурам дипломатической защиты. С другой стороны, необходимо признать, что, несмотря на недостатки сегодня, 30 лет спустя, дело «Барселона трэкшн» сохраняет свою актуальность и рассматривается подавляющим большинством не только как точное выражение права дипломатической защиты корпораций, но и как подлинное отражение международного обычного права. Сегодня государства в своей практике в сфере дипломатической защиты корпораций руководствуются делом «Барселона трэкшн»⁷⁸. Это четко продемонстрировала реакция делегатов в Шестом комитете на вопрос о том, следует ли пересмотреть правило, сформулированное в деле «Барселона трэкшн»⁷⁹. Из 15 делегатов, выступивших по этой теме, только один⁸⁰ заявил, что дело «Барселона трэкшн» следует пересмотреть. К

⁷⁷ Murphy, выше, сноска 72.

⁷⁸ См. правила, изданные правительством Великобритании в 1987 году, опубликованные в (1988) 37 *I.C.L.Q.* 1006. В правиле IV, где говорится о том, что Соединенное Королевство может поддержать иск компании, зарегистрированной в Соединенном Королевстве, прямо указано в комментарии, что в его основе лежит дело «Барселона трэкшн».

⁷⁹ Государствам были заданы следующие вопросы по этой теме: «В деле “Барселона трэкшн” Международный Суд постановил, что государство, в котором компания зарегистрирована и где находится ее зарегистрированная контора, правомочна осуществлять дипломатическую защиту от имени этой компании. Государство гражданства акционеров не имеет права осуществлять дипломатическую защиту, за исключением, возможно, следующих случаев:

- a) собственные права держателей акций были непосредственно ущемлены;
- b) компания прекратила свое существование в месте своей инкорпорации;
- c) государство регистрации является государством, несущим ответственность за совершение международно-противоправного деяния в отношении этой компании.

Должно ли государство гражданства держателей акций иметь право осуществлять дипломатическую защиту в других обстоятельствах? Например, должно ли государство гражданства большинства держателей акций какой-либо компании иметь такое право? Должно ли государство гражданства большинства держателей акций какой-либо компании иметь вторичное право осуществлять дипломатическую защиту?» *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/57/10), пункт 28.*

⁸⁰ Германия назвала решение по делу «Барселона трэкшн» «неудовлетворительным» и настоятельно призвала предоставить акционерам субсидиарное право на защиту (см., вообще, A/C.6/57/SR.23, пункты 25 и 26). Соединенные Штаты, поддерживая дело «Барселона трэкшн», заявили, что при решении вопроса о том, осуществлять ли дипломатическую защиту, они учитывают гражданство акционеров, и настоятельно предложили обеспечивать защиту акционеров в том случае, когда государство гражданства само несет ответственность за причиненный компанией ущерб (A/C.6/57/SR.23, пункт 52).

сожалению, все (кроме одного) выступавшие по этой теме делегаты представляли развитые государства. Однако маловероятно, чтобы развивающиеся государства с энтузиазмом поддержали заменяющую «Барселона трэкшн» норму, которая обеспечит большую степень защиты акционерам иностранных компаний⁸¹. В трудах наиболее квалифицированных специалистов, говоря языком статьи 38(1)(d) Статута Международного Суда, в целом невозможно обнаружить безоговорочного признания дела «Барселона трэкшн». В то же время они рассматривают его как основополагающее решение по вопросу о дипломатической защите корпораций, как отправную точку обсуждения этой темы⁸².

3. Имеющиеся у Комиссии варианты

28. Прежде чем формулировать норму или нормы по теме национальности корпораций и дипломатической защиты компаний и/или акционеров, Специальный докладчик считает необходимым пояснить имеющиеся у Комиссии следующие варианты:

1) государство регистрации, с учетом исключительных обстоятельств, предусмотренных в деле «Барселона трэкшн» в отношении защиты акционеров;

2) государство, в котором компания зарегистрирована и с которым оно имеет подлинную связь (обычно в виде экономического контроля), опять же с учетом исключительных случаев, предусмотренных в деле «Барселона трэкшн», в отношении защиты акционеров;

3) государство места нахождения или domicilia;

4) государство, в котором осуществляется экономический контроль в отношении компании;

5) и государство регистрации, и государство экономического контроля. Это позволило бы осуществлять некую форму двойной защиты, аналогичной той, которая применима в случае двойного гражданства физических лиц;

6) государство регистрации в первую очередь, при том что государство экономического контроля наделено вторичным правом на защиту в случае, если государство регистрации ее не осуществляет;

7) государство гражданства всех акционеров.

Эти варианты будут подробно рассмотрены ниже.

⁸¹ G. Abi-Saab, "The International Law of Multinational Corporations: A Critique of American Legal Doctrines", (1971) *Annales d'études internationales* 97, 121–122.

⁸² R. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed. (1992) vol. 1, pp. 515–522; P. Daillien and A. Pellet (eds.), *Nguyen Quoc Dinh's Droit International Public*, 6th ed. (1999), p. 773; M.N. Shaw, *International Law*, 4th ed. (1997), p. 566; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed. (1998), pp. 491–495; P.H. Kooijmans, *Internationaal Publiekrecht in Vogelvlucht*, 9th ed. (2002), p. 116; I.A. Shearer (ed.), *Starke's International Law*, 11th ed. (1994) pp. 286–287; L.C. Caflisch "The Protection of Corporate Investments Abroad in the Light of the Barcelona Traction Case", (1971) 31 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 162, 196.

Вариант 1: Государство регистрации

29. Только государство, в котором компания зарегистрирована, имеет право на осуществление дипломатической защиты в отношении причиненного компании ущерба, с учетом исключений, изложенных в деле «Барселона трэкшн», при которых государство гражданства акционеров компании может осуществлять дипломатическую защиту от их имени. Этот вариант можно назвать нормой в деле «Барселона трэкшн». Преимущества и недостатки такой нормы были рассмотрены выше.

Вариант 2: Государство регистрации и государство подлинной связи

30. Государство, в котором компания зарегистрирована и с которым она имеет такую «подлинную связь», о которой говорится в деле Ноттебома, может осуществлять дипломатическую защиту от имени компании с учетом исключений в пользу исков акционеров, признанных в деле «Барселона трэкшн». В определенной степени такое предложение отражает практику государств, поскольку многие государства не будут осуществлять дипломатическую защиту от имени компании, с которой они не имеют подлинной связи в виде преобладающего числа акций, экономического контроля или места нахождения⁸³. Главный недостаток такой нормы заключается в том, что в целях получения налоговых преимуществ многие компании зарегистрированы в государствах, с которыми они не имеют подлинной связи. Для целей дипломатической защиты такие компании станут апатридами. Данное следствие, по всей видимости, не смутило судей Падилью Нерво⁸⁴, Петрена и Ониему⁸⁵. С другой стороны, это бы прямо противоречило аргументации Суда в деле «Барселона трэкшн», который исходил из того, что право защищать компанию имеет одно государство — Канада⁸⁶, а также «современной тенденции в международном праве, выражающейся в обеспечении большей защиты прав отдельных лиц»⁸⁷. Еще одну проблему, которую вызывает такая норма, отмечает Кристофер Сталкер:

«Существование подлинной связи также влечет за собой вопрос о том, в какой момент эта подлинная связь должна существовать. Требуется ли наличие подлинной связи с государством регистрации только в момент регистрации или только в тот момент, когда ее существование ставится под сомнение (с тем чтобы было признано, существует ли подлинная связь в момент причинения ущерба и предъявления иска, даже если в момент фактической регистрации таковой не существовало), и требуется ли нали-

⁸³ См. далее D. Harris, "The Protection of Companies in International Law in the Light of the Nottebohm Case", (1969) 18 *I.C.L.Q.* 275.

⁸⁴ 1970 *I.C.J. Reports*, p. 254.

⁸⁵ См. Совместное заявление судей Петрена и Ониемы, *ibid.*, p. 52.

⁸⁶ См. решение, там же, пункт 94, в котором Суд заявляет: «Соображения справедливости не могут требовать больше того, чем возможность вмешательства со стороны некоего государства защитника... См. также заявление судей Лахса, там же, стр. 52, в котором он заявил, что наличие у Канады права обеспечивать защиту компании «является краеугольным камнем аргументации Суда».

⁸⁷ Christopher Stalker, "Diplomatic Protection of Private Business Companies: Determining Corporate Personality for International Law Purposes", (1990) 61 *British Year Book of International Law*, 157, 159.

чие подлинной связи непрерывно с момента регистрации до момента предъявления иска?»⁸⁸

Вариант 3: Государство места нахождения или домицилия

31. Среди авторитетов определенной поддержкой пользуется мнение о том, что корпорация должна иметь национальность своего места нахождения⁸⁹ или места домицилия — критерии, обычно применяемые в странах континентальной (место нахождения) и общеправовой (домицилий) традиции для установления связи корпорации с государством для целей коллизионных норм⁹⁰. Были высказаны сомнения относительно того, насколько уместно применять такие *частноправовые* критерии к проблеме из области международного *публичного* права⁹¹. Кроме того, как показывают решения арбитражей, как правило, имеется тесная взаимосвязь между местом нахождения или домицилием и местом регистрации⁹².

Вариант 4: Государство экономического контроля

32. Значительной поддержкой пользуется позиция, в соответствии с которой роль осуществления дипломатической защиты должна быть поручена государству экономического контроля. К сожалению, сторонники этой точки зрения в значительной степени опираются на законодательные акты и решения, главным образом принимавшихся после первой мировой войны, где для определения враждебного характера корпорации применялся критерий эффективного контроля⁹³. Как отмечает Д.П. О'Коннелл, «как аналог для целей определения дипломатической защиты теория контроля для целей ведения экономической войны практически не имеет значения»⁹⁴, и это мнение разделяет Международный Суд в деле «Барселона трэкшн»⁹⁵.

33. Несмотря на эту неуместную аналогию, можно с полным основанием предложить, чтобы государством, осуществляющим дипломатическую защиту,

⁸⁸ Ibid., 163.

⁸⁹ 1970 *I.C.J. Reports*, p. 42, para. 70.

⁹⁰ D.P. O'Connell, *International Law*, 2nd ed. (1970), vol. II, p. 1041; L. Levy, *La Nationalité des sociétés* (1984), pp. 183–196; Harris, *supra* note 83, at 295–301.

⁹¹ Ibid., pp. 1041–1042.

⁹² Этот вывод делает Георг Шварценберг, *International Law*, vol. 1, 3rd ed. (1957), pp. 393–397, после изучения дела Каневаро (Италия против Перу), Scott, *Hague Court Reports*, vol. 1, p. 284; *La Suédoise Grammont v. Roller, Mixed Arbitration Tribunals*, vol. 3, p. 570; *Mexico Plantagen G.m.b.H., Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*; 1931–32, Case No. 135; *F.W. Flack (G.B.) v. United Mexican States 5 U.N.R.I.A.A.*, p. 61 (1929); *Madera Company Claim*, *ibid.*, p. 156 (1929); *Interoceanic Railway of Mexico*, *ibid.*, p. 178 (1931).

⁹³ Ignaz Seidl-Hohenveldern *Corporations in and Under International Law* (1987), pp. 27–29; A. McNair and A. Watts *Legal Effects of War*, 4th ed. (1960); *Daimler Co. v. Continental Tyre and Rubber Co.* [1916] 2 A.C. 307. Аналогичный критерий также был применен в Организации Объединенных Наций в отношении ее резолюции, устанавливающей экономические санкции против Ливии: резолюции Совета Безопасности 883 (1993) от 11 ноября 1993 года. См. дальнейшее обсуждение этой резолюции Специальным докладчиком В. Микулкой в четвертом докладе о гражданстве в связи с правопреемством государств, *Yearbook ... 1998*, vol. II (Part One), document A/CN.4/489, paras. 15–17.

⁹⁴ *International Law*, 2nd ed. (1970), p. 1042.

⁹⁵ 1970 *I.C.J. Reports*, p. 39, para. 60.

являлось государство экономического контроля. Это в большей степени согласуется с экономическими реалиями иностранных инвестиций, когда государство гражданства акционеров, как правило, будет больше заинтересовано в обеспечении репатриации, нежели государство регистрации, которое, как это имело место в случае Канады при рассмотрении дела «Барселона трэкшн», может иметь лишь незначительный интерес в получении возмещения. Тем самым существенно сокращается постоянно существующая в этой отрасли права опасность того, что государство откажется осуществлять дипломатическую защиту по своему усмотрению. Признание государства экономического контроля в качестве защитника корпорации будет представлять собой признание важности эффективной и подлинной связи между защищающим государством и потерпевшим юридическим лицом, а в деле «Барселона трэкшн» Суд был весьма щепетилен в этом аспекте⁹⁶. Более того, если ограничить возможность дипломатического вмешательства одним государством, этот критерий позволяет избежать проблемы множественности исков, которые могут возникнуть, если позволить осуществлять дипломатическую защиту государству гражданства каждого акционера. В пользу идеи экономического контроля говорят также и соображения защиты прав человека, поскольку иностранный вкладчик не может быть лишен возможности потребовать защиту.

34. Как было отмечено учеными-юристами⁹⁷, дать определение контролю не просто. Здесь возможно принятие двух стандартов: большинство акционеров, т.е. владение более 50 процентами акций, и перевес акций. Если принять первый стандарт, то это правило может создать корпорацию-апатрида, на защиту которой не сможет стать не одно государство. Таким образом, предпочтение должно быть отдано критерию перевеса, который позволит государству, гражданине которого имеют наибольшее число акций в компании, иметь право на осуществление дипломатической защиты. Можно бы было сформулировать и альтернативный критерий, в котором при оценке контроля учитывалось бы как большинство акционеров, так и перевес акций. В своем очередном докладе «The Changing Law of Nationality of Claims» («Изменение права гражданства исков») Комитету по дипломатической защите лиц и имущества Ассоциации международного права Франсиско Оррего Вилкунья предложил правило в пользу дипломатической защиты со стороны государства контроля следующего содержания:

«Контроль в отношении иностранной компании со стороны акционеров различного гражданства, выраженный в 50 процентах владения ее акционерным капиталом или в той другой пропорции, необходимой для осуществления контроля над компанией, может позволять государству гражданства таких акционеров осуществлять дипломатическую защиту от их имени или же считать, что компания имеет его национальность»⁹⁸.

Практика государств не отличается единообразием. В одних договорах контроль определяется по большинству акций⁹⁹. В других просто говорится о кон-

⁹⁶ Ibid., p. 42, paras. 70–71.

⁹⁷ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed. (1998), p. 487; O'Connell, *supra* note 90, at p. 1042; L. Levy, *supra* note 90, at pp. 200–224.

⁹⁸ ILA, *Report of the 69th Conference*, London (2000), p. 647.

⁹⁹ См. Алжирскую декларацию 1981 года, предусматривающую урегулирование претензий между Соединенными Штатами и Ираном (1981), 20 *I.L.M.* 230, которая включает в качестве граждан корпорации, учрежденные по законам любой из стран, если граждане

троле, а определение этого требования при всех обстоятельствах, включая владение акциями, оставлено на усмотрение соответствующих арбитражей¹⁰⁰.

35. Экономический контроль в качестве критерия национальности корпорации для целей дипломатической защиты подвергается определенной критике в дополнение к отсутствию точности в отношении самого понятия контроля. В связи с ним неизбежно возникнут проблемы доказывания как в отношении фактических обстоятельств, так и в отношении правовых соображений. Само дело «Барселона трэкшн» показывает, насколько сложно со всей определенностью установить владельцев акций какой-либо компании¹⁰¹. К тому же возникают проблемы бремени доказывания¹⁰² и презумпций доказательств, которые могут еще более осложнить контроль¹⁰³ в качестве приемлемого стандарта для осуществления дипломатической защиты корпорации, будь то в форме большинства акционеров или перевеса акций.

36. Для Комиссии принятие правила в пользу экономического контроля представляет серьезные трудности. Хотя, как известно, до дела «Барселона трэкшн» оно пользовалось большей поддержкой, чем критерий регистрации¹⁰⁴, сомнительно то, что тогда оно представляло собой норму международного обычного права. А fortiori сегодня, 30 лет спустя после появления дела «Барселона трэкшн», в качестве обычной нормы его положение является более слабым. Тем временем двусторонние инвестиционные договоры, возможно, обеспечили поддержку понятию защиты акционера, однако сами эти договоры не являются единообразными в отношении темы защиты. Кроме того, в годы после появле-

такой страны прямо или косвенно имеют интерес в этой корпорации «равный 50 процентам или более ее акционерного капитала» (статья VII(1)). По поводу применения этого положения см. *Sola Tiles Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, 83 I.L.R. 460, 465–467; *Morrison-Knudsen Pacific Ltd. v. Ministry of Roads and Transportation* (1985) 79 A.J.I.L. 146; *Sedco Inc. v. National Iranian Oil and Islamic Republic of Iran* 84 I.L.R. 484; *Starrett Housing Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1984) 23 I.L.M. 1090, 1106. См. также 1973 United States-Peru Agreement on Settlement of Certain Claims; article 1: (1974) 68 A.J.I.L. 538; Convention establishing the United Kingdom-Mexican Claims Commission, *United Kingdom Treaty Series* No. 11, 1928, article 3.

¹⁰⁰ Статья VII(2) Алжирской декларации, сноска 99 выше, определяет претензии граждан Соединенных Штатов, как претензии, которые косвенно принадлежат таким гражданам посредством владения акционерным капиталом или другими имущественными интересами в юридических лицах, при условии, что имущественные интересы таких граждан вместе взятые были достаточны в момент возникновения претензий для осуществления контроля над корпорацией или другим субъектом и при условии также, что корпорация или другой субъект сами не имеют права заявить претензию по условиям соглашения». По поводу толкования этого положения см. *R.N. Pomeroy v. Government of the Islamic Republic of Iran*, 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 391, 395–396; *Alcan Aluminium Ltd. v. Ircable Corporation*, 72 I.L.R. 725 (истцам было отказано, поскольку они не смогли доказать, что владеют более чем 50 процентами акций «Алканы»). См. также C.N. Brower and J.D. Brueschke, *The Iran-U.S. Claims Tribunal* (1998), pp. 45–51; G.H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (1996), pp. 47–54.

¹⁰¹ *1970 I.C.J. Reports*, pp. 219–220 (Judge Jessup). См. также дела, рассматриваемые Трибуналом по урегулированию взаимных претензий Ирана и США: *Alcan Aluminium Ltd. v. Ircable Corporation*, 72 I.L.R. 725, 129; *Sedco Inc. v. National Iranian Oil Co and the Islamic Republic of Iran* 84 (1971) 31 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 162, 180.

¹⁰² *Ibid.*, p. 202 (Judge Jessup).

¹⁰³ *Ibid.*, p. 207 (Judge Jessup).

¹⁰⁴ Brownlie, *supra* note 97, at p. 487.

ния дела «Барселона трэкшн» эти договоры считались относящимися к области *lex specialis*, а значит они не подрывали авторитет этого дела. Даже если рассматривать эти договоры как доказательство практики государств, то возникает сомнение в отношении того, пользуется ли правило в пользу экономического контроля поддержкой большинства государств в сегодняшнем мире. Хотя отдельные развитые государства могут поддержать правило в пользу претензий акционеров под лозунгом экономического контроля, нет доказательств того, что такое правило пользуется поддержкой развивающихся государств. Напротив, было заявлено, что такая норма привела бы к увеличению числа исков развитых стран от имени своих граждан, имеющих акции компаний, которые осуществляют предпринимательскую деятельность в развивающихся государствах¹⁰⁵. Возможно, это всего лишь конъюнктура, однако она свидетельствует о том, что правило такого рода не пользуется признанием развивающихся государств.

37. Если Комиссия решит разрабатывать правило в пользу экономического контроля, она пойдет по пути не кодификации, а прогрессивного развития. Насколько это оправдано в свете трудностей, сопутствующих такой норме, предстоит решить самой Комиссии.

Вариант 5: Государство регистрации и государство экономического контроля

38. Международное право признает возможность дипломатической защиты в случае причинения вреда лицу с двойным гражданством со стороны одного или обоих государств гражданства¹⁰⁶. Международное право признает и то, что сотрудник международной организации может пользоваться защитой как со стороны государства гражданства, так и этой организации или со стороны обоих этих субъектов¹⁰⁷. Может возникнуть вопрос: почему тогда не признать двойную защиту компании и государства экономического контроля, с тем чтобы позволить осуществлять дипломатическую защиту либо государству регистрации компании, либо государству экономического контроля? Недостаточно ли просто заявить, как это сделал Международный Суд в деле «Барселона трэкшн»¹⁰⁸, что между вышеназванными случаями осуществления двойной защиты и случаем компании и контролирующими ее акционерами аналогии не существует?

39. Возможность осуществления двойной защиты такого рода получает поддержку в отдельном мнении судей Танаки¹⁰⁹ и Джессапа¹¹⁰ в деле «Барселона трэкшн». По мнению судьи Танаки:

¹⁰⁵ См. Аби-Сааб, сноска 81 выше.

¹⁰⁶ См. статью 5 проекта статей о дипломатической защите, принятых Комиссией в 2002 году. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/57/10)*, пункт 281, стр. 187–189.

¹⁰⁷ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, 1949 I.C.J. Reports*, 174, 186. После принятия этого решения, признающего, что от имени потерпевшего сотрудника может быть подано два иска, Генеральная Ассамблея уполномочила Генерального секретаря Организации Объединенных Наций заключить соглашения для согласования действий Организации Объединенных Наций с правами государства, гражданином которого потерпевшее лицо является. См. резолюцию 365(IV) Генеральной Ассамблеи, пункт 2. См. также отдельное мнение судьи Джессапа, *1970 I.C.J. Reports*, p. 199.

¹⁰⁸ *Ibid.*, paras. 53 and 98.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 130–133.

«Нормы международного права, позволяющей осуществление двух видов дипломатической защиты в отношении компании и ее акционеров, соответственно действительно не существует, между тем не существует и такой нормы международного права, которая бы запрещала осуществление двойной защиты. По всей видимости, здесь имеется пробел: он должен быть заполнен толкованием, вытекающим из духа самого института дипломатической защиты»¹¹¹.

В таком случае осуществления двойной защиты не существует опасности того, что государство-ответчик будет вынуждено платить возмещение дважды, поскольку «если иск одного государства удовлетворен, то иск другого государства будет в этом же объеме исчерпан в результате утраты своего объекта»¹¹².

40. Комиссии следует внимательно изучить возможность осуществления двойной защиты. Однако, если она сочтет критику в отношении критерия экономического контроля в пунктах 32 и 33 убедительной, то не будет никакого смысла одобрять такой критерий в контексте двойной защиты.

Вариант 6: Государство регистрации, а в случае бездействия — государство экономического контроля

41. С вариантом 5 сопряжена возможность наличия вторичного права на дипломатическую защиту у государства экономического контроля, которое возникает в случае (и только в этом случае), если государство регистрации отказывается от своего права на дипломатическую защиту или не осуществляет этого права в течение длительного периода времени, как это имело место с Канадой в деле «Барселона трэкшн». Такая возможность была предусмотрена судьей Фитцморисом в его отдельном мнении по делу «Барселона трэкшн», когда он заявил, что в случае, когда государство регистрации не осуществляет дипломатическую защиту «по своим собственным соображениям, не имеющим никакого отношения к интересам компании... даже когда для этого могут быть веские (или кажущиеся таковыми) правовые основания и интересы компании этого требуют», государство гражданства акционеров должно иметь возможность действовать, по аналогии с тем, как «на национальном уровне такое же бездействие или отказ со стороны руководства компании, как правило, позволил бы акционерам действовать» либо против руководства, либо третьей стороны¹¹³.

42. Поддержку понятия вторичного права на защиту можно найти в процедурах Компенсационной комиссии Организации Объединенных Наций, где предусматривается следующее:

«Каждое правительство может представлять претензии от имени корпораций или других образований, которые на дату возникновения основания претензии были инкорпорированы или зарегистрированы по его законодательству. Претензии могут быть представлены от имени корпорации или другого образования только одним правительством. Корпорации или дру-

¹¹⁰ Ibid., p. 199–202.

¹¹¹ Ibid., p. 131. См. также отдельное мнение судьи Веллингтона Ку по делу *Barcelona Traction (Preliminary Objections)*, 1964 I.C.J. Reports, pp. 59–61.

¹¹² Судья Танака, 1970 I.C.J. Reports, pp. 130–131. См. также судья Джессап, *ibid.*, p. 200.

¹¹³ Ibid., p. 76. См. также отдельное мнение судьи Веллингтона Ку по делу *Barcelona Traction (Preliminary Objections)*, 1964 I.C.J. Reports, p. 59.

гому образованию потребуется просить государство их инкорпорации или регистрации представить их претензию в Комиссию. В случае если государство инкорпорации или регистрации корпорации или другого частного юридического лица в сроки, установленные в пункте 29, не представляет такие претензии, подпадающие под применимые критерии, такая корпорация или другое частное юридическое лицо могут сами представить претензии в Комиссию в трехмесячный срок после этого»¹¹⁴.

43. К этому варианту применимо то же возражение, что и к варианту 5. Если критерий экономического контроля является неудовлетворительным, то его не следует предусматривать ни в качестве вторичного, ни в качестве первичного критерия гражданства. Между тем есть и более веское возражение. Как отметил Международный Суд в деле «Барселона трэксн», вторичное право возникает только тогда, когда первоначальное право прекращает существовать, и на практике будет трудно определить, когда такое право утрачивается, поскольку государство может просто отказаться реализовать свое правомочие на защиту корпорации, не намереваясь при этом отказываться от иска, как это явствует из позиции Канады по делу «Барселона трэксн»¹¹⁵. Это возражение можно преодолеть путем установления срока для существования первичного права, однако это не позволяет преодолеть еще одно упомянутое Международным Судом препятствие, то есть трудность, которая возникнет в случае, если государство регистрации урегулирует иск неудовлетворительным для акционеров компании образом. Может ли тогда государство экономического контроля подать вторичный иск с целью реализации требования акционеров?

Вариант 7: Государства гражданства всех акционеров

44. Предложение о том, чтобы государствам гражданства всех акционеров компании было разрешено осуществлять дипломатическую защиту, было отклонено Судом в деле «Барселона трэксн» в следующих выражениях:

«Суд считает, что принятие теории дипломатической защиты акционеров как таковой путем разрешения заявлять встречные дипломатические претензии может создать обстановку путаницы и нестабильности в экономических отношениях. Опасность будет тем более велика применительно к большому числу акций компаний, деятельность которых носит международный характер, осуществляется в самых разных местах и которые часто переходят из рук в руки»¹¹⁶.

45. Эта другая позиция в пользу множественной защиты является терпимой, как подчеркнул судья Танака¹¹⁷, заявив, что в принципе каждый акционер должен иметь право на дипломатическую защиту. Он не предполагал, что это приведет к хаосу, во-первых, в силу дискреционного характера дипломатической защиты, и во-вторых, в силу того, что на практике вполне вероятно будут иметь место совместные действия со стороны соответствующих государств. Аналогичную позицию занял судья Фитцморис, который заявил, что множествен-

¹¹⁴ Решение 7 Совета управляющих, пункт 26, S/AC.26/1991/7/Rev.1 (17/3/1992).

¹¹⁵ 1970 I.C.J. Reports, paras. 96–97.

¹¹⁶ 1970 I.C.J. Reports, p. 49, para. 96. См. также отдельное мнение судьи Падильи Нерво, p. 264.

¹¹⁷ Ibid., pp. 128–131.

ность исков представляет собой проблему только для «объема возмещения, получаемого различными правительствами». Он заявил далее:

«После того, как принцип предъявления исков от имени акционеров в таких обстоятельствах будет признан, будет несложно разработать способы недопущения множественности разбирательств, в чем, собственно, и заключается суть проблемы»¹¹⁸.

46. Судьи Танака и Фитцморис правы в том, что множественности разбирательств можно избежать посредством переговоров между акционерами с одинаковыми претензиями, после чего принимаются совместные меры. Тем не менее вероятность путаницы и хаоса по-прежнему существует. В 1949 году Мервин Джоунз предупредил о таких опасностях, написав, что если позволить государству гражданства каждого акционера осуществлять дипломатическую защиту:

«в результате возникнет хаос как на международном уровне, так и в плане национального права, если любой группе акционеров позволить подавать иски в случае, когда компании причиняется вред...

Акционерами часто являются сами корпорации, и процесс установления индивидуальных акционеров может оказаться длительным ad infinitum; в любом случае на практике такой процесс является сложным»¹¹⁹.

Само дело «Барселона трэкшн» является убедительным доказательством сложности выявления акционеров в случае многонациональной корпорации¹²⁰.

В. Предлагаемые статьи по дипломатической защите корпораций и акционеров

47. Прецедент «Барселона трэкшн» можно считать безупречным по целому ряду аспектов. Тем не менее у государств он пользуется широким признанием¹²¹. С учетом этого признания и возражений против других критериев определения национальности корпораций¹²² наиболее разумным вариантом, как представляется, является разработка статей на базе принципов, сформулированных в деле «Барселона трэкшн». В следующих статьях использованы как первичная норма прецедента «Барселона трэкшн», в соответствии с которой государство инкорпорации компании пользуется правом осуществлять дипломатическую защиту от имени этой компании, так и исключение из этой нормы, в большей или меньшей степени признанные Судом.

¹¹⁸ Ibid., p. 77, сноска 21. Это мнение поддержала также Розалин Хиггинс, "Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd.", (1971) 11 *Virginia Journal of International Law* 327, 339. См. также "Panel: — Nationality of Claims — Individuals, Corporations, Stockholders", (1969) 63 *American Society of International Law, Proceedings*, 30.

¹¹⁹ "Claims on behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies", (1949) 26 *British Year Book of International Law*, 225, 234–235.

¹²⁰ См. комментарий судьи Джессапа, 1970 *I.C.J. Reports*, pp. 219–220.

¹²¹ См. пункт 26 выше.

¹²² См. пункты 29–36 выше.

Часть третья Юридические лица

Статья 17

1. Государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту в связи с причинением вреда корпорации, которая имеет национальность этого государства.
2. Для целей дипломатической защиты государством национальности корпорации является государство, в котором корпорация инкорпорирована [и на территории которого она имеет зарегистрированную контору].

Статья 18

Государство гражданства акционеров корпорации не имеет права осуществлять дипломатическую защиту от имени таких акционеров в связи с причинением вреда корпорации, за исключением случаев, когда:

- a) корпорация прекратила существовать в месте своей инкорпорации; или
- b) корпорация имеет национальность государства, несущего ответственность за причинение вреда этой корпорации.

Статья 19

Статьи 17 и 18 не затрагивают права государства гражданства акционеров корпорации осуществлять защиту таких акционеров, когда им был причинен вред непосредственно в результате международно-противоправного деяния другого государства.

Статья 20

Государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту в отношении корпорации, которая инкорпорирована в соответствии с его законами как в момент причинения вреда, так и на дату официального предъявления иска [, причем в случае, когда корпорация прекращает существовать в результате причинения вреда, государство инкорпорации прекратившей свое существование компании по-прежнему может предъявить иск в связи с этой корпорацией].

1. Статья 17

Статья 17, пункт 1

Государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту в связи с причинением вреда корпорации, имеющей национальность этого государства.

48. В статье 17(1) подтверждается принцип, сформулированный в деле «Барселона трэксн»¹²³. Она следует статье 3(1) проекта статей, принятых Комиссией в первом чтении, где закреплено, что «государством, которое имеет право осуществлять дипломатическую защиту, является государство гражданства».

49. В статье 2 проекта статей закрепляется «право» государства осуществлять дипломатическую защиту. Оно никак не обязано делать это, что в равной степени применимо как к физическим, так и к юридическим лицам. Данное обстоятельство было подчеркнуто Международным Судом в деле «Барселона трэксн» следующим образом:

«...в пределах, установленных международным правом, государство может осуществлять дипломатическую защиту любыми средствами и в любом объеме, которые оно сочтет уместными, поскольку оно в данном случае отстаивает свое собственное право. Если физические или юридические лица, от имени которых оно действует, сочтут, что их права оказались недостаточно защищены, получить помощь в международном праве они не могут. Они могут лишь обратиться к внутреннему праву, если такая возможность имеется, с целью отстаивания своих интересов или получения удовлетворения. Национальный законодатель может возложить на государство обязательство обеспечивать защиту своих граждан за рубежом и может также предоставить им национальное право требовать исполнения этого обязательства и обеспечить это право соответствующими санкциями. Однако все эти вопросы не выходят за пределы внутреннего права и не затрагивают состояние дел на международном уровне.

Государство следует рассматривать как единственного судью, правомочного решать, будет ли предоставлена защита с его стороны, в каком объеме и когда она прекратится. В этом отношении государство обладает дискреционным полномочием, осуществление которого может определяться соображениями политического или иного характера, не имеющими отношения к конкретному делу. Поскольку иск государства не равнозначен иску отдельного лица или корпорации, интересам которых предоставляется защита, государство пользуется полной свободой действий»¹²⁴.

50. Государству инкорпорации компании принадлежит право решать, будет ли оно осуществлять дипломатическую защиту от имени компании. В отсутствие реальной связи между государством и компанией, имеющей его национальность, например, когда компания была инкорпорирована в этом государстве с целью получения налоговых льгот, национальное государство вряд ли станет осуществлять дипломатическую защиту от ее имени. В этом отношении связь между государством и корпорацией напоминает связь между государством и судом, плавающим под его удобным флагом. Государство скорее станет осу-

¹²³ 1970 *I.C.J. Reports*, pp. 42 (para. 70) and 46 (para 88).

¹²⁴ *Ibid.*, p. 44, paras. 78–79.

ществлять дипломатическую защиту тогда, когда между ним и компанией будет некая реальная связь, например, когда большинство акционеров компании являются гражданами этого государства. Государство может даже заранее объявить, что оно будет осуществлять дипломатическую защиту только в обстоятельствах такого рода¹²⁵. Дополнительное требование такого рода выполняет функцию руководящего указания для государства при осуществлении им своего дискреционного полномочия, и с международным правом оно никак не связано. Международное право, отраженное в деле «Барселона трэксн», предоставляет государству право осуществлять дипломатическую защиту от имени компании, инкорпорированной в соответствии с его законами, однако не заставляет его делать это.

51. Дискреционное право на осуществление дипломатической защиты, никак не зависящее от норм международного права, в плане безопасности мало что дает акционерам, которые инвестируют в компанию, рассчитывая на то, что их инвестиции будут защищены государством гражданства, когда компания ведет дела за рубежом. По этой причине вкладчики предпочитают безопасность двусторонних инвестиционных договоров и будут способствовать тому, чтобы государство национальности корпорации заключало такие соглашения со странами, в которых имеется как высокая прибыль, так и высокие риски. Это влечет за собой признание пессимистической оценки положения со стороны Жюльен Кокотт: «В контексте иностранных инвестиций традиционное право дипломатической защиты в значительной степени было заменено рядом договорных процедур урегулирования споров»¹²⁶. Определенную поддержку этой точки зрения можно обнаружить в решении Международного Суда, где говорится следующее:

«Так, в современном праве защита акционеров требует обращения к положениям договоров или специальных соглашений, непосредственно заключенным между частным вкладчиком и государством, в котором размещены инвестиции. Государства все чаще предоставляют такую защиту как в рамках двусторонних, так и многосторонних отношений, при помощи специальных документов или в рамках более широких экономических механизмов. Защита иностранных инвестиций, будь то на основе многосторонних или двусторонних договоров между государствами или же соглашений между государствами и компаниями, со времен второй мировой войны действительно получила значительное развитие. Эти документы содержат положения, касающиеся юрисдикции и процедуры в случае споров относительно обращения с производящими инвестиции компаниями со стороны государств, в которых они размещают капитал. Иногда компа-

¹²⁵ Правительство Великобритании издало правила в отношении международных исков, где говорится, что правительство Ее Величества может поддержать иск компании, инкорпорированной в Соединенном Королевстве (правило IV). Однако в комментарии к этому правилу предусматривается следующее: «При определении того, следует ли осуществлять право на защиту, правительство Ее Величества может изучить вопрос о том, действительно ли компания имеет подлинную и существенную связь с Соединенным Королевством». (1988) 37 *I.C.L.Q.* 1006, 1007. В своих выступлениях в Шестом комитете по теме дипломатической защиты в 2002 году Соединенные Штаты также заявили о том, что «они учитывают гражданство акционеров при решении вопроса о том, осуществлять ли свое дискреционное полномочие на предоставление дипломатической защиты какой-либо корпорации», A/C.6/57/SR.23, пункт 52.

¹²⁶ См. сноску 48 выше.

нии непосредственно наделяются правом обеспечивать защиту своих интересов против государств в установленном порядке»¹²⁷.

Статья 17 пункт 2

Для целей дипломатической защиты государством национальности корпорации является государство, в котором корпорация инкорпорирована [и на территории которого она имеет зарегистрированную контору].

52. Данное положение вторит dictum решения Международного Суда по делу «Барселона трэкшн»:

«Традиционная норма наделяет правом на дипломатическую защиту корпоративного субъекта государство, по законам которого он был инкорпорирован и на территории которого он имеет зарегистрированную контору»¹²⁸.

53. В приведенном в предшествующем пункте dictum установлено два условия для приобретения корпорацией национальности для целей дипломатической защиты: инкорпорация и наличие зарегистрированной конторы компании в государстве инкорпорации. На практике законы большинства государств требуют того, чтобы инкорпорированная в соответствии с их законами компания имела на их территории зарегистрированную контору¹²⁹. В этой связи установление дополнительного требования в отношении наличия зарегистрированной конторы представляется избыточным. Тем не менее Международный Суд четко указал, что оба эти условия должны быть выполнены, заявив следующее: «Эти два критерия были подтверждены длительной практикой и многочисленными международными документами»¹³⁰. Видимо, устанавливая требование в отношении наличия зарегистрированной конторы, Международный Суд хотел признать необходимость в наличии некой ощутимой связи, пусть даже незначительной, между государством и компанией. В качестве подтверждения он сделал акцент на том обстоятельстве, что зарегистрированная контора предприятия «Барселона трэкшн» находилась в Канаде и что наряду с другими факторами это обстоятельство создало «тесную и постоянную связь» между Канадой и предприятием «Барселона трэкшн»¹³¹. На практике же настаивание Суда на выполнении требования о наличии зарегистрированной конторы представляется неуместным. Наличие зарегистрированной конторы в государстве инкорпорации является следствием инкорпорации, а не независимым доказательством связи с этим государством. Действительно, когда какая-либо компания регистрируется в государстве сугубо для получения налоговых льгот, что нередко и происходит, зарегистрированная контора будет воплощать в себе всего

¹²⁷ 1970 *I.C.J. Reports*, p. 47, para. 90.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 42, para. 70.

¹²⁹ Специальный докладчик не может утверждать, что провел исчерпывающее сравнительное исследование по этому вопросу. Однако краткий обзор этого вопроса свидетельствует о том, что такова позиция Южной Африки (P. Meskin (ed.), *Henochberg on the Companies Act*, 4th ed. (1985), p. 254), Испании (*Spanish Corporation Law and Limited Liability Company Law*, trans. by Santiago C. Minguelf (1996), Ирландии (M. Forde *Company Law*, 3rd ed. (1999) p. 59) и Соединенного Королевства (*Halsbur's Laws of England* (4th ed.), p. 125).

¹³⁰ 1970 *I.C.J. Reports*, p. 42, para. 70.

¹³¹ *Ibid.*, pp. 33–42, para. 71.

лишь почтовый адрес. Вполне можно сохранить и это требование, ex abundanti cautela и неуклонно следовать формулировкам прецедента «Барселона трэкшн». С другой стороны, Комиссия может предпочесть опустить ссылку на необходимость наличия зарегистрированной конторы в дополнение к инкорпорации.

54. При рассмотрении дела «Барселона трэкшн» Международный Суд четко указал, что в международном праве не существует норм, касающихся инкорпорации компаний¹³². Вследствие этого было необходимо обратиться к внутреннему праву для установления того, были ли выполнены условия инкорпорации. Суд заявил:

«Означает это лишь то, что международное право должно было признать корпоративное образование в качестве института, созданного государствами в сфере, по существу находящейся в рамках национальной юрисдикции. Это, в свою очередь, требует того, чтобы при возникновении правовых вопросов, касающихся прав государств в отношении обращения с компаниями и акционерами — сфера, в которой международное право не установило своих собственных норм, — он обращался к соответствующим нормам внутреннего права»¹³³.

55. В деле «Барселона трэкшн» судья Морелли заявил, что дело должно решаться по праву государства-ответчика¹³⁴. Эта позиция не может быть принята по следующим причинам, приведенным Кристофером Сталкером:

«... по существу трудно утверждать, что государство при переводе имущества на его территорию абсолютно свободно может решать, кому это имущество передается, независимо от внутреннего права какого-либо другого государства. Логически, в этом случае Испания (используя в качестве примера дело «Барселона трэкшн») не только могла бы отказаться признать компанию, надлежащим образом инкорпорированную по канадским законам гражданами Бельгии (и признать бельгийских акционеров в качестве фактических владельцев), но могла бы также, например, «признать» имущество, привезенное на ее территорию группой бельгийских граждан как принадлежащее канадской компании, хотя в соответствии с канадскими законами такой компании не существует. Если бы это было так, то каждое государство могло бы избегать возможных дипломатических претензий в отношении активов, привезенных на его территорию иностранцами, путем «признания» их в качестве имущества компаний третьих государств, не имеющих интереса в их защите. «Признавая» несуществующую канадскую компанию, Испания по сути сама бы создавала

¹³² Ср. предложение Кристофера Сталкера о том, что нормы международного права, возможно, признают в качестве юридического лица для целей дипломатической защиты «образование, которое не является юридическим лицом в соответствии с внутренним правом любого государства на основе общего принципа права, согласно которому коллектив, который в реальности существует в качестве субъекта, отличного от составляющих его членов, должен быть признан как лицо, имеющее самостоятельное правовое существование»: “Diplomatic Protection of Private Business Companies: Determining Corporate Personality for International Law Purposes” (1990) 61 *British Year Book of International Law* 155, 169.

¹³³ 1970 *I.C.J. Reports*, p. 33, para. 38; see also p. 37, para. 50.

¹³⁴ *Ibid.*, pp. 235–236. See also L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public* (1996), p. 19.

компанию и присваивала бы ей канадскую национальность. Это противоречит признанной норме, согласно которой одно государство не может присваивать национальность другого»¹³⁵.

В этой связи, по всей видимости, практически не возникает сомнений в том, что суд должен обращаться к праву государства инкорпорации для установления того, была ли компания инкорпорирована надлежащим образом.

56. Слово «инкорпорирована» предпочтительнее слова «зарегистрирована». На практике оба термина являются практически синонимами. Для получения самостоятельного корпоративного существования компания обязана представить свои учредительные документы соответствующим национальным властям, которые ее регистрируют. После такой регистрации она становится корпорацией и может получить свидетельство об инкорпорации. Если провести аналогию с физическими лицами, то процесс регистрации представляет собой период созревания компании; ее инкорпорация по завершении этого процесса есть ее рождение, а выдача свидетельства об инкорпорации — это получение свидетельства о рождении¹³⁶. По этой причине термин «инкорпорация» является предпочтительным.

2. Статья 18

Государство гражданства акционеров корпорации не имеет права осуществлять дипломатическую защиту от имени таких акционеров в связи с причинением вреда корпорации, за исключением случаев, когда:

- a) корпорация прекратила существовать в месте своей инкорпорации; или**
- b) корпорация имеет национальность государства, несущего ответственность за причинение вреда этой корпорации.**

57. В деле «Барселона трэкшн» Международный Суд признает, что существуют особые обстоятельства, которые «на международном уровне» могут «обосновать устранение [корпоративной] оболочки в интересах акционе-

¹³⁵ Supra, note 132, at 166–167.

¹³⁶ В разделе 64 закона о компаниях Южной Африки № 61 1973 года этот процесс четко изложен: 1) «После регистрации меморандума и регламента компании секретарь выписывает и ставит печать на свидетельстве о том, что компания инкорпорирована. 2) Свидетельство об инкорпорации, выданное секретарем в отношении любой компании, при его простом предъявлении в отсутствие доказательств подлога является исчерпывающим доказательством того, что все требования настоящего закона в отношении регистрации и предшествующих ей и связанных с ней вопросов были выполнены и что эта компания является компанией, должным образом инкорпорированной на основании этого закона». См. также *Gower's Principles of Modern Company Law*, ed. Paul L. Davies, 6th ed (1997), at p. 111: «Если секретарь удостоверится в том, что требования в отношении регистрации выполнены и что цель, для которой образующую компанию лица объединились, является «законной», он выдает свидетельство об инкорпорации, подписанное им или удостоверенное посредством его официальной печати. Это свидетельствует о том, что компания инкорпорирована, а в случае компании с ограниченной ответственностью, что она таковой является; по сути это свидетельство о рождении компании в качестве корпоративного субъекта в дату, указанную в свидетельстве».

ров»¹³⁷. Однако он ограничивает такое вмешательство двумя случаями: а) когда компания прекращает существовать и б) когда государство национальности компании не имеет возможности подать иск от ее имени¹³⁸.

Статья 18, подпункт (а)

Государство гражданства акционеров может осуществлять вмешательство, когда «корпорация прекратила существовать в месте своей инкорпорации».

58. В связи с этим положением возникает два вопроса, требующие тщательного изучения: во-первых, значение термина «прекратила существовать» и уместен ли здесь этот критерий; и во-вторых, каким правом должно определяться прекращение компании: правом государства инкорпорации или правом государства, в котором компании был причинен вред.

59. До дела «Барселона трэкшн» считалось, что государство гражданства акционеров может осуществлять вмешательство тогда, когда компания не может более совершать действий от их имени. Хотя точка зрения, в соответствии с которой необходим критерий, позволяющий определить, прекратила ли компания свое существование, имела определенную поддержку¹³⁹, авторитеты, по всей видимости, склоняются в пользу менее жесткого критерия, позволяющего осуществлять вмешательство от имени акционеров, когда компания «практически умерла». Этот последний критерий, впервые сформулированный в 1899 году в деле «Делагоа Бей Рейлвей Ко»¹⁴⁰, применялся в практике государств¹⁴¹ и пользовался поддержкой ученых¹⁴².

¹³⁷ 1970 *I.C.J. Reports*, p. 39, para. 58.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 40, para. 64.

¹³⁹ См. ответ Соединенного Королевства Соединенным Штатам в споре «Романо-американо-компани»: «... Лишь после того, как компания прекратила активное существование или начался процесс ее ликвидации, интересы ее акционеров прекращают быть просто правом на долю доходов компании и превращаются в право на раздел фактических остатков ее активов (Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V (1943), p. 843). Правительство Мексики заняло аналогичную позицию в споре «Мексикан Игл»: см. Jones, *supra* note 119, at 241. Эдуардо Хименес де Аричага в своей работе, написанной в 1968 году, накануне рассмотрения дела «Барселона трэкшн» в качестве предварительного условия осуществления вмешательства со стороны акционеров установил утрату статуса юридического лица: “International Responsibility”, in *Manual of Public International Law*, ed. Max Sørensen (1968), p. 531 at pp. 579–580.

¹⁴⁰ В 1887 году правительство Португалии отозвало концессию, предоставленную компании, инкорпорированной по законам Португалии, однако принадлежащей английским и американским акционерам, на строительство железной дороги от Лоренсу-Маркили (в настоящее время Мапуту) до трансваальдской границы, и арестовало ее активы. Как Великобритания, так и Соединенные Штаты протестовали против этой акции и заявили, что они имеют право на осуществление вмешательства от имени своих акционеров, поскольку португальская компания «практически умерла». Позднее Португалия согласилась с этим принципом и был создан арбитраж для решения только вопроса о компенсации: *Delagoa Bay Railway Co Case*, Moore, *Digest of International Law* (1906), vol. VI, p. 648. Полный текст рассмотрения этого дела см. Mervyn Jones, *supra* note 119, 229–231. Данный подход был подтвержден в иске по делу «Эль Триунфо»: Moore, *Digest of International Law* (1906), vol. VI, p. 649.

¹⁴¹ См. Baasch & Romer claim, 10 *U.N.R.I.A.A.* 723 (1903) (discussed in Jones, *supra* note 119 at 224–246); F.A. Mann, “the Protection of Shareholder’s Interests in the Light of the Barcelona Traction Case”, (1973) 67 *A.J.I.L.* 259, 267–268 (citing the argument of Professor Virally for Belgium in *Barcelona Traction*).

¹⁴² I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (1966), p. 401.

60. В деле «Барселона трэкшн» Суд установил более высокий порог для определения прекращения существования компании. «Паралич» и «зыбкое финансовое положение» компании были отклонены как неадекватные признаки¹⁴³. Критерий «практически умерла» был также отклонен как «не обладающий всей необходимой правовой точностью»¹⁴⁴. Значимым было признано только «правовое положение компании». Суд заявил:

«Лишь в случае юридического прекращения компании акционеры лишаются возможности получить средства защиты, имеющиеся через посредство компании; лишь в том случае, если они оказываются лишенными всех таких возможностей, у них и у их правительства может возникнуть независимое право на иск»¹⁴⁵.

Этот подход был поддержан судьей Нерво, который в своем отдельном мнении заявил:

«И только когда компания ликвидирована и впоследствии прекратила свое существование в качестве самостоятельного субъекта права, акционеры занимают ее место и приобретают право на получение ее оставшегося имущества после вычета долгов. Таким образом, лишь «правовая смерть» корпоративного субъекта может послужить основанием для возникновения новых прав, принадлежащих акционерам как преемникам этой компании»¹⁴⁶.

Другие судьи были в меньшей степени убеждены в правильности этого критерия: судьи Джессап¹⁴⁷ и Фицморис¹⁴⁸ и судья ad hoc Рифаген¹⁴⁹ склонились в пользу критерия «практически умерла».

61. Большая часть критики в связи с принятием Судом критерия «прекратила существовать» заключалась в том, что он не был надлежащим образом применен Судом к фактам по делу «Барселона трэкшн»¹⁵⁰. Это не умаляет ценности самого критерия: он более точен, нежели критерий «практически умерла», а что касается мнений в отношении того, был ли он правильно применен в конкретном деле, то они неизбежно разойдутся.

62. В 1995 году критерий «прекратила существовать» был воспринят Европейским судом по правам человека в деле «Агротексим», когда суд отказался признать, что компания не имела возможности действовать как компания qua, поскольку даже в процессе ликвидации, она «все же не прекратила функционировать в качестве юридического лица»¹⁵¹. Он также получил поддержку в правилах Соединенного Королевства, применимых к международным претен-

¹⁴³ 1970 I.C.J.Reports, pp. 40–41, paras. 65 and 66.

¹⁴⁴ Ibid., p. 41, para 66.

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Ibid., p. 256; см. также отдельное мнение судьи Аммуна, pp. 319–320.

¹⁴⁷ Ibid., 193 citing Brownlie, *Principles of Public International Law* (1966), p. 401, в пользу «практической кончины» в качестве правильного критерия.

¹⁴⁸ Ibid., pp. 74–75.

¹⁴⁹ Ibid., p. 345.

¹⁵⁰ См. критику Мана, сноска 141 выше, стр. 268.

¹⁵¹ Series A, No. 330-A, p. 25, para. 68.

зиям, 1985 года, где предусматривается вмешательство лишь в том случае, когда компания «умерла»¹⁵².

63. К сожалению, в деле «Барселона трэкшн» Суд прямо не указал, что компания должна прекратить существовать *в месте инкорпорации* в качестве предварительного условия для вмешательства со стороны акционеров¹⁵³. Тем не менее в контексте рассмотрения дела представляется бесспорным, что Суд исходил из того, что компания должна прекратить существовать в государстве инкорпорации, а не в государстве, в котором ей был причинен вред. Суд был готов признать, что компания распалась в Испании¹⁵⁴ (и это мнение разделяют судьи Фицморис¹⁵⁵ и Джессап¹⁵⁶), однако подчеркнул, что это не влияет на непрерывность ее существования в Канаде, являющейся государством инкорпорации:

«В данном случае предприятие «Барселона трэкшн» находится в стадии конкурсного управления в стране инкорпорации. Это совершенно не предполагает ликвидации субъекта или его прав, а скорее означает то, что эти права сохраняются до тех пор, пока не произошло ликвидации. Даже на стадии конкурсного управления компания продолжает существовать»¹⁵⁷.

64. Компания «рождается» в государстве инкорпорации, когда она регистрируется и инкорпорируется. И наоборот, она «умирает», когда она ликвидируется в государстве инкорпорации, т.е. в государстве, которое вызвало ее к жизни. Таким образом, представляется логичным, чтобы вопрос о том, прекратила ли компания существовать и имеет ли она возможность продолжать функционировать в качестве корпоративного субъекта, должен определяться по праву государства, в котором она инкорпорируется.

Статья 18, подпункт (b)

Государство гражданства акционеров может осуществлять вмешательство, когда «корпорация имеет национальность государства, несущего ответственность за причинение вреда этой корпорации».

65. Самым важным исключением из правила, согласно которому только государство национальности корпорации может осуществлять дипломатическую защиту от имени компании, является то, которое позволяет государству гражданства акционеров осуществлять вмешательство, когда «корпорация имеет национальность государства, несущего ответственность за причинение вреда этой корпорации» (статья 18(b)). Принимающее капитал государство зачастую будет требовать того, чтобы иностранный консорциум, намеревающийся заниматься предпринимательской деятельностью на его территории, осуществлял операции через компанию, инкорпорированную в соответствии с его закона-

¹⁵² Правило V, воспроизводится в (1988) 37 *I.C.L.Q.* 1007.

¹⁵³ По этому поводу Ф.А. Манн сделал следующий комментарий: «Суд не указывает, на какой правовой системе основаны его выводы. Это право Канады или Испании? Или же это международное право, в частности та его отрасль, которая регулирует дипломатическую защиту» (сноска 141 выше, стр. 265).

¹⁵⁴ 1970 *I.C.J. Reports*, p. 40, para. 65.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 75.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 194.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 41, para. 67.

ми¹⁵⁸. Потом, если такое государство конфискует имущество компании или иным образом причинит ей вред, единственная возможность добиться защиты компании на международном уровне заключается в подаче иска государством гражданства акционеров. По мнению Мервина Джоунса, изложенному в его основополагающей статье по этой теме “Claims on Behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies” («Иски от имени граждан, являющихся акционерами иностранных компаний») 1949 года:

«В таких случаях вмешательство от имени корпорации на основе регулярной нормы международного права невозможно, поскольку иностранные государства не могут предъявлять иски от имени какого-либо гражданина против своего собственного правительства. Если применять регулярную норму, то судьба иностранных вкладчиков оказывается отданной на откуп соответствующему государству; они могут понести серьезные убытки, не получив при этом возмещения. Это — проекция в международную область ситуации, которая может возникнуть во внутреннем праве, когда те, кто должен защищать интересы корпорации, мошенническим образом или умышленно этого не делают (например, *Foss v. Harbottle*)»¹⁵⁹

66. Существование такой нормы не бесспорно. Более того, существуют точки зрения, согласно которым она должна признаваться лишь в случае, либо когда пострадавшая компания была вынуждена инкорпорироваться в государственную юрисдикцию, либо когда компания «практически умерла».

67. В деле «Барселона трэкшн» Суд отметил возможность наличия такой нормы, однако отказался дать ответ относительно его существования и объема. В настоящем докладе будет рассмотрен статус такого исключения до дела «Барселона трэкшн», решение Суда по этому делу, несовпадающие отдельные мнения, приложенные к этому решению, последующие события и современный статус этого исключения.

Период до дела «Барселона трэкшн»: практика, прецеденты и доктрина

68. В практике государств, арбитражных решениях и доктрине имеются доказательства в поддержку такого исключения до дела «Барселона трэкшн», причем все они всесторонне изучены Люциусом Кафлишем в работе «La protection des sociétés commerciales et des intérêts en droit international public» («Защита торговых товариществ и косвенных интересов в международном публичном праве») ¹⁶⁰. В то же время практика государств и арбитражные решения далеко не четки, о чем свидетельствуют различные оценки доказательств со стороны Джоунса¹⁶¹ и Хименеса де Аречаги¹⁶².

69. Джоунс указывает на ряд споров, в которых Соединенное Королевство и/или Соединенные Штаты заявляли о наличии такого исключения, в частности в делах, касавшихся «Делагоа Бей Рейлвей Компани»¹⁶³, «Тлауалило Ком-

¹⁵⁸ See W.E. Beckett, “Diplomatic Claims in Respect of Injuries to Companies”, (1932) 17 *Transactions of the Grotius Society* 175, 188–189.

¹⁵⁹ (1949) 26 *B.Y.I.L.* 225, 236.

¹⁶⁰ The Hague: Martinus Nijhoff, 1969.

¹⁶¹ *Supra* note 159.

¹⁶² “International Responsibility”, in *Manual of Public International Law*, ed. Max Sørensen (1968), p. 531 at pp. 580–581.

¹⁶³ *Supra* note 140.

пани»¹⁶⁴, «Романо-Американо»¹⁶⁵ и «Мексикан Игл (Эль Агила)»¹⁶⁶. Однако ни одно из этих дел не содержит убедительных доказательств в поддержку такого исключения. В деле «Делагоа Бей Рейлвей» Соединенное Королевство и Соединенные Штаты решительно настаивали на существовании такого принципа, когда они осуществили вмешательство с целью защиты своих граждан, являвшихся акционерами португальской компании, которой был причинен вред самой Португалией, однако рассматривавший этот спор арбитраж был ограничен лишь установлением объема компенсации. В лучшем случае можно сказать, что Португалия признала такой принцип, когда она согласилась с обоснованностью иска Соединенного Королевства и Соединенных Штатов¹⁶⁷. И в деле «Тлауалило» и в деле «Мексикан Игл» правительство Мексики отказалось признать существование исключения и «окончательное решение было найдено на основе общего согласия посредством корпоративных средств защиты»¹⁶⁸. Кроме того, в споре «Романо-Американо» между Соединенными Штатами и Соединенным Королевством последнее отрицало существование такого исключения¹⁶⁹. Трудно не согласиться с Хименесом де Аречагой в том, что «в этой связи невозможно однозначно аргументировать, опираясь на столь ограниченную и противоречивую практику государств»¹⁷⁰.

70. Судебные решения также не содержат однозначного ответа. В делах по искам *Alsop*¹⁷¹, *Cerruti*¹⁷², *Orinoco Steamship*¹⁷³ и *Ziat Ben Kiran*¹⁷⁴, которые иногда приводятся в поддержку исключения в пользу исков акционеров, такой поддержки по сути не содержат¹⁷⁵. Дела по искам *Vaasch & Romer*¹⁷⁶ и *Kunhardt*¹⁷⁷ в лучшем случае нечетки, однако, возможно, свидетельствуют против предлагаемого исключения, поскольку в этих и других исках¹⁷⁸ венесуэльская смешанная комиссия отклонила иски от имени акционеров корпораций венесуэльской национальности¹⁷⁹. В то же время иск в деле «Эль-Триун-

¹⁶⁴ Jones, supra note 159, at 237; Caflisch, supra note 160 at pp. 194–197.

¹⁶⁵ Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, p. 841.

¹⁶⁶ M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. VIII, pp. 1272–1274; Jones, supra note 159, at 241.

¹⁶⁷ Jones, supra note 159, at 230–231.

¹⁶⁸ De Aréchaga, supra note 162, at p. 580.

¹⁶⁹ Supra note 165, at p. 843.

¹⁷⁰ Supra note 162, at p. 580. Ср. вывод Кафлиша:

«Во-первых, мы констатируем, что сам принцип защиты иностранных участников в компаниях государства-ответчика, признанный международными прецедентами, подтверждается практикой государств. С одной стороны, предоставление этой защиты лишь в редких случаях отвергалось государством гражданства лица, имеющего косвенный интерес; с другой стороны, нам неизвестно ни одного случая, когда бы государство-ответчик, которое возражало против защиты косвенных интересов, в конечном счете выигрывало бы дело», supra note 160, p. 203.

¹⁷¹ U.S. v Chile, 11 *U.N.R.I.A.A.* 349 (1911); (1911) 5 *A.J.I.L.* 1079.

¹⁷² Colombia v. Italy, (1899) 6 *Revue générale de droit international public* 593.

¹⁷³ U.S. v. Venezuela, 9 *U.N.R.I.A.A.* 180 (1903).

¹⁷⁴ U.K. v. Spain, 2 *U.N.R.I.A.A.* 729 (1924).

¹⁷⁵ Jones, supra note 159, 243–244; de Aréchaga, supra note 162, p. 581; Caflisch, supra note 160, pp. 173, 183–187.

¹⁷⁶ Netherlands v. Venezuela, 10 *U.N.R.I.A.A.* 723 (1903).

¹⁷⁷ U.S. v. Venezuela, 9 *U.N.R.I.A.A.* 171 (1903).

¹⁷⁸ *Henriquez Case*, Netherlands v. Venezuela, 10 *U.N.R.I.A.A.* 713 (1903), *Brewer, Moller & Co.*, Germany v. Venezuela, 10 *U.N.R.I.A.A.* 433 (1903).

¹⁷⁹ De Aréchaga, supra note 162, p. 581.

фо»¹⁸⁰ в некоторой степени поддерживает исключение, поскольку в этом деле большинство арбитров выступило за компенсацию убытков Соединенным Штатам за счет Сальвадора, который нес ответственность за вред, причиненный компании, которая была инкорпорирована в Сальвадоре, а ее акционерами являлись американцы. В решении арбитры заявили:

«Мы не обсуждали вопрос о праве Соединенных Штатов согласно международному праву выступать от имени этих акционеров компании «Эль-Триунфо», являющейся национальной корпорацией Сальвадора, по той причине, что вопрос о таком праве в полном объеме урегулирован в выводах, которые были сделаны в часто цитируемых и весьма понятных материалах арбитражного разбирательства «Делагоа Бей Рейлвей»¹⁸¹.

71. Уважение принципа в деле «Делагоа Бей Рейлвей» было также выражено в деле “Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers”, в котором арбитраж заявил, что в делах «Делагоа Бей Рейлвей» и «Эль-Триунфо» акционеры осуществляли «не их собственные права, а права, которые компания, неправомерно ликвидированная и разоренная, не могла в тот момент реализовать; и ...поэтому они пытались реализовать не прямые и личные права, а косвенные вторичные права»¹⁸².

72. Вкратце можно сказать, что, хотя авторитеты однозначно не провозглашают право государства брать на себя дело своих граждан¹⁸³ как акционеров корпорации в связи с фактами, затрагивающими компанию, против государства национальности компании, формулировки некоторых из этих арбитражных решений в определенной степени поддерживают, хотя и робко, такое право¹⁸⁴.

73. Показательно то, что самую решительную поддержку вмешательству со стороны государства гражданства акционеров можно обнаружить в трех исках, в которых потерпевшая корпорация была вынуждена инкорпорироваться в государстве-нарушителе: «Делагоа Бей Рейлвей», «Мексикан Игл» и «Эль-Триунфо». Хотя в формулировках этих исков нет указания на то, что вмешательство должно ограничиваться такими случаями, именно в этих случаях, вмешательство, бесспорно, является наиболее необходимым. Правительство Соединенного Королевства в ответ на аргумент Мексики в деле «Мексикан Игл» о том, что государство не может осуществлять вмешательство от имени своих акционеров в мексиканской компании, заявило:

«Если бы была принята доктрина, согласно которой правительство сначала может поставить функционирование иностранных интересов на своих территориях в зависимость от их инкорпорации по местным законам, а затем ссылаться на такую инкорпорацию как основание для отклонения иностранного дипломатического вмешательства, то, как совершенно очевидно, не было бы недостатка в средствах, с помощью которых можно бы было воспрепятствовать иностранным правительствам в осуществлении

¹⁸⁰ 15 *U.N.R.I.A.A.* 467 (1902); Moore Digest of International Law, vol. VI, p. 649; *United States Foreign Relations* (1902), pp. 838–852.

¹⁸¹ 15 *U.N.R.I.A.A.* 479 (1902); *United States Foreign Relations* (1902), pp. 873.

¹⁸² 15 *U.N.R.I.A.A.* 779 (1926) at 790.

¹⁸³ De Aréchaga, *supra* note 162, p. 580.

¹⁸⁴ Jones, *supra* note 159, at 251, 257; Caffisch, *supra* note 160, p. 192.

их бесспорного права согласно международному праву на защиту коммерческих интересов их граждан за рубежом»¹⁸⁵.

74. Мнения авторов, писавших в период до появления дела «Барселона трэкшн» по вопросу о том, признает ли международное право право на дипломатическую защиту от имени акционеров компании, инкорпорированной в государстве-нарушителе, разделились. Бекетт¹⁸⁶, Шарл де Вишер¹⁸⁷, Джоунс¹⁸⁸, Поль дё Вишер¹⁸⁹, Петрен¹⁹⁰, Кис¹⁹¹ и Кафлиш¹⁹² выступали за такую норму, а Аречага¹⁹³ и О'Коннелл¹⁹⁴ возражали против нее. В своем отдельном мнении по делу «Барселона трэкшн» (предварительные возражения) в 1964 году судья Веллингтон Ку заявил следующее:

«... В практике государств, договорном регулировании и международных арбитражных решениях стало признаваться право государства на вмешательство от имени своих граждан — акционеров компании, которой был причинен вред государством ее собственной национальности, т.е. государством, в котором она была инкорпорирована на основании его законов, и поэтому рассматривается как принявшая его национальность»¹⁹⁵.

«Барселона трэкшн»

75. В деле «Барселона трэкшн» Испания — государство-ответчик — не была государством национальности потерпевшей компании. Вследствие этого обсуждаемое исключение Судом не рассматривалось. Тем не менее Суд мимоходом этого исключения коснулся:

«Совершенно верно то, что по соображениям справедливости, как утверждается, государство должно иметь возможность в определенных случаях вставать на защиту своих граждан, акционеров компании, ставшей жертвой нарушения международного права. Так, была разработана теория, в соответствии с которой государство акционеров имеет право на дипломатическую защиту, когда государство, ответственность которого рассматривается Судом, является национальным государством компании. Независимо от того, насколько правомерна эта теория, она, бесспорно, к данному

¹⁸⁵ M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. VIII, pp. 1273–1274.

¹⁸⁶ *Supra* note 158, at 188–194. В отсутствие нормы в международном обычном праве Бенетт выводит такую норму из общих принципов права.

¹⁸⁷ “De la protection diplomatique des actionnaires d’une société contre l’Etat sous la législation duquel la société s’est constituée”, (1934) 15 *Revue de droit international et de législation comparée* (3rd Series) 624.

¹⁸⁸ *Supra* note 159.

¹⁸⁹ “La protection diplomatique des personnes morales”, (1960-I) 102 *Recueil des Cours* ... 395, 478–479.

¹⁹⁰ “La confiscation des biens étrangers et les reclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu”, (1963-II) 109 *Recueil des Cours* ... 492, 506, 510.

¹⁹¹ “La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationale”, in *La personnalité morale et ses limites* (Université de Paris, Institut de droit comparé, 1960), pp. 179–210.

¹⁹² *Supra* note 160.

¹⁹³ *Supra* note 162.

¹⁹⁴ *International Law*, 2nd ed. (1970), pp. 1043–1047.

¹⁹⁵ 1964 *I.C.J. Reports*, p. 58, para. 20.

случаю не применима, поскольку Испания не является национальным государством предприятия «Барселона трэкшн»¹⁹⁶.

76. То обстоятельство, что Суд благосклонно отнесся к идее защиты со стороны государства гражданства акционеров в случае, когда справедливость и разум того требовали, четко видно из тех частей его решения, которые следуют непосредственно за вышеприведенной цитатой:

«Вместе с тем Суд считает, что в области дипломатической защиты как и во всех других областях международного права необходимо, чтобы право применялось разумно. Если в конкретном случае, как было предложено, невозможно применить общую норму о том, что право дипломатической защиты компании принадлежит ее национальному государству, соображения справедливости могут обусловить возможность защиты акционеров со стороны их собственного национального государства. Такой вариант не соответствует обстоятельствам данного дела. Однако с учетом дискреционного характера дипломатической защиты соображения справедливости не могут требовать больше чем признания за неким государством-защитником возможности осуществить вмешательство, будь то со стороны национального государства компании в силу вышеуказанной общей нормы или же во вторичном качестве со стороны национального государства акционеров, требующих защиты»¹⁹⁷.

77. Судьи Фицморис¹⁹⁸, Танака¹⁹⁹ и Джессап²⁰⁰ заявили о своей полной поддержке права государства гражданства акционеров на вмешательство в случае, когда компании причинен вред со стороны государства инкорпорации. Судья Фицморис заявил следующее:

«Насколько можно судить, фактически лишь в одной категории ситуаций более или менее определенно признано, что вмешательство со стороны правительства иностранных акционеров допустимо, а именно в случае, когда соответствующая компания имеет национальность того самого государства, которое несет ответственность за деяние или ущерб, в отношении которых поступила жалоба, и они или возникшие в результате них обстоятельства таковы, что компания оказывается не в состоянии де-факто обеспечить защиту своих интересов, а, следовательно, и интересов акционеров»²⁰¹.

Судья Фицморис признал, что ситуация этого вида скорее всего может возникнуть в том случае, когда национальность компании не является результатом «добровольной инкорпорации», а была «навязана ей правительством страны или положением ее национального права в качестве условия функционирования в ней или получения концессии»²⁰². Тем не менее он не был готов ограничить право государства гражданства акционеров на вмешательство та-

¹⁹⁶ 1970 *I.C.J. Reports*, p. 48, para. 92. Ср. замечание Ф.А. Манна о том, что «Барселона трэкшн» могло бы иметь «функциональную национальность» Испании, и в этом случае данное исключение могло бы применяться; *supra* note 57, 271–272.

¹⁹⁷ 1970 *I.C.J. Reports*, p. 48, para. 93–94.

¹⁹⁸ *Ibid.*, pp. 72–75.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 134.

²⁰⁰ *Ibid.*, pp. 191–193.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 72, para. 14.

²⁰² *Ibid.*, p. 73, para. 15.

кими обстоятельствами, поскольку значение для дела имел «факт местной корпорации, но с иностранными акционерами», а не мотивы или процесс, которые к ней привели²⁰³.

Судья Джессап заявил, что обоснование такого исключения «похоже, главным образом основано на соображениях справедливости, а результат настолько разумен, что был воспринят практикой государств»²⁰⁴. Как и судья Фицморис, он признал, что «соображения справедливости звучат особенно поразительно, когда государство-ответчик признает иностранные инвестиции только на том условии, чтобы инвесторы образовали корпорацию в соответствии с его правом»²⁰⁵, однако он не ограничивает исключение такими обстоятельствами.

78. А судьи Падилья Нерво²⁰⁶, Морелли²⁰⁷ и Аммуно²⁰⁸ решительно возражали против такого исключения. Судья Падилья Нерво объявил, что заявление Суда по этому вопросу «не следует толковать как признание того, что подобная «теория» может быть применима к другим случаям, когда государство, об ответственности которого идет речь, является национальным государством компании»²⁰⁹.

79. Заявление Суда по этому вопросу явно было *obiter dictum*²¹⁰, равно как и более знаменитое *obiter dictum* в том же решении по поводу обязательств *erga omnes*²¹¹. Тем не менее можно заявить, что, ссылаясь на такое исключение в контексте принципов справедливости и разумности, Суд хотел продемонстрировать свою поддержку такого исключения, как он это четко сделал в случае обязательств *erga omnes*²¹².

Развитие событий после принятия решения по делу о компании «Барселона трэкшн»

80. События, связанные с предлагаемым исключением, в период после принятия решения по делу о компании «Барселона трэкшн», происходили, главным образом, в сфере инвестиционных договоров. Тем не менее они свидетельствуют о наличии поддержки понятия, согласно которому держатели акций компаний могут предъявлять претензии к государству инкорпорации компании, если оно виновно в причинении ей вреда.

²⁰³ Ibid., para. 16.

²⁰⁴ Ibid., pp. 191–192.

²⁰⁵ Ibid., p. 192.

²⁰⁶ Ibid., pp. 257–259.

²⁰⁷ Ibid., pp. 240–241.

²⁰⁸ Ibid., p. 318.

²⁰⁹ Ibid., p. 257.

²¹⁰ См. комментарии Люциуса Кафлиша на семинаре за круглым столом Американского общества международного права «За более адекватную защиту частных исков: „Арис Глаз“, „Барселона трэкшн“ и последующие прецеденты» (1971) 65 *Proceedings of the American Society in International Law* 333, 347–348. Вместе с тем Кафлиш прямо говорит о том, что международное право признает такое исключение.

²¹¹ 1970 *I.C.J. Reports*, p. 32, paras. 33–34.

²¹² Такое вмешательство было отмечено Игнасом Сейди-Ноенвельдерном на семинаре за круглым столом, *supra* note 210 at 347; *Corporations in and under International Law* (1987), pp. 9–10.

81. В деле о компании «Элетроника сикюла С.п.А. (ЭЛСИ)»²¹³ камера Международного Суда разрешила Соединенным Штатам предъявить Италии претензию в связи с ущербом, понесенным итальянской компанией, акциями которой полностью владели две американские компании. Как указывалось выше²¹⁴, Суд не стал вдаваться в то, совместим ли его вывод с решением по делу о компании «Барселона трэкшн», и не высказался по поводу предложенного исключения, обойденного в решении по делу о компании «Барселона трэкшн», несмотря на тот факт, что Италия выдвинула возражения относительно того, что компания, права которой, как утверждалось, были нарушены, была инкорпорирована в Италии и что Соединенные Штаты пытались защитить права держателей акций компании²¹⁵. Такое молчание можно объяснить разными причинами²¹⁶, в частности, тем фактом, что камера занималась не оценкой международного обычного права, а толкованием двустороннего Договора о дружбе, торговле и судоходстве, который предусматривал защиту держателей акций из Соединенных Штатов за рубежом. Вместе с тем, совершенно ясно, что предлагаемое исключение находилось на рассмотрении камеры, о чем свидетельствует дискуссия между судьями Ода и Швებелем в их отдельных мнениях. В связи с попыткой Соединенных Штатов защитить интересы двух американских корпораций — «Рэйтеон» и «Мэчлетт», — в деле об итальянской компании «ЭЛСИ», судья Ода заявил следующее:

«Разумеется, что компании и «Рэйтеон» и «Мэчлетт» могут в Италии «организовывать, контролировать корпорации и управлять» корпорациями, 100 процентами акций которых они владеют, как это имеет место в случае с компанией «ЭЛСИ», однако это не может означать, что эти корпорации Соединенных Штатов — как держатели акций компании «ЭЛСИ» — могут претендовать на какие-либо права, иные, чем права держателей акций, гарантированные им по итальянскому законодательству, а также согласно общим принципам права, касающегося компаний. Объем прав компаний «Рэйтеон» и «Мэчлетт» как держателей акций компании «ЭЛСИ» является одним и тем же и не увеличивается в силу Договора о дружбе, торговле и судоходстве. Права, которыми обладали компании «Рэйтеон» и «Мэчлетт» в силу Договора о дружбе, торговле и судоходстве, не были нарушены реквизиционным постановлением, поскольку это постановление не затрагивало «прямых прав» этих корпораций Соединенных Штатов как держателей акций итальянской компании, и это постановление касалось итальянской компании, акционерами которых они являлись»²¹⁷.

На это судья Швებель ответил следующее:

«Решение в значительной степени толкует Договор о дружбе, торговле и судоходстве между Соединенными Штатами и Италией таким образом, который скорее поддерживает, чем ограничивает его как инструмент защиты прав граждан, корпораций и ассоциаций Соединенных Штатов в Италии и прав граждан, корпораций и ассоциаций Италии в Соединенных Штатах. В камере были выдвинуты аргументы, которые в случае их при-

²¹³ 1989 *I.C.J. Reports*, p. 15.

²¹⁴ *Supra*, paras. 23–26.

²¹⁵ 1989 *I.C.J. Reports*, pp. 64 (para. 106), 79 (para. 132).

²¹⁶ *Supra*, para. 25.

²¹⁷ 1989 *I.C.J. Reports*, pp. 87–88.

нения значительно уменьшили бы значимость Договора. В частности, утверждалось, что Договор по существу является релевантным по отношению к претензиям Соединенных Штатов в этом деле, поскольку меры, принятые Италией (а именно реквизиция завода и оборудования компании «ЭЛСИ»), прямо затрагивали не граждан или корпорации Соединенных Штатов, а итальянскую корпорацию «ЭЛСИ», акциями которой, как оказалось, владели корпорации Соединенных Штатов, права которых как акционеров в значительной степени находились вне сферы охвата защиты, предусмотренной Договором. Камера не приняла этот аргумент»²¹⁸.

Специалисты, комментирующие решение Суда, в общем согласны с судьей Швобелем в том, что камера отклонила аргументацию судьи Оды²¹⁹.

82. Сложно точно определить, какой вывод надлежит сделать из решения по делу о компании «ЭЛСИ». Тем не менее его суть отражена в мнении Йорама Динштейна о том, что «решение по делу о компании «ЭЛСИ» позволяет снять один из вопросов, сохранившихся в отношении решения по делу о компании «Барселона трэкшн», и усиливает позицию большинства судей, высказавшихся в одном из предыдущих дел»²²⁰ в пользу предлагаемого исключения.

83. Толкуя Алжирскую декларацию 1981 года, предусматривающую урегулирование претензий между Соединенными Штатами и Ираном²²¹, и Конвенцию об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств²²², трибуналы были готовы допустить в рамках защиты акционеров компании возможность предъявления претензий к государству инкорпорации компании²²³.

Нынешнее состояние дел с этим исключением

84. До принятия решения по делу о компании «Барселона трэкшн» предложенное исключение пользовалось поддержкой, хотя мнения относительно того, признается ли оно и в какой степени в практике государств и арбитражных решениях, разделились. *Obiter dictum* в деле о компании «Барселона трэкшн» и отдельные мнения судей Фицмориса, Джессапа и Танаки, несомненно, придали дополнительный вес этому исключению. Последующие события, хотя они и имели место в контексте толкования договоров, подтвердили эту тенденцию.

²¹⁸ Ibid, p. 94.

²¹⁹ См. авторов, упомянутых выше, сноска 72.

²²⁰ “Diplomatic Protection of Companies under International Law” in *International Law: Theory and Practice* (1988) (ed. K. Wellens), p. 505, at p. 512. Ср. Бриджит Стерн, выше, сноска 73, at 925–926, которая выражает сожаление по поводу того, что камера не дала четкого ответа на этот вопрос.

²²¹ 20 *I.L.M.* 230.

²²² United Nations, *Treaty Series*, vol. 575, p. 159; (1965) 4 *I.L.M.* 524.

²²³ См. *Sedco Inc v. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran*, 84 *I.L.R.* 484, 496 (толкование статьи VII(2) Алжирской декларации); *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia* (1987) 26 *I.L.M.* 647, 652–654 (толкование статьи 25 Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств).

Кроме того, как Соединенные Штаты²²⁴, так и Соединенное Королевство²²⁵ заявили о том, что они поддерживают это исключение.

85. Авторы по-прежнему расходятся в этом вопросе. Некоторые авторы, такие, как судья Морелли²²⁶, подчеркивают, что «нелогично» и «аномально»²²⁷ признавать государство ответственным за ущерб, причиненный своему собственному населению. Ян Броунли утверждает следующее:

«Было бы произвольным разрешать акционерам выходить из-под «оболочки» корпорации в данной ситуации и запрещать им делать это в других ситуациях. Если согласиться с общими стратегическими соображениями, высказанными Судом, то это предполагаемое исключение из нормы становится несостоятельным»²²⁸.

Другие авторы, такие, как судья Джессап²²⁹, поддерживают исключение, исходя из соображений справедливости, разумности и интересов правосудия²³⁰. Оппенгейм отказывается занять твердую позицию по этому вопросу, однако добавляет, что «большинство членов МС» поддержали такое исключение²³¹.

86. Как указывалось выше²³², порой высказывались соображения о том, что это исключение должно признаваться только либо, когда пострадавшая компания была вынуждена инкорпорироваться в государстве-правонарушителе, либо

²²⁴ В ходе прений в Шестом комитете в 2002 году, посвященных докладу Комиссии, представитель Соединенных Штатов заявил о том, что «государство может осуществлять дипломатическую защиту от имени его акционеров в связи с невозмещенным ущербом их имущественным интересам в корпорации, зарегистрированной или инкорпорированной в другом государстве и экспроприированной или ликвидированной государством регистрации или инкорпорации, или в связи с другим невозмещенным прямым ущербом» (A/C.6/57/SR.23, пункт 52).

²²⁵ Согласно принятым в Великобритании в 1985 году правилам, применимых по отношению к международным претензиям, «если подданный Соединенного Королевства обладает интересом в качестве акционера или ином качестве в компании, инкорпорированной в другом государстве и имеющей, следовательно, национальность этого государства, и если это государство наносит ущерб компании, правительство Ее Величества может вмешаться в целях защиты интересов подданного Соединенного Королевства» (Правило VI) приводится в (1988) *I.C.L.Q.* 1007.

²²⁶ Согласно судье Морелли, предлагаемое изъятие «привнесет хаос в систему международных норм, регулирующих режим обращения с иностранцами. Поэтому оно было бы полностью нелогичным и произвольным выводом», *1970 I.C.J. Reports*, pp. 240–241.

²²⁷ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed. (1998), p. 495. См. также E. Jiménez de Aréchaga, “General Course in Public International Law”, (1978-1) 159 *Recueil des Cours* 7, 290; M. Diez de Velasco, “La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires”, (1974-1) 141 *Recueil des Cours* 87, 166; G. Abi-Saab, “The International Law of Multinational Corporations: A Critique of American Legal Doctrines”, (1971) *Annales d’Etudes Internationales* 97, 116.

²²⁸ *Supra* note 227, at p. 495.

²²⁹ *1970 I.C.J. Reports*, pp. 191–192.

²³⁰ Seidl-Hohenveldern *supra* note 212; Caflisch *supra* note 210, G. Sacerdoti, “Barcelona Traction Revisited: Foreign-Owned and Controlled Companies in International Law”, in *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, ed. Y. Dinstein (1989), p. 699 at p. 703.

²³¹ *Oppenheim’s International Law*, 9th ed., eds. R. Jennings and A. Watts (1992), vol. 1, p. 520, footnote 14.

²³² *Supra*, para. 66.

если компания «практически мертва». Ни одно из этих условий не является необходимым. Авторы, поддерживающие это исключение, иногда ссылаются на тот факт, что аргументация в пользу исключения становится еще сильнее, если компания была принуждена к инкорпорации в государстве-правонарушителе, однако никто из них не ограничивал его этим случаем²³³. Не сделал этого и Суд при обсуждении этого вопроса в решении по делу о компании «Барселона трэкшн»²³⁴. Что касается другого предложенного условия, то справедливо, что это исключение иногда использовалось в обстоятельствах, когда компания была «практически мертвой»²³⁵. Вместе с тем, большинство комментаторов утверждает, что было бы неверным ограничивать это исключение таким образом, поскольку это не свидетельствует о непонимании основания этого исключения. Как заявил Мервин Джоунз:

«Представляется, будто бы в предыдущих арбитражных решениях чрезмерный и ошибочный акцент делался на том моменте, что корпорация находится в состоянии роспуска (например, дело “Delagoa Bay”), а не на факторе, который также всегда присутствовал, что ущерб причинялся государством, национальность которого имела корпорация, в сочетании с дополнительным фактором отсутствия какого-либо эффективного местного средства правовой защиты. Тот факт, что корпорация «мертва», как это было указано в деле “Delagoa Bay”, является релевантным только в том смысле, что он исключает возможность применения эффективного средства правовой защиты посредством корпоративных действий. Это соображение действительно лежит в основе исключения, допускающего вмешательство в случае, если корпорация имеет национальность государства, подавляющего ее»²³⁶.

Рекомендация

87. Специальный докладчик безусловно поддерживает исключение, содержащееся в статье 18(b). Оно пользуется широкой поддержкой в практике государств, судебных решениях и доктрине. Кроме того, как представляется, его необходимость обуславливается соображениями справедливости, здравого смысла и правосудия. По самой меньшей мере оно должно признаваться, если компания была принуждена к инкорпорации в государстве-правонарушителе, и в этом случае инкорпорация делает ее, по словам некоторых авторов, «корпорацией Кальво»²³⁷, т.е. корпорацией, инкорпорация которой, подобно оговорке Кальво, призвана защитить ее от норм международного права, касающихся дипломатической защиты. В данном случае необходимо повторить предостережение, сделанное британским правительством в деле «Мексикэн игл»:

²³³ См., например, Seidl-Hohenveldern *supra* note 212.

²³⁴ 1970 *I.C.J. Reports*, p. 48, para 92. См. также отдельные мнения судьи Фитцмориса, *ibid.*, p. 73, и судьи Джессапа, *ibid.*, p. 192.

²³⁵ См. *the Delagoa Bay Railway Co. case*, *supra* note 140; D.P. O’Connell, *International Law*, 2nd ed. (1970), vol. 2, p. 1045.

²³⁶ *Supra* note 159, at 257. См. также Beckett, *supra* note 158, at 190-191; Caflisch, *supra* note 160, pp. 203–204; Wellington Koo, Separate Opinion, *Barcelona Traction* (Preliminary Objections), 1964 *J.C.J. Reports*, p. 58 (para. 21).

²³⁷ P. Reuter, *Droit international public*, 4th ed. (1973), p. 198; Seidl-Hohenveldern, *Corporations in and under International Law* (1978), p. 10; Diez de Velasco, *supra* note 227, at 166.

«Если в доктрине было бы признано, что правительство может сначала поставить в зависимость функционирование иностранных компаний на его территории от их инкорпорации согласно местному праву, а затем сослаться на такую инкорпорацию, как оправдание для недопущения иностранного дипломатического вмешательства, ясно, что всегда найдутся средства для того, чтобы лишить иностранные правительства возможности реализовывать их беспорное право по международному праву на защиту коммерческих интересов их граждан за рубежом»²³⁸.

3. Статья 19

Статьи 17 и 18 не наносят ущерба праву государства гражданства акционеров корпорации на защиту таких акционеров, если они прямо пострадали от международно-противоправного деяния другого государства.

88. Статья 19 является исключочающей оговоркой, предназначенной для защиты акционеров, чьи непосредственные права — в отличие от прав компании — были нарушены. То, что такие акционеры могут по праву претендовать на дипломатическую защиту, было признано Судом в решении по делу о компании «Барселона трэкшн», где говорилось, что:

«... деяние, направленное против только прав компании и посягающее только на них, не создает ответственность по отношению к акционерам, даже если затронуты их интересы.

... Дело обстоит по-иному, если деяние, являющееся предметом жалобы, направлено непосредственно на права акционеров как таковых. Хорошо известно, что существуют права, которыми внутригосударственное право наделяет последних и которые отличаются от прав компании, включая право на получение объявленных дивидендов, право посещать общие собрания и голосовать за них, право на долю в остаточных активах компании в период ликвидации. Всякий раз, когда его прямые права нарушаются, акционер имеет самостоятельное право на подачу иска. По этому вопросу разногласия между сторонами отсутствуют. Однако необходимо провести различие между прямым посягательством на права акционера и трудностями или финансовыми потерями, которым он может подвергнуться из-за положения, в котором оказалась компания»²³⁹.

Однако Суд не призвал к дальнейшему рассмотрению этого вопроса, так как Бельгия четко указала, что она не основывает свою претензию на нарушении прямых прав держателей акций.

89. Вопрос о защите прямых прав держателей акций находился, по крайней мере так утверждалось²⁴⁰, на рассмотрении камеры Международного Суда в деле о компании «ЭЛСИ». Однако в этом деле рассматриваемые права, такие, как права акционеров на организацию компании, контроль над ней и управле-

²³⁸ Supra note 185.

²³⁹ 1970 *I.C.J. Reports*, p. 36, paras. 46, 47.

²⁴⁰ V. Lowe, "Shareholders' Rights to Control and Manage: from *Barcelona Traction* to *ELSI*, in *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, eds. N. Ando et al. (2002), p. 269; A. Watts, "Nationality of Claim: Some Relevant Concepts", in *Fifty Years of the International Court of Justice, Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (1996), p. 424 at 435, footnote 56.

ние ею, были зафиксированы в Договоре о дружбе, торговле и судоходстве, который камере необходимо было истолковать, и камера не развила подробно нормы международного обычного права по этой теме. В деле «Агротексим»²⁴¹ Европейский суд по правам человека, как и Суд в деле о компании «Барселона трэкшн», признал право акционеров на защиту в случае прямого нарушения их прав, однако постановил, что *in casu* такое нарушение совершено не было²⁴².

90. Предлагаемая статья оставляет без ответа два следующих вопроса: во-первых, содержание прав или вопрос о том, когда наносится прямой ущерб; во-вторых, юридический порядок, необходимый для производства такого определения.

91. Суд в решении по делу о компании «Барселона трэкшн» упоминает следующие наиболее очевидные права акционеров: право на объявленные дивиденды, право на участие в общих собраниях и голосование на них и право на долю в остаточных активах компании в период ликвидации. Однако этот перечень не является исчерпывающим, как указал сам Суд. Это означает, что суды по своему усмотрению определяют на основе фактов отдельных дел пределы таких прав. Однако необходимо проявлять осторожность при проведении четких линий между правами акционеров и корпоративными правами, особенно в отношении права на участие в управлении корпорациями. Как предупредил Воган Лоу, необходимо избегать:

«... объединения прав акционеров с корпоративными правами и элизии свободы акционеров на осуществление управленческих прав согласно законодательству государства инкорпорации с предполагаемым правом акционеров на управленческую свободу в качестве вопроса международного права»²⁴³.

92. При обсуждении статьи 18(a), касающейся роспуска корпорации, был поднят вопрос²⁴⁴ относительно того, какая правовая система лучше всего подходит для производства такого определения: правовая система государства инкорпорации, государства правонарушителя или же международно-правовая система. Аналогичный вопрос возникает в связи с правовыми нормами для определения того, были бы нарушены прямые права акционера. Правовые нормы государства-правонарушителя не являются более уместными для производства такого определения, чем для определения того, прекратила ли компания свое существование. В большинстве случаев, как представляется, это вопрос, кото-

²⁴¹ *Supra* note 151.

²⁴² В этом деле Суд заявил следующее:

«Суд с самого начала отмечает, что компании-истцы не жалуются на нарушения прав, которыми они обладают в качестве акционеров «Фикс брьюэри», например право на посещение общих собраний и право голоса. Их жалоба исключительно основывалась на утверждении о том, что предполагаемое нарушение права «Брюэри» на мирное использование ее имущества негативно затронуло их собственные финансовые интересы из-за соответствующего уменьшения стоимости их акций. Они выразили мнение о том, что финансовые потери, понесенные компанией, и ее права должны рассматриваться как их собственные и что, следовательно, они являются потерпевшими, хотя и косвенно, в результате предполагаемого нарушения. Короче говоря, они хотели проколоть корпоративную «оболочку» компании в своих собственных интересах». *Ibid.*, p. 23, para. 62.

²⁴³ *Supra* note 240, at p. 283.

²⁴⁴ *Supra* para. 63.

рый должен решаться в соответствии с законодательством государства инкорпорации, равно как и вопрос о роспуске корпорации²⁴⁵. То, что Суд имел в виду внутригосударственное, а не международное право с точки зрения регламентационного юридического порядка, явствует из его собственного dictum. Однако это может стать основанием для ссылки на общие принципа права²⁴⁶, особенно если компания инкорпорирована в государстве-правонарушителе, в целях обеспечения того, чтобы права иностранных акционеров не подвергались дискриминации.

4. Статья 20 (Непрерывная национальность корпораций)

Государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту в отношении корпорации, которая была инкорпорированной согласно его законодательству как на момент причинения вреда, так и в день официального предъявления требования [; при условии, что, если корпорация прекращает свое существование в результате причиненного вреда, государство инкорпорации прекратившей существование компании может продолжать представлять требование в отношении корпорации].

93. Государственная и судебная практика и доктрина по вопросу о требовании о непрерывном гражданстве для целей представления дипломатической претензии, главным образом, касаются требования в той части, в какой оно связано с физическими лицами²⁴⁷. Следует напомнить, что на своей пятьдесят четвертой сессии в 2002 году Комиссия приняла следующий проект статьи по этому вопросу:

«Статья 4[9] Непрерывное гражданство

1. Государство имеет право осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица, являвшегося его гражданином на момент причинения вреда и являющегося его гражданином в день официального предъявления требований.

2. Вне зависимости от пункта 1 государство может осуществлять дипломатическую защиту в отношении лица, являющегося его гражданином в день официального предъявления требования, но не являвшегося его гражданином на момент причинения вреда, при условии, что это лицо утратило свое прежнее гражданство и приобрело по причине, не имеющей отношения к предъявлению требования, гражданство этого государства каким-либо образом, не противоречащим международному праву.

3. Дипломатическая защита не осуществляется настоящим государством гражданства в отношении лица против предыдущего государства гра-

²⁴⁵ Lowe, *supra* note 240, at pp. 278–279, Лоу говорит, что законодательство государства инкорпорации должно определять юридические права инвестора на контроль над компанией.

²⁴⁶ В своем отдельном мнении в решении по делу о компании «ЭЛСИ» судья Ода говорил об «общих принципах права, регулирующего компании» в контексте прав акционеров: *1989 I.C.J. Reports*, pp. 87–88.

²⁴⁷ См. далее по этому вопросу добавление к представленному Специальным докладчиком первому докладу по вопросу о дипломатической защите, A/CN.4/506/Add.1.

жданства этого лица в связи с вредом, причиненным, когда это лицо было гражданином предыдущего государства гражданства, а не гражданином настоящего государства гражданства»²⁴⁸.

94. Причина этой особой озабоченности относительно требования о непрерывном гражданстве в отношении физических лиц понятна. Физические лица меняют гражданство более часто и более легко, чем корпорации — в результате натурализации, добровольной или недобровольной (как, возможно, в случае вступления в брак или усыновления), а также правопреемства государств. Кроме того, чрезмерная настойчивость в отношении нормы о непрерывности гражданства с момента причинения вреда до момента представления требования может создать большие трудности в индивидуальных делах, когда изменение гражданства не связано с предъявлением дипломатического требования. Это соображение стало причиной для установления исключения из нормы, содержащейся в пункте 2 вышеуказанного проекта статьи.

95. Аналогичные соображения не применяются в случае корпораций, если будет принято предложение, содержащееся в статье 17(2) настоящих проектов статей. Согласно этому положению, корпорация принимает национальность государства, в котором она инкорпорирована, а не в котором она имеет домицилий или *siège social* или которое ее контролирует с экономической точки зрения. Поэтому она не может менять свою национальность для целей дипломатической защиты посредством изменения месторасположения ее штаб-квартиры, домицилия или места контроля²⁴⁹. Она может поменять свою национальность только с помощью реинкорпорации в другом государстве. В этом случае она обретает новую правосубъектность, нарушая тем самым непрерывность национальности корпорации. Этот принцип был признан в деле «Ориноко шипинг кампани»²⁵⁰. В этом деле компания, инкорпорированная в Соединенном Королевстве под названием «Ориноко шипинг энд трэйдинг кампани лимитед», перевела свою претензию против правительства Венесуэлы на компанию-правопреемницу «Ориноко стимшип кампани», инкорпорированную в Соединенных Штатах. Поскольку Договор о создании Комиссии позволял Соединенным Штатам Америки выдвигать в таких обстоятельствах претензии от имени их граждан, претензия была признана приемлемой. Однако арбитр Барж четко указал, что если бы не договор, то такая претензия не была бы допустимой:

«Справедливо, что, согласно признанной и используемой на практике норме международного права и общим принципам справедливости и равенства, претензии не меняют своей национальности в силу того факта, что их последовательные авторы имеют различное гражданство, т.к. государство не является агентом для предъявления претензии, и только в силу того, что причинение вреда его гражданам является вредом самому государству, оно может добиваться возмещения за ущерб, причиненный его

²⁴⁸ Статья 4. См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/57/10)*, пункт 281, стр. 183.

²⁴⁹ Это еще одна причина для того, чтобы отдать предпочтение государству инкорпорации в качестве государства национальности. Положение о том, что государство *siège social*, домицилия или экономического контроля является государством национальности, повлечет за собой серьезные проблемы в отношении непрерывности национальности, о чем свидетельствует Эрик Вайлер; Eric Wyler, *La Règle Dite de la Continuité de la Nationalité dans le Contentieux International* (1990), pp. 105–108.

²⁵⁰ 9 *U.N.R.I.A.A.* p. 180 (1903).

гражданам, но не за ущерб, причиненный гражданам другого государства. Вместе с тем, это правило может быть не учтено или даже преднамеренно проигнорировано в случае наличия договора»²⁵¹.

96. Член Комиссии от Венесуэлы г-н Грисанти, не соглашаясь с этим, более решительно высказался по поводу этой нормы:

«Один из принципов международного права, который является универсально признанным и используемым на практике, состоит в том, что для целей предъявления претензий защита может оказываться только государствам страны, гражданином которой является истец, который первоначально приобрел право на претензию, или, иными словами, что международная претензия должна выдвигаться лицом, которое сохранило свое собственное гражданство, поскольку указанная претензия существует до даты ее окончательного урегулирования, и что только правительство страны гражданства такого лица имеет право требовать выплату за то же самое от имени истца. Кроме того, первоначальным автором претензий, согласно нашему анализу, является английская компания «Ориноко шипинг энд трейдинг кампани (Лимитед)» и требования о выплатах предъявляются к американской компании «Ориноко стимшип кампани» (Лимитед); и поскольку претензии не меняют своей национальности в силу того простого факта, что их будущие авторы могут иметь различное гражданство, совершенно ясно, что смешанная венесуэльско-американская комиссия не обладает юрисдикцией для рассмотрения таких претензий...»²⁵²

Факт заключается в том, что компании с ограниченной ответственностью существуют благодаря законодательству, в соответствии с которыми они были созданы, и соответственно их национальность не может быть иной, чем государства, в котором действует указанное законодательство. Преобразование указанной компании, которая является английской, в нынешнюю компанию истца, которая является североамериканской, не может иметь ретроактивного действия в плане надления настоящего трибунала юрисдикцией рассматривать претензии, первоначальным автором которых была первая упомянутая компания, поскольку это было бы игнорированием или нарушением основополагающих принципов»²⁵³.

97. Видимо, лишь только в одном случае корпорация может менять гражданство, не меняя правосубъектности, и это случай правопреемства государства²⁵⁴. Однако здесь тоже могут возникнуть проблемы, связанные с выживанием корпорации и применением нормы о непрерывности. Об этом свидетельствует дело о железной дороге Паневежис-Салдутишкис²⁵⁵, в котором Эстония утверждала, что она стала правопреемницей царской российской корпорации, функционирующей на ее территории, и что это дает ей право предъявлять пре-

²⁵¹ Ibid., p. 192.

²⁵² Ibid., p. 184.

²⁵³ Ibid., p. 186.

²⁵⁴ См., в общем, по этому вопросу D.P. O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, vol. I, Internal Relations, pp. 537–542. См. также четвертый доклад о гражданстве в связи с правопреемством государств A/CN.4/489, в котором рассмотрены трудности, связанные с национальностью юридических лиц в случае правопреемства государств.

²⁵⁵ *P.C.I.J. Reports, Series A/B* 76, p. 4 (1939).

тензии к Литве. Хотя Постоянная палата международного правосудия не приняла решения по этому вопросу²⁵⁶, она подчеркнула определенные трудности, имманентно присущей такой ситуации, в следующем разделе:

«Основание, на котором Компания предъявляет претензии в отношении железной дороги, заключается в том, что она является той же самой, что и российская компания, или ее правопреемницей. Вопрос о том, так ли это, касается решения о воздействии событий и законодательства в России во время большевистской революции, поскольку был выдвинут аргумент о том, что события и законодательство в России положили конец существованию компании и что в силу этого вопросы передачи прав на ее собственность за пределами России должны регулироваться законодательством страны, в которой эта собственность находится. Однако этот вопрос непосредственно влияет также на вопрос о том, существовал ли в период действия литовских законов, ставших основанием для представления претензии, гражданин Эстонии, интересы которого имело право отстаивать правительство Эстонии»²⁵⁷.

98. При всех обстоятельствах представляется уместным требовать, чтобы государство, которое осуществляет дипломатическую защиту от имени корпорации, доказывало, что корпорация имела его национальность согласно его законодательству как на момент причинения вреда, так и в день официального предъявления требования. Однако это оставляет открытым следующий вопрос: если корпорация прекращает существование в месте своей инкорпорации в результате вреда, причиненного международно-противоправным деянием другого государства, должно ли требование против государства-правонарушителя предъявляться государством гражданства акционеров в соответствии с предлагаемой статьей 18(а) или же она должна представляться государством национальности прекратившей существование корпорации? Если этот вопрос задать в контексте решения по делу о компании «Барселона трэкшн», то он будет звучать следующим образом: если компания «Барселона трэкшн» прекратила свое существование в Канаде в результате вреда, причиненного компанией Испанией, перейдет ли право предъявлять претензию полностью к Бельгии как государству гражданства акционеров? Или же Канада сохранит за собой право предъявлять претензию от имени ее корпорации, прекратившей существование? Будет ли она иметь это право в одиночку? Или же вместе с Бельгией?

99. В решении по делу о компании «Барселона трэкшн» судьи Джессап и Грос, а также судья *ad hoc* Рифаген указали на трудности, существующие в такой ситуации как для компании, так и для акционеров. Судья Джессап указал на аномальный характер дела, когда иностранная корпорация уничтожается в силу конфискации государством, за которой следует роспуск в ее собственном государстве. «В данном случае, — говорит он, — определенная доктрина указывала бы на то, что обычно государство А, государство инкорпорации, должно быть государством, оказывающим дипломатическую защиту. Однако, гипотеза

²⁵⁶ Ibid., p. 17. Суд присовокупил этот вопрос к рассмотрению дела по существу, однако затем поддержал предварительное возражение, основанное на том, что не были исчерпаны местные средства правовой защиты.

²⁵⁷ Ibid., p. 17. См. также особое мнение судьи ван Эйсинги, *ibid.*, p. 30 at pp. 33, 35; и отдельное мнение судьи Фицмориса в решении по делу о компании «Барселона трэкшн», *1970 I.C.J. Reports*, pp. 101–102.

тетически, существованию корпорации был положен конец государством А, поэтому... претензия не может выдвигаться от имени корпорации»²⁵⁸. Соответственно, государство инкорпорации не может соблюсти требование, связанное с нормой о непрерывности, согласно которой корпорация должна иметь гражданство как на момент причинения вреда, так и в день предъявления требований. Вместе с тем и акционеры не отвечают этому требованию, поскольку «на момент совершения противоправного деяния (конфискация) они не имели... имущественного интереса и, следовательно, согласно норме о непрерывности, претензия не имела по происхождению надлежащей национальности на этой основе»²⁵⁹.

100. Судья Грос утверждал, что единственным способом для выхода из этого положения является разрешение как государству инкорпорации, так и государству гражданства акционеров осуществлять право на дипломатическую защиту:

«...отраженное в решении мнение, допускающее возможность предъявления государством иска от имени акционеров в случае прекращения существования компании, лишено логики, поскольку в этом случае, если государство национальности возбудило иск, производство по нему не может быть прекращено в силу исчезновения компании. Даже если такой иск был возбужден после прекращения существования компании, сложно понять, почему государство компании не должно иметь права выдвигать иск в случае неправомерного деяния, которое стало главной причиной прекращения существования. Если тогда, в таком случае, оба государства могут предъявлять иски, не означает ли это, что общая норма, предоставляющая право на иск государству компании, не является исключительной нормой?»²⁶⁰.

101. Судья *ad hoc* Рифаген пришел к выводу о том, что решение Суда, согласно которому право акционеров выдвигать претензии возникает лишь после прекращения существования компании, является нереалистичным и неудовлетворительным. Он заявил следующее:

«На уровне внутригосударственного частного права не тот факт, что компания ликвидируется, создает право каждого акционера на иск, т.е. право требовать часть собственности компании: лишь *по завершении* ликвидации какой-либо *остаток* может распределяться среди акционеров. Кроме того, ликвидации всегда предшествуют меры, принятые государством, которое несет ответственность на международном уровне, с тем чтобы эти меры не могли нарушить права акционеров на уровне внутригосударственного частного права.

...

В решении отмечается (пункт 66), что «только в случае юридического прекращения существования компании акционеры лишаются возможности использовать средства правовой защиты, доступные им через посредство компании». Решение не разъясняет, как в таком случае после юридического прекращения существования компании иск правительства *иного*,

²⁵⁸ 1970 I.C.J. Reports, p. 193.

²⁵⁹ Ibid.

²⁶⁰ Ibid., p. 277.

чем правительство компании, может согласовываться с нормой о непрерывности! На деле правоохраняемый интерес такого государства и, соответственно, обязательства по отношению к нему со стороны государства, которое приняло меры, являющиеся предметом жалобы, должны существовать на международном уровне до и независимо от прекращения существования компании с точки зрения внутригосударственного права, т.е. прекращения существования, которое является одним из *возможных* последствий этих мер»²⁶¹.

102. Трудности, подобные охарактеризованным выше, также беспокоили суды²⁶² и ученых²⁶³.

103. Была высказана идея о том, что решение этой проблемы кроется не в технической, логической норме²⁶⁴, которая направлена на установление точного момента прекращения существования корпорации, в который право государства национальности компании на осуществление дипломатической защиты уступает место праву государства гражданства акционеров. Вместо этого следует стремиться к разработке справедливой нормы, которая учитывает обычно продолжительный период времени между моментом причинения вреда и датой представления претензии, а также трудность определения точного момента, когда права компании заменяются правами акционеров. Кроме того, такая норма не должна наносить ущерб интересам ни компании, ни держателей акций. Оговорка к статье 20 содержит такую норму, поскольку она будет позволять государству национальности компании продолжать защищать компанию после прекращения ее существования в силу причинения вреда компании. Однако следствием этой оговорки не будет исключение права государства гражданства акционеров возбуждать иск, когда компания прекратила существование, несмотря на тот факт, что строгое применение нормы о непрерывности может лишить такое государство возможности защищать акционеров, если (как это обычно происходит) ущерб нанесен до роспуска компании.

104. Обязательным следствием этого предложения будет существование неопределенности в отношении времени, когда как государство национальности компании, так и государство гражданства акционеров могут предъявлять дипломатические претензии. В теории двойственность претензий не является чем-то плохим. Дипломатическая защита граждан, имеющих двойное гражданство, и международных гражданских служащих как организациями, так и государствами свидетельствует о том, что такое решение не расходится с действующими нормами²⁶⁵. Оно также, скорее всего, не повлечет никаких проблем

²⁶¹ Ibid., p. 345.

²⁶² См. иск Кунхардт (*United States v. Venezuela*), 9 *U.N.R.I.A.A.* p. 171 (1903), особенно особое мнение венесуэльской комиссии, Mr. Paúl, at p. 180; *F.W. Flack, on behalf of the Estate of the Late D.L., Flack (Great Britain) v. United Mexican States*, 5 *U.N.R.I.A.A.* p. 61 (1929) at p. 63. Вайлер утверждает, что в решении по делу о компании «ЭЛСИ» (1989 *I.C.J. Reports* 15) также, видимо, была затронута проблема подобного рода; *supra* note 249, at pp. 200–201.

²⁶³ Beckett, *supra* note 158, at 191; Caflish, *supra* note 160, at pp. 206–207, Wyler, *supra* note 249, at pp. 197–202.

²⁶⁴ См. Отдельные мнения в решении по делу компании «Барселона трэкшн» судьи Фицмориса (1970 *I.C.J. Reports*, p. 101–102) и судьи Джессапа (*ibid.*, pp. 202–203) в поддержку такого подхода.

²⁶⁵ См. пункт 34 выше. См. также L.C. Caflish, “The Protection of Corporate Investments Abroad in the Light of the Barcelona Traction Case”, (1971) 31 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 162, 193.

на практике. Оба защищающие государства будут, скорее всего, вести себя с осторожностью, поддерживая претензии своих граждан, когда существует неопределенность относительно времени. Кроме того, как отметил судья Джессап в решении по делу о компании «Барселона трэкшн»:

«В случае двух различных, но одновременных обоснованных дипломатических демаршей по поводу одного и того же противоправного деяния ответчик может устранить одного истца, доказав, что с другим истцом соответствующий вопрос был полностью урегулирован»²⁶⁶.

105. Статья 20 (включая оговорку) касается нормы о непрерывности в отношении корпораций. Статья 4 настоящих проектов статей касается нормы о непрерывности в отношении физических лиц. Последняя норма будет охватывать акционеров, когда они являются физическими лицами в отличие от юридических лиц. Поэтому представляется ненужным составлять проект отдельной статьи о непрерывности для акционеров. Когда государство гражданства акционеров пытается выступить от имени своих граждан при обстоятельствах, указанных в статьях 18(b) и 19, и — в большинстве случаев — в обстоятельствах, указанных в статье 18(a) (с учетом неопределенности, о которой идет речь в пункте 85), оно должно будет соблюдать требования нормы о непрерывности, содержащейся в статье 4.

²⁶⁶ 1970 *I.C.J. Reports*, p. 200.