

Отзыв

официального оппонента на диссертацию Валерия Николаевича Лисицы «Гражданско-правовой механизм регулирования инвестиционных отношений, осложнённых иностранным элементом», представленную на соискание учёной степени доктора юридических наук по специальности 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право (рукопись, 417 е.).

Диссертационное исследование Валерия Николаевича Лисицы «Гражданско-правовой механизм регулирования инвестиционных отношений, осложнённых иностранным элементом», вне всякого сомнения, посвящено комплексу весьма актуальных с теоретической и практической точек зрения проблем, касающихся правового регулирования иностранных инвестиций. Вообще-то зарубежные инвестиции, инвестиционные отношения и их опосредование правом уже давно и детально анализируются, как в отечественной, так и в зарубежной юриспруденции. Однако следует признать, что правовая наука пока ещё весьма далека от того, чтобы дать исчерпывающие ответы на целый ряд возникающих в этой области вопросов.

Актуальность исследования правового регулирования иностранных инвестиций предопределена тем, что в этой области тесно переплетаются несовпадающие интересы стран – экспортёров и стран – импортёров капитала, близко увязаны публичные и частные интересы, и, наконец, тем, что одни и те же отношения являются одновременно предметом регулирования как национального, так и международного права.

Одной из важнейших задач отечественной правовой доктрины было и остаётся исследование тех обстоятельств, которые позволили бы создать благоприятный режим для иностранных инвестиций, и способствовать тем самым привлечению иностранных капиталовложений в отечественную экономику. Диссертация В.Н. Лисицы направлена на решение этой чрезвычайно важной задачи. Посему избранную для исследования тему следует признать актуальной, а проведённое исследование весьма ценным в научном и практическом плане.

К сожалению, на международном уровне не удалось пока согласовать единого всеобъемлющего международного договора по иностранным инвестициям. Имеющиеся соглашения – Конвенция о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами от 18 марта 1965 г. (Вашингтонская конвенция 1965 г.) и Конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций от 11 октября 1985 г. (Сеульская конвенция 1985 г.) касаются изолированных и

достаточно узких вопросов, связанных с иностранными инвестициями. Двусторонние международные договоры о поощрении и защите иностранных капиталовложений главным образом регламентируют вопрос о гарантиях, предоставляемых иностранному инвестору. Поэтому основная нагрузка в регулировании иностранных инвестиций ложится на национальное право, международная унификация которого остаётся пока лишь пожеланием. В связи с этим регламентация иностранных инвестиций на современном этапе осуществляется довольно сложным правовым комплексом, включающим в себя нормы национального права и принятые на себя государством международные обязательства. Детально исследовать этот комплекс правоустановлений, критически его оценить и высказать свои предложения по его усовершенствованию — вот задача, которую поставил перед собой В.Н. Лисица, и с ней, безусловно, справился.

К достоинствам проведённой автором работы относится то, что она осуществлена на одном из самых сложных направлений научного знания — на стыке международного публичного и международного частного права. Нельзя не признать, что исследование правового регулирования иностранных инвестиций до недавнего времени осуществлялось преимущественно в международно-правовом ключе, подчас в ущерб рассмотрению цивилистических проблем. Научная новизна представленной к защите работы заключается в том, что автор сфокусировал своё внимание на гражданско-правовых механизмах правового регулирования иностранных капиталовложений. При этом он тщательно исследовал, как в цивилистические инструменты вплетаются те положения, которые приняты государством в качестве обязательств по международному праву.

Научную новизну и обоснованность сделанных выводов предопределяет широкое использование В.Н. Лисицей арбитражной практики по спорам, касающимся иностранных инвестиций. Автором детально анализируются многочисленные решения Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), Арбитража Международной торговой палаты, иных институционных арбитражных центров, а также решения государственных судов по инвестиционным делам. При этом исследуемые автором прецеденты используются им не как иллюстративный материал, а как подтверждение формулируемых выводов и выдвигаемых предложений. Более того, В.Н. Лисица высказывает весьма интересную мысль, которую следует, безусловно, поддержать: он полагает, что практика МЦУИС во многих случаях может стать отправной точкой для формулирования новых правоположений относительно иностранных инвестиций (с. 88).

Полагаю, что особую научную ценность представляют те положения диссертации, в которых автором анализируется право, применимое к самим инвестиционным отношениям и при рассмотрении вытекающих из них споров. Опираясь на многочисленные прецеденты, В.Н. Лисица отмечает, что понятие «применимое право» трактуется в международной практике весьма широко. К нему относят международное право, общие принципы права, право принимающего или иного государства (с. 307). Довольно часто иностранный инвестор, опасаясь одностороннего изменения законодательства государством, настаивает на том, чтобы инвестиционный контракт не был подчинён праву принимающего государства. Арбитражи вынуждены обращаться в этих случаях к общим принципам права, обычаям делового оборота, а стороны выбирают общие принципы права, *lex mercatoria* или разрешение спора *ex aequo et bono* (с. 305).

В.Н. Лисица вполне обоснованно указывает, что международное право и общие принципы права не являются «адекватным источником регулирования сложных коммерческих отношений, поскольку на современном этапе своего развития не охватывают весь круг отношений и редко могут быть индивидуализированы» (с. 308). Важным нам представляется и другой аргумент автора. Он подмечает, что отказываясь от применения к контракту национального права, иностранный инвестор тем самым отказывается от правовых актов принимающего государства, относящихся к публично-правовой сфере и устанавливающих требования к осуществлению инвестиционной деятельности, стандарты по безопасному ведению работ, охране недр, окружающей природной среды и здоровья населения (с. 310). Видимо, он отказывается при этом и от норм национального права, регламентирующих защиту иностранного инвестора.

Выход автор видит в применении в данном случае сверхимперативных норм (норм непосредственного действия), ограничивающих применение иностранного права на территории принимающего государства. Правда автор ссылается при этом на п. 5 ст. 1210 ГК РФ, предусматривающий, что если в момент выбора сторонами договора подлежащего применению права все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства связаны только с одной страной, выбор сторонами права другой страны не может затрагивать действие императивных норм страны, с которой договор реально связан. Хотелось бы обратить внимание диссертанта на два обстоятельства. Во-первых, в пункте 5 ст. 1210 ГК РФ говорится не о сверхимперативных, а об императивных нормах. Во-вторых, не кажется ли диссертанту, что у международных арбитражей могут возникнуть серьёзные затруднения с определением того, какие именно нормы права Российской Федерации являются сверхимперативными?

Научной новизной и несомненной ценностью обладают положения, в которых автор рассматривает понятие и сущность инвестиционного договора, предлагает классификацию инвестиционных договоров и рассматривает их основные виды (§ 1 главы 4, с. 269-302). К удачам автора следует отнести детальное сравнение непоименованного в ГК РФ договора между инвестором и застройщиком объекта капитального строительства с иными типами гражданско-правовых договоров (с. 296-302).

Особо следует отметить, что в работе высказан целый ряд интересных предложений по совершенствованию правового регулирования иностранных инвестиций на международном и национальном уровнях. И хотя не со всеми из них можно бесспорно согласиться, всё же стоит отметить научную смелость автора.

Так, достаточно взвешенной представляется позиция диссертанта относительно присоединения Российской Федерации к Вашингтонской конвенции 1965 г. Проявляя осторожность, автор указывает конкретные оговорки, которые с его точки зрения следует сделать при ратификации данного международного договора (с. 23). Вместе с тем, как нам представляется, не все предлагаемые оговорки (хотя они прямо и не запрещены), могут быть сделаны, поскольку они могут попасть под действие п. «с» ст. 19 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 г., как несовместимые с объектом и целями договора.

Одним из фундаментальных является предложение В.Н. Лисицы о разработке и заключении многостороннего международного соглашения по инвестициям (с. 86). Однако, как известно, ранее в рамках Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) уже была предпринята попытка разработки подобного международного договора. Эта попытка окончилась неудачей — проект был разработан, однако не принят и даже не вынесен на ратификацию. С неизбежностью возникает вопрос: неужели что-то столь кардинально поменялось в позиции государств по этой проблеме, что препятствия к заключению такого договора исчезли? В этом позволительно усомниться, ибо существующие разногласия относительно притока иностранного капитала между развитыми и развивающимися странами остались без изменения. Представляется, что диссертанту вместо предложения разработки нового международного соглашения по иностранным инвестициям надлежало исследовать, почему не состоялся проект ОЭСР.

Трудно согласиться с предложением о том, что договор об инвестициях должен быть разработан в рамках Всемирной торговой организации (ВТО). И без того широко распространено опасение, что эта организация всё более выходит за рамки своей компетенции, обращаясь к вопросам

интеллектуальной собственности, иностранных инвестиций и т.д., которые значительно шире, чем собственно международная торговля. Отнюдь не случайно, что договор, заключённый в рамках ВТО, носит наименование «о торговых аспектах инвестиционных мер». Надо полагать, что более логичным было бы предложение о создании специальной международной организации по иностранным инвестициям.

Автор вполне обоснованно уделяет значительное внимание вопросу о правовой природе, статусе и регулировании деятельности транснациональных корпораций (ТНК). В частности, он полагает, что «оптимальным источником правового регулирования деятельности ТНК является многосторонний международный договор» (с. 114). С подобной постановкой вопроса вряд ли кто-нибудь станет спорить. Однако при этом В.Н. Лисица почему-то отмахивается от имеющегося опыта регламентации деятельности транснациональных корпораций в виде Кодекса поведения ТНК, полагая, что сам Кодекс и подобные ему проекты «представляют собой не более, чем декларации, которые не способны урегулировать надлежащим образом отношения с участием ТНК с учётом интересов государств» (с. 114).

А вот с этим согласиться трудно. Во-первых, Кодекс поведения ТНК стоит особняком среди иных попыток урегулирования деятельности ТНК, и «подобных» документов в этом плане мы не отыщем. Разработка данного документа была предусмотрена Декларацией и Программой действий по установлению нового международного экономического порядка 1974 г.

Во-вторых, разработка Кодекса является одной из главных задач Комиссии по транснациональным корпорациям, учреждённой ЭКОСОС в соответствии с резолюцией 1913 (LVII) от 5 декабря 1974 г., т.е. ведётся в рамках и под эгидой ООН.

В-третьих, несмотря на существенные разногласия между странами – экспортёрами и странами – импортёрами капитала относительно статуса и содержания Кодекса, его проект все же был разработан.

В-четвёртых, окончательного решения о статусе этого документа не принято, поэтому называть его декларацией — нет никаких оснований. Принятие Кодекса в качестве юридически обязательного документа оказалось под вопросом из-за позиции ряда ведущих государств, являющихся странами базирования крупных ТНК.

В этих условиях предложение вынести за скобки проделанную работу и начать разработку международного договора о ТНК заново не выглядит тщательно продуманным. С неизбежностью возникает вопрос: что кардинальным образом изменилось в расстановке сил между экспортёрами и импортёрами капитала, что позволит согласовать их противоположные позиции? Разве государства, в которых находятся материнские компании

ведущих мировых ТНК, согласятся налагать на эти ТНК какие-либо ограничения и поддержат введение для них жёстких правовых рамок? Полагаю, что более продуктивным был бы детальный анализ Кодекса поведения ТНК с точки зрения того, что именно предлагается вменить в обязанность ТНК и какие правомочия государств предполагается закрепить. Это позволило бы автору сфокусировать внимание на конкретных положениях относительно правового статуса ТНК.

К сожалению В.Н. Лисица, с нашей точки зрения, вообще недооценивает такой документ, как Хартия экономических прав и обязанностей государств 1974 г. Вслед за некоторыми западными специалистами он объявляет этот документ декларацией и детально не анализирует. Между тем, автором настоящего отзыва в своё время была опубликована работа, в которой обосновывалось, что положения Хартии экономических прав и обязанностей государств 1974 г. представляют собой положения действующего международного права, облечённые в форму международного обычая. Более того, при этом обосновывалось, что едва ли на современном этапе государства смогут согласовать правоположения, кардинально отличающиеся от того, что установлено в Хартии. Думается, что диссертанту следовало этот подход либо поддержать, либо опровергнуть.

Исследуя правовую природу международного инвестиционного права, состав источников международного инвестиционного права, В.Н. Лисица обращается к таким весьма специфическим регуляторам как *lex mercatoria* (с. 70 и сл.) и *soft law* (с. 61 и сл.). Однако автор не даёт ответа на простой, но весьма очевидный вопрос: являются ли эти регуляторы правом? Вопрос этот далеко не праздный. Дело в том, что достаточно часто в инвестиционных контрактах дабы избежать их подчинения национальному праву принимающего государства, указывается, что контракт будет регулироваться международным правом, *lex mercatoria* или аналогичными положениями. Однако В.Н. Лисица не даёт ответа на вопрос: отменяется ли в таком случае действие императивных норм национального права принимающего государства?

Частично ответ на этот вопрос, как надо полагать, сформулирован в ст. 1.4 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА (в ред. 2010 г.), составители которых позиционируют этот документ как кодификацию *lex mercatoria*. В этой статье установлено: «Никакие нормы настоящих Принципов не ограничивают применение императивных норм национального, международного или наднационального происхождения, которые подлежат применению в силу соответствующих норм международного частного права». Полагаю, что диссертанту следует определить во время защиты свою позицию: распространяется ли данное

положение на инвестиционные контракты? Впрочем, есть ещё один вопрос, который требует ответа: как быть в тех случаях, когда в инвестиционном контракте прямо указывается, что «право государства X. (указывается право государства, принимающего инвестиции) к настоящему контракту не применяется»?

В диссертационном исследовании В.Н. Лисицы, как уже отмечалось, много внимания уделяется практике МЦУИС. Вместе с тем трудно согласиться с утверждением В.Н. Лисицы о том, что практика МЦУИС создаёт международные обычаи. Так, автор полагает, что «в деле *Benvenuti and Bonfant SRL v. the Government of the People's Republic of the Congo* арбитраж МЦУИС обратился к такому принципу международного права, как выплата компенсации при национализации, посчитав его признаваемым всеми цивилизованными нациями и в этой связи придав ему характер обычая» (с. 59-60). Получается, что обычаем данное правило стало лишь в результате применения его международным арбитражем. В этом позволительно усомниться. МЦУИС мог лишь подтвердить существование обычая, ранее признанного государствами, но не создать его. Более того, не ясно, в каком статусе это правило существовало до его использования МЦУИС. В.Н. Лисица обозначает его как «принцип международного права», однако этот принцип должен существовать в какой-либо форме. Вполне очевидно, что такой формой может быть лишь обычай. В таком случае не ясно, что же изменилось в статусе данного обычая после его применения МЦУИС?

Представляется, что автор занимает весьма странную позицию относительно так называемых «диагональных» отношений. На с. 72 работы он указывает, что «трудно согласиться и с существованием так называемых диагональных отношений», а далее утверждает: «установление прав и обязанностей государств и иностранных инвесторов в рамках международного правоотношения означает придание иностранным инвесторам — частным лицам международной правосубъектности, т.е. уравнивание их в юридических правах с государствами — публично-правовыми образованиями» (с. 75).

Однако диагональные отношения, т.е. отношения между субъектами международного публичного права и субъектами национального права существовали, существуют и будут существовать, невзирая на несогласие с этим фактом В.Н. Лисицы. Вопрос в другом, — каким правом они регулируются? Диссертант допускает здесь явное упрощение, полагая, что урегулирование каких-либо отношений с участием лиц частного права в нормах международного права превращает их в субъектов международного права. Если бы это было действительно так, то все субъекты национального

права автоматически превратились бы и в субъектов международного права. На сегодняшний день заключено большое количество международных соглашений, регламентирующих отношения с участием частных лиц, однако это никоим образом не превращает их в субъектов международного права. Подобные международные договоры лишь устанавливают обязанность государств урегулировать отношения с участием частных лиц определённым образом. Многие из таких международных договоров предполагают возможность переадресации их положений субъектам национального права.

Полагаем, что автору следовало бы больше уделить внимания региональным инвестиционным соглашениям. Так, в отношении региональных соглашений в сфере инвестиционной деятельности, заключённых в рамках СНГ, автор лишь приводит их перечень. То же касается и соглашений в рамках ЕврАзЭС. Однако В.Н. Лисица не исследует при этом ни целей, с которыми они заключались, ни их содержания, ни имеющейся у них, по всей видимости, специфики. Автор лишь констатирует, что Российская Федерация отказалась от участия в ряде таких соглашений (Соглашение о сотрудничестве в области инвестиционной деятельности от 24 декабря 1993 г., Соглашение о регулировании социально-трудовых отношений в ТНК, действующих на территории государств – участников СНГ от 9 октября 1997 г., Конвенция о ТНК от 6 марта 1998 г.). Невольно возникает ряд вполне очевидных вопросов: почему, приняв активное участие в их разработке, Российская Федерация впоследствии отказалась от участия в этих соглашениях? Каковы причины отказа от присоединения к этим соглашениям? К сожалению, автор таких вопросов перед собой не ставит и, соответственно, не даёт на них ответа. Между тем, как представляется, именно региональные соглашения относительно иностранных инвестиций в обозримой перспективе могут стать реальной альтернативой универсальному международному договору.

Приходится отметить и допущенную автором неточность. На с. 64 и 71 он указывает, что ЮНСИТРАЛ приняла проект конвенции ООН об ответственности государств. Между тем, ЮНСИТРАЛ – это Комиссия ООН по праву международной торговли, ответственностью государств она никогда не занималась. Речь, надо полагать, идёт о Проекте статей об ответственности государств, который разрабатывается Комиссией по международному праву ООН.

Вместе с тем следует отметить, что сформулированные оппонентом замечания и вопросы несколько не умаляют значения исследования В.Н. Лисицы и проделанной им работы, а направлены лишь на уточнение или корректировку выдвигаемых автором положений.

В целом диссертационное исследование В.Н. Лисицы основывается на анализе широкого круга нормативных и доктринальных материалов, судебной и арбитражной практике и носит фундаментальный характер. Предложения и выводы, сформулированные автором, логически вытекают из содержания диссертации, обладают новизной и обоснованы в тексте диссертации. Они имеют, как теоретическое, так и практическое значение и могут быть использованы в нормотворческой деятельности, как в Российской Федерации, так и на международном уровне.

Содержание автореферата отражает основные положения, выводы и предложения, сделанные автором в самой диссертации. Автореферат диссертации содержит необходимые положения об актуальности, значимости и научной новизне исследования, о положениях, выносимых на защиту и т.п. Автор имеет публикации материалов исследования в изданиях, рекомендованных ВАК РФ.

Диссертация «Гражданско-правовой механизм регулирования инвестиционных отношений, осложненных иностранным элементом» представляет собой научно-квалификационную работу, которая соответствует критериям, установленным Положением о порядке присуждения ученых степеней, утвержденным постановлением Правительства РФ от 30 января 2002 г. № 74 (в редакции постановления Правительства РФ от 20 июня 2011 г. № 475), а ее автор, Лисица Валерий Николаевич, заслуживает присуждения ученой степени доктора юридических наук по специальности 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право.

Официальный оппонент,
профессор с возложенными обязанностями заведующего кафедрой международного права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета

С.В. Бахин

17.03.2014г.

Подпись руки профессора с возложенными обязанностями заведующего кафедрой международного права Бахина Сергея Владимировича удостоверяю.

Заместитель начальника Управления кадров

Е.П. Краснова

Проректор по учебно-методической работе

М.Ю. Лаврикова

