

Российское юридическое образование

В.В. Гукин, А.А. Овчинников

Инвестиционное ПРАВО

Учебник

2-е издание



Алексей Александрович Овчинников
Василий Васильевич Гуцин
Инвестиционное право. Учебник

Текст предоставлен правообладателем

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=2572655

Инвестиционное право : учебник / В. В. Гуцин, А. А. Овчинников. – изд. 2-е, перераб. и доп.: Эксмо;

Москва; 2009

ISBN 978-5-699-29654-5

Аннотация

Учебник представляет собой одно из первых фундаментальных комплексных исследований инвестиционного права в России, подготовлен ведущими специалистами в области инвестиционного права с учетом требований государственных учебных заведений.

Для студентов, аспирантов, преподавателей юридических и экономических вузов и факультетов, практикующих юристов, а также для всех, кто интересуется проблемами инвестиционного регулирования.

Содержание

Введение	4
Глава 1	5
§ 1. Понятие и предмет инвестиционного права	5
§ 2. Метод инвестиционного права	9
§ 3. Принципы инвестиционного права	10
§ 4. Функции инвестиционного права	12
§ 5. Международное инвестиционное право как научная дисциплина	14
§ 6. Инвестиционное право как учебная дисциплина	23
Глава 2	24
§ 1. Анализ развития инвестиционного законодательства	24
§ 2. Понятие и особенности источников инвестиционного права	34
§ 3. Источники международного инвестиционного права	39
§ 4. Международные двусторонние соглашения России	52
§ 5. Система инвестиционного законодательства России	70
Глава 3	77
§ 1. Понятие и особенности инвестиционных правоотношений	77
§ 2. Правоотношения, возникающие в процессе долевого участия в строительстве	80
§ 3. Правоотношения, возникающие на основании облигационных займов	87
§ 4. Отдельные виды инвестиционных правоотношений	95
§ 5. Изменение и прекращение инвестиционных правоотношений	100
§ 6. Субъекты и объекты инвестиционных правоотношений	106
Глава 4	111
§ 1. Понятие инвестиций и их значение	111
§ 2. Классификация инвестиций и их особенности	114
Конец ознакомительного фрагмента.	117

Василий Васильевич Гуцин, Алексей Александрович Овчинников Инвестиционное право

Введение

Одной из важнейших проблем реформирования и модернизации российской экономики на сегодняшний день является привлечение иностранных инвестиций. России требуется иностранный капитал, способный принести новые технологии и современные методы управления, а также способствовать развитию отечественных инвестиций.

В настоящее время происходящие в России социально – экономические изменения существенно преобразовали хозяйственный оборот и потребовали разработки принципиально нового, адекватного экономическим потребностям законодательства, детально регулирующего иностранную инвестиционную деятельность в России.

Отечественные ученые в недостаточной степени проявляли интерес к исследованию проблем правового регулирования инвестиционной деятельности на территории Российской Федерации. Изучением непосредственно отдельных аспектов инвестиционного права занимались немногие отечественные юристы, в числе которых можно назвать Д. Бессарабова, Н. Г. Доронину, Н. Г. Семилютина, В. В. Старженецкого, Э. В. Талапина, О. В. Хмыз, С. С. Щербинина и некоторых других. Их исследования позволили определить понятие иностранных инвестиций в целом, а также основы правового статуса коммерческих организаций с иностранными инвестициями. Результаты этих исследований нашли отражение в действующем законодательстве.

Однако названные исследования в основном были посвящены решению тех или иных проблем прикладного характера. В них не рассматривались вопросы, которые оказывают непосредственное влияние на концептуальные подходы к разрешению проблем правового статуса коммерческих организаций с иностранными инвестициями, их деятельности на территории Российской Федерации.

Актуальность и недостаточность разработанности отмеченных проблем определили необходимость появления данного пособия по инвестиционному праву.

Выводы и рекомендации могут быть применены при подготовке учебных и методических пособий по гражданскому, предпринимательскому праву, в учебном процессе при чтении лекций и проведении семинарских занятий по дисциплинам гражданско – правового цикла, а также послужить основой для ознакомления специалистов и представителей деловых кругов России и зарубежных стран с правовым положением коммерческой организации с иностранными инвестициями в России.

Глава 1

Инвестиционное право в системе права

§ 1. Понятие и предмет инвестиционного права

Переход к рыночной экономике в России неразрывно связан с развитием инвестирования как профессионально осуществляемой хозяйственной деятельности, направленной на получение прибыли. В условиях интенсивно развивающейся инвестиционной деятельности, в том числе с иностранным участием, в системе российского права сформировалась новая комплексная отрасль – инвестиционное право.

Понятие «инвестиционное право» может рассматриваться в четырех основных значениях.



Инвестиционное право как отрасль права представляет собой совокупность правовых норм, регулирующих общественные отношения по поводу привлечения, использования и контроля за инвестициями и осуществляемой инвестиционной деятельностью, а также отношения, связанные с ответственностью инвесторов за действия, противоречащие законодательству.

Инвестиционное право как система законодательства – это совокупность правовых норм, содержащихся в источниках права (нормативных правовых актах, обычаях делового оборота) и регулирующих порядок осуществления инвестиционной деятельности. Изучение инвестиционного законодательства предполагает также анализ судебно – арбитражной практики в целях достижения единообразия в понимании и применении норм, содержащихся в источниках права.

Инвестиционное право как научная дисциплина, т. е. система знаний, совокупность представлений ученых о данной отрасли. Наука инвестиционного права познает истоки его зарождения, этапы становления и прогнозирует, опираясь на сумму накопленной информации, направления развития.

Инвестиционное право как учебная дисциплина – система обобщенных сведений об инвестиционном праве как отрасли, его законодательстве и практике применения, а также о науке.

В систему предмета инвестиционного права входят:

– общественные отношения, связанные с размещением на территории Российской Федерации инвестируемых в экономику финансовых средств, иного имущества (как движимого, так и недвижимого, не изъятого из гражданского оборота), включая имущественные и личные неимущественные права (например, авторское, патентное право). В рассматриваемую группу отношений также входят договоры о совместной деятельности, включая отношения по образованию юридических лиц, созданных на основе долевого или 100 %-ного

участия иностранных инвесторов, а также отношения по созданию филиалов и представительств иностранных юридических лиц на территории Российской Федерации;

– общественные отношения по контролю за допуском, созданием и деятельностью на территории Российской Федерации иностранных инвесторов и образуемых ими юридических лиц.

Представленная группа отношений включает государственную регистрацию предприятий с иностранным участием, лицензирование отдельных видов деятельности совместных предприятий, сертификацию и стандартизацию результатов их предпринимательской деятельности. Данная группа отношений объясняется ограничениями предпринимательской деятельности иностранных инвесторов в некоторых областях экономики: связи, средствах телекоммуникации, энергетике, транспорта и т. д. – в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов граждан России, обеспечения обороны страны и безопасности государства и необходимости в этой части государственного контроля за надлежащим исполнением российского законодательства;

– общественные отношения, связанные с созданием на территории России необходимого инвестиционного климата (режима) в целях привлечения иностранных инвестиций в экономику страны, включая предоставление государством гарантий и льгот иностранным инвесторам при осуществлении ими инвестиционной деятельности в рамках действующего законодательства. Данная группа также включает отношения по защите интересов и прав инвесторов от незаконного вмешательства государства или третьих лиц;

– общественные отношения, связанные с наложением ответственности за инвестиционную (предпринимательскую) деятельность, противоречащую законодательству.

Инвестиционное право тесно связано с гражданским, предпринимательским, финансовым, административным правом, так как общественные отношения, составляющие предмет инвестиционного права, одновременно являются частью предмета перечисленных выше отраслей российского права. Следовательно, необходимо признать комплексность исследуемых отношений, в связи с чем можно выделить присущие инвестиционным отношениям существенные признаки.

Рассмотрим ***признаки инвестиционных отношений, составляющих предмет инвестиционного права.***

1. Инвестиционная деятельность, составляющая предмет права, характеризуется самостоятельностью. Условно можно выделить имущественную и организационную самостоятельность инвестора. Имущественная самостоятельность определяется наличием у инвестора обособленного имущества как экономической базы инвестиционной деятельности. Объем имущественной самостоятельности зависит от юридического титула, на основе которого это имущество принадлежит инвестору. Наиболее велика самостоятельность собственника имущества. Предприятия, действующие на праве хозяйственного ведения, также имеют значительную имущественную самостоятельность, однако уже ограниченную законом и договором с собственником – инвестором. И наконец, принадлежность имущества на праве оперативного управления дает наименьший простор для реализации инвестиционных отношений. Организационная самостоятельность – это возможность принятия самостоятельных решений в процессе инвестиционной деятельности, начиная от принятия решения заниматься такой деятельностью, выбора вида и правовой формы инвестирования.

2. Инвестиционная деятельность сопряжена с риском. Этим признаком подтверждается однородность инвестиционных отношений и предпринимательства в самом широком смысле этого понятия. Предпринимательский риск – мощный стимул к успешной работе; уменьшения убытков можно достичь путем заключения договора страхования предпринимательского риска, т. е. риска убытков от предпринимательской деятельности из-за наруше-

ния обязательств контрагентами или изменения условий этой деятельности по не зависящим от предпринимателя обстоятельствам, в том числе риска неполучения ожидаемых доходов (портфельная инвестиция). Вполне объяснимо в связи с этим, что такой чисто рыночный институт, как институт несостоятельности (банкротства), возрождается в нашей стране только с развитием рынка.

3. Инвестиционная деятельность направлена на систематическое получение прибыли. Это основная цель инвестора, придающая его деятельности коммерческий характер, который не утрачивается даже в том случае, если результатом явилась не прибыль, а убыток. Вместе с тем, если получение прибыли как цель не ставится изначально, деятельность нельзя назвать инвестиционной, она не носит коммерческого характера.

Нельзя не обратить внимания и на такой квалифицирующий признак инвестиционной деятельности, как систематичность в извлечении прибыли. К сожалению, четких количественных критериев систематичности законодательством пока не выработано. Законодательный пробел предлагается восполнить, включив в определение инвестиционной деятельности дополнительные квалифицирующие признаки, такие как доля прибыли от этой деятельности в общих доходах инвестора, существенность и форма прибыли и др.

В соответствии с определением прибыль извлекается инвесторами от размещения имущества, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг. Данный признак, как представляется, сформулирован весьма неудачно. Дело в том, что инвестиционная деятельность многогранна и ее направления никак не могут быть представлены закрытым перечнем. Почему, например, нужно вести речь лишь о правомочии пользования в отношении имущества? А если субъектом извлекается прибыль в процессе реализации права распоряжения имуществом (например, сдачи его в аренду)? А если инвестор – патентообладатель систематически извлекает прибыль, предоставляя другим лицам право пользоваться результатом его интеллектуальной деятельности, заключая лицензионные договоры? Эти случаи не укладываются в законодательный перечень. Видимо, не имело смысла в законе перечислять возможные направления инвестиционной деятельности, так как они определяются прежде всего рынком.

4. Инвестиционная деятельность осуществляется лицами, как зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке, так и в некоторых случаях без регистрации (например, покупка ценных бумаг на фондовом рынке). Однако деятельность инвесторов, зарегистрированных в установленном порядке, – это формальный признак, т. е. признак, легализующий инвестиционную деятельность, придающий ей законный статус. Его отсутствие не приводит к утрате качества инвестиционной деятельности, однако выводит ее за рамки государственных гарантий и льгот. В отличие от анализируемого формального признака рассмотренные ранее признаки инвестиционной деятельности являются сущностными (раскрывающими ее сущность), и только их совокупность дает возможность квалифицировать деятельность лица как инвестиционную.

Инвестиционные отношения, в свою очередь, тесно связаны с другими, не имеющими непосредственной цели извлечения прибыли. В частности, такие отношения складываются при осуществлении деятельности организационно – имущественного характера по созданию и прекращению деятельности совместного с иностранными инвесторами предприятия или полностью им принадлежащего, получению лицензий, сертификатов и в ряде других случаев – проведению экологической экспертизы (например, разработка природных ресурсов, недр). Такая хозяйственная деятельность носит некоммерческий характер, но создает основу, а зачастую является необходимым условием, предпосылкой будущей инвестиционной (предпринимательской) деятельности. Именно поэтому отношения, возникающие в указанных случаях, охватываются хозяйственно – правовым регулированием и входят в предмет инвестиционного права.

Создает условия для инвестиционного права и деятельность ряда некоммерческих организаций, таких как учреждения, объединения и другие; деятельность товарных и фондовых бирж, основной целью которых является формирование соответствующего рынка инвестиций, также регулируется нормами инвестиционного права, а складывающиеся при осуществлении этой деятельности отношения включаются в предмет данной подотрасли.

И наконец, государство в целях реализации публичных интересов общества воздействует на субъектов, осуществляющих инвестиционную деятельность, регулируя эту деятельность разными способами и с применением различных форм. Эти отношения, возникающие в процессе государственного инвестиционного регулирования, образуют третью группу из состава предмета инвестиционного права.

§ 2. Метод инвестиционного права



Под методом правового регулирования, применяемым в инвестиционном праве, понимается совокупность приемов и способов воздействия на отношения, регулируемые данной подотраслью.

Как правило, каждая отрасль (подотрасль) предполагает лишь специфичные юридические средства воздействия на определенный вид общественных отношений. Однако в ряде случаев отрасли права регулируют не только типичные для них общественные отношения, но и отношения, так или иначе связанные с ними. Тогда и метод правового регулирования включает юридические средства, характерные не только для данной отрасли (подотрасли), но и для других отраслей права. В общетеоретическом плане метод правового регулирования общественных отношений определяется с учетом следующих компонентов:

- порядок установления прав и юридических обязанностей;
- степень определенности предоставленных прав и автономности действий их субъектов;
- подбор юридических фактов, влекущих правоотношения;
- характер правового положения сторон в правоотношениях, в которых реализуются нормы, а также распределение прав и обязанностей между субъектами;
- пути и средства обеспечения субъективных прав.

Исходя из специфики предмета инвестиционного права, законодатель в некоторых случаях предусматривает установление прав и обязанностей в силу заключенного договора, в других случаях – в связи с актом применения права (предписание антимонопольного органа), в третьем случае права и обязанности прямо вытекают из закона (обязанность государственной регистрации). Нормы инвестиционного права могут предоставлять возможность более или менее самостоятельно решать вопрос об объеме прав и обязанностей (диспозитивные нормы), могут носить рекомендательный характер, а могут исчерпывающе определять объем субъективного права или обязанность (императивные нормы). Субъекты инвестиционных правоотношений могут находиться в равноправном или подвластном положении (горизонтальные отношения между инвесторами и вертикальные отношения между инвесторами и государством не идентичны). Защита установленных прав и применение санкций при невыполнении обязанностей могут осуществляться разными средствами – гражданско – правовыми, административными, финансовыми, уголовными и в различном порядке – административном, судебном. Таким образом, взаимосвязь свободы при осуществлении частных интересов с государственным властным воздействием там, где это диктуется публичными интересами, а также учет рекомендаций компетентных органов – это основные характеристики метода правового регулирования инвестиционного права.

§ 3. Принципы инвестиционного права



Принципы инвестиционного права – это его основополагающие начала, пронизывающие весь массив правовых норм.

Основными принципами инвестиционного права могут быть названы следующие.

Принцип свободы инвестиционной деятельности получил свое закрепление в статьях 8, 34 Конституции Российской Федерации: «Каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности».

Этот принцип получил развитие в Гражданском кодексе Российской Федерации (ГК РФ) и других законодательных актах. Он означает право инвестора вкладывать свое имущество в любой сфере предпринимательства, в любой из предусмотренных законом форм, с использованием любых (не изъятых из оборота) видов имущества и т. д. Данный принцип подтверждается также установлением для большинства юридических лиц общей правосубъектности. Однако эта свобода не безгранична. Федеральными законами она может быть ограничена в интересах общества в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Принцип защиты инвесторов от деятельности органов власти по принудительному изъятию данного имущества.

Принцип свободного использования инвестиций, форм или прав требования на имущество, вложенное в порядке инвестирования.

Принцип государственных гарантий на обеспечение финансового возврата, компенсации в отношении средств инвесторов, вложенных в порядке инвестиций, соглашений (о разделе продукции).

Принцип государственного регулирования инвестиционной деятельности. Такое регулирование экономики осуществляется в любом государстве. Его различные формы и методы определяются политическими условиями, уровнем экономического и социального развития, историческими традициями, национальными особенностями и другими факторами. Переход России к рыночным условиям хозяйствования потребовал пересмотра системы государственного регулирования экономики, замены административных мер воздействия на экономические. На этом пути было сделано немало ошибок, не все из которых удалось исправить и сегодня. Самое же главное, что должно быть достигнуто в процессе государственного регулирования инвестиционной деятельности, – это соблюдение баланса частных интересов предпринимателей и публичных интересов государства и общества в целом.

Принцип законности является общеправовым, и воплощение его в жизнь – основа построения правового государства. Что же касается законности в инвестиционной деятельности, то здесь необходимо обратить внимание на два аспекта. Во – первых, сама инвестиционная деятельность должна осуществляться при строгом соблюдении требований законодательства. Во – вторых, что не менее важно, государством должна быть обеспечена законность правовых актов, законность деятельности органов государственной власти и

местного самоуправления, регулирующих инвестиционную деятельность. Некоторые меры по обеспечению законности предусмотрены действующим законодательством.

Так, статья 13 ГК РФ определяет условия и порядок признания недействительным акта государственного органа и органа местного самоуправления. В области нормативного регулирования укреплению законности способствует введение правила регистрации актов федеральных органов исполнительной власти в Министерстве юстиции Российской Федерации.

§ 4. Функции инвестиционного права



Функции права – это основные направления юридического воздействия на общественные отношения, определяемые сущностью и социальным назначением права в жизни общества.

В соответствии с этим можно отметить следующие черты, присущие функциям инвестиционного права:

– функции инвестиционного права определяются назначением административного права в обществе;

– функции выражают наиболее существенные, главные черты права и направлены на осуществление задач, стоящих перед инвестиционным правом на данном этапе развития общества;

– функции инвестиционного права представляют направления его активного действия, упорядочивающего общественные отношения, составляющие его предмет.

Классификация функций права и их характеристика. В известной степени можно выделить две группы критериев, которые лежат в основе дифференциации функций инвестиционного права: 1) внешние, в соответствии с которыми выделяют так называемые социальные функции права (в данном случае инвестиционному праву присуща, например, воспитательная функция), и 2) внутренние. Последние вытекают из самой природы права, способов его воздействия на поведение людей, особенностей форм реализации. В этом случае выделяют регулятивную и охранительную функции инвестиционного права.

Регулятивная и охранительная функции – это функции права, которые определяют необходимость его существования как социального института общества.



Регулятивную функцию инвестиционного права можно определить как обусловленное социальным назначением направление правового воздействия, выражающееся в установлении позитивных правил поведения, предоставлении субъективных прав и возложении юридических обязанностей на субъектов инвестиционного права в целях закрепления и содействия развитию отношений, соответствующих интересам общества, государства и граждан.

Наиболее характерными путями (способами) осуществления регулятивной функции инвестиционного права являются:

– определение посредством норм права статуса инвесторов;

– установление правового порядка размещения инвестиций, включая порядок создания и лицензирования совместных предприятий;

– определение юридических фактов, связанных с возникновением, изменением и прекращением инвестиционных правоотношений, включая инвестиционные договоры и соглашения;

–определение оптимального типа правового регулирования (общедозволительного, разрешительного) применительно к конкретным общественным отношениям по допуску иностранных инвесторов в экономику России;

–определение оптимального режима обеспечения прав и законных интересов иностранных инвесторов на территории России путем предоставления необходимых гарантий и льгот.



Охранительная функция инвестиционного права – это обусловленное социальным назначением направление правового воздействия, нацеленное на охрану общезначимых, наиболее важных для общества отношений, их неприкосновенность и вытеснение вредных данному обществу отношений.

Специфика охранительной функции состоит в следующем. Во – первых, она характеризует право как особый способ воздействия на поведение людей, выражающийся во влиянии на их волю угрозой санкций, установлением запретов и реализацией юридической ответственности.

Во – вторых, она служит информатором для субъектов инвестиционных отношений о том, какие социальные ценности взяты под охрану государством посредством правовых предписаний.

В – третьих, она является показателем политического и культурного уровня общества, гуманитарных начал, содержащихся в инвестиционном праве.

Характерные черты охранительной функции инвестиционного права прослеживаются более четко, если ее сравнить с правоохранительной деятельностью государства. Общее назначение последней сводится к тому, чтобы обеспечить неуклонное выполнение субъектами права требований закона, т. е. обеспечить режим законности. Достигается это выявлением правонарушений, их расследованием, привлечением к ответственности виновных. Однако инвестиционное право имеет в своем распоряжении лишь ограниченный комплекс мер правоохранительного назначения (например, меры банкротства совместного предприятия, отзыва лицензии на право разработки месторождения в рамках соглашения о разделе продукции и т. д.).

Таким образом, охранительная функция инвестиционного права характеризуется комплексностью правоохранительных норм, включая нормы гражданского, предпринимательского, финансового, административного, уголовного, гражданского процессуального, уголовно – процессуального, арбитражного процессуального отраслей права, а также правоохранительную деятельность государства как материальной гарантией соблюдения требований инвестиционного права. Кроме того, охранительная функция направлена на охрану инвестиционных отношений, а правоохранительная деятельность – на охрану самого инвестиционного права.

Факультативно можно выделить и другие функции административного права:

– функцию контроля, т. е. обеспечение государственного контроля и надзора в сфере управленческой деятельности государства в области отношений инвестиционного права;

– воспитательную, т. е. привитие социально полезных качеств и обеспечение возможных прав и интересов инвесторов с использованием существующей практики и обычаев трудового оборота.

§ 5. Международное инвестиционное право как научная дисциплина

Бурное развитие правовой науки во второй половине XX века привело к возникновению новых отраслей в общей системе права. В ходе развития общественных отношений из последних выделились подотрасли, институты как нормативные блоки для регулирования отношений в специфических областях межгосударственного сотрудничества. Система инвестиционного права имеет объективный характер и не должна отождествляться с системой науки инвестиционного права. Система науки инвестиционного права как отрасли права может, разумеется, соприкасаться с системой инвестиционного права по мере ее познания, но в принципе не может и не должна совпадать с ней и в ней растворяться. Это объясняется, в частности, тем, что любая наука в силу свойственной ей функции раскрытия сущности предмета исследования всегда имеет свою собственную логику и соответственно свою собственную логическую структуру. Аргументом может служить и то, что система права любой страны не является тождественной системе ее законодательства.

Система инвестиционного права как научной дисциплины не должна также отождествляться с системой учебных курсов по этой дисциплине, поскольку в них автор строит систему и структуру изложения материала, обращая внимание в первую очередь на определение ключевых понятий, другие учебно – методические цели, особенности учебной программы.

Как известно, теоретико – познавательная функция науки включает в себя: а) накопление фактов, относящихся к сфере правовой действительности, а также правовых и других документов, имеющих юридическое значение и содержащих в себе юридический элемент; б) раскрытие закономерностей функционирования и развития права, его принципов, отраслей, институтов и норм. Прикладная функция науки права включает в себя разработку рекомендаций по совершенствованию действующих норм права, их систематизации, кодификации и т. п.

Инвестиционное право как наука представляет собой отрасль специальных знаний, изучающую в практических целях соответствующее законодательство, юридические нормы путем анализа текста инвестиционных договоров двустороннего и многостороннего характера, законов и иных нормативных актов, международной арбитражной и судебной практики и т. д. В результате такой аналитической проработки правового материала раскрывается юридическая сущность общественных отношений в сфере иностранных инвестиций. Обращение к инвестиционным отношениям именно с точки зрения особой науки объясняется тем, что инвестиционное право представляет собой чрезвычайно сложную отрасль права. Это обусловлено комплексным, разноуровневым характером правового регулирования инвестиций. Во – первых, правовой основой инвестиционной деятельности является большой массив норм национальных законов и подзаконных актов как публично – правового, так и частноправового характера, а также принципов и норм как публичного, так и частного права. Во – вторых, правовое обеспечение зарубежных капиталовложений осуществляется на международно – правовом и национально – правовом уровнях.

Кроме того, инвестиционная деятельность на территории чужого государства осуществляется путем создания различных организационно – правовых форм предприятий: смешанных и совместных, чисто иностранных предприятий, их филиалов. Что касается транснациональных корпораций, инвестирующих громадные капиталы в разных странах, то их деятельность создает множество международно – правовых проблем, требующих специальных научных исследований.

Например, до сих пор нет единых подходов к правовой природе транснациональных компаний – ТНК. В специальной литературе корпорация признается компанией, которая осуществляет основную часть своих операций за пределами страны, где она зарегистрирована. Но с точки зрения теории и практики международного права ТНК не обязательно проводят основную часть своих финансовых операций в других странах. Поэтому правовое регулирование иностранных инвестиций с участием ТНК осложняется чрезвычайной запутанностью ее юридической конструкции.

Одним словом, различные правовые аспекты регулирования иностранной инвестиционной деятельности требуют новых научных разработок с целью устранения тех проблем, которые препятствуют свободному движению капиталов. А исследования в этой сфере не могут привести к положительным результатам без применения особых научных методов и подходов, присущих только международному инвестиционному праву как науке.

Раскрытие места науки инвестиционного права в системе права в целом невозможно без аналитического изучения основных работ, посвященных различным аспектам правового регулирования иностранных инвестиций, поскольку они содержат немало ценных практических и научно – методических разработок в данной области. Ретроспективный взгляд на работы зарубежных и отечественных авторов помогает лучше понять современные проблемы обеспечения соответствующего правового режима инвестиций.

В зарубежной специальной литературе первые труды, посвященные правовым аспектам инвестиций, начали издаваться в середине 50–х годов прошлого века. Например, в книге американского автора С. Рубина рассматривались правовые и экономические аспекты частных иностранных инвестиций¹.

Первой заметной работой, специально посвященной правовым проблемам иностранных инвестиций в развивающихся странах, стала книга нигерийского юриста Е. Ноугугу². Автор подверг критике иностранные компании за установление всеобъемлющего контроля за страной – реципиентом в ходе осуществления инвестиционной деятельности. Он практически не проводит различия между прямыми и портфельными инвестициями, основываясь только на степени контроля над предприятиями³. В книге другого юриста – В. Бейлджиама рассматриваются правовые аспекты иностранных инвестиций в Европейском экономическом сообществе «Общий рынок»⁴.

Работа известного английского юриста – международного Дж. Шварценбергера «Иностранные инвестиции и международное право», изданная в Лондоне в 1969 году, долгие годы была настольной книгой для всех, кто интересуется данной проблемой. И по названию, и по содержанию она стала первой специальной фундаментальной монографией по международному инвестиционному праву. На основании содержательного материала по становлению международных инвестиционных отношений этот ученый, один из корифеев западного общего международного права, развил теорию и практику международно – правового регулирования иностранных инвестиций.

Фундаментальная монография «Международное право иностранных инвестиций», написанная профессором Сингапурского национального университета М. Сорнараджей, стала новой вехой в развитии этой науки⁵. Работа открывается главой об истории разви-

¹ *Rubin S. Private Foreign Investment and legal and economic realities.* – Baltimore, 1956. P. 82; См.: *Баскин Ю.Я., Фельдман Д.И. Международное право: проблемы методологии.* – М., 1971. – С. 8.

² См.: *Баскин Ю.Я., Фельдман Д.И. Указ. соч.* – С. 8.

³ *Nwougugu E. The Legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries.* – Manch., 1965.

⁴ *Balekjiama W. Legal Aspects of Foreign Investment in the European Economic Community.* – Manch., 1967.

⁵ См.: *Евмеева М.С. Международные двусторонние инвестиционные соглашения.* – М., 2002.

тия международного инвестиционного права. Далее автор раскрывает классическую теорию, согласно которой иностранные инвестиции являются абсолютно выгодным фактором для принимающего государства, поскольку приток иностранного капитала сопровождается высокими технологиями, что стимулирует местный капитал к повышению производительности труда, освоению нового менеджмента и т. д. Как известно, другая, диаметрально противоположная первой, так называемая теория зависимости утверждает, что прием иностранных инвестиций означает глобальное засилье транснациональных корпораций в развивающихся странах⁶.

В теории и практике инвестиционного права порой используется доктрина о «третьем пути» (the middle path), согласно которой в соответствии с экономическим суверенитетом принимающее государство должно установить полный административный контроль⁷. Право государства на неограниченный контроль над иностранными инвестициями, по мнению сторонников этой теории, обуславливается суверенитетом государства. Такая постановка вопроса уже сама по себе закрывает двери перед иностранными инвесторами.

Профессор М. Сорнараджа в следующих главах своей книги подробно рассматривает проблемы международной защиты иностранных инвестиций, роль при этом двусторонних и многосторонних договоров, значение незыблемости иностранной частной собственности и т. д., на которые мы будем опираться в ходе дальнейшего изложения нашей точки зрения по правовым проблемам инвестиций.

В науке инвестиционного права одно из центральных мест занимают вопросы гарантий от так называемых политических (некоммерческих) рисков. Этой важной теме посвящена фундаментальная книга американских авторов Пола Комэкса и Стефана Кинселлы «Защита иностранных инвестиций нормами международного права: юридические аспекты политических рисков», изданная в Нью – Йорке в 1997 году. Политический риск, по мнению авторов, – это, в принципе, возможность иностранного инвестора быть лишенным полностью или частично своей собственности в принимающем государстве⁸. Далее авторы теоретически обосновывают различные виды принудительного изъятия имущества инвестора, а именно в случае экспроприации, национализации, конфискации⁹. К политическому риску они причисляют валютный риск (currency risk), риск политического насилия (risk of political violence), риск при расторжении инвестиционного контракта (risk of break contract) и т. д.¹⁰.

Несомненно, рассматриваемый труд существенно обогатил теорию инвестиционного права, предложив четкие критерии определения различных норм и принципов, направленных на защиту иностранных инвестиций.

Заметным вкладом в развитие зарубежной литературы об инвестиционном праве стал недавний выход в свет внушительного труда профессора Уильяма Е. Батлера «Право иностранных инвестиций в СНГ»¹¹. Книга состоит из двух взаимосвязанных частей: аналитический материал из 22 глав первой части книги дополняют 135 правовых инвестиционных актов всех 12 государств СНГ в авторском переводе на английский язык – это вторая часть¹².

⁶ См.: Сорнараджа М. Международное право иностранных инвестиций. – М., 1994.

⁷ Там же. – С. 49, 50.

⁸ Сорнараджа М. Указ. соч. – Р. 49, 50.

⁹ Comeaux P.E., Kinsella N. S. Protecting Foreign Investment Under International Law: Legal aspects of Political Risks. – N.Y., 1997. – P. 1.

¹⁰ Ibid. – P. 15–17.

¹¹ Batler E.W. Foreign Investment Law in the Commonwealth of Independent States. The Batler Commentaries. Simonds a Hill Publishing Ltd. – London, 2002.

¹² См.: Фархутдинов И.З. Право иностранных инвестиций СНГ: через тернии к успеху и благополучию: Рецензия на книгу В. Батлера «Право иностранных инвестиций в СНГ» // Право и политика. – 2003. – № 10.

Что касается отечественной науки, то исследования в данной сфере вплоть до 90-х годов XX века проводились слабо по причине особой социально – экономической обстановки в стране и касались лишь правовых проблем инвестирования в странах так называемого третьего мира. Первые труды в этой специфической тогда сфере правовой науки принадлежали известному специалисту Н. Н. Вознесенской¹³, которая и сегодня остается признанным ученым по правовым проблемам привлечения иностранных инвестиций. Автор, рассматривая в своей книге «Иностранные инвестиции и смешанные предприятия в странах Африки» правовой режим иностранного капитала в независимых странах этого континента, специально изучает проблемы национального права как регулятора инвестиционных отношений, правовые аспекты классификации инвестиций, принципы допущения иностранного капитала и различных правовых режимов, правовой природы инвестиционного соглашения, гарантий инвестиций и арбитражного разрешения инвестиционных споров. Вторую половину книги Н. Н. Вознесенская посвящает правовому статусу смешанных предприятий. Отношения, возникающие в связи с иностранными инвестициями, настолько сложны и многообразны, отмечает автор, что они выходят далеко за пределы регулирования, принципы которого содержатся в инвестиционных кодексах, хотя и остаются в рамках национального права. Важнейшее значение в вопросе определения режима иностранного инвестора имеет налоговое законодательство, а также валютное и таможенное законодательство, которое значительно шире инвестиционных кодексов: кодексы не устраняют действие налогового и валютного законодательства, а лишь определяют условия их применения¹⁴.

Слова Н. Н. Вознесенской о том, что сложная, многоплановая проблема инвестиций требует разработки многих теоретических вопросов, и сегодня звучат вполне актуально. Автор книги задается вопросом: все ли поступления из одной страны в другую являются инвестиционными? Четкая классификация таких поступлений дала бы возможность из всех средств, получаемых извне, выделить те, которые влекут за собой предоставление инвесторам больших экономических льгот.

Конечно, с позиций сегодняшнего дня нельзя полностью согласиться с некоторыми утверждениями Н. Н. Вознесенской, в частности с тем, что «регулирование иностранных инвестиций – это сфера исключительного национального законодательства», которое «не может не учитывать реального соотношения противостоящих друг другу политических и экономических сил»¹⁵.

Проблемы правового регулирования инвестиций Н. Н. Вознесенская рассматривает и в другой своей книге¹⁶. Как известно, создание смешанных, или совместных, предприятий является одной из распространенных форм привлечения иностранных инвестиций. Смешанное предприятие, отмечает автор, служит как формой использования иностранного капитала, так и формой организации и осуществления конкретной хозяйственной деятельности, где непосредственно соприкасаются интересы национальных участников и иностранного инвестора. Данная монография имеет не только источниковедческое, но и практическое значение (например, глава, в которой исследуются проблемы правового регулирования смешанных предприятий в западных странах).

Первым отечественным исследованием, специально посвященным международно – правовым и национальным проблемам регулирования инвестиций в целом, стала монография «Инвестиционное право» А. Г. Богатырева – ныне известного ученого, доктора юриди-

¹³ Вознесенская Н.Н. Иностранные инвестиции и смешанные предприятия в странах Африки. – М., 1975; Она же. Смешанные предприятия как форма международного экономического сотрудничества. – М., 1986.

¹⁴ Вознесенская Н.Н. Указ. соч. – С. 21, 22.

¹⁵ Там же. – С. 21; см. также с. 22–25.

¹⁶ Вознесенская Н.Н. Смешанные предприятия как форма международного экономического сотрудничества.

ческих наук, профессора, ведущего специалиста Центра международного права Института государства и права РАН. «Правовое регулирование инвестиционных отношений на национальном и международном уровне, – отмечал ученый, – ведет к формированию систем регулирования, то есть становлению инвестиционного права, соответственно национального и международного».

В первой главе своего исследования автор рассматривает теоретические вопросы инвестиций, инвестиционной политики и инвестиционного права. Современные инвестиции невозможны без рыночной экономики на национальном и мировом уровнях, однако рынок и инвестиционный процесс не могут функционировать и развиваться без определенных политических, экономических и правовых условий в стране¹⁷. С правовой точки зрения иностранные инвестиции – это иностранная частная и государственная собственность и ее соответствующий статус в международном и национальном аспектах. Эти и другие положения книги, высказанные еще на заре рыночной экономики, надолго стали ориентиром в создании новой научной концепции правового регулирования иностранных инвестиций в России.

Профессор Богатырев впервые вынес на широкое научное и практическое обсуждение, например, вопрос о роли двусторонних инвестиционных договоров в этой сфере – соглашений о поощрении и защите иностранных инвестиций и соглашений об избежании двойного налогообложения – и сделал вывод, что главная цель названных международных двусторонних договоров состоит в том, чтобы с помощью правовых средств обеспечить в условиях социально – экономического и политического кризиса относительную стабильность воспроизводства и свободу движения капиталов в рамках мировой хозяйственной системы и особенно обеспечить приток иностранного частного капитала в другие страны, предоставив ему юридические гарантии от так называемых политических (или некоммерческих) рисков (non#business risks). Неотъемлемым элементом в системе правового режима иностранных инвестиций являются, на его взгляд, многосторонние инвестиционные договоры.

При этом ученый не претендует на исчерпывающее освещение этой многогранной концепции, научная разработка которой, по его мнению, находится еще в самом начале. Действительно, отдельные положения и выводы, сделанные в монографии, носят дискуссионный и постановочный характер, что соответствовало тогдашнему уровню разработанности данных проблем в юридической литературе. Этим, на наш взгляд, и объясняется определенная недосказанность в суждениях, касающихся некоторых проблем регулирования иностранных инвестиций. Например, выделяя в специальном параграфе книги систему инвестиционного права как отрасли права и отрасли науки, он представляет на суд читателя схему системы инвестиционного права, но при этом умалчивает, о каком же инвестиционном праве идет речь: о международном или внутригосударственном. Судя по идее и содержанию книги, данная предварительная, как автор оговаривается, схема системы инвестиционного права разработана также для международного инвестиционного права, поскольку через всю книгу красной нитью проходит идея о становлении внутреннего и международного инвестиционного права.

Общая часть предварительной схемы системы науки инвестиционного права, предложенная А. Г. Богатыревым, включает следующие положения:

- предмет и система инвестиционного права;
- история инвестиционного права и его науки;
- понятие инвестиций, инвестиционного процесса и инвестиционного права;
- субъекты инвестиционного права;
- правовое регулирование частного и смешанного инвестирования;
- правовое регулирование государственного инвестирования;

¹⁷ Богатырев А.Г. Инвестиционное право. – М., 1992. – С. 5, 15, 16 соответственно.

- инвестиционный договор;
- регулирование финансирования инвестиционной деятельности;
- ответственность участников инвестиционной деятельности;
- гарантии инвестиции;
- разрешение инвестиционных споров.

Данная система науки инвестиционного права носит достаточно продуманный характер и основывается на традиционной концепции выделения отрасли права в науке международного права. Она охватывает основные понятия, предмет, направления, институты в сфере правового регулирования иностранных инвестиций.

В последующих трудах А. Г. Богатырев продолжил разработку научной концепции формирования и развития международного инвестиционного права¹⁸.

Одной из фундаментальных научных работ в этой сфере стало издание Институтами государства и права РАН сборника «Правовое регулирование иностранных инвестиций в России», посвященного различным правовым аспектам обеспечения гарантий иностранного капитала в нашей стране. Во вступительной статье академик Б. Н. Топорнин осветил основные проблемы привлечения иностранных инвестиций в экономику России. «Иностранные инвестиции – это не дань быстро проходящей моде и не «происки» Запада, а реализация собственных интересов, часть нашей системы хозяйственных связей и отношений; становление законодательства об иностранных инвестициях – составная часть процесса формирования правового государства в России»¹⁹, – отметил он. Далее Б. Н. Топорнин обосновывает выделение специального инвестиционного законодательства, устанавливающего особые правила в сфере регулирования иностранных инвестиций. Одна из его особенностей, по мнению ученого, состоит в том, что оно должно быть конкретным и исчерпывающим. Кроме того, особый акцент сделан на международно – правовой стороне регулирования иностранных инвестиций, что вызвано необходимостью следования пункту 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации. Заслуживают также внимания рассматриваемые в статье формы и методы разрешения международных инвестиционных споров.

Оценке роли правовой политики в области иностранных инвестиций посвящена статья А. Г. Светланова²⁰. Проблемы стабильности правового регулирования рассматриваются в этом же сборнике М. М. Богуславским. Договорным формам привлечения иностранных инвестиций посвящена статья Е. В. Кабатовой. Проблемы страхования некоммерческих рисков иностранных инвесторов освещаются Н. Г. Дорониной и Н. Г. Семилютиной.

Международно – правовые аспекты регулирования иностранных инвестиций специально рассматриваются Г. М. Вельяминовым. Анализируя двусторонние соглашения о взаимном поощрении и защите зарубежных капиталовложений, ученый приходит к выводу, что при совершенствовании российского инвестиционного законодательства целесообразно в юридико – техническом аспекте полнее использовать формулы и понятия, применяемые в прошедших солидную обкатку двусторонних инвестиционных договорах. В этом же сборнике можно найти статьи И. А. Иконицкой, В. И. Слома и О. В. Сердюк, И. С. Зыкина, Е. А. Виноградова и другие публикации, в которых рассматриваются различные аспекты правового режима иностранных инвестиций.

¹⁸ См.: Богатырев А.Г. О регулировании иностранных инвестиций в национальном и международном праве // Советское государство и право. – 1992. – № 1; Он же. Правовое регулирование инвестиционных отношений в Российской Федерации: Учебное пособие. – М., 1995; Он же. Соотношение международного и национального права в регулировании инвестиционных отношений: Материалы научной конференции. – Н. Новгород // Государство и право. – 1996. – № 3; Он же. Становление рыночных инвестиционных отношений и политическая стабильность в России: Материалы научной конференции в РУДН. – М., 1996.

¹⁹ Цит. по: Правовое регулирование иностранных инвестиций в России / Под ред. А.Г. Светланова. – М., 1995. – С. 7, 8.

²⁰ См.: Правовое регулирование иностранных инвестиций в России. – С. 41–45.

В целом заслуга этого академического издания в сфере юридической разработки проблем привлечения иностранного капитала в российскую экономику заключается в том, что оно было первым комплексным научным исследованием, посвященным рассматриваемой проблеме. Несмотря на то что в основе сборника лежит старое инвестиционное законодательство, он и сегодня не потерял своего значения не только с научной, но и в какой-то мере с практической точки зрения.

Заметным вкладом в науку международного инвестиционного права стала монография М. М. Богуславского «Иностранные инвестиции: правовое регулирование». Особо заслуживающим внимания является то, что в работе рассматриваются как теоретические, так и практические вопросы правового регулирования иностранных инвестиций в России и СНГ в целом. Говоря о причинах формирования специального инвестиционного законодательства в России, автор отмечает потребность в таком законодательстве прежде всего в странах с многоукладной экономикой, которые стремятся создать льготный режим для иностранных инвестиций²¹. Это объясняется необходимостью создания особых условий для активного привлечения иностранного капитала в отечественную экономику. Особый интерес в книге М. М. Богуславского представляет то, что она базируется на широком, хотя и несколько устаревшем нормативном материале стран СНГ.

Сегодня трудно представить российское инвестиционное право без одного из ведущих специалистов в этой научной сфере – профессора Н. Г. Дорониной. Первая ее монография «Некоторые организационно – правовые аспекты иностранных инвестиций в развивающихся странах», посвященная правовым проблемам привлечения иностранного капитала, вышла из печати еще в конце 70-х годов.

Следующая книга, написанная ею в соавторстве, была посвящена вопросам правового регулирования иностранных инвестиций в условиях новой России и за рубежом. Авторы подвергли серьезной критике действовавший тогда Закон от 4 июля 1991 г. «Об иностранных инвестициях в РСФСР» за его несоответствие общепринятой мировой практике. В двусторонних соглашениях о поощрении и взаимной защите капиталовложений содержится несколько иное понимание категории «инвестиции», отмечают авторы, чем то, которое дано в законодательстве России об иностранных инвестициях. При этом они ссылаются на соглашение с Францией, которое говорит и о займах, относящихся к капиталовложениям. Такими же инвестициями ученые считают в соответствии с международным инвестиционным правом разного рода права, в том числе авторские, права на технологию и т. д., и предлагают, чтобы российское законодательство выделило в категорию «иностранные инвестиции» определенного рода займы, а также передачу прав с помощью системы допуска иностранных инвестиций или системы регистрации отдельных видов соглашений как соглашений об инвестициях²².

Весьма интересна статья Н. Г. Дорониной об унификации права в условиях международной интеграции, чьим «локомотивом» являются иностранные инвестиции²³. «Комментарий к Закону об иностранных инвестициях», вышедший из-под пера того же автора в виде небольшой книги, анализирует новый российский правовой акт, сопоставляя его с требованиями международных инвестиционных стандартов. В частности, Н. Г. Доронина осуждает условия предоставления иностранным инвесторам льгот в соответствии со статьей 4 Закона,

²¹ Богуславский М.М. Иностранные инвестиции: правовое регулирование. – М., 1996. – С. 14, 15.

²² Доронина Н.Г., Семилютин Н.Г. Правовое регулирование иностранных инвестиций в России и за рубежом. – М., 1993. – С. 102.

²³ Доронина Н.Г. Унификация и гармонизация права в условиях международной интеграции // Журнал российского права. – 2002. – № 6.

поскольку такая практика противоречит концепции конкуренции в правовом регулировании иностранных инвестиций, заложенной в руководстве МБРР²⁴.

Значительный интерес с точки зрения развития науки международного инвестиционного права представляют статьи Л. И. Воловой и Н. Г. Дорониной, опубликованные в «Российском ежегоднике международного права» (СПб., 2001 г.). Обе они посвящены различным международно – правовым аспектам регулирования иностранных инвестиций. В первой – «Реализация государствами международной правоспособности в международных инвестиционных отношениях посредством многостороннего международно – правового регулирования» – исследуются проблемы реализации государствами международной правоспособности в международных инвестиционных отношениях посредством многостороннего сотрудничества; во второй – «Влияние норм международных договоров на российское законодательство об инвестициях» – вопросы взаимодействия и взаимовлияния норм международного права и российского инвестиционного законодательства. Авторы делают вывод, что регулирование инвестиций в российском законодательстве расходится с закрепленными в международных договорах стандартами регулирования.

Знаковым событием в науке инвестиционного права стал выход новой монографии Н. Г. Дорониной и Н. Г. Семилютиной²⁵, состоящей из шести глав, разделенных на соответствующие подразделы. Книга глубоко структурирована и является комплексным исследованием ключевых проблем правового регулирования инвестиций в России. Она интересна нестандартным подходом к исследованию проблемы, изложением новой концепции авторов. Ученые, в частности, считают, что изменение подходов к регулированию иностранного элемента в инвестиционных отношениях обусловлено тем, что при осуществлении капиталовложений вопрос о государственной принадлежности инвестора и реципиента отходит на второй план. Основной является проблема правового режима деятельности инвесторов и реципиентов капиталов. Принципиальное значение имеет прежде всего, по их мнению, определение общего правового режима для внутренних инвесторов, т. е. именно это является первичным при обозначении общего юридического стандарта для инвестиций как таковых, независимо от того, какого он происхождения: внутреннего или иностранного.

Необходимо также отметить монографию Д. К. Лабина «Международно – правовое регулирование иностранных инвестиций», о которой мы уже упоминали. В ней на основании международно – правовых актов рассматриваются общие понятия международно – правового регулирования инвестиционных отношений, раскрываются международно – правовые механизмы регулирования иностранных инвестиций на современном этапе. Здесь же можно найти полные тексты некоторых международно – правовых документов.

Монография М. С. Евтеевой²⁶ посвящена международно – правовым методам регулирования иностранных инвестиций на двусторонней основе. Автор анализирует двусторонние международные инвестиционные соглашения, участницей которых является Россия, рассматривает мировой опыт заключения таких договоров, а также международную практику обеспечения правовых гарантий иностранных инвестиций.

В монографии «Иностранные инвестиции в России и международное право»²⁷ исследуются сущность правоотношений в сфере иностранных инвестиций, проблемы соотношения международного и национально – правового регулирования иностранных инвестиций,

²⁴ Доронина Н.Г. Комментарий к Закону об иностранных инвестициях // Право и экономика. – 1997. – № 1. – С. 35–36.

²⁵ Доронина Н.Г., Семилютина Н.Г. Государство и регулирование инвестиций. – М., 2003.

²⁶ См.: Евтеева М.С. Международные двусторонние инвестиционные соглашения. – М., 2002.

²⁷ Фархутдинов И.З. Иностранные инвестиции в России и международное право.

а также особенности реализации международно – правовых норм в инвестиционном законодательстве России и другие проблемы²⁸.

Ретроспективный взгляд на историю изучения исследуемой нами проблематики хотелось бы завершить упоминанием монографии В. В. Силкина, в которой на основании новейшего законодательства об иностранных инвестициях в Российской Федерации рассматриваются теоретические аспекты инвестиционного права, порядок учреждения и регистрации коммерческих организаций с иностранными инвестициями, подробно анализируются гарантии иностранных инвестиций в отечественном законодательстве, вопросы ограничения допуска прямых иностранных инвестиций в отдельные отрасли и т. д.²⁹.

Подытоживая рассмотрение основных работ, посвященных различным аспектам правового регулирования иностранных инвестиций, отметим отсутствие комплексного труда по международному инвестиционному праву, необходимость в котором в силу особой значимости этой проблемы в условиях глобализации мировой экономики вполне очевидна.

²⁸ См. подробнее рецензии на книгу И.З. Фархутдинова «Иностранные инвестиции в России и международное право» // Российский юридический журнал. – 2002. – № 4 (автор – *Раянов Ф.М.*); Журнал международного права. – 2003. – № 2. (автор – *Ковалев А.А.*).

²⁹ См.: *Силкин В.В.* Прямые иностранные инвестиции в России: правовые формы привлечения и защиты. – М., 2003.

§ 6. Инвестиционное право как учебная дисциплина

Инвестиционное право является не только отраслью права и научной дисциплиной, но также и учебной дисциплиной, призванной быть предметом специального аудиторного изучения для студентов, обучающихся в высших учебных заведениях по специальности «Правоведение».

Задачей учебной дисциплины является раскрытие правовой природы таких понятий, как «инвестиции», «инвестор», «инвестиционная политика и инвестиционные отношения», получивших новое юридическое содержание в условиях глобализации мировой экономики, а также изучение международного опыта в правовом регулировании иностранных инвестиций.

Учебная дисциплина инвестиционного права, анализируя комплекс правовых актов, регулирующих инвестиции, выявляет и изучает особенности государственных гарантий иностранных инвестиций, формы и методы регулирования международных инвестиционных споров.

Спецкурс в целом должен охватывать широкий круг проблем правового регулирования национальных и иностранных инвестиций. На наш взгляд, особое место необходимо отвести анализу российского инвестиционного законодательства. Целесообразно изучение международных двусторонних договоров о поощрении и защите капиталовложений, а также концессионных соглашений и соглашений о разделе продукции. Понимание и выяснение проблем международно – правового регулирования иностранных инвестиций требуют более детального и комплексного научно – методического подхода.

Думается, структура и содержание этой книги при использовании ее в учебном процессе в целом отвечает современным требованиям, отражая основные положения теории и практики инвестиционного права.

Глава 2

Характеристика источников инвестиционного права

§ 1. Анализ развития инвестиционного законодательства

Во многих странах на сегодняшний день накоплен значительный опыт нормативного регулирования в сфере инвестирования в предпринимательскую деятельность. Рассматривая иностранные источники, уместно указать на ряд особенностей, присущих иностранным нормативным актам.

Во – первых, иностранное законодательство, посвященное инвестированию, инвестиционным отношениям, имеет, с одной стороны, достаточно богатую историю, а с другой – является, наверное, одним из самых динамичных и подверженных частым изменениям и дополнениям.

Известно, что первые паевые общества, прообразы акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью, появились в XV#XVI вв. на территории нынешней Италии, когда были созданы банки святого Георгия в Генуе и святого Амвросия в Милане. Уже в VII в. возникают такие крупные компании, как Ост – Индская (1600 г.) в Голландии и «Компания дез энд Оксиденталь» (1628 г.) во Франции. Уже в 1770 году в Англии был принят Закон (Bubble Act), который запрещал подписку на участие в хозяйственных обществах на основании ложной информации, в 1884–м в Англии принят Акт «О корпорациях», а в настоящее время действует Акт 1985 г. «О корпорациях». В Германии первые законы, касающиеся компаний и ценных бумаг, появились в середине XIX века. В то же время можно заметить, что многие страны приняли новые нормативные акты в ранге законов либо внесли за последние 5—10 лет существенные изменения в действующее законодательство. Например, последние изменения в Закон Кореи «О рынке ценных бумаг» были внесены в 1997 году. В 2000–м в Великобритании был принят Закон «О финансовых услугах и рынках» (Financial Services and Market Act), призванный регулировать деятельность страховых компаний, инвестиционных консультантов, брокеров и иных участников рынка, предлагающих инвестиционные услуги, и иные нормативные акты.

При этом анализ показывает, что принятие нормативных актов, как правило, явилось реакцией на неблагоприятные тенденции в экономике. Известно, что большинство законов, принятых в США, являются непосредственными продуктами так называемой Великой депрессии, повлекшей за собой разрушительные последствия для экономики. К середине 30–х годов XX века формирование основ федерального законодательства в США было завершено, но развитие нормативной базы продолжается до сих пор, и Федеральная комиссия по рынку ценных бумаг США (Securities and Exchange Commission) принимает постановления по отдельным вопросам. Изменения, принятые в законодательстве Германии в 80–90 гг. XX в., – прямое следствие стагнации фондового рынка этой страны.

Во – вторых, отметим, что в федеративных государствах регулирование инвестиционных отношений осуществляется на двух уровнях: федеральном и на уровне отдельных субъектов федерации.

В США правовое регулирование securities осуществляется на двух уровнях: федеральном и на уровне отдельных штатов. В США сегодня главенствует федеральное законодатель-

ство, однако законодательство об инвестиционных отношениях первоначально развивалось на уровне отдельных штатов. К моменту принятия в 1933 году Закона «Об эмиссионных ценных бумагах» (Securities Act 33) уже 47 штатов имели аналогичное законодательство. Securities Act посвящен вопросам регулирования процесса регистрации публичного выпуска – эмиссии securities, продажи securities и приобретения securities их первыми владельцами.

Для Канады, в отличие от США, характерно отсутствие федерального законодательства. Каждая провинция Канады вправе принимать собственное законодательство. Уже в 1912 году в провинции Манитоба был принят Закон «О продаже акций» (Sales of Shares Act), который обязал продавать акции только при наличии разрешения от органов власти. Последние крупные изменения в нормативной базе Канады произошли в 1978 году, когда большинство канадских провинций приняло Закон «О ценных бумагах» (Securities Acts).

Третьей особенностью нормативного регулирования инвестиционных отношений является то, что далеко не все страны имеют специальное законодательство, посвященное инвестиционным отношениям, инвестированию. Например, Швейцария как страна с сильными цивилистическими традициями не имеет специального закона об инвестиционных отношениях, хотя Обязательственный кодекс Швейцарии 1881 г. содержит ряд норм, регламентирующих деятельность хозяйственных обществ. В то же время в США сегодня приняты и действуют уже шесть нормативных актов в ранге закона, посвященных инвестиционному рынку. Помимо упомянутого Закона «Об эмиссионных ценных бумагах» (Securities Act 33), это законы «О фондовой бирже» (1934 г.), «О трастовых обязательствах» (1939 г.), «Об инвестиционных компаниях» (1940 г.), «Об инвестиционных консультантах» (1940 г.), «О защите инвесторов в ценные бумаги» (1970 г.).

В – четвертых, анализируя современное иностранное законодательство, необходимо отметить, что в нем не всегда закреплены в законе формальные определения и понятия. Зачастую законодатель ограничивается простым перечислением «инвестиционных инструментов», последнее характерно для законодательства США, Канады, Англии. Для развития экономики, бизнеса нужны источники средств, что влечет за собой создание новых форм инвестирования, не указанных непосредственно в нормативных актах, однако являющихся таковыми вследствие их экономической природы и правовых признаков, определенных ранее. Многие специалисты отмечают, что название инструмента не всегда отражает его правовую природу, и поэтому необходим экономический и юридический анализ инструмента с целью определения его действительного содержания, что находит подтверждение в судебных решениях. Так, Верховный суд Онтарио в 1948 году дал следующее определение securities: «Это любой документ, доказывающий стимул или интерес любого субъекта в производстве, собственности, имуществе, прибыли или доходе».

В отдельных странах, прежде всего континентальной правовой системы, при квалификации инвестиционных отношений за основу берется понятие «ценная бумага». Так, согласно Закону Израиля «Об эмиссионных ценных бумагах» «эмиссионные ценные бумаги – секьюритис – это сертификаты, выпускаемые сериями и подтверждающие право членства или участие в компании, или право требования, или дающие право приобрести иные секьюритис».

Во французской юридической литературе securities определяется как «обращаемые инструменты, эмитированные государством или компаниями, которые могут торговаться на бирже». В Голландии понятие «securities» содержится в Законе «О рынке ценных бумаг», включает открытый для дополнения перечень инструментов и имеет своей целью включить все инструменты, покупаемые инвесторами на публичном рынке. В законе не проводится различие между эмиссионными ценными бумагами и коммерческими бумагами, за исключением расчетных документов. При этом такие инструменты, как «интерес», «обменные»

акции, подпадают под понятие «аналогичные инструменты» с тем же режимом регулирования, что и securities.

Обязательственный кодекс Швейцарии содержит понятие «securities», аналогичное понятию «ценная бумага» в Гражданском кодексе Российской Федерации, определяя, что «секьюритис – это документ, в котором заключено право, которое нельзя передать иному лицу или потребовать его исполнения без предъявления документа». В то же время, как отмечает швейцарский юрист Д. Дайникер³⁰, «права инвесторов и в случае, если они не удостоверены ценными бумагами, имеют тот же режим. Эти права не сертифицированы, но служат тем же целям, что и сертифицированные», они получили в литературе наименование «ценные права» (droits#valeur).

Нельзя не отметить существование в иностранном праве такого понятия, как «подписка на интерес» (prescribed interests). По этому поводу Х. Форд пишет: «Подписка на интерес определяется как любое право участия (как обеспеченное, так и не обеспеченное правовой санкцией) в любых прибылях, имуществе, финансовых или деловых схемах, обществах, совместных предприятиях, где обладатель интереса имеет право ожидать прибыль от усилий промоутера, самого предприятия или третьего лица. При этом неважно, закреплён такой интерес документально или нет»³¹. Отметим также, что правовых актов ЕС, касающихся организации и деятельности инвестиционного рынка, сегодня насчитывается более десяти, что говорит о значении, которое придается в Европе правовой регламентации указанным отношениям. Одним из важнейших документов, принятых за последнее время, является Директива Европейского парламента и Совета Европы 2004/25/СЕ от 21 апреля 2004 г., касающаяся публичных предложений о приобретении. Ее основная идея и некоторые положения нашли свое отражение в изменениях и дополнениях, принятых в Закон об акционерных обществах, касающихся вопросов порядка приобретения 30 % и более акций акционерного общества.

Таким образом, иностранное законодательство, как европейское, так и американское, можно характеризовать как динамично развивающееся. Это подчеркивает тезис о том, что сам по себе рынок инвестиций – один из наиболее динамичных и сложных с точки зрения правового регулирования в современной экономике.

Российское государство достаточно давно осознало необходимость создания надлежащей правовой базы инвестирования в нашей стране. Начало развития российского законодательства исторически связано с принятием в России в 1699 году первого нормативного акта, регламентирующего деятельность акционерных (паевых) обществ, что, конечно же, не случайно. Участие в хозяйственном обществе следует рассматривать как первую использованную на практике форму инвестирования. Модель хозяйственного общества позволяет решать одновременно несколько задач, имеющих как экономическое, так и юридическое содержание.

Во – первых, появляется возможность передачи имущества в управление юридическому лицу, обладающему как организационными, так и иными условиями для использования такого имущества в предпринимательской деятельности. Иными словами, через создание хозяйственного общества осуществлялась и осуществляется концентрация капитала.

Во – вторых, участие в такого рода организациях освобождает участника от выполнения трудовых обязанностей перед обществом, что не всегда возможно в иных организационных формах юридических лиц. Не случайно применительно к хозяйственным обществам

³⁰ Дайникер Д. Швейцарское законодательство. Международное право. – М.: Волтерс Клувер, 1998.

³¹ Форд Х. Принципы правовой компании. – Баттерворд, 1982.

говорят о союзе капиталов, в отличие от кооперативов, где более уместен термин «союз труда».

В – третьих, именно хозяйственное общество как юридическое лицо выступает в качестве «буфера» между теми, кто получает прибыль от его деятельности – акционерами – участниками, и теми, кто является кредиторами общества. Принцип «ограниченной ответственности по обязательствам» является в данном случае краеугольным.

В – четвертых, возможность передачи прав участия в обществе другим лицам позволила участникам общества получать прибыль, в том числе от продажи своих прав участия: акций, долей и т. д.

Шаги к созданию акционерных обществ в Российской империи были сделаны при Петре I посредством принятия ряда указов на рубеже XVII#XVIII вв. При этом первой акционерной компанией считается учрежденная 24 февраля 1657 года Российская в Константинополе торгующая компания, капитал которой состоял из долей, именуемых акциями. В дальнейшем были созданы акционерные компании: 1702 год – Акционерный эмиссионный банк, 1798–й – Российско – американская компания и т. д. После 1807 года учреждение хозяйственных обществ регулировалось манифестом «О дарованных купечеству выгодах, отличиях, преимуществах и новых способах к распространению и усилению торговых предприятий», указывающим три формы хозяйствования: товарищество на вере, полное товарищество и товарищество по участкам. 6 декабря 1836 года утверждается Положение о компаниях на акциях. Законодательство того времени не проводило различий между акционерными обществами и обществами с ограниченной ответственностью, указывая, по существу, только на одну организационно – правовую форму, которую условно можно обозначить как «общество с ограниченной ответственностью». В период с 1858 по 1897 год было разработано несколько проектов новых положений об акционерных обществах, однако до 1917 года акционерное законодательство так и не было реформировано. Причина такого положения видится прежде всего в том, что реальные экономические отношения быстро прогрессировали, в то время как властные структуры не успевали адекватно реагировать на такие изменения.

Параллельно с акционерной шло развитие и иных форм инвестирования, а значит, и соответствующего законодательства. Получил свое развитие рынок заимствований. Это не в последнюю очередь было вызвано тем, что перед правительством России издавна стояла проблема сбалансированности бюджета. Часто расходы бюджета в силу разных причин намного превышали доходы. Усилия финансовых ведомств России были направлены на решение именно этой проблемы, поэтому широкое развитие получили заемные отношения, возникающие посредством выпуска как государственных, так и частных облигаций. Начиная с 1861 года, с отменой крепостного права и бурным ростом экономики, происходит быстрое развитие государственных ценных бумаг. В то время появляются облигации – «билеты 5 %-ного с выигрышами займа». По ним выплачивались 5 % годового дохода и номинальная стоимость в случае погашения, а также предусматривалась возможность выигрыша по номеру и серии облигации. С целью привлечь в российскую экономику иностранный капитал были выпущены государственные облигации золотых займов. Эти облигации размещались среди иностранных инвесторов. С 1889 по 1896 год российское правительство выпустило несколько таких займов. Среди них – Российский 4 %-ный золотой заем на сумму 332 млн руб. и 3 %-ный золотой заем 1891–1896 гг. Золотые займы, особенно первые из них, пользовались большим успехом у зарубежных и российских обладателей свободных капиталов. Так, в Париже подписка на заем 1894 года превысила предложенную часть займа в 310 раз и составила 12 млн франков, в Берлине – в 10 раз, в Санкт – Петербурге – в 3,5 раза.

Таким образом, первый (до 1917 года) этап развития инвестиционного законодательства характеризуется постоянным поиском на законодательном уровне адекватных решений,

которые позволили бы создать правовую базу инвестиционных процессов, протекающих в экономике. Последнее не было реализовано в должной мере, однако это не отразилось на количественном развитии акционерных обществ в России, которые на основании существующего законодательства создавались весьма бурно. В то же время качественные параметры законодательства вызвали определенную тревогу, поскольку несовершенство законодательства создавало проблему нарушения прав участников общества. Не случайно Г. Ф. Шершеневич³², характеризуя одну из граней проблемы, отмечал, что «значительная часть акционерных товариществ возникла единственно для целей спекуляций, чтобы поднять ложными слухами цены акций выше номинальных их ценностей и потом бросить все предприятие в руки людей, совершенно не подготовленных и не ожидавших такого исхода».

Активное развитие инвестиционного законодательства было прервано Октябрьской революцией. Уже 14 декабря 1917 года ВЦИК внес на рассмотрение Высшего совета народного хозяйства (ВСНХ) документ, предусматривающий национализацию всех акционерных предприятий России. Произошла национализация акционерных предприятий, акции которых все#таки не аннулировались. Существенные изменения произошли и на рынке облигаций. 3 февраля 1918 года Советским правительством было издано постановление «Об аннулировании государственных займов», в соответствии с которым все государственные займы царского правительства аннулировались с 1 декабря 1917 года.

В годы нэпа ситуация несколько изменилась. Постановлением ВЦИК от 22 мая 1922 г. «Об основных частных имущественных правах» было разрешено создание акционерных обществ. Принятый в 1922 году Гражданский кодекс РСФСР содержал 45 статей, посвященных хозяйственным обществам, и устанавливал следующие правила относительно акционерных компаний: уставный капитал формировался за счет взносов учредителей, учредители до регистрации общества могли совершать все необходимые сделки от имени общества, причем в случае, если в дальнейшем общее собрание общества не одобряло эти сделки, ответственность учредителей по ним перед контрагентами признавалась личной и солидарной; акции выпускались как именные, так и на предъявителя; акционер имел право на получение дивиденда из оставшейся чистой прибыли общества; правление акционерного общества, которое являлось исполнительным органом, могло заключать любые сделки от имени общества. В дополнение к Кодексу был издан целый ряд подзаконных актов, к числу которых относится Положение об акционерных обществах (от 17 августа 1927 г.). Этот документ значительно пережил нормы об акционерных обществах ГК РСФСР, которые были отменены на рубеже 30–х годов, и официально просуществовал до 1962 года. Было разрешено учреждение так называемых государственных акционерных обществ. Думается, что такие характеристики могут быть применены и к современным акционерным обществам, 100 % акций которых принадлежит государству, поскольку само их устройство не допускает возможности для инвестирования в их деятельность иных субъектов оборота.

В 20–е годы XX века государство вновь возродило и рынок заимствований. Так, только с 1922 по 1925 год было произведено 13 государственных займов. Нормативной базой для эмиссии облигаций являлся прежде всего Гражданский кодекс РСФСР 1922 г., а также ряд подзаконных актов. В дальнейшем политика займов была продолжена, государство достаточно часто прибегало к займам денег у населения (известны также военные, 3 %-ные и другие займы). Облигации в период плановой экономики оставались практически единственным видом ценных бумаг. В целом этап 1917–1930 гг., за исключением незначительного периода Гражданской войны, характеризовался развитым инвестиционным законодательством, причем нормативное закрепление осуществлялось на самом высоком уровне – Гражданским кодексом. Таким образом, даже в условиях плановой социалистической эконо-

³² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. – СПб.: Типография Правительствующего Сената, 1894.

номики государство не могло полностью отказаться от инвестирования, которое продолжало существовать в усеченных формах. Однако в дальнейшем инвестиционное законодательство практически было сведено к нулю, что в целом соответствовало принципам социалистической экономики.

Акционерные общества, акции, облигации вновь начинают появляться в период перестройки, что позволяет говорить о начале нового этапа в развитии инвестиционного законодательства. Возвращение к акционерной организационно – правовой форме было обусловлено рядом объективных причин, в частности переводом государственных предприятий на условия самофинансирования. Уже 15 октября 1988 года Советом Министров СССР было принято постановление № 1195 «О выпуске предприятиями и организациями ценных бумаг», в соответствии с которым акции распространялись среди работников трудового коллектива, предусматривался также выпуск акций предприятий. Конечно, участие в таких акционерных обществах не было в полной мере инвестированием, поскольку государство пыталось в тот момент решить проблему доступа работников к управлению предприятием и тем самым модернизировать социалистическую систему хозяйствования.

Со временем потребность в возрождении акционерных обществ все более возрастает, и 19 июня 1990 года Советом Министров СССР было утверждено Положение об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью, а также Положение о ценных бумагах. Через полгода после принятия указанных положений Совет Министров РСФСР утвердил аналогичное положение, действие которого распространялось лишь на территории РСФСР, его нормы достаточно четко регулировали порядок создания общества, количество учредителей общества и т. д. Дальнейшее развитие законодательства об акционерных обществах в свете общей тенденции разгосударствления экономики страны осуществлялось посредством принятия законов и подзаконных актов, регламентирующих преобразование государственных предприятий в акционерные общества.

Нормативные основы для выпуска облигаций были заложены постановлением Правительства РСФСР от 28 декабря 1991 г. № 78, утвердившим Положение о выпуске и обращении ценных бумаг и фондовых биржах в РСФСР. По своей структуре и содержанию данный нормативный акт явился прообразом будущего Федерального закона «О рынке ценных бумаг». Параллельно развивался и рынок государственных заимствований. В 1991 году впервые появляются государственные краткосрочные бескупонные облигации (ГКО); в 1993–м – облигации внутреннего валютного займа (ОВВЗ), а также золотые сертификаты; в 1994–м в обращение вводятся казначейские обязательства (КО); в 1995 году – облигации федерального займа (ОФЗ). Активно начались выпуски облигаций на уровне субъектов Российской Федерации, а также отдельных муниципальных образований. При этом в качестве правовой основы для эмиссии облигаций на региональном и муниципальном уровне являлось указанное Положение о выпуске и обращении ценных бумаг и фондовых биржах в РСФСР, а также инструкции Министерства финансов Российской Федерации. Следует согласиться с мнениями, высказываемыми в экономической литературе, что, к сожалению, неудачный в большинстве своем опыт выпуска облигаций субъектами Федерации и муниципальными образованиями в начале 90–х годов «подорвал доверие инвесторов к облигациям как доходному инструменту». При этом отсутствие надлежащей правовой базы для инвестирования явилось одной из главных причин такого положения вещей.

Отсутствие должного понимания экономической и правовой природы инвестирования сделало возможной в тот период деятельность так называемых «финансовых компаний» типа АО «МММ», «Русский дом Селенга», «Русская недвижимость». Их финал известен: ущерб, нанесенный гражданам и юридическим лицам, исчисляется миллиардами рублей. Как отмечается в литературе, «суды и иные правоохранительные органы столкнулись с проблемой юридической квалификации отношений, возникших между такими компаниями и

лицами, передавшими им свои сбережения». При отсутствии юридически закрепленного определения понятия привлечения инвестиций попытки государственных органов как#то повлиять на ситуацию нельзя признать успешными. Своеобразным апогеем беспомощности государства явилось обращение Минфина России под названием «Берегись аферистов» с призывом к населению не верить рекламе и не вступать в отношения с так называемыми «финансовыми компаниями». Как справедливо отмечает В. Ф. Яковлев, «одной из основных причин этого явления послужило отсутствие здесь законодательного регулирования и системы защиты прав вкладчиков и акционеров со стороны государства».

Ситуация несколько изменилась с выходом Указа Президента Российской Федерации от 4 ноября 1994 г. № 2063 «О мерах по государственному регулированию рынка ценных бумаг в Российской Федерации». Им, в частности, было установлено, что привлечение финансовых средств граждан и юридических лиц, если такая деятельность не связана с эмиссией и обращением ценных бумаг, может осуществляться только кредитными учреждениями, что фактически означает запрет на привлечение инвестиций иными способами, кроме как посредством эмиссии ценных бумаг. Этот нормативный акт положил конец деятельности финансовых компаний, однако, представляется, не решил проблему правового регулирования инвестиционных отношений до конца.

Второй этап в развитии современного российского инвестиционного законодательства наступил в середине 90-х годов XX века, и связан он с появлением законов о рынке ценных бумаг, о защите прав инвесторов, об акционерных обществах, приватизационного законодательства. Анализируя особенности становления инвестиционного законодательства того периода, нельзя не отметить такой особенности, как влияние на этот процесс иностранного права. Иными словами, российский рынок инвестирования строится преимущественно по американской модели. Так, в частности, схожи законодательные требования обеих стран в части обязательной государственной регистрации выпуска ценных бумаг, регистрации участников рынка ценных бумаг, создания саморегулируемых организаций участников рынка ценных бумаг и другие. Было бы неверно говорить о полном соответствии и идентичности двух систем. Различия в правовом регулировании рынка ценных бумаг между нашими странами существуют, и порой они довольно значительны. Прежде всего это касается вопроса о том, какие именно отношения подпадают под действие законов, регулирующих рынок ценных бумаг, что такое ценные бумаги в России и что такое securities в США.

Проблема, однако, заключается не в том, что российский законодатель использовал опыт передовых, в том числе в области юриспруденции, стран, – к сожалению, попытки инкорпорирования отдельных положений иностранного права, даже объединенных в виде проектов нормативных актов, делались без должного учета особенностей российской правовой системы как теоретического, так и прикладного характера. В результате многие положения нормативных актов либо вообще не находили должного толкования в рамках существующих в гражданском праве дефиниций, либо их толкование осуществлялось по принципу поиска наиболее близкого по значению термина (например, securities и ценные бумаги).

Принятие Закона «О рынке ценных бумаг», несомненно, означало начало нового этапа в развитии инвестиционного процесса в России. Именно указанный нормативный акт заложил законодательные основы инвестирования как юридической конструкции, определив ее через понятие эмиссии. Закон установил обязательность государственной регистрации выпуска эмиссионных ценных бумаг, определил основы порядка раскрытия информации, заложил фундамент для деятельности профессиональных участников рынка ценных бумаг. В то же время нельзя не отметить и определенные недоработки законодателя.

Закон «О рынке ценных бумаг», призванный регламентировать особенности возникновения инвестиционных отношений, прежде всего акционерных и заемных, ограничива-

ется нечетким определением понятия «эмиссионные ценные бумаги». Как отмечается в литературе, «наличие правовых дефиниций создает условия для одинакового понимания и толкования законов, иных правовых актов, единообразного их исполнения и применения». Дефиниции позволяют давать надлежащую квалификацию возникающим отношениям путем «установления соответствия или несоответствия признаков реального факта и факта, абстрактно очерченного нормой права». Установлено, что в соответствии со статьей 16 Закона к категории эмиссионных ценных бумаг относятся любые имущественные права, отвечающие признакам, указанным в статье 2 этого Закона.

1. Эмиссионная ценная бумага должна закреплять совокупность имущественных и неимущественных прав, подлежащих удостоверению, уступке и безусловному осуществлению с соблюдением установленных законом формы и порядка. Квалифицирующим признаком здесь является указание на то, что эмиссионная ценная бумага закрепляет именно совокупность имущественных и неимущественных прав. Действительно, акционер может обладать как правом участия в собрании, так и правом на получение дивидендов, держатель облигации также обладает несколькими правомочиями, однако этот признак не отграничивает права инвестора от прав, например, заказчика, у которого также есть как имущественные, так и неимущественные права (ст. 748 ГК РФ и др.).

2. Следующий признак в Законе «О рынке ценных бумаг» определяется так: эмиссионные ценные бумаги размещаются выпусками, при этом выпуск определяется как совокупность ценных бумаг одного эмитента с одним регистрационным номером. Указанный признак представляется достаточно важным, поскольку риски инвестора возрастают по мере увеличения общего числа инвесторов, доверивших свои средства эмитенту:

– увеличивается суммарная масса полученных инвестиций и возрастает вероятность того, что инвестиции могут быть использованы для финансирования больших по объемам и, соответственно, более рискованных проектов;

– уменьшается степень влияния отдельного инвестора на процесс использования переданных средств и контроля за их использованием, увеличение количества инвесторов уменьшает вероятность их совместных действий.

3. В качестве последнего, третьего признака в Законе «О рынке ценных бумаг» указано, что эмиссионные ценные бумаги предоставляют их владельцам равный объем и сроки осуществления прав внутри одного выпуска вне зависимости от времени их приобретения. Акционеры, владеющие акциями одного выпуска, действительно обладают равными правами, так же как и ряд иных категорий инвесторов. Вместе с тем этот признак существенно сужает сферу применения рассматриваемого Закона, и вот почему. Права инвесторов по объему могут и не совпадать. Так происходит, например, при участии в инвестировании строительства многоквартирного жилого дома, когда права инвесторов возникают на основании так называемых договоров о долевом участии в строительстве дома. Инвесторы претендуют на разные площади, этажи, разные сроки получения квартиры в собственность и т. д., что не позволяет говорить ни о равенстве прав, ни о равенстве сроков.

Таким образом, следует констатировать, что ни один из указанных признаков в отдельности, ни совокупность признаков не позволяют определить предмет регулирования Закона. Основной недостаток в данном случае видится в юридической технике, использованной при его написании. В целом верно указывая на такой важный признак инвестирования, как объединение средств многих инвесторов, законодатель «замаскировал» его термином «выпуск ценных бумаг», тем самым сузив сферу применения закона до правоотношений, в которых права инвестора удостоверены ценными бумагами. При этом очевидно, что цель правовой регламентации, правового воздействия – процесс передачи инвестиций, становления инвестиционных правоотношений в рамках правовой конструкции, но не ценные бумаги или имущественные права как объекты правоотношений.

Определенным шагом в развитии нормативной базы привлечения инвестиций стало принятие Закона о защите прав инвесторов, однако и он не лишен определенных недостатков. Так, указанным нормативным актом введен запрет на публичное размещение, предложение и рекламу для неограниченного круга лиц, а также документов, удостоверяющих денежные и иные обязательства, но при этом не являющихся ценными бумагами. Закон не говорит, о каком рода документах идет речь. Очевидно, законодатель, вводя такой запрет, имел в виду документы, подтверждающие права инвесторов, аналогичные билетам АО «МММ», договорам «Русского дома Селенга» и т. д., что не нашло закрепления в законе и является существенной его недоработкой. В то же время формально под действие Закона подпадают лотерейные билеты, поскольку они предлагаются и рекламируются в публичной форме, а также туристические путевки, наконец железнодорожные и авиабилеты и т. д.

Одной из причин такого положения является очередная попытка законодателя выделить инвестиционные отношения из ряда иных отношений через документ, ценные бумаги, что предопределяет необходимость дать дефиниции формам удостоверения прав участников таких отношений. Этот подход находит поддержку и в литературе. В целях защиты интересов инвесторов И. В. Редькин предлагает, чтобы «так называемые фактические отношения (под которыми автор понимает отношения по поводу выпуска билетов АО «МММ», договоров «Русского дома Селенга» и т. д.) возникали по поводу строго определенных объектов – ценных бумаг». Вызывают возражения критерии, положенные в основу разграничения инвестиционных и иных отношений, а именно форма удостоверения прав инвесторов, поскольку известно, что «не юридическая форма определяет суть отношений, а содержание этих отношений обуславливает правовую форму, правовой механизм». Форма удостоверения прав инвесторов не должна влиять на квалификацию возникающих правоотношений. Инвестор обязан получить соответствующую защиту на основании того, что он является участником инвестиционных правоотношений вне зависимости от того, каким образом он может доказать свое право.

Современный (после 2000 г.) этап развития инвестиционного законодательства охарактеризовался появлением специализированных нормативных актов в ранге законов, посвященных отдельным моделям инвестирования, таким как: долевое участие в строительстве, инвестирование в деятельность инвестиционных фондов, участие в жилищных накопительных кооперативах, негосударственных пенсионных фондах. Речь идет о законах о долевом участии в строительстве, об инвестиционных фондах, о жилищных накопительных кооперативах. Получили свое развитие и отдельные виды облигационных займов, например, благодаря Федеральному закону от 11 ноября 2003 г. № 152–ФЗ «Об ипотечных ценных бумагах».

Одним из таких законов явился Федеральный закон от 29 июля 1998 г. № 136–ФЗ «Об особенностях эмиссии государственных и муниципальных ценных бумаг» (далее – Закон об особенностях эмиссии). Первоначальную основу нормативной базы эмиссии государственных и муниципальных ценных бумаг составило Положение о выпуске и обращении ценных бумаг и фондовых биржах, утвержденное постановлением Правительства РСФСР от 28 декабря 1991 г. № 78. Однако в дальнейшем законодатель пошел по пути создания специализированного законодательства по государственным и муниципальным бумагам через принятие Закона об особенностях эмиссии. Бюджетное законодательство также имеет большое значение для данной сферы инвестирования, поскольку определяет, во – первых, пределы, лимиты для государственных и муниципальных займов, а во – вторых, порядок использования полученных в результате эмиссии инвестиций. При этом наличие норм бюджетного законодательства, в том числе Бюджетного кодекса Российской Федерации (БК РФ), не превращает указанные отношения в бюджетные, что находит подтверждение и в судебной практике.

Представляется, что развитие инвестиционного законодательства должно происходить по двум направлениям. Во – первых, дальнейшая модернизация норм Закона о рынке ценных бумаг, нацеленная на создание общей модели привлечения инвестиций на основании регистрации инвестиционного предложения вне зависимости от наименования формы удостоверения прав инвестора, и введение запрета на привлечение любых инвестиций без такой регистрации. Во – вторых, развитие законодательства, посвященного отдельным видам инвестирования – в акционерные общества, в деятельность инвестиционных фондов, участие в жилищных накопительных кооперативах, негосударственных пенсионных фондах, и прежде всего в части совершенствования корпоративного управления, и т. д.

§ 2. Понятие и особенности источников инвестиционного права

Анализ специальной юридической литературы свидетельствует о существенных различиях во взглядах ученых на саму трактовку понятия «источник». Как правило, при этом выделяются два составных компонента определения «источник права»: внешняя форма – «выражение вовне внутренне организованного содержания» правовой нормы, и конститутивный элемент – «придание норме качества правовой нормы»³³. Французский исследователь Р. Давид к источникам права относит «те технические приемы, с помощью которых в данной стране и в данный период создают или уточняют юридические нормы». Чешский ученый З. Кучера (Международное частное право. М., 1998) акцентирует внимание прежде всего на гносеологическом аспекте в правовом периоде рассматриваемого понятия, утверждая, что оно применяется «в смысле познания юридических правил, правовых форм, в которых содержится право и которые служат познанию содержания и текста юридических правил». С. С. Алексеев под источниками права понимает «объективированный» в документальном виде акт правотворчества, являющийся формой юридически официального бытия соответствующих правовых норм³⁴.

Что касается источников инвестиционного права, то они имеют определенную специфику, хотя к ним приложимы основные характеристики источников права в общей теории права. Субъекты инвестиционного права, согласуя свои интересы путем юридического закрепления своих прав и обязательств, определяют не только правовую природу и содержание инвестиционных норм, но и внешнюю форму их существования.

По мнению других авторов, правовая природа источников права заключается не только в способах и формах закрепления правил поведения участников инвестиционно – правовых отношений. Не менее существенной, играющей принципиальную роль при раскрытии сущности данной юридической категории является властная обеспеченность формы выражения права, т. е. государственные и правовые гарантии применения и соблюдения данных предписаний, содержащихся в акте правотворчества³⁵.

Принципиальное значение при обозначении структуры инвестиционного права имеет параллельное рассмотрение инвестиционного договора с позиций публичного и частного права. Не вызывает никаких сомнений то, что инвестиционный договор выступает основным источником инвестиционного права, и прежде всего благодаря трем факторам. Во – первых, договорная норма позволяет достаточно четко формулировать правомочия и обязательства сторон, что благоприятствует недвусмысленному толкованию и применению договорных норм. Во – вторых, на современном этапе договорным регулированием охвачены все без исключения сферы инвестиционных отношений, оно последовательно и наступательно вытесняет из предпринимательской практики обычай. В – третьих, договоры наилучшим образом обеспечивают согласование и взаимодействие норм внутригосударственного инвестиционного права.

С точки зрения теории и практики инвестиционного права вопрос об источниках неразрывно связан с проблемой создания норм. Считается, что создание норм права – процесс, а источники – конечный его результат. Поэтому источники инвестиционного права можно

³³ Зивс С.Л. Источники права. – М., 1981. – С. 9; Каримов Д.А. Философские проблемы права. – М., 1972. – С. 226.

³⁴ Алексеев С.С. Общая теория права. —М.: Юрид. лит., 1982. – С. 314–317.

³⁵ См.: Ануфриева Л.П. Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. – М., 2002. – С. 191, 192; Бобылев А.И. Источники (формы) права // Политика и право. – 2003. – № 8. – С. 22, 23.

определить как формы, в которых существуют нормы инвестиционного права, т. е. как результат процесса создания этих норм.

Говоря об источниках инвестиционного права, особо отметим, что не следует ставить знак равенства между понятиями «источники инвестиционного права» и «источники правовых обязательств в сфере инвестиций». Последнее понятие гораздо шире и охватывает наряду с нормами инвестиционного права внутригосударственные акты, посредством которых принимаются национальные правовые обязательства, а также судебные – арбитражные решения.

Источниками инвестиционного права являются двусторонние соглашения о взаимном поощрении и защите инвестиций, международные соглашения об устранении двойного налогообложения, двусторонние торговые договоры, договоры о поселении, договоры об экономическом и промышленном сотрудничестве, а также ряд международных конвенций и региональных договоров.

Конечно, весомое значение для правового режима иностранных инвестиций на современном этапе имеют двусторонние соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений, вошедшие в практику в 50–60-х годах прошлого века. Ключевая цель данных соглашений, выступающих важным источником международного инвестиционного права, заключается в том, чтобы с помощью специального механизма правовых норм обеспечить относительную стабильность воспроизводства и свободу движения капиталов, приток иностранных частных инвестиций в другие страны, предоставив им государственные гарантии, и в первую очередь от так называемых некоммерческих рисков. Они как важные источники международного инвестиционного права содержат целый комплекс правовых норм, понятий, других юридических категорий и конструкций, призванных обеспечить надежный правовой климат для иностранных инвесторов. Как уже отмечалось, Россия участвует в более 50 международных двусторонних договорах по защите инвестиций (более 35 из них ратифицированы Федеральным Собранием Российской Федерации и приобрели полную силу)³⁶.

Соглашения об избежании двойного налогообложения между государствами направлены на то, чтобы согласовать национальное законодательство с помощью договоров сторон в отношении налогообложения доходов и прибылей при инвестировании частного капитала в других странах и таким образом избежать двойного налогообложения инвестиций.

Следующим источником инвестиционного права выступают международные торговые договоры. Как форма международно – правового регулирования внешней торговли они формируются с образованием национальных рынков и мирового хозяйства. С развитием международного разделения труда эти договоры из форм регулирования международной торговли превращаются также в форму правового регулирования иностранных инвестиций. Их особенностью является то, что они в большей мере применяются как форма регулирования отношений, связанных с экспортом и импортом капитала.

Одним из многосторонних соглашений из числа ключевых источников международного инвестиционного права является Вашингтонская конвенция о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и юридическими, физическими лицами другого государства. Данная Конвенция была разработана и подписана под эгидой Международного банка реконструкции и развития (МБРР) 46 государствами – членами этого специального финансового учреждения ООН. Учрежденная ООН 18 марта 1965 года Конвенция вступила в силу 14 октября 1966 года. В настоящее время в ней участвуют более 100 государств. Россия подписала ее в 1992 году, но до сих пор не ратифицировала. Целью Вашингтонской конвенции является создание специального международного правового института по разрешению инвестиционных споров между государствами и частными лицами других

³⁶ См.: Фархутдинов И.З. Указ. соч. – С. 95.

государств. Основная идея Конвенции – посредством создания специального Центра по урегулированию инвестиционных споров при МБРР организовать разрешение споров между иностранными частными инвесторами и государствами, принимающими эти инвестиции, на международном уровне.

Следующим по важности источником инвестиционного права выступает Сеульская конвенция 1985 г. об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций (МИГА – Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)). Эта Конвенция вступила в силу 12 апреля 1988 года, и уже 12 июня МИГА начал свою деятельность. Россия подписала ее 15 сентября 1992 года и с 29 декабря того же года является ее полноправной участницей. Основной задачей МИГА является всемерное поощрение иностранного инвестирования в странах – участницах Конвенции и особое содействие привлечению инвестиций в развивающиеся страны, что дополнительно обеспечивает деятельность МБРР, Международной финансовой корпорации и других международных финансовых учреждений в целях социально – экономического развития стран.

Многостороннее соглашение об инвестиционных мерах торгового характера (ТРИМС), также выступающее как важный источник в сфере иностранных инвестиций, вошло в пакет договоренностей Уругвайского раунда ГАТТ. Документ запрещает государствам использовать ограниченный круг мер торговой политики, которые могли быть квалифицированы как меры, оказывающие отрицательное влияние на иностранные инвестиции. Это Соглашение впервые в практике предусмотрело некоторые международно – правовые нормы регулирования иностранных инвестиций. Использование ТРИМС помогает избежать тех отрицательных последствий, которые наступают из-за отсутствия международно – правовых принципов, регулирующих иностранные инвестиции.

В качестве источников инвестиционного права выступают также международные региональные договоры, направленные на создание благоприятного инвестиционного климата. Наиболее разработанными из них являются, пожалуй, соглашения инвестиционного характера, действующие в рамках Европейского союза.

Первым примером закрепления механизма либерализации режима движения капиталов на Европейском континенте было Соглашение о таможенном союзе между Бельгией, Люксембургом и Нидерландами 1944 г., которое привело в 1958 году к подписанию Договора о создании союза Бенилюкс. Положение о либерализации режима движения капитала содержалось также и в Договоре о Европейском экономическом сообществе³⁷. Маастрихтский Договор о Европейском союзе 1992 г. представил новые положения о либерализации режима движения капитала³⁸.

О содействии более либеральному движению капитала думают и в других региональных организациях. В 1973 году страны Карибского бассейна подписали договор с целью создания «Общего рынка», который снимает все ограничения свободного движения капитала среди подписавших его государств. В числе других международных региональных договоров, касающихся вопросов иностранных инвестиций, – договоры между Австралией и Новой Зеландией³⁹, между США, Канадой и Мексикой⁴⁰.

Руководящие принципы⁴¹ Всемирного банка по режиму иностранных инвестиций также можно рассматривать в качестве международно – правового документа.

³⁷ Zundstrom H.O. Capital Movements and Economic integration. – Zuden, 1961. – P. 130–137.

³⁸ Ushes J.A. Capital Movement and the Treaty on European Union // 12 Yearbook of European Law. – 1992. – P. 42.

³⁹ Closer Economic Relations Trade Agreement March 28. 1983. aust / N. Z. // The national legal materials. – № 12. – P. 945.

⁴⁰ North American Free Trade Agreement, Des. 17, 1992, US Mex. Can. // The national legal materials. – № 32. – P. 605.

⁴¹ Вообще-то «guidelines» (англ.) дословно переводится как «руководящие направления», а не «руководящие принципы», но в данном случае слово «принцип» имеет точное правовое значение. Неофициальный русский перевод см. в кн.: Доронина Н.Г. Комментарий к Закону об иностранных инвестициях. – С. 63–74.

Инициатива разработки данного международного правового акта принадлежит Франции. В 1991 году французское правительство, учитывая позитивные изменения в сфере международных инвестиций, во время одного из заседаний Комитета по развитию предложило поручить МИГА разработку общеприемлемого механизма правового регулирования инвестиций. В силу существенных разногласий между странами Севера и Юга данный документ не приобрел конвенционного характера, вследствие чего Руководящие принципы имеют только рекомендательное значение. Не исключено, что в будущем они смогут приобрести статус обязательных.

Рассматривая Руководящие принципы, следует подчеркнуть, что их разработка – заметное достижение, поскольку они объединяют в одном сборнике основополагающие национальные и международные источники инвестиционного права. Особо следует подчеркнуть, что разработка Руководящих принципов в отличие от Многостороннего договора об инвестициях (МДИ) осуществлялась под эгидой универсальных международных экономических организаций, предоставлявших возможность для изложения позиций как развитым, так и развивающимся странам.

Руководящие принципы Всемирного банка как источник инвестиционного права рекомендуют проводить политику «открытых дверей» и поощрения иностранных инвестиций, что, в частности, предусматривает упрощенный доступ инвестиций и особенно смягчение связанных с их осуществлением формальностей. В то же время каждое государство сохраняет за собой право регламентации доступа иностранных инвестиций на свою территорию. Рекомендуются также при доступе иностранных инвесторов не устанавливать для них особых обязательств (*performance requirements*), отягчающих условия ведения дела и в особенности нарушающих конкуренцию между иностранными и национальными предприятиями. Стало быть, государства должны отказаться от установления этих ограничений – в долгосрочном плане они приносят больше вреда, чем пользы, так как удерживают иностранных инвесторов от вложения инвестиций.

Данный международно – правовой документ представляет собой компромисс. Он признает, что суверенитет государств должен быть сохранен, и вновь подтверждает, что каждое государство в силу суверенности обладает правом поставить под свой контроль доступ иностранных инвестиций. Одновременно Руководящие принципы Всемирного банка признают, что не существует лучшего стимулятора инвестиций, чем свободный доступ.

Тем не менее некоторые развитые страны считают, что Руководящие принципы недостаточно соответствуют принципам либерализации. Неограниченная свобода доступа капитала, этот камень преткновения, действует против Руководящих принципов и, следовательно, в пользу МДИ.

Кодекс либерализации движения капиталов Организации экономического сотрудничества и развития (далее – ОЭСР) имеет юридическую силу только для государств – членов Организации. Однако расширение Организации в 90–е годы XX века определило его значение и как источника международного инвестирования. В соответствии со статьей 1 Кодекса государства – члены подписались под общим обязательством, касающимся либерализации: члены ОЭСР «постепенно упраздняют ограничения движения капиталов в той мере, которая необходима для эффективного экономического сотрудничества».

В апреле 1984 года ОЭСР расширила определение понятия операций по прямому инвестированию, что позволило включить в это определение все аспекты права на учреждение инвестиций.

Многосторонний договор об инвестициях, несмотря на многие попытки его реализовать, до сих пор остается только на бумаге, более того, работа над ним была прекращена в 1998 году. В проекте договора (иногда его называют Международное инвестиционное соглашение) была предпринята исключительно важная попытка кодификации и развития между-

народного инвестиционного права, и в случае реализации значение этого проекта, который разрабатывался в режиме ОЭСР, с точки зрения его влияния на дальнейшее развитие этой отрасли права можно было бы сравнить с Марракешскими соглашениями. В структуре данного глобального инвестиционного соглашения выделяются три составные части. Первая – это основные условия по предоставлению надлежащего режима и защиты инвестору и инвестициям на стадии, следующей за учреждением инвестиций. Речь идет о переносе условий двусторонних инвестиционных договоров на многосторонний уровень, что влечет за собой сложные правовые и политические проблемы. Вторая часть содержит условия по учреждению инвестиций, т. е. главным образом по доступу иностранных инвестиций на национальную территорию. Третья часть определяет «новые правила», которые согласно мандату на проведение переговоров касаются либерализации учреждения инвестиций. Исключения из национального режима, как предполагается, будут вытесняться, что в конечном итоге должно привести к их устранению.

Усилия ОЭСР помогли наладить инвестиционный процесс между западными странами, чему, очевидно, способствовала относительная однородность членов этой Организации, которые на протяжении более 30 лет ее существования еще более сблизилась в достижении одинакового уровня открытости, недискриминации и снижения инвестиционного протекционизма. Таким образом, Многосторонний договор об инвестициях должен рассматриваться в числе документов, которые решительно поддерживают свободный доступ инвестиций, т. е. расширение использования национального режима на момент допуска инвестиций.

§ 3. Источники международного инвестиционного права

Возрастание взаимосвязи и взаимовлияния международного и внутригосударственного права проявляется прежде всего в невиданном до сих пор увеличении числа международных договоров и национально – правовых актов, посвященных аналогичным или близким предметам регулирования, одновременно находящимся во внутренней компетенции государств и в сфере международного правового регулирования.

Активно происходящие интеграционные процессы между государствами, в том числе в сфере иностранных инвестиций, обуславливают тесное взаимодействие национального и международного права. Взаимовлияние этих двух самостоятельных и постоянно взаимодействующих правовых систем становится мощным фактором правового развития на современном этапе. Международное право приобретает новый смысл, особенно в последнее время. Если раньше сфера его влияния была достаточно ограниченной и оно развивалось как бы параллельно тем отраслям, которые регулируются национальным правом, то теперь международное право еще более тесно смыкается с внутригосударственным правом, а его структуризация в значительной степени зависит от общего подхода в системах национального права. Сфера международно – правового регулирования расширяется за счет объектов внутриправового регулирования. Причем этот процесс происходит не столько путем их изъятия, сколько путем совместного регулирования, следовательно, международное право выступает как гарант и как общий «правовой стандарт» для национальных правовых систем⁴².

После формирования в последние десятилетия национальных и международных рынков инвестиции и инвестиционный процесс приобретают все большее значение для национальной и мировой экономики⁴³. Другими словами, основу современной рыночной экономики всех стран составляют отношения, связанные с инвестированием в производство материальных и духовных благ общества. Правовое регулирование инвестиционных отношений на национальном и международном уровне ведет к формированию новых систем регулирования, т. е. к становлению инвестиционного права – соответственно национального и международного.

Далее, появление новых форм международного экономического сотрудничества, явившихся важнейшими факторами становления новой модели современного мира, способствует стремлению государств закреплять свои отношения на основе многосторонних и двусторонних договоров. Потому как международный договор, будучи выражением государственной воли его участников, правильно отражает объективные закономерности и тенденции развития международного и внутреннего права. Возрастающее значение международно – правовых актов, регулирующих экономические отношения, определяется усилением интеграции России в мировую экономику. В силу специфики происходящих в России экономических процессов особый интерес приобретают вопросы международного инвестиционного сотрудничества. В данной сфере международно – правовое регулирование базируется на международных двусторонних договорах о поощрении и взаимной защите инвестиций и многосторонних международных инвестиционных соглашениях, связанных с деятельностью международных экономических организаций.

⁴² См.: Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. – М., 1996. – С. 10.

⁴³ См.: Субботин А.К. Стратегические цели развития России и инвестиционная политика / В кн.: Материалы международного конгресса инвесторов. – М., 1998. – С. 31–33; Галенская Л.Н. Применение международных договоров в арбитражной практике // Журнал международного права. – 1997. – № 3.

Интенсивное включение России в современный международный интеграционный, в том числе инвестиционный процесс актуализирует для отечественных специалистов проблему вхождения международных правовых актов и норм во внутреннее законодательство. На разрешение этой проблемы направлены важнейшие нововведения Конституции 1993 г. о включении общепризнанных принципов и норм международного права, международных договоров страны с другими государствами в правовую систему России и о приоритете применения норм международных договоров Российской Федерации перед национальными законами. Этому также способствует Федеральный закон от 15 июля 1995 г. «О международных договорах Российской Федерации», который устанавливает, что положения официально опубликованных договоров, не требующие издания внутригосударственных актов для применения, действуют на территории страны непосредственно.

Между тем практика исполнения международных договоров и их имплементации наталкивается на многочисленные препятствия, сложности юридического, организационного, политического и иного порядка. Для решения этих задач необходимо определить место норм и источников международного права в правовой системе России, а также соотношение юридической силы норм международного права и внутреннего права, юридических условий действия норм международного права во внутригосударственной сфере, применимости субъектов внутреннего права. В практическом плане исключительно важной представляется последняя задача, поскольку ее решение позволяет установить, когда суды и другие органы могут применять те или иные нормы международного права в отношении конкретных дел, а когда нет⁴⁴.

Особое значение международно – договорное регулирование имеет в сфере создания благоприятного инвестиционного климата в России. Как уже отмечалось, необходимость усиления внимания к международно – правовой стороне регулирования иностранных инвестиций – это прямое следствие положений ныне действующей Конституции, поскольку практический вывод из конституционной статьи заключается в том, что правовое регулирование иностранных инвестиций, содержащееся в недавно принятом Федеральном законе от 9 июля 1999 г. «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» и в других специальных правовых актах, необходимо гармонизировать с международными договорами в данной сфере. Это, разумеется, касается и международных двусторонних соглашений о поощрении и взаимной защите капиталовложений, заключенных между Российской Федерацией и другими государствами.

В современный период, как уже отмечалось, наблюдается активное участие государств в международном интеграционном процессе. При этом одной из важнейших тенденций является все большее их стремление закреплять свои отношения на основе международных договоров и, следовательно, соблюдать принятые на себя международные обязательства. Поэтому в настоящее время продолжает четко прослеживаться тенденция к росту роли и числа договорных норм в межгосударственных отношениях⁴⁵.

Вот почему право международных договоров занимает особое место в международно – правовой системе и тесно связано практически со всеми основными институтами международного права. Будучи базовой отраслью международного публичного права, представляющей совокупность международно – правовых норм, оно регулирует их действенность,

⁴⁴ См.: Лукашук И.И. Международно-правовая концепция России // Международное право. – 1998. – № 1. – С. 46–49.

⁴⁵ См.: Черниченко С.В. Международное право: современные теоретические проблемы. – М., 1983. – С. 9–14; Лукашук И.И. Нормы международного права в международной нормативной системе. – М., 1997. – С. 266–274; Марочкин С.Ю. Действие норм международного права в правовой системе Российской Федерации. – Тюмень, 1998. – С. 14–21; Ковалев А.А. Международное экономическое право и правовое регулирование международной экономической деятельности на современном этапе. – М., 1995; Муравский В.А. Международный договор как источник национального права. – Екатеринбург, 1993.

осуществление, прекращение, правовые последствия и т. д.⁴⁶. Право договоров составляет также основу процессуального права. С ним так или иначе связано формирование и функционирование всех других отраслей и институтов международного права. Кстати, тенденция к повышению роли договора, характерная и для всего современного гражданского права, стала проявляться во все возрастающем объеме и в гражданском законодательстве современной России⁴⁷. Это связано в первую очередь с коренной перестройкой экономической системы страны. Ключевое значение для такой перестройки имело признание частной собственности, которая постепенно заняла командные высоты в экономике, а также сужение до необходимых пределов государственного регулирования в хозяйственной сфере, установление свободы выбора контрагентов и реализации других основ нового гражданского законодательства.

Кстати, и в прошлом договоры играли особую роль в развитии международного права. Еще Ф. Ф. Мартенс писал, что международный договор «всегда служил одним из лучших средств для выяснения и определения правовых отношений, даже принципов права, которые должны господствовать в области международных сношений».

В универсальных международных актах в наши дни наблюдаются некоторые изменения в определении роли договора и обычая. Устав ООН, отражая позицию государств, отдает известное предпочтение договору. В его Преамбуле речь идет об «уважении к обязательствам, вытекающим из договоров и других источников международного права». Соответствующая точка зрения нашла отражение в позиции Секретариата ООН, по мнению которого «заключение многосторонних соглашений становится основным средством правового регулирования межгосударственных отношений»⁴⁸.

Как известно, в советской истории длительное время проводилась ориентация на признание приоритета за национальным правом. Впоследствии, ближе к нашим дням, после принятия в 1961 году Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик была введена новелла о приоритете норм международного договора, которая постепенно получила широкое распространение и в других отраслях законодательства.

Новой вехой принципиального характера в развитии национального законодательства стало принятие в 1993–м Конституции Российской Федерации, которая ввела принцип «включенности»⁴⁹ и признала приоритет правил международных договоров над нормами национальных законов в случае их противоречия. В ее развитие Федеральный закон 1995 г. «О международных договорах Российской Федерации» установил, что положения официально опубликованных договоров, не требующие издания внутригосударственных актов для применения, действуют в России непосредственно.

Теперь, после введения вышеназванных принципиальных положений в юридическую практику, открывается «возможность прямого действия и применения норм международного права органами власти, включая суды. Заинтересованные физические и юридические

⁴⁶ См.: *Талалаев А.Н.* Право международных договоров. Общие вопросы. – М., 1980. – С. 8–13; Курс международного права. В 7 т. – М., 1990. – Т. 4. – С. 5, 6; *Chayes A.* The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements. – L., 1995. – P. 2.

⁴⁷ См.: *Клишин А., Шугаев А.* Эволюция договорного права: вопросы теории и практики // Право и экономика. – 1999. – № 1. – С. 4–7; *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право: общие положения. – М., 1998. – С. 5–8; *Ансон В.* Договорное право. – М., 1984. – С. 13; *Витрянский В.В.* Существенные условия договора // Хозяйство и право. – 1998. – № 7. – С. 3, 4; *Кабатова Е.В.* Договорные формы привлечения иностранных инвестиций // Правовое регулирование иностранных инвестиций в России / Под ред. А.Г. Светланова. – М., 1995. – С. 52–57.

⁴⁸ Обзор процесса заключения многосторонних договоров. Док. ООН А/С № 4.

⁴⁹ См.: *Тихомиров Ю.А.* Реализация международно-правовых актов в российской правовой системе // Журнал российского права. – 1999. – № 3–4. – С. 87.

лица могут ссылаться прямо на нормы международного права при разрешении споров между собой и с государственными органами, предприятиями, учреждениями и организациями»⁵⁰.

В связи с этим в государственно – правовой и судебной практике возникают острые проблемы, для решения которых необходимо творчески разрабатывать систему международных норм и механизм их реализации и действия в национальной правовой системе⁵¹ в целом и в инвестиционном законодательстве в частности.

Это, в свою очередь, требует комплексного изучения проблемы реализации международных договоров в правовой системе страны, использования богатейшего опыта, накопленного в теории и практике международного права. Данное принципиальное методическое положение обязывает нас достаточно подробно остановиться на вопросах о роли и месте международного договора в системе международного права, а также на животрепещущих проблемах соотношения международного и внутреннего права. Дело в том, что только такой подход на должном научно – теоретическом уровне позволяет лучше разобраться с проблемой действия международных договоров в правовой системе России.

Начнем с того, что право международных договоров, будучи совокупностью международно – правовых норм, определяет, как уже отмечалось, порядок заключения, условия действительности, порядок действия и прекращения международных договоров. Особое место договорного права объясняется спецификой объекта регулирования, его значением в современном международном праве, а также особенностями источников права международных договоров.

В соответствии со статьей 2 Венской конвенции о праве международных договоров (1969 г.)⁵² и статьей 2 Венской конвенции о праве международных договоров между государствами и международными организациями (1986 г.) международный договор – это регулируемое международным правом соглашение, заключенное государствами и другими субъектами международного права в письменной форме, независимо от того, содержится ли такое соглашение в одном, двух или нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования.

Объектом права международных договоров выступает именно сам международный договор, который давно уже стал основным источником международного права. Международные договоры пронизывают всю систему современного международного публичного права. При этом они выступают в первую очередь как мощное средство изменения обычных международно – правовых норм и прежних договорных норм, которые в силу определенных объективных и субъективных причин перестают удовлетворять субъектов международного права. Конечно, особенно велика роль договоров в создании новых важнейших норм международного права во всех его отраслях. И пожалуй, в первую очередь это касается международного инвестиционного права, являющегося одной из наиболее молодых отраслей в системе международного публичного права. Поэтому изменения, которые происходят в праве международных договоров, неизбежно затрагивают остальные отрасли международного права. Все это обуславливает его особое место в системе современного международного права.

Международный договор выступает как явно выраженное соглашение субъектов международного права, которое предназначено для регулирования их взаимоотношений путем создания международно – правовых обязательств. Венские конвенции о праве международ-

⁵⁰ Комментарий к Конституции Российской Федерации / Под ред. Б.Н. Топорнина, Ю.М. Батурина, Р.Г. Орехова. – М., 1994. – С. 116.

⁵¹ См.: *Зименко Б.Л.* Международные договоры в судебной системе Российской Федерации // Московский журнал международного права. – 1999. – № 2. – С. 104–121.

⁵² См.: Действующее международное право. В 3 т. / Сост. Ю.М. Колосов, Э.С. Кривчикова. – М., 1996. – Т. 1. – С. 344.

ных договоров 1969 и 1986 гг. определяют договор как соглашение субъектов международного права, регулируемое международным правом.

Кстати, в теории и практике используется и такое понятие, как «международное договорное право», под которым понимаются нормы, созданные договорами, в отличие от норм международного обычая. При этом употребляется понятие «международное договорное право» определенного государства. Под этим понимается совокупность обязательных для данного государства международных договорных норм, содержащихся в заключенных им договорах⁵³.

Очень важно, что международные договоры не выступают в роли простых пассивных регистраторов, юридических оформителей межгосударственных отношений. Они, как и другие ведущие институты международного права, оказывают активное обратное влияние на международные отношения. Последние и являются основным непосредственным объектом регулирования международных договоров. Свое регулирующее влияние международные договоры осуществляют путем нормативного воздействия на поведение договаривающихся субъектов международного права, прежде всего государств. Это достигается при содействии международных правовых норм, основным источником которых являются международные договоры.

Таким образом, главную особенность международного договора составляет наличие согласия, договоренности сторон о его положениях. При этом необходимо уяснить, что соглашение составляет юридическую сущность международного договора. Подобных позиций придерживаются все ученые, исследующие сущность международного договора как правовой категории.

Между прочим, до заключения договора воли могут быть идентичными при совпадении позиций участников или различными при их несовпадении. «Идентичность и слияние воли государств, участвующих в создании норм международного права, – отмечает Г. И. Тункин в монографии «Теория международного права», – не исключаются, но они не являются необходимым элементом соглашения, воплощенного в правовой норме»⁵⁴.

Идентичность воли сторон или их различие и необходимость согласования выявляются в ходе переговоров о заключении договора. Действительно, соглашений, фиксирующих идентичные воли, намного меньше, чем соглашений, фиксирующих согласованные воли. Воля участников договора определяется обычно многими способами, и при этом для каждого из них различными.

Но каков бы ни был характер воли контрагентов в процессе переговоров (идентичный, различный), договор всегда выражает общую, единую волю. Очевидно, что общность, единство воли достигается при идентичности воли сторон их совпадением, при различии воли – согласованием. Согласование воли, если этот процесс приводит к заключению договора, представляет собой их слияние в общую волю. Воля, чья бы она ни была – государства, международной организации, индивида и т. д., – это всегда понимание того, что «надо», «должно быть» по представлению выражающего волю⁵⁵.

Международный договор как результат согласования воли выражает общую волю, и это имеет важные последствия для норм договорного права. Воля государства при любой форме ее выражения (в договоре, обычае и т. д.) определяется его интересами, прежде всего

⁵³ См.: *Фельдман Д.И.* Система международного права. – Казань, 1983. – С. 61–64.

⁵⁴ *Тункин Г.И.* Теория международного права. – М., 1970. – С. 242.

⁵⁵ См.: *Захарова Н.В.* Выполнение обязательств, вытекающих из международных договоров. – М., 1987. – С. 11.

экономическими. Через волю государств экономическая структура общества осуществляет решающее воздействие на развитие международного права.

Когда речь идет о согласовании волей, подразумевается процесс выработки текста международного договора. В договоре же, подчеркнем еще раз, всегда выражена общая воля – независимо от того, является она результатом идентичности волей или достигнута путем компромисса. Будучи «общей», воля не может быть изменена отдельным участником договора. Общая воля «приобретает власть» над создавшими ее государствами: они обязаны выполнять эту их волю. В таком смысле общая воля имеет «негосударственный характер». Как утверждал Г. Трипель, «невозможно представить себе норму права, не обладающую силой, стоящей выше субъектов»⁵⁶.

Современные зарубежные авторы также считают общепризнанным, что международный договор – результат волеизъявления сторон.

В подтверждение этого положения можно сослаться на высказывание Г. Лаутернахта, который отмечает, что «согласие – договоренность – природа международного договора, их наличие составляют главную характерную его особенность» (Yearbook of international law commission. 1953. – N. Y., 1959. – Vol. 2. – P. 93). Другой исследователь, Г. Даам, рассматривает международный договор как «выражение взаимосогласованной воли двух или более субъектов международного права» (Dahm G. Volkerrecht. – Stuttgart, 1962. – Bd. 2. – S. 5). «Наилучшим выражением воли государств» считает международный договор С. Нахлик (Nahlik S. E. Kodeks prawa traktatow. – Warszawa, 1976. – S. 178); «Договор, – пишет Х. Маскелин, – по своей природе является актом, который имеет согласие двух или нескольких субъектов международного права» (Masquelin J. Le droit des traites dans la pratique juridique et dans la pratique diplomatique belges. – Bruxelles, 1980. – P. 50); Дажагота отмечал в комиссии международного права, что «понятие согласия является центральным элементом суверенного равенства государств. Это понятие является также весьма важным в международном праве, поскольку договоры, устанавливающие права и обязанности, заключаются на основе обоюдного согласия» (Ежегодник комиссии международного права. – 1979. – Т. 1. – С. 52).

Таким образом, договор закрепляет права и обязанности или, другими словами, права и обязательства. Как уже говорилось, обязанности по международному договору в соответствии с Венской конвенцией о международных договорах (1969 г.) возникают в результате добровольно принятых на себя его участниками обязательств, поэтому термины «обязанности», «обязательства» нередко имеют в праве, по существу, тождественный смысл, как и в лексическом их значении⁵⁷. Обязательство – это «обещание, подлежащее непременно выполнению»⁵⁸, «официально данное обещание, обычно в письменной форме, требующее безусловного выполнения». «Обязанность – это то, что подлежит безусловному выполнению кем-либо», «долг, все должное, все, что лежит на ком-либо, что кто-либо исполнять и соблюдать должен, обязан»⁵⁹.

⁵⁶ Triepel H. Volkerrecht und Landesrecht. – Leipzig, 1899. – S. 32.

⁵⁷ См.: Захарова Н.В. Указ. соч. – С. 30.

⁵⁸ Словарь русского языка. В 4 т. – М., 1982. – Т. 2. – С. 582.

⁵⁹ Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. В 4 т. – М., 1955. – Т. 2. – С. 640.

После того как мы рассмотрели общие вопросы о роли и месте международного договора в современной международно – правовой системе, перейдем непосредственно к вопросу о применении международных договоров в правовой системе нашей страны.

В настоящее время Российская Федерация является участницей около 20 тыс. действующих международных договоров. Кстати, число зарегистрированных и занесенных в реестр Секретариатом ООН договоров приближается к 30 тыс. Но считается, что фактически их значительно больше. Расширение договорных отношений России с другими государствами обусловило необходимость развития специального внутригосударственного законодательства, регламентирующего заключение ее международных договоров.

Безусловно, одним из важнейших российских законодательных актов в этой сфере является упомянутый уже Закон о международных договорах Российской Федерации. Попутно заметим, что в отечественной практике издание специальных законов такого рода можно считать традиционным. Еще в 1925 году ЦИК СССР принял постановление «О порядке заключения и ратификации международных договоров Союза ССР», а ЦИК и СНК – постановление «О порядке представления международных договоров и соглашений, заключаемых от имени Союза ССР, на одобрение, утверждение и ратификацию Правительства Союза ССР». После принятия Конституции СССР 1936 г. последовал Закон 1938 г. «О порядке заключения, исполнения и денонсации международных договоров в СССР». Далее, на основе Конституции СССР 1977 г., в 1978 году был принят Закон «О порядке заключения, исполнения и денонсации международных договоров СССР». Все эти акты были сравнительно невелики по объему и устанавливали лишь общие нормы.

В отличие от них Закон о международных договорах Российской Федерации охватывает гораздо более широкий круг вопросов и содержит более детальные нормы. Основное внимание в нем уделено распределению полномочий между исполнительной и законодательной властью. Новый Закон основан на Конституции Российской Федерации 1993 г. и общепризнанных нормах права международных договоров, которые воплощены в Венских конвенциях о праве международных договоров с участием государств (1969 г.) и договоров с участием международных организаций (1986 г.).

Международный договор Российской Федерации определяется в упомянутом Законе в соответствии с вышеназванными Конвенциями как «международное соглашение, заключенное Российской Федерацией с иностранным государством (или государствами) либо с международными организациями в письменной форме и регулируемое международным правом, независимо от того, содержится такое соглашение в одном документе или в нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования» (ст. 2).

Надо отметить, что новые положения Конституции 1993 г. вызвали очередную волну дискуссий среди отечественных ученых. Это и понятно: конституционное закрепление, по существу, примата международного права над национальным правом поставило перед отечественными юристами – международниками задачу заново переосмыслить свои воззрения и существующие доктрины на эту, пожалуй, самую горячую проблему в отечественной и зарубежной теории и практике международного права.

Со своей оценкой статьи 15 Конституции Российской Федерации выступил известный юрист – международник Е. Т. Усенко. Здесь смешиваются, по его мнению, разнопорядковые категории: нормы как правила поведения и международные договоры, которые являются источниками права. Подобное смешение вообще антинаучно, считает автор, особенно в аспекте содержащейся в этой фразе отсылки к системе права, ибо система права и система его источников хотя и взаимосвязанные, но все же самостоятельные явления. Поэтому достаточно одиозно утверждать, что весь этот конгломерат принципов, норм, договоров является «составной частью правовой системы Российской Федерации».

В основном, дискуссии специалистов, вызванные принятием новой Конституции, разгорелись вокруг «вечной» проблемы соотношения международного и внутригосударственного права, корни которой надо искать в истории науки международного права, где в вопросе соотношения международного и внутригосударственного права существовало два основных направления – дуалистическое и монистическое (последнее распадается на теории примата международного права и примата внутреннего права, а дуалистическая теория основывается на разграничении международного и национального права).

Чтобы лучше понять сложные аспекты, противоречия и нюансы обозначенной ключевой проблемы науки и практики международного права, которая уже более ста лет привлекает к себе внимание ученых, следует совершить краткий экскурс в историю. Первой работой на эту актуальную и сегодня тему стала вышедшая в 1899 году уже упоминаемая ранее монография известного немецкого юриста Г. Трипеля «Международное и внутригосударственное право». Несомненной заслугой автора явилось то, что до сих пор данная книга остается предметом внимания специалистов в этой области.



Русские юристы – международники еще до выхода этого труда уделяли данной теме большое внимание, но не специально, а в рамках исследования связи науки международного права с другими смежными дисциплинами. В словах выдающегося отечественного юриста – международника Ф. Мартенса о том, что «современное положение международного права нельзя понять, не зная действующего государственного права образованных народов», трудно не увидеть явную связь международного и внутригосударственного права (Мартенс Ф. Современное международное право цивилизованных народов. – СПб., 1988. – С. 188). Мысль другого известного специалиста, Л. А. Камаровского, высказанная более чем сто лет назад, о том, что «нормы, выставленные каким#либо одним государством, превращаются в международные», актуально звучит и в наши дни (Камаровский Л. А. Основные вопросы международного права. – М., 1892. – С. 9). Так же актуально сегодня изречение юриста П. Е. Казанского: «Внутригосударственное право не может противоречить международному... государство обязано не только нравственно, но и юридически согласовать свои внутренние порядки с принятыми обязательствами» (Казанский П. Введение в курс международного права. – Одесса, 1901. – С. 264). Как явствует из вышеприведенных высказываний, русские дореволюционные авторы стояли на позициях дуализма, хотя формально это не было выражено.

Основоположник так называемой дуалистической теории в вопросе соотношения международного и национального права, Г. Трипель утверждал, что эти два круга только соприкасаются между собой, но никогда не пересекаются (S. 19). Его последователь Д. Анцилотти отмечал, что «международное и внутригосударственное право тем самым представляет собой отдельные правопорядки». Эти их высказывания впоследствии дали повод утверждать, что сторонники данной концепции считали обе системы почти полностью разобщенными⁶⁰.

⁶⁰ Анцилотти Д. Курс международного права. Т. 1. – М., 1961. – С. 66.

Однако, по мнению других ученых, утверждения о том, что дуалисты не видят связи международного права с национальным, не совсем корректны. При этом приводится другое высказывание Г. Трипеля в его «Гаагском курсе» – о том, что международное право постоянно должно обращаться за помощью к внутригосударственному праву⁶¹.

Говоря о монистических концепциях, отметим лишь, что их сторонники утверждают: международное и национальное право находятся в неразрывном единстве.

Монисты, как известно, делятся на последователей примата национального права и последователей верховенства международного права. На современном этапе развития международного права наибольшее распространение получила другая разновидность монистической концепции – примат международного права над национальным. Ее родоначальником считается Т. Кельзен, который утверждал, что международное право вместе с «внутригосударственными правовыми порядками, которые находят в нем свое основание», образует единую систему правовых порядков – «универсальную систему всего права»⁶².

Среди новых тенденций можно назвать отход зарубежных юристов – международников от монистической концепции. Наглядным подтверждением этого является высказывание Я. Броунли, что эта «доктрина не соответствует правовым реальностям существования суверенных государств и низводит внутригосударственное право до положения пенсионера международного права»⁶³. «Мы должны принять дуалистическую точку зрения. Международные суды применяют международное право, национальные суды – национальное право», – эта мысль выдающегося американского специалиста в теории и практике международного права К. Райта также недвусмысленно свидетельствует, по мнению Р. А. Мюллерсона, об отходе от монистической доктрины.

Различия между монизмом и дуализмом с самого момента их возникновения носили, считает Л. Хенкин, теоретический, умозрительный характер. Они не возникли из-за существенных расхождений в правовых системах отдельных государств на место и роль международного права. Просто первоначально внутреннее право и международное объективно не соприкасались друг с другом, поэтому не было повода для конфликтов и разногласий. Их основные принципы и нормы были одинаковы.

Сегодня международная система в значительной степени дуалистична, утверждает Л. Хенкин. Государство может настаивать на своем суверенитете, но оно должно задействовать свою внутреннюю правовую систему для выполнения международных обязательств.

Различие между монизмом и дуализмом ученый объясняет особенностями той или иной правовой системы. Правовые системы разных стран придерживаются разных мнений в спектре между чистым монизмом и всеобщим дуализмом. Ни одно государство не выступает непосредственно с монистических или, наоборот, дуалистических позиций. Каждое государство принимает решение по той или иной проблеме соотношения международного и национального права путем обдуманных правовых действий, выбирая оптимальное положение между идеологиями монизма и дуализма.

Основными аспектами проблемы соотношения международного и внутригосударственного права, по мнению И. И. Лукашука, являются:

- самостоятельность систем международного и внутригосударственного права по отношению друг к другу;
- влияние внутригосударственного права отдельных государств на образование и развитие принципов и норм международного права – с одной стороны, и влияние международ-

⁶¹ См.: Левин Д.Б. Актуальные проблемы теории международного права. – М., 1974. – С. 198; Буткевич В.Г. Соотношение внутригосударственного и международного права. – Киев, 1981. – С. 53.

⁶² Kelsen T. Principles of International Law. – 1952. – P. 94, 202.

⁶³ Броунли Я. Международное право. Кн. 1. – М., 1977. – С. 67.

ного права на национальное право отдельных государств – с другой, т. е. фактическое взаимодействие систем;

– иерархическое соотношение между нормами национального законодательства.

Существующая взаимозависимость международно – договорных и внутригосударственных юридических норм не говорит о приоритете одного правопорядка над другим. Эта взаимозависимость основывается на принципах соотношения международного и внутригосударственного права, представляющих собой независимые и самостоятельные системы права, которые в то же время находятся в тесной связи между собой и взаимно влияют друг на друга. Да и как иначе, если в целом международное публичное право – это такое социальное образование, которое занимает равное положение с любой национальной системой.

В процессе этого взаимодействия первичным, по мнению Г. И. Тункина, является влияние национального права на международное⁶⁴. Признание такого приоритета, однако, не означает, по его мнению, признания верховенства первого над вторым. Просто внутренняя политика, как правило, является определяющей по отношению к внешней. Первичность внутреннего права и вытекает из первичности внутренней политики над внешней.

Но приоритетное влияние внутригосударственного права не свидетельствует о том, что международно – договорные нормы в чем-то вторичны, поскольку государства должны выполнять свои международные обязательства независимо от того, отвечает такое выполнение нормам национального права или нет.

Другими словами, первичность означает, что в процессе создания норм международного права государства исходят из принципов и норм своего национального права и не идут на создание норм международного права, которые противоречат основам их социального и политического строя, закрепленным, как правило, в их конституциях.

В связи с этим вряд ли можно согласиться с Д. Б. Левиным в том, что вопрос о влиянии национального права на международное право «составляет не юридический, а социологический аспект проблемы соотношения международного и внутригосударственного права»⁶⁵. Думается, прав Р. А. Мюллерсон, который, не отрицая социологический аспект данного вопроса, подчеркивает юридический аспект «в силу того, что влияние международного права на национальное право осуществляется главным образом как помощь последнего при осуществлении норм первого».

Таким образом, можно сделать вывод, что, несмотря на сохраняющиеся разногласия в вопросе о приоритете норм международного или внутреннего права, абсолютное большинство ученых единодушны в одном: оценка международного и национального права как самостоятельных, но вместе с тем взаимосогласованных и взаимодействующих правовых систем стала общепризнанной. Такая точка зрения, на наш взгляд, является единственно верной. Поэтому как международный, так и российский внутригосударственные правотворческие процессы, говоря словами В. Г. Буткевич, «не накладываются друг на друга и не сталкиваются таким образом, чтобы появлялась необходимость определять преимущество одного из них. Они взаимодополняются и имеют каждый свою строго определенную направленность».

Теперь вернемся к полемике среди юристов, развернувшейся после объявления Конституцией Российской Федерации примата международного права над национальным. Кстати, вовлеченными в нее оказались не только юристы – международники, но и специалисты в сфере внутригосударственного законодательства. В ходе все еще продолжающейся дискуссии высказываются, как и следовало ожидать, совершенно разные, порой диаметрально противоположные мнения. Одни придерживаются точки зрения о верховенстве международного договора над внутренним законодательством. По утверждению других, приме-

⁶⁴ См.: Тункин Г.И. Основы современного международного права. – М., 1956. – С. 9.

⁶⁵ Левин Д.Б. Указ. соч. – С. 214.

нять известные конституционные положения о том, что правила международных договоров имеют приоритет по отношению к правилам внутренних законов, можно лишь к ратифицированным Российской Федерацией международным договорам. Наконец, третьи высказывают мнение, что приоритетом в правовой системе страны обладают лишь нормы Конституции, причем в отношении как законов, так и договоров Российской Федерации.

Все эти точки зрения, отражающие отдельные аспекты сложнейшей проблемы, имеют, как полагает Т. Н. Нешатаева, свое рациональное зерно, но методология ее решения вызывает сомнения⁶⁶. Целесообразно ли и правильно ли сравнивать источники, в которых получают закрепление нормы международного и национального права? Договор, закон – это формы, в которых закрепляются нормы права. Вопросы верховенства в системе норм (но отнюдь не первоочередности в применении) относятся к самим нормам. О примате, следовательно, об иерархии норм можно вести речь, считает автор, и с этим трудно не согласиться только при сопоставлении норм одного уровня. Очевидно, такими нормами следует считать принципы международного и принципы национального права. Принципы Конституции Российской Федерации можно сравнивать лишь с общепризнанными принципами международного права.

Хотелось бы, однако, не согласиться с теми, кто ставит на один уровень конституционные нормы и общепризнанные принципы международного права, и в основном потому, что общие принципы международного права довольно часто относят к международным отношениям и роль их считают чисто символической. Кроме того, «в международном праве отсутствуют общепризнанные нормы, которые возлагали бы на государство обязательство регулировать определенный вид социальных отношений». Что касается норм Конституции, то они составляют фундамент законодательства страны.

Итак, первый вопрос, который необходимо решить при рассмотрении проблемы соотношения международного и внутригосударственного права, касается соотношения Конституции Российской Федерации и международного права. По мнению некоторых ученых, этот вопрос в нашем законодательстве не решен. Другие считают, что ответ содержится прежде всего в самой Конституции, которая установила, что она имеет высшую юридическую силу и прямое действие на всей территории Российской Федерации (ч. 1 ст. 15). По этой причине ни одна норма правовой системы страны, в том числе включенная на основе международного права, не должна противоречить Конституции.

Между тем Закон о международных договорах Российской Федерации предусматривает особый порядок выражения согласия на обязательность договоров, содержащих правила, требующие изменения отдельных положений Конституции. Выражение согласия на обязательность возможно только после внесения соответствующих поправок в Конституцию (ст. 22). Такое положение соответствует и международному праву, согласно которому государство в силу суверенитета свободно выбирать свою политическую, социальную, культурную систему, а также устанавливать законы.

Необходимо иметь в виду, что сказанное относится к статусу конституции в самой правовой системе страны. Что касается международных отношений, то там приоритет отдается международному праву, поскольку в соответствии с Венской конвенцией о праве международных договоров (ст. 27) государство не вправе ссылаться на свое внутреннее право, включая также конституцию, в качестве оправдания для невыполнения своих международных обязательств. Хотя здесь следует оговориться, что исключением является случай, если имело место явное нарушение нормы конституционного права особо важного характера и дело касалось только компетенции заключать договоры (ч. 1 ст. 46).

⁶⁶ *Нешатаева Т.Н.* Международное право в судебной практике арбитражных судов // Закон. – 1998. – № 7. – С. 88; *Она же.* Иностранные предприниматели в российской судебно-арбитражной практике. – М., 1998. – С. 24.

Далее, при рассмотрении вопроса о соотношении Конституции Российской Федерации и международного права следует иметь в виду еще одно обстоятельство. Как известно, кроме основного закона страны действуют конституционные законы, стоящие ниже его рангом, но выше других законов. Каким же образом решается вопрос о соотношении норм международного права с ними? Закон о международных договорах Российской Федерации особый статус конституционных законов обходит молчанием.

По мнению И. И. Лукашука, здесь можно предположить два варианта. Первый состоит в том, что договор, устанавливающий иные правила, чем конституционный закон, должен ратифицироваться в форме конституционного закона. Однако Конституция точно перечисляет случаи, когда принимаются конституционные законы. В их числе случаи ратификации договора нет, значит, такой вариант исключается⁶⁷. Второй вариант: поскольку договоры ратифицируются федеральным законом, который не может противоречить конституционному закону, постольку, как и в случае с Конституцией, до ратификации договора, содержащего правила, отличные от правил конституционного закона, необходимо предварительное изменение последнего.

До сих пор в практике вопрос о соотношении конституционного закона и международного права возникал редко. Однако уже в недалеком будущем, по мере того, как международное право будет все в большей степени касаться разных аспектов демократии, такая проблема может возникать чаще.

Кроме того, конституционный закон может, по мнению И. И. Лукашука, непосредственно затрагивать проблему взаимодействия международного и внутригосударственного права. В подтверждение этого он ссылается на Федеральный конституционный закон 1996 г. «О судебной системе Российской Федерации», который определил обязательную для суда иерархию норм правовой системы России. Суд, установив при рассмотрении дела несоответствие акта государственного или иного органа, а равно и должностного лица правовым положениям, «принимает решение в соответствии с правовыми положениями, имеющими наибольшую юридическую силу». Далее дается иерархия правовых положений по их юридической силе: Конституция, федеральный конституционный закон, федеральный закон, общепризнанные принципы и нормы международного права, международный договор, конституция (устав) субъекта Федерации, закон субъекта Федерации (ч. 3 ст. 15, ст. 3). Как видно из вышеперечисленного, нормы международного права поставлены ниже федерального закона.

Здесь налицо несоответствие Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» Конституции России, установившей норму, согласно которой в случае расхождения правила договора и правила закона применяется правило договора. Как известно, данное конституционное положение воспроизведено и в других законах, определяющих деятельность суда, например в Гражданском кодексе (ст. 7).

Следует заметить, что включение Конституцией норм международного права в правовую систему страны означает, что все органы государства, в том числе законодательные, должны руководствоваться его нормами. Примечательно, что это положение подчеркивает и Конституционный Суд Российской Федерации: «В соответствии с принципами правового государства, закрепленными Конституцией Российской Федерации, органы власти в своей деятельности связаны как внутренним, так и международным правом. Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры являются, согласно статье 15 (часть 4) Конституции Российской Федерации, составной частью ее правовой системы и должны добросовестно соблюдаться, в том числе путем их учета внутренним законодательством» (постановление от 31 июля 1995 г.).

⁶⁷ См.: Лукашук И.И. Указ. соч. – С. 37.

Обобщая разговор о теоретических и практических аспектах действия и применения договоров в международно – правовой системе в целом и в правовой системе Российской Федерации в частности, можно сделать следующие выводы.

Во – первых, в современной международной практике наблюдается четкая тенденция к повышению роли международного договора, являющегося основным источником международного права. Этот процесс особенно активно происходит в сфере правового регулирования международных экономических отношений. Наглядным подтверждением вышеобозначенной современной тенденции является активное заключение соглашений Российской Федерации с другими государствами о поощрении и взаимной защите инвестиций.

Во – вторых, усиления внимания к международно – правовой стороне регулирования инвестиций требуют положения ныне действующей Конституции. Как уже говорилось, один из ведущих устоев правопорядка, закрепляемого ею, состоит в том, что принципы и нормы международного права в установленных пределах имеют прямое действие и подлежат применению в российских государственных органах, в том числе в судах. Более того, Конституция говорит о приоритете правил международных договоров по отношению к нормам внутригосударственного права, в случае расхождения между ними применяются правила международного договора.

В – третьих, активное вовлечение Российской Федерации в международный инвестиционный процесс обуславливает более тесное взаимодействие национального и международного права. Их взаимодействие становится важным фактором развития как правовой системы России в целом, так и национального инвестиционного законодательства в частности.

В – четвертых, в современной системе правового регулирования иностранных инвестиций внутригосударственные формы и методы порой бывают недостаточными. Поэтому важнейшим элементом этой системы является международный договор. В настоящее время такой способ представляется очень важным, так как в отличие от внутригосударственных актов международный договор охватывает во всяком случае два субъекта международного права. Крайне важно, что их волеизъявления существуют не отдельно друг от друга, а согласованно, имея одинаковую направленность на одну цель.

Вышеизложенное обязывает нас глубоко изучать проблемы международных и национальных механизмов реализации норм международных договоров в ходе осуществления инвестиционной деятельности в России.

§ 4. Международные двусторонние соглашения России

Следуя мировой практике, СССР, как уже говорилось, приступил к заключению двусторонних международных договоров по гарантиям иностранных инвестиций в самом конце 80-х годов ушедшего столетия, когда начали складываться основы рыночной экономики. В течение 1989 года Советский Союз заключил соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений с восемью экономически развитыми государствами Запада. Кстати, первым партнером СССР в сфере взаимной защиты иностранных инвестиций стала Финляндия. Если говорить о крупных странах, то в том же году ее примеру последовали Великобритания, ФРГ, Канада и Италия. В следующем году двусторонние аналогичные договоры СССР заключил еще с четырьмя экономически развитыми государствами (Австрия, Испания, Швейцария, Южная Корея), а также с Китаем и Турцией.

Таким образом, 1989–1990 годы можно назвать первоначальным этапом международно – договорного закрепления инвестиционных отношений с другими государствами. Форсированное движение СССР по направлению к такой новой форме двустороннего сотрудничества объяснялось не только стремлением скорее влиться на правах равного партнера в мировой экономический интеграционный процесс, но и отсутствием полноценного внутригосударственного инвестиционного законодательства⁶⁸.

Здесь необходимо отметить, что Российская Федерация участвует в двусторонних международных соглашениях о защите иностранных инвестиций как правопреемница бывшего СССР. В соответствии с Соглашением о создании Содружества Независимых Государств, подписанным в Минске 12 декабря 1991 года, Россия принимает на себя права и обязанности по международным договорам, заключенным СССР. Взаимопонимание по вопросу правопреемства в отношении договоров бывшего Союза ССР было достигнуто и в Меморандуме от 6 июля 1992 г., который подписали Российская Федерация и еще девять государств – участников СНГ. Примечательно, что специально в отношении двусторонних соглашений о защите иностранных инвестиций Министерство иностранных дел Российской Федерации в декабре 1991 года подписало ноту, в которой подтвердило свое правопреемство по этим договорам.

Что касается новых независимых государств, ранее входивших в СССР, то они вслед за Российской Федерацией также приступили к созданию собственной системы двусторонних международных договоров о поощрении и защите иностранных инвестиций. Украина заключила такие соглашения с Польшей (12 января 1993 г.), ФРГ (15 февраля 1993 г.), Вьетнамом (8 июля 1994 г.) и другими государствами. Республика Беларусь подписала двусторонние международные договоры в сфере иностранных инвестиций с Великобританией, Вьетнамом, ФРГ, КНР, Польшей, Финляндией, Францией и Швейцарией. Можно также отметить соглашения о взаимном поощрении и защите капиталовложений Казахстана с ФРГ, Францией (1992 г.), Грузии с ФРГ (1993 г.), Узбекистана с ФРГ (1993 г.) и т. д.⁶⁹. В некоторых из них, в частности, предусматривается также суброгация (переуступка) принадлежащих инвестору прав и притязаний в пользу либо Корпорации частных зарубежных инвестиций США (ОПИК), либо Канадской корпорации развития экспорта (ЕДС) в случае получения инвестором от них компенсаций.

Новый, второй этап в практике заключения двусторонних международных договоров по гарантиям иностранных инвестиций наступил в 1992 году, когда Российская Федера-

⁶⁸ См.: *Нагапетьяню Р.* Соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений // *Внешняя торговля.* – 1991. – № 5. – С. 10–14.

⁶⁹ См.: *Богуславский М.М.* Иностранные инвестиции: правовое регулирование. – М., 1996. – С. 26.

ция, продолжая добрую традицию в этой сфере, начинает заключать как самостоятельное государство соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений. Важнейшими соглашениями, подписанными в 1992 году, стал Договор между Российской Федерацией и Соединенными Штатами Америки о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 17 июня 1992 г. и Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством США о содействии капиталовложениям от 3 апреля 1992 г., ставшие своего рода новой вехой в создании благоприятных условий для привлечения зарубежных капиталовложений. Соглашение носит особый характер и предусматривает возможность для американских инвесторов обращаться к услугам специального правительственного страхового агентства США – Корпорации частных зарубежных инвестиций (Overseas Private Investment Corporation – ОПИК) за финансовой поддержкой. Соответственно в разделе о взаимной защите инвестиций предусмотрено положение о том, что данное Соглашение не применяется к спорам по программам экспортно – импортного банка или страховым программам ОПИК (ст. 8).

Договор с США о взаимной защите инвестиций занимает особое место среди остальных более чем 40 заключенных Российской Федерацией соглашений по защите иностранных инвестиций не только ввиду своего объема, но и в связи с внутренней структурой и изложением. Однако к этому мы обратимся ниже.

Второй этап завершился в 1993 году, когда Российской Федерацией были заключены шесть соглашений о поощрении и взаимной защите капиталовложений – с Кубой, Болгарией, Грецией и др.

Предположительно можно говорить, что третий, продолжающийся и поныне этап начинается в 1994 году. С 1994–го до 1 января 1999 года Российская Федерация заключила двусторонние международные договоры по защите иностранных инвестиций еще с 18 государствами, в том числе с Чехией, Кувейтом, Индией, Норвегией. Примечательно, что последней могущественной в инвестиционном отношении страной в этом списке стала Япония. Соглашение о поощрении и взаимной защите капиталовложений между Правительствами Российской Федерации и Японии было подписано в ноябре 1998 года в ходе визита премьер – министра этой дальневосточной страны в Москву. На начало 2000 года заключено 50 и ратифицировано Федеральным Собранием 35 соглашений о поощрении и взаимной защите капиталовложений⁷⁰.

Возникает вполне естественный вопрос: на чем же зиждется предлагаемая нами периодизация, если так можно выразиться, истории установления двусторонних инвестиционных отношений на межгосударственном уровне? Следует сразу оговориться, что эта периодизация, как в принципе любая другая, носит достаточно условный характер. И тем не менее имеются определенные основания для выделения таких этапов. Причем это касается не только чисто внешних событийных признаков, но и структуры, стиля текста двусторонних договоров, заключенных в разное время.

Выделение первого этапа, охватывающего 1989–1990 гг., пожалуй, не требует пояснений. Первые 14 соглашений о поощрении и взаимной защите капиталовложений были заключены от имени СССР в тот период, когда страна только вступала в рыночные отношения и не было еще опыта подготовки такого рода двусторонних международных договоров. Думается, этим объясняется наличие разных вариаций в названии, структуре и содержании заключенных в этот период межгосударственных договоров в сфере защиты иностранных инвестиций.

В двусторонних соглашениях 1992–1993 гг., которые были выделены как второй этап межгосударственного сотрудничества в сфере обеспечения гарантий зарубежным капита-

⁷⁰ См.: Еришов Ю., Цветков Н. Хотели как лучше, а получилось как всегда // Инвестиции в России. – 2000. – № 2. – С. 4.

ловложениям, уже можно заметить попытки некоторой унификации заключаемых международных договоров. Этому способствовало принятое 11 июня 1992 года Правительством Российской Федерации постановление № 395 «О заключении соглашений между правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений», которым был одобрен в качестве основы для переговоров вышеназванный Типовой проект соглашений. И хотя впоследствии в него были внесены постановлением Правительства от 26 июня 1995 г. № 625 некоторые изменения и дополнения, но принципиального характера они не носили.

Постановление № 395 сразу в полную силу не могло сработать. Не случайно исследуемые международно – правовые акты, заключенные в 1992–1993 гг., еще свободны от стандартов Типового проекта соглашений, по той простой причине, что к тому времени их тексты уже прошли согласительные процедуры.

С 1994 года начинается использование Типового проекта как основы для переговоров между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений. Это наглядно показывает правовой анализ текста двусторонних договоров, например, с Чехией, Вьетнамом, Кувейтом и т. д.

Вышеизложенное дает право предположить, что начало третьему этапу было положено именно в 1994 году, когда началась унификация текстов заключаемых двусторонних соглашений под непосредственным влиянием Типового проекта, одобренного Правительством Российской Федерации.

Таким образом, мы выделяем три этапа в развитии межгосударственного сотрудничества в сфере защиты иностранных инвестиций: I этап – 1989–1991 гг.; II этап – 1992–1993 гг.; III этап – с 1994–го. Такого рода периодизация помогает лучше раскрыть динамику развития двусторонних международных отношений Российской Федерации с другими государствами в сфере правового обеспечения капиталовложений.

Одной из характерных особенностей двусторонних инвестиционных договоров является то обстоятельство, что они заключаются, как правило, экономически и политически неравными партнерами: между экономически развитым государством – экспортером капитала и развивающимся государством, стремящимся привлечь зарубежные капиталовложения. «Смысл всего договора в этом случае сводится к облечению в некую правовую форму обещаний принимающего инвестиции государства предоставить должную защиту иностранному капиталу»⁷¹.

В принципе договор предусматривает уже в своем наименовании двустороннее движение капиталов между государствами, заключающими соглашение именно по этому поводу, но на практике видно, что инвестиции движутся, как правило, только в одном направлении – из экономически развитой страны в развивающуюся. Что касается стран с устойчивой правовой системой и развитой экономикой, то практика заключения таких соглашений между ними не получила развития в связи с общим благоприятным инвестиционным климатом.

Международно – правовые документы в сфере регулирования иностранных инвестиций, которые мы начали исследовать, носят различные наименования. В абсолютном большинстве случаев они названы соглашениями, а в остальных – договорами. Кстати, в последние годы наблюдается тенденция к появлению новых наименований международных договоров, увеличению их многообразия. Между тем юридического различия в наименованиях международных договоров нет. Как подтверждение этого можно привести тот факт, что одни и те же виды международных договоров порой имеют разные наименования. В соот-

⁷¹ *Лабин Д.К.* Анализ некоторых аспектов международно-правовой практики заключения государственных двусторонних инвестиционных договоров // Государство и право. – 1999. – № 10. – С. 60; см. также: *Фархутдинов И.З.* Действие международных договоров в сфере иностранных инвестиций // Труды Московской государственной юридической академии. – 1999. – № 2. – С. 51–57.

ветствии с Венской конвенцией о праве международных договоров (1969 г.) «договор» означает международное соглашение, заключенное между государствами в письменной форме и регулируемое международным правом, независимо от его конкретного наименования.

В общем термин «договор» в настоящее время употребляется не только в узком смысле как одно из наименований, но является также родовым понятием, охватывающим все различные наименования и виды соглашений.

Как видно, процесс установления особых инвестиционных отношений на межгосударственном уровне, динамично развиваясь, приобрел, так сказать, наступательный характер, что, в свою очередь, создает большие возможности для научного анализа таких полноценных международно – правовых документов с использованием богатейшего опыта, достигнутого в теории и практике международного права. Результатом этого могла бы стать выработка определенных закономерностей, параллелей и, главное, соответствующих стандартов для национальной правоприменительной практики.

Актуальность и значение соглашений о поощрении и взаимной защите инвестиций определяются важностью содержащихся в них гарантий, которые договаривающиеся государства взаимно предоставляют инвесторам друг друга. Безусловно, эти соглашения были выработаны в первую очередь в целях обеспечения защиты прав инвесторов капиталопортирующих стран от всевозможных рисков на территории России. Наша страна, остро нуждаясь в привлечении зарубежных финансовых средств, при заключении двусторонних международных договоров в сфере защиты иностранных инвестиций начинает претендовать на роль все более надежного партнера.

Примечательно, что каждый двусторонний договор Российской Федерации в этой сфере специфичен в том смысле, что он отражает характер инвестиционной политики и законодательство обеих сторон. В Договоре с США, например, наряду с закреплением принципа, согласно которому оба государства предоставляют иностранному инвестору по его выбору режим наибольшего благоприятствования или национальный режим, имеются важные дополнения, в которых каждая сторона указывает отрасли экономики и виды деятельности, закрытые для зарубежного инвестора.

Актуальность исследования данных инвестиционных соглашений вызвана еще и тем, что его научная разработка не получила пока достаточного развития в отечественной юридической науке. Вместе с тем накопленная международно – нормативная база в сфере защиты иностранных инвестиций является благодатным источником для изучения отдельных проблем правового регулирования зарубежных капиталовложений как на уровне международного права, так и на уровне национального законодательства. Кстати, в отечественной литературе уже высказывалась точка зрения, что недостатки внутреннего законодательства об иностранных инвестициях в части предоставления гарантий зарубежным инвесторам могут быть компенсированы за счет положений двусторонних международных договоров, направленных на поощрение и защиту иностранных инвестиций.

Как уже отмечалось, проблемы совершенствования инвестиционного законодательства как способа привлечения зарубежных капиталовложений в экономику России приобретают все большую остроту. Опыт последних лет показывает, что именно сомнения в надежности юридической базы служат основанием для выжидательной политики, откладывания на долгий срок реализации инвестиционных проектов. Поэтому отражение в российском законодательстве современных международных подходов и стандартов, разработанных в исследуемых международных договорах, с одной стороны, и стабильность правового регулирования – с другой, во многом определяют инвестиционный климат в нашей стране.

В современных условиях возрастает значение международно – правового регулирования иностранных инвестиций. Необходимость усиления внимания к международно – правовой стороне регулирования иностранных инвестиций – это прямое следствие положения

ниям Конституции Российской Федерации. Один из ведущих устоев правопорядка состоит в том, что принципы и нормы международного права и международные договоры России, подчеркнем это еще раз, являются частью ее правовой системы. Высказывается мнение, что нормы международного права в установленных пределах имеют прямое действие и подлежат применению в российских государственных органах, в том числе в судах. Более того, ныне действующая Конституция утверждает приоритет правил международных договоров по отношению к нормам внутригосударственного права: в случае расхождения между ними применяются правила международного договора.



В науке международного права отсутствует однозначное толкование полезности заключения международных двусторонних договоров о поощрении и взаимной защите инвестиций. По мнению некоторых английских ученых, двусторонние инвестиционные договоры усиливают действие принципов обычного международного права, теряющих в наши дни свою былую значимость⁷². Другие считают, что эти договоры содействуют формированию новых принципов обычного международного права⁷³.

Отсутствие надлежащих механизмов международно – правового регулирования зарубежных капиталовложений вынуждает государства заключать особые двусторонние соглашения, юридически закрепляющие поведение сторон в области регулирования иностранных инвестиций. Не исключено, что выработанные на двусторонней основе юридические нормы будут заимствованы и другими субъектами международного права, что приведет к их повсеместному признанию.

Изучая международные арбитражные решения последних лет по спорам, вытекающим из двусторонних договоров о взаимной защите инвестиций, можно заключить, что арбитражный суд рассматривает подобные соглашения скорее как соглашения между сторонами, устанавливающими специальные правила их поведения, нежели как соглашения, создающие новые принципы обычного международного права.

Заметим, что в современном русском языке термины «соглашение» и «согласие» являются эквивалентными и применяются в двух различных случаях: можно говорить о соглашении и согласии не только в одностороннем смысле, когда некоторый субъект соглашается и дает согласие на что-либо, но также и в двустороннем или многостороннем смысле – для обозначения согласия, которое было достигнуто между сторонами. Различные модификации носят и формулировки самих наименований соглашений: «О содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений». Но большинство международных договоров все же имеет типовое название: «Соглашение о поощрении и взаимной защите капиталовложений».

Как уже отмечалось, все международно – правовые документы, регулирующие инвестиционные отношения между Россией и другими государствами, независимо от их наименования обобщенно называются двусторонними международными договорами.

Согласно теории и практике международного права практическая ценность любого международного договора, после того как он заключен и вступил в силу, полностью зависит от правильного и последовательного применения его статей. И в этом плане положительный результат обусловлен деятельностью ответственных за исполнение договора должностных

⁷² Denza E., Brooks S. Investment Protection Treaties: The United Kingdom Experience. – L., 1987. – P. 912.

⁷³ Mann P. British Treaties // British Journal of International Law. – 1981. – № 52.

лиц, государственных и международных органов, которые обязаны надлежащим образом понять и уяснить во всех деталях тот или иной международный договор, а затем применить его к соответствующим отношениям. Выполнению этой задачи должно содействовать толкование международных договоров, которое неотрывно связано с улаживанием разногласий между государствами, с уточнением их волеизъявлений и потому имеет не столько технический, сколько юридический характер.

В науке международного права даются различные определения толкования международного договора. Например, Ш. Руссо считает, что толкование является умственной деятельностью, состоящей в раскрытии смысла юридического акта, установлении его значения и выяснении непонятных и двусмысленных выражений. В свою очередь, Х. Чайд под толкованием международного договора понимает процесс уяснения связи, которую стороны имели в виду установить между условиями и целями, для достижения которых он был заключен⁷⁴.

В отечественной литературе международного права толкование международных договоров определяется как установление их подлинного смысла и содержания специально уполномоченными на то органами и должностными лицами, с целью наиболее полной и точной реализации условий договора. Исходя из этого можно утверждать, что основными признаками, характеризующими рассматриваемый международно – правовой институт, являются:

- установление подлинного смысла и содержания договора;
- осуществление толкования его специально на то уполномоченными или должностными органами;
- задача и предлагаемая цель толкования – по возможности полная реализация условий договора.

Что касается обстоятельств, которые вызывают толкование международных договоров, то в международно – правовой литературе имеются самые различные точки зрения. К их числу относят: неясность и двусмысленность постановлений договора; несовершенство человеческой мысли; столкновение норм двух или нескольких договоров, касающихся одних и тех же вопросов; неопределенность смысла нормы, которая является результатом компромисса и желания сторон довольствоваться такой неопределенностью.

Говоря о неодинаковом восприятии одних и тех же понятий, бытующих в разных языках, можно привести такой пример. В русском языке активно употребляются такие термины, как «инвестиции» и «капиталовложения». Как правило, в отечественной специальной литературе активнее используется слово «инвестиции». Что касается русского текста исследуемых нами двусторонних международных договоров, то в них употребляется слово «капиталовложение».

При толковании международных договоров, как двусторонних, так и многосторонних, необходимо пользоваться определенными принципами, которые выработаны многолетней международной практикой.

Во – первых, международные договоры должны толковаться в строгом соответствии с основными началами международного права. Во – вторых, международные договоры являются соглашениями (или добросовестными соглашениями), поэтому их толкование всегда должно исходить из принципа добросовестности. По мнению Ф. Мартенса, всегда необходимо предполагать, что государства имели в виду добросовестное исполнение договора и его толкование⁷⁵. О том, что принцип добросовестности является общепризнанным требо-

⁷⁴ Чайд Х. Международное право: его понимание и применение в США. Т. 4. – М., 1964. – С. 331.

⁷⁵ Мартенс Ф.Ф. Указ. соч. – С. 43.

ванием, красноречиво свидетельствует его включение в Венскую конвенцию о праве международных договоров (ст. 3)⁷⁶.

Международное право в принципе не предъявляет никаких требований к форме договора, кроме тех, что согласие государств в договоре должно быть явно выражено. «Неотъемлемым качеством всякого международного договора в отличие от международного обычая является то, что воля субъектов явно выражена вовне»⁷⁷. Сложнее обстоит дело с теорией вопроса. Некоторые ученые полагают, что международный договор – это документ, воплощенный в тексте с определенной структурой, имеющей к тому же какое-либо установленное наименование⁷⁸.

Вряд ли можно согласиться с тем, что средства и способы, с помощью которых воля субъектов международного права приобретает характер явно выраженного намерения, и составляют форму международного договора. Сюда относятся воплощающие эту волю формулировки и определения, а также расположение, соотношение и роль различных частей договора, его структура и наименование. На основании вышесказанного можно сделать вывод, что общеобязательной формы международных договоров нет. Форма конкретного договора зависит от соглашения сторон. Она не влияет на обязательную силу договора и его юридическую действительность. Главное – в содержании, простоте и ясности договора, хотя и форма договора имеет значение.

Теперь перейдем непосредственно к рассмотрению внутренней структуры исследуемых международных нормативных актов, которая составляет один из важнейших компонентов формы договора. Основными элементами структуры двусторонних международных договоров Российской Федерации в области иностранных инвестиций являются: наименование договора, преамбула (вступительная часть), центральная часть, которая содержит нормативные положения по существу регулируемых отношений, и заключительные положения (о порядке вступления договора в силу, способах толкования и т. п.). Некоторые соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений имеют приложения в виде протокола, обмена письмами.

С точки зрения права международных договоров важное значение имеет преамбула, т. е. вступительная часть международного договора. Между прочим, в зарубежной литературе делались попытки отрицать значение преамбулы договора как его части, имеющей равную юридическую силу с другими частями международного договора. Однако на Венской конференции по праву международных договоров эта точка зрения не получила поддержки, и статья 31 Венской конвенции содержит четкое указание, что контекст международного договора включает в себя и преамбулу.

Теперь перейдем к международно – правовому анализу основной части соглашений о поощрении и взаимной защите капиталовложений. Основная часть этих договоров состоит из статей, их количество варьируется в пределах 10–15. В большинстве соглашений статьи озаглавлены, т. е. имеют названия, что, конечно, облегчает их визуальное восприятие.

В структурном отношении все двусторонние договоры построены, в принципе, по одинаковой схеме. Во всех соглашениях первые статьи посвящены определению таких важных понятий, как «инвестор», «капиталовложение», «доходы», «территория». В следующей статье, как правило, речь идет о том, что стороны обязуются поощрять и взаимно защищать капиталовложения. В некоторых случаях это важное положение законодательно зафиксировано после статьи об условиях применения соглашения. За ней в основной части практически всех соглашений идет статья, сообщающая, какой режим капиталовложений предостав-

⁷⁶ См.: Действующее международное право. В 3 т. – Т. 1. – С. 123.

⁷⁷ См.: Талалаев А.Н. Право международных договоров. Общие вопросы. – С. 114.

⁷⁸ См.: Вельяминов Г.М. Социальная интеграция и международное право. – М., 1967. – С. 205.

ляют договаривающиеся стороны друг другу. Далее говорится об условиях экспроприации и возмещении ущерба, нанесенного в результате вооруженного конфликта, гражданских беспорядков и т. д.

Статьи соглашений, пронумерованные обычно цифрами 5 или 6, регулируют такой существенный вопрос, как перевод платежей в связи с капиталовложениями. Следующая статья, как правило, обговаривает вопрос суброгации, т. е. превращения частноправового спора между инвестором и принимающим государством в международно – правовой.

В статьях, завершающих основную часть двусторонних договоров, регулируются проблемы разрешения инвестиционных споров. Заключительные положения всех соглашений юридически закрепляют условия вступления договоров в силу, срок их действия и прекращения.

Как уже говорилось, некоторые двусторонние договоры имеют приложения в виде дополнительных протоколов и писем. Дополнительные протоколы сопровождают, например, соглашения о взаимной защите инвестиций с Германией, США, Бельгией, Словакией, Польшей. Обмен правительственными письмами сопровождают договоры с Австрией, Кубой, Финляндией.

С точки зрения теории международного права известно, что в отличие от преамбулы, основных и заключительных статей приложение составляет часть международного договора только в том случае, если об этом прямо указывается в договоре или в самом приложении.

Протокол к Соглашению России с Правительством Королевства Бельгии и Великого Герцогства Люксембург о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений четко и ясно закрепил: «Настоящий Протокол является неотъемлемой частью указанного Соглашения»⁷⁹. Поэтому здесь вопросов не возникает.

Сложнее обстоит дело с другими четырьмя международными нормативными документами из этого ряда, которые сопровождаются приложениями. Например, двусторонний Договор России с Германией в сфере иностранных инвестиций имеет довольно пространственный Протокол, в котором конкретизируются некоторые основополагающие понятия. Но при этом ни в тексте Договора, ни в тексте самого Протокола не указывается, что данное Приложение является неотъемлемой частью Договора, как это утверждается, например, в аналогичном Соглашении России с Бельгией и Люксембургом.

Что касается Договора между Российской Федерацией и Соединенными Штатами Америки о поощрении и взаимной защите капиталовложений, то он имеет и Приложения, и достаточно объемный Протокол, а также обменные письма. Но и здесь нет указания на то, что они являются составной частью Договора. Такую юридическую ссылку не имеют также Протоколы к Соглашениям России со Словацкой Республикой и Республикой Польша.

Теперь рассмотрим проблему действия двусторонних инвестиционных договоров. Единого толкования понятия «действие международных договоров» в отечественной, да и в иностранной литературе не существует. Говоря о действии международных договоров, исследователи рассматривают его как сферу действия договора, не выделяя при этом понятие «действие международного договора» в качестве самостоятельного термина.



⁷⁹ Международно-правовые основы иностранных инвестиций в России: Сборник нормативных актов и документов. – М., 1995. – С. 24.

По мнению С. В. Черниченко, для характеристики действия правовых норм как процесса решающее значение имеет временной момент. Если же правовая норма действует, то, само собой разумеется, в определенном пространстве и среди определенного (но необязательно широкого) круга лиц.

«Действие международного договора означает, что договор порождает международно – правовые нормы и вытекающие из них права и обязанности» – такое определение мы находим у известного специалиста в области права международных договоров А. Н. Талалаева⁸⁰.

Видимо, можно согласиться с выводом, что действие международного договора включает в себя⁸¹:

- субъектную сферу (личную сферу);
- объектную сферу;
- действие договоров в пространстве (пространственную сферу);
- действие договоров во времени.

Важнейшим элементом формы международного договора, посредством которой, как уже говорилось, воля его субъектов получает ясное проявление вовне, является также язык. Именно в языке договора, его словесных формулировках выражается реальность воли и согласования государственных волей в международном договоре. Международный договор – и в этом одно из его важных отличий от международного обычая – существует лишь как соглашение, воплощенное в тексте. Если признать существование молчаливых или подразумеваемых договоров, то исчезает разница между договором и обычаем. Это может принизить роль международного договора как главного источника международного права.

В подтверждение того, что язык договора четко и емко выражает согласование государственных волей в полном соответствии с юридическими канонами, можно привести следующую формулировку из текста Соглашения России с Испанией: «Каждая из Сторон будет обеспечивать на своей территории защиту капиталовложений, осуществляемых в соответствии с ее законодательством инвесторами другой Стороны, и не будет препятствовать путем принятия неоправданных или дискриминационных мер управлению, содержанию, пользованию, расширению, продаже, а также ликвидации таких капиталовложений» (ст. 4).

Как видно, текст данного международного договора глубоко продуман, не содержит двусмысленных определений, юридически выверен и потому может служить добротной правовой базой для развития межгосударственного инвестиционного сотрудничества.

Какого#либо одного общеобязательного языка международных договоров не существует. Двусторонние договоры обычно составляются на языках обоих договаривающихся государств. Соглашения о взаимной защите инвестиций содержат два соответствующих языковых текста, которые имеют одинаковую юридическую силу, как говорят, аутентичны, что и указано в самих текстах соглашений. Например: «Совершено в городе Вашингтоне 3 апреля 1992 года в двух экземплярах, каждый на русском и английском языках, причем оба текста имеют одинаковую силу» (Договор России с США, ст. 7).

Но есть также соглашения, составленные на трех языках. В таких случаях первыми двумя языками выступают государственные языки договаривающихся сторон, а третьим – английский. К примеру, в Соглашении России с Южной Кореей оговаривается, что Соглашение совершено в двух экземплярах, на русском, корейском и английском языках, причем все

⁸⁰ Талалаев А.Н. Право международных договоров. Юридическая природа международного договора. – М.: ИМО, 1963.

⁸¹ См.: Манасуев А.В. Действие и применение международных договоров // Московский журнал международного права. – 1998. – № 3. – С. 97, 98.

три текста имеют одинаковую силу. Но что самое интересное, «в случае расхождения в толковании настоящего Соглашения оно будет сделано в соответствии с английским текстом».

Оговорка об аутентичности текстов имеет, между прочим, важное значение при толковании и применении международного договора в случае расхождения между равнозначными текстами, если иное не оговорено в договоре.

Что касается субъектной сферы в отношении исследуемых двусторонних договоров России в сфере иностранных инвестиций, то тут все просто и ясно. Субъектной стороной действия соглашений о взаимном поощрении и защите капиталовложений являются сами же государства, на которых распространяется их действие.



Сложнее разобраться с объектной сферой действия международного договора. Под ней некоторые понимают «круг регулируемых договором отношений, которые являются его объектом». По мнению Ф. Ф. Мартенса, «предметом (causa) международных обязательств может быть все, что только принадлежит к области международных отношений и оборотов»⁸². Другой точки зрения придерживается И. И. Лукашук, который считает, что не только международное, но и национальное право не в состоянии охватить все богатство жизненных отношений. Международное право, по его мнению, регулирует лишь те отношения, которые затрагивают существенные интересы государств или международного сообщества в целом.

Не вдаваясь в эту дискуссию, мы хотели бы сделать вывод, что с точки зрения теории и практики международного права все, о чем субъекты международного права договариваются между собой, составляет объект или предмет международного договора. Это могут быть материальные и нематериальные блага, действия и воздержания от действий. Исходя из этого можно твердо сказать, что объектом соглашений Российской Федерации с другими государствами о поощрении и взаимной защите инвестиций является экономическое сотрудничество в сфере иностранных инвестиций.

Между тем в науке международного права существуют различные точки зрения на предмет определения понятий «объект договора» и «цель договора». Некоторые ученые считают, что различий между целью и объектом международного договора не существует. По мнению других, от объекта нужно отличать цель в международном договоре, хотя они и тесно связаны между собой. Цель международного договора не является чем-то внешним и стоящим над ним. Она носит конкретный характер, на нее направлены согласованные воли субъектов, заключивших данный договор. Договорная цель – это то, чего хотят достичь государства в результате действия международного договора. В ней находит свое проявление служебная роль международного договора как особой правовой категории. Объект же международного договора есть средство достижения его цели. Между тем одна и та же цель может быть достигнута путем различия объектов, и наоборот, один и тот же объект может служить разным целям.

Цель международного договора, как уже подчеркивалось, указывается в его преамбуле. Согласно преамбулам анализируемых двусторонних договоров, их целью являются поощрение, защита, создание благоприятных условий для капиталовложений инвесторов одной договаривающейся стороны на территории другой договаривающейся стороны.

⁸² Мартенс Ф.Ф. Указ. соч. – С. 139.

Итак, сформулированная в вышеназванных договорах цель о создании и поддержке благоприятных условий для капиталовложений инвесторов является совместной целью Российской Федерации и ее партнеров в области правового регулирования иностранных инвестиций. Она возникла и формировалась в результате соглашения субъектов международного договора. Эта совместная цель в сфере иностранных инвестиций имеет исключительно большое значение, так как она определяет и помогает лучше уяснить сам объект международного договора и его содержание. В случае неясностей и сомнений в отдельных формулировках текста международного договора они должны толковаться в соответствии с объектом и целью, ради которой данный договор был заключен. Кстати, оговорки того или иного государства – участника не должны противоречить объекту и совместной цели международного договора.

Право международных договоров как отрасль международного права в принципе допускает, что, заключая международный договор и формулируя в нем его совместную цель, каждая из договаривающихся сторон может иметь и свои индивидуальные цели. Причем они могут отличаться друг от друга. Цели одной договаривающейся стороны могут быть даже скрыты от другой стороны. Но такие индивидуальные цели, или, лучше сказать, мотивы каждой стороны, не имеют никакого юридического значения, поскольку не выражены в самом договоре.

Считается, что цели играют важную роль в определении эффективности нормативной системы международного права⁸³. С другой стороны, эффективность нормативной системы зависит от правильного выбора целей. Для того чтобы быть целями нормативной системы, те или иные задачи должны стать предметом соглашения государства. Аналогично трактует эти вопросы и Закон о международных договорах Российской Федерации (ст. 24, 34).

В общем, соглашения по защите иностранных инвестиций ставят перед собой следующие цели:

- создать благоприятный режим для инвестиций и связанной с ними деятельности;
- обеспечить надлежащую защиту иностранной собственности;
- предоставить инвесторам возможность беспрепятственного перевода доходов, полученных от инвестиционной деятельности;
- гарантировать рассмотрение споров в международном арбитраже.

Под пространственной сферой действия договора международное право подразумевает территорию (часть территории), на которую будут распространяться положения заключенного международного договора. Статья 29 Венской конвенции о праве международных договоров гласит: «Если иное не явствует из договора или не установлено иным образом, то договор обязателен для каждого участника в отношении всей его территории». Данное положение является общей нормой, не затрагиваемой договорами, правила которых предусматривают иную пространственную сферу, чем территория государств – участников.

В нашем же случае ряд международных договоров свои действия распространяет не только на территорию другой договаривающейся стороны. В качестве примера приведем Соглашение России с Бельгией о взаимном поощрении и защите капиталовложений: «Настоящее Соглашение распространяется на территорию каждой из Договаривающихся Сторон, а также на экономическую зону и континентальный шельф, которые простираются за пределы территориальных вод каждой из соответствующих Договаривающихся Сторон и над которыми они осуществляют, в соответствии с международным правом, свои суверенные права и юрисдикцию в целях разведки, разработки и сохранения природных ресурсов» (п. 2 ст. 1).

⁸³ См.: *Марочкин С.Ю.* Вопросы эффективности норм международного права. – Тюмень: Известия ТГУ, 1998. – С. 57; *Лихачев В.Н.* Об эффективности применения международно-правового принципа универсальности / В межвузовском сб. научн. тр.: Вопросы универсальности и эффективности международного права. – Свердловск, 1981. – С. 82.

Несколько по – иному пространственная сфера действия договора обозначается в Соглашении СССР с Великобританией. В отношении нашей страны сюда были включены «территории всех союзных республик». В отношении другой договаривающейся стороны сюда «также относятся морские районы, примыкающие к внешним пределам территории моря» (ст. 1).

Как мы уже выяснили, международный договор представляет собой результат взаимодействия сторон и призван выражать их интересы. Неслучайно считается, что центральным элементом права международных договоров являются стороны – участницы договорных правоотношений. Состав и характер сторон определяет содержание и роль договора. С изменением состава сторон может меняться реальное содержание и значение договора, хотя это касается уже многосторонних договоров.

Необходимо уяснить, что в точном юридическом смысле под сторонами следует понимать субъекты международного права, которые официально и окончательно оформили свое участие в договоре и обладают всеми правами и обязанностями, вытекающими из этого соглашения для его участников.

Рассмотрим теперь вопросы действия двусторонних международных договоров Российской Федерации о поощрении и взаимной защите капиталовложений во времени. Общеизвестно, что основным принципом права международных договоров является принцип добросовестного исполнения международных обязательств. Именно этот принцип обуславливает действие и применение международных договоров, являясь основанием возникновения тех юридических последствий, с которыми связано заключение договора.

Думается, необходимо все же особо подчеркнуть, что согласие на обязательность договора и вступление последнего в силу различаются как самостоятельные юридические акты. Причем между первым и вторым практически всегда лежит определенный отрезок времени, порой весьма длительный.

Обязательным условием действия норм международного права в правовой системе Российской Федерации является вступление договора в силу. Только действующий договор порождает юридические последствия. На это четко указывает Закон о международных договорах Российской Федерации: договор подлежит выполнению с момента его вступления в силу для России (ч. 3 ст. 31).

В международно – правовой литературе и договорной практике различают понятия «вступление в силу» и «введение в действие». Под последним подразумевается начало применения договора. Поэтому, по мнению некоторых специалистов, более точно выражение «начало применения договора»⁸⁴. Как правило, вступление договора в силу совпадает по времени с началом его применения. Однако эти моменты могут и не совпадать. Более того, вступивший в силу договор может вообще не применяться, поскольку не наступают предусмотренные для этого условия. Поэтому, применяя нормы договора, важно установить не только факт и способ выражения согласия (уровень договора), но и факт вступления его в силу. Хотя в действительности вопрос может быть поставлен шире: является ли договор еще действующим, т. е. не прекращен ли он в соответствии с международным правом.

Интересно, что термин «вступление договора в силу» иногда оценивают по – разному. В подтверждение этого можно привести примеры неидентичной трактовки, содержащейся в одном и том же издании – «Комментарии к Закону о международных договорах», которую заметил С. Ю. Марочкин⁸⁵. Согласно комментарию к статье 24, такие определения, как «выражение согласия на обязательность» и «вступление договора в силу», разграничиваются по назначению и по времени. Толкование же статьи 34 фактически обосновывает их

⁸⁴ См.: Курс международного права. В 7 т. – Т. 4. – С. 49.

⁸⁵ Марочкин С.Ю. Юридические условия действия норм международного права. – С. 57.

совпадение: «под введением в действие и применением» понимаются акты выражения согласия на обязательность договора, а под не вступившими в силу договорами – «договоры, в отношении которых еще нет согласия на их обязательность».

Между прочим, Венская конвенция о праве международных договоров (1969 г.) недвусмысленно «разводит по времени и по юридическому предназначению эти два акта, помещая их даже в разные разделы» (см. ст. 22, 186, 24). Аналогично трактует эти вопросы Закон о международных договорах Российской Федерации (ст. 24, 34).

Нельзя пройти и мимо такого важного момента, как опубликование договора. В законодательстве России ранее действующий принцип о том, что договор не может быть осуществлен внутри страны, пока он не опубликован, сохранен и, более того, поднят на конституционный уровень. Однако Конституция Российской Федерации не содержит формального требования опубликования международных договоров, за исключением косвенного требования, выраженного в части 3 ст. 15: «Любые нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения». Общепринято считать, что данное конституционное положение в полной мере распространяется и на договоры⁸⁶.

Закон о международных договорах Российской Федерации в этом отношении значительно дополняет Конституцию и напрямую связывает их непосредственное действие с необходимостью опубликования: «Положения официально опубликованных международных договоров в Российской Федерации, не требующие издания внутригосударственных актов для применения, действуют в Российской Федерации непосредственно». Попутно отметим еще одну проблему, которая касается такого момента, как опубликование договора. В «Собрании законодательства Российской Федерации» публикуется только текст закона без текста договора как его нормативного содержания. Сам же договор публикуется отдельно в «Бюллетене международных договоров».

Для того чтобы рассмотреть вопрос действия договора во времени, необходимо определить два момента: когда договор вступает в силу и на какой срок он заключается. В договоре должен быть четко определен момент вступления договора в силу, поскольку именно с этого момента у договаривающихся сторон возникают права и обязанности.

Итак, международный договор вступает в силу в том порядке, который предусмотрен самим договором. Момент вступления международного договора в силу чаще всего предусмотрен в самом договоре или специально согласовывается участниками переговоров. Договорная практика здесь чрезвычайно разнообразна и в отношении момента вступления международного договора в силу, и в отношении формы вступления.

Анализируемые международно – правовые документы согласно порядку вступления их в силу можно подразделить на несколько групп.

В первой группе документов моментом вступления в силу международного договора может быть дата, которая наступает ровно через 30 дней после обмена ратификационными грамотами (Соглашения с Грецией, США, Турцией, ФРГ и т. д.). Особняком стоит договор с Австрией. Срок, который должен истечь после ратификации, обговорен следующим образом: «Настоящее Соглашение вступает в силу первого числа третьего месяца, следующего за тем месяцем, когда был произведен обмен ратификационными грамотами» (ст. 10).

Во второй группе моментом вступления в силу двусторонних договоров является предусмотренное в соответствующих статьях условие о том, чтобы стороны сначала уведомили друг друга о завершении конституционных процедур. После этого акт вступает в силу по истечении 30 дней с даты получения, как правило, письменного уведомления.

⁸⁶ См.: Комментарий к Конституции Российской Федерации / Под ред. Б.Н. Топорнина, Ю.М. Батурина, Р.Г. Орехова. – С. 109.

Определенной законотворческой недоработкой, на наш взгляд, является то, что в выше-названной группе международных договоров не уточняется, когда – после первого или после второго уведомления – начинается исчисление 30-дневного срока, необходимого для вступления договора в силу. Несложно представить такую ситуацию: одна сторона уведомила о завершении необходимых конституционных процедур, а вторая – пока нет, когда в таком случае будет начинаться момент вступления договора в юридическую силу? Интересно заметить, что эта неопределенность содержится и в Типовом проекте соглашения (ст. 10), одобренном постановлением Правительства Российской Федерации от 11 июня 1992 г.

Впоследствии эта двусмысленность была замечена. Например, в Соглашениях России с Кореей, Румынией, Францией о взаимной защите инвестиций, заключенных позднее, используется такая стандартная формулировка: «Каждая из Договаривающихся Сторон уведомит в письменной форме другую Договаривающуюся Сторону о выполнении процедур, установленных в ее стране для вступления в силу настоящего Соглашения. Настоящее Соглашение вступит в силу по истечении 30 дней с даты получения последнего уведомления».

Некоторые двусторонние договоры приобретают законную силу не по истечении 30 дней, а сразу, т. е. «в день, когда обе стороны уведомят друг друга о выполнении конституционных процедур».

Заканчивая международно – правовой анализ вопроса о вступлении в силу рассматриваемых двусторонних договоров, уточним следующий момент. Включаемая в них часто формула: «Настоящий договор вступает в силу с даты последнего уведомления (вариант: «с даты обмена уведомлениями») о выполнении внутригосударственных (варианты: «предусмотренных национальным законом, конституционных») процедур, необходимых для его вступления в силу» – применяется при несовпадении в двух государствах процедур, необходимых для вступления договора в силу.

Перейдем к рассмотрению вопроса о сроке действия соглашений Российской Федерации с другими государствами о взаимном поощрении и защите инвестиций.

Каждый международный договор действует в рамках какого-то времени, что имеет важное юридическое значение. Как известно, международные договоры могут заключаться на определенный срок, на неопределенное время, вообще быть бессрочными или содержать указание, что срок действия договора будет установлен специальным соглашением сторон в будущем.

Определенным сроком договора считается отрезок времени, заранее обусловленный точными календарными датами. Определенный срок может быть безусловно – определенным и условно – определенным.

Условно – определенный срок – это определенный срок, но с дополнительным условием о том, что после истечения этого срока будет действовать другой определенный период времени, если одна из договаривающихся сторон не предупредит о своем отказе от него в срок, предусмотренный в договоре. Такое условие можно назвать оговоркой об определенно – срочной автоматической пролонгации договора.

В двусторонних международных соглашениях о защите инвестиций условно – определенный срок формулируется обычно следующим образом: «Настоящее соглашение будет действовать в течение 15 лет. После этого срока оно будет оставаться в силе до истечения 12 месяцев с момента, когда одна из Договаривающихся Сторон письменно уведомит другую Договаривающуюся Сторону о своем намерении прекратить действие настоящего соглашения» (сроки предположительные. – Примеч. авт.).

Можно привести в качестве примера Договор между Российской Федерацией и Соединенными Штатами Америки о поощрении и взаимной защите капиталовложений: «Настоящий Договор... будет действовать в течение десяти лет и будет продолжать оставаться в силе

до тех пор, пока не будет прекращен в соответствии с пунктом 2 настоящей статьи» (ст. XIII). Далее в п. 2 этой же статьи записано: «Каждая из Сторон может, письменно уведомив другую Сторону по крайней мере за один год, прекратить действие настоящего Договора по истечении первоначального десятилетнего периода или в любое время после этого».

Аналогичная формулировка из Договора России со Швейцарией, также цитируемая в качестве примера, гласит: «Настоящее Соглашение... будет действовать в течение пятнадцати лет. Если письменное уведомление о прекращении действия настоящего Соглашения не будет передано по крайней мере за шесть месяцев до истечения этого срока, Соглашение будет считаться продленным еще на срок пять лет, и так в дальнейшем» (ст. 11).

Практически все соглашения Российской Федерации с другими государствами в сфере защиты инвестиций заключены на условно определенный срок действия. В абсолютном большинстве из них устанавливается 15-летний срок действия. Только в некоторых из них этот срок составляет 10 лет. В Соглашениях со Швейцарией, Польшей, Кубой и другими государствами предусматривается очередной десятилетний или пятнадцатилетний сроки. Кстати, Соглашение с Испанией в соответствии с зафиксированной в нем договоренностью может автоматически продлеваться только на последующие двухлетние периоды.

Несколько выделяется в этом отношении двусторонний договор Российской Федерации с Нидерландами. В нем записано, что он будет продлен только на 10-летний срок, т. е. речь в данном случае идет только о разовой пролонгации.

С точки зрения международного права продление срока действия международного права характеризуется тем, что содержание договора остается неизменным и лишь переносится дата его окончания. При этом пролонгация, т. е. продление срока договора, может иметь место не только в случае, когда цель договора не достигнута, но и тогда, когда договор сыграл положительную роль и стороны достигли желаемого эффекта.

Следует отметить, что пролонгация международного договора может иметь важное значение и требовать участия парламента того или иного государства, с которым Россия заключила соглашение о защите иностранных инвестиций. В международной практике в таких случаях принято заключать специальные соглашения о продлении срока действия договора и включать в них постановления о ратификации.

Соглашение с Канадой является единственным двусторонним договором Российской Федерации в сфере иностранных инвестиций, который не предусматривает конкретный срок действия: «Настоящее Соглашение будет оставаться в силе до тех пор, пока любая из Договаривающихся Сторон письменно не уведомит другую Договаривающуюся Сторону о своем намерении прекратить действие настоящего Соглашения по крайней мере за один год» (ст. 12).

Таким образом, данное Соглашение носит особый характер и является договором с неопределенным сроком действия. Договоры этого типа характеризуются тем, что срок их действия не обусловлен определенными датами, а поставлен в зависимость от наступления каких-либо событий или совершения действия. Таким действием в этом случае может стать денонсация договора.

Признанным правилом международного договора является правило неретроактивности договоров, согласно которому международные договоры обратной силы не имеют. Принцип неретроактивности договоров используется в современной договорной практике, содействуя упрочению доверия в международных отношениях. Но вопрос о юридической сущности принципа неретроактивности международных договоров в науке международного права мало изучен. Что касается отечественной науки, то данная проблема в юридическом контексте раньше практически не рассматривалась. В тех немногих работах, где этот вопрос был затронут, просто констатировалось, что признанным правилом международного дого-

вора является правило неретроактивности договоров: международные договоры обратной силы не имеют.

Первым трудом, в котором специально рассматривается данный принцип, стала монография Р. А. Каламкаряна. «Без определения границ эффективного применения норм во времени, – отмечает он, – невозможно обеспечить «правовую безопасность» сторон, под которой понимается стремление государств поддерживать порядок и стабильность во всех взаимоотношениях друг с другом»⁸⁷.

Принцип неретроактивности, т. е. когда «договоры не имеют обратной силы», является общепризнанным в теории и практике международного права. Данное положение закреплено также в статье 28 Венской конвенции о праве международных договоров. Однако конвенционная норма о том, что «положения договора не обязательны для участника договора в отношении любого действия или факта, которые имели место до даты вступления договора в силу для указанного участника, или в отношении любой ситуации, которая перестала существовать до этой даты», не всегда приемлема.

Данный принцип не запрещает участникам договора «по взаимному согласию» распространять его действие на события и факты, которые имели место до вступления его в силу, или на ситуации, которые перестали существовать до такой даты. Главное подтверждение этому мы находим в самом начале той же статьи 28 Венской конвенции, на которую только что ссылались: «...если иное намерение не явствует из договора или не установлено иным образом».

Участники рассматриваемых договоров по защите инвестиций на вполне законном основании установили ретроактивный принцип их применения. Другими словами, действие соглашений они распространили на инвестиционную деятельность, которая совершалась на территории договаривающихся сторон еще до вступления того или иного договора в действие. Причем стороны по взаимной договоренности распространили действие договора на факты, имевшие место задолго до вступления его в силу. Этот срок, когда договоры имеют обратную силу, достигает 30–40 лет.

Обратимся, например, к Соглашению между Правительством СССР и Правительствами Королевства Бельгии и Великого Герцогства Люксембург о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений: «Настоящее Соглашение будет применяться ко всем капиталовложениям, осуществленным на территории одной из Договаривающихся Сторон инвесторами другой Договаривающейся Стороны начиная с 1 января 1964 года» (ст. 12).

Аналогичный договор с Болгарией этот срок определяет с 1 января 1965 года, с Канадой – с 1 января 1950-го, с Нидерландами – с 1 января 1969-го и т. д. Интересно отметить, что наибольший срок применения ретроспективного принципа имеет Соглашение с Финляндией – с 1 января 1946 года.

В ряде соглашений принцип о том, что они имеют обратную силу, распространяется участниками без указания конкретной даты.

«Настоящее Соглашение будет применяться ко всем капиталовложениям, осуществленным до и после его вступления в силу, однако оно не будет применяться к каким бы то ни было срокам, касающимся капиталовложений, которые возникли, или к претензиям, касающимся капиталовложений, которые были урегулированы до вступления в силу настоящего Соглашения», – утверждает статья 12 Соглашения с Великобританией.

Особо подчеркнем, что некоторые договоры (с Испанией, Кубой, Румынией, Португалией) вообще не используют принцип ретроактивности.

Распространение действий договора по взаимному согласию на события и факты, которые имели место задолго до вступления его в силу (15–20, а то и 40–50 лет назад), логиче-

⁸⁷ Каламкарян Р.А. Фактор времени в праве международных договоров. – М., 1982. – С. 21.

ски вполне объяснимо. Как известно, процесс вложения зарубежных капиталов в различных формах и видах в экономику нашей страны имеет многолетнюю историю. Если посмотреть на сроки применения ретроактивного принципа, то наглядно видно, с какими странами СССР традиционно поддерживал двусторонние инвестиционные отношения. В их числе мы видим, например, Италию, Канаду, Болгарию, с которыми страну долгое время связывали проекты по долгосрочному экономическому сотрудничеству.

Еще одной особенностью рассматриваемых международных договоров является то обстоятельство, что они продолжают регулировать двусторонние инвестиционные отношения и после того, как истекает срок их действия. Это тоже обусловлено особым характером международных инвестиционных отношений, о котором только что говорилось. Вложение капиталов, а затем их освоение требуют большого отрезка времени. Естественно, рискуя своим капиталом, инвестор надеется на реальный срок для получения прибыли от осуществляемого им того или иного инвестиционного проекта. По этой причине, надо полагать, и введены особые условия в соглашения по защите капиталовложений.

«В отношении капиталовложений, сделанных до даты вступления в силу уведомления о прекращении действия настоящего Соглашения, положения статей 1–9 настоящего Соглашения будут оставаться в силе в течение дальнейших пятнадцати лет после этой даты», – предусматривает статья 1 °Соглашения с Австрией.

Такой же срок, т. е. 15–летнее продление на регулирование двусторонних инвестиционных отношений, законодательно закрепляют Соглашения с Бельгией (ч. 2 ст. 13), Великобританией (ст. 14), Грецией (ст. 12) и с другими государствами. Десятилетний срок устанавливают Соглашения с Испанией (ч. 2 ст. 11), Италией (ч. 2 ст. 15), Кубой (ч. 3 ст. 9) и др.

Наибольший срок в этом плане предусматривает Соглашение с Канадой: «В отношении капиталовложений, осуществленных до даты вступления в силу уведомления о прекращении действий настоящего Соглашения, положения статей с I по XIII включительно настоящего Соглашения будут оставаться в силе в течение двадцати лет» (ч. 3 ст. XIV).

Анализируя с точки зрения теории и практики современного международного права двусторонние соглашения в сфере иностранных инвестиций, нельзя пройти мимо вопроса: все ли международные договоры устанавливают нормы права?

Решение рассматриваемого вопроса затруднено ввиду отсутствия в науке международного права определения понятия «международно – правовая норма», которое получило бы более или менее широкое признание.

В современной зарубежной литературе многие различают договоры нормоустановительные и договоры – сделки, хотя некоторые зарубежные специалисты считают, что в принципе международные договоры являются правообразующими, так как они обязательны для всех участников.

В специальной отечественной литературе также бытуют различные точки зрения по поводу того, все ли международные договоры устанавливают международно – правовые нормы. Некоторые авторы утверждают, что имеется та или иная существенная разница между правоустановительными международными договорами и договорами – сделками. Другие считают, что любой правомерный международный договор, независимо от его содержания, круга участников, наименования, является источником международного права. Но аргументы как представителей первой точки зрения, так и сторонников второй, по мнению А. Н. Талалаева, вызывают споры. «Важнейшим признаком нормативного акта, – считает он, – является наличие в нем правовой нормы, которая им создается. Это положение общей теории государства и права относится в равной степени как к внутригосударственным, так и к международным актам. Следовательно, если международный договор устанавливает норму международного права, то он является нормативным актом, источником международ-

ного права. Только следуя этому пути, можно решить вопрос о международном договоре как источнике международного права»⁸⁸.

Далее А. Н. Талалаев отмечает, что с теоретической точки зрения международный договор является источником международного права, если он носит нормоустановительный характер. Следовательно, международный договор, который не содержит норм международного права, не может быть источником, т. е. формой образования его норм.

Что касается анализируемых соглашений – в свете вышеизложенного не может оставаться сомнений в том, что они носят нормоустановительный характер и являются полноправными источниками образования международно – правовых норм в сфере иностранных инвестиций.

Завершая международно – правовой анализ соглашений России с другими государствами о поощрении и взаимной защите капиталовложений, остановимся еще на одной важной их особенности. Дело в том, что многие из этих двусторонних договоров имеют прямую отсылку к нормам и общим принципам международного права. Так, в Соглашении с Канадой предусматривается: «Капиталовложениям или доходам инвесторов каждой из Договаривающихся Сторон всегда предоставляется справедливый и равноправный режим в соответствии с принципами международного права и им обеспечивается защита и безопасность на территории другой Договаривающейся Стороны» (ст. 3). В части предоставления общего режима прямую отсылку к нормам международного права предусматривают также Соглашение с Францией (п. 1 ст. 3), Договор с США (п. 2 ст. 2).

Отсылка к нормам и принципам международного права содержится также в той части двусторонних договоров, которая регулирует порядок разрешения инвестиционных споров. Например, в Соглашении с Венгрией и Францией предусматривается, что возможно обращение к международному арбитражу и что арбитражный суд принимает решения в соответствии с положениями Соглашения, а также с нормами и принципами международного права.

Западноевропейские юристы оценивают включение условий, содержащих прямую отсылку к международному праву, в двусторонние соглашения о защите иностранных инвестиций как одну из наиболее эффективных гарантий в указанных договорах. При этом, кстати, отмечается эффективность этой гарантии применительно к соглашениям со странами Восточной Европы, т. е. бывшими социалистическими странами.

⁸⁸ Талалаев А.Н. Юридическая природа международного договора. – С. 15.

§ 5. Система инвестиционного законодательства России

Сегодня система инвестиционного законодательства в России определяется многоаспектностью задач, стоящих перед законодателем. Поскольку единый законодательный акт кодификационного типа отсутствует, основу правового регулирования составляют несколько нормативных актов в ранге законов. Прежде всего это Гражданский кодекс. Именно он определяет основы для осуществления инвестирования, определяя правовое положение участников инвестирования, основания возникновения инвестиционных отношений ответственности и т. д. Однако совершенно права Н. Г. Семилютина, считая, что норм Гражданского кодекса недостаточно для описания механизма взаимодействия между инвестором и реципиентом инвестиций. Поэтому значительная нагрузка на федеральном уровне ложится на федеральные законы от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее – Закон об акционерных обществах), «О рынке ценных бумаг», о долевом участии в строительстве, от 5 марта 1999 г. № 46-ФЗ «О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг» (далее – Закон о защите прав инвесторов) и на Указ Президента Российской Федерации от 18 августа 1996 г. № 1210 «О мерах по защите прав акционеров и обеспечению интересов государства как собственника и акционера». Так, вопросы возникновения и динамики акционерных правоотношений регламентируются нормами не только Гражданского кодекса, но и Закона об акционерных обществах и Закона о рынке ценных бумаг.

Характерной чертой инвестиционного законодательства является то, что правовое регулирование осуществляется посредством нормативных актов, имеющих разную отраслевую принадлежность, когда возникающие в рамках инвестирования правоотношения испытывают на себе действие нескольких нормативных актов. Нельзя, например, говорить, о законности сделок с акциями без учета норм и правил Закона о конкуренции, если речь идет о приобретении 20 % и более акций и т. д. Соответственно, правовой анализ правоотношений, равно как и возникающих споров по поводу реализации прав участников этих отношений, не может быть проведен в ситуации игнорирования любого из них.

Несмотря на отсутствие единого кодификационного акта, вряд ли можно согласиться с авторами, выступающими за разработку инвестиционного кодекса. В таком акте, по мысли Ю. Ершова, могли бы содержаться разделы об инвестиционной деятельности, о привлечении капиталовложений в форме портфельных инвестиций, об осуществлении государственных инвестиций, разделы о концессиях, лизинге, о защите инвестиций российских инвесторов за рубежом, о двусторонних соглашениях, о поощрении и взаимной защите инвестиций и т. д. Такой подход, думается, не учитывает специфику инвестирования, и в сферу регулирования инвестиционным законодательством необоснованно втягиваются отношения, не являющиеся по своей природе инвестиционными: лизинговые, концессионные и т. д. При этом те авторы, которые предлагают такого рода проекты, забывают, что большинство вопросов, предлагаемых к решению через принятие инвестиционного кодекса, уже решено на уровне иных, специальных законов: об акционерных обществах, о рынке ценных бумаг и т. д. Например, из анализа норм Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 111-ФЗ «Об инвестировании средств для финансирования накопительной части трудовой пенсии в Российской Федерации» видно, что нормативным актом создается правовой режим аккумуляции и использования денежных средств в целях пенсионного обеспечения заинтересованного лица. Нормативным актом, в частности, устанавливаются правовые основы отношений по формированию и инвестированию средств пенсионных накоплений, определяются особенности правового положения, права, обязанности и ответственность субъектов и участни-

ков, а также устанавливаются основы государственного регулирования контроля и надзора в сфере формирования и инвестирования средств пенсионных накоплений и т. д. Таким образом, в нормативном акте учитываются особенности данного типа инвестирования, что не всегда возможно на уровне кодифицированного акта. В то же время основополагающий нормативный акт на рынке инвестиций необходим. И таким актом должен стать Закон о рынке ценных бумаг. Помимо решения задач построения единой нормативной базы регистрации инвестиционных предложений – акционерных, облигационных, строительных и т. д. – нормативный акт должен содержать запрет на публичное распространение любых инвестиционных предложений вне зависимости от его наименования, если потенциальным инвесторам предлагается вступить в отношения с организатором инвестирования без процедуры регистрации такого предложения, как это сегодня делается в отношении акций, облигаций, инвестиционных паев и т. д.

Важное значение в регулировании инвестиционных отношений имеют нормативные акты и иной отраслевой, нецивилистической принадлежности. Говоря об иной отраслевой принадлежности, мы имеем в виду в первую очередь нормы административно – правового характера. К ним относятся правила осуществления государственной регистрации выпуска эмиссионных ценных бумаг и проспектов ценных бумаг, выдачи лицензии профессиональным участникам рынка ценных бумаг, антимонопольное законодательство и другие. Не случайно О. А. Красавчиков подчеркивал, что «правовое регулирование общественных отношений осуществляется путем нормативного закрепления определенных правил поведения и посредством издания административных актов, способствующих оказать влияние на динамику конкретных гражданско – правовых отношений», а, как точно подметил В. В. Ровный, «целью административного управления можно считать пользу...». Такое положение вещей вызвано прежде всего тем обстоятельством, что рынок инвестиций относится к сфере экономики, где «государство использует приемы публично – правового регулирования для уравнивания позиций экономически сильной и экономически слабой сторон, вступающих между собой в договорные отношения». Одним из таких приемов и выступает использование административно – правовых средств.

Важное значение для инвестирования имеют и нормы бюджетного права. В частности, при эмиссии государственных и муниципальных ценных бумаг необходимо использовать нормы Бюджетного кодекса Российской Федерации и иные нормы бюджетного (финансового) права. Таким образом, правовой режим инвестирования складывается под воздействием в большей мере норм гражданского права, частично административного, а также иных отраслей права: бюджетного и налогового. Поэтому, соглашаясь в целом с распространенным утверждением о том, что инвестиционное законодательство – это комплексная отрасль законодательства, объединяющая нормы различной отраслевой принадлежности, в то же время нельзя не отметить приоритетное значение гражданского законодательства.



Ряд авторов предлагает ввести в научный и правоприменительный оборот термин «инвестиционное право». Так, А. Г. Богатырев выделяет инвестиционное право как институт отрасли международного права, «совокупность юридических норм, регулирующих инвестиционные отношения в условиях существования внутреннего и международного рынка инвестиций». При этом А. Г. Богатыревым была предложена также структура инвестиционного права с выделением общей и особенной части.

В свою очередь, И. И. Лукашук пишет о международном инвестиционном праве, под которым понимает подотрасль международного экономического права, принципы и нормы которой регулируют отношения государств по поводу капиталовложений. О необходимости признания международного инвестиционного права как комплексной отрасли права говорит в своей работе И. З. Фархутдинов. Сделаны попытки обосновать необходимость моделирования инвестиционного права и на уровне национального (не международного) права. По мысли С. П. Мороз, инвестиционное право представляет собой «цельное правовое образование, отличающееся единством составляющих его институтов, объединяющее нормы различных отраслей права». Соответственно, продолжает автор, «инвестиционное право является комплексной отраслью права, сосуществующей наряду с основными отраслями права (гражданским, уголовным, административным, трудовым, процессуальным), и занимает особое место в системе права». Считаю необходимым привести возражения против такого подхода.

Известно, что выделение отрасли права возможно по различным основаниям. При этом «основой отрасли может быть не любая группа общественных отношений, а такая, которая обуславливает специфику правового воздействия». Отрасли права преимущественно выделяются на основании двух основных критериев: предмета правового регулирования и метода правового регулирования. При этом предмет отрасли должен обладать отличительными признаками, не схожими с отношениями, которые регулируются в рамках иной отрасли. В равной мере это касается и метода правового регулирования. В теории права к двум названным основаниям классификации добавляют функции, которые выполняет та или иная отрасль права в общей системе права. Используются и иные критерии.

Как уже отмечалось, инвестиционные отношения могут быть объединены в единую группу только условно. Поскольку нет такой совокупности отношений, значит, нет и такого предмета, который мог бы составить предмет регулирования инвестиционного права. В данном случае автор присоединяется к традиционно сложившейся в цивилистике точке зрения, а именно: имущественные отношения – в том числе это касается и тех, что возникают в рамках инвестирования – не могут регулироваться единой самостоятельной отраслью права. Они регулируются разными отраслями права. Именно поэтому инвестиционное право не имеет самостоятельного предмета и метода правового регулирования и не может быть признано в качестве самостоятельной отрасли права.

Поскольку юридические конструкции как схемы, модели построения нормативного материала определяются законодательством, то вопрос о гражданско – правовых началах и природе инвестиционного законодательства – это, в конечном итоге, и вопрос о гражданско – правовой природе и началах самих инвестиционных конструкций. Выделив основные начала инвестиционного законодательства, мы тем самым сможем определить и основные начала инвестиционных конструкций как с позиции их отраслевой природы, так и их содержания. Не секрет, что в юридической литературе инвестированию иногда отказывают в цивилистической принадлежности, видя здесь в большей мере публично – правовые отношения.



Как отмечает Е. Г. Комиссарова в диссертационной работе, посвященной основным началам гражданского законодательства⁸⁹, основные идеи гражданского законодательства – это «выкристаллизовавшиеся в процессе законотворчества основополагающие, заглавные идеи, имеющие характер фундаментальных и опорных для гражданско – правового регулирования и несущие в своем содержании информацию о способах, свойствах и признаках правового регулирования в сфере имущественных и личных неимущественных отношений». Как известно, Гражданский кодекс Российской Федерации в статье 1 к основным началам гражданского законодательства относит: равенство участников гражданских правоотношений, неприкосновенность собственности, свободу договора, недопустимость произвольного вмешательства в частные дела, беспрепятственное осуществление гражданских прав, обеспечение нарушенных прав и их судебную защиту. По мнению Е. Г. Комиссаровой, из указанного перечня к основным началам можно отнести только три: равенство участников, свободу договора, гражданских правоотношений и судебную защиту. Кроме того, указанный автор включает и такое начало, как недопустимость злоупотребления гражданскими правами. По мысли Л. В. Щенниковой, таких начал – принципов шесть: автономия воли, свобода усмотрения в реализации гражданских прав, сочетание частных и публичных интересов, невмешательство государства в частные дела, принцип добросовестности и восстановительного характера гражданско – правовой ответственности; у А. Л. Маковского мы находим только два: равенство участников и диспозитивность. Существуют и иные предложения относительно количества основных начал – принципов.

Поскольку принципы могут быть определены как основные идеи законодательства, отражающие его смысл, характеризующие сущность и содержание права, его строение и весь процесс применения, то в качестве таковых могут быть рассмотрены следующие шесть основных начал, или принципов, которые, по нашему мнению, наиболее точно характеризуют гражданское законодательство (не случайно Л. В. Щенникова фактически ставит знак равенства между принципами права и принципами законодательства, поскольку «предполагается обязательное их (т. е. принципов) нормативное закрепление»).

Юридическое равенство сторон, автономия воли в качестве принципа либо черты метода гражданско – правового регулирования признаются многими учеными, что совершенно справедливо. Принцип равенства участников отношений нашел свое закрепление и развитие во всех без исключения перечисленных выше нормативных актах инвестиционного законодательства. Юридическое равенство участников инвестирования проявляется в том, что акционерные, облигационные, пенсионные и т. д. отношения строятся не на основе власти и подчинения. В частности, статья 817 ГК РФ определяет, что государственные и муниципальные займы являются добровольными и т. д. Именно по этому признаку ранее такая конструкция, как финансирование, была отграничена от конструкции инвестирования.

Представляется, что свобода предпринимательства и договора, предполагающая «не только свободу выбора видов договоров, но и свободу вступления в правоотношения без выполнения предварительных условий» и свободу усмотрения в реализации гражданских

⁸⁹ Цивилистическая литература, посвященная проблемам принципов гражданского права, основных начал законодательства, многочисленна, что неудивительно, учитывая значимость данных проблем для цивилистики. В разное время этому были посвящены работы О.А. Красавчикова, В.Ф. Яковлева, А.Л. Маковского, Е.Г. Комиссаровой и других ученых.

прав, – по существу это один и тот же принцип. Свобода договора, органично связанная с принципом равенства участников отношений, со всей определенностью проявляется и в инвестировании. Участники отношений в рамках, установленных нормативными актами, сами определяют для себя возможности вступления в правоотношения, они свободны в формировании содержания правоотношений и т. д. В то же время нельзя не отметить наличие в действующем законодательстве норм, которые не в полной мере соответствуют указанному принципу. Речь идет о так называемом принудительном выкупе акций, положение о котором сегодня содержится в акционерном законодательстве.

Статьей 84.7 Закона об акционерных обществах установлено, что лицо, которое приобрело 95 % акций, вправе выкупить у акционеров – владельцев акций открытого общества, а также у владельцев эмиссионных ценных бумаг, конвертируемых в такие акции открытого общества, указанные ценные бумаги. Конечно, законом установлены процедуры, позволяющие максимально учесть интересы акционеров, владеющих остальными 5 % акций. В частности, заинтересованное лицо вправе направить в открытое общество требование о выкупе указанных ценных бумаг только в течение шести месяцев с момента истечения срока принятия добровольного предложения о приобретении всех ценных бумаг открытого общества, или обязательного предложения, в результате которого было приобретено не менее чем 10 % общего количества акций открытого общества. Кроме того, определено, что выкуп ценных бумаг осуществляется по цене не ниже рыночной стоимости выкупаемых ценных бумаг, которая должна быть определена независимым оценщиком, а нижний предел определяется законодательно. Более того, владелец ценных бумаг, не согласившийся с ценой выкупаемых ценных бумаг, вправе обратиться в арбитражный суд с иском о возмещении убытков, причиненных в связи с ненадлежащим определением цены выкупаемых ценных бумаг.

Однако сама по себе возможность принудительного выкупа ценных бумаг – акций и других – представляется не соответствующей принципу свободы договора, отступления от которого, допускаемые действующим законодательством, во – первых, достаточно редки, и во – вторых, используются законодателем для охраны интересов слабой стороны, например потребителей в конструкции публичного договора и ряде иных. Кроме того, указанное правило не соответствует общей направленности инвестиционного законодательства, поскольку не способствует охране и реализации интересов инвесторов.

На принципе сочетания частных и публичных интересов основано не только гражданское, но и инвестиционное законодательство. Каждый участник рынка инвестиций – инвестор, организатор инвестирования, профессиональный участник рынка ценных бумаг⁹⁰ – имеет собственный, отличный от иных участников интерес, что не исключает и наличие публичного интереса в сфере инвестирования.

Публичный интерес в научной литературе определяется как интерес всего населения, всего общества, т. е. публичный интерес – это во многом абстрактная категория, так как отсутствует субъект, олицетворяющий такой интерес. Не случайно Ю. А. Тихомиров пишет: «Публичный интерес есть официально признанный государством и обеспеченный правом интерес социальной общности»⁹¹. Сущность публичного интереса заключается в том, что он является совокупным выражением интересов, как правило, большинства граждан, проживающих в государстве или на определенной территории, и состоит в «улучшении не только экономической, но и социальной ситуации». Поэтому применительно к инвестиционному процессу публичный интерес должен состоять в создании и улучшении так называемого инвестиционного климата, т. е. социально – правовой ситуации, при которой инвестирова-

⁹⁰ Интерес профессиональных участников рынка инвестиций – брокеров, фондовых бирж и т. д. – состоит в получении дохода от оказываемых ими услуг.

⁹¹ Тихомиров Ю.А. Закон, стимулы, экономика / Под ред. Л.А. Плехановой. – М.: Юрид. лит., 1989.

ние происходит при минимальных рисках как инвесторов, так и иных участников инвестирования. Последнее достигается прежде всего через обеспечение соответствующего правового режима инвестирования, в том числе «придания публичной значимости частным интересам», что, по мнению В. Ф. Яковлева⁹², является неотъемлемым признаком, характеризующим качество правового государства. Последнее не вызывает сомнения, поскольку совокупные действия инвесторов и организаторов инвестирования, других участников создают в итоге улучшение экономической и социальной ситуации как в отдельном регионе, так и в стране в целом. В связи с этим прав Я. А. Курбатов⁹³, отмечая, что «в основе преодоления противоречий всех субъектов должен лежать основополагающий принцип: государству в лице правотворческих органов надлежит стремиться к тому, чтобы соблюдение публичных интересов было выгодно каждому носителю частного интереса». По справедливому мнению С. В. Михайлова, «границы вмешательства государства в частные правоотношения, а значит, в процесс реализации частных интересов, объективно ограничены интересами общества (публичными интересами)»⁹⁴.

Сама юридическая конструкция инвестирования нацелена на то, чтобы обеспечить не только интересы организатора инвестирования и инвесторов, но и, в конечном итоге, интересы всего общества, заинтересованного в развитии экономики, производства, что невозможно без частных инвестиций. Именно этим принципом обусловлено существование норм инвестиционного законодательства о государственной регистрации инвестиционных предложений: выпуска ценных бумаг, лицензировании деятельности профессиональных участников и др.

Представляется, что принципы добросовестности и недопустимости злоупотребления гражданскими правами во многом совпадают по своему содержанию, по своей идее, поскольку законодатель исходит из презумпции именно добросовестности, разумности действий участников гражданского оборота. Иллюстрацией реализации принципа недопустимости злоупотребления гражданскими правами может служить норма Закона об акционерных обществах, устанавливающая правило, что решение общего собрания акционерного общества может быть признано недействительным только в том случае, если помимо фактов нарушения закона акционер может доказать, что таким решением нарушены и его интересы. Это исключает удовлетворение исков, поданных исключительно с целью парализовать деятельность акционерного общества.

Что касается реализации принципа восстановительного характера гражданско – правовой ответственности в сфере инвестирования, то примером здесь могут служить, в частности, нормы статьи 835 ГК РФ, статьи 26 «Недобросовестная эмиссия» Закона о рынке ценных бумаг и ряда иных нормативных актов. Судебная защита нарушенных прав⁹⁵ участников инвестирования закреплена в целом ряде нормативных актов, среди которых законы об акционерных обществах, о защите прав инвесторов.

Таким образом, очевидно, что инвестиционные конструкции, закрепленные в российском законодательстве, в полной мере функционируют именно на гражданско – правовых началах. Это подтверждает анализ как действующего инвестиционного законодательства, так и практики его применения. Говоря об основных началах инвестиционного законодательства и, соответственно, инвестиционных конструкций как гражданско – правовых, мы

⁹² Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. 2-е изд. – М.: Статут, 2006.

⁹³ Курбатов Я.А. Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности. – М.:ЮрИнфор, 2001. – С. 72. Михайлов С.В. Категория интереса в российском гражданском праве. – М.: Статут, 2002. – С. 54.

⁹⁴ Михайлов С.В. Указ. соч. – С. 54.

⁹⁵ В то же время, надо полагать, судебная защита вряд ли может быть рассмотрена в качестве принципа только гражданского права, поскольку такую же форму защиты нарушенного права можно встретить и в иных отраслях.

тем самым подчеркиваем, что именно такие начала определяли их суть, смысл и содержание, обеспечивая функционирование указанных конструкций с использованием механизмов и правовых средств, присущих гражданскому праву.

Глава 3

Инвестиционные правоотношения

§ 1. Понятие и особенности инвестиционных правоотношений



Правоотношение – общественное отношение либо группы этих общественных отношений, которые регулируются правовыми нормами данной отрасли права.

Инвестиционные правоотношения представляют собой совокупность общественных отношений, возникающих по поводу привлечения, использования и контроля за инвестициями и осуществляемой инвестиционной деятельностью, а также отношения, связанные с ответственностью инвесторов за действия, противоречащие законодательству.

В целях исследования поставленного вопроса следует выделить ряд специфических признаков инвестиционных правоотношений, обусловленных рядом обстоятельств.

1. Инвестиционные отношения возникают, как правило, в связи с осуществлением инвестиционной деятельности, т. е. вложением инвестиций и осуществлением практических действий в целях получения прибыли и (или) достижения иного полезного эффекта.

2. Основанием возникновения инвестиционных отношений является договор (соглашение) между инвесторами и (или) государством.

3. В предусмотренных действующим законодательством случаях государство вправе ограничивать инвестиционные правоотношения путем запрета на участие в них отдельных субъектов (иностранных инвесторов) или запрета на осуществление отдельных видов предпринимательской деятельности. Необходимо отметить также, что в соответствии с установленным законодательством, действующим на территории России, государство определяет условия пользования землей и другими природными ресурсами.

4. Инвестиционные правоотношения обеспечиваются административными формами государственной деятельности по привлечению инвестиций, т. е. введением системы налогов с дифференцированием налоговых ставок и льгот; предоставлением финансовой помощи в виде дотаций, субсидий, субвенций, бюджетных ссуд на развитие отдельных территорий, отраслей, производств; проведением финансовой и кредитной политики, политики ценообразования (в том числе выпуском в обращение ценных бумаг), амортизационной политики.

5. Споры в инвестиционных правоотношениях разрешаются как во внесудебном, так и в судебном (арбитражном) порядке. В некоторых случаях, если такое положение установлено договором или международным соглашением, субъекты инвестиционных отношений вправе непосредственно обращаться за разрешением спора в международные судебные органы.

Центральным элементом любой юридической конструкции являются права и обязанности, возникающие у соответствующих субъектов, точнее, их «типовое построение». Формой, в которой возникают, живут и осуществляются субъективные права как средство удовлетворения разнообразных интересов граждан, юридических лиц государственных и муниципальных образований, является гражданское правоотношение. Значит, и интересы участников инвестирования также реализуются через участие в соответствующих правоотношениях, возникающих между лицом, осуществившим инвестирование имущества (инвестором), и лицом, принявшим и использующим средства инвестирования – организатором инвестирования. Возникающие на основании договоров инвестиционные правоотношения следует классифицировать следующим образом:

- членские правоотношения или участия;
- правоотношения обязательственного характера.

К членским правоотношениям относятся:

- корпоративные правоотношения;
- отношения членства в жилищном накопительном кооперативе.

К правоотношениям обязательственного характера относятся:

- правоотношения, возникающие из облигационного займа (ст. 807 ГК РФ);
- правоотношения, возникшие из договора банковского вклада (ст. 834 ГК РФ);
- правоотношения, возникшие из «пенсионного» договора;
- правоотношения, возникающие из договоров долевого участия в строительстве многоквартирных жилых домов и иной недвижимости (ст. 4 Закона о долевом участии в строительстве);
- правоотношения, права инвестора в которых удостоверяются инвестиционным паем (ст. 14 Закона об инвестиционных фондах).

Инвестиционные отношения иногда выделяют в самостоятельную группу отношений. Представляется, квалификация инвестиционных отношений как самостоятельных будет не совсем точна, поскольку в основании возникновения указанных правоотношений – членских и обязательственных – лежат договоры, имеющие различную правовую природу. В данном случае прав Г. В. Цепов, говоря о том, что деление договоров на инвестиционные и неинвестиционные носит не более чем вспомогательный характер. «Разница между инвестиционной и неинвестиционной сделкой заключается, следовательно, в мотиве ее совершения, но не в ее основании», – отмечает указанный автор⁹⁶. По существу, речь идет о комплексе неоднородных, различных по своей природе правоотношений, и говорить о существовании самостоятельной группы инвестиционных отношений, такой как, например, обязательственные правоотношения, не представляется возможным. Термин «инвестиционные правоотношения» в данном случае использован как достаточно условный. Объединяет вместе инвестиционные отношения два обстоятельства.

Во – первых, это цель, с которой субъекты вступают в отношения, поскольку посредством участия в таких отношениях происходит реализация инвестиционного интереса. И при этом иные, неинвестиционные отношения, не могут быть использованы для данной цели.

Во – вторых, для таких отношений характерно наличие у инвестора только одной обязанности: передать организатору инвестирования инвестиции – как правило, денежные средства (за исключением договора займа, что определяется его реальным характером как сделки).

⁹⁶ См.: Цепов Г.В. Инвестиции в строительство: проблемы гражданско-правового регулирования // Юридический мир. – 2001. – № 2. – С. 34.

Далее детально исследуем четыре группы отношений, а именно – акционерные правоотношения; заемные облигационные правоотношения; правоотношения, возникающие из договора долевого участия в строительстве, некоторые иные. При этом основное внимание будет уделено первым трем группам. Выбор указанных отношений обусловлен следующими причинами. Во – первых, это наиболее распространенные отношения на рынке инвестирования, во – вторых, они наиболее сложны как по своей структуре, так и по основаниям возникновения. Соответственно, иные инвестиционные отношения будут рассмотрены в меньшем объеме.

§ 2. Правоотношения, возникающие в процессе долевого участия в строительстве

Инвестирование в строительную деятельность, создание недвижимости – один из существенных сегментов рынка инвестиций. Так, по некоторым оценкам, инвестиции в недвижимость, например в США, достигают 10 % внутреннего продукта⁹⁷. Не является здесь исключением и наша страна, где строительство, создание объектов недвижимости на сегодня – одна из важнейших отраслей экономики.

При этом, как правило, создание недвижимого объекта осуществляется с участием в той или иной мере многих субъектов. Практика строительства зданий и сооружений, прежде всего многоквартирных жилых домов, офисных зданий, выработала несколько разновидностей договорных связей, возникающих между участниками строительства, в связи с чем В. В. Мельником была предложена заслуживающая внимания классификация договорных связей, возникающих при строительстве недвижимости с участием нескольких лиц, учитывающая способ, посредством которого денежные средства попадают непосредственно к подрядчику:

во – первых, это договоры, по условиям которых денежные средства дольщиков принимает непосредственно строительная организация, предоставляя им помещения после завершения работ;

во – вторых, договоры, в соответствии с которыми денежные средства дольщиков принимает организация, выполняющая функции заказчика в подрядном договоре и предоставляющая дольщикам помещения после завершения работ;

в – третьих, договоры, согласно которым организации – дольщики и подрядчики – обязуются совместно участвовать в строительстве многоквартирного дома.

Исходя из анализа возникающих договорных связей можно утверждать, что не все возникающие в результате заключения таких договоров правоотношения можно квалифицировать как инвестиционные. Представляется, что к инвестиционным относятся отношения, возникающие на основании договоров первого и второго типа. Договоры третьего типа не порождают инвестиционных отношений, поскольку в этом случае все субъекты долевого строительства непосредственно участвуют в достижении общей цели: создании объекта, и, соответственно, отсутствует важнейший признак инвестирования – получение результата усилиями иных лиц, отличных от инвестора, как это было определено в работе ранее.

Иногда ошибочно к категории инвестиционных контрактов причисляются договоры, заключаемые между муниципальными образованиями и застройщиками, суть которых сводится к следующему: застройщик обязуется построить соответствующее сооружение на территории города и после окончания строительства передать в собственность города часть построенной площади. Муниципальное образование, в свою очередь, обязуется выделить земельный участок для строительства, оказать иное необходимое содействие в строительстве. Следует заметить, что такая практика широко известна и в других городах, в частности в г. Екатеринбурге. Цель такого договора очевидна: используя свои властные функции, прежде всего в отношении распоряжения земельными участками, муниципальное образование понуждает застройщика передать в свою собственность недвижимое имущество либо осуществить иную деятельность в интересах муниципального образования, при этом само муниципальное образование не вкладывает никаких средств в процесс создания имущества,

⁹⁷ Долевое участие – одна из особенностей строительного рынка именно для России. В США и Европе, как правило, денежное обеспечение строительства осуществляет банк через механизм кредитного договора с застройщиком-заказчиком, соответственно, там денежные средства не привлекаются по долевого принципу.

а застройщик лишен возможности выбора модели поведения. Следовательно, говорить в данном случае об инвестиционной природе такого договора не приходится.

Привлечение средств в строительство, создание жилых домов, другой недвижимости по своей инвестиционной природе не отличается от привлечения денежных средств инвесторов посредством участия в инвестиционных фондах. Общим признаком для такого рода инвестирования выступает то, что инвестор осуществляет инвестирование денежных средств в деятельность субъекта, усилиями которого осуществляется сбор инвестиций. При этом предложения о долевом участии, как правило, делаются публично, среди заранее не ограниченного круга лиц. Организатором инвестирования обычно является субъект, который выполняет функции заказчика по договору строительного подряда. Таким образом, долевое участие характеризуется следующими отличительными признаками:

- правоотношения, возникающие на основании договора долевого участия, имеют обязательственно – правовую природу, так как у лица, получившего инвестиции, теперь есть обязанность выполнить в пользу инвестора определенные условиями обязательства действия, передать право собственности на недвижимое имущество инвестору; при этом такие отношения не являются заемными, поскольку отсутствует обязанность вернуть полученную сумму денежных средств;

- строительство или создание объекта осуществляет не инвестор, а организатор инвестирования либо иное лицо, действующее на основании договора с организатором;

- организатор объединяет инвестора со средствами других инвесторов;

- инвестор ожидает получения права собственности на квартиру или иную недвижимость, стоимость которой, как правило, выше суммы вложений на ее строительство, т. е. можно говорить о доходе – выгоде инвестора;

- вложение связано для инвестора с риском потерь вложенных средств, так как реализация инвестиционных проектов по развитию недвижимости связана с многообразными рисками, их успешность зависит от профессионального подхода к решению проблем, таких, как привлечение финансовых ресурсов, организация процесса реализации проекта.

Характерно, что в зарубежной практике указанная форма инвестирования получила наименование «участие в интересе». Формы участия в интересе могут быть разными. Так, в деле Австралийской лесной компании, рассмотренном Верховным судом Австралии, в качестве указанного интереса было определено право участия в программе разведения деревьев. В другом деле – Хоум Эвэй (Home Away), также рассмотренном австралийским судом, право участия в программе строительства жилья, весьма похожее на участие в долевом строительстве, также было квалифицировано как «описанный» интерес. На наш взгляд, два последних судебных решения важны для квалификации возникающих долевых отношений как инвестиционных по двум причинам.

Во – первых, суд установил, что инвестиционные отношения могут быть замаскированы под отношения, которые, на первый взгляд, не имеют ничего общего с инвестиционной сферой, денежными обязательствами и т. д. Суд, однако, руководствовался анализом не формы, в которую была облечена деятельность организатора, а содержания отношений.

Во – вторых, важно то, что доход от инвестирования может быть не только в деньгах, но и в виде имущества (деревья, жилые помещения и т. д.). Таким образом, долевое инвестирование не ограничивается только строительством недвижимости, оно возможно и в иных сферах. В то же время именно инвестирование в строительство стало на сегодня наиболее распространенным типом долевого инвестирования, что в конце концов заставило законодателя обратить внимание на указанный сегмент рынка инвестиций и повлекло принятие соответствующего нормативного акта в ранге Закона о долевом участии в строительстве.

Правовая природа договоров долевого участия в строительстве. Анализ отношений по долевому участию в строительстве жилого дома предполагает прежде всего необходимость определения правовой природы договора, лежащего в основании возникновения соответствующих правоотношений⁹⁸. Известно, что ранее, до принятия Закона о долевом участии в строительстве, на практике такие договоры именовались различным образом: финансирование строительства жилья, договор об инвестировании, договор о приобретении жилья в совместной деятельности, приобретение квартиры по возмездному договору, в том числе с трудовым участием гражданина – дольщика, купли – продажи квартиры с рассрочкой платежа, безвозмездной передачи квартиры в собственность, уступки требования (цессии) и др. Наиболее часто использовалось словосочетание «договор долевого участия», а также «договор о долевом инвестировании», «о совместной деятельности в строительстве дома», «о долевом участии в инвестициях в строительство дома».

Относительно правовой характеристики договора в литературе развернулась дискуссия, обусловленная разнообразием взглядов на данную проблематику. В частности, возможность возникновения здесь подрядных отношений не отрицают судебные органы⁹⁹. Так ли это?



В силу статьи 702 ГК РФ **по договору подряда** одна сторона (подрядчик) обязуется выполнить по заданию другой стороны (заказчика) определенную работу и сдать ее результат заказчику, заказчик обязуется принять результат работы и оплатить его. По договору строительного подряда подрядчик обязуется в установленный договором срок построить по заданию заказчика определенный объект либо выполнить иные строительные работы, а заказчик обязуется создать подрядчику необходимые условия для выполнения работ, принять их результат и уплатить обусловленную цену.

При этом по смыслу норм Гражданского кодекса заказчик вступает в правоотношения по строительству непосредственно с подрядчиком – организацией, осуществляющей строительство, – однако при долевом участии в строительстве отсутствует правовая связь с лицом, осуществляющим строительство, – с подрядчиком.

Вместе с тем, несмотря на схожесть с подрядным, договор долевого участия не является подрядным по ряду оснований. Прежде всего обращает на себя внимание то, что инвестор – дольщик не имеет правовой возможности определять деятельность лица, получившего инвестиции, а подрядчик при создании объекта не действует по заданию инвестора. Не случайно в статье 2 Закона о долевом участии в строительстве сказано, что застройщик – это лицо, которое привлекает денежные средства участников не только для строительства, но и для создания домов или иных объектов. Как правило, застройщик выступает заказчиком по договору строительного подряда. Можно сказать и так: участник долевого строительства не заказывает работу, в том числе проект задания, он только присоединяется к тому, что опре-

⁹⁸ В данном случае речь идет только о долевом участии граждан и юридических лиц при инвестировании средств в строительство многоквартирных жилых домов, гаражных комплексов и т. д. Иные правовые конструкции, например совместное участие трех организаций в постройке зданий и сооружений, рассматриваться не будут.

⁹⁹ См.: Обобщение практики рассмотрения судами Российской Федерации дел по спорам между гражданами и организациями, привлекающими денежные средства граждан для строительства многоквартирных жилых домов, от 19 сентября 2002 г. // Бюллетень ВС РФ. – 2003. – № 2.

делил сам застройщик. Вместе с тем именно указанный признак является одним из определяющих для квалификации договора подряда (ст. 702 ГК РФ).

Кроме того, как верно подмечено в литературе, если предположить, что инвестиционный договор может квалифицироваться как договор строительного подряда, то в качестве объекта строительных работ в этом договоре должна указываться только часть объекта недвижимости, которую инвестор заказывает, оплачивает и принимает от подрядчика... Другой автор справедливо добавляет, что «квартира, являющаяся предметом договора долевого участия, строится за рамками и вне зависимости от заключения конкретного договора долевого участия. Более того, дольщик часто присоединяется на этапе, когда строительство дома практически завершено. Утверждение, что договор долевого участия является договором подряда на строительство отдельной квартиры, также представляется несколько странным, так как нельзя построить квартиру на пятом этаже без строительства всего здания». Нельзя забывать и о том, что, поскольку объектом строительства выступает не отдельная квартира, а многоквартирный жилой дом, на стороне кредитора выступает множество лиц – дольщиков, а это представляется невозможным в конструкции договора подряда. Нельзя не отметить, что в договоре отсутствуют такие обязанности, как предоставление земельного участка, и ряд других.

Другие авторы исходят из возможности квалифицировать договоры долевого участия как договоры о совместной деятельности¹⁰⁰. В соответствии со статьей 1041 ГК РФ по договору простого товарищества (договору о совместной деятельности) двое или несколько лиц (товарищей) обязуются соединить свои вклады и совместно действовать без образования юридического лица для извлечения прибыли или достижения иной, не противоречащей закону цели. Значит, для договора простого товарищества (совместной деятельности) характерны такие основные признаки:

- наличие вкладов участников;
- ведение совместной деятельности товарищей (ст. 1041 ГК РФ);
- цель совместной деятельности – извлечение прибыли или иная, не противоречащая закону.

Как верно замечает А. Б. Савельев, «договор совместной деятельности иногда оценивается неправильно в силу того, что стороны предусматривают в рамках этого договора осуществление какой-либо деятельности, которая внешне походит на деятельность в рамках других договоров»¹⁰¹. Действительно, при строительстве посредством долевого участия осуществляется вложение средств физических и юридических лиц в деятельность по строительству жилого дома (домов), однако при этом отсутствует совместная деятельность инвесторов и лица, получающего средства.



В литературе высказана справедливая точка зрения о том, что нормообразующий признак классификации обязательств заключается в их направленности. В договоре простого товарищества должна присутствовать общая цель, поскольку «участники обязуются соединить свои вклады и

¹⁰⁰ См.: Романец Ю.В. Как квалифицировать договоры долевого участия в строительстве // Хозяйство и право. – 2000. – № 3. – С. 74–76.

¹⁰¹ Савельев А.Б. Договор простого товарищества / В кн.: Актуальные проблемы гражданского права. – М.: Статут, 1998. – С. 296.

совместно действовать для достижения общей хозяйственной цели», на что обратил внимание О. С. Иоффе¹⁰².

При долевом участии у инвесторов и застройщиков общая цель отсутствует. Инвестор заинтересован получить имущество в собственность в виде квартиры (выгоду), застройщик заинтересован привлечь инвестиции для развития своей деятельности, которая должна в итоге принести прибыль. На существенное противоречие указал С. Фокин, заметив, что договор простого товарищества не может быть связан с предпринимательской деятельностью для одной стороны (застройщика) и не связан для другой (дольщика), с чем нельзя не согласиться¹⁰³. Таким образом, представляется, что договор, заключаемый между застройщиком многоквартирного жилого дома и инвесторами и именуемый обычно как договор долевого участия, не является договором о совместной деятельности, поскольку ему не присущи признаки указанного договора.

Рассматривая далее подходы к квалификации договора, взгляды на договор участия в долевом строительстве, следует присоединиться к позиции авторов, полагающих, что договор не может быть квалифицирован и как договор купли – продажи. Другое дело, что не все аргументы, приводимые в пользу такой позиции, нашли сегодня подтверждение в законе. В литературе отмечалось, что анализируемый договор не является куплей – продажей прежде всего из-за невозможности согласования предмета договора, что, как известно, является существенным условием купли – продажи жилого помещения. Впрочем, было высказано в литературе и иное мнение, в частности, В. В. Витрянским сделано предположение, что это может быть договор продажи с предоплатой¹⁰⁴.

Сегодня Закон о долевом участии в строительстве определяет в качестве существенного условия договора участия в долевом строительстве необходимость определения подлежащего передаче конкретного объекта долевого строительства. Такой объект определяется в договоре в соответствии с проектной документацией застройщиком после получения им разрешения на ввод в эксплуатацию многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости. Значит, отличие от договора купли – продажи кроется в другом, а именно – в природе обязательства, взятого на себя застройщиком. Законодатель определил, что в обязанности застройщика входит создание вещи, т. е. строительство своими силами и (или) с привлечением других лиц многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости и передача его участнику долевого строительства. Таким образом, в отличие от покупателя, участник долевого строительства ожидает в первую очередь от застройщика действий по созданию вещи. При этом договором определяется срок такого ожидания. Хотя предметом договора купли – продажи может быть вещь, созданная продавцом или иным лицом, в том числе в будущем (ст. 455 ГК РФ), продавец не принимает на себя обязанности по ее созданию.

Кроме того, конструкция взаимоотношений между застройщиком и дольщиком – инвестором смоделирована законодателем так, что право собственности дольщика на объект является первоначальным, а не производным от права застройщика. Последнее видно, в частности, из анализа статьи 16 Закона о долевом участии в строительстве, где сказано, что у участника строительства «при возникновении права собственности на объект возникает и доля в праве собственности на общее имущество».

В отношении возможности признания такого договора предварительным приведем высказывание Б. В. Муравьева: «...инвестиционный договор на момент его заключения уже

¹⁰² Иоффе О.С. Советское гражданское право: В 2 т. – Л.: ЛГУ, 1961. – Т. 2. – С. 457.

¹⁰³ Фокин С. Договор долевого имущества в строительстве // Закон. – 2003. – № 6. – С. 121.

¹⁰⁴ Витрянский В.В. Стенограмма семинара «Актуальные проблемы применения гражданского законодательства и законодательства о банкротстве в практике Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации с участием С.С. Алексеева и В.В. Витрянского от 15 июня 2001 г.» // Цивилистическая практика. Вып. 4. – Екатеринбург, 2002. – С. 53.

содержит условие о размере и порядке уплаты цены объекта недвижимости, в отношении которого планируется в будущем заключить договор купли – продажи. По существу, – делает справедливое заключение автор, – такой инвестиционный договор является основным договором...»¹⁰⁵. Не может договор квалифицироваться и как агентский договор. Основное отличие видится в том, что агент вначале получает определенное задание и в целях его выполнения заключает сделки, тогда как в долевом участии правообладатель на момент заключения договора долевого участия уже заключил одну или несколько сделок, направленных на получение объекта недвижимости себе в собственность.

Правоотношения между инвестором и инвестиционной компанией регулируются гл. 39 ГК РФ и представляют собой возмездное оказание услуг, а именно: исполнитель – компания обязуется по заданию заказчика – гражданина оказать услуги, совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность, а заказчик обязуется оплатить эти услуги. В свою очередь, обозначенные признаки договора с учетом их специфического характера при использовании сферы строительства недвижимости в наибольшей степени соответствуют комиссионным отношениям. Отличие от анализируемых договоров видится в том, что комиссионер, так же как и агент, совершает сделки в рамках выполнения своего обязательства перед комитентом. Использование же инвестиций не входит в предмет обязательств организатора. Денежные средства (инвестиции), которые инвестор передает организатору, не являются платой за услуги, оказываемые инвестиционной компанией, они представляют собой имущественный эквивалент приобретаемого объекта недвижимости. В долевом участии правообладатель на момент заключения договора долевого участия уже заключил одну или несколько сделок, направленных на получение объекта недвижимости себе в собственность. Ряд авторов, указывая в целом на инвестиционную природу договора, признает его между тем договором поручения или комиссии, в зависимости от того, от чьего имени они заключаются. Схожую позицию занимает А. Б. Савельев, рассматривая организатора строительства в качестве агента граждан – застройщиков в отношениях с подрядчиком¹⁰⁶. Характерно, что Верховный Суд Российской Федерации не стал давать характеристику таким договорам, указав только на возможность применения норм Закона о защите прав потребителей¹⁰⁷.

Договор долевого участия – комплексный, соединяющий черты различных договоров. В данном случае следует согласиться с тем, что признаки иных договоров в своей совокупности придают инвестиционному договору новое качество. Более того, в литературе было высказано мнение о том, что такой договор является самостоятельным видом гражданско – правового договора¹⁰⁸. Именно такой подход представляется наиболее приемлемым в данной ситуации, поскольку анализируемые отношения не вписываются в полной мере в существующие виды гражданско – правовых отношений. Возможность существования такого договора основывается в том числе и на статье 421 ГК РФ, где указано, что стороны вправе заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законами или иными правовыми актами. В литературе было высказано предложение о возможности включения в Гражданский кодекс главы, посвященной договору долевого участия в строительстве, что означало бы признание за ним самостоятельного вида гражданско – правового договора. Однако законодатель пошел путем моделирования договорных условий в специальном нор-

¹⁰⁵ Муравьев Б.В. Договор с участием инвесторов в строительстве // Законодательство. – 1999. — № 6. – С. 13.

¹⁰⁶ Савельев А.Б. Указ. соч. – С. 296.

¹⁰⁷ См. Обобщение практики рассмотрения судами Российской Федерации дел по спорам между гражданами и организациями, привлекающими денежные средства граждан для строительства многоквартирных жилых домов, от 19 сентября 2002 г.

¹⁰⁸ Фокин С. Указ. соч. – С. 125.

мативном акте¹⁰⁹, что, с одной стороны, позволяет сделать нормативное регулирование более подробным, а с другой – не перегружает Гражданский кодекс как кодифицированный нормативный акт.

Правы авторы, отмечающие, что квалификация инвестиционного договора как договора особого рода имеет для его сторон важные последствия, одно из которых заключается в том, что основным источником правового регулирования взаимоотношений сторон становится договор. В то же время большинство инвесторов, во – первых, в силу недостаточной правовой грамотности и, во – вторых, вследствие отказа организаторов вносить какие-либо изменения и дополнения в проекты договоров лишено возможности реально сконструировать договор «под себя». Поэтому регламентация договорных условий между инвесторами и организаторами на законодательном уровне через включение основных условий договора в текст соответствующего нормативного акта как нельзя лучше отвечает интересам инвесторов.

¹⁰⁹ Предложение о выделении организационных отношений было впервые выдвинуто О.А. Красавчиковым в работе «Организационные гражданско-правовые отношения» (Советское государство и право, 1966, № 10), в дальнейшем учение было развито в трудах Т.И. Илларионовой «Гражданско-правовые организационные отношения и способы их защиты» (Гражданское право, экономика и стандартизация: Межвуз. сб. науч. тр. – Свердловск, 1978), А.М. Мартемьяновой «Имущественные и организационные гражданско-правовые договоры» (Гражданско-правовой договор и его функции: Межвуз. сб. науч. тр. – Свердловск, 1980), А.В. Захарова «Создание юридических лиц: правовые вопросы» (М., 2002) и др.

§ 3. Правоотношения, возникающие на основании облигационных займов

Как отмечается в экономической литературе, в мировой экономике происходит увеличение доли облигаций в общем объеме эмиссий, что обусловлено процессами секьюритизации, под которой понимается «конверсия долговых обязательств в ценные бумаги». Происходит увеличение эмиссий облигаций и в России. Не случайно в Законе о рынке ценных бумаг кроме акций в качестве эмиссионных ценных бумаг названы и облигации. Тем самым законодатель выделяет вложение средств через заключение договора займа в самостоятельный вид инвестирования. В целом такое положение соответствует роли и месту облигаций на фондовых рынках других стран.



Термин «облигации» (*bonds, debentures*) известен законодательству многих стран, при этом сам термин «облигация» в иностранном законодательстве и литературе понимается двояко: в значении либо ценной бумаги, либо гражданско – правового обязательства. Так, В. Клейн и Д. Коффи указывают, что «облигация – это обязательство, данное заемщиком, выплатить определенную сумму в указанный день, а также выплачивать проценты (интерес) в определенные интервалы времени на условиях, зафиксированных в соглашении»¹¹⁰.

С другой стороны, в законодательстве Израиля мы находим пример понимания облигации как ценной бумаги, поскольку в российском Законе о рынке ценных бумаг сертификат облигации также определяется как сертификат, выпущенный серийно, дающий право требовать деньги от компании на определенную дату или на определенных условиях и не дает право членства или участия в компании. В законодательстве некоторых стран встречается упоминание облигации как обращаемого инструмента, без дефиниции «документ» или «обязательство». Например, законодательство Германии определяет облигацию как инструмент, эмитент которого принял на себя обязательство выплатить (вернуть) определенную сумму плюс фиксированный процент. Закон Французской Республики от 24 июля 1966 г. также определяет облигацию как обращаемый инструмент¹¹¹. В отечественной правовой литературе отмечаются различные наименования термина «облигация», которые по своему содержанию не имеют каких-либо правовых отличий, с чем следует согласиться.

Обязательства, удостоверенные облигациями, не переставая быть заемными по своей природе, в то же время обладают определенной спецификой. Применительно к иностранной законодательной и судебной практике можно выделить общие для облигационных отношений признаки:

– это, как правило, долгосрочные (пять и более лет) отношения. Соответственно, к облигациям иностранное законодательство и практика не относят документы, подтверждающие краткосрочные заимствования (векселя, чеки);

¹¹⁰ См.: Klein W., Coffee J. Business Organization and Finance. Westbury, N.Y. The Foundation Press, Inc. 2 ed. – 1993. – P. 118.

¹¹¹ См.: Feddersen D., Kuhmann A.S. International Securities Regulation Laws and Commentary // Oceana Publications Inc. – 1997. – Booklet 2.

– облигации – предмет массовых эмиссий, где каждая облигация подтверждает часть общего долга;

– облигации удостоверяют право на получение периодических платежей. Как правило, в нормативных актах зарубежных стран облигации определяются как документы, подтверждающие право на получение определенной суммы, плюс проценты от лица, его выпустившего;

– облигации выпускаются обычно с обеспечением или под гарантию третьих лиц, т. е. обязательство обеспечивается соответствующими способами обеспечения, предусмотренными законом;

– владельцы облигаций часто имеют право конвертации их в акции или иные имущественные права.

Еще одна особенность облигационных займов – в сроках договора. Срок, как известно, – одно из основных условий заемного обязательства. В соответствии со статьей 816 ГК РФ заемщик – эмитент обязан возратить займодавцу полученную сумму в срок, предусмотренный облигацией. В то же время правила о сроках в иностранном законодательстве достаточно разнообразны. В Англии, например, известны облигации со сроком обращения 100 лет. В ряде случаев законодательство вообще не допускает погашения облигации по общему правилу, допуская такую возможность только при ликвидации эмитента как юридического лица или наличия у него серьезных финансовых проблем. Допускаемая законодательно бессрочность облигационного правоотношения вытекает из его экономической, инвестиционной природы, поскольку позволяет заемщику в полной мере реализовывать инвестиционные цели, при этом инвесторы получают установленные проценты. В связи со сказанным представляется необходимым внести изменения в действующее российское законодательство, чтобы предусмотреть существование бессрочных заемных (облигационных) обязательств. При этом инвестор должен иметь право требовать от эмитента исполнения обязательства по возврату номинальной стоимости только при наличии определенных, как правило чрезвычайных, обстоятельств. К таковым могут быть отнесены банкротство заемщика и иные подобные обстоятельства. Поскольку российское законодательство не содержит на этот счет особых правил, инвесторы вообще не вправе требовать досрочного исполнения обязательств.

В то время как «обычный» договор займа предполагает только разовое получение процентов (ст. 809 ГК РФ), в инвестиционном договоре займа речь может идти о выплате процентов в определенные промежутки времени. Облигации удостоверяют право на получение периодических платежей. Для российской правовой системы – в той части, где действующее законодательство не препятствует выплате именно периодических процентов. Заметим, что иностранному праву здесь известно несколько разновидностей облигаций или условий облигационных правоотношений относительно сроков выплаты процентов:

- облигации с фиксированными и нефиксированными процентами (contingent interes);
- премиальные и лотерейные облигации;
- конвертируемые облигации;
- облигации с правом подписки на акции;
- индексируемые облигации.

Установлено, что в случае выпуска облигации с нефиксированными процентами проценты не фиксируются при эмиссии и владельцы получают проценты по итогам финансового года. Иногда используются комбинированные варианты, когда наряду с фиксированным процентом (который меньше обычного) может быть произведена выплата по итогам года. Такие облигации известны в Бельгии, Германии, Голландии. Кроме того, облигации с нефиксированными процентами иногда дают право на часть имущества при ликвидации (например, по законодательству Германии). В свою очередь, премиальные облигации под-

тверждают право на погашение по цене, превышающей цену продажи, скидки при продаже также рассматриваются как премия. Лотерейные облигации схожи с премиальными тем, что подтверждают право на дополнительные выплаты при погашении, однако обладают двумя особенностями:

- премия по размерам больше денежных выплат;
- премия распределяется среди облигационеров по жребию.

Конвертируемые облигации подтверждают право конвертировать их в акции. У облигационера есть право выбора: либо ожидать фиксированных процентов, либо, став акционером, попытаться получить большую прибыль. Иными словами, закон предоставляет возможность замены обязательственного правоотношения на членское (новация). Конвертируемые облигации известны законодательству Германии, Италии, Бельгии. Отличие облигаций с правом подписки на акции от конвертируемых облигаций состоит в том, что без потери прав облигационера их владелец может приобрести акции того же эмитента преимущественно перед иными лицами. Иногда такие облигации именуется опционными вариантами (option warrant). Облигации с правом подписки на акции широко используются в США и Англии.

В законодательстве Франции упомянуты индексируемые облигации. Их владельцы имеют право на повышенные проценты по мере роста активности компании. Однако этот рост не может быть связан с ростом цен или заработной платы. Выпуск их был запрещен в 1974 году, однако они до сих пор полностью не выведены из оборота.

Одним из видов облигации является сертификат участия (participation certificate), известный также как «нефтяной сертификат». Правила о сертификатах участия можно встретить в законодательстве ряда стран: это Франция, Швейцария, Германия, Бразилия. Сущность обязательства, удостоверенного сертификатом участия, заключается в том, что владелец сертификата имеет право на получение части прибыли эмитента на основании инвестирования в его деятельность определенного имущества, как правило, денежных средств. Сертификат участия имеет ряд особенностей, позволяющих отграничить его от иных эмиссионных бумаг. Данный документ как ценная бумага не удостоверяет участия в собрании, права голоса и не имеет номинальной стоимости (Франция). Сертификат участия, в отличие от акции, удостоверяет право его владельца по истечении срока действия на «погашение», т. е. возврат суммы, уплаченной при его приобретении. Законодательство некоторых стран ограничивает право на «погашение». Так, во Франции выкуп сертификатов возможен только при ликвидации юридического лица. В Бразилии для этой цели требуется создание специального фонда. В отличие от «обычных» облигаций сертификат участия дает право на часть прибыли, распределяемой по итогам финансового года. При этом, в отличие от акций, выплаты по сертификатам участия не зависят от решения общего собрания. Размер распределяемой прибыли ограничивается законодательно или в решении о выпуске. Так, законодательство Бразилии ограничивает право на получение части прибыли, определяя, что только 10 % прибыли может быть распределено среди владельцев сертификатов участия.

Права владельца сертификата участия имеют сходство и с правами вкладчиков в командитном товариществе. Вкладчик не имеет права голоса, однако обладает правом на получение части прибыли товарищества, причитающейся на его долю в складочном капитале в порядке, предусмотренном учредительным договором (ст. 85 ГК РФ). Инвесторы (владельцы сертификатов участия) в случае ликвидации вправе получить имущество преимущественно перед акционерами (ст. 64 ГК РФ). Владельцы сертификатов участия не могут требовать погашения сертификатов в любое время, они могут сделать это только в срок, указанный в решении о выпуске, а также не могут требовать выплат, если прибыль в финансовом году не была получена.

Сегодняшнее российское законодательство формально не препятствует выпуску вышеобозначенных облигаций. При этом право на участие в лотерее, право подписки на акции

могут рассматриваться как «иные имущественные права» (ст. 816 ГК РФ). Закон об акционерных обществах в статье 37 допускает конвертацию облигаций в акции. Закон о рынке ценных бумаг называет три вида эмиссионных ценных бумаг: акции, облигации и производные ценные бумаги (ст. 2, 19). При этом, однако, Закон не ограничивает перечень эмиссионных ценных бумаг, оставляя его открытым. Следовательно, следует предположить возможность существования и иных, не перечисленных в законе видов эмиссионных ценных бумаг. В то же время необходимо законодательно закрепить возможность приобретения инвесторами дополнительных прав, определив механизм как их возникновения, так и реализации соответствующих полномочий.

Кроме права на получение процентов и права на погашение облигации законодательства многих стран предоставляют облигационерам право на получение информации и документов. В Англии – это право на получение копий баланса общества, во Франции – протоколов собраний акционеров; в бельгийском законодательстве закреплено право посещения собраний, право получать разъяснения о происходящем на собрании и т. д. В экстренных случаях облигационерам предоставляется право голоса (это, например, предусмотрено законодательством Англии)¹¹².

В качестве разновидности облигационного займа, известной российскому законодательству, следует назвать заемные долговые обязательства со специфичным способом обеспечения – ипотечным покрытием, предусмотренным Законом об ипотечных ценных бумагах, к числу которых относятся и обязательства с ипотечным покрытием, в состав которого входят только права требования, обеспеченные залогом жилых помещений (жилищные облигации с ипотечным покрытием).

Инвестирование может быть осуществлено не только в предпринимательскую деятельность, но также в деятельность государства, государственных и муниципальных образований. В Конституции Российской Федерации подчеркивается, что «государственные займы выпускаются в порядке, определенном федеральными законами, и размещаются на добровольной основе» (п. 4 ст. 75). Согласно статье 817 ГК РФ договор государственного займа заключается путем приобретения займодавцем выпущенных государственных облигаций и иных ценных бумаг. Обязательства, удостоверенные облигациями, представляют собой одну из форм долговых обязательств Российской Федерации. Право на получение инвестиций посредством «выпуска ценных бумаг», несомненно, входит в объем правоспособности Российской Федерации, субъектов Федерации и муниципальных образований, которая в литературе получила наименование «целевая правоспособность», что со всей определенностью отражает ее сущность. Специфика инвестиционных отношений с участием государства заключается в следующем:

- законодательное установление предельного соотношения размера инвестиций, получаемых от размещения ценных бумаг, и размера иных взятых на себя обязательств;
- наличие особого режима использования средств, полученных в качестве инвестиций;
- специфическое направление использования полученных средств, поскольку государство тратит полученные средства, как правило, не на производство, а на потребление.



В литературе относительно характеристики заемных отношений, возникающих между владельцами ценных бумаг и государством как

¹¹² См.: Ryn J., van. *Shareholder's Rights*. International Encyclopedia of Comparative Law // Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1990. – Vol. XII. – P. 173.

эмитентом, сложились различные точки зрения. М. Е. Гаши – Батлер пишет, что ценные бумаги, выпущенные государством, относятся к категории эмиссионных ценных бумаг – секьюритис¹¹³.

В то же время в литературе инвестиционный характер отношений субъекта с государством подвергается сомнению. Признание государственных и муниципальных ценных бумаг инвестиционными не имеет значения как в регулятивном, так и охранительном аспектах. Следует заметить, что ценные бумаги, равно как и отношения, не нуждаются в признании их инвестиционными. Инвестиционный характер привлечения средства государственными образованиями вытекает из анализа сущности инвестирования как экономического явления. С другой стороны, тот факт, что привлечение инвестиций в деятельность государственных образований осуществляется сегодня в рамках «эмиссионной» юридической конструкции, позволяет говорить и о соответствующем охранительном аспекте, заложенном в эмиссии. При этом отличия в наименовании стадий эмиссии и особенностях раскрытия информации при эмиссии государственных и муниципальных ценных бумаг не меняют сущности происходящего.

В мировой практике сложилось мнение, что для данного вида отношений характерен более высокий уровень надежности для вложенных средств и, соответственно, минимальный риск потери основного капитала и доходов по нему. Например, в США выпуск государственных и муниципальных ценных бумаг не подлежит государственной регистрации, но, к сожалению, события в нашей стране в августе 1998 г. показали, что это далеко не всегда так. Здесь, так же как и в иных инвестиционных отношениях, реализуется инвестиционный интерес, а значит, в равной мере присутствуют риски инвесторов.

Законом об особенностях эмиссии определено, что государственные муниципальные ценные бумаги могут быть выпущены в виде облигаций или иных ценных бумаг, относящихся к эмиссионным ценным бумагам в соответствии с Законом о рынке ценных бумаг. Вместе с тем круг таких ценных бумаг ограничен. Во – первых, обращает на себя внимание то, что государство, государственные и муниципальные образования не могут выпускать векселя. Во – вторых, в Законе об особенностях эмиссии сказано, что в качестве государственных и муниципальных ценных бумаг должны выступать ценные бумаги, удостоверяющие право их владельца на получение от эмитента указанных ценных бумаг, денежных средств или, в зависимости от условий эмиссии этих ценных бумаг, иного имущества, установленных процентов от номинальной стоимости либо иных имущественных прав в сроки, предусмотренные условиями указанной эмиссии. Очевидно, что в качестве таковых могут быть только облигации (ст. 142 ГК РФ). Значит, несмотря на законодательное закрепление возможности выпуска различного вида эмиссионных ценных бумаг, по существу, государственные и муниципальные ценные бумаги независимо от назначения опосредуют отношения займа.

Федеральными государственными ценными бумагами признаются ценные бумаги, выпущенные от имени Российской Федерации, соответственно государственными ценными бумагами субъектов Федерации признаются ценные бумаги, выпущенные от имени субъекта. Аналогичное правило действует и в отношении муниципальных ценных бумаг. Интересен в этом отношении статус ценных бумаг, эмитированных Банком России. В соответствии с Федеральным законом от 10 июля 2002 г. № 86–ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» (далее – Закон о Центральном банке) Банк России является самостоятельным юридическим лицом. Поскольку эмитентом ценных бумаг Российской Федерации может выступить только федеральный орган исполнительной власти, а Банк России не входит в структуру исполнительной власти Российской Федерации, то ценные бумаги, выпу-

¹¹³ Батлер У.Э., Гаши-Батлер М.Е. Корпорации и ценные бумаги по праву России и США. – М.: Зерцало, 1997. – С. 59.

ценные Банком России, являются ценными бумагами юридического лица и не относятся к государственным ценным бумагам. Не являются таковыми также ценные бумаги, выпущенные под гарантии России или субъекта Федерации. Возникновение инвестиционных отношений с участием государства, государственных и муниципальных образований происходит через соответствующие государственные муниципальные органы. Так, эмитентом ценных бумаг муниципального образования выступает исполнительный орган местного самоуправления, осуществляющий указанные функции в порядке, установленном законодательством Российской Федерации и уставом муниципального образования. Требование об исполнении обязательств также должно быть предъявлено надлежащему органу государственной или муниципальной власти. В качестве таковых выступают финансовые органы, что находит отражение и в судебной практике. Так, в постановлении апелляционной инстанции Арбитражного суда Свердловской области, вынесенном по апелляционной жалобе Министерства финансов Свердловской области, указано, что «исполнение денежных обязательств, возникших из областных краткосрочных обязательств, относится к компетенции Министерства финансов Свердловской области» (дело № А60–8241/99–336).

Таким образом, являясь разновидностью облигационного займа, заемные отношения с участием государства, государственных и муниципальных образований обладают своей спецификой, которая заключается как в порядке эмиссии, так и в использовании полученных инвестиций. Указанная специфика находит свое выражение в соответствующем законодательстве.

Облигационные обязательства следует отнести к долевым (ст. 321 ГК РФ). Они проявляются в том, что заемщик (эмитент) состоит в правоотношении одновременно с множеством займодавцев, и условия обязательства одинаковы для всех кредиторов, поскольку облигация – предмет массовых эмиссий, где каждая облигация подтверждает часть общего долга. Долевая природа исследуемых обязательств проявляется и в особенностях внесения изменений в условия обязательств, неизвестной, впрочем, пока нашему законодателю. При моделировании возможности внесения изменений в условия заемных обязательств иностранный законодатель, как представляется, исходит прежде всего из долевой природы последних. Это проявляется в том, что только кредиторы, объединенные в группы, имеют право совершать действия в интересах всех инвесторов, в том числе вносить изменения в условия обязательства, а также требовать признания эмиссии недействительной.

Таким образом, облигационные обязательства, являясь по своей природе заемными, выделяются из общей массы заемных обязательств прежде всего по признаку «массовости». Заемщик (эмитент) вступает в отношения одновременно с множеством займодавцев, и условия обязательств одинаковы во всех правоотношениях. Именно указанное обстоятельство предопределило необходимость использовать для удостоверения прав займодавцев ценные бумаги – облигации. Последние позволяют, во – первых, подчеркнуть равенство прав и, во – вторых, ускорить процедуру передачи прав иным лицам через передачу ценной бумаги. В литературе мало внимания уделяется тому, что использование ценных бумаг (облигаций) было вызвано не столько потребностью обеспечения оборота инвестиционных прав, сколько необходимостью стандартизации указанных прав. Сегодня эту функцию в большей мере выполняют проспект эмиссии и решение о выпуске.

При рассмотрении формы удостоверения прав инвестора – займодавца обращает на себя внимание тот факт, что современное российское законодательство содержит понятие облигации одновременно в трех нормативных актах: в Гражданском кодексе, Законе о рынке ценных бумаг и Законе об акционерных обществах. Все они рассматривают облигацию как ценную бумагу, удостоверяющую заемное обязательство, при этом определения не могут быть расценены как идентичные, что является некоторой недоработкой законодателя. Общим среди данных определений является указание на то, что, во – первых, владе-

лец облигации имеет право требования по отношению к лицу, выпустившему облигации, в виде погашения облигации (возврата номинальной стоимости) и, во – вторых, право на дополнительные денежные средства в виде процентов. Имеются и различия между этими определениями.

1. Право на получение процентов определяется различным образом. Так, если Гражданский кодекс (ст. 816) и Закон о рынке ценных бумаг (ст. 2) указывают на возможность получения процентов от номинальной стоимости, то Закон об акционерных обществах (ст. 33) говорит только о процентах, не увязывая их с номинальной стоимостью.

2. Гражданский кодекс и Закон о рынке ценных бумаг исходят из того, что владелец облигации имеет альтернативную возможность реализации своего права: или получение номинальной стоимости, или иного имущественного эквивалента, в то время как Закон об акционерных обществах говорит только о праве на получение денежной суммы в виде номинальной стоимости либо номинальной стоимости и процентов.

3. В соответствии с Гражданским кодексом вместо процентов владельцу облигации может быть предоставлена возможность требовать реализации иных имущественных прав, в то время как Закон об акционерных обществах вообще не предусматривает возможности предоставления каких-либо дополнительных прав.

4. Законом о рынке ценных бумаг установлено, что доходом по облигациям, кроме процентов, может быть дисконт.

Отсюда видно, что легальное определение понятия «облигация», содержащееся в российском законодательстве, несомненно, нуждается в определенной доработке. Общим недостатком всех определений является отсутствие указаний на возможность выплаты периодических платежей (раз в год, месяц и т. д.). Необходимо также через включение дополнительных норм в нормативные акты предусмотреть возможность для эмитентов предоставлять инвесторам больший объем прав: право на часть прибыли, право участия в собраниях.

Вопросы возникновения облигационных обязательств в случае появления ценных бумаг – облигаций вызывают определенный интерес в литературе и правоприменительной деятельности. В соответствии со статьей 816 ГК РФ в случаях, предусмотренных законом или иными правовыми актами, договор займа может быть заключен «путем выпуска и продажи облигаций». Тем самым законодатель подчеркивает специфику возникновения заемных обязательств через указание на отчуждение ценных бумаг. Такой подход нашел соответствующее подтверждение и в литературе. Заемное обязательство, удостоверенное ценной бумагой, возникает в результате заключения договора купли – продажи ценной бумаги, но не договора займа.



Кроме того, в литературе в качестве основания отношений, удостоверенных ценными бумагами, называют и односторонние сделки. Об использовании креационной теории писал в свое время Н. О. Нерсесов. Он отмечал, что «юридическим основанием возникновения бумаги на предъявителя является одностороннее обещание должника, для приобретения же права из нее необходимо владение документом»¹¹⁴. По мнению М. И. Брагинского, выпуск в оборот некоторых ценных бумаг, в том числе облигаций, является односторонней сделкой (но оговоримся, А. В. Трофименко допускает возможность применения как договорной, так и

¹¹⁴ Нерсесов Н.О. Ценные бумаги на предъявителя. – М.: Ф-ка Н.В. Гаевского, 1887. – С. 148.

креационной теории, в зависимости от вида ценной бумаги). Аналогичные подходы существуют и в иностранном праве. Д. Фидерсен и А. Кушман отмечают, что «по господствующему в Германии мнению считается, что эмиссия облигаций основана на обязательстве обещания, а не на договоре (контракте) между эмитентом и ее владельцем»¹¹⁵. Отсюда, указывают авторы, вытекает правило о том, что эмитент имеет обязательство перед владельцем и в том случае, если сертификат облигации был похищен или иным образом попал к владельцу помимо воли эмитента.

Представляется, что заемные отношения, вне зависимости от формы удостоверения прав займодавца, всегда возникают на основании договора, а именно займа, а облигация вручается в удостоверение совершения сделки и не является предметом договора, с чем нельзя не согласиться. Наличие ценных бумаг как средства легитимации прав инвестора не меняет природы юридического факта, лежащего в основании возникновения правоотношения, поскольку ценная бумага не более чем элемент формы сделки и, соответственно, в определенных условиях может выступать в роли документа, удостоверяющего факт ее совершения.

¹¹⁵ *Feddersen D., Kuhmann A.S. Op.cit. – P. 10.*

§ 4. Отдельные виды инвестиционных правоотношений



К **инвестиционным** в первую очередь следует отнести отношения, возникающие между негосударственным пенсионным фондом и вкладчиком такого фонда.

Законом о НПФ определено, что такие отношения возникают на основании договора негосударственного пенсионного вклада. Указанный нормативный акт определяет договор негосударственного пенсионного обеспечения как соглашение между фондом и его вкладчиком, в соответствии с которым вкладчик обязуется уплачивать пенсионные взносы в фонд, а фонд обязуется выплачивать участнику (участникам) фонда негосударственную пенсию, при этом участник может выступать вкладчиком в свою пользу. Данный договор является по своей природе гражданско – правовым, что вытекает из анализа правоотношений, возникающих в результате его совершения. Это проявляется в имущественной природе пенсионных отношений, поскольку их объектом служат денежные средства. Присутствует юридическое равенство его участников, а также налицо отсутствие отношений власти и подчинения между субъектами. И наконец, участники пенсионных отношений вступают в них по своей воле и в своем интересе (ст. 1 ГК РФ).

При этом указанные отношения являются в полной мере инвестиционными, поскольку участник договора вправе ожидать получения выгоды от другой стороны в виде негосударственной пенсии. Такая выгода может быть получена исключительно усилиями самого пенсионного фонда, поскольку вкладчик лишен юридической и фактической возможности участвовать в процессе получения такой выгоды.

В качестве еще одного вида инвестиционных отношений следует рассматривать правоотношения вкладчика с командитным товариществом (товариществом на вере). Такие юридические лица в последнее время получили развитие в сфере строительства многоквартирных домов с участием инвесторов. Причин тому несколько. Главная из них заключается в том, что в товариществе на вере, образованном в целях привлечения мелких инвесторов для строительства жилья, волеизъявление вкладчика направлено не на то, чтобы благодаря удачному вложению своего вклада получить прибыль от предпринимательской деятельности товарищества, а, как это ни парадоксально, получить через некоторое время свой вклад обратно, с той только разницей, что он будет иметь иную форму – квартиры или иного недвижимого имущества.

Иными словами, товарищество на вере явилось еще одной «схемой» привлечения инвестиций, на этот раз в строительную деятельность. При этом такие термины, как «инвестиции», «инвесторы» и т. д., их организаторами, как правило, не применяются. Поскольку Гражданский кодекс не ограничивает количество вкладчиков, то и масштабы привлечения инвестиций ничем не ограничены. В таком случае командитное товарищество при существующем уровне юридической техники может использоваться как удобное средство для свободного и нелицензируемого сбора денежных средств, привлекательность которого не уменьшается даже от ограничения срока вклада одним финансовым годом.

В чем видится инвестиционная природа возникающих отношений? Участники – командитисты допускаются к участию в товариществе исключительно в целях увеличения его

капитала: они вносят в товарищество только свои вклады и устраняются от всякого участия в ведении его дел. При этом в Гражданском кодексе закреплено правило о том, что вкладчики не вправе оспаривать действия полных товарищей по управлению и ведению дел товарищества, не могут вмешиваться в процесс принятия товариществом решений, в том числе по использованию инвестиций (ст. 82, 84 ГК РФ). Таким образом, присутствуют все признаки инвестирования, указанные в работе ранее: внесение инвестиций; использование их иным, отличным от инвестора лицом; отсутствует правовая возможность участвовать в реализации инвестиций. Товарищество на вере возникло как видоизмененная форма полного товарищества, позволяющая товарищам привлекать средства со стороны на менее рискованных условиях, чем по договору займа. Для вкладчиков же она оказалась привлекательна возможностью получать доходы от предпринимательской деятельности, лично в ней не участвуя и не рискуя всем своим имуществом.

Рассматривая основания возникновения правоотношений товарищество – вкладчик, необходимо обратить внимание на следующее. Безусловно, учредительный договор не является основанием для анализируемых отношений, поскольку заключается только между участниками товарищества и определяет их взаимные права и обязанности. В качестве основания правоотношений товарищество – вкладчик обычно рассматривают самостоятельный договор вкладчиков с товариществом. Не будет противоречием Гражданскому кодексу и заключение товариществом на вере специальных договоров с вкладчиками, в которых бы оговаривались условия, порядок внесения вкладов, а также порядок возврата вклада коммандитисту в случае выхода последнего из товарищества либо ликвидации товарищества. Представляется, что такое положение вещей даже предпочтительнее, чем проведение некоего учредительного собрания, так как в случае заключения отдельных договоров с коммандитистами соблюдается их анонимность относительно друг друга. Другие авторы полагают, что кроме договора это может быть и личное заявление вкладчика, выражающего свою готовность вступить в товарищество, т. е. принять на себя обязательство в определенные сроки и размерах внести вклад в его складочный капитал. Однако думается, что здесь нет противоречия, поскольку подача заявления и его принятие товариществом представляют собой процедуру заключения договора.

Пока товарищества на вере не получили сколько#нибудь широкого развития. Однако, представляется, на фоне ужесточения законодательных требований, касающихся выпуска облигаций, привлечение инвестиций через прием вкладчиков в товарищество на вере со временем получит развитие. Соответственно, необходимо законодательно распространить требования об обязательности раскрытия информации и на данный вид инвестирования, поскольку сегодня ни количество инвесторов, ни объемы инвестирования нормативно не ограничены, что, конечно, повышает риски потенциальных инвесторов – вкладчиков.

Правоотношения, возникшие на основании договора банковского вклада, могут быть определены как инвестиционные. Во – первых, присутствует факт ожидания от банка получения в будущем выгоды в виде процентов по вкладам, и право требовать входит в субъективное право, возникшее на основании договора. Во – вторых, немаловажен для анализа и тот факт, что получение дохода происходит без участия вкладчика, так же как и наличие риска потери вложенных инвестиций.

В – третьих, это видовая характеристика договора. Относительно правовой природы договора банковского вклада существуют различные точки зрения.

Разрешительная модель инвестирования, в рамках которой существует договор банковского вклада, существенно отличается от иных моделей. Основное внимание здесь со стороны законодателя уделяется публично – правовым, административно – правовым средствам: лицензированию банковской деятельности, контролю за порядком использования полученных средств, системе страхования вкладов и т. д.

Правоотношения участия в деятельности жилищных накопительных кооперативов также можно назвать инвестиционными.

Сама идея использовать конструкцию юридического лица как «накопителя» денежных средств – инвестиций для создания и приобретения недвижимости не нова. В советский период были развиты жилищно – строительные кооперативы, которые создавались при непосредственном участии местных органов власти. В 90–х годах XX века получили определенную популярность программы выпуска жилищных облигаций муниципальных образований, где в качестве аккумулятора инвестиций выступали эмитенты облигаций – органы местного самоуправления. По некоторым данным, сегодня в Европе работают порядка 6 тыс. некоммерческих фондов жилищного строительства¹¹⁶. Основное отличие инвестирования через участие, членство в жилищно – накопительном кооперативе заключается в том, что здесь иное правовое основание для приобретения квартиры, поскольку юридическим фактом является состояние в членских отношениях. Членство как правоотношение является необходимой предпосылкой для возникновения обязательственных отношений и входит в юридический состав, порождающий обязательство. Кроме того, член кооператива должен внести паевой взнос, а не оплату по договору.

Все условия внесения паевого взноса – размеры и периодичность платежей в счет паевого взноса; минимальный и максимальный периоды внесения, а также минимальный размер (или способ определения размера) части паевого взноса, после внесения которой возникает право на приобретение или строительство кооперативом жилого помещения для члена кооператива, а также некоторые другие – определяются в таком документе, как форма участия в деятельности кооператива. Указанный документ должен содержать условия участия в деятельности кооператива, равные для всех. По существу, речь идет о порядке оплаты стоимости квартиры, которая должна перейти в собственность участника. Важной особенностью инвестирования здесь является то, что инвестор через общее собрание и другие органы получает возможность участвовать в принятии кооперативом решений, связанных с использованием инвестиций.

Конечно, имея только один голос, инвестор не может реально повлиять на такое решение. В то же время решение принципиальных вопросов, таких как утверждение устава кооператива, внесение изменений и дополнений в устав кооператива или утверждение устава кооператива в новой редакции; утверждение внутренних документов кооператива, утверждение положения (регламента) о порядке формирования паевого фонда кооператива и его использования кооперативом; решения о реорганизации или ликвидации кооператива, а также назначение ликвидационной комиссии и утверждение промежуточного и окончательного ликвидационных балансов, возможно только двумя третями голосов членов кооператива, принимающих участие в общем собрании членов кооператива (ст. 34 Закона о жилищных накопительных кооперативах).

Право собственности члена кооператива производно от права самого кооператива. В статье 29 Закона о жилищных накопительных кооперативах установлено, что член кооператива или другие лица, имеющие право на пай, внесшие в полном размере паевой взнос за жилое помещение, переданное кооперативом в пользование члену кооператива, приобретают право собственности на это жилое помещение. При этом передача жилого помещения в пользование члену кооператива осуществляется кооперативом непосредственно после приобретения кооперативом права собственности на это жилое помещение (ст. 30). Добавим также, что в соответствии с законом, в отличие от участника долевого строительства, в отношении прав на получение права собственности на квартиру член кооператива не является потребителем.

¹¹⁶ Кульчицкий Б. Кооперативный клин // Деловой квартал. – 2005. – № 8. – С. 36.

Рассматривая перспективы жилищных кооперативов, в том числе жилищных накопительных, вряд ли приходится рассчитывать при их создании на инициативу граждан, нуждающихся в улучшении жилищных условий. Маловероятно, что граждане сами будут создавать кооперативы, работать в них и тем самым решать свои жилищные проблемы. На наш взгляд, жилищные кооперативы любых видов смогут получить развитие только в том случае, если участие в них будет являться источником дохода (формой ведения бизнеса) для учредителей. Поэтому, несмотря на декларируемый некоммерческий характер деятельности жилищных накопительных кооперативов, правовой режим их деятельности смоделирован, если можно так сказать, с «предпринимательским уклоном». Вместе с тем можно предположить, что и далее будут продолжать свою деятельность юридические лица, которые будут привлекать средства граждан для строительства жилья, при этом старательно избегая упоминания о долевом участии, равно как и о членстве в жилищных кооперативах или жилищно – накопительных. Поскольку, как было точно подмечено, «инвестиционный контракт – это не искусственный термин, это концепция, применяемая в зависимости от конкретных обстоятельств и дающая возможность квалифицировать различные экономические схемы, в которых одно лицо пытается использовать деньги другого, обещая при этом прибыль».

Отношения между паевым инвестиционным фондом и инвестором определяются Законом об инвестиционных фондах. В нем определено, что инвестиционным паем удостоверяется доля в праве собственности на имущество, составляющее паевой инвестиционный фонд. Законом определено, что инвестиционный пай является именной ценной бумагой, не имеющей номинальной стоимости. Не является инвестиционный пай и эмиссионной ценной бумагой, а значит, на условия его выпуска не распространяются требования Закона о рынке ценных бумаг. Вместе с тем права, удостоверенные инвестиционным паем, фиксируются в бездокументарной форме, и учет прав на инвестиционные паи осуществляется на лицевых счетах в реестре владельцев инвестиционных паев паевого инвестиционного фонда, а также, если это предусмотрено правилами доверительного управления паевым инвестиционным фондом, – на счетах депо депозитариями. Инвестиционные паи свободно обращаются по окончании формирования паевого инвестиционного фонда.

Вопрос о правовой природе отношений, связанных с владением инвестиционными паями, вызывает оживленные дискуссии в литературе.



Так, Д. Степанов пишет, что права по постэмиссионной ценной бумаге, а к таковым автор относит и инвестиционные паи, по своей природе являются исключительно обязательно – правовыми¹¹⁷. Сомнения относительно вещно – правовой природы анализируемых отношений высказаны и В. Липавским¹¹⁸. Позиция другого автора, М. Плющева, заключается в том, что «инвестиционный пай закрепляет лишь долю в праве собственности на паевой инвестиционный фонд и вообще не удостоверяет обязательственных прав»¹¹⁹. Хотя формально законодатель использует такие термины, как «владелец пая», «денежная компенсация» и т. д., что вроде

¹¹⁷ Цит. по: *Маковский А.Л.* О концепции первой части Гражданского кодекса Российской Федерации. Лекция, прочитанная в Высшем Арбитражном Суде Российской Федерации 8 декабря 1994 г. // Вестник ВАС РФ. – 1995. – № 4. – С. 64.

¹¹⁸ Цит. по: *Лисица В.* Инвестиционный договор // Закон. – 2003. – № 6. – С. 49.

¹¹⁹ См.: *Плющев М.* Инвестиционный пай с позиции бездокументарной ценной бумаги // Хозяйство и право. – 2004. – № 5. – С. 58.

бы говорит в пользу вещно – правовой позиции, однако полагаем, что отношения таковыми не являются.

Прежде всего обязательственная природа отношений вытекает из анализа сути основного правомочия владельца пая, которое заключается в праве «требовать погашения пая и выплаты денежной компенсации» (ст. 14 Закона об инвестиционных фондах). Здесь очевидно видна фигура как кредитора, так и должника, равно как может быть вычленено и содержание обязательственного правоотношения – права и обязанности сторон по выплате определенной условиями обязательства денежной суммы – дохода от использования инвестированных средств.

Расхождение в оценках различных специалистов как природы отношений, так и по ряду иных позиций, безусловно, вызвано во многом неверными действиями законодателя. В данном случае следует присоединиться к тем, кто полагает, что при конструировании модели инвестиционных фондов, взяв за основу институт общей собственности и доверительного управления... законодатель попытался выстроить нечто похожее на американские инвестиционные фонды, организованные на основе траста. При этом конструкция коллективного инвестирования, где в качестве инвестиционного фонда выступает юридическое лицо, может быть реализована более эффективно, с использованием имеющегося в распоряжении гражданского права инструментария.

§ 5. Изменение и прекращение инвестиционных правоотношений

Глава 26 ГК РФ определяет несколько способов прекращения гражданско – правовых обязательств. Указанный перечень является открытым, поскольку обязательства прекращаются как по основаниям, указанным в гл. 26, так и в иных случаях, предусмотренных Кодексом, другими законами и иными правовыми актами или договорами (ст. 407 ГК РФ). Большинство из них может служить основанием и для прекращения инвестиционных отношений. В то же время необходимость учета и охраны общих интересов инвесторов заставляет законодателя исключать отдельные способы прекращения обязательств. Очевидно, что членские правоотношения, в том числе акционерные, не могут быть прекращены исполнением, поскольку они не относятся к категории обязательственных. Исполнением может быть прекращено обязательство, возникшее между акционером и обществом на основании конкретных юридических фактов – решения о выплате дивидендов. В то же время организационные правоотношения, в данном случае членские, могут быть прекращены по иным основаниям, указанным в главе 26 ГК РФ, если другое не вытекает из существа таких правоотношений.

Первым из оснований прекращения обязательств названо их исполнение: «надлежащее исполнение прекращает обязательство» (ст. 408 ГК РФ). Осуществление гражданских прав – это совершение тех действий, которые составляют содержание субъективного права. Инвестор, желая осуществить (реализовать) принадлежащие ему субъективные права, вправе рассчитывать на адекватные действия со стороны организатора инвестирования. При этом исполнение способно прекратить обязательство, если оно является надлежащим, т. е. совершено надлежащим лицом, надлежащему лицу, надлежащим способом, в надлежащем месте, надлежащим предметом и в надлежащее время. Надлежащим лицом в нашем случае является организатор инвестирования (эмитент и т. д.), т. е. лицо, принявшее на себя соответствующие обязательства перед инвестором. Указанное лицо фиксируется в решении о выпуске, проспекте эмиссии, в реестре, посредством ценной бумаги или иным образом, например на бланке договора. Не являются должниками лица, принимавшие участие в процессе возникновения соответствующих правоотношений. К таковым относятся профессиональные участники рынка ценных бумаг, а также кредитные организации. На данное обстоятельство было обращено внимание в судебной практике по делам об исполнении обязательств государством, по так называемым казначейским обязательствам. В материалах судебной практики подчеркивается, что по делам об исполнении обязательств государства по ценным бумагам в качестве ответчика должно привлекаться государство в лице соответствующих органов, а не учреждения Сбербанка России, участвовавшие в процессе размещения государственных облигаций. При этом привлечение к исполнению гарантов и поручителей осуществляется в соответствии с общими правилами.

Прекращение обязательств путем исполнения применительно к инвестиционным отношениям получило в нормативных актах наименование «погашение». Так, в статье 33 Закона об акционерных обществах говорится о погашении облигаций. Указанный термин не раскрывает реальной сущности происходящих действий, поскольку в действительности погашается не ценная бумага – погашается обязательство. Бумага не может быть погашена, так как она не более чем средство легитимации. Вместе с тем термин достаточно широко вошел в обиход, в том числе профессиональных участников, и, вероятно, может быть использован на практике, однако он неприемлем для нормативных актов.

Правильное определение момента исполнения обязательства имеет важное практическое значение. В случае долевого участия в строительстве это передача объекта долевого

строительства, которое происходит посредством подписания сторонами передаточного акта или иного документа о передаче. Законом определено, что передача объекта долевого строительства осуществляется не ранее чем после получения в установленном порядке разрешения на ввод в эксплуатацию многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости (ст. 8 Закона о долевом участии в строительстве). Срок исполнения облигационного займа должен быть определен в облигации (ст. 816 ГК РФ). Закон об акционерных обществах конкретизирует это требование, определяя, что решение о выпуске должно содержать указания на форму, сроки и иные условия погашения облигаций (ст. 33 Закона об акционерных обществах). Последнее обстоятельство предопределяет необходимость для эмитентов самим устанавливать сроки погашения. На практике известны два варианта:

- эмитент определяет срок погашения конкретной датой;
- срок определяется моментом востребования.

Надлежащим предметом исполнения заемных, облигационных правоотношений по общему правилу являются денежные средства. Иной предмет исполнения может быть определен условиями обязательства. Так, надлежащим предметом обязательства, возникающего из договора о долевом участии в строительстве квартиры, является недвижимость в виде квартиры. Застройщик принимает на себя обязательство построить объект (в составе жилого дома) и передать его инвестору. При этом иные требования о передаче иных ценностей, как правило, не вытекают из условий обязательств. Например, по спорам между инвесторами и администрацией г. Екатеринбурга, вытекающим из эмиссии муниципальных облигаций, было установлено, что в обязанность эмитента входит строительство жилого дома со всеми коммуникациями, но не входит подача воды.

Как и любые иные, обязательства, возникающие в рамках инвестиционного процесса, могут быть обеспечены соответствующими способами обеспечения: залогом, поручительством и т. д. Однако использование последних в инвестиционных отношениях имеет свою специфику. Прежде всего обращает на себя внимание то, что использование обеспечительных способов инвестиционных обязательств не всегда зависит от воли участников таких отношений, поскольку в некоторых случаях организатор инвестирования обязан использовать способы обеспечения обязательств в силу закона. Так, в соответствии со статьей 33 Закона об акционерных обществах выпуск облигаций без обеспечения допускается не ранее третьего года существования общества и при условии надлежащего утверждения к этому времени двух годовых балансов общества. Аналогичные требования содержатся и в Законе об обществах с ограниченной ответственностью. Значит, эмитент обязан использовать залог или иное обеспечение. При этом согласно нормам статьи 33 Закона об акционерных обществах в качестве обеспечения выпуска облигаций используется залог имущества самого общества либо обеспечение может быть предоставлено для этих целей третьими лицами.

Для инвестиционных отношений характерно то, что организатор – должник состоит одновременно в нескольких однотипных отношениях и ему противостоит множество лиц, имеющих одинаковые права требования. Следовательно, это предполагает возникновение множества обеспечительных отношений, например залоговых. В этом случае интерес инвесторов обеспечивает возникновение залога в силу закона. Так, в случае инвестирования в строительство законодателем предложено три варианта возникновения права залога у инвесторов – дольщиков:

- залог земельного участка, принадлежащий застройщику на праве собственности, или право аренды на указанный земельный участок под строительство, возникает у дольщика с момента государственной регистрации договора о долевом участии;
- объект незавершенного строительства считается находящимся в залоге у участников долевого строительства с момента государственной регистрации права собственности застройщика на такой объект;

– право залога на жилые и (или) нежилые помещения, входящие в состав многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости, строительство (создание) которых осуществлялось с привлечением денежных средств участников долевого строительства. Такие объекты считаются находящимися в залоге у участников долевого строительства с момента государственной регистрации права собственности застройщика на такие помещения. При этом право обращения взыскания предоставляется каждому инвестору, вне зависимости от размера его требований к застройщику, что не в полной мере отвечает интересам всех инвесторов.

В то же время обращение взыскания на заложенное имущество при неисполнении инвестиционных обязательств со стороны эмитента должно иметь свою специфику. Статьей 348 ГК РФ установлено, что в обращении взыскания на предмет залога может быть отказано, если допущенное нарушение обязательства крайне незначительно и размер требований залогодержателя вследствие этого явно несоразмерен стоимости заложенного имущества. Данное положение означает, что возможность обращения взыскания на предмет залога должны иметь только инвесторы, объединенные в группу, когда совокупный объем их требований будет соразмерен стоимости заложенного имущества. Как следствие, возникает необходимость законодательного закрепления правового статуса групп инвесторов, что позволит им обращать взыскания на предмет залога с учетом интересов большинства инвесторов.

Интересно, что, например, в Англии используется способ обеспечения инвестиционных обязательств, несколько отличный от залога. Суть его в следующем. Имущество эмитента (при эмиссии облигаций) передается в траст доверительному управляющему (трастовой компании). В качестве выгодоприобретателя выступают инвесторы (владельцы облигаций), при неисполнении обязательств трастовая компания производит реализацию имущества и использует полученные средства для выплат инвесторам. Применительно к российскому законодательству рассмотренная конструкция находится вне рамок залоговых отношений, поскольку правом залогодержателя может обладать только кредитор по соответствующему обязательству, поэтому указанный способ можно охарактеризовать как иной способ обеспечения исполнения обязательств, и, соответственно, он предусмотрен статьей 329 ГК РФ. Представляется, что аналогичные способы обеспечения обязательств могут быть инкорпорированы и в российское законодательство.

Неустойка как способ обеспечения инвестиционных обязательств может быть использована, если будет предусмотрена законом (законная неустойка), условия о неустойке можно определить и в решении о выпуске. Говорить об эффективности неустойки в условиях, когда требования к должнику предъявляет множество кредиторов, не приходится. Отметим также, что неустойка как способ обеспечения инвестиционных обязательств не известна иностранному законодательству. Могут быть использованы и иные способы обеспечения обязательств, например поручительство, банковская гарантия (ст. 27.4, 27.5 Закона о рынке ценных бумаг)¹²⁰.

Расторжение договора, в том числе по соглашению сторон, также приводит к прекращению правоотношения (п. 3 ст. 425 ГК РФ). Однако прекращение инвестиционного правоотношения посредством соглашения сторон в большинстве случаев противоречит интересам других инвесторов. Не случайно установлен нормативный запрет для акционерного общества приобретать собственные акции, кроме случая, предусмотренного статьей 72 Закона об акционерных обществах. Представляется, что необходимо нормативно определить такой

¹²⁰ Требование о наличии поручителя при выпуске ценных бумаг и ранее было известно российскому законодательству: оно предусмотрено в Положении о выпуске и обращении жилищных сертификатов, утвержденном Указом Президента Российской Федерации от 10 июня 1994 г. № 1182.

запрет и для обязательственных правоотношений, установив, что выкуп облигаций возможен только на основании решения всех облигационеров.

Договор может быть расторгнут и по требованию одной стороны (ст. 450 ГК РФ). Эта возможность предусмотрена и для участников инвестиционных отношений. Так, Закон об акционерных обществах предусматривает право для акционера, не согласного с решением общего собрания, требовать выкуп обществом всех или части принадлежащих ему акций (ст. 75). В качестве меры защиты законодатель предоставил участнику долевого строительства право отказа от договора (ст. 9 Закона о долевом участии в строительстве). Такая возможность увязана с нарушением обязательств со стороны застройщика: неисполнение застройщиком обязательства по передаче объекта долевого строительства в срок, прекращение или приостановление строительства (создания) многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости, в состав которых входит объект долевого строительства, при наличии обстоятельств, например очевидно свидетельствующих о том, что в предусмотренный договором срок объект долевого строительства не будет передан участнику долевого строительства.

Новация, или соглашение сторон о замене первоначального обязательства другим обязательством между теми же лицами, предусматривающее иной предмет или способ исполнения, также приводит к прекращению обязательств (ст. 414 ГК РФ). Исходя из общего смысла закона представляется, что новация применима не только к обязательственным, но и к организационным правоотношениям, к которым относятся и членские. Российское законодательство предусматривает новацию инвестиционных правоотношений посредством так называемой конвертации, предусмотренной, в частности, статьей 37 Закона об акционерных обществах. Стандартами эмиссии конвертация определяется как «обмен одних ценных бумаг на другие ценные бумаги с последующим аннулированием ценных бумаг». В ряде случаев новация осуществляется в силу закона. Так, Федеральным законом от 12 июля 1999 г. № 162-ФЗ «О порядке перевода государственных ценных бумаг СССР и сертификатов Сберегательного банка СССР в целевые долговые обязательства Российской Федерации» казначейские обязательства СССР были переведены в целевые долговые обязательства Российской Федерации – целевые казначейские обязательства Российской Федерации (ст. 7). Сертификаты Сберегательного банка СССР переводятся в целевые долговые обязательства Российской Федерации – целевые сертификаты Российской Федерации (ст. 8).

С осуществлением новации связана одна проблема, решение которой на законодательном уровне необходимо в целях дальнейшего совершенствования нормативной базы инвестирования. В соответствии со статьей 100 ГК РФ эмиссия акций жестко увязана с увеличением уставного капитала. Это означает, помимо всего прочего, что акционерное общество не может осуществить эмиссию акций, не увеличивая размер уставного капитала. Вместе с тем у общества может возникнуть необходимость осуществить новацию правоотношений без изменения размера и состава уставного капитала (поскольку инвестиции уже были получены). Действующее законодательство, однако, не предоставляет такой возможности, что приводит иногда к конфликтным ситуациям. Иллюстрацией такой ситуации выступает рассмотренное ранее судебное дело по спору между АО «Исеть – Фонд» и Свердловским региональным отделением ФКЦБ России. Акционерное общество произвело замену одних акций, в данном случае простых, на другие, привилегированные. Обмен акций с позиции динамики правоотношений представляет собой новацию. Безусловно, эта новация не ведет к увеличению уставного капитала, так как отсутствуют инвестиции. Поэтому целесообразно было бы предусмотреть возможность осуществления эмиссии акций для замены простых акций на привилегированные при наличии решения общего собрания, принятого квалифицированным большинством акционеров.

Прекращение обязательств возможно также на основании акта государственного органа, в силу которого становится невозможным исполнение обязательства полностью или частично. Известно, что одним из первых декретов советской власти в 1918 г. было аннулирование всех обязательств по ценным бумагам, выпущенным как государством, так и частными компаниями. Пункт 1 ст. 416 ГК РФ устанавливает, что обязательство прекращается невозможностью исполнения только в случаях, если она была вызвана обстоятельствами, за которые ни одна из сторон не отвечает. В силу распространенного толкования невозможность исполнения применяется, прежде всего, к обязательствам относительно индивидуально – определенной вещи. При этом в денежных обязательствах невозможность исполнения исключается. Поскольку обязательства эмитента в случае их возникновения, как правило, являются денежными, то соответственно указанное основание прекращения обязательства не применяется к инвестиционным обязательствам. В то же время, если эмитентом облигаций в решении о выпуске определен иной, кроме денежных средств, предмет исполнения облигационных обязательств, такое обязательство может быть прекращено в силу невозможности исполнения.

Прекращение обязательств в силу совпадения кредитора и должника в инвестиционных отношениях также может иметь свою специфику, и связано это с ситуацией, когда права инвесторов удостоверены ценными бумагами. По мнению О. Н. Садикова, положения статьи 413 ГК РФ «Прекращение обязательств в силу совпадения кредитора и должника» не применимы к требованиям из предъявительских и ордерных ценных бумаг. «Поступление такой ценной бумаги к должнику делает невозможным предъявление по ней требований, но не лишает бумагу правовой силы, и она будет продолжать функционировать в случае перехода ценной бумаги к третьему лицу»¹²¹. Заметим, что зарубежное законодательство по – разному регламентирует данный вопрос. Во Франции приобретенные компанией облигации аннулируются без права последующей эмиссии. В Англии погашение возможно, если это определено уставом, или если компания иным образом заранее заявила о таком аннулировании. Аналогично вопрос решается и по законодательству Голландии и ряда иных стран. По мнению большинства иностранных специалистов, выкупленные акции должны быть в обязательном порядке аннулированы. Однако в США разрешается выкупленные акции продавать вновь. В Германии они также не гасятся и продаются дальше без формальностей, характерных для эмиссии. В некоторых странах на это нет прямого запрета, но существуют специальные правила. Так, в Италии, Испании, Бельгии выкуп возможен только за счет прибыли или свободных ресурсов общества. Из анализа российского закона вытекает, что всякое совпадение кредитора и должника ведет к прекращению обязательств. Именно на этом правиле настаивает статья 413 ГК РФ. Поэтому обязательства эмитента облигаций прекращаются, если, например, произошло слияние двух юридических лиц, бывших участниками одних облигационных отношений. В то же время в случае возникновения нового обязательственного правоотношения эмитент вправе удостоверить право инвестора сертификатом облигации, уже «бывшим в употреблении», поскольку, как уже отмечалось, ценная бумага не гасится и не аннулируется.

Гражданский кодекс Российской Федерации и Закон об акционерных обществах допускает совершение такого действия, как «приобретение обществом собственных акций» (ст. 34, 72 Закона). Режим таких акций значительно отличается от режима акций, находящихся у иных субъектов:

¹²¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Под ред. О.Н. Садикова. – М.: ЮрИнфоР, 1996. – С. 403.

– акции, приобретенные обществом на основании принятого общим собранием акционеров решения об уменьшении уставного капитала, погашаются при их приобретении (п. 3 ст. 72 Закона об акционерных обществах);

– акции, приобретенные обществом на основании решения совета директоров, не должны погашаться. Установлено, что такие акции не предоставляют право голоса, не учитываются при подсчете голосов, по ним не начисляются дивиденды (п. 4 ст. 34 Закона об акционерных обществах; ст. 24 Закона об обществах с ограниченной ответственностью).

Как отмечалось ранее, основания прекращения обязательств могут быть применимы и к прекращению организационных правоотношений, не являющихся обязательствами. Поэтому представляется, что так называемое приобретение обществом собственных акций ведет к прекращению соответствующих акционерных отношений. При этом приобретение обществом собственных акций представляет собой совокупность двух юридических фактов. В качестве первого выступает новация – замена акционерного правоотношения на денежное обязательство в виде уплаты рыночной стоимости выкупной цены акции (п. 6 ст. 72 Закона об акционерных обществах). Вторым юридическим фактом является реализация указанного обязательства, т. е. исполнение денежного обязательства. В равной мере это касается и ситуации, предусмотренной статьями 75, 76 (выкуп акций по требованию акционеров). Определенная же законом возможность произвести реализацию акций (долей) представляет собой право хозяйственного общества получить новые инвестиции (осуществить эмиссию эмиссионных ценных бумаг) по упрощенной процедуре, без выполнения формальностей, определенных главой 3 Закона о рынке ценных бумаг. Таким образом, имущество общества не увеличивается на величину так называемых акций, поступивших в распоряжение общества.

§ 6. Субъекты и объекты ИНВЕСТИЦИОННЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Субъектами инвестиционных правоотношений могут быть физические и юридические лица, в том числе иностранные, а также государства и международные организации.



Инвесторы – субъекты инвестиционной деятельности, осуществляющие вложение собственных заемных или привлеченных средств в форме инвестиции и обеспечивающие их целевое использование.

Инвесторами могут быть органы, уполномоченные управлять государственным и муниципальным имуществом или имущественными правами, юридические лица всех форм собственности, международные организации и иностранные юридические лица, физические лица – резиденты и нерезиденты.

Субъекты, осуществляющие вложения, в нормативных актах и специальной литературе именуется по – разному: вкладчики, дольщики, акционеры, инвесторы и т. д. Так, в соответствии с Федеральным законом от 9 июля 1999 г. «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» иностранные инвесторы определяются как «иностранное юридическое и физическое лица, организации, не являющиеся юридическим лицом, которые вправе осуществлять инвестиции на территории Российской Федерации». Относительно того, какое содержание следует вкладывать в понятие «инвестор» и в чем отличие инвесторов от иных субъектов гражданского оборота, в литературе пока нет единства мнений.

Тот факт, что субъект становится инвестором, когда он размещает капитал в производство в качестве средства получения им дохода и тем самым ожидает получение указанного дохода, как правило, признается всеми специалистами. Расхождения начинаются, лишь только речь заходит о том, кем и каким образом может быть получен доход от использования вложенных средств, какова степень участия инвестора и должен ли (вправе ли) он вообще участвовать в этом процессе. Зачастую в литературе в качестве инвесторов признают только тех лиц, кто реально участвует в производственном процессе использования инвестиций либо обеспечивает их целевое применение, в силу чего он вправе принимать участие в прибылях, полученных от использования инвестиций. Такое понимание роли инвестора основано на нормах Закона об инвестиционной деятельности 1991 г., в котором инвестором признается лицо, осуществляющее вложение средств в форме инвестиций в предпринимательскую и иные виды деятельности и обеспечивающее целевое использование инвестиций. В нормативных актах часто происходит отождествление фигуры инвестора и предпринимателя. Однако в действительности различия между ними весьма существенны.

Как справедливо отмечает Г. В. Цепов, «контроль за целевым распоряжением средств – это право инвестора, но не составляющая его статуса»¹²². Добавим, что инвестор лишен возможности не только участия в использовании инвестиций, но и, как правило, в большинстве случаев права контроля за деятельностью организатора. Становясь акционером, физическое или юридическое лицо не участвует в предпринимательской деятельности, которую осуществляет общество, и тем самым «поручает» акционерному обществу использо-

¹²² Цепов Г.В. Инвестиции в строительство: проблемы гражданско-правового регулирования // Юридический мир. – 2001. – № 2. – С. 43.

вать вложенные им средства. Участник компании, который не является учредителем и не участвует непосредственно в управлении компанией, не может быть признан предпринимателем¹²³. «Функционирование акционерных обществ, – справедливо отмечает В. Ф. Яковлев, сопряжено с использованием «чужих» средств, принадлежащих инвесторам (акционерам), и их интересы могут быть серьезно нарушены...»¹²⁴. При долевом участии в строительстве многоквартирного дома застройщики управляют средствами инвесторов – дольщиков на основании договоров о долевом участии и т. д. Думается, не случайно Закон о защите прав инвесторов именуется инвесторами физических и юридических лиц, объектом инвестирования которых являются эмиссионные ценные бумаги, что вытекает из статьи 1 нормативного акта.

Ранее при рассмотрении характерных черт инвестирования было определено, что инвестор вправе получать часть прибыли (дохода) не в силу факта участия в ее создании, а в силу наличия соответствующего правоотношения между ним и лицом, получившим инвестиции. Наличие этой правовой связи обеспечивает ему возможность требовать соответствующих выплат (получать иные материальные блага). Представляется, что это отправная точка в понимании как правового положения инвестора, так и сущности инвестирования вообще. Инвестирующий средства субъект может рассчитывать на дополнительную защиту только в том случае, если он не имеет возможности участвовать в процессе создания возможного будущего дохода. Если субъект обладает возможностью принимать участие в управлении юридическим лицом, предприятием и осуществлять прямой контроль над ним, например, обладая контрольным пакетом акций, то он в состоянии сам защитить свои вложения, а значит, он не является инвестором, и в придании ему особого статуса, отличного от иных субъектов, нет необходимости. Инвестор же, напротив, нуждается в специальных механизмах обеспечения реализации своего интереса, специальном статусе, нормативном его закреплении.

Согласно так называемой доктрине покупки бизнеса, выработанной судебной практикой США, являющейся развитием последнего из элементов теста Хови, приобретение пакета акций, дающих право на управление компанией (как правило, 40 и более процентов акций акционерной компании), не является для покупателя приобретением эмиссионных ценных бумаг (securities), т. е. не вписывается в схему инвестиционного контракта. Американские суды отмечают, что покупатель в этом случае приобретает право управления компанией, и получение возможной прибыли уже не зависит исключительно от усилий других лиц. Такие сделки характеризуются как приобретение имущества предприятия (assets). При этом обращается внимание не на то, что являлось непосредственно предметом сделки, а на конечный результат сделки – приобретение предприятия, «покупка бизнеса». Для покупателя это означает, что, если предприятие, которое он фактически приобрел через покупку акций, окажется не столь успешным, как ожидалось, он не сможет расторгнуть сделку купли – продажи акций на основании норм Securities Act, так как результаты деятельности предприятия теперь зависят только от самого покупателя и, значит, он приобрел не securities, а предприятие. Соответственно, риск потери вложенных в это общество средств вследствие неверного или неправомерного решения для такого субъекта отсутствует.

Как следует из Закона об инвестиционной деятельности 1991 г., в качестве инвесторов могут выступать любые субъекты гражданского права, в том числе иностранные физические и юридические лица, а также Российская Федерация, субъекты Федерации и муниципальные образования. Вместе с тем относительно возможности участия отдельных субъектов в

¹²³ Каминка А.И. Основы предпринимательского права. – Пг., 1917.

¹²⁴ Яковлев В.Ф. Россия: экономика, гражданское право. – М.: РИЦ ИСПИ РАН, 2000. – С. 17.

инвестиционных отношениях в качестве инвесторов в нормативных актах установлен ряд ограничений:

1) не могут быть участниками хозяйственных обществ государственные и муниципальные органы, если иное не установлено законом (ст. 66 ГК РФ). Такое ограничение в литературе объясняется тем, что названные органы могут «использовать преимущества своего публичного правового положения, и тем, что государственный орган, внося вклад в уставный капитал, отчуждает имущество, которое не принадлежит этому органу», с чем нельзя не согласиться;

2) учреждения, финансируемые собственником, могут быть инвесторами только с разрешения собственника, если иное не установлено законом (ч. 4 п. 4 ст. 66 ГК РФ). При этом право учреждения самостоятельно распоряжаться средствами, полученными от разрешенной предпринимательской и иной деятельности (п. 2 ст. 298 ГК РФ), нельзя рассматривать как разрешение на участие в хозяйственных обществах, поскольку оно не снимает прямого запрета и не создает иной правовой режим участия учреждений в хозяйственных обществах;

3) статья 66 ГК РФ предусматривает, что законом может быть запрещено или ограничено участие отдельных категорий граждан в хозяйственных обществах, за исключением открытых акционерных обществ;

4) займодавцами по договору государственного займа могут быть только физические и юридические лица (ст. 817 ГК РФ).

Возможно объединение средств инвесторами для осуществления совместного инвестирования. Инвесторы могут выступать в роли вкладчиков, заказчиков, кредиторов, покупателей, а также выполнять функции любого другого участника инвестиционной деятельности. Заказчиками могут быть инвесторы, а также любые иные физические и юридические лица, уполномоченные инвестором осуществить реализацию инвестиционного проекта, не вмешиваясь при этом в предпринимательскую и иную деятельность других участников инвестиционного процесса, если иное не предусмотрено договором между ними.

На практике выделяют два вида инвесторов¹²⁵:

институциональные инвесторы – это специалисты, которые профессионально управляют чужими деньгами. Их нанимают финансовые учреждения, например банки, страховые компании, взаимные и пенсионные фонды, а также крупные нефинансовые корпорации и в редких случаях – частные лица;

индивидуальные инвесторы распоряжаются личными средствами в своих финансовых интересах. Индивидуальный инвестор чаще всего заинтересован только в том, чтобы свободные деньги принесли ему прибыль, которая станет источником дохода по выходе на пенсию или же обеспечит финансовую стабильность его семье.

Гражданская право- и дееспособность иностранных юридических и физических лиц, а также их право совершать инвестиции на территории Российской Федерации определяются в соответствии с законодательством государства, в котором такие лица учреждены или проживают либо гражданами которого являются. Остается неясным, в соответствии с законодательством какого государства должны решаться указанные вопросы в отношении лиц, имеющих двойное гражданство.

По сравнению с действовавшим прежде Законом РСФСР 1991 г. «Об иностранных инвестициях в РСФСР» иностранными инвесторами уже не могут быть российские (ранее – советские) граждане, имеющие постоянное место жительства за границей, даже если они, как предписывал прежний закон, были зарегистрированы для ведения хозяйственной деятельности в стране их гражданства или постоянного места жительства.

¹²⁵ Пичугин Б. Иностранные частные инвестиции в России // Международные отношения. – 1999. – № 11. – С. 39.

Необходимо также отметить, что критерий определения правоспособности иностранного юридического лица в соответствии с законодательством его местонахождения сменился критерием места его учреждения. Как известно, местонахождение организации не всегда совпадает с местом ее учреждения. Поэтому последний критерий, на наш взгляд, более определенный. Кроме того, по сравнению с прежним законом были уточнены условия предоставления статуса иностранного инвестора международным организациям и иностранным государствам. Международная организация получает право осуществлять инвестиции на территории России в соответствии с международным договором, а иностранное государство – в соответствии с порядком, определяемым федеральными законами.

Согласно пункту 6 ст. 4 Закона 1999 г. российская коммерческая организация наделяется статусом коммерческой организации с иностранными инвестициями со дня вхождения в состав ее участников иностранного инвестора. С этого дня сама коммерческая организация с иностранными инвестициями и иностранный инвестор пользуются правовой защитой, гарантиями и льготами, установленными законом.

Коммерческая организация лишается упомянутого статуса со дня выхода иностранного инвестора из состава ее участников (при наличии нескольких иностранных участников – в случае выхода всех иностранных инвесторов). С этого дня коммерческая организация и иностранный инвестор утрачивают правовую защиту, гарантии и льготы, установленные Федеральным законом. С учетом имеющегося в российском законодательстве многообразия организационно – правовых форм коммерческих организаций следовало бы уточнить понятия вхождения иностранного инвестора в состав участников и его выхода из состава участников такой организации. По – видимому, в любом случае им должен быть момент государственной регистрации количественного или качественного изменения, произошедшего в составе организации.

Одним из способов присутствия иностранных инвесторов на российском рынке является создание филиалов¹²⁶. Однако филиалы иностранных юридических лиц в Российской Федерации не признаются юридическими лицами и, следовательно, не считаются самостоятельными иностранными инвесторами. Льготы и ограничения на иностранных инвесторов распространяются непосредственно на головную организацию, которая несет имущественную ответственность по обязательствам в связи с деятельностью филиала.

В Законе 1999 г. содержится ряд положений, регулирующих деятельность российских юридических лиц с иностранным участием. На некоторые из данных норм необходимо обратить особое внимание.

Закон 1999 г. закрепляет основы государственной регистрации российских компаний с иностранными инвестициями (более подробно данная проблема освещена в третьей главе работы). В предшествующем законе процедура регистрации таких организаций регулировалась значительно более подробно (так, предусматривался перечень подаваемых для регистрации документов и др.).

Предшествующий закон устанавливал, что организация с иностранными инвестициями считается таковой, в случае если иностранный инвестор обладает более 50 % уставного капитала организации (оплаченного в рублях, что долгое время являлось единственной возможной формой оплаты, за исключением кредитных организаций). Действующий Закон предусматривает, что российская компания признается организацией с иностранными инвестициями со дня вхождения в ее состав иностранного инвестора, независимо от объема иностранного участия. С этой даты организация с иностранными инвестициями подлежит правовой защите и может пользоваться гарантиями и льготами, установленными Законом.

¹²⁶ Пичугин Б. Указ. соч. – С. 59.

Коммерческая организация с иностранными инвестициями пользуется гарантиями и льготами, предусмотренными статьями 8, 9, 16 Закона. Статья 8 содержит гарантию компенсации при национализации и реквизиции имущества такой организации. Статья 9 предусматривает гарантию от неблагоприятного изменения российского законодательства. В статье 16 указаны льготы по уплате таможенных платежей. Несомненно, возможность получения гарантий и льгот сделает статус коммерческой организации с иностранными инвестициями привлекательным для российских коммерческих организаций. Можно предположить, что в дальнейшем российские организации займутся поиском потенциальных иностранных инвесторов с целью получения тех преимуществ, которые предоставляет рассматриваемый Закон. В первую очередь это относится к государственной гарантии от неблагоприятного изменения законодательства Российской Федерации.

Объектами инвестиционной деятельности являются вновь создаваемые, модернизируемые основные фонды и оборотные средства, ценные бумаги, целевые денежные вклады, научно – техническая продукция, другие объекты собственности, а также имущественные права и права на интеллектуальную собственность.

Инвестор самостоятельно определяет объемы направления размеры и эффективность инвестиций, и по своему усмотрению привлекает на договорной, преимущественно конкурсной основе, в том числе через торги подряда физических и юридических лиц, необходимых ему для реализации инвестиций¹²⁷.

Законодательством Российской Федерации и ее субъектов могут быть определены объекты, инвестирование в которые не влечет за собой непосредственно приобретения права собственности на них, но не исключает возможности последующего владения оперативного управления или участия инвестора в доходах от эксплуатации этих объектов.

Основным правовым документом, регулирующим производственно – хозяйственные и другие взаимоотношения субъектов инвестиционной деятельности, служит договор¹²⁸.

Государственное регулирование инвестиционной деятельности осуществляется в соответствии с государственными инвестиционными программами прямым управлением государственными инвестициями введением системы налогов с дифференцированием налоговых ставок и льгот предоставлением финансовой помощи в виде дотаций, субсидий, субвенций, проведением финансовой и кредитной политики, политики ценообразования, выпуском в обращение ценных бумаг, амортизационной политики.

Государство гарантирует защиту инвестиций, в том числе иностранных независимо от форм собственности¹²⁹. При этом инвесторам, включая иностранных, обеспечиваются равноправные условия деятельности, исключающие применение мер дискриминационного характера, которые могли бы препятствовать управлению и распоряжению инвестициями.

¹²⁷ См.: Цакунов С. Привлечение иностранных инвестиций в экономику России: новые ориентиры // Юридический вестник. – 1999. – № 9. – С. 47.

¹²⁸ См.: Шарп У.Ф., Александр Г.Д., Бейли Д.В. Инвестиции. – М. Инфра-М, 1998. – С. 31.

¹²⁹ Минеев А. Активизация притока иностранных инвестиций в регионы РФ // Инвестиции в России. – 1998. – № 1. – С. 33.

Глава 4

Понятие инвестиций и их виды

§ 1. Понятие инвестиций и их значение

Предприятия постоянно сталкиваются с необходимостью инвестиций, т. е. с вложением финансовых средств (внутренних и внешних) в различные программы и отдельные мероприятия (проекты) с целью организации новых, поддержания и развития действующих производств (производственных мощностей), технической подготовки производства, получения прибыли и других конечных результатов, например природоохранных, социальных и др.

В самом широком смысле инвестиции обеспечивают механизм, необходимый для финансирования роста и развития экономики страны. Чтобы дать общее представление о роли инвестиций, вначале обратимся к основным понятиям, рассмотрим структуру инвестиционного процесса, его участников, типы инвесторов.

Термин «инвестиции» происходит от латинского слова «invest», что означает «вкладывать».



По *финансовому определению* инвестиции – это все виды активов (средств), вкладываемых в хозяйственную деятельность в целях получения дохода (выгоды).

По *экономическому определению* инвестиции – расходы на создание, расширение или реконструкцию и техническое перевооружение основного и оборотного капитала¹³⁰.

Другими словами, инвестиция – это способ помещения капитала, который должен обеспечить сохранение или возрастание стоимости капитала и (или) принести положительную величину дохода; другими словами, это любой инструмент, в который можно поместить деньги, рассчитывая сохранить или умножить их стоимость и (или) обеспечить положительную величину дохода. Свободные денежные средства не являются инвестицией, так как стоимость наличных денег может быть обесценена инфляцией и они не могут обеспечить никакого дохода¹³¹. Если ту же сумму денежных средств поместить на сберегательный счет в банке, то их можно назвать инвестицией, так как счет гарантирует определенный доход¹³².

Отсюда «инвестировать» означает «расстаться» с деньгами сегодня, чтобы получить большую сумму в будущем. Однако на практике нередко проводят различие между инвестированием и сбережением.

Вывоз капитала представляет собой процесс изъятия части капитала из национального оборота в данной стране и перемещение его в различных формах (товарной, денежной) в производственный процесс и обращение другой, принимающей страны. Со второй поло-

¹³⁰ Шарп У.Ф., Александр Г.Д., Бэйли Д.В. Указ. соч. – С. 25.

¹³¹ Вахрин П.И. Инвестиции. – М.: Дашков и Ко, 2002. – С. 17.

¹³² Игошин Н.В. Инвестиции. – М.: Юнити, 1999. – С. 55.

вины XX в. вывоз капитала непрерывно растет, что поначалу было свойственно для небольшого числа промышленно развитых стран, осуществляющих экспорт капитала в основном для развивающихся стран Азии и Африки. Развитие мирового хозяйства существенно расширило рамки этого процесса: вывоз капитала становится функцией любой успешно, динамично развивающейся экономики. Капитал вывозят и ведущие промышленно развитые страны, и среднеразвитые страны, и развивающиеся страны.

Основными причинами вывоза капитала являются:

- перенакопление капитала в стране, из которой он вывозится;
- наличие возможности монополизации местного рынка;
- несовпадение спроса на капитал и его предложение в различных звеньях мирового хозяйства;
- наличие в странах, куда экспортируется капитал, более дешевого сырья и рабочей силы;
- стабильная политическая обстановка и в целом благоприятный инвестиционный климат.

В условиях глобализации экономики, интеграции рынков, в том числе финансовых, значительно возросла роль иностранных инвестиций.



Иностранной инвестицией является вложение иностранного капитала в объект предпринимательской деятельности на территории государства в виде объектов гражданских прав, принадлежащих иностранному инвестору, если такие объекты гражданских прав не изъяты из оборота или не ограничены в обороте в соответствии с законами принимающей инвестиции страны, в том числе денег, ценных бумаг, иного имущества, имущественных прав, имеющих денежную оценку исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальную собственность), а также услуг и информации.

Такое определение иностранной инвестиции дано в статье 2 Федерального закона от 9 июля 1999 г. № 160–ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» (далее – Закон 1999 г., Закон об иностранных инвестициях). Это определение очень широкое и включает в себя любое, не запрещенное российским законодательством вложение капитала в объекты на территории России, осуществленное иностранным инвестором. Таким образом, иностранные инвестиции в Законе 1999 г., в отличие от предшествующего, определяются через процесс (инвестиция есть вложение капитала), в то время как во всех законах об инвестициях (за исключением Закона о капитальных инвестициях) процесс вложения капитала определяется как инвестирование, а под инвестицией понимаются объекты прав, вкладываемые иностранным инвестором в процессе инвестирования¹³³.

С процессом инвестирования обычно связаны два фактора – время и риск.

Общий риск состоит из двух частей: 1) рыночный риск (систематический риск) – связан с риском рыночного портфеля и поэтому не может быть устранен путем диверсификации; 2) собственный риск (нерыночный риск) – не связан с изменениями в рыночном портфеле и может быть устранен с помощью диверсификации.

¹³³ См.: Цветков Н. На мировом рынке инвестиционных капиталов // Инвестиции в России. – 1999. – № 11.

Инвестор, прежде всего, надеется получить некоторые денежные выплаты в будущем от своих вложений, например в иностранные ценные бумаги. Однако данные выплаты будут выражены в иностранной для инвестора валюте и, следовательно, будут представлять относительно небольшой интерес для инвестора, если они не могут быть конвертированы в валюту страны проживания инвестора. Дополнительный риск иностранных инвестиций является результатом неопределенности, связанной с возможностью конвертации данных выплат в валюту страны проживания инвестора.

Стратегия привлечения иностранных инвестиций в экономику любой принимающей страны должна быть основана на изучении интересов потенциальных зарубежных инвесторов и возможностей их удовлетворения без ущерба для национальной экономики¹³⁴.

Основными мотивами иностранных инвесторов являются:

- стремление получить максимальную прибыль и благоприятные условия для ее последующей реализации;
- стремление завоевать обширный рынок, отличающийся потенциальной емкостью как с точки зрения инфраструктуры, так и производства потребительских товаров;
- возможность доступа к природным ресурсам страны.

Иностранные инвесторы, движимые своими интересами и по достоинству оценивая имеющиеся предпосылки эффективного приложения капитала, рассчитывают на благоприятные условия своей предпринимательской деятельности. Совокупность условий приема, размещения и функционирования иностранного капитала и представляет собой инвестиционный климат страны.

Состояние инвестиционного климата (благоприятный, неблагоприятный, рискованный) и степень привлекательности страны определяются¹³⁵:

- уровнем политической и экономической стабильности, инвестиционной политикой и действующим законодательством в отношении иностранных инвестиций;
- отношением к иностранной собственности и зарубежным инвестициям;
- условиями перевода капитала, прибылей и движения кредитных ресурсов;
- ограничениями и льготами для иностранных инвестиций;
- устойчивостью национальной денежной единицы и уровнем развития местного рынка капиталов, протекционистской защиты и социально – культурным взаимодействием.

Благоприятный инвестиционный климат страны является одним из важнейших показателей состояния экономики, стимулирует приток валютных средств, технологий, информации в рамках, определенных экономической целесообразностью и международной конкурентоспособностью.

В связи с этим целесообразно произвести классификацию иностранных инвестиций, т. е. способов размещения капитала.

¹³⁴ См.: Цакунов С. Привлечение иностранных инвестиций в экономику России: новые ориентиры // Рынок ценных бумаг. – 1999. – № 9. – С. 57.

¹³⁵ См.: Минеев А. Указ. соч. – С. 32.

§ 2. Классификация инвестиций и их особенности

По своему характеру и формам иностранные капиталовложения могут быть различными. Инвестиции различаются по объемам производства (масштабам проекта, производству продукции, работ, услуг), направленности (производственные, социальные и др.), характеру и содержанию периода (этапов) осуществления проектов (на весь период или только отдельные этапы), формам собственности (государственные или частные), характеру и степени участия государства (кредиты, пакет акций, налоговые льготы, гарантии и др.),купаемости средств, эффективности конечных результатов и другим признакам.

1. **В зависимости от направлений вложения капитала** принято выделять прямые и портфельные инвестиции.



Прямые инвестиции – это вложения в уставный капитал хозяйствующего субъекта с целью извлечения дохода и получения прав на участие в управлении данным хозяйствующим субъектом.

Они являются основной формой экспорта частного предпринимательского капитала, обеспечивающей установление эффективного контроля и дающей право непосредственного распоряжения компанией. Их рассматривают как вложение капитала в целях получения долгосрочного интереса. В статье 2 Закона об иностранных инвестициях законодательно закреплено определение данного термина.



Под прямой иностранной инвестицией понимается приобретение иностранным инвестором не менее 10 % доли, долей (вклада) в уставном (складочном) капитале коммерческой организации, созданной или вновь создаваемой на территории Российской Федерации в форме хозяйственного товарищества или общества в соответствии с гражданским законодательством Российской Федерации; вложение капитала в основные фонды филиала иностранного юридического лица, создаваемого на территории России; осуществление на территории России иностранным инвестором как арендодателем финансовой аренды (лизинга) оборудования.

Черты, характерные для прямых инвестиций¹³⁶:

- при прямых зарубежных инвестициях инвесторы, как правило, лишаются возможности быстрого ухода с рынка;
- большая степень риска и большая сумма, чем при портфельных инвестициях;
- более высокий срок капиталовложений, они более предпочтительны для стран – импортеров иностранного капитала.

Прямые зарубежные инвестиции направляются в принимающие страны двумя путями:

- 1) организация новых предприятий;
- 2) скупка или поглощение уже существующих компаний.

¹³⁶ Камински М. Прямые иностранные инвестиции // Финансы и кредит. – 2001. – № 5.

Задолго до принятия Закона 1999 г. понятие «прямые инвестиции» уже было определено в Законе Российской Федерации от 9 октября 1992 г. № 3615–1 «О валютном регулировании и валютном контроле», в котором пункт 10 ст. 1 устанавливал, что прямой инвестицией является «вложение в уставный капитал предприятия с целью извлечения дохода и получения прав на участие в управлении предприятием», а портфельной инвестицией является «приобретение ценных бумаг». Положение № 482, утвержденное Центробанком России 7 июля 1997 года (утратило силу), называло прямыми инвестициями инвестирование в уставный капитал АО или ООО при первичном размещении акций (долей) или при увеличении уставного капитала.

Окончательный текст Закона 1999 г. содержит совершенно новое определение прямых инвестиций. С одной стороны, определение сужает рамки прямых инвестиций по сравнению с определением таковых в правовой теории и в Законе «О валютном регулировании и валютном контроле», но, с другой стороны, оно не дает возможности однозначно разграничить прямые и портфельные инвестиции. Кроме того, хотелось бы обратить внимание на то, что Закон не учел международный опыт определения прямых инвестиций. Так, Международный валютный фонд рекомендовал понимать под прямым инвестированием «капиталовложение, которое производится с целью приобретения долгосрочного участия в предприятии, действующем в стране, не являющейся страной инвестора, или которым инвестор стремится к получению реального влияния в управлении предприятием». Эта рекомендация основана на теории инвестирования и была учтена в Сеульской конвенции об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций (Сеул, 11 октября 1985 г.), которую Россия ратифицировала в 1992 году (постановление Верховного Совета Российской Федерации от 22 декабря 1992 г. № 4186–1).

Кроме того, необходимо отметить, что формулировка статьи не позволяет разграничить приобретение долей при учреждении компании или при увеличении уставного капитала и приобретение долей на вторичном рынке у одного из участников общества, что по своей природе не является прямой инвестицией, так как фактически не приводит к притоку средств в организацию. Однако по определению Закона такое приобретение на вторичном рынке также считается прямой инвестицией.

Согласно второй части определения, прямой инвестицией, *inter alia*, является вложение капитала в основные фонды филиала иностранного юридического лица, создаваемого на территории Российской Федерации. В экономическом смысле в данном случае происходит поступление денежных средств на территорию России, однако в юридическом смысле может иметь место лишь «перекладывание средств из кармана в карман» одного лица, так как собственником ввозимых средств остается иностранный инвестор.

На практике возможно осуществление большого количества инвестиционных проектов, не подпадающих под определение прямых инвестиций, но в то же время не являющихся портфельными инвестициями, например строительная деятельность, покупка предприятия, займы российским компаниям, в том числе целевые. В первых проектах нового Закона об иностранных инвестициях подобные виды инвестиций специально определялись как отдельные формы инвестирования, в связи с чем на них прямо распространялось действие данного Закона. В окончательном тексте Закона важнейшие вопросы, связанные с осуществлением таких и некоторых иных форм инвестиций, остаются неурегулированными.

Таким образом, прямые зарубежные инвестиции представляют способ повышения производительности и технического уровня российских предприятий. Размещая свой капитал, иностранная компания приносит с собой новые технологии, новые способы организации производства и прямой выход на мировой рынок.



Портфельные инвестиции – это вложения капитала, связанные с формированием портфеля и представляют собой приобретение ценных бумаг и других активов.

Портфель – совокупность собранных воедино различных инвестиционных ценностей, служащих инструментом для достижения конкретной инвестиционной цели вкладчика¹³⁷.

Как правило, портфель представляет собой определенный набор из корпоративных акций, облигаций с различной степенью обеспечения и риска, а также бумаг с фиксированным доходом, гарантированным государством, т. е. с минимальным риском потерь по основной сумме и текущим поступлениям. В портфель могут входить ценные бумаги одного типа (акции) или различные инвестиционные ценности (акции, облигации, сберегательные и депозитные сертификаты, залоговые свидетельства, страховой полис и др.)¹³⁸. Портфельные инвестиции не обеспечивают контроля за заграничными компаниями, ограничивая права инвестора получением доли прибыли (дивидендов).

Например, до недавнего времени банки исходя из зарубежного опыта, формируя инвестиционный портфель, набирали его в следующем соотношении: в общей сумме ценных бумаг около 70 % – государственные ценные бумаги, около 25 % – муниципальные ценные бумаги и около 5 % – прочие бумаги. Таким образом, запас ликвидных активов составляет примерно 1/3 портфеля, а инвестиции с целью получения прибыли – 2/3. Как правило, такая структура портфеля характерна для крупного банка, мелкие же банки в своем портфеле имеют 90 % и более государственных и муниципальных ценных бумаг.

Теоретически портфель может состоять из бумаг одного вида, а также менять свою структуру путем замещения одних бумаг другими. Однако каждая ценная бумага в отдельности не может достигать подобного результата.

Основная задача портфельного инвестирования – улучшить условия инвестирования, придав совокупности ценных бумаг такие инвестиционные характеристики, которые недостижимы с позиции отдельно взятой ценной бумаги и возможны только при их комбинации.

¹³⁷ См.: *Фадеев А., Рукин А.* Инвестиционные портфели // Рынок ценных бумаг. – 1995. – № 14.

¹³⁸ *Ованесов А.* Проблемы портфельного инвестирования // Перспектива. – 1998. – С. 59.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.