

№ 8 (72)  
2020

# ВЕСТНИК

## УНИВЕРСИТЕТА

имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Право есть  
искусство добра  
и справедливости

*Jus est ars  
boni et aequi*

В номере

### Выпуск БАНКОВСКОЕ ПРАВО

#### ВЕКТОР ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ

- 16** *Ефимова Л. Г.*  
Виды правоотношений,  
возникающих на платформе blockchain
- 27** *Хоменко Е. Г.*  
Электронные платежи с применением технологии  
блокчейн в условиях цифровизации банковских  
услуг: опыт России и зарубежных стран
- 34** *Алексеева Д. Г.*  
«Отказные решения» банков по ПОД/ФТ:  
вчера, сегодня, завтра
- 86** *Ситник А. А.*  
Валютное регулирование  
и валютный контроль в Бразилии



№ 8 (72)  
2020

# ВЕСТНИК УНИВЕРСИТЕТА имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Выпуск  
БАНКОВСКОЕ ПРАВО

Издается с 2014 года  
Выходит один раз в месяц

## Председатель редакционного совета:

*БЛАЖЕЕВ Виктор Владимирович* — ректор Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), профессор кафедры гражданского и административного судопроизводства, кандидат юридических наук, доцент, г. Москва, Россия

## Заместитель председателя редакционного совета:

*ГРАЧЕВА Елена Юрьевна* — первый проректор Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заведующий кафедрой финансового права, доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

## Главный редактор:

*ШПАКОВСКИЙ Юрий Григорьевич* — профессор кафедры экологического и природоресурсного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

## Ответственный секретарь:

*СЕВРЮГИНА Ольга Александровна* — эксперт отдела научно-издательской политики Научно-исследовательского института Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва, Россия

## Редакционный совет:

*АФАНАСЬЕВ Сергей Федорович* — заведующий кафедрой арбитражного процесса Саратовской государственной юридической академии, доктор юридических наук, профессор, г. Саратов, Россия

*БЕЗВЕРХОВ Артур Геннадьевич* — декан юридического факультета Самарского национального исследовательского университета имени академика С. П. Королева, доктор юридических наук, профессор, г. Самара, Россия

*БИРЮКОВ Павел Николаевич* — заведующий кафедрой теории государства и права, международного права и сравнительного правоведения Воронежского государственного университета, доктор юридических наук, профессор, г. Воронеж, Россия

*БУКАЛЕРОВА Людмила Александровна* — заведующий кафедрой уголовного права, уголовного процесса и криминалистики Российского университета дружбы народов, доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

*ВОЛКОВ Геннадий Александрович* — профессор кафедры экологического и земельного права юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, г. Москва, Россия

*ВОСКОБИТОВА Лидия Алексеевна* — заведующий кафедрой уголовно-процессуального права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

*ДЮФЛО Ален* — эксперт-практик международного класса в области права, основатель адвокатского бюро «Дюфло и партнеры» преподаватель Университета Лион III имени Жана Мулена, г. Лион, Франция

*ЕГОРОВА Мария Александровна* — профессор кафедры конкурентного права, начальник Управления международного сотрудничества Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

*ЕРШОВА Инна Владимировна* — заведующий кафедрой предпринимательского и корпоративного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

*ЕФИМОВА Людмила Георгиевна* — заведующий кафедрой банковского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

*ЖАВОРОНКОВА Наталья Григорьевна* — заведующий кафедрой экологического и природоресурсного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

*ЗРАЖЕВСКАЯ Татьяна Дмитриевна* — профессор кафедры конституционного и муниципального права Воронежского государственного университета, Уполномоченный по правам человека в Воронежской области, доктор юридических наук, профессор, г. Воронеж, Россия

*ЗУБАРЕВ Сергей Михайлович* — заведующий кафедрой административного права и процесса Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

*ИЩЕНКО Евгений Петрович* — заведующий кафедрой криминалистики Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

*ИЩЕНКО Нина Сергеевна* — заведующий кафедрой правоведения Гомельского филиала Международного университета «МИТСО», кандидат юридических наук, профессор, г. Гомель, Республика Беларусь

*КИСЕЛЕВ Сергей Георгиевич* — заведующий кафедрой теории и истории государства и права Государственного университета управления, доктор философских наук, профессор, г. Москва, Россия



Журнал рекомендован Высшей аттестационной комиссией Министерства науки и высшего образования РФ для публикации основных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук.  
Материалы журнала включены в систему Российского индекса научного цитирования.

© Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2020

7/2020

**КОМАРОВА Валентина Викторовна** — заведующий кафедрой конституционного и муниципального права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

**ЛАПИНА Марина Афанасьевна** — профессор Департамента правового регулирования экономической деятельности Финансового университета при Правительстве РФ, доктор юридических наук, г. Москва, Россия

**ЛЮТОВ Никита Леонидович** — заведующий кафедрой трудового права и права социального обеспечения Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

**МИРОШНИЧЕНКО Владимир Михайлович** — ректор Академии безопасности и специальных программ, доктор экономических наук, профессор, г. Москва, Россия

**НИКИТИН Сергей Васильевич** — заведующий кафедрой гражданского и административного судопроизводства Российского государственного университета правосудия, доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

**НОВОСЕЛОВА Людмила Александровна** — заведующий кафедрой интеллектуальных прав Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

**ПЛЮЩИКОВ Вадим Геннадьевич** — директор Аграрно-технологического института Российского университета дружбы народов, доктор сельскохозяйственных наук, профессор, г. Москва, Россия

**РАССОЛОВ Илья Михайлович** — профессор кафедры информационного права и цифровых технологий Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, доцент, г. Москва, Россия

**РОЗА Фабрис** — профессор кафедры трудового права Университета Реймс Шампань-Арденны, Франция

**РОМАНОВА Виктория Валерьевна** — заведующий кафедрой энергетического права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, г. Москва, Россия

**РОССИНСКАЯ Елена Рафаиловна** — директор Института судебных экспертиз, заведующий кафедрой судебных экспертиз Уни-

верситета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

**РЫЛЬСКАЯ Марина Александровна** — директор Института проблем эффективного государства и гражданского общества Финансового университета при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук, доцент, г. Москва, Россия

**СИНЮКОВ Владимир Николаевич** — проректор по научной работе Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), профессор кафедры теории государства и права, доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

**СОКОЛОВА Наталья Александровна** — заведующий кафедрой международного права, научный руководитель Научно-исследовательского института Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, доцент, г. Москва, Россия

**УСТОКОВА Валентина Владимировна** — и.о. заведующего сектором экологического, земельного и аграрного права Института государства и права РАН, доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

**ЦАЙ ЦЗЮНЬ** — директор Юридического института Хэнаньского университета, доктор юридических наук, профессор, г. Кайфэн, КНР

**ЦОПАНОВА Индира Георгиевна** — декан юридического факультета Российской таможенной академии, кандидат юридических наук, доцент, г. Москва, Россия

**ШИЛЬСТЕЙН Давид** — профессор права, заведующий кафедрой уголовного права Университета Париж 1 Пантеон-Сорбонна, г. Париж, Франция

**ЩЕГОЛЕВ Виталий Валентинович** — начальник Управления содействия международному развитию и взаимодействию с международными организациями Федерального агентства по делам СНГ, соотечественникам, проживающим за рубежом и по международному гуманитарному сотрудничеству, доктор политических наук, г. Москва, Россия

#### Ответственный редактор выпуска:

**ЕФИМОВА Людмила Георгиевна** — заведующий кафедрой банковского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор

<b>РЕГИСТРАЦИЯ СМИ</b>	Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор) ПИ № ФС77-67361 от 5 октября 2016 г.
<b>ISSN</b>	2311-5998
<b>ПЕРИОДИЧНОСТЬ</b>	12 раз в год
<b>УЧРЕДИТЕЛЬ И ИЗДАТЕЛЬ</b>	Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)» Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
<b>АДРЕС РЕДАКЦИИ</b>	Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993 Тел.: 8 (499) 244-88-88 (доб. 687). E-mail: vestnik@msal.ru
<b>ПОДПИСКА И РАСПРОСТРАНЕНИЕ</b>	Свободная цена Журнал распространяется через объединенный каталог «Пресса России» и интернет-каталог агентства «Книга-Сервис» Подписной индекс 40650. Подписка на журнал возможна с любого месяца
<b>ТИПОГРАФИЯ</b>	Отпечатано в Издательском центре Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
<b>ВЫПУСКНЫЕ ДАННЫЕ</b>	Дата выхода в свет: 08.10.2020 Объем 27,30 усл. печ. л. (17,61 а. л.), формат 84×108/16 Тираж 150 экз. Печать цифровая. Бумага офсетная
<i>При использовании опубликованных материалов журнала ссылка на «Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)» обязательна. Перепечатка допускается только по согласованию с редакцией. Точка зрения редакции не всегда совпадает с точкой зрения авторов публикаций.</i>	
<b>Редактор</b>	Л. А. Мункуева
<b>Корректор</b>	А. Б. Рыбакова
<b>Компьютерная верстка</b>	Д. А. Беляков

# COURIER

## OF THE KUTAFIN MOSCOW STATE LAW UNIVERSITY (MSAL)

№ 8 (72)  
2020

Edition  
**BANKING LAW**

Published from the year of 2014  
Monthly journal

### Chairperson of the Council of Editors:

*BLAZHEEV Victor Vladimirovich* — Rector of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Professor of the Department of Civil and Administrative Court Proceedings, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Moscow, Russia

### Vice-Chairperson of the Council of Editors:

*GRACHEVA Elena Yurievna* — First Vice-Rector of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Head of the Department of Financial Law, Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

### Chief Editor:

*SHPAKOVSKIY Yuriy Grigorievich* — Professor of the Department of Environmental and Natural Resources Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

### Executive Secretary Editor:

*SEVRYUGINA Olga Alexandrovna* — expert of the Research and Publishing Policy Department of the Research Institute of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Moscow, Russia

### Council of editors

*AFANASIEV Sergey Fedorovich* — Head of the Department of Arbitrazh Procedure of Saratov State Academy of Law, Dr. Sci. (Law), Professor, Saratov, Russia

*BEZVERKHOV Arthur Gennadevich* — Dean of the Law Faculty of the National Research University named after Academician Sergey P. Korolev, Dr. Sci. (Law), Professor, Samara, Russia

*BIRIUKOV Pavel Nikolaevich* — Head of the Department of Theory of the State and Law, International Law and Comparative Law of Voronezh State University, Dr. Sci. (Law), Professor, Voronezh, Russia

*BUKALEROVA Ludmila Alexandrovna* — Head of the Department of Criminal Law, Criminal Procedure and Criminology of the Peoples' Friendship University of Russia, Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*VOLKOV Gennadiy Aleksandrovich* — Professor of the Department of Environmental and Land Law of the Faculty of Law of Lomonosov Moscow State University, Dr. Sci. (Law), Moscow, Russia

*VOSKOBITOVA Lidia Alekseevna* — Head of the Department of Criminal Procedure Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*DUFLOT Alain* — an expert practitioner in the field of law, founder of the law firm «Duflot & Partners», Lecturer at the Jean Moulin Lyon 3 University, Lyon, France

*EGOROVA Maria Alexandrovna* — Professor of the Department of Competition Law, Head of the Department of International Cooperation of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*ERSHOVA Inna Vladimirovna* — Head of the Department of Business and Corporate Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*EFIMOVA Lyudmila Georgievna* — Head of the Department of Banking Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*ZHAVORONKOVA Natalya Grigorevna* — Head of the Department of Environmental and Natural Resources Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*ZRAZHEVSKAYA Tatyana Dmitrievna* — Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law of Voronezh State University, Commissioner for Human Rights in the Voronezh Region, Dr. Sci. (Law), Professor, Voronezh, Russia

*ZUBAREV Sergey Mikhailovich* — Head of the Department of Administrative Law and Procedure of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*ISHCHENKO Evgeniy Petrovich* — Head of the Department of Criminalistics of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*ISHCHENKO Nina Sergeevna* — PhD in Law, Professor, Head of the Department of Jurisprudence of the Gomel Branch of the International University «MITSO», Gomel, Republic of Belarus

*KISELEV Sergey Georgievich* — Head of the Department of Theory and History of the State and Law of the State University of Management, Dr. Sci. (Philosophy), Professor, Moscow, Russia

*KOMAROVA Valentina Viktorovna* — Head of the Department of Constitutional and Municipal Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

Recommended by the Higher Attestation Commission of the Ministry of Science and Higher Education of the Russian Federation for publication of results of doctoral theses.  
Materials included in the journal Russian Science Citation Index



© Kutafin Moscow State Law University (MSAL), 2020

*LAPINA Marina Afanasyeva* — Professor of the Department of Legal Regulation of Economic Activity of the Financial University under the Government of the Russia, Dr. Sci. (Law), Moscow, Russia

*LYUTOV Nikita Leonidovich* — Head of the Department of Labor and Social Security Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*MIROSHNICHENKO Vladimir Mikhailovich* — Rector of the Academy of Security and Special Programs, Dr. Sci. (Economics), Professor, Moscow, Russia

*NIKITIN Sergey Vasilyevich* — Head of the Department of Civil and Administrative Court Proceedings of the Russian State University of Justice, Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*NOVOSELOVA Lyudmila Alexandrovna* — Head of the Department of Intellectual Property Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*PLYUSHCHIKOV Vadim Gennadyevich* — Director of Agrarian and Technological Institute of the Peoples' Friendship University of Russia, Dr. Sci. (Agr. Sc.), Professor, Moscow, Russia

*RASSOLOV Ilya Mikhailovich* — Professor of the Department of Information Law and Digital Technologies of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Moscow, Russia

*ROSA Fabrice* — Professor of the Department of Labour Law at the University of Reims Champagne-Ardenne, France

*ROMANOVA Victoria Valeryevna* — Head of the Department of Energy Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Moscow, Russia

*ROSSINSKAYA Elena Rafailovna* — Director of the Forensic Examination Institute, Head of the Department of Forensic Examination of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*RYLSKAYA Marina Alexandrovna* — Director of the Institute of Problems of the Efficient State and Civil Society of the Financial

University under the Government of the Russia, Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Moscow, Russia

*SINYUKOV Vladimir Nikolaevich* — Vice-Rector for Science of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Professor of the Department of Theory of the State and Law, Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*SOKOLOVA Natalya Alexandrovna* — Head of the Department of International Law, Academic Director of the Research Institute of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Moscow, Russia

*USTYUKOVA Valentina Vladimirovna* — Acting Head of the Sector of Environmental, Land and Agricultural Law of the Institute of the State and Law of the RAS, Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*TSAY TSZYUN* — Director of the Law Institute of Henan University, Dr. Sci. (Law), Professor, Kaifen, the PRC

*TSOPANOVA Indira Georgievna* — Dean of the Law Faculty of the Russian Customs Academy, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Moscow, Russia

*CHILSTEIN David* — Professor of Law, Head of the Department of Criminal Law at the University of Paris 1 Pantheon-Sorbonne, Paris, France

*SHCHEGOLEV Vitaliy Valentinovich* — Head of the Department of International Development Assistance and Interaction with International Organizations of the Federal Agency for the Commonwealth of Independent States, Compatriots Living Abroad and International Humanitarian Cooperation, Dr. Sci. (Politic.), Moscow, Russia

#### **Editor-in-Chief of the Issue:**

*EFIMOVA Lyudmila Georgievna* — Head of the Department of banking law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor

<b>THE CERTIFICATE OF MASS MEDIA REGISTRATION</b>	The journal was registered by the Federal Service for Supervision of Communications, Information Technology and Mass Media (Roskomnadzor) on 5 October 2016. The Certificate of Mass Media Registration: PI No. FS77-67361
<b>ISSN</b>	2311-5998
<b>PUBLICATION FREQUENCY</b>	12 issues per year
<b>FOUNDER AND PUBLISHER</b>	Federal State Budgetary Educational Institution of Higher Education "Kutafin Moscow State Law University (MSAL)". 9 Sadovaya-Kudrinskaya ul., Moscow, Russia, 125993
<b>EDITORIAL OFFICE. POSTAL ADDRESS</b>	9 Sadovaya-Kudrinskaya ul., Moscow, Russia, 125993 Tel.: +7 (499) 244-88-88 (ext. 687) E-mail: vestnik@msal.ru
<b>SUBSCRIPTION AND DISTRIBUTION</b>	Free price The journal is distributed through "Press of Russia" joint catalogue and the Internet catalogue of "Kniga-Servis" Agency Subscription index: 40650. Journal subscription is possible from any month
<b>PRINTING HOUSE</b>	Printed in Publishing Center of Kutafin Moscow State Law University (MSAL) 9 Sadovaya-Kudrinskaya ul., Moscow, Russia, 125993
<b>SIGNED FOR PRINTING</b>	08.10.2020 Volume: 27,30 conventional printer's sheets (17,61 author's sheets). Format: 84×108/16. An edition of 150 copies. Digital printing. Offset paper
<i>When using published materials of the journal, reference to "Courier of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)" is obligatory. Full or partial use of materials is allowed only with the written permission of the authors or editors. The point of view of the Editorial Board may not coincide with the point of view of the authors of publications.</i>	
<b>Editor</b>	L. A. Munkueva
<b>Proof-reader</b>	A. B. Rybakova
<b>Computer layout</b>	D. A. Belyakov

# СОДЕРЖАНИЕ

Слово к читателю .....	6
УНИВЕРСИТЕТСКАЯ ХРОНИКА .....	8
ВЕКТОР ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ	
<b>Ефимова Л. Г.</b> Виды правоотношений, возникающих на платформе blockchain .....	16
<b>Хоменко Е. Г.</b> Электронные платежи с применением технологии блокчейн в условиях цифровизации банковских услуг: опыт России и зарубежных стран .....	27
<b>Алексеева Д. Г.</b> «Отказные решения» банков по ПОД/ФТ: вчера, сегодня, завтра .....	34
<b>Лысова Ю. В.</b> Актуальные проблемы защиты прав потребителей при выдаче кредита и его страховом обеспечении .....	45
<b>Пыхтин С. В.</b> Ограничения и запреты для коллекторской деятельности в США .....	66
<b>Казаченок О. П.</b> Привлечение инвестиций с использованием инвестиционных платформ (краудфандинг): направления развития правового регулирования .....	74
<b>Ситник А. А.</b> Валютное регулирование и валютный контроль в Бразилии .....	86
<b>Чуб Д. В.</b> Вещные обеспечительные сделки с применением технологии blockchain .....	93
<b>Алексеев А. П.</b> Правовая политика Народного банка КНР в отношении инвестиций при помощи виртуальных токенов .....	116
ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРАКТИКА	
<b>Куличева Е. В.</b> О приостановлении операций по счетам физических лиц, имеющих статус индивидуальных предпринимателей .....	122
НАУЧНЫЙ ПОИСК	
<b>Бакулина Л. Т.</b> Генезис общеправовой теории договорного регулирования .....	134
Трибуна молодого ученого	
<b>Камалян В. М.</b> Технологический и правовой аспекты смарт-контракта .....	144

**Мазур А. С.**

Способы противодействия недобросовестным  
кредиторам в делах о банкротстве заемщиков ..... 158

**Канхуш Д. И.**

Особенности независимой (банковской) гарантии  
как одного из исламских банковских продуктов ..... 170

**Присяжнюк Я. М.**

Классификация мер по предупреждению  
несостоятельности (банкротства) кредитных организаций ..... 189

**Яценко Е. В.**

Проблемы правового регулирования  
и практики применения электронных банковских  
гарантий и контргарантий ..... 202

**Хадеева М. В.**

Ограничение свободы договора  
для кредитных организаций со стороны Банка России ..... 213

ПРОБА ПЕРА

**Маргаскина Д. Н.**

Мысли о защите прав потребителей банковских услуг ..... 220

КНИЖНАЯ ПОЛКА КАФЕДРЫ ..... 227

ДАЙДЖЕСТ МЕРОПРИЯТИЙ ..... 228

ПРАВО В ИСТОРИЧЕСКОМ ПРЕЛОМЛЕНИИ

Юридическое наследие

Старинные банки ..... 232

ПОСТСКРИПТУМ

**Пиз А.**

Язык телодвижений. Как читать мысли  
окружающих по их жестам (фрагмент) ..... 249

## Слово к читателю



*Jus est ars boni et aequi.*

Будучи «регулирующей нормой политического общения», право, по мнению древнегреческого философа Аристотеля, должно служить критерием справедливости. Для того чтобы знать, что такое право, писал древнеримский юрист Ульпиан, нужно понять, с чем, с какими явлениями оно связано и откуда оно происходит. Нужно помнить прежде всего, что «оно получило свое название от *justitia* — правда, справедливость», что право есть «искусство добра и справедливости».

Проблема справедливости в праве является необходимым атрибутом законотворчества, правоприменения и доктрины, поскольку окончательно решить ее невозможно из-за постоянного развития производства, достижений технической мысли, изменения общественных отношений.

Внедрение научных достижений в общество ставит лиц, которые ими обладают, в привилегированное положение по сравнению с теми людьми, для которых они остаются недоступными. Чтобы обеспечивать юридическое равенство в условиях фактического неравенства, частное право вынуждено постоянно совершенствоваться, чтобы защищать слабого, не лишая при этом сильную сторону правоотношения необходимых стимулов к развитию. Таким образом, право должно обеспечить баланс интересов различных субъектов права.

Исторически так сложилось, что банки всегда находились на передовой линии процесса внедрения новых технических достижений. В настоящее время процесс цифровизации экономики приобрел черты всеобщей технической революции, в которую так или иначе оказалось вовлеченным все современное человечество. Общественные отношения также изменились, соответственно, должно измениться законодательство о защите прав потребителей.

Статьи, опубликованные в настоящем выпуске журнала, посвящены главным образом указанным проблемам: во-первых, правовым проблемам цифровизации банковской деятельности и, во-вторых, проблемам адекватного изменения законодательства о защите прав потребителей банковских услуг. Эти статьи подготовлены преподавателями различных вузов, которые занимаются банковским правом, а также практикующими юристами.

Мы приглашаем всех ученых и практиков, заинтересованных в развитии российского банковского права, поделиться своим мнением о путях развития банковской системы на страницах нашего журнала в выпусках «Банковское право».

**Л. Г. Ефимова,**  
*заведующий кафедрой банковского права  
Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),  
доктор юридических наук, профессор*

## РАЗВИТИЕ УНИВЕРСИТЕТА

### **МГЮА и технопарк «Сколково» будут развивать образовательные инновации и технологическое предпринимательство**

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА) заключил соглашение с технопарком «Сколково» о сотрудничестве в сфере развития технологического предпринимательства и образовательных инноваций. Соглашение подписали ректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Виктор Блажеев и генеральный директор технопарка «Сколково» Ренат Батыров.



В рамках соглашения с технопарком «Сколково», в котором число участвующих компаний превысило 2 500, планируется взаимодействовать по следующим направлениям:

- содействие развитию инновационной среды;
- развитие инфраструктуры перспективных исследований;
- запуск и инкубирование/акселерация инновационных компаний в области наукоемкого бизнеса;

<sup>1</sup> URL: <https://msal.ru/news/>

— аналитическая поддержка перспективных проектов в виде форсайтов и стратегических сессий.

Благодаря соглашению, студенты МГЮА смогут:

- проходить стажировки в технопарке «Сколково» и компаниях — резидентах «Сколково»;
- участвовать в совместных мероприятиях — днях карьеры, днях инноваций и др.;
- сформировать на базе МГЮА сообщество талантливых молодых людей с научно-технологическими и предпринимательскими способностями.

Выпускники МГЮА получают возможность найти своего работодателя среди инновационных компаний «Сколково».

### МГЮА и Ресурсный молодежный центр заключили соглашение о партнерстве

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА) и Ресурсный молодежный центр Федерального агентства по делам молодежи (Росмолодежи) заключили Соглашение о стратегическом партнерстве. Соглашение в дистанционном режиме подписали ректор Университета Виктор Блажеев и директор РеМЦ Алексей Любцов.

*«Университет активно и плодотворно сотрудничает с Росмолодежью, и в частности с Ресурсным молодежным центром, — наши студенты всегда с радостью принимают участие в мероприятиях центра, в слетах, форумах и в реализации отдельных проектов»,* — прокомментировал подписание соглашения ректор Университета. Как отметил Виктор Блажеев, в 2020 г. Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА) стал одним из победителей грантовой программы Росмолодежи, направленной на поддержку приоритетных молодежных проектов.

Среди таких проектов особо выделяется проект Студенческого клуба «Молодежный бизнес-инкубатор», который сейчас создается как инструмент системной поддержки талантливой молодежи. Это будет акселерационная площадка для молодых предпринимателей, где студенты смогут найти варианты для своей профессиональной самореализации. Одним из ключевых направлений деятельности клуба станет формирование уникальной информационной платформы, с помощью которой студенты смогут привлекать инвестиции и обмениваться опытом и идеями с действующими предпринимателями из разных стран, получать консультации от квалифицированных экспертов или выбирать зарубежные стажировки. В рамках деятельности клуба «Молодежный бизнес-инкубатор» планируется организовать встречи с крупными отечественными и зарубежными предпринимателями, посещать производства, презентовать идеи новых проектов резидентов клуба и многое другое.

Еще один заметный проект в рамках сотрудничества с Ресурсным молодежным центром касается сферы патриотического воспитания. На базе Волго-Вятского института (филиала) Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) планиру-



ется провести студенческую межвузовскую научно-практическую конференцию под емким названием «Он смертоносен до сих пор, войны осколок!». По итогам конференции, посвященной 75-й годовщине Великой Победы, будет издан сборник научных докладов, пройдет выставка оружия и артефактов Великой Отечественной войны, а также ряд культурно-массовых мероприятий.

### **Стартует уникальная программа повышения квалификации «Интеллектуальная собственность в условиях цифровизации»**

20 августа в МГЮА стартовала уникальная программа повышения квалификации «Интеллектуальная собственность в условиях цифровизации».

В Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) стартовала новая уникальная программа повышения квалификации — «Интеллектуальная собственность в условиях цифровизации». Всего за месяц (обучение продлилось с 20 августа по 24 сентября) можно было научиться разбираться в различных аспектах применения законодательства об интеллектуальной собственности в таких востребованных областях, как цифровая экономика и электронная коммерция, СМИ, шоу-бизнес.

Программа предназначена как для юристов, так и для руководителей либо специалистов организаций, связанных с управлением интеллектуальной собственностью. Также она была интересна тем, кто занимается исследовательской, проектно-конструкторской и технологической деятельностью, IT-специалистам, создающим программные продукты и другие объекты интеллектуальной собственности, а также всем, кто следит за развитием данной сферы права.



В рамках обучения рассматривались вопросы правовой охраны средств индивидуализации товаров, работ и услуг, специфика договорно-правовой работы в сфере интеллектуальной собственности и информационных технологий, перспективы появления новых объектов правовой охраны и особенности судопроизводства по делам, связанным с защитой интеллектуальной собственности.

Обучающий курс состоял из нескольких модулей. Лекции читали ведущие специалисты в области прав интеллектуальной собственности — практикующие юристы, преподаватели кафедры интеллектуальных прав МГЮА (заведующий кафедрой интеллектуальных прав — Людмила Новоселова, председатель Суда по интеллектуальным правам, доктор юридических наук, профессор). Кроме того, расписание программы позволяло совмещать обучение с общепринятым рабочим графиком: занятия проходили в вечернее время по вторникам и четвергам и полный учебный день в субботу. По итогам прохождения курса слушателям выдано удостоверение о повышении квалификации установленного образца.

## Высшая школа права: перед стартом

В рамках приемной кампании — 2020 в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) открылся набор на новую образовательную программу «Инновационная юриспруденция», которая будет реализовываться в Высшей школе права — структурном подразделении Университета.

Подробнее о Высшей школе права рассказал научный руководитель ВШП доктор юридических наук Владислав Толстых<sup>2</sup>.

**Владислав Леонидович, расскажите, пожалуйста, какие задачи ставит перед собой Высшая школа права?**

Наша стратегическая задача — подготовка юридической элиты, т.е. специалистов, обладающих высочайшим уровнем компетенции, способных принимать ответственные решения и влиять на общественные отношения (а не только удовлетворять запросы работодателей). Проще говоря, мы хотим готовить юристов-руководителей — тех, кто будет определять содержание права, а не только применять его. Эта задача не только образовательная, но и политическая: если мы ее выполним, улучшится не только ситуация, связанная с правом, но и жизнь каждого отдельного человека.

**Каковы особенности образовательной программы, реализуемой в рамках Высшей школы права?**

Мы разработали совершенно новую образовательную программу, в которой сделаны несколько акцентов: на инновационных сферах юриспруденции (меди-



Фото М. Г. Саркисова

<sup>2</sup> Материал предоставлен Центром по связям с общественностью и СМИ Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) (URL: <https://www.msa1.ru/news/vysshaya-shkola-pravapered-startom/>).



цинском праве, спортивном праве, информационном праве), на предпринимательском праве, на международном праве и на сравнительном правоведении (английском праве, немецком праве, китайском праве, исламском праве и т.д.).

Мы также увеличили объем часов, выделяемых на философию, логику, экономику и историю. Идея состоит в том, чтобы наши выпускники не только могли решать узкие задачи, но и видели картину в целом, были способны принимать сложные стратегические решения на основе оценки множества факторов.

Еще одна особенность программы — структуризация практики: она станет ступенчатой, последовательной: на первом курсе студент будет выполнять техническую работу, например судебного исполнителя или секретаря судебного заседания; на втором — познакомится с работой следствия, адвокатуры и суда; на третьем — с работой органов исполнительной и законодательной власти; на четвертом — с работой организаций и учреждений, имеющих отношение к теме его научного исследования.

#### **Каким образом будет организован учебный процесс в рамках Высшей школы права?**

Если говорить коротко, — к студентам будут предъявляться более жесткие требования. Они будут учиться гораздо больше — и по времени, и по трудозатратам, чем их коллеги из других институтов. Например, начиная с первого курса подготовка к семинарам будет предполагать чтение дополнительной (помимо учебников) литературы, причем в очень больших объемах. Часть литературы студенты должны будут читать на английском языке. Требования, предъявляемые на экзаменах, будут значительно выше, задания, выносимые на семинар, будут сложнее и т.д.

#### **Вы уверены, что студенты справятся с такой нагрузкой?**

Я надеюсь, что большинство справится — тем более, что мы будем стараться, чтобы в Высшей школе права было интересно учиться. Но здесь я сразу же хотел бы предупредить: мы будем проводить регулярную селекцию, т.е. отчислять тех студентов, кто не справляется с нашей программой, или предлагать им перевестись на общую программу (такая возможность специально оговорена во внутренних документах Университета). Таким образом, каждый, кто записывается на нашу программу, должен отдавать себе отчет в том, что его ждет большая работа и большая ответственность.

#### **Будет ли изменен формат проведения занятий?**

Да, такие изменения будут. Во-первых, мы перейдем к западному формату лекций — это значит, что в конце каждой лекции преподаватель будет оставлять 10—20 минут, в течение которых студенты смогут задать вопросы и высказать свое мнение. Тем самым мы будем стимулировать обмен мнениями и дискуссию.

Далее мы хотим, чтобы на каждой лекции обязательно затрагивалась определенная проблематика, т.е. чтобы преподаватель не давал тот материал, который можно прочитать в учебнике, а обсуждал со студентами актуальные проблемы, причем именно те проблемы, решение которых еще не найдено.

Кроме того, мы будем активно привлекать внешних преподавателей из числа квалифицированных практиков, зарубежных специалистов, известных ученых из российских регионов. В рамках наиболее важных курсов они будут читать несколько лекций. Например, уже в первом семестре мы хотим пригласить специалистов по истории государства и права и по римскому праву.

Кстати, это будет касаться не только специальных предметов. Часть занятий по физкультуре будет проводиться в форме специальных семинаров — по восточным единоборствам, фехтованию, танцам и др. На такие семинары будут приглашаться родители студентов и преподаватели. Например, уже в первом семестре мы хотим сделать большой семинар по йоге.

#### **Предусмотрено ли сотрудничество с иностранными университетами?**

Да, это один из наших приоритетов. Мы постараемся обеспечить каждому студенту одномесечную стажировку за границей в одном из ведущих университетов и будем приглашать как можно больше иностранных преподавателей. В ближайшее время мы проведем переговоры о таком сотрудничестве с Институтом международного права имени Макса Планка (Германия) и Университетом Париж XIII (Франция).

Здесь я также хотел бы отметить, что часть предметов будет читаться на английском языке. Кроме того, будут организованы программы факультативной лингвистической подготовки, в рамках которых студенты смогут более глубоко изучить английский язык и (или) освоить основы китайского языка. Эти программы будут реализовываться с привлечением носителей языка.

#### **Существуют ли аналоги Высшей школы права за границей?**

Ближайшие аналоги Высшей школы права — это британские топ-университеты (Оксфорд, Кембридж и др.), которые очень тщательно относятся к формированию образовательных программ и привлекают для их реализации лучшие преподавательские кадры. Кроме того, мы хотим заимствовать опыт высших школ Франции — прежде всего Высшей административной школы, готовящей кадры для правительства страны, и Высшей школы магистратуры, готовящей кадры для судебной системы.

## **КОНФЕРЕНЦИИ, КРУГЛЫЕ СТОЛЫ, СЕМИНАРЫ**

### **Представители Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) приняли участие в форуме «Армия-2020»**

Представители Военно-учебного центра Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) приняли участие в форуме «Армия-2020». Международный военно-технический форум — уникальная российская платформа для демонстрации лучших достижений научно-технического прогресса, военной техники и технологий. Мероприятие проходит на территории Выставочного центра Вооруженных Сил Российской Федерации «Патриот» в подмосковном Одинцово, на аэродроме Кубинка и полигоне «Алабино».

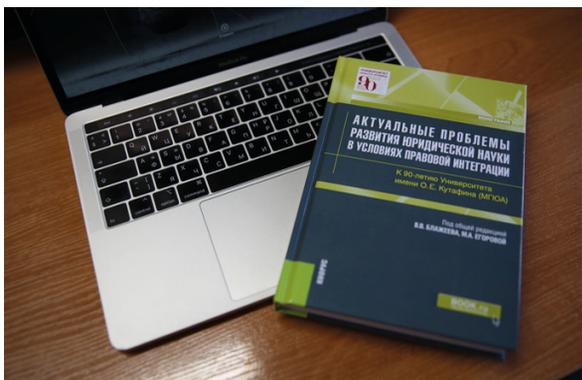
Деловая программа форума включает множество конференций по различной тематике. Один из круглых



столов был посвящен актуальным вопросам развития системы военной подготовки студентов и работы с военными кадрами, в его работе участвовал начальник Военного учебного центра Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) полковник Роман Даниленко.

## КНИЖНАЯ ПОЛКА УНИВЕРСИТЕТА

### Вышла в свет монография «Актуальные проблемы развития юридической науки в условиях правовой интеграции»



Научная работа, подготовленная коллективом аспирантов ведущего юридического университета страны, выпущена под общей редакцией ректора Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Виктора Блажеева и начальника Управления международного сотрудничества Университета Марии Егоровой. Ее выпуск приурочен к 90-летию Университета, который будет отмечаться в 2021 г. Монография посвящена различным проблемным вопросам трансформации российского законодательства в условиях современных социально-экономических вызовов и интеграции с зарубежным правовым опытом.

Одной из задач сборника стала поддержка молодых ученых Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) — в этом издании собраны работы аспирантов 15 ведущих кафедр МГЮА, которые исследовали самые разные отрасли права — от преобразования Конституции страны до проблем ритейла и трансграничной торговли.

*«Современная юридическая наука развивается динамично, появляются новые общественные отношения, а также трансформируются ранее существовавшие. Право является отражением объективных экономических процессов и закономерностей, упорядочивает поведение людей, предотвращая социальные конфликты, а если таковые конфликты неизбежны — устанавливает правила их разрешения»,* — написал в предисловии к изданию ректор Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Виктор Блажеев.

Книга, выпущенная издательством «КноРус», будет интересна как для юристов (представителей судейского сообщества, правоприменителей, специалистов в области законотворчества), так и для широкой публики — для всех, кто интересуется обновлениями законодательства и грамотными разъяснениями нововведений. Сборник также доступен на сервисе book.ru.

## НАГРАЖДЕНИЯ

### Ассоциация юристов России наградила почетными грамотами представителей Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

28 августа сопредседатель Ассоциации юристов России (АЮР) Сергей Степашин вручил почетные грамоты и членские удостоверения АЮР.

За многолетний добросовестный труд, высокий профессионализм, содействие развитию правового государства, нормативного регулирования и значительный вклад в деятельность Ассоциации почетными грамотами награждены:

- Мария Мажорина, проректор по учебной и методической работе Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА);
- Владимир Синюков, проректор по научной работе Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА);
- Ксения Машкова, директор Научного экспертного центра спортивного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), статс-секретарь — заместитель министра спорта Российской Федерации;
- Сергей Пузыревский, заведующий кафедрой конкурентного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заместитель руководителя Федеральной антимонопольной службы.





**Людмила Георгиевна  
ЕФИМОВА,**  
заведующий кафедрой  
банковского права  
Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА),  
доктор юридических наук,  
профессор  
[elg007@mail.ru](mailto:elg007@mail.ru)  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

## ВИДЫ ПРАВООТНОШЕНИЙ, ВОЗНИКАЮЩИХ НА ПЛАТФОРМЕ BLOCKCHAIN<sup>1</sup>

**Аннотация.** Статья посвящена обоснованию предложенной автором системы правоотношений, возникающих между различными участниками приложений, функционирующих на платформе blockchain. На платформе blockchain возникает три типа правоотношений: во-первых, правоотношения между участниками платформы по поводу протокола; во-вторых, правовые отношения между участником платформы — владельцем токена и всеми иными третьими лицами; в-третьих, это правоотношения между двумя или несколькими участниками платформы по поводу различных виртуальных объектов гражданского права. Первый вид правоотношений носит организационный характер. Между всеми пользователями этой платформы возникает многостороннее правоотношение организационного типа, основанное на многостороннем договоре. В соответствии с этим договором участники платформы blockchain взаимно признают протокол, используемый на платформе в качестве регулятора отношений между ними. Вторая группа — правоотношения между «владельцем» токена и всеми третьими лицами. Это абсолютные правоотношения. Под абсолютными цифровыми правами допустимо понимать только такие гражданские права, которые удостоверены в киберпространстве, в том числе посредством технологии blockchain, но только в отношении цифрового имущества, которое может существовать только в киберпространстве. Третья группа правоотношений является результатом заключения участниками платформы соответствующего гражданско-правового договора любого типа. Эти правоотношения являются относительными обязательственными правоотношениями.

**Ключевые слова:** блокчейн, правоотношения, сделки, цифровые права, протокол.

DOI: 10.17803/2311-5998.2020.72.8.016-026

<sup>1</sup> Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16203 «Российское и зарубежное право об использовании цифровых технологий в банковской деятельности и практика его применения: сравнительно-правовой аспект».

**L. G. EFIMOVA,**

Head of the Department of banking law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),  
Dr. Sci. (Law), Professor  
elg007@mail.ru  
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### TYPES OF LEGAL RELATIONSHIP ARISING ON THE BLOCKCHAIN PLATFORM

**Abstract.** *The article is devoted to the justification proposed by the author of the system of legal relations arising between various participants in applications operating on the blockchain platform. There are three types of legal relations on the blockchain platform: firstly, legal relations between the platform participants regarding the protocol; secondly, legal relations between the platform participant — the owner of the token, and all other third parties; thirdly, this is the legal relationship between two or more participants of the platform regarding various virtual objects of civil law. The first type of legal relationship is organizational in nature. Between all users of this platform, a multilateral legal relationship of an organizational type arises based on a multilateral agreement. In accordance with this agreement, participants in the blockchain platform mutually recognize the protocol used on the platform as a regulator of relations between them. The second group of legal relations between the “owner” of the token and all third parties. These relationships are absolute relationships. By absolute digital rights it is permissible to understand only those civil rights that are certified in cyberspace, including through blockchain technology, but only in relation to digital property that can exist only in cyberspace. The third group of legal relations is the result of the conclusion by the platform participants of an appropriate civil contract of any type. These legal relations are relative obligatory legal relations.*

**Keywords:** *blockchain, legal relations, transactions, digital rights, protocol.*

Вильяму Гиббсону приписывают следующее выражение: киберпространство — это галлюцинация, которая существует легально и подпитывается многими миллионами операций, совершаемыми каждый день во всех странах. Киберпространство похоже сегодня на пространство, где осуществляются взаимодействия между электронными сущностями. Киберпространство обеспечивает возможность распространения, восстановления, обмена и управления огромным объемом информации благодаря разнообразным приложениям к протоколам. Таким образом, все эти приложения и протоколы становятся World Wide Web (Мир Интернета), иначе называемом Web<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> *Kablan S. A. Pour une évolution du droit des contrats : le contrat électronique et les agents intelligents. Thèse présentée à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval dans le cadre du programme de doctorat en droit pour l'obtention du grade de docteur en droit (LL.D.)*



Отношения между пользователями различных участников приложений, функционирующих на платформе blockchain, регулируются главным образом с помощью компьютерного протокола. В этой связи в литературе возникла идея о разрушении традиционных правовых институтов в киберпространстве, о кризисе теории гражданского права, поскольку с ее помощью мы не можем объяснить то, что происходит в сети Интернет.

Так, по мнению некоторых авторов, транзакции, проводимые на платформе blockchain, «сложно квалифицировать как действия физических и юридических лиц, подпадающие под определение сделки по ст. 153 ГК РФ. Следовательно, и отношения в Сети, которые складываются между пользователями в результате подтверждения транзакций, трудно назвать обязательственными. Безусловно, между пользователями складывается неперсонифицированная относительная связь, которая выходит за рамки квалифицирующих признаков гражданско-правового обязательства по ст. 307 ГК РФ. Видимо, назрела необходимость и в пересмотре толкования обязательственных отношений как неформальных, “двухполюсных” отношений между кредитором и должником. Полагаем, что подобным образом следует подходить и к анализу “квазисделочных” действий между анонимными пользователями системы. Направленность их на правовые последствия дает возможность с определенной оговоркой применять к ним нормы о сделках»<sup>3</sup>.

Анализируя правовые особенности смарт-контрактов, А. И. Савельев сделал вывод, что при заключении смарт-контракта не возникает такая правовая связь между кредитором и должником, которая получила в цивилистической литературе и законодательстве название «обязательство»<sup>4</sup>.

Представляется, что такая точка зрения является крайним проявлением особого направления в киберправе, которое в литературе названо модернизмом<sup>5</sup>. Это направление отличается тем, что его сторонники призывают к тотальной ревизии созданной поколениями системы права и замене ее компьютерным кодом, который они считают более совершенным регулятором. Защитники такого подхода не учитывают три следующих очевидных обстоятельства.

Во-первых, любая норма может регулировать только общественные отношения, т.е. отношения между людьми, существующие в реальной жизни, а не процесс функционирования, например, банкомата. В виртуальном мире эти отношения только фиксируются и трансформируются, т.е. возникают проекции этих отношений. В частности, проекция товара, остающегося в реальном мире, в киберпространстве становится токеном. В результате возможно опосредованное регулирование таких общественных отношений посредством компьютерного кода.

---

Faculté de droit. Université Laval Québec, 2008. P. 20, 25. URL: <https://corpus.ulaval.ca/jspui/handle/20.500.11794/19829?locale=en> (дата обращения: 10.10.2018).

<sup>3</sup> *Василевская Л. Ю.* Токен как новый объект гражданских прав: проблемы юридической квалификации цифрового права // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 5 (102). С. 117—118.

<sup>4</sup> *Савельев А. И.* Договорное право 2.0: «умные» контракты как начало конца классического договорного права // Вестник гражданского права. 2016. № 3.

<sup>5</sup> См.: *Kablan S. A.* Op. cit. P. 8—9.

Но объект регулирования (т.е. сами общественные отношения) всегда останется в реальной жизни, ибо в киберпространстве — есть только его «галлюцинация»<sup>6</sup>.

Во-вторых, компьютерный код — это только один из возможных источников правового регулирования, который, наряду с национальным правом и обычаями используется для регулирования правоотношений в киберпространстве. Поэтому его не следует переоценивать, хотя недооценить также вредно.

В-третьих, поскольку юридические факты и гражданские правоотношения существуют в реальном мире, виртуальный мир не может настолько «испортить» научные категории «сделка» и «обязательство», как считают сторонники модернизма, чтобы они полностью исчезли из «научного оборота». Теория гражданского права не может оказаться совершенно непригодной для того, чтобы объяснить правовые явления киберпространства и обосновать базовые принципы их правового регулирования. Теория гражданского права должна видоизмениться, чтобы отразить особенности перехода части договорной практики в киберпространство, не уходить от запросов времени, но не может подвергаться революционным разрушениям «до основания», учитывая, что никаких конкретных предложений о замене этой теории до настоящего времени так и не поступило.

Поэтому мы отстаиваем идею о том, что сделки и обязательства сохраняются в реальной жизни, а в виртуальном мире происходит их заключение, в том числе фиксация на электронном носителе, и исполнение. Договор может заключаться и исполняться по команде из киберпространства. В настоящее время появились некоторые объекты гражданского права, которые могут существовать только в киберпространстве. В связи с этим обоснован вывод о том, что договор может также исполняться непосредственно в киберпространстве. Однако права и обязанности всегда возникают, изменяются и прекращаются в реальном мире у конкретных субъектов права. Любые «электронные сущности» — только проекции реальных субъектов и объектов права.

Изучая правовую природу биткоина, Л. А. Новоселова пришла к мнению, что биткоин — это особый вид обязательственного права, в котором праву каждого владельца биткоина корреспондируют обязанности всех остальных участников соответствующей расчетной системы, закрепленные правилами ее функционирования<sup>7</sup>.

Против признания криптовалют правами требования высказались швейцарские исследователи<sup>8</sup>. FINMA (Федеральная служба по надзору за финансовыми рынками Швейцарии) указала, что криптовалюты не предоставляют никаких прав в отношении эмитента<sup>9</sup>. Daniel Haeblerli, Stefan Oesterhelt и Urs Meier пишут, что чистые «криптовалюты» не дают начало никакому праву требования к лицу, выпускающему их, или к третьему лицу. Примерами таких классических криптовалют являются bitcoin или ethereum<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Kablan S. A. Op. cit. P. 20, 25.

<sup>7</sup> Новоселова Л. А. О правовой природе биткоина // Хозяйство и право. 2017. № 9.

<sup>8</sup> URL: <https://www.finma.ch/fr/autorisation/fintech>.

<sup>9</sup> Guide pratique pour les questions d'assujettissement concernant les initial coin offerings (ICO). Edition du 16 février 2018. P. 3 // URL <https://www.finma.ch/fr/autorisation/fintech>.

<sup>10</sup> Haeblerli D., Oesterhelt S., Meier U. Homburger. Switzerland // Blockchain & Cryptocurrency Regulation. First ed. Zurich, Switzerland : Contributing Editor Josias Dewey, 2019. P. 444.



Указанную точку зрения следует поддержать, уточнив ее следующим образом. Исследователи криптовалют, которые делают вывод об их обязательственной природе (право требования), не учитывают, что между участниками соответствующей платформы складываются не одно, а несколько правоотношений разной правовой природы. Как отмечается в литературе, в академических юридических дискуссиях уделяется непропорционально большое внимание биткоину и мало упоминается технология blockchain, что неосновательно, поскольку истинное новшество в биткоине — это протокол<sup>11</sup>.

Основываясь на последней точке зрения, предлагаем различать *три типа правоотношений, которые могут возникать на платформе blockchain*:

- во-первых, правоотношения между участниками платформы по поводу протокола;
- во-вторых, правовые отношения между участником платформы — владельцем токена и всеми иными третьими лицами;
- в-третьих, правоотношения между двумя участниками платформы по поводу различных виртуальных объектов гражданского права, например по поводу токена.

**Первый тип правоотношений** носит *организационный характер*. Например, Simon Geiregat пишет, что участники криптовалют (в основном молча) достигают консенсуса в отношении создания торговой системы без участия какой-либо доверенной третьей стороны. Чтобы достичь этой цели (*causa*), они в многостороннем порядке признают, что каждый участник может выразить свое богатство в определенных криптовалютных единицах, которые были согласованы коллективно. Это показывает, что криптовалютные системы в конечном итоге *основаны на многосторонних договорных соглашениях*, которые устанавливают форму сотрудничества. Следовательно, криптовалюты — это контракты<sup>12</sup>.

Представляется, что указанные договорные отношения, о которых пишет Simon Geiregat, оформляют не обязательственные отношения участников по поводу криптовалют, где криптовалюты или иные токены — это объект правоотношения, а организационные отношения *между участниками платформы*.

В результате обоснован вывод, что между всеми пользователями этой платформы возникает *многостороннее правоотношение организационного типа*, основанное на многостороннем договоре, стороны которого признают соответствующий протокол в качестве регулятора возникающих между ними отношений<sup>13</sup>.

URL: [https://media.homburger.ch/karmarun/image/upload/homburger/h1t5\\_1tm-gli-blch1\\_ch.pdf](https://media.homburger.ch/karmarun/image/upload/homburger/h1t5_1tm-gli-blch1_ch.pdf).

<sup>11</sup> Trevor I. Kiviat. Beyond bitcoin: issues in regulating blockchain transactions // Duke law journal. 2015. Vol. 65. P. 569—570.

<sup>12</sup> Geiregat S. Cryptocurrencies are (smart) contracts // Computer Law & Security Review. October 2018. P. 1144—1149. URL: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0267364918302279?token=8d334fde1bf224f8ae21816a14575ded4f8a2941fd73c4bcd724f00b4ca4162bf764ede7130eeb79f0e4063a5812329>.

<sup>13</sup> Это понятие регулирования по кодам со ссылкой на исходные коды, которые дают программное обеспечение или компьютерные программы, их полный эксплуатационный характер, и в частности их регулируемую силу, эффект которой проявляется в различ-

Одновременно участники соответствующей платформы признают для себя обязательными все правовые последствия функционирования протокола, включая признание bitcoin в качестве соответствующего вида имущества<sup>14</sup>.

На основании изложенного обоснован вывод, что предметом такого многостороннего договора между субъектами платформы blockchain являются:

- во-первых, взаимное признание субъектами платформы blockchain алгоритмического<sup>15</sup> кода в виде протокола bitcoin, ethereum и т.п. операционной среды в качестве регулятора отношений между ними;
- во-вторых, взаимное признание субъектами платформы правовых последствий совершения, исполнения и прекращения сделок, совершения иных юридически значимых действий с использованием технологии blockchain;
- в-третьих, взаимное признание процедуры изменения используемого на платформе blockchain соответствующего протокола на основании консенсуса. Как указано в литературе, механизм консенсуса — это процесс достижения соглашения в рамках распределенной системы. Консенсус — это то, что позволяет узлам распределенной одноранговой сети работать вместе, не зная друг друга и не доверяя друг другу. Механизм консенсуса представляет собой набор правил, согласованных сетью узлов, работающих под управлением программного обеспечения, в котором правила регулируют добавление новых блоков. Механизмы консенсуса решают проблемы доверия в распределенных одноранговых сетях, однако такой механизм может и не потребоваться, если блокчейн-приложение не является распределенным<sup>16</sup>;
- в-четвертых, многостороннее обязательство предоставить в общее пользование субъектов платформы технические средства для обмена и хранения информации.

**Второй тип правоотношений** — между «владельцем» токена, в том числе криптовалюты, иного виртуального имущества, и всеми третьими лицами. Эти правоотношения являются *абсолютными правоотношениями*.

---

ных видах деятельности в киберпространстве, в том числе в договорных вопросах (lex mercatoria). Та же идея была упомянута Дж. Рейденбергом под понятием lex informatica (см.: *Kablan S. A. Op. cit.*).

<sup>14</sup> Как будет указано ниже, криптовалюты не имеют собственной стоимости. Потребительная стоимость появляется у криптовалюты в результате заключения участниками платформы многостороннего договора.

<sup>15</sup> Согласно ГОСТ Р 8.883-2015. Национальный стандарт Российской Федерации. Государственная система обеспечения единства измерений. Программное обеспечение средств измерений. Алгоритмы обработки, хранения, защиты и передачи измерительной информации. Методы испытаний (утв. и введен в действие приказом Росстандарта от 28.04.2015 № 307-ст), алгоритмы программного обеспечения определяются как последовательности арифметических и логических операций, производимых над измерительной информацией (с учетом априорной информации) с целью определения результатов измерений, а также для реализации хранения, защиты и передачи измерительной информации.

<sup>16</sup> *Нота Ла Диега Г.* Блокчейн, смарт-контракты и авторское право // Труды Института государства и права РАН. 2019. Т. 14. № 3. С. 15.



В литературе уже был сделан вывод о том, что один из таких токенов — криптовалюта должны являться объектом абсолютного права<sup>17</sup>, как когда-то объектом абсолютного права было признано право требования (Эннекцерус). Р. Янковский, например, пишет, что записи в блокчейне, ограниченные технологически, представляют собой абсолютные права и по своей природе похожи на вещи: их количество известно, они переходят от владельца к владельцу в строго определенном порядке, не содержат каких-либо прав требования<sup>18</sup>.

Исследователи, изучавшие абсолютные правоотношения, объектом которых являются криптовалюты, неточно определили место этого правоотношения среди других абсолютных правоотношений.

Так, по мнению А. В. Саженова, криптовалюты не являются обязательственными правами. Автор попытался доказать, что криптовалюты являются вещами, поскольку иных объектов гражданское право не знает, при этом криптовалюты являются объектом абсолютных правоотношений. Он указал, что в гражданском законодательстве к абсолютным правам относятся вещные, исключительные и личные. Однако личные права не входят в категорию имущественных прав, а правовой режим исключительных прав непригоден для регулирования криптовалют. В результате, используя метод исключений, А. В. Саженов признал криптовалюты вещами<sup>19</sup>.

Представляется, что криптовалюты вряд ли можно признать вещью, учитывая, что под вещью следует понимать материальные физически осязаемые объекты, т.е. *res corporales*. Термин *res incorporales*, разумеется, применим к криптовалютам, но это не более чем *façon de parler* (*фр.* фигура речи). Он относится к тем нематериальным объектам, к которым применяется правовой режим, близкий к правовому режиму вещей, в том числе близкий (но не тождественный!) праву собственности.

Абсолютное право на указанные активы представляется обоснованным называть абсолютным правом на цифровые активы, подразумевая под ним некий аналог права собственности, объект которого нематериален — *res incorporales* и существует только в виртуальном мире. Интересно, что английские исследователи называют указанное право на цифровое имущество (цифровые активы) именно правом собственности<sup>20</sup>. Помимо криптовалют, к числу криптоактивов, которые могут существовать только в киберпространстве и могут быть объектом указанного абсолютного цифрового права, следует отнести также картины, созданные с помощью искусственного интеллекта, возможны также иные активы.

<sup>17</sup> См., например: Саженов А. В. Криптовалюты: дематериализация категории вещей в гражданском праве // Закон. 2018. № 9. С. 118—119.

<sup>18</sup> Янковский Р. Государство и криптовалюты: проблемы регулирования // URL: <http://msu.edu.ru/papers/yankovskiy/blockchain.pdf>.

<sup>19</sup> Саженов А. В. Указ. соч. С. 114—115, 120.

<sup>20</sup> См., например: Legal statement on cryptoassets and smart contracts UK Jurisdiction Taskforce. The LawTech Delivery Panel. UK Jurisdiction Taskforce, 2019. P. 7 / Sir Geoffrey Vos (Chancellor of the High Court and Chair of the UKJT), Lawrence Akka QC (Twenty Essex), Sir Nicholas Green (Chair of the Law Commission of England and Wales, as an observer) [et. al.] // URL: [https://35z8e83m1ih83drye280o9d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2019/11/6.6056\\_JO\\_Cryptocurrencies\\_Statement\\_final\\_web\\_111119-1.pdf](https://35z8e83m1ih83drye280o9d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2019/11/6.6056_JO_Cryptocurrencies_Statement_final_web_111119-1.pdf) (дата обращения: 20.03.2020).

Правоотношения между «владельцем» токена и всеми третьими лицами являются абсолютными правоотношениями. Указанные абсолютные правоотношения могут порождать гражданские права разной правовой природы:

- право собственности, когда токен является виртуальным символом реальных объектов гражданского права, оставшихся в реальном мире,
- исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности человека;
- абсолютные цифровые права.

**Понятие цифровых прав.** Изложенное выше о правовой природе токена и его функциях позволяет сделать вывод о понятии цифровых прав, которое содержится в ст. 128 ГК РФ.

Допустимо предложить два подхода к определению понятия «цифровые права», которые, как и все остальные, также бывают абсолютными и относительными. Относительные цифровые права возникают из гражданско-правовых договоров, заключаемых и исполняемых в киберпространстве.

Определение абсолютных прав может различаться в зависимости от следующих двух возможных правовых позиций:

- во-первых, под абсолютными цифровыми правами можно понимать все абсолютные гражданские права, которые были удостоверены в киберпространстве, в том числе посредством blockchain;
- во-вторых, под абсолютными цифровыми правами допустимо понимать только такие гражданские права, которые удостоверены в киберпространстве, в том числе посредством blockchain, но только в отношении цифрового имущества, которое может существовать только в киберпространстве.

Все правоотношения, включая те из них, объектом которых является цифровое имущество, складываются между людьми, т.е. всегда существуют в реальном мире. Способ фиксации гражданских прав не имеет правового значения. Поэтому нет оснований относить к числу цифровых прав классическое право собственности или исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности человека.

Представляется обоснованным рассматривать в качестве цифровых прав абсолютные права, не имеющие названия в современном праве, объектом которых является цифровое имущество, которое может существовать только в киберпространстве.

Правообладателем указанного абсолютного цифрового права может быть лицо, которое отвечает следующим признакам:

- лицо, в чьем кошельке или на счете учитывается токен на это цифровое имущество;
- лицо, которое располагает секретным (закрытым) ключом (паролем) к такому кошельку. Утрата такого ключа лишает владельца кошелька возможности распоряжаться своим имуществом, что равносильно утрате рассматриваемого абсолютного права. Интересно, что исследователи из Великобритании считают, что «коммерческая ценность криптоактива заключается не в записях данных, а в том факте, что лицо, обладающее этими данными, может распоряжаться ими и аутентифицировать сделки с криптоактивами в соответствии с правилами системы»<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> См., например: Legal statement on cryptoassets and smart contracts UK Jurisdiction Taskforce. P. 16—17.



**Третий тип правоотношений является результатом заключения участниками платформы соответствующего гражданско-правового договора любого типа.** Например, такое обязательственное отношение может возникнуть в результате заключения смарт-контракта.

В результате заключения смарт-контракта между его сторонами возникает двустороннее обязательственное правоотношение, исполнение которого будет осуществляться в порядке, установленном протоколом.

В соответствии с п. 1 ст. 307 ГК РФ в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие: передать имущество, выполнить работу, оказать услугу, внести вклад в совместную деятельность, уплатить деньги и т.п. — либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности.

Любое гражданско-правовое обязательство традиционно включает в себя следующие элементы: субъекты, объект и содержание<sup>22</sup>. Объект, содержание и стороны обязательства определяются тем договорным типом, который заключен сторонами в виде смарт-контракта. Соответственно, если смарт-контракт заключен с целью передачи права на цифровой финансовый актив покупателю, то объектом смарт-контракта будет являться действие должника по переводу цифрового финансового актива в пользу кредитора, а содержанием обязательства — права и обязанности сторон, вытекающие из договора купли-продажи.

В отличие от классического обязательства, обязательства из смарт-контракта невозможно изменить или не исполнить<sup>23</sup>. Это означает, что обязательство, возникшее из смарт-контракта, исполняется в особом порядке — в процессе работы компьютерной программы (кода).

Разумеется, необходимо признать, что понятие обязательства, действительно, меняется, но не исчезает совсем. Кроме того, отмеченная выше особенность смарт-контракта на самом деле является не особенностью этого договора. Это особенность функционирования технологии блокчейн, т.е. той цифровой среды, в которой смарт-контракт существует.

На основании изложенного можно резюмировать следующее:

1. На платформе blockchain возникает три типа правоотношений:
  - во-первых, правоотношения между участниками платформы по поводу протокола;
  - во-вторых, правовые отношения между участником платформы — владельцем токена и всеми иными третьими лицами;
  - в-третьих, правоотношения между двумя или несколькими участниками платформы по поводу различных виртуальных объектов гражданского права.
2. Первый тип правоотношений носит организационный характер. Между всеми пользователями этой платформы возникает многостороннее правоотношение организационного типа, основанное на многостороннем договоре.

<sup>22</sup> Новицкий И. Б., Лунц Л. А. *Общее учение об обязательстве*. М. : Юр. лит., 1950. С. 28.

<sup>23</sup> Разумеется, неизменяемость и самоисполнимость обязательства из смарт-контракта все равно является относительной.

3. Предметом указанного многостороннего договора между участниками платформы blockchain являются:

- во-первых, взаимное признание субъектами платформы blockchain используемого на платформе протокола в качестве регулятора отношений между ними;
- во-вторых, взаимное признание субъектами платформы правовых последствий совершения, исполнения и прекращения сделок, совершения иных юридически значимых действий с использованием технологии blockchain;
- в-третьих, взаимное признание процедуры изменения используемого на платформе blockchain протокола на основании консенсуса;
- в-четвертых, действие всех участников платформы по предоставлению в общее пользование участников платформы технических средств для обмена и хранения информации.

4. Второй тип правоотношений — между «владельцем» токена и всеми третьими лицами. Эти правоотношения являются абсолютными правоотношениями.

Указанные абсолютные правоотношения могут включать субъективные гражданские права разной правовой природы:

- право собственности, в которых токен является виртуальным символом реальных объектов гражданского права, оставшихся в реальном мире;
- исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности человека;
- абсолютные цифровые права, объектом которых является имущество, которое существует только в цифровом виде.

5. Третий тип правоотношений является результатом заключения участником платформы соответствующего гражданско-правового договора любого типа. Эти правоотношения являются относительными обязательственными правоотношениями.

6. Цифровые права, как и другие гражданские права, бывают абсолютными и относительными.

7. Под абсолютными цифровыми правами допустимо понимать такие субъективные гражданские права, которые удостоверены в киберпространстве, в том числе посредством технологии blockchain, в отношении цифрового имущества, которое может существовать только в киберпространстве.

8. Субъектом указанного абсолютного цифрового права может быть лицо, которое отвечает указанным двум признакам одновременно:

- в его кошельке или на счете учитывается токен на это цифровое имущество;
- оно располагает секретным (закрытым) ключом (паролем) к такому кошельку. Утрата такого ключа лишает владельца кошелька возможности распоряжаться своим имуществом, что равносильно утрате рассматриваемого абсолютного права.

9. Относительные цифровые права возникают из гражданско-правовых договоров, заключаемых и исполняемых в киберпространстве. Они существуют в виде обязательственного права (требования).



## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Василевская Л. Ю.* Токен как новый объект гражданских прав: проблемы юридической квалификации цифрового права // Актуальные проблемы российского права. — 2019. — № 5 (102). — С. 117—119.
2. *Нота Ла Диега Г.* Блокчейн, смарт-контракты и авторское право // Труды Института государства и права РАН. — 2019. — Т. 14. — № 3.
3. *Новицкий И. Б., Лунц Л. А.* Общее учение об обязательстве. — М. : Юр. лит., 1950.
4. *Новоселова Л.* О правовой природе биткойна // Хозяйство и право. — 2017. — № 9. — С. 3—15.
5. *Савельев А. И.* Договорное право 2.0: «умные» контракты как начало конца классического договорного права // Вестник гражданского права. — 2016. — № 3.
6. *Саженов А. В.* Криптовалюты: дематериализация категории вещей в гражданском праве // Закон. — 2018. — № 9. — С. 106—121.
7. *Янковский Р.* Государство и криптовалюты: проблемы регулирования // URL: <http://msu.edu.ru/papers/yankovskiy/blockchain.pdf> (дата обращения: 20.03.2020).
8. *Geiregat S.* Cryptocurrencies are (smart) contracts // Computer Law & Security Abstract. — October 2018. — P. 1144—1149. — URL: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0267364918302279?token=8d334fde1fbf224f8ae21816a14575ded4f8a2941fd73c4bcd724f00b4ca4162bf764ede7130eeb79f0e4063a5812329> (дата обращения: 20.03.2020).
9. Guide pratique pour les questions d'assujettissement concernant les initial coin offerings (ICO). Edition du 16 février 2018 // URL: <https://www.finma.ch/fr/autorisation/fintech> (дата обращения: 20.03.2020)
10. *Haeberli D., Oesterhelt S., Meier U.* Homburger. Switzerland // Blockchain & Cryptocurrency Regulation. First edition. — Zurich, Switzerland : Contributing Editor Josias Dewey, 2019. — URL: [https://media.homburger.ch/karmarun/image/upload/homburger/h1tl5\\_1tm-gli-blch1\\_ch.pdf](https://media.homburger.ch/karmarun/image/upload/homburger/h1tl5_1tm-gli-blch1_ch.pdf).
11. *Kablan S. A.* Pour une évolution du droit des contrats : le contrat électronique et les agents intelligents. Thèse présentée à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval dans le cadre du programme de doctorat en droit pour l'obtention du grade de docteur en droit (LL.D.) Faculté de droit. — Université Laval Québec, 2008. — URL: <https://corpus.ulaval.ca/jspui/handle/20.500.11794/19829?locale=en> (дата обращения: 10.10.2018).
12. Legal statement on cryptoassets and smart contracts UK Jurisdiction Taskforce. The LawTech Delivery Panel. UK Jurisdiction Taskforce, 2019 / Sir Geoffrey Vos (Chancellor of the High Court and Chair of the UKJT), Lawrence Akka QC (Twenty Essex), Sir Nicholas Green (Chair of the Law Commission of England and Wales, as an observer) [et. al.] // URL: [https://35z8e83m1ih83drye280o9d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2019/11/6.6056\\_JO\\_Cryptocurrencies\\_Statement\\_final\\_web\\_111119-1.pdf](https://35z8e83m1ih83drye280o9d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2019/11/6.6056_JO_Cryptocurrencies_Statement_final_web_111119-1.pdf) (дата обращения: 20.03.2020).
13. *Trevor I. Kiviat.* Beyond bitcoin: issues in regulating blockchain transactions // Duke law journal. — 2015. — Vol. 65.

## ЭЛЕКТРОННЫЕ ПЛАТЕЖИ С ПРИМЕНЕНИЕМ ТЕХНОЛОГИИ БЛОКЧЕЙН В УСЛОВИЯХ ЦИФРОВИЗАЦИИ БАНКОВСКИХ УСЛУГ: ОПЫТ РОССИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН<sup>1</sup>

**Аннотация.** В статье рассматриваются понятие и сущность технологии блокчейн. Сформулированы основные характеристики технологии блокчейн, причины, по которым она имеет перспективу на рынке электронных платежей и расчетов. Отмечен факт внедрения Банком России новой технологии, основанной на блокчейне, — технологии «Мастерчейн». Анализируется практика применения технологии блокчейн в разных сферах экономики и предпринимательской деятельности. Приведены примеры из практики применения технологии блокчейн в России, Швейцарии и Китае.

**Ключевые слова:** банк, Банк России, платежная система, банковская система, электронные расчеты, аккредитив, децентрализация хранения данных, распределенные реестры.

DOI: 10.17803/2311-5998.2020.72.8.027-033

**E. G. KHOMENKO,**

Professor of the Department of banking law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Associate Professor

**lenahom@mail.ru**

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### ELECTRONIC PAYMENTS USING BLOCKCHAIN TECHNOLOGIES IN THE CONTEXT OF DIGITALIZATION OF BANKING SERVICES: THE EXPERIENCE OF RUSSIA AND FOREIGN COUNTRIES

**Abstract.** This article discusses the concept and essence of blockchain technology. The main characteristics of the blockchain technology and the reasons why it has prospects in the market of electronic payments and settlements are formulated. It was noted that the Bank of Russia introduced a new technology based on blockchain — the “Masterchain” technology. The article analyzes the practice of using blockchain technology in various spheres of economy and business. Examples from the practice of using blockchain technology in Russia, Switzerland and China are given.

**Keywords:** Bank, Bank of Russia, payment system, banking system, electronic payments, letter of credit, decentralized data storage, distributed registers.



**Елена Георгиевна  
ХОМЕНКО,**

профессор кафедры  
банковского права  
Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА),  
доктор юридических наук,  
доцент

**lenahom@mail.ru**

125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

<sup>1</sup> Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16079 «Цифровая экономика: концептуальные основы правового регулирования бизнеса в России».

Цифровые технологии относятся к числу технологий, оказывающих наиболее ощутимое влияние на все сферы человеческой жизни. Под их воздействием оказывается и сфера экономики и предпринимательства, что неизбежно влечет последствия их отражения на интересах общества и государства — как положительные, так и отрицательные.

Ярким примером вида такой технологии является технология блокчейн.

Сущность технологии блокчейн состоит в том, что она позволяет формировать распределенную децентрализованную сеть хранения данных об операциях, в том числе банковских, например транзакций, при этом все данные должны быть в цифровом формате. В сеть поступают данные обо всех операциях того вида, который основан на технологии блокчейн, и становятся доступными всем компьютерам, подключенным к ней. Эти данные разделяются на маленькие части (блоки). Каждый блок охраняется путем использования математических способов шифрования, посредством которых каждый участник этой цепочки отношений в единой сети имеет доступ только к тому блоку, который принадлежит конкретному участнику и доступ к которому он получает с помощью специального цифрового ключа. Попытка проникновения в любой другой блок становится немедленно известной всем участникам сети, которые в силу *децентрализованного характера* технологии блокчейн находятся в равных условиях доступа.

Принято считать, что систему хранения данных, основанную на технологии блокчейн, практически *невозможно взломать*, так как данные системы хранятся на множестве технических устройств. Для одновременного взлома технических устройств и получения доступа ко всем блокам данных нужны гигантские технические мощности. Кроме того, технология блокчейн позволяет осуществлять основанную на ней операцию между двумя контрагентами *без участия третьих лиц*, в частности банков, что значительно снижает затраты обеих сторон сделки. Будучи основанной на математическом алгоритме, технология блокчейн позволяет совершать операции между контрагентами без привлечения посредников, без которых данную сделку было бы невозможно совершить или исполнить при любых других обстоятельствах. Контрагенты не несут обязанностей по уплате комиссий, сборов и т.п. Это, в свою очередь, снижает операционную нагрузку на всех участников операций и, следовательно, их операционные риски и операционные издержки.

Таким образом, технология блокчейн является, с одной стороны, полезной и весьма перспективной, поскольку она:

- универсальная, т.е. применяемая практически в любой сфере жизнедеятельности;
- не требует управления;
- лишена рисков взлома;
- значительно снижает стоимость основанных на данной технологии операций для всех задействованных лиц;
- позволяет соблюдать анонимность совершаемых на ее основе операций.

В настоящее время к технологии блокчейн проявляется большой интерес. Частично это связано с обладанием технологии блокчейн свойством *универсализации*. Она может быть внедрена практически в любые сферы человеческой жизнедеятельности. Не исключается применение технологии блокчейн в судеб-

ной системе. Так, Омским арбитражным судом впервые в мире была официально признана легитимной сделка по продаже нефтепродуктов через блокчейн. Это первый и пока единственный случай рассмотрения спора, вытекающего из заключения сделок с использованием технологии блокчейн с помощью смарт-контрактов и электронной цифровой подписи<sup>2</sup>.

Интеллектуальная блокчейн-платформа Edison, разработанная Газпромбанком совместно с международной инвестиционной компанией Digital Horizon<sup>3</sup>, ориентирована на обслуживание рынка энергетики и жилищно-коммунального хозяйства. Потребителю устанавливаются специальные («умные») приборы учета, которые в режиме онлайн передают показания счетчиков в информационно-вычислительный комплекс (ИВК) поставщика услуг. Затем данные передаются на платформу Edison и становятся доступными всем системам и сервисам участников расчетов. Потребителю выставляется счет, который записывается в блокчейн. Оплата счета потребителем происходит в личном кабинете (в мобильном приложении или веб-версии сервиса).

Платформа Edison интегрирована с Газпромбанком. В случае накопления задолженности платформа позволяет автоматически отключить потребителя от электроэнергии или другого ресурса без выезда специалиста, а весь необходимый документооборот оформляется в цифровом формате. После оплаты задолженности информация о перечислении средств появляется в системе мгновенно и повторное подключение потребителя займет не более пяти минут. При этом персональные данные потребителей не покидают платформы. Платформа внедрена и работает в Калининградской области<sup>4</sup>.

Блокчейн — это технология распределенных реестров, которая позволяет «привязывать» к ней перспективную и (или) имеющую огромное значение финансовую инфраструктуру. Эта платформа является специфической системой хранения и обмена финансовой информацией.

В числе структурных элементов финансовой системы наиболее активно технология блокчейн применяется в банковской и платежных системах. Это связано с тем обстоятельством, что блокчейн относится к технологии, применяемой в системах электронных платежей и расчетов, являющихся фактором всех без исключения сфер жизнедеятельности любого государства, начиная с организации системы уплаты налогов и сборов и заканчивая оплатой услуг ЖКХ.

С учетом изложенного представляется логичным, что Банк России не остался в стороне от решения актуальных проблем современного цифрового прогресса. Им запланирован и активно воплощается в жизнь процесс создания и запуска

<sup>2</sup> Омский арбитраж впервые в мире подтвердил законность блокчейн-контракта // URL: <http://omsk-news.net/economy/2019/05/31/266177.html> (дата обращения: 14 апреля 2020 г.).

<sup>3</sup> Digital Horizon — инвестиционная компания, объединяющая венчурный фонд международного типа, и венчурный строитель, который создает технологические стартапы // URL: <https://digitalhorizon.vc/en/about> (дата обращения: 16 апреля 2020 г.).

<sup>4</sup> Газпромбанк совместно с Digital Horizon представили блокчейн-платформу для рынка энергетики и ЖКХ // URL: <https://www.gazprombank.ru/press/5645993/> (дата обращения: 16 апреля 2020 г.).



платформы на основе технологии распределенных реестров, ориентированной на создание удобных финансовых сервисов. Указанная платформа разрабатывается совместно с кредитными организациями и ориентирована в направлении интересов кредитных организаций и участников платежных систем.

В ходе данной деятельности в октябре 2016 г. был создан проект, получивший наименование «Мастерчейн».

«Мастерчейн» — это платформа для взаимодействия между участниками финансового рынка на базе технологии распределенных реестров, усовершенствованная система записи транзакций. Она позволяет оперативно создавать различные финансовые сервисы, благодаря чему участники финансового рынка смогут предоставлять клиентам принципиально новые услуги и продукты. Кроме того, «Мастерчейн» позволяет ускорить обмен информацией между контрагентами и обеспечить необходимый уровень доверия при проведении финансовых операций. «Мастерчейн» позволил Банку России и другим банкам успешно провести первые тестовые транзакции<sup>5</sup>. В 2018 г. на базе технологии блокчейн Банком России совместно с Ассоциацией финансовых технологий и участниками рынка проект «Мастерчейн» был запущен<sup>6</sup>.

В целях решения перечисленных задач Банк России нацелен и далее создавать и запускать соответствующие платформы, а также реализовывать ряд проектов, отобранных совместно с участниками финансового рынка, например делающих возможным использовать цифровые аккредитивы<sup>7</sup>.

Следует отметить, что в отношении осуществления электронных платежей в аккредитивной форме расчетов технология блокчейн наделена высокой актуальностью. Данной форме сопутствует наибольший объем документооборота между всеми участниками платежно-расчетной операции, включая и стороны основного договора (чаще всего это договоры поставки). Технология блокчейн позволяет ощутимо снизить стоимость аккредитивных платежей, повысить оборот требуемых при реализации аккредитива документов, обеспечить их доступность для заинтересованных лиц. Именно поэтому банки уже давно искали механизм воплощения технологии распределенных реестров применительно к аккредитивной форме электронных платежей.

В этой связи нельзя не обратить внимания на банк, который применяет технологию блокчейн с 2016 г. — это ПАО «Альфа-банк». Он первый в России реализовал на базе блокчейна электронные платежи с использованием аккредитивной формы расчетов в виде покрытого аккредитива. Все документы, необходимые

<sup>5</sup> URL: <http://www.cbr.ru/press/event/?id=640#highlight=%D0%BC%D0%B0%D1%81%D1%82%D0%B5%D1%80%D1%87%D0%B5%D0%B9%D0%BD> (дата обращения: 11 апреля 2020 г.).

<sup>6</sup> Выступление Председателя Банка России Э. Набиуллиной на пленарном заседании Государственной Думы : Годовой отчет Банка России. 30 мая 2019 г. // URL: <http://www.cbr.ru/press/event/?id=2649#highlight=%D0%BC%D0%B0%D1%81%D1%82%D0%B5%D1%80%D1%87%D0%B5%D0%B9%D0%BD>.

<sup>7</sup> Основные направления развития финансовых технологий на период финансовых технологий на период 2018—2020 годов // URL: [http://www.cbr.ru/statichtml/file/85536/on\\_fintex\\_2017.pdf](http://www.cbr.ru/statichtml/file/85536/on_fintex_2017.pdf) (дата обращения: 18 апреля 2020 г.).

для аккредитива, начиная от заявления на открытие аккредитива и заканчивая документами, подтверждающими исполнение стороной договора своих обязанностей, предоставляются в электронной форме в системе электронного взаимодействия «Альфа-Бизнес онлайн».

По мнению директора Центра инноваций электронного бизнеса «Альфа-банка» Надежды Авданиной, банк, используя блокчейн, строит такую платформу, которая позволяет совершать операции прозрачнее, быстрее и дешевле. «Альфа-банк» также внедрил приложение «Поток» с блокчейн-идентификацией клиентов (KYC)<sup>8</sup>.

Технология блокчейн активно используется при межбанковских электронных расчетах. Впервые в России такой платеж был совершен в 2017 г. между ПАО «Альфа-банк» и Сбербанком на сумму 1 млн руб. Обмен электронными транзакциями проводился по децентрализованной компьютерной сети, состоящей из узлов, взаимодействующих по протоколу технологии Hyperledger Fabric платформы IBM Blockchain. Участники сети могут отправлять и получать электронные документы в режиме онлайн, отслеживать статус проведения расчетной операции. Они также получили доступ к просмотру блоков блокчейн-транзакций, содержащих всю историю платежных операций. Банки взаимодействуют между собой благодаря IT-инфраструктуре, представляющей собой сервис определения единого порядка транзакций, удостоверяющий центр сети (УЦ) и узлы, подтверждающие корректность транзакций, расположенные в каждом банке. Клиенты банков для проведения расчетов подключаются через интернет-браузер к специальному веб-приложению, которое предоставляет интерфейс для взаимодействия с сетью<sup>9</sup>.

Сбербанк с июня 2017 г. реализовал на базе блокчейна технологию, позволившую применять электронные платежи с использованием аккредитивной формы расчетов, причем при осуществлении трансграничных платежей. В разработке этой возможности приняло участие ПАО «Северсталь». Это позволило ПАО «Северсталь» использовать аккредитив при расчетах по договору поставки с одним из белорусских контрагентов, что существенно сократило время реализации сделки и повысило ее прозрачность. Приведенный пример — первое подобное решение, разработанное на территории Восточной Европы<sup>10</sup>.

В апреле 2018 г. было проведено заседание совместной группы по развитию платежного пространства, сформированной из представителей регуляторов финансовых рынков стран ЕАЭС, на котором обсудили основные направления применения инновационных финансовых технологий для развития и продвижения современных сервисов и услуг на пространстве ЕАЭС. Были поставлены вопросы о развитии платежного пространства и системы передачи финансовых сообщений с применением технологий распределенных реестров, удаленной идентификации, системы быстрых платежей.

<sup>8</sup> URL: <https://alfabank.ru/press/news/2016/12/21/37627.html> (дата обращения: 5 апреля 2020 г.).

<sup>9</sup> URL: <https://alfabank.ru/press/news/2017/11/29/41656.html> (дата обращения: 6 апреля 2020 г.).

<sup>10</sup> URL: [https://www.sberbank.ru/ru/press\\_center/all/article?newsID=7f6fd902-aa54-46cb-979a-25d716553721&blockID=1303&regionID=78&lang=ru](https://www.sberbank.ru/ru/press_center/all/article?newsID=7f6fd902-aa54-46cb-979a-25d716553721&blockID=1303&regionID=78&lang=ru) (дата обращения: 10 апреля 2020 г.).



Все государства — участники ЕАЭС выразили готовность к продолжению сотрудничества по изучению и применению технологии распределенных реестров в рамках межнациональной системы передачи финансовых сообщений и расчетов, в том числе с применением платформы «Мастерчейн». На территории ЕАЭС также продолжается применение тесного сотрудничества по вопросам взаимодействия национальных систем быстрых платежей и проектам с использованием удаленной идентификации<sup>11</sup>.

Для разработки новых технологий, основанных на принципе блокчейна и мониторинга, уже применяемых технологий в этой области, ПАО Сбербанк с 11 января 2018 г. открыл блокчейн-лабораторию. Одна из задач, поставленных перед лабораторией, — популяризация этой очень перспективной технологии. По словам старшего вице-президента Сбербанка Игоря Буланцева, освоение, развитие и внедрение самых перспективных технологий — это не только важный элемент конкурентоспособности банка, но и обязательная часть его будущего как технологической компании. «Блокчейн может существенно изменить многие области бизнеса, относящиеся к финансовому рынку, к классической деятельности банка и наших клиентов», — сказал Игорь Буланцев<sup>12</sup>.

Попытки внедрения технологии блокчейн применяются и в других странах мира.

Так, Центральный банк Китая (Bank of China, BOC) уже в 2016 г. сделал заявление, что он будет первым, кто начнет использовать технологию блокчейн в ипотечном бизнесе во второй половине 2016 г. и сможет запустить технологию биометрической аутентификации. Министр финансов Цзэн Цзюньхуа отметил, что технология блокчейн может создать высокозащищенную базу данных записей транзакций, значительно сокращая количество подозрительных транзакций и помогая отрасли снизить эксплуатационные расходы. База данных блокчейн также может сделать аутентификацию аккаунта и обмен данными между банками более безопасными, так что банки могут быстрее идентифицировать клиента и информацию о нем. Технология также потребует от банков соблюдения принципа KYC (знай своего клиента), что будет способствовать и развитию технологии электронных платежей<sup>13</sup>.

К 2018 г. Банк Китая в Гонконге стал проводить практически все оценки недвижимости с помощью блокчейна, что является частью продвижения «умного банкинга». По словам генерального менеджера по информационным технологиям Рокки Ченга Чунг-нгама, он также проводит все больше ипотечных сделок и сделок торгового финансирования с использованием блокчейна. Такая система оценок необходима для расчета ежемесячных платежей по ипотечным кредитам, и они могут быть выполнены быстрее и более прозрачно с помощью блокчейна за считанные секунды. Технология блокчейн, на которой основан готовый к запуску новый проект — «Faster Payment System», позволяет осуществлять денежные

<sup>11</sup> URL: <http://www.cbr.ru/press/event/?id=1745#highlight=%D0%BC%D0%B0%D1%81%D1%82%D0%B5%D1%80%D1%87%D0%B5%D0%B9%D0%BD> (дата обращения: 11 апреля 2020 г.).

<sup>12</sup> URL: [https://www.sberbank.ru/ru/press\\_center/all/article?lang=ru&regionID=77&type=NEWS&blockID=1303&newsID=e998242c-156e-42b7-ad5e-0a3ad68379fa](https://www.sberbank.ru/ru/press_center/all/article?lang=ru&regionID=77&type=NEWS&blockID=1303&newsID=e998242c-156e-42b7-ad5e-0a3ad68379fa) (дата обращения: 10 апреля 2020 г.).

<sup>13</sup> URL: [https://www.bankofchina.com/aboutboc/ab8/201607/t20160718\\_7332604.html?keywords=blockchain](https://www.bankofchina.com/aboutboc/ab8/201607/t20160718_7332604.html?keywords=blockchain) (дата обращения: 25 апреля 2020 г.).

переводы в режиме реального времени между банками, а также более широкое использование электронных платежных систем, таких как Alipay и WeChat Pay<sup>14</sup>.

Однако не все страны считают перспективной технологию блокчейн. Например, в Швейцарии банки не придают существенного значения технологии блокчейн. В целом очень немногие банки рассматривают технологию распределенных реестров как одну из перспективных, ведущих инновационных технологий нескольких ближайших лет. Этот вывод сделан Национальным банком Швейцарии (BNS) по итогам проведенного им исследования итогов практики внедрения цифровых технологий в швейцарских банках в 2019 г. и их влияния на функционирование систем безналичных платежей и расчетов<sup>15</sup>.

При этом швейцарская компания Post Finance, специализирующаяся в сфере розничного рынка финансовых услуг, постепенно переходит именно на цифровые способы их оказания. Компания признает, что разработать и запустить блокчейн для финансового рынка не так уж просто, а в банковской сфере особенно, поскольку в мире технологий распределенных реестров практически нет проторенных дорог. Однако компания в 2018 г. запустила проект блокчейн-технологии — блокчейн B4U, которая применяется в отношении используемой в Швейцарии системы экоэлектричества в виде таких возобновляемых источников энергии, как солнечные батареи, устанавливаемые домовладельцами на крыши домов. Технология открыла возможность домовладельцу использовать собственные солнечные батареи, вырабатывающие электричество, для продажи излишков полученного эко-электричества своим арендаторам<sup>16</sup>.

Технология распределенных реестров, к которой относится блокчейн, открывает много новых возможностей для всех участников банковской и платежных систем электронных платежей. Блокчейн способен кардинальным образом изменить рынок электронных платежей, воплотив новые бизнес-решения, снизив транзакционные потери как самих систем, так и клиентов их участников, значительно ускорить срок исполнения электронных платежных документов и достичь решения множества иных задач, возникающих в рассматриваемой сфере. Технология обладает огромным потенциалом в сфере платежей и расчетов, ее активно внедряют банки и субъекты инфраструктуры платежных систем.

Однако, несмотря на явные перспективы и привлекательность технологии блокчейн, пока нет нормативных актов, устанавливающих порядок ее использования, стандарты применения и контроля. Технология блокчейн находится только в начале своего пути.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Цифровое право : учебник / под общ. ред. В. В. Блажеева, М. А. Егоровой. — М. : Проспект, 2020. — 640 с.

<sup>14</sup> URL: [https://www.bankofchina.com/aboutboc/ab8/201804/t20180425\\_12087080.html?keywords=blockchain](https://www.bankofchina.com/aboutboc/ab8/201804/t20180425_12087080.html?keywords=blockchain) (дата обращения: 25 апреля 2020 г.).

<sup>15</sup> URL: [https://www.snb.ch/fr/mmr/reference/fintech\\_20190827\\_umfrage/source/fintech\\_20190827\\_umfrage.fr.pdf](https://www.snb.ch/fr/mmr/reference/fintech_20190827_umfrage/source/fintech_20190827_umfrage.fr.pdf) (дата обращения: 23 апреля 2020 г.). С. 10.

<sup>16</sup> URL: <https://www.postfinance.ch/en/private/needs/money-in-simple-terms/sell-your-own-electricity-with-blockchain.html> (дата обращения: 24 апреля 2020 г.).





**Диана Геннадиевна**  
**АЛЕКСЕЕВА,**

профессор кафедры  
 банковского права  
 Университета имени  
 О.Е. Кутафина (МГЮА),  
 доктор юридических наук,  
 профессор  
 lilu-kd@mail.ru  
 125993, Россия, г. Москва,  
 ул. Садовая-Кудринская, д. 9

## «ОТКАЗНЫЕ РЕШЕНИЯ» БАНКОВ ПО ПОД/ФТ: ВЧЕРА, СЕГОДНЯ, ЗАВТРА

**Аннотация.** Полномочия по вынесению решений об отказе в заключении договора банковского счета (вклада), по отказу в выполнении распоряжения о совершении банковской операции (далее — «отказные решения»), а также по расторжению договоров банковского счета (вклада) предоставлены кредитным организациям Федеральным законом от 07.08.2001 № 115-ФЗ. Неопределенность критериев для вынесения отказных решений и строгая ответственность за нарушение требований законодательства о ПОД/ФТ приводит к вынесению отказных решений в массовом порядке, обилию судебных споров о законности и обоснованности их вынесения, дестабилизирует рынок банковских услуг. В статье рассматриваются проблемы, связанные с реализацией отказных решений кредитными организациями, а также подвергается анализу новейший законопроект № 948530-7, направленный на совершенствование существующего правового регулирования по данному вопросу.

**Ключевые слова:** кредитная организация, банковский счет и вклад, противодействие отмыванию денег и финансированию терроризма, внутренний контроль, ответственность.

DOI: 10.17803/2311-5998.2020.72.8.034-044

**D. G. ALEKSEEVA,**

Professor of the Department of banking law  
 of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor  
 lilu-kd@mail.ru

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### “REFUSAL DECISIONS” OF BANKS ON AML AND CTF: YESTERDAY, TODAY, TOMORROW

**Abstract.** Federal law No. 115 of 07.08.2001 provides credit organizations with the power to make decisions on refusal to conclude a Bank account (Deposit) agreement, refusal to execute an order to perform a banking operation (hereinafter referred to as “refusal decisions”), as well as on termination of Bank account (Deposit) agreements.

The uncertainty of the criteria for making refusal decisions and strict liability for violating the requirements of AML/CFT legislation leads to the issuance of refusal decisions on a mass scale, an abundance of legal disputes about the legality and validity of the decisions made, and destabilizes the banking services market.

*The article deals with the problems associated with the implementation of refusal decisions by credit organizations, as well as analyzes the draft new Law No. 948530-7, aimed at improving the existing legal regulation on this issue.*

**Keywords:** *credit institution, Bank account, the prevention of money laundering and financing of terrorism, banks control, responsibility.*

Гражданским законодательством установлена обязанность банков заключать договор банковского счета с клиентом, обратившимся с предложением открыть счет на объявленных банком для открытия счетов данного вида условиях, соответствующих требованиям, предусмотренным законом и установленными в соответствии с ним банковскими правилами (п. 2 ст. 846 ГК РФ). Таким образом, открытие счета и проведение по нему операций — это несомненное право клиента, предоставленное ему законом, которое при этом может быть ограничено в случаях, предусмотренных законом.

Законодательством предусмотрено немало оснований для отказа клиенту в открытии банковского счета либо проведении по нему операций<sup>1</sup>. Однако наиболее сложными для применения в данной связи представляются требования Федерального закона от 07.08.2001 № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма»<sup>2</sup> (далее — Закон «О противодействии...»).

«Отказные решения» согласно Закону «О противодействии...» представляют собой результат реализуемых кредитной организацией как организацией, осуществляющей операции с денежными средствами своих клиентов, прав на отказ в заключении с клиентом договора банковского счета (вклада) и отказ в проведении банковских операций.

Дополнительно Закон о противодействии предоставляет кредитным организациям право расторгнуть договор банковского счета (вклада) с клиентом в случае принятия в течение календарного года двух и более решений об отказе в выполнении распоряжения клиента о совершении операции на основании п. 11 ст. 7 данного Закона. Таким образом, расторжение договора банковского счета (вклада) по вышеуказанному основанию является в определенной мере техническим и представляет собой агрегированный результат ранее принятых решений об отказе в проведении банковских операций.

Согласно п. 5 ст. 7 Закона о противодействии *кредитным организациям запрещается:*

— открывать и вести счета (вклады) на анонимных владельцев, т.е. без предоставления открывающими счет (вклад) физическим или юридическим лицом,

<sup>1</sup> Более подробно об этом см.: Банковский вклад и банковский счет. Расчеты / отв. ред. Д. Г. Алексеева, С. В. Пыхтин. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2017. С. 100; Алексеева Д. Г. Правовые проблемы реализации банками «отказных» полномочий в отношении клиентов, разместивших средства на банковских счетах // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2018. № 10. С. 67 — 85; Алексеева Д. Г. «Отказные» полномочия банков в отношении подозрительных операций клиентов: вопросы соблюдения частных и публичных интересов // Банковское право. 2018. № 4. С. 9—17.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 2001. № 33 (ч. I). Ст. 3418.



- иностранной структурой без образования юридического лица документов и сведений, необходимых для его идентификации, а также открывать и вести счета (вклады) на владельцев, использующих вымышленные имена (псевдонимы);
- открывать счета (вклады) клиентам без личного присутствия физического лица, открывающего счет (вклад), либо представителя клиента (кроме установленных Законом о противодействии исключениям);
  - заключать договор банковского счета (вклада) с клиентом в случае непредставления клиентом, представителем клиента документов и сведений, необходимых для идентификации клиента, представителя клиента в случаях, установленных настоящим Законом;
  - заключать договоры банковского вклада (депозита) с оформлением документов, удостоверяющих вклад (депозит) на предьявителя.

Для устранения возможных правовых возражений со стороны клиентов по факту отказов в открытии банковских счетов (вкладов) требования Закона о противодействии дублируются в Инструкции Банка России от 30.05.2014 № 153-И «Об открытии и закрытии банковских счетов, счетов по вкладам (депозитам), депозитных счетов»<sup>3</sup>, согласно которой:

- основанием открытия счета является заключение договора счета соответствующего вида и представление до открытия счета всех документов и сведений, определенных законодательством РФ, при условии, что в целях исполнения Закона о противодействии: проведена идентификация клиента, его представителя, выгодоприобретателя; приняты обоснованные и доступные в сложившихся обстоятельствах меры по идентификации бенефициарных владельцев, за исключением случаев, предусмотренных Законом «О противодействии...», когда идентификация бенефициарных владельцев не проводится;
- кредитная организация на основании п. 5 ст. 7 Закона о противодействии отказывает клиенту в заключении договора банковского счета, вклада (депозита), депозитного счета, если не представлены документы, необходимые для идентификации клиента и представителя клиента;
- при наличии подозрений о том, что целью открытия счета является совершение операций в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма, кредитная организация в соответствии с правилами внутреннего контроля рассматривает вопрос о наличии оснований для отказа в заключении договора счета соответствующего вида.

Кроме того, п. 5.2. ст. 7 Закона о противодействии предоставляет кредитным организациям *право отказаться от заключения договора банковского счета (вклада) с физическим или юридическим лицом, иностранной структурой без образования юридического лица в соответствии с правилами внутреннего контроля кредитной организации в случае наличия подозрений о том, что целью заключения такого договора является совершение операций в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма (далее — ОД/ФТ)*. В данном случае отказ от заключения договора банковского счета (вклада) не является основанием для возникновения гражданско-правовой ответственности кредитной организации за совершение соответствующих действий.

<sup>3</sup> Вестник Банка России. 2014. № 60.

Согласно п. 11 ст. 7 Закона о противодействии кредитная организация вправе отказать в выполнении распоряжения клиента о совершении операции (за исключением операций по зачислению денежных средств, поступивших на счет физического или юридического лица, иностранной структуры без образования юридического лица):

- по которой не представлены документы, необходимые для фиксации предусмотренной данным Законом информации;
- в случае, если в результате реализации правил внутреннего контроля у работников кредитной организации возникают подозрения, что операция совершается в целях *легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма*.

Отказ от выполнения операций в соответствии с п. 11 ст. 7 Закона о противодействии также не является основанием для возникновения гражданско-правовой ответственности кредитных организаций за нарушение условий соответствующих договоров.

Очевидно, что отказные решения кредитных организаций выносятся, как правило, в случае невозможности проведения идентификации клиента, его представителя или выгодоприобретателя либо при возникновении подозрений в том, что операция клиента совершается в целях ОД/ФТ.

Банк России возложил на кредитные организации обязанность разрабатывать правила внутреннего контроля в целях противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма (далее — ПОД/ФТ) для более детальной регламентации предусмотренных Законом о противодействии требований на базе основополагающего принципа ПОД/ФТ — «Знай своего клиента».

Согласно положениям гл. 6 Положения Банка России от 02.03.2012 № 375-П «О требованиях к правилам внутреннего контроля кредитной организации в целях противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма»<sup>4</sup> в кредитной организации должна быть разработана программа по отказу от заключения договора банковского счета (вклада) с физическим лицом, юридическим лицом, иностранной структурой без образования юридического лица, отказу в выполнении распоряжения клиента о совершении операции и по расторжению договора банковского счета (вклада) в соответствии с Законом о противодействии. В программу, в числе прочего, включаются основания для принятия отказных решений, которые должны быть ориентированы на исключение вовлечения кредитной организации в осуществление необычных сделок с целью снижения риска ее вовлечения в осуществление ОД/ФТ.

Предусмотрено, что факторами, *по отдельности или по совокупности влияющими на принятия решения об отказе от заключения договора банковского счета (вклада)* на основании абз. 2 п. 5.2. ст. 7 Закона о противодействии, а именно: отказ от заключения договора банковского счета (вклада) в случае наличия подозрений о том, что целью заключения такого договора является совершение операций в целях ОД/ФТ, *могут* являться:

<sup>4</sup> Вестник Банка России. 2012. № 20.



- наличие у юридического лица уставного капитала, равного или незначительно превышающего минимальный размер, установленный законом;
- намерение осуществлять сделки, связанные с проведением операций с денежными средствами в наличной форме и (или) международных расчетов, содержащих признаки необычных операций, если с даты регистрации юридического лица прошло менее шести месяцев;
- указание в качестве адреса (места нахождения) постоянно действующего исполнительного органа юридического лица (иного лица или органа, действующего от имени юридического лица без доверенности) по адресу «массовой регистрации»;
- отсутствие по адресу юридического лица, указанному в ЕГРЮЛ, органа или представителя юридического лица;
- совмещение полномочий учредителя (участника) юридического лица, его руководителя и лица, осуществляющего ведение бухгалтерского учета, в одних руках;
- иные обстоятельства, предусмотренные в п. 6.2 Положения Банка России № 375-П, либо разработанные кредитной организацией самостоятельно.

*Факторами*, по отдельности или по совокупности, *влияющими на принятие решения об отказе* в выполнении распоряжения клиента о совершении операции в соответствии с п. 11 ст. 7 Закона о противодействии, могут являться:

- совершение клиентом систематически и (или) в значительных объемах операций, содержащих признаки необычного характера сделки;
- неоднократное применение к клиенту мер, направленных на предотвращение совершения им операций, в отношении которых у кредитной организации возникли подозрения в том, что они осуществляются в целях ОД/ФТ, при этом клиентом (представителем клиента) не представлялись документы и информация, подтверждающие очевидный экономический смысл и очевидную законную цель проводимых операций, либо на основании представленных документов и информации кредитная организация затруднялась сделать однозначный вывод об очевидном экономическом смысле и очевидной законной цели проводимых операций, в том числе мер, результатом применения которых явились отказы в выполнении распоряжений клиента о совершении операций;
- действия (бездействие) клиента, препятствующие кредитной организации завершить обновление сведений, полученных в результате идентификации клиента, представителя клиента, выгодоприобретателя и бенефициарного владельца;
- иные факторы, самостоятельно определяемые кредитной организацией.

Очевидно, что сами по себе основания для вынесения кредитной организацией отказных решений чрезвычайно широки и не сформулированы однозначно. Они и не могут быть предусмотрены в исчерпывающем перечне, поскольку это противоречило бы самой идее ПОД/ФТ и предоставляло бы нарушителям возможность изобретения все новых способов ОД/ФТ. Реализация принципа «Знай своего клиента» приводит к тому, что операции, прозрачные и стандартные для одного клиента, могут являться необычными и подозрительными для другого.

Неопределенность критериев вынесения отказных решений, с одной стороны, и существенные санкции за нарушение положений Закона о противодействии

(в том числе отзыв (аннулирование) лицензии на совершение операций<sup>5</sup>), Федерального закона от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)»<sup>6</sup> и проч. — с другой, вынуждают кредитные организации перестраховываться. Поэтому они выносят отказы при возникновении малейших сомнений в деятельности клиента, проводимых им операций или противоречий в документации клиента.

Рекомендации регулятора, к сожалению, не вносят какой-либо ясности в рассматриваемый вопрос. С одной стороны, Банк России активно рекомендует применять вынесение отказных решений при наличии подозрений, что операции совершаются в целях ОД/ФТ<sup>7</sup>. С другой стороны, Банк России предупреждает, что информация об отказах не является самостоятельным основанием для принятия кредитной организацией или некредитной финансовой организацией решения об отказе. К числу таких отказов относятся в том числе отказ в выполнении распоряжения клиента о совершении операции, отказ от заключения договора банковского счета (вклада) или о расторжении договора банковского счета (вклада) с клиентом<sup>8</sup>.

Отсутствует единообразие и в судебной практике. В одних случаях суды признают действия кредитных организаций незаконными в связи с недоказанностью

<sup>5</sup> Закон «О противодействии...». Ст. 13 ; Федеральный закон от 02.12.1990 № 375-ФЗ «О банках и банковской деятельности». П. 6.1. ч. 1 ст. 20 // СЗ. РФ. 1996. № 6. ст. 492.

<sup>6</sup> Штраф в размере до 0,1 % размера собственных средств (капитала) кредитной организации, но не менее 100 тыс. руб., предусмотрен ст. 74 Федерального закона от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» (СЗ РФ. 2002. № 28. Ст. 2790).

<sup>7</sup> См., например: письмо Банка России от 31.12.2014 № 238-Т «О мерах по противодействию использованию микрофинансовых организаций и их услуг в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма» // Вестник Банка России. 2015. № 1 ; Методические рекомендации о повышении внимания кредитных организаций к отдельным операциям клиентов (утв. Банком России 05.05.2015 № 12-МР) // Там же. 2015. № 41 ; Методические рекомендации о повышении внимания кредитных организаций к отдельным операциям клиентов (утв. Банком России 02.04.2015 № 10-МР) // Там же. 2015. № 30 ; Методические рекомендации о повышении внимания депозитариев к отдельным операциям клиентов (утв. Банком России 15.07.2015 № 16-МР) // Там же. 2015. № 60 ; Методические рекомендации о повышении внимания брокеров к отдельным операциям (утв. Банком России 15.07.2015 № 18-МР) // Там же. 2015. № 60 ; Методические рекомендации о повышении внимания кредитных организаций к отдельным операциям клиентов (утв. Банком России 13.04.2016 № 10-МР) // Там же. 2016. № 40 ; Методические рекомендации о повышении внимания кредитных организаций к отдельным операциям клиентов (утв. Банком России 02.02.2017 № 4-МР) // Там же. 2017. № 15.

<sup>8</sup> Информационное письмо Банка России от 15.06.2017 № ИН-014-12/29 «Об учете информации о случаях отказа от проведения операций, от заключения договора банковского счета (вклада), о случаях расторжения договора банковского счета (вклада) с клиентом, доведенной Банком России до поднадзорных организаций, при определении степени (уровня) риска клиента» // Вестник Банка России. 2017. № 53.

признаков, по которым спорные операции относятся банком к числу сомнительных операций, опровержением указанных банком оснований для отказов в открытии счетов (вкладов) в соответствии с рекомендациями Банка России как не противоречащих гражданскому законодательству и необоснованностью вынесения отказных решений в целом<sup>9</sup>.

Удовлетворяя требования истцов о понуждении к заключению договора банковского счета, суды отмечают, что каждое подозрение должно быть мотивированным и обоснованным, иначе любое нежелание банка заключить договор банковского счета может быть оправдано правом банка на подозрения, а это уже является злоупотреблением правом.

В других случаях суды отказывают истцам в удовлетворении их требований об обязанности банков заключить договор банковского счета (вклада), об открытии соответственно счета или вклада, о выполнении распоряжения клиента о совершении банковской операции<sup>10</sup>. При этом отмечается, что предусмотренные в Положении Банка России № 375-П основания для вынесения отказных решений являются самостоятельными и достаточными, а банки действуют в рамках возложенных на них обязанностей по осуществлению контроля за расчетными операциями при выявлении фактов совершения клиентами сомнительных операций.

Следует заметить, что требования по ПОД/ФТ в целом, и право на вынесение отказных решений в частности, предусмотрены в Законе о противодействии в соответствии с рядом международных документов, действующих в данной области. В частности, согласно 10 Рекомендации ФАТФ<sup>11</sup> финансовые учреждения (в том числе банки) обязаны принимать следующие меры по надлежащей проверке клиентов (НПК):

- идентификация клиента и подтверждение его личности с использованием надежных, независимых первичных документов, данных или информации;

<sup>9</sup> См. например: постановление Арбитражного суда Центрального округа от 04.10.2016 № Ф10-3411/2016 по делу № А62-9219/2015 ; постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 15.07.2016 № 20АП-3119/2016 по делу № А62-9219/2015 ; постановлении Арбитражного суда Московского округа от 15.11.2017 № Ф05-16518/2017 по делу № А40-10212/2017 ; постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 19.04.2017 № Ф01-878/2017 по делу № А43-15183/2016 (определением Верховного Суда РФ от 25.08.2017 № 301-ЭС17-10939 отказано в передаче дела № А43-15183/2016 в Судебную коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ для пересмотра в порядке кассационного производства данного постановления) // СПС «Консультант-Плюс».

<sup>10</sup> Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 07.09.2017 № Ф06-22958/2017 по делу № А65-24541/2016 ; постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 24.11.2017 № Ф03-4555/2017 по делу № А73-3974/2017 ; постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 30.12.2014 № Ф03-5833/2014 по делу № А37-579/2014 ; постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 09.06.2018 № Ф04-1737/2018 по делу № А46-10552/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>11</sup> Рекомендации ФАТФ: Международные стандарты по противодействию отмыванию денег, финансированию терроризма и финансированию распространения оружия массового уничтожения / пер. с англ. М. : МУМЦФМ, 2012. С. 17—19.

- определение бенефициарного собственника и принятие таких разумных мер по проверке личности бенефициарного собственника, которые позволят финансовому учреждению считать, что ему известно, кто является бенефициарным владельцем. Для юридических лиц и образований это должно включать получение информации о структуре управления и собственности клиента;
- понимание и, когда это необходимо, получение информации о целях и предполагаемом характере деловых отношений;
- проведение на постоянной основе надлежащей проверки деловых отношений и тщательного анализа сделок, совершенных в рамках таких отношений, чтобы убедиться в соответствии проводимых сделок сведениям финансового учреждения о клиенте, его хозяйственной деятельности и характере рисков, в том числе, когда необходимо, об источнике средств.

В тех случаях, когда финансовое учреждение не может выполнить вышеуказанные требования, с учетом соответствующей корректировки степени этих мер согласно риск-ориентированному подходу, оно должно быть обязано *не открывать счет, не вступать в деловые отношения и не осуществлять сделку*. Возможно другое решение. Оно должно быть обязано *прекратить деловые отношения* и ему следует рассмотреть вопрос о *направлении сообщения о подозрительной операции (сделке)* в отношении этого клиента.

Очевидно, что требования Закона о противодействии приняты в соответствии с международными документами, действующим в сфере ПОД/ФТ. Вместе с тем непродуманность критериев для вынесения таких решений кредитными организациями приводит к возникновению значительных проблем в правоприменении, созданию конфликтных ситуаций во взаимоотношениях между банками и их клиентами, приводит к невозможности проведения банковских операций, что, в свою очередь, чревато для клиентов осложнением отношений с контрагентами, несению штрафных санкций и прочими неудобствами.

Для решения возникающих проблем в области вынесения отказных решений предпринимаются многочисленные попытки реформирования действующего законодательства.

Законопроект № 948530-7 «О внесении изменений в статью 7 Федерального закона «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма»» внесен на рассмотрение Государственной Думы 25.04.2020. Законопроектом предусмотрено, что в случае отмены судом ранее принятых решений об отказе от заключения или о расторжении договора банковского счета (вклада) кредитные организации обязаны предоставить в Росфинмониторинг сведения о такой отмене в срок не позднее рабочего дня, следующего за днем вступления в законную силу соответствующего решения суда.

В случае принятия организацией, осуществляющей операции с денежными средствами или иным имуществом, решения об отказе от проведения операции, такая организация обязана предоставить клиенту, которому отказано в проведении операции, информацию о времени и причинах принятия соответствующего решения. Порядок предоставления такой информации должен быть установлен договором с клиентом или действующими в организации публичными правилами. Информация предоставляется в срок не позднее пяти рабочих дней со дня принятия решения об отказе от проведения операции.

При положительной в целом оценке предложенной законопроектом обязанности банков уведомлять клиента о вынесении в отношении проводимой банковской операции отказного решения вызывает вопрос отсылка к договору либо к *публичным правилам*.

Программа по отказу в открытии банковских счетов (вкладов), отказу в выполнении распоряжения клиента о совершении банковской операции и расторжению договора банковского счета (вклада) реализуется в рамках Правил внутреннего контроля (ПВК) по ПОД/ФТ. Эти акты являются комплексными документами кредитной организации, или комплектом документов, определяемым кредитной организацией. Они регламентируют ее деятельность по ПОД/ФТ и содержат описание совокупности принимаемых кредитной организацией мер и предпринимаемых процедур, определенных программами осуществления внутреннего контроля в целях ПОД/ФТ<sup>12</sup>.

Правила внутреннего контроля по ПОД/ФТ кредитной организации не являются публичным документом, не доводятся до сведения ее клиентов. Кроме того, ст. 4 Закона о противодействии предусмотрен запрет на информирование клиентов и иных лиц о принимаемых мерах противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, финансированию терроризма и финансированию распространения оружия массового уничтожения.

Возможно, что в законопроекте речь идет о договоре банковского счета (вклада) либо правилах открытия, ведения и закрытия банковских счетов. Однако в гл. 45 ГК РФ, и также в Положении Банка России № 153-П не предусмотрена обязанность кредитных организаций включать в договоры банковского счета (вклада) какие-либо дополнительные условия и (или) разрабатывать правила открытия, ведения и закрытия банковских счетов. Таким образом, практическая реализация столь значимого положения представляется весьма сомнительной.

Наиболее значимые изменения, предложенные данным законопроектом, состоят в сокращении оснований для вынесения решений об отказе в выполнении распоряжения клиента о совершении операции.

В настоящее время п. 11 ст. 7 Закона о противодействии называет два основания для вынесения соответствующего решения. К их числу относится, во-первых, факт непредставления клиентом документов по совершаемой операции, которые необходимы для фиксации информации в соответствии с требованиями данного закона и, во-вторых, возникновение в процессе реализации ПВК по ПОД/ФТ у работников кредитной организации подозрений в том, что операция совершается в целях ОД/ФТ.

Соответственно, законопроектом исключено такое основание для вынесения решения об отказе в выполнении распоряжения клиента о совершении операции, как непредоставление по совершаемой операции документов, необходимых для фиксации информации о ней.

Кроме того, повышается уровень принятия отказного решения. Законопроектом предусмотрено, что решение об отказе в выполнении распоряжения клиента о совершении операции принимается руководителем организации, которая осуществляет операции с денежными средствами или иным имуществом, или специально уполномоченным им лицом.

<sup>12</sup> См.: Положение Банка России № 375-П. П. 1.3.

К сожалению, предложенные формулировки также не свободны от недостатков. Закон о противодействии оперирует термином «специальное должностное лицо, ответственное за реализацию правил внутреннего контроля, целевых правил внутреннего контроля» (ст. 7). Закон о банках устанавливает особенности правового положения «специального должностного лица, ответственного за реализацию правил внутреннего контроля в кредитной организации в целях противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, финансированию терроризма и финансированию распространения оружия массового уничтожения» (ст. 11.1-2).

В свою очередь, Положение Банка России № 375-П устанавливает обязанность органа управления кредитной организации принимать решение о создании самостоятельного подразделения по ПОД/ФТ. Его должно возглавлять «специальное должностное лицо, ответственное за реализацию ПВК по ПОД/ФТ, соответствующее квалификационным требованиям, установленным Указанием Банка России от 09.08.2004 № 1486-У «О квалификационных требованиях к специальным должностным лицам, ответственным за соблюдение правил внутреннего контроля в целях противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма и программ его осуществления в кредитных организациях», и требованиям к деловой репутации, установленным пунктом 1 части первой статьи 16 Федерального закона «О банках и банковской деятельности»» (п. 2.1). Несмотря на наличие формальных несоответствий в названии анализ функционала свидетельствует, что во всех трех документах речь идет об одном и том же лице.

При этом в законопроекте использован термин «специально уполномоченное руководителем организации лицо». Буквальное толкование данного пункта позволяет прийти к выводу о том, что руководитель кредитной организации вправе назначить для принятия отказных решений иное лицо, не являющееся ответственным сотрудником по ПОД/ФТ/ФРОМУ. Таким образом, может возникнуть внутренний конфликт, при котором отказные решения будут приниматься «специально назначенным руководителем лицом», а ответственность за всю организацию работы по ПОД/ФТ и управление риском ОД/ФТ в кредитной организации будет возложена на ответственного сотрудника, которому «специально назначенное руководителем лицо» может не подчиняться.

Возможно, данное противоречие будет скорректировано при дальнейшей работе над законопроектом, но необходимость унификации наименования ответственного сотрудника кредитной организации по ПОД/ФТ/ФРОМУ в Законах о противодействии и о банках, а также в нормативных актах Банка России более чем очевидна.

Резюмируя, отметим следующее. Учитывая соответствие базовым международным требованиям в области ПОД/ФТ, право кредитных организаций выносить отказные решения не может быть исключено из положений Закона о противодействии. Однако основания для вынесения таких решений вполне могут быть скорректированы в сторону фильтрации чисто формальных оснований, не способных указывать на осуществление клиентом операций, связанных именно с ОД/ФТ.

Крайне важно при этом разграничить необычные операции клиентов и операции, вызывающие подозрения в том, что они совершаются в целях ОД/ФТ, вы-



работать систему понятий в отношении необычных, подозрительных, сомнительных и транзитных операций, установить четкий алгоритм действий в отношении каждого из вышеуказанных видов нестандартных операций.

Установление понятных и прозрачных условий осуществления контроля за операциями клиентов в части ПОД/ФТ во многом позволит снизить «градус напряженности» на финансовом рынке, установить понятный алгоритм взаимодействия кредитных организаций с их клиентами и выявлять операции, действительно вызывающие подозрения в том, что они совершаются в целях ОД/ФТ.

Возможно, находящиеся в настоящее время на рассмотрении в Государственной Думе законопроекты в сфере ПОД/ФТ/ФРОМУ позволят стабилизировать ситуацию на рынке банковских операций в части контроля сомнительных, необычных и подозрительных операций клиентов. Однако для того, чтобы предложенные законопроекты действительно оказали желаемое положительное воздействие на осуществление ПОД/ФТ, они должны быть качественно составленными, не содержать противоречий с уже действующими нормативными правовыми актами и предусматривать необходимые дополнения к ним.

#### БИБЛИОГРАФИЯ

1. Банковское право : учебник для бакалавров / отв. ред. Л. Г. Ефимова, Д. Г. Алексеева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Проспект, 2019. — 608 с.

## АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЗАЩИТЫ ПРАВ ПОТРЕБИТЕЛЕЙ ПРИ ВЫДАЧЕ КРЕДИТА И ЕГО СТРАХОВОМ ОБЕСПЕЧЕНИИ

**Аннотация.** Настоящая статья посвящена вопросам анализа действующего законодательства и практики его применения в области защиты прав потребителей при потребительском кредитовании и его страховом обеспечении. Автор анализирует полномочия Центрального банка РФ, Роспотребнадзора РФ, Финансового уполномоченного РФ и приходит к выводу, что, несмотря на довольно обширный объем предоставленных им прав в области защиты прав потребителей, этого на практике недостаточно для надлежащей правовой защиты заинтересованных лиц. Автором также затронуты актуальные вопросы судебной практики в области частноправовой защиты прав потребителей, в том числе соответствия выработанных Верховным Судом РФ указаний относительно применения действующего законодательства интересам защиты прав потребителей. Отдельно освещен вопрос применения принципа эстоппель в спорах с участием потребителей по указанной категории споров.

**Ключевые слова:** защита прав потребителей, потребительское кредитование, судебные споры с участием потребителей, Роспотребнадзор, Финансовый уполномоченный РФ, эстоппель.



### Юлия Владимировна ЛЫСОВА,

доцент кафедры  
банковского права  
Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА),  
кандидат юридических наук  
[pelargonia@list.ru](mailto:pelargonia@list.ru)  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

DOI: 10.17803/2311-5998.2020.72.8.045-065

**Ju. V. LYSOVA,**

Associate Professor of the Department of banking law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Cand. Sci. (Law)  
[pelargonia@list.ru](mailto:pelargonia@list.ru)

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### CURRENT PROBLEMS OF PROTECTION OF CONSUMER RIGHTS WHEN GIVING A LOAN AND ITS INSURANCE

**Abstract.** This article is devoted to the analysis of current legislation and its application in the field of consumer protection in consumer lending and its insurance coverage. The author considers the questions publicly-legal protection, including, analyzes the powers of the Central Bank of the Russian Federation, Rosпотребнадзор of the Russian Federation, the Financial Ombudsman of the Russian Federation and concludes that despite the fairly extensive scope of their rights in the field of consumer protection, they, in practice, be insufficient for proper legal protection for stakeholders. In addition, the author touches on topical issues of judicial practice in the field of

© Ю. В. Лысова, 2020

*private legal protection of consumer rights, including the compliance of the instructions developed by the Supreme court of the Russian Federation on the application of current legislation to the interests of consumer protection. The issue of applying the principle of estoppel in disputes involving consumers in this category of disputes is highlighted separately.*

**Keywords:** *consumer protection, consumer lending, litigation involving consumers, Rospotrebnadzor, Financial Commissioner, estoppel.*

Omne jus hominum causa constitutum est  
(Всякое право установлено ради людей).

Уже на примере римского права мы видим, что развитие общества неизбежно ведет к формированию новых юридических институтов, новых видов правовых связей и способов правового регулирования общественных отношений. Это происходит путем закрепления таких норм, которые позволяют в сфере частного права устанавливать разнообразные обязательства: «Обязательство есть та юридическая форма, посредством которой люди удовлетворяют свои самые разнообразные конкретные нужды, регулируя свои отношения»<sup>1</sup>.

Постоянное изменение внешней среды в пользу цифровизации основных жизненных потоков, безусловно, приводит к новым вызовам для юриспруденции. В области банковского права это ощущается особенно остро, поскольку практически ни один возмездный процесс не происходит без участия денег, а философия общества потребления набирает обороты. Основным участником отношений в таком обществе, естественно, является конечный потребитель, который обеспечивает покупку товаров, заказ работ и услуг в любой сфере человеческой жизнедеятельности.

В связи с ускорением всех процессов жизнеобеспечения рынок банковских услуг предлагает новые форматы оказания финансовых услуг, в основном с применением дистанционных технологий.

Одним из самых быстрорастущих сегментов рынка при этом является онлайн-кредитование и сопутствующее ему страхование. «Заявление на получение кредита и кредитной карты оформляется непосредственно на сайте банка... Некоторые банки устанавливают минимальные требования к пакету документов и сведений, которые должен предоставить заемщик»<sup>2</sup>.

Государство довольно быстро обеспечило банкам защиту их интересов с целью придать законность обороту персональных данных для предоставления кредитов онлайн путем внедрения норм об удаленной идентификации.

Например, такая норма содержится в пункте 5.8 ст. 7 Федерального закона от 07.08.2001 № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» (далее — Закон № 115-ФЗ). Она устанавливает, что «банки, имеющие право осуществлять биоме-

<sup>1</sup> Покровский И. А. История римского права. СПб. : Летний сад, 1999. С. 372.

<sup>2</sup> Владова О. Г. Комментарий к Федеральному закону от 21 декабря 2013 г. № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)» (постатейный) // СПС «КонсультантПлюс».

трическую идентификацию, могут открывать и вести счета (вклады) клиентов — физических лиц, предоставлять им кредиты, а также осуществлять переводы денежных средств по таким счетам по их поручению без их личного присутствия.

Однако это возможно только после проведения идентификации путем установления и подтверждения достоверности сведений о них с использованием единой системы идентификации и аутентификации и единой биометрической системы при условии, что:

- 1) физическое лицо не является лицом, включенным в Перечень организаций и физических лиц, в отношении которых имеются сведения об их причастности к экстремистской деятельности или терроризму, либо физическим лицом, в отношении которого межведомственным координационным органом, осуществляющим функции противодействия финансированию терроризма, принято решение о замораживании (блокировании) денежных средств или иного имущества;
- 2) у банка в отношении клиента или его операции отсутствуют подозрения в том, что они связаны с легализацией (отмыванием) доходов, полученных преступным путем, или финансированием терроризма<sup>3</sup>.

Появление новых способов предоставления банковских услуг ставит вопрос о наличии действенной системы защиты прав потребителей с учетом новых вызовов времени и оценки ранее выработанных правовых механизмов с целью их оптимального применения на растущем рынке. «Нужно идти в направлении, избранном самим историческим процессом, а не по противоположному пути, чтобы создать правовую форму, адекватную товарным отношениям»<sup>4</sup>.

Все способы защиты прав потребителей можно разделить на публично-правовые (инициируемые государственно-властными субъектами и (или) с применением взыскания в пользу государства) и частноправовые (инициируемые субъектами частного права с взысканием в их пользу).

### **Публично-правовые способы защиты прав потребителей: Банк России, финансовый омбудсмен, Роспотребнадзор**

«Государственная власть в древнейшее время не вмешивалась в столкновения между частными лицами; реагировать так или иначе было делом самого обиженного»<sup>5</sup>. Между тем по мере развития человеческого общества государство создает и развивает специальные институты для защиты прав частных лиц, т.е. защита частного интереса приобретает публично-правовое значение. Так, по единодушному мнению правоприменителей, Центральный банк РФ, несмотря на свой непризнанный статус органа государственной власти, обладает особым

<sup>3</sup> Финансовое право в условиях развития цифровой экономики : монография / К. Т. Анисина, Б. Г. Бадмаев, И. В. Бит-Шабо [и др.] ; под ред. И. А. Цинделиани. М. : Проспект, 2019. 320 с.

<sup>4</sup> Иоффе О. С. Право частное и право публичное // Юрист. 2005. № 5.

<sup>5</sup> Покровский И. А. Указ. соч. С. 373.



правовым статусом, который выходит за рамки организационно-правовых форм, предусмотренных Гражданским кодексом РФ<sup>6</sup>.

Банк России является органом банковского регулирования и надзора, и основной целью его создания и деятельности является обеспечение стабильности финансовой системы в целом, т.е. защита публично-правового интереса. Такой вывод основывается на нормах Конституции, Федерального закона от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)», Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности».

Вместе с тем еще в январе 2017 г. Банк России вступил в Международную организацию по защите прав потребителей финансовых услуг, членами которой являются надзорные органы 22 стран с наиболее развитой системой защиты прав потребителей финансовых услуг — основоположников передовых подходов и практик в этой области. Одной из задач данной организации является содействие совершенствованию системы защиты прав потребителей финансовых услуг<sup>7</sup>.

Помимо Банка России, специализированным органом по защите прав потребителей является Роспотребнадзор — Федеральная служба по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека. Она была образована в соответствии с Указом Президента РФ от 09.03.2004 № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти». Федеральная служба осуществляет свою деятельность на основании постановления Правительства РФ от 06.04.2004 № 154 «Вопросы Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека». Кроме того, ее деятельность регулируется Положением о Федеральной службе по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека, утвержденным постановлением Правительства РФ от 30.06.2004 № 322.

Для повышения финансовой грамотности населения в России приняты как минимум три стратегии развития, реализация положений которых является одной из целей деятельности Роспотребнадзора. Стратегия повышения финансовой доступности в Российской Федерации на период 2018—2020 годов (СФД) является первой стратегией, направленной на развитие доступности финансовых услуг в России. СФД разработана Банком России в соответствии с Основными направлениями развития финансового рынка Российской Федерации на период 2016—2018 годов (далее — Основные направления).

В Основных направлениях вопросы повышения доступности финансовых услуг для домашних хозяйств, малых и средних предприятий, улучшения финансовой грамотности, а также вопросы защиты прав потребителей финансовых услуг рассматриваются в качестве первых двух из десяти основных направлений развития финансового рынка страны. Одновременно СФД учитывает положения Стратегии государственной политики Российской Федерации в области защиты прав потребителей на период до 2030 года, Стратегии повышения финансовой грамотности населения в Российской Федерации на 2017—2023 годы и Основных направлений развития финансовых технологий на период 2018—2020 годов.

<sup>6</sup> Постановление ФАС Московского округа от 07.09.2009 № КА-А40/8497-09 по делу № А40-13792/09-120-18.

<sup>7</sup> URL: [www.cbr.ru/today/?PrId=szpfu](http://www.cbr.ru/today/?PrId=szpfu).

Между тем никаких реальных мероприятий со стороны Роспотребнадзора по внедрению положений указанных нормативных актов не проводится. Более того, основную нагрузку по разъяснениям потребителям условий соответствующих договоров законодатель планирует возложить на финансовые организации через поведенческий контроль. Однако совершенно очевидно, что профессиональные участники рынка никогда не будут вступать в противоречие со своими интересами при продаже различных банковских продуктов, отказываясь от извлечения выгоды из своего положения на рынке.

В связи с этим реальной мерой повышения финансовой грамотности населения могут стать только распространение соответствующих материалов через сеть Интернет, в социальной рекламе, брошюрах и листовках и доведение информации до конечного потребителя государственными органами иными доступными способами. Для старшего поколения можно организовывать различные мероприятия через социальные центры и бесплатные юридические консультации.

Помимо этого, в Российской Федерации учреждена новая должность финансового уполномоченного, который осуществляет свою деятельность на основании Федерального закона от 04.06.2018 № 123-ФЗ «Об уполномоченном по правам потребителей финансовых услуг». Финансовый уполномоченный независим от органов власти, организаций и должностных лиц и осуществляет досудебное урегулирование споров между финансовыми организациями и их клиентами — физическими лицами. В определенных случаях потребители финансовых услуг вправе заявлять требования к финансовой организации в судебном порядке только после обращения к финансовому уполномоченному. По результатам рассмотрения обращения потребителя финансовый уполномоченный принимает решение, которое подлежит обязательному исполнению финансовой организацией в указанный в решении срок. В случае несогласия с решением финансового уполномоченного потребитель финансовых услуг вправе обратиться в суд для защиты своих прав.

Таким образом, законодатель установил для потребителя *обязательный досудебный порядок урегулирования споров*, что совершенно не характерно для сферы споров с участием потребителей. Кроме того, до обращения к финансовому уполномоченному потребителю надлежит в обязательном порядке обратиться к финансовой организации. Получается, что теперь фактически для большинства споров в банковской сфере действует двойной внесудебный порядок урегулирования споров, причем общий срок для данных действий составляет несколько месяцев, что, таким образом, удлинит путь потребителя к реальному восстановлению его прав.

Безусловно, оценивать результаты деятельности института финансового омбудсмана пока рано. Однако совершенно точно можно сделать вывод о том, что обязательный досудебный порядок для споров с участием потребителей не является мерой, направленной на скорейшее профессиональное разрешение соответствующих споров<sup>8</sup>. Отсутствие выбора у потребителя относительно спосо-

<sup>8</sup> На практике достаточно много исков оставляется без рассмотрения в связи с несоблюдением досудебного порядка.

См., например: апелляционное определение Нижегородского областного суда от 05.11.2019 по делу № 33-13187/2019 (определением исковое заявление о взыскании



ба защиты своих прав является существенным ограничением конституционного права на судебную защиту.

В связи с этим полагаю, что всех перечисленных мер недостаточно для адекватной защиты прав потребителя в условиях отсутствия законных гарантий. Сложившаяся ситуация в очередной раз подтверждает довод о том, что только частное право, принятое к охране интересов частных лиц, и иницилируемая именно этими лицами защита принадлежащего им интереса может быть действенным механизмом надежной правовой защиты.

В докладе Роспотребнадзора «О состоянии защиты прав потребителей в финансовой сфере в 2017 году»<sup>9</sup> указано, что одной из основных проблем является навязывание дополнительных услуг потребителю, например страхования жизни при оформлении кредита. Достаточно много примеров, когда банки настаивают на покупке страхового полиса в страховых компаниях, входящих в холдинг банка.

Так, Л. обратился в банк с целью получения потребительского кредита. Банк предложил заключить договор онлайн через личный кабинет, который тут же создал для Л. у себя на сайте. Л. следовал указаниям менеджера банка по телефону, действуя с помощью компьютера. При заполнении индивидуальных условий кредитования в графе о страховании (от несчастных случаев и болезней) Л. для получения кредита мог дать только утвердительный ответ (при отрицательном ответе возможность получения кредита деактивировалась на сайте). Л. поставил галочку об утвердительном ответе в графе о согласии на страхование, хотя не был согласен заключать договор страхования. Условия договора страхования, договор страхования или какие-либо еще документы Л. не получил, а также не был проинформирован о том, что в данном случае страхование не является обязательным. При этом менеджер банка сообщил Л. о том, что при досрочном погашении кредита страховая премия полностью возвращается.

Банк предоставил кредит на сумму 117 000, из которых собственно кредитные средства составляли 99 000, 18 000 составила страховая премия. По истечении трех недель со дня предоставления кредита Л. обратился в банк с целью досрочного погашения кредита и получил информацию о том, что страховая премия будет возвращена не в полном объеме. Кроме того, в течение двух недель со дня заключения кредитного договора Л. мог отказаться от договора страхования и получить страховую премию обратно, о чем он не знал. Л. посчитал, что его права как потребителя банковских услуг были нарушены и обратился в Роспотребнадзор с жалобой на действия банка и страховой

---

компенсационной выплаты оставлено без рассмотрения, так как истцом не был соблюден досудебный порядок урегулирования спора; определение отменено, дело направлено в суд для рассмотрения по существу); апелляционное определение Воронежского областного суда от 10.10.2019 по делу № 33-6406/2019; определение Советского районного суда города Липецка от 09.10.2019 по делу № 2-4696/2019; определение Лефортовского районного суда города Москвы от 17.10.2019 № 02-3991/2019-М-4295/2019; апелляционное определение Владимирского областного суда от 09.10.2019 по делу № 33-4093/2019, 2-1205/2019.

<sup>9</sup> URL: <https://rosпотребнадзор.ru/upload/iblock/096/doklad-2017.pdf>.

компании. Роспотребнадзор перенаправил жалобу Л. в Центральный банк РФ, который, в свою очередь, направил Л. ответ, из которого следовало, что Банк России не уполномочен на принятие каких-либо мер в создавшейся ситуации, поскольку не вмешивается в оперативную деятельность кредитных организаций.

Таким образом, в представленной ситуации ни один государственный орган не предпринял мер для защиты прав потребителя в рамках предоставленных ему полномочий.

Например, для выявления факта нарушения прав потребителя Банк России мог провести контрольное мероприятие. Порядок его проведения предусмотрен ч. 1 ст. 73.1-1 и ч. 4 ст. 76.5 Федерального закона «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» и положениями Инструкции Банка России от 18.12.2018 № 195-И «О порядке организации и проведения Банком России контрольного мероприятия в отношении кредитных организаций и некредитных финансовых организаций, порядке направления копии акта о проведении контрольного мероприятия в кредитную организацию, некредитную финансовую организацию, в отношении которых проводилось контрольное мероприятие». По результатам контрольного мероприятия в порядке ст. 74 Закона о Банке России он мог потребовать от кредитной организации устранения выявленных нарушений, взыскать штраф в размере до 0,1 % минимального размера уставного капитала либо ограничить проведение кредитной организацией отдельных операций, в том числе по выдаче кредита онлайн.

По мнению Конституционного Суда РФ, основанному на Конституции РФ, в том числе ее ст. 2, 17 (ч. 1), 18, 46 (ч. 1 и 2) и 56 (ч. 3), гарантированное каждому согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с Конституцией РФ право на судебную защиту его прав и свобод не подлежит ограничению. Оно предполагает наличие гарантий, позволяющих реализовать его в полном объеме и обеспечить восстановление в правах посредством правосудия, отвечающего требованиям равенства и справедливости. Будучи универсальным правовым средством государственной защиты прав и свобод человека и гражданина, данное право выполняет обеспечительно-восстановительную функцию в отношении всех других конституционных прав и свобод.

Это предопределено особой ролью судебной власти и ее вытекающими из Конституции РФ прерогативами по осуществлению правосудия, характеризующего содержательную сторону процессуальной деятельности суда как таковой. К их числу относится также осуществление судебного контроля за законностью решений и действий (бездействия) субъектов публичной власти. По смыслу ст. 21 (ч. 1) и 45 (ч. 2) Конституции РФ в сфере любых правоотношений личность выступает не как объект государственной деятельности, а как полноправный субъект, который может защищать свои права и свободы всеми не запрещенными законом способами и спорить с государством в лице любых его органов, гарантии судебной защиты должны быть достаточными для того, чтобы обеспечить конституционным правам и свободам эффективное и реальное действие.

Суды при рассмотрении дел обязаны исследовать фактические обстоятельства по существу, не ограничиваясь установлением формальных условий применения нормы, с тем чтобы право на судебную защиту не оказалось ущемленным (постановления Конституционного Суда РФ от 03.05.1995 № 4-П, от 06.06.1995



№ 7-П, от 02.07.1998 № 20-П, от 20.04.2006 № 4-П, от 22.04.2011 № 5-П, от 27.12.2012 № 34-П, от 22.04.2013 № 8-П, от 31.03.2015 № 6-П, от 27.10.2015 № 28-П, от 11.07.2017 № 20-П и др.)<sup>10</sup>. Вместе с тем обжалование бездействия Банка России и Роспотребнадзора в данном случае не способствовало восстановлению нарушенных прав потребителя Л.

Было установлено, что, судебная практика по подобным спорам складывается не в пользу потребителей. Так, решением Арбитражного суда г. Москвы, оставленным без изменения Девятым арбитражным апелляционным судом и Арбитражным судом Московского округа, суд отказал в удовлетворении требований физического лица к Банку России о признании бездействия ЦБ РФ, выразившегося в необращении в органы Следственного комитета РФ. Бездействие ЦБ РФ выразилось в форме отсутствия требований о применении принудительных мер воздействия, предусмотренных п. 1.15 Инструкции Банка России от 31.03.1997 № 59, бездействия, выразившегося в непроведении проверок третьего лица.

Суд подчеркнул, что из смысла ст. 74 Закона о Банке России, ст. 19 Закона о банках и банковской деятельности следует, что оценка существенности допущенных кредитной организацией нарушений и выбор мер надзорного реагирования являются прерогативой Банка России. Банк России как надзорный орган уполномочен самостоятельно решать вопрос о целесообразности и своевременности применения той или иной меры реагирования, в том числе об отзыве лицензии на осуществление банковских операций, с учетом всей имеющейся в его распоряжении информации о кредитной организации<sup>11</sup>.

Таким образом, меры публично-правового реагирования со стороны публичных институтов исполнительной власти не способны в полной мере обеспечить необходимый результат защиты прав потребителей.

В связи с этим предлагается внести в ч. 1 ст. 73.1-1 и ч. 4 ст. 76.5 Федерального закона «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» дополнения, обязывающие Банк России проводить контрольные мероприятия в случае наличия соответствующей жалобы со стороны потребителей.

Кроме того, в связи с возможным бездействием государственных органов в части проведения контрольных мероприятий, а также с целью установления доказательств нарушения прав потребителей следует установить дополнительные гарантии при онлайн-кредитовании. Такие гарантии могут предусматривать: законодательную обязанность кредитной организации и страховой компании высылать тексты соответствующих договоров и считать потребителя ознакомленным с ними только с момента их получения при заключении договоров с потребителями путем онлайн-взаимодействия; исчисление всех сроков именно с даты получения этих договоров; возможность добровольного отказа от заключенных договоров.

<sup>10</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 11.04.2019 № 866-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы публичного акционерного общества Банк «ЮГРА» на нарушение конституционных прав и свобод подпунктами 1 и 2 пункта 1 статьи 189.31, статьей 189.47 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», а также пунктом 6 части первой статьи 20 Федерального закона «О банках и банковской деятельности»».

<sup>11</sup> Постановление Арбитражного суда Московского округа от 06.02.2019 № Ф05-2570/2018 по делу № А40-92685/2017.

Аналогичные меры предусмотрены п. 2.1.5.2 Базового стандарта совершения страховыми организациями операций на финансовом рынке, утвержденного Банком России протоколом № КФНП-24 от 09.08.2018. Указанным актом предусмотрено, что если документ, в котором изложены условия страхования, был представлен страхователю без вручения текста документа на бумажном носителе, страховщик обязан по требованию страхователя выдать ему текст указанного документа на бумажном носителе. Следует сделать это положение обязательным, а не зависящим от воли потребителя, который зачастую не в курсе соответствующих норм права.

### Частноправовые способы защиты прав потребителей

Организация Объединенных Наций признала, что потребители зачастую находятся в неравном положении с точки зрения экономических условий, уровня образования и покупательной способности<sup>12</sup>.

Закон РФ «О защите прав потребителей» (далее — Закон о защите прав потребителей) закрепляет целый ряд преференций для потребителей как объективно более слабой стороны в соответствующих правоотношениях, нуждающейся в дополнительных гарантиях защиты собственных прав и интересов, предоставленных потребителям Гражданским кодексом РФ и иными нормативными правовыми актами<sup>13</sup>.

К числу дополнительных гарантий прав потребителей, согласно Закону о защите прав потребителей, относятся:

- возможность взыскания более высокой неустойки за нарушение обязательства (п. 5 ст. 28);
- взыскание штрафа за отказ добровольно исполнить требования потребителей (п. 6 ст. 13);
- определение в качестве момента исполнения обязательства потребителя по внесению денежных средств кредитору (и, соответственно, определения момента исполнения обязательства) момент внесения соответствующих денежных средств платежному агенту (ч. 4 ст. 37).

Между тем судами игнорируется большая часть этих гарантий из-за разъяснений, данных Верховным Судом РФ в п. 2 постановления Пленума Суда от 28.06.2008 № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей». Указанным постановлением предусмотрено, что отдельные виды отношений с участием потребителей могут регулироваться как специальными законами Российской Федерации, содержащими нормы гражданского права, так и Законом о защите прав потребителей. Например, речь может идти о договоре участия в долевом строительстве, договоре личного и (или) имущественного

<sup>12</sup> Руководящие принципы для защиты интересов потребителей, принятые Организацией Объединенных Наций 09.04.1985 Резолюцией 39/248.

<sup>13</sup> Распоряжение Правительства РФ от 28.08.2017 № 1837-р «Об утверждении Стратегии государственной политики РФ в области защиты прав потребителей на период до 2030 года».



страхования, договоре банковского вклада, договоре перевозки, договоре энерго-снабжения. К отношениям, возникающим из таких договоров, Закон о защите прав потребителей применяется в части, не урегулированной специальными законами.

Вызывает недоумение вопрос: на каком основании Верховный Суд РФ считает общие правила регулирования гражданско-правовых отношений специальными. Основным принципом отнесения той или иной нормы к числу специальных является в том числе специальный субъектный состав, который образуется в правоотношениях с участием потребителя, а не наоборот: «Коллизии между общей и специальной нормой разрешаются общеизвестным правилом для содержательных коллизий о приоритете специальной нормы (*lex specialis derogat generali*)»<sup>14</sup>.

Рассмотрим это на конкретных примерах.

*Определение Верховным Судом РФ последствий недействительности условия договора, нарушающего права потребителя.* В 2017 г. Верховный Суд РФ утвердил Обзор судебной практики по делам, связанным с защитой прав потребителей финансовых услуг<sup>15</sup>, сформулировав в его п. 5 разъяснения, согласно которым последствием признания недействительным условия кредитного договора об уплате комиссионного вознаграждения за обслуживание счета является возмещение гражданину-потребителю убытков по правилам ст. 15 ГК РФ.

Ш. обратился в суд с иском к банку о применении последствий недействительности ничтожной сделки. Истец просил взыскать с ответчика комиссию за обслуживание счета, неустойки, штрафа, судебных расходов.

Судом установлено, что между Ш. и банком заключен договор на получение персонального кредита в офертно-акцептной форме. Обязательства банка перед истцом по предоставлению суммы кредита были исполнены в полном объеме. Принятые на себя обязательства Ш. исполнял надлежащим образом, платежи по кредиту и проценты за пользование денежными средствами уплачивал ежемесячно. Помимо платежей по кредиту и процентов за пользование денежными средствами, истцом ежемесячно уплачивалась комиссия за обслуживание счета, сумма которой подтверждена выпиской по счету и ответчиком не оспаривалась.

Суд первой инстанции, удовлетворяя исковые требования, а также суд апелляционной инстанции, оставляя решение суда без изменения, исходили из того, что включение банком в кредитный договор условия об уплате комиссионного вознаграждения за обслуживание счета, который выполняет функции ссудного счета, ущемляет установленные законом права потребителя. Согласно ст. 16 Закона о защите прав потребителей это является основанием для признания такого условия договора недействительным. В связи с этим на основании ст. 28 и 30 Закона о защите прав потребителей в пользу истца была взыскана неустойка за просрочку исполнения обязанности по возврату комиссии.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ в кассационном порядке признала выводы судебных инстанций ошибочными. По мнению Верховного Суда, из содержания п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей и

<sup>14</sup> Кирпичев А. Е. Коллизии специальных норм в обязательственном праве // Закон. 2019. № 3. С. 138—145.

<sup>15</sup> Обзор судебной практики по делам, связанным с защитой прав потребителей финансовых услуг, утв. Президиумом Верховного Суда РФ 27.09.2017.

п. 1 ст. 15 ГК РФ в их взаимосвязи следует, что последствием признания недействительным условия кредитного договора (например, об уплате комиссионного вознаграждения за обслуживание счета) как ущемляющего права потребителя является возмещение возникших убытков, наличие и размер которых подлежат доказыванию потребителем<sup>16</sup>.

Следует согласиться с Судебной коллегией в том, что последствиями недействительности потребительского договора не могут быть меры, предусмотренные ст. 28 и 30 Закона о защите прав потребителей. Эти нормы регулируют действительное договорное правоотношение. Вместе с тем вызывает сомнение правомерность позиции Суда, отвергающей в качестве таковых реституцию, предусмотренную ГК РФ. Дословный текст нормы ч. 2 п. 1 ст. 16 указанного Закона гласит: «Если в результате исполнения возникли убытки», т.е. устанавливается особый случай регулирования ситуации применительно к убыткам, не отрицая при этом общие последствия в виде двусторонней реституции, в связи с чем в данной ситуации подлежали применению нормы п. 2 ст. 167, п. 1 ст. 1103 и п. 2 ст. 1107 ГК РФ. Таким образом, в рассматриваемом случае в пользу истца подлежали взысканию сумма комиссии, проценты за ее использование на основании ст. 395 ГК РФ, штраф за отказ в добровольном удовлетворении требований потребителя.

Применение ст. 15 ГК РФ в данном случае может позволить истцу взыскать только убытки в виде реального ущерба, каким являются его расходы на оплату комиссионного вознаграждения, без возможности применения ст. 395 ГК РФ, что существенно ограничивает права потребителей.

*Определение Верховным Судом РФ последствий несвоевременного исполнения распоряжения потребителя о переводе денежных средств.* В пункте 7 указанного выше Обзора от 27.09.2017 Верховный Суд РФ указал, что при невыполнении указаний клиента-потребителя о выдаче денежных средств со счета банк в соответствии со ст. 856 ГК РФ обязан уплатить на эту сумму проценты в порядке и в размере, предусмотренных ст. 395 ГК РФ (проценты по ставке рефинансирования)<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 03.02.2015 № 16-КГ15-25.

<sup>17</sup> Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 27.09.2016 № 88-КГ16-7.

Примечательно, что в своем же определении от 14.07.2015 № 13-КГ15-3 Верховный Суд РФ пришел к совершенно противоположным выводам: «Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации находит, что данный вывод суда апелляционной инстанции противоречит нормам материального права, поскольку статья 856 Гражданского кодекса Российской Федерации не является специальной нормой по отношению к Закону Российской Федерации от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей». Таким образом, статья 856 Гражданского кодекса Российской Федерации, на которую сослался суд апелляционной инстанции, является общей нормой Гражданского кодекса Российской Федерации, регулирующей отношения между банком и клиентом вне зависимости от его субъектной принадлежности, в то время как статья 28 Закона Российской Федерации от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей» регулирует те же отношения со специальным субъектом — потребителем».



К. обратилась в суд с иском к банку о взыскании суммы вклада, компенсации морального вреда и неустойки за нарушение сроков возврата суммы вклада, ссылаясь на то, что после обращения в банк с заявлением о расторжении договора банковского вклада внесенные ранее денежные средства были возвращены ей частями.

Решением суда исковые требования удовлетворены частично. С банка в пользу К. взыскана неустойка, компенсация морального вреда, штраф за несоблюдение в добровольном порядке удовлетворения требований потребителя.

Разрешая спор, суд первой инстанции руководствовался п. 5 ст. 28 Закона о защите прав потребителей применительно к требованию о взыскании неустойки и с учетом положений ст. 333 ГК РФ снизил ее размер.

Суд апелляционной инстанции, согласившись с выводом суда первой инстанции о наличии оснований для применения п. 5 ст. 28 Закона о защите прав потребителей, указал на необоснованность применения судом ст. 333 ГК РФ, увеличив размер взысканной неустойки, размер штрафа, а также размер компенсации морального вреда.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ признала выводы судебных инстанций ошибочными. Она сослалась на упомянутый выше п. 2 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2008 № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей». По мнению Суда, в нарушение указанных выше норм суды неправомочно применили к возникшим правоотношениям положения Закона о защите прав потребителей. Суды не приняли во внимание, что такие правовые последствия за нарушение обязанности по возврату вклада по первому требованию вкладчика урегулированы положениями ст. 856 ГК РФ, содержащими специальные нормы и подлежащими применению при рассмотрении данного дела.

Между тем, законом о защите прав потребителей устанавливаются специальные правила относительно ответственности перед потребителем, которая выше, чем ответственность в предпринимательских сделках по закону. Норма п. 5 ст. 28 Закона о защите прав потребителей является специальной нормой об ответственности в виде неустойки применительно к общим положениям ГК РФ. Она предусматривает, что в случае нарушения установленных сроков выполнения работы (оказания услуги) исполнитель уплачивает потребителю за каждый день просрочки неустойку (пеню) в размере 3 % цены выполнения работы (оказания услуги), а если цена выполнения работы (оказания услуги) договором о выполнении работ (оказании услуг) не определена — исходя из общей цены заказа. Договором о выполнении работ (оказании услуг) между потребителем и исполнителем может быть установлен более высокий размер неустойки (пени).

Статьей 9 Федерального закона от 26.01.1996 № 15-ФЗ «О введении в действие части второй Гражданского кодекса Российской Федерации» предусмотрено следующее правило. В случаях, когда одной из сторон в обязательстве является гражданин, использующий, приобретающий, заказывающий либо имеющий намерение приобрести или заказать товары (работы, услуги) для личных бытовых нужд, такой гражданин пользуется правами стороны в обязательстве в соответствии с Гражданским кодексом РФ, а также правами, предоставленными потре-

бителю Законом РФ «О защите прав потребителей» и изданными в соответствии с ним иными правовыми актами.

Таким образом, толкование, содержащееся в п. 7 рассматриваемого Обзора судебной практики, входит в прямое противоречие с действующим законодательством, которое направлено на ужесточение ответственности по потребительским сделкам.

*Определение судами момента окончательности перевода денежных средств по денежному обязательству потребителя.* Интересное дело рассмотрено Верховным судом Республики Башкортостан в апелляционном определении от 03.03.2015.

Потребитель Б., являющийся заемщиком по договору потребительского кредита, подал заявление о полном досрочном погашении кредита. Затем он решил оплатить оставшуюся часть кредита наличными деньгами через терминал оплаты, рекомендованный банком. Он внес полную сумму, необходимую для погашения кредита, однако через некоторое время получил от банка смс-сообщение о том, что у него имеется просроченная задолженность по кредитному договору. Б. узнал, что его платеж не получен банком и, соответственно, задолженность по кредиту не погашена. В связи с этим был предъявлен к банку иск о признании обязательства прекращенным надлежащим исполнением, о взыскании неустойки и компенсации морального вреда и штрафа. Б. полагал, что, поскольку терминал был рекомендован ответчиком для погашения кредита, именно банк отвечает за ненадлежащее исполнение обязательств контрагентом (платежным агентом), не перечислившим ответчику денежные средства, внесенные Б. в счет погашения кредита.

Статьей 37 Закона о защите прав потребителей предусмотрено, что обязательства потребителя перед продавцом (исполнителем) по оплате товаров (работ, услуг) считаются исполненными в размере внесенных денежных средств с момента внесения наличных денежных средств, соответственно, продавцу (исполнителю), либо в кредитную организацию, либо платежному агенту, осуществляющему деятельность по приему платежей физических лиц, либо банковскому платежному агенту (субагенту), осуществляющему деятельность в соответствии с законодательством о банках и банковской деятельности.

Из квитанций о переводе денежных средств через терминал следует, что Б. внес денежные средства в сумме, достаточной для погашения кредита для их перевода ООО «ХКФ Банк». Данные денежные средства, а также распоряжение на перевод денежных средств были приняты к исполнению.

В результате выгрузки из сертифицированного биллинга стало известно, что одновременно осуществлялось несколько транзакций для пополнения учетной записи пользователя в системе платежного агента. Таким образом, было произведено некоторое количество успешных транзакций, после чего платежи по учетной записи потребителя в системе были заблокированы, так как возникли подозрения в совершении неправомерных действий (согласно Федеральному закону № 115-ФЗ), о чем потребитель мог узнать только обратившись к своей личной странице владельца учетной записи в сети Интернет.

Момент прекращения исполнения обязательств плательщика перед получателем средств урегулирован специальным законом — Федеральным зако-



ном «О национальной платежной системе» (п. 17 ст. 7). Поэтому, как указала апелляционная инстанция, суд первой инстанции правильно сделал вывод, что при разрешении данного спора не могут применяться требования ст. 37 Закона о защите прав потребителей, так как этот Закон применяется в части, не урегулированной специальными законами, в связи с чем в удовлетворении иска было отказано.

Безусловно, здесь имеет место нарушение правила о разрешении коллизий в пользу специальной нормы, к которой в данном случае относится норма Закона о защите прав потребителей как регулирующая правоотношение со специальным составом. «Сопоставление общей и специальной норм осуществляется *по предмету правового регулирования*, который по видовому признаку совпадает, т.е. и специальная, и общая нормы регулируют одно и то же отношение, но не по объему. Общая норма регулирует отношение в целом, включая все его разновидности, а специальная норма направлена на регулирование лишь отдельных его разновидностей и частей»<sup>18</sup>.

Очевидно, что Закон о национальной платежной системе регулирует все правоотношения в сфере платежей, в отличие от Закона о защите прав потребителей. «Общие нормы либо предназначены для всех субъектов, поскольку в них закреплены правила поведения без учета каких-либо особенностей экономической и иной деятельности, либо различие общих и специальных норм заключается в объеме правового регулирования, поскольку специальная норма, в отличие от общей, регулирует не все виды предметных отношений, а лишь часть этих отношений, представляя собой некое изъятие из правил, заключенных в общей норме»<sup>19</sup>.

Таким образом, положения Закона о защите прав потребителей являются специальными нормами, поскольку касаются правоотношений со специальным субъектным составом. Следовательно, приведенное определение суда является необоснованным.

*Определение судебной практикой выгодоприобретателя по договору страхования, а также законности навязывания страхования.* Судебная практика по вопросам страхования жизни, здоровья и платежеспособности потребителя (страхование от несчастных случаев, потери работы и болезней) на сегодняшний день является одной из самых противоречивых, а потому требует полноценного самостоятельного исследования. Здесь же мы укажем только на основные тенденции в этой сфере.

В науке и судебной практике неоднократно отмечалось, что «статья 16 Закона о защите прав потребителей запрещает обуславливать приобретение одних товаров (работ, услуг) обязательным приобретением иных товаров (работ, услуг). Соответственно, условия договора потребительского кредита о страховании жизни и здоровья заемщика ущемляют установленные законом права потребителя по сравнению с правилами, установленными законом или иными правовыми акта-

<sup>18</sup> *Потапенко Е. Г.* Парные нормы цивилистического процессуального права // Арбитражный и гражданский процесс. 2019. № 5. С. 9—13.

<sup>19</sup> *Голубцов В. Г.* Система общих положений обязательственного права: законодательная логика и доктринальная судьба // Вестник гражданского права. 2018. № 4. С. 74—90.

ми Российской Федерации в области защиты прав потребителей, и признаются недействительными»<sup>20</sup>.

Указанное толкование ст. 16 Закона о защите прав потребителей является точным и понятным и поэтому не вызывает сомнений. Еще в 2013 г. Верховный Суд РФ признал, что в качестве дополнительного способа обеспечения исполнения кредитного обязательства может быть использовано только добровольное страхование заемщиком риска своей ответственности<sup>21</sup>. Однако до сих пор в судебной практике нет единообразия в решении вопроса о том, при каких условиях согласие на страхование потребителя можно считать добровольным и может ли быть выгодоприобретателем по такому договору именно банк. Суды также не имеют единой точки зрения о том, насколько справедливо считать выгодоприобретателем банк по договору личного страхования в случае досрочного погашения кредита.

В Обзоре судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств от 22.05.2013, Верховный Суд РФ признал допустимыми некоторые условия договора, которые противоречат ст. 16 Закона о защите прав потребителей, например, условия, в соответствии с которыми заемщик в течение пяти рабочих дней с момента выдачи кредита обязан заключить договор страхования жизни и здоровья на весь срок действия договора с указанием банка в качестве выгодоприобретателя со ссылкой на ст. 421 ГК РФ. Указанный договор и полис заемщик должен представить банку.

На основании этого подхода и другие суды начали рассматривать само по себе заявление заемщика о согласии на предоставление услуги страхования достаточным доказательством того, что потребитель выразил свою свободную волю на возникновение страхового правоотношения.

Так, Нижегородский областной суд в своем апелляционном определении от 25.09.2018 по делу № 33-11517/2018 по иску потребителя в порядке ст. 16 Закона о защите прав потребителей указал, что «отметкой напротив фразы “Согласен” в пункте 4 названного заявления истец повторно подтвердила, что уведомлена о добровольности участия в программе страхования». Таким образом, в большинстве случаев суды стоят на защите интересов банков, руководствуясь формальной оценкой документов, содержание которых по факту практически никогда не доводится до потребителя<sup>22</sup> (и в связи с его низкой финансовой грамотностью остается ему непонятным).

В связи с этим представляется более справедливой позиция Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда, выраженная в постановлении от 18.10.2019 № 11АП-15641/2019 по делу № А55-15538/2019, где указано следующее: «По

<sup>20</sup> Даниленко С. А., Комиссарова М. В. Банковское потребительское кредитование : учебно-практическое пособие. М. : Юстицинформ, 2011. 384 с.

<sup>21</sup> Обзор судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 22.05.2013). П. 4.

<sup>22</sup> Подписание документов происходит единым пакетом, содержание потребителю не разъясняется, т.е. зачастую потребитель может подписать документы, которые он даже не читал.



утверждению заявителя, заемщик добровольно заключил договор страхования жизни и здоровья и просил Банк включить стоимость услуг в сумму кредита, что подтверждается собственноручной подписью А. В. Баринова на заявлении о предоставлении кредита. В этой части доводы Банка судом первой инстанции были правомерно отклонены, поскольку указанные пункты включены к основным условиям Заявления, дополнительная строка для подписи под этими условиями, соответственно, для отказа либо соглашения с указанными пунктами, помимо строки подписи под основными условиями Заявления, отсутствует. Тем самым, ставя подпись в одном месте под Заявлением, потребитель подтверждает согласие со всеми условиями на данной странице Заявления и, соответственно, при желании отказаться от какого-либо предложенного условия не может исключить эти условия из текста. Тем самым потребителю не предоставляется возможность отказаться от какого-либо условия».

Таким образом, анализ судебной практики показывает, что большая часть споров вызвана отсутствием информированности потребителя об условиях заключенного договора. При таких обстоятельствах, согласно ГПК РФ, бремя доказывания того, что потребитель не знал об условиях подписанного договора лежит на самом потребителе. Такое распределение риска того, что потребитель фактически не прочитал эти условия, представляется несправедливым. Поэтому в спорах с участием потребителей обоснованно перенести это бремя на профессионального участника рынка, поскольку подписанный договор, с условиями которого одна из сторон не знакома, нельзя считать заключенным.

В пункте 8 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13.09.2011 № 146 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с применением к банкам административной ответственности за нарушение законодательства о защите прав потребителей при заключении кредитных договоров» содержится вывод, что включение в кредитный договор с заемщиком-гражданином условия о страховании его жизни и здоровья не нарушает прав потребителя. Однако Высший Арбитражный Суд РФ указал, что такой вывод применяется, если заемщик имел возможность заключить с банком кредитный договор и без названного условия. Представляется, что банк должен доказать наличие такой возможности. Поэтому неправомерно исходить при разрешении дела из презумпции ее существования.

Вопрос о том, может ли банк быть выгодоприобретателем по договору личного страхования, также неоднозначно разрешается судебной практикой. Верховный Суд РФ отвечает на него утвердительно.

Иное мнение у Арбитражного суда Поволжского округа, изложенное в постановлении от 16.10.2015 № Ф06-606/2015 по делу № А57-20973/2014. Этот суд поддержал позицию Роспотребнадзора о том, что возложение обязанности по оплате комиссии за подключение к программе страхования, включающей компенсацию банку расходов на оплату страховых премий страховщику, является условием, ущемляющим права потребителя. Поскольку страхование является самостоятельной услугой по отношению к кредитованию, то выплата страховой премии по договору страхования жизни, здоровья или имущества заемщиков является обязанностью самого страхователя — банка (выгодоприобретателя), а не застрахованного лица (заемщика). Поэтому возложение банком на потребителя

обязанности по оплате комиссии за подключение к программе страхования, включающей компенсацию банку расходов на оплату страховых премий страховщику, является условием, ущемляющим права потребителя<sup>23</sup>.

С одной стороны, в силу ч. 2 ст. 934 ГК РФ банк может быть указан в качестве выгодоприобретателя по договору личного страхования. Однако следует учитывать норму п. 19 ст. 5 Федерального закона от 21.12.2013 № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)». Ею предусмотрено, что не допускается взимание кредитором вознаграждения за исполнение обязанностей, возложенных на него нормативными правовыми актами РФ, а также за услуги, оказывая которые кредитор действует исключительно в собственных интересах и в результате предоставления которых не создается отдельное имущественное благо для заемщика. Следовательно, возможность взимания платы за включение клиента в список застрахованных лиц действующим законодательством не предусмотрена. В рассматриваемом случае страхование осуществляется в целях минимизации возможных рисков неплатежей со стороны клиентов, а не в целях предоставления дополнительного имущественного блага для них<sup>24</sup>.

Необходимо отметить, что в большинстве споров, рассмотренных судами между Роспотребнадзором и банками, по проблемам защиты прав потребителей суды стоят на стороне Роспотребнадзора. Однако когда с аналогичными требованиями обращается потребитель к банку, суды отказывают в удовлетворении иска, о чем наглядно свидетельствуют упомянутые постановления Арбитражного суда Поволжского округа от 16.10.2015 № Ф06-606/2015 по делу № А57-20973/2014 и апелляционное определение Нижегородского областного суда от 25.09.2018 по делу № 33-11517/2018.

*Применение принципа «эстоппель» в отношении договоров с потребителем.* Несмотря на то, что признание потребителя более слабой стороной в правоотношении<sup>25</sup> уже не нуждается в доказывании, на практике это положение никак себя не проявляет при применении принципа «эстоппель». Более того, потребитель признается не только более слабой, но и зависимой стороной в правоотношении<sup>26</sup>, однако оба этих обстоятельства игнорируются в связи с введением в действие норм:

<sup>23</sup> См.: постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 23.08.2019 № 15АП-12461/2019 по делу № А53-16213/2019 (требование о признании незаконным постановления надзорного органа).

<sup>24</sup> Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 07.08.2019 № 11АП-11440/2019 по делу № А55-2735/2019 (требование об отмене постановления о привлечении к административной ответственности по ч. 2 ст. 14.8 КоАП РФ).

<sup>25</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 04.10.2012 № 1831-О «По запросу Приморского районного суда города Санкт-Петербурга о проверке конституционности абзаца шестого статьи 222 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации во взаимосвязи с положениями пункта 1 статьи 16, пунктов 1 и 2 статьи 17 Закона Российской Федерации «О защите прав потребителей» и пункта 2 статьи 1 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации»».

<sup>26</sup> Решение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда РФ от 05.10.2016 № АКПИ16-782 «Об отказе в удовлетворении заявления о признании частично недействующим пункта 8 Правил оказания платных образовательных услуг», утв. постановлением Правительства РФ от 15.08.2013 № 706.



- для недействительности сделки — абз. 4 п. 2 ст. 166 ГК РФ и п. 5 ст. 166 ГК РФ;
- для незаключенности — п. 3 ст. 432 ГК РФ;
- для отказа от исполнения — п. 5 ст. 450.1 ГК РФ.

Правовое сообщество полагает, что «оценить все юридические риски и решить, исполнять ли договор, в котором есть правовые дефекты, следует до его заключения или, в крайнем случае, перед началом исполнения. Умолчание о дефектах в сочетании с исполнением, даже частичным, лишает сторону возможности успешно потребовать признания договора недействительным или незаключенным. Причина этого — у контрагента возникает видимость действительности (заключенности) договора. Такой же механизм действует и в других ситуациях, например когда встает вопрос, отказываться ли от исполнения договора»<sup>27</sup>.

Между тем потребители, как правило, оценить юридические риски и увидеть правовые дефекты договоров не могут в силу отсутствия необходимого образования и (или) уровня мышления и полной неосведомленности о своих правах и обязанностях, а также в силу неспособности понять смысл подписываемого ими договора ввиду сложности его правовых формулировок. Кроме того, непосредственно при кредитовании и страховании в режиме онлайн возникает необходимость быстрого ознакомления с условиями соответствующих договоров. Одновременно потребитель осуществляет разговор с менеджером банка по телефону. Кроме того, у банка и страховой компании отсутствует обязанность высылать тексты договоров в бумажном виде ввиду их наличия в личном кабинете на сайте, доступ к которому осуществляется только при использовании категорий логин/пароль, что дополнительно усложняет для потребителей возможность усвоить условия договора, которые они принимают на себя.

При этом пунктом 31 Руководящих принципов ООН для защиты интересов потребителей, адресованных правительствам государств-членов, предписано разрабатывать или поощрять разработку общих программ просвещения и информирования потребителей с учетом культурных традиций соответствующего населения. Целью подобных программ должно быть обеспечение возможности для населения действовать в качестве разборчивых потребителей, способных делать компетентный выбор товаров и услуг и знающих свои права и обязанности. Однако в банковской сфере в России эти принципы до сих пор не реализованы.

При таких обстоятельствах представлялась совершенно справедливой позиция, согласно которой п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей являлся специальным основанием для признания условий договора, ущемляющих права потребителей по сравнению с правилами, установленными законами или иными правовыми актами РФ в области защиты прав потребителей, недействительными по типу ничтожности.

Гармоничным развитием этой точки зрения являлась практика, которая признавала недействительными условия кредитного договора, предусматривающие взимание банками дополнительных платежей с заемщиков-граждан при предоставлении им кредитов<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Эстоппель в гражданско-правовых спорах : обзор // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>28</sup> Обзор судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств, утв. Президиумом Верховного Суда РФ 22.05.2013.

Между тем с момента введения в действие (с 01.09.2013) новых редакций статей ст. 166—176, 178—181 ГК РФ<sup>29</sup> в отношении потребителей применимо римское изречение *summum jus summa injuria*<sup>30</sup>: «Чрезмерно точное осуществление права порождает наивысшую несправедливость»<sup>31</sup>.

Так, Нагатинским районным судом г. Москвы вынесено решение об отказе в удовлетворении иска, оставленное без изменений апелляционным определением Московского городского суда от 02.04.2019 по делу № 33-14058/2019 о признании недействительными условий договора займа, расторжении договора, компенсации морального вреда. Истец ссылался на то, что между ним и ответчиком был заключен договор займа. При заключении договора до него не была доведена достоверная информация по условиям договора, он сам не смог разобраться в существенных условиях договора и подписал представленный договор займа, по условиям которого должен вернуть сумму, которая значительно превышает полученную при заключении договора. В обоснование отказа в иске суд сослался на эстоппель.

Аналогично решением Мещанского районного суда г. Москвы, оставленным без изменения апелляционным определением Московского городского суда от 18.10.2018 по делу № 33-45553/2018, отказано в удовлетворении иска потребителя к банку о взыскании денежных средств, штрафа, признании недействительными условий кредитного договора в части, защите прав потребителя. Истец указал, что

П.3.3: «В целях формирования непротиворечивой правоприменительной практики при рассмотрении аналогичных дел, связанных с требованиями о недействительности (ничтожности) взимаемых банками дополнительных платежей с заемщиков-граждан при предоставлении им кредитов, судам в каждом конкретном деле следует выяснять, являются ли те или иные суммы платой за оказание самостоятельной финансовой услуги либо они предусмотрены за стандартные действия, без совершения которых банк не смог бы заключить и исполнить кредитный договор. В последнем случае судебная практика правильно признает такие условия кредитного договора не соответствующими взаимосвязанным положениям статей 819 и 845 ГК РФ, статей 5 и 29 Федерального закона «О банках и банковской деятельности», статьи 57 Федерального закона «О Центральном банке Российской Федерации», статей 166 и 167 ГК РФ и пункта 1 статьи 16 Закона Российской Федерации «О защите прав потребителей», а денежные суммы, уплаченные банку в их исполнение, подлежащими возврату при разрешении требований о применении последствий недействительности ничтожной сделки (по материалам судебной практики)».

<sup>29</sup> Федеральный закон от 07.05.2013 № 100-ФЗ «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации».

<sup>30</sup> Цицерон. Об обязанностях. I, 10, 33: *Existunt etiam saepe injuriae calumnia quadam et nimis callida sed malitiosa juris interpretatione. Ex quo illud «summum jus, summa injuria» factum est jam tritum sermone proverbium* (Часто возникают несправедливости из некоего крючкотворства и чрезмерно хитростного, но злокозненного истолкования права. Отсюда возникла известная всем поговорка *summum jus summa injuria*). Ср.: Теренций. Сам себя наказывающий. 795-96: *Vér(um) illúd Chremes, Dicúnt: jus summum saepe summast málitia* (Правильно говорят, Хремет: высшее право часто бывает высшей злокозненностью).

<sup>31</sup> Общая теория права : учебник для юридических вузов / под ред. А. С. Пиголкина. М. : Изд-во МГТУ имени Н. Э. Баумана, 1996. С. 109.

между сторонами был заключен кредитный договор с залогом (ипотекой) квартиры. До подписания кредитного договора им был заключен договор о комплексном ипотечном страховании. Позже он узнал, что при заключении кредитного договора с залогом (ипотекой) квартиры он обязан был застраховать только риски в отношении утраты (гибели) и повреждения жилого помещения. Получение кредита было напрямую обусловлено заключением договора страхования на условиях банка.

Московский городской суд в апелляционном определении от 14.06.2018 по делу № 33-25581/2018 поддержал позицию Мещанского городского суда, изложенную в решении от 20.02.2018: «Отказывая в удовлетворении исковых требований, суд первой инстанции исходил из того, что истица подписала документы на кредит без возражений, от заключения договора не отказалась, т.е. выразила свое согласие на заключение сделки по согласованным между сторонами условиям». Данное решение оставлено без изменения, несмотря на наличие прямых нарушений прав потребителей. Обязательным условием получения кредитных средств являлось условие об обязанности заключить договор комплексного страхования. Кроме того, плата за присоединение к договору коллективного страхования входила в состав суммы займа, и на стоимость платы начислялись проценты за пользование денежными средствами по кредиту, которые незаконно находились в пользовании банка.

Апелляционным определением Московского городского суда от 04.07.2017 по делу № 33-25696/2017 оставлено в силе решение Симоновского районного суда г. Москвы от 01.12.2016. Этим решением было отказано в требовании о расторжении договора страхования, компенсации морального вреда. Истица указала, что ей не была разъяснена информация о возможности выбора страховой компании, условиях и тарифах страхования. По условиям кредитования без заключения договора страхования истица не имела возможности получить кредит, считает, что договор страхования был заключен под влиянием обмана.

Правоведы характеризуют такое применение режима оспоримости и принципа «эстоппель» в отношениях с потребителями как проявление «особой несправедливости»: «потребитель должен быть уверен в том, что право оберегает его от попыток коммерсанта злоупотребить колоссальной асимметрией в профессионализме и информированности сторон, сопровождающей заключение любого потребительского договора, и включить в договор незаконные условия»<sup>32</sup>.

Нарушение прав потребителей со стороны банков и страховых компаний является проявлением недобросовестности и в связи с этим достаточным основанием для применения ст. 10 ГК РФ и отказа в применении эстоппеля в отношении обманутого потребителя: «Существует довольно большой пласт практики, утверждающей, что если обе стороны действовали недобросовестно, то эстоппель не подлежит применению, равно как и если сторона, заявившая о применении эстоппеля, является недобросовестной (можно провести аналогию с доктриной *clean hands* в странах общего права)»<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Каралетов А. Г., Тузов Д. О. Сделки, совершенные в противоречии с императивными нормами закона, в контексте новой редакции ст. 168 ГК РФ // Вестник гражданского права. 2016. № 5. С. 14—67.

<sup>33</sup> Манджиев С. Ю. Обзор судебной практики по применению п. 5 ст. 166 ГК РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 1. С. 192—205.

В связи с этим предлагается исключить применение принципа «эстоппель» в отношении потребителей с целью ограничить возможность профессиональных участников рынка использовать неосведомленность и необразованность потребителей как основание для извлечения экономических выгод в договорных отношениях с последними.

Эта позиция полностью согласуется с правилом п. 14 Руководящих принципов ООН для защиты интересов потребителей от -09.04.1985. Оно предусматривает, что правительствам следует активизировать свои усилия по предотвращению практики, наносящей ущерб экономическим интересам потребителей, путем обеспечения того, чтобы производители, распределители и другие лица, участвующие в предоставлении товаров и услуг, соблюдали установленные законы и обязательные нормы.

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Владова О. Г.* Комментарий к Федеральному закону от 21 декабря 2013 г. № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)» (постатейный) // СПС «КонсультантПлюс».
2. *Голубцов В. Г.* Система общих положений обязательственного права: законодательная логика и доктринальная судьба // Вестник гражданского права. — 2018. — № 4. — С. 74—90.
3. *Даниленко С. А., Комиссарова М. В.* Банковское потребительское кредитование : учебно-практическое пособие. — М. : Юстицинформ, 2011. — 384 с.
4. *Иоффе О. С.* Право частное и право публичное // Юрист. — 2005. — № 5.
5. *Караетов А. Г., Тузов Д. О.* Сделки, совершенные в противоречии с императивными нормами закона, в контексте новой редакции ст. 168 ГК РФ // Вестник гражданского права. — 2016. — № 5. — С. 14—67.
6. *Кирпичев А. Е.* Коллизии специальных норм в обязательственном праве // Закон. — 2019. — № 3. — С. 138—145.
7. *Манджиев С. Ю.* Обзор судебной практики по применению п. 5 ст. 166 ГК РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. — 2019. — № 1. — С. 192—205.
8. Общая теория права : учебник для юридических вузов / под ред. А. С. Пиголкина. — М. : Изд-во МГТУ имени Н. Э. Баумана, 1996.
9. *Покровский И. А.* История римского права // — СПб. : Летний сад, 1999.
10. *Потапенко Е. Г.* Парные нормы цивилистического процессуального права // Арбитражный и гражданский процесс. — 2019. — № 5. — С. 9—13.
11. Финансовое право в условиях развития цифровой экономики : монография / К. Т. Анисина, Б. Г. Бадмаев, И. В. Бит-Шабо [и др.] ; под ред. И. А. Цинделиани. — М. : Проспект, 2019. — 320 с.





**Сергей Валентинович  
ПЫХТИН,**

доцент кафедры  
банковского права

Университета имени

О.Е. Кутафина (МГЮА),

кандидат юридических наук

[kbp@msal.ru](mailto:kbp@msal.ru)

125993, Россия, г. Москва,

ул. Садовая-Кудринская, д. 9

## ОГРАНИЧЕНИЯ И ЗАПРЕТЫ ДЛЯ КОЛЛЕКТОРСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В США

**Аннотация.** В статье рассмотрены ограничения и запреты для коллекторской деятельности, содержащиеся в Законе США от 20.09.1977 «О добросовестной практике по взысканию задолженности». Автор полагает, что некоторые из них целесообразно включить в Федеральный закон от 03.07.2016 № 230-ФЗ «О защите прав и законных интересов физических лиц при осуществлении деятельности по возврату просроченной задолженности и о внесении изменений в Федеральный закон «О микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях»».

**Ключевые слова:** должник, кредитор, взыскание просроченной задолженности, коллекторские агентства, коллекторская деятельность.

DOI: 10.17803/2311-5998.2020.72.8.066-073

**S. V. PYKHIN,**

Associate Professor of the Department of banking law

of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Cand. Sci. (Law)

[kbp@msal.ru](mailto:kbp@msal.ru)

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### RESTRICTIONS AND PROHIBITIONS FOR COLLECTION ACTIVITY IN THE USA

**Abstract.** The article is devoted to restrictions and prohibitions for collection activity according by Fair Debt Collection Practices Act (Sept. 20, 1977). The author believes, that it is reasonable to include some of them in the Federal law # 230-FZ «About protection of the rights and legal interests of natural persons in case of implementation of activities for return of an overdue debt and about introduction of amendments to the Federal law "About microfinancial activities and the microfinancial organizations"» (July 3, 2016).

**Keywords:** debtor, creditor, collecting an overdue debt, debt collection agencies, collection activity.

**В** США деятельность коллекторских агентств на федеральном уровне регулируется Законом от 20.09.1977 «О добросовестной практике по взысканию задолженности» (Fair Debt Collection Practices Act), который действует в редакции от 21.07.2010<sup>1</sup> (далее — Закон).

<sup>1</sup> Текст закона на английском языке в актуальной редакции см.: URL: <http://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/fair-debt-collection-practices-act-text>.

Как следует из преамбулы, главная цель, которую преследовал Конгресс при принятии этого Закона, — искоренить недобросовестные методы деятельности коллекторских агентств, а также содействовать реализации последовательной государственной политики по защите потребителей<sup>2</sup> от злоупотреблений со стороны коллекторов. В этой связи Законом установлена система ограничений и запретов для коллекторов, которые распространяются на взаимоотношения последних как с должниками, так и с любыми третьими лицами.

Так, отдельная статья (§ 804 Закона) посвящена правилам взаимодействия коллекторских агентств с третьими лицами в целях получения информации о местоположении должника-потребителя<sup>3</sup>.

Любой коллектор при взаимодействии с третьим лицом, не являющимся должником (при этом адвокат должника и бюро кредитных историй не считаются третьими лицами), в целях получения информации о местоположении должника-потребителя обязан:

- представиться, а также сообщить, что он проверяет информацию о местоположении потребителя, а при наличии специального вопроса раскрыть информацию о своем работодателе;
- не сообщать, что конкретный потребитель является должником;
- не взаимодействовать с таким третьим лицом более одного раза, за исключением случаев, когда данное лицо разрешило повторное взаимодействие либо когда коллектор имеет веские основания полагать, что ранее полученная от этого лица информация является неверной или неполной и что в настоящее время данное лицо располагает достоверной или полной информацией о местоположении потребителя;
- не взаимодействовать посредством направления почтовых открыток;
- не использовать символы или слова на любом языке на почтовом конверте, в телеграмме или в ином сообщении, которые бы указывали на то, что коллектор является профессиональным сборщиком долгов и что взаимодействие с третьим лицом касается взимания долга с должника;
- после того, как коллектору станет известно, что потребитель назначил представителя по вопросам уплаты данного долга и им получена или может быть получена информация об имени и адресе такого представителя, коллектор обязан не взаимодействовать с другими лицами, кроме данного представителя, если представитель в разумный срок отвечает на сообщения, направленные коллектором.

Специальные нормы Закона (§ 805) посвящены регламентации процесса взаимодействия коллектора с самим должником-потребителем.

<sup>2</sup> Под термином «потребитель» для целей Закона понимается любое физическое лицо, обязанное оплатить долг, возникший из сделки, в которой деньги, собственность, страхование или услуги, которые являются предметом сделки, приобретаются для личных, семейных или бытовых нужд. Действие Закона не распространяется на взыскание долгов юридических лиц.

<sup>3</sup> Термин «информация о местоположении» в контексте Закона означает место жительства должника и его номер телефона, а также место работы должника.



Без предварительного согласия потребителя, данного непосредственно коллектору, или специального разрешения суда коллектор не может осуществлять взаимодействие с потребителем в связи со взысканием долга:

- а) в необычное время или в необычном месте, а также во время или в месте, по поводу которых известно, что они являются неудобными для потребителя. При отсутствии сведений об ином коллектор должен руководствоваться тем, что удобным временем для общения с потребителем является промежуток с 8:00 до 21:00 по местному времени по месту нахождения потребителя;
- б) если коллектору известно, что потребитель назначил адвоката по вопросам уплаты данного долга и им получена или может быть получена информация об имени и адресе такого адвоката. Исключениями являются случаи, когда адвокат не отвечает в разумный срок на сообщения, направленные коллектором, или случаи, когда адвокат согласен на прямое взаимодействие коллектора с потребителем;
- в) по месту работы потребителя, если коллектору достоверно известно или он имеет веские основания полагать, что работодатель потребителя запрещает потребителю подобного рода взаимодействие.

Если потребитель уведомляет в письменной форме коллектора о том, что потребитель отказывается оплатить долг или что потребитель желает, чтобы коллектор прекратил дальнейшее общение с ним, коллектор обязан прекратить дальнейшее взаимодействие с потребителем (а равно: с супругом (супругой) потребителя, родителями, опекуном или попечителем) в отношении такого долга, за исключением следующих случаев:

- а) чтобы уведомить потребителя о том, что дальнейшие действия по взысканию задолженности прекращены;
- б) чтобы уведомить потребителя, что коллектор или кредитор могут использовать иные средства по взысканию задолженности, которые обычно применяются в аналогичных ситуациях;
- в) чтобы уведомить потребителя о том, что коллектор или кредитор намерены использовать указанные средства.

Законом «О добросовестной практике по взысканию задолженности» (§ 806) установлен общий запрет, согласно которому коллектор при взыскании задолженности не может вести себя таким образом, что естественным следствием его поведения будет преследование (harass), угнетение (oppress) или оскорбление (abuse) любого лица в связи со взиманием долга, в частности:

- применение или угроза применения насилия или других преступных средств, способных причинить вред физическому лицу, репутации или имуществу;
- использование непристойной или нецензурной лексики или слов, естественное восприятие которых должно оскорбить слушателя или читателя;
- опубликование списка потребителей, которые отказываются оплачивать долги, за исключением направления соответствующей информации в бюро кредитных историй;
- реклама о продаже долга с целью принуждения к оплате этого долга;
- звонки по телефону или разговоры по телефону неоднократно или на протяжении долгого времени с целью раздражения, оскорбления или преследования вызываемого абонента;

— телефонные звонки без раскрытия информации о личности звонящего, за исключением перечисленных выше случаев, предусмотренных § 804 этого Закона.

Законом (§ 807) запрещены действия, которые могут вызвать ложные или вводящие в заблуждение представления о статусе, деятельности, функциях и полномочиях коллектора, такие, как:

- а) ложное представление о том, что коллектор действует от имени, по поручению или связан с органами власти Соединенных Штатов или какого-либо штата, включая использование знаков отличия или униформы;
- б) ложное информирование:
  - о характере, сумме и действительном статусе долга;
  - об оплате услуг или выплате компенсаций, которые могут быть законно получены коллектором при взимании долга;
- в) ложное представление о том, что лицо является адвокатом или уведомление направлено адвокатом;
- г) заявление о том, что неоплата долга приведет к аресту или тюремному заключению должника либо к конфискации, аресту или продаже имущества, обращению взыскания на заработную плату, за исключением случаев, когда подобные действия могут быть осуществлены в соответствии с законом либо коллектор или кредитор намереваются предпринять данные действия;
- д) угроза совершить действия, которые в соответствии с законом не могут быть совершены, либо если лицо не намеревается их совершать;
- е) ложное утверждение о том, что продажа, перевод или другая передача права требования повлекут для потребителя утрату права на возражение по задолженности либо потребитель будет подвергнут действиям, запрещенным настоящим Законом;
- ж) ложное утверждение о том, что потребитель совершил какое-либо преступление или другое правонарушение, в целях опозорить потребителя;
- з) передача или угроза передать информацию о кредитоспособности заемщика, если достоверно известно или должно быть известно, что данная информация является ложной, включая отказ сообщить, что задолженность оспаривается заемщиком, в то время как она в действительности оспаривается;
- и) использование или распространение любых письменных сообщений, которые имитируют или создают ошибочное впечатление о том, что они авторизованы, выданы или одобрены судом, официальным лицом или органом власти Соединенных Штатов или какого-либо штата, или которые создают ложное впечатление относительно их источника, авторизации или одобрения;
- к) использование любых ложных представлений или вводящих в заблуждение средств для взыскания или попытки взыскания долга либо для получения информации о потребителе;
- л) отказ довести до сведения потребителя при первом письменном обращении, а если первое общение с потребителем происходило устно — несообщение в устной форме о том, что коллектор пытается взыскать задолженность и что любая полученная информация будет использоваться в этих целях, а равно отказ довести до сведения потребителя при последующем взаимодействии, что оно исходит от коллектора;
- м) ложное утверждение о том, что счета за должника были переданы покупателям для их оплаты;



- н) ложное утверждение о том, что документы направляются в связи с начатым судебным процессом;
- о) использование какого-либо иного фирменного наименования или товарного знака, кроме настоящего фирменного наименования и товарного знака коллектора и его коллекторского агентства;
- п) ложное утверждение о том, что документы не являются формами судебных документов или не требуют каких-либо действий со стороны потребителя;
- р) ложное утверждение о том, что коллектор действует как представитель или является работником бюро кредитных историй.

Законом «О добросовестной практике по взысканию задолженности» (§ 808) также запрещено использование нечестных или недобросовестных приемов при взыскании долгов. Примерами подобной недобросовестной практики являются следующие действия, которые напрямую запрещены указанным параграфом:

- а) взыскание любых дополнительных сумм (включая проценты, комиссии, вознаграждения или непредвиденные расходы по основному обязательству), за исключением сумм, прямо предусмотренных договором, из которого возник долг, а также разрешенных законом;
- б) принятие коллектором от какого-либо лица чека или другого платежного инструмента со сроком платежа через 5 и более дней, если такое лицо не уведомлено не ранее чем за 10 и не позднее чем за 3 рабочих дня в письменной форме о намерении коллектора депонировать такой чек или платежный инструмент;
- в) использование коллектором чека с более поздним сроком платежа<sup>4</sup> (postdated check) или другого платежного инструмента с более поздним сроком платежа в целях угрозы или возбуждения уголовного преследования;
- г) депонирование или угроза депонировать чек с более поздним сроком платежа или другой платежный инструмент с более поздним сроком платежа ранее даты, указанной в таком чеке или платежном инструменте;
- д) понуждение к оплате сбора за произведенное взаимодействие путем сокрытия его действительной цели. Подобного рода сборы включают, в частности, оплату телефонных звонков и телеграмм;
- е) осуществление или угроза осуществить внесудебную процедуру, направленную на лишение права собственности, если:
  - отсутствует право на вступление во владение имуществом, которое является предметом залога в рамках обеспечительного интереса<sup>5</sup>;
  - отсутствует намерение вступить во владение имуществом; или

<sup>4</sup> Дата составления, указанная в таком чеке, не совпадает с реальной датой его подписания чекодателем, т.е. чек датируется более поздним числом. Соответственно, он не может быть оплачен до наступления указанной даты.

<sup>5</sup> Обеспечительный интерес представляет собой предусмотренное в договоре имущество (интерес), служащее обеспечением уплаты обязательства. Если должник не осуществляет платежи согласно условиям обязательства, то кредитор, являющийся обладателем (держателем) обеспечительного интереса, может вступить во владение данным имуществом (обеспечением) и продать его для того, чтобы получить деньги, необходимые для уплаты причитающегося ему долга.

- имущество в силу закона не может выступать объектом внесудебных процедур, направленных на лишение права собственности;
- ж) взаимодействие с потребителем по вопросам взыскания задолженности посредством почтовых открыток;
- з) использование каких-либо иных слов или символов, за исключением адреса коллектора, на любом почтовом или телеграфном отправлении, адресованном потребителю. При этом коллектор также может использовать название своего коллекторского агентства, если из названия не следует, что такое агентство занимается бизнесом по взысканию долгов.

В Законе (§ 809) исчерпывающим образом определен перечень информации о задолженности, которая должна быть доведена до сведения потребителя в письменной форме, либо при первом взаимодействии коллектора с потребителем, либо не позднее 5 дней с даты указанного первого взаимодействия. Это следующая информация:

- а) сумма задолженности;
- б) наименование кредитора, которому эта задолженность причитается;
- в) декларация о том, что если потребитель в течение 30 дней после получения уведомления не оспорит задолженность полностью или в части, то долг будет считаться подтвержденным в целях взыскания;
- г) декларация о том, что если потребитель в течение 30 дней после получения уведомления оспорит задолженность полностью или в части, то коллектор должен будет получить доказательства действительности долга или копию судебного решения о взыскании задолженности, после чего копии полученных документов коллектор должен будет направить потребителю;
- д) декларация о том, что по письменному заявлению потребителя, сделанному в течение 30 дней, коллектор должен будет сообщить потребителю наименование и адрес первоначального кредитора, если они не совпадают с наименованием и адресом текущего кредитора.

В случае, если потребитель воспользовался правами, перечисленными в п. «г» и «д», то коллектор должен приостановить действия по взысканию задолженности полностью либо в оспариваемой части на период, пока коллектор не получит доказательства действительности долга или копию судебного решения о взыскании задолженности или наименование и адрес первоначального кредитора и не направит потребителю копии полученных документов или информацию о первоначальном кредиторе.

Отказ потребителя оспаривать действительность долга в соответствии с изложенным порядком не может истолковываться судами в качестве признания долга потребителем.

Если потребитель имеет несколько долгов и совершает разовый платеж в погашение долга, то коллектор не вправе зачислять такой платеж в счет погашения долга, который оспаривается потребителем. Кроме того, если потребитель указал, в погашение какого долга направляется данный платеж, то коллектор должен засчитать платеж только в счет долга, указанного потребителем (§ 810 Закона).

Ряд норм Закона (§ 813) посвящен гражданско-правовой ответственности коллекторов. Коллектор, который не выполняет требования Закона «О добросо-



вестной практике по взысканию задолженности» в отношении какого-либо лица, обязан выплатить этому лицу:

- 1) сумму реального ущерба, причиненного этому лицу подобным невыполнением;
- 2) (а) в случае индивидуального иска также дополнительные убытки, которые могут быть взысканы по решению суда, но в сумме, не превышающей 1 000 долл. США; или  
(б) в случае группового иска:
  - сумму в отношении каждого истца, поименованного в иске, которая определяется по правилам пп. 2(а); и
  - сумму, которую суд может взыскать в интересах иных лиц, не поименованных в групповом иске, безотносительно к минимально взыскиваемым убыткам отдельного лица, которая определяется как меньшая из двух величин: 500 000 долл. США либо 1 % собственного капитала коллекторского агентства; и
- 3) в случае удовлетворения исковых требований о привлечении коллектора к ответственности — затраты на подготовку иска, включая гонорар адвоката в разумных пределах, определенных решением суда. Если суд придет к выводу о том, что иск был подан недобросовестно, суд может взыскать с истца в пользу ответчика расходы ответчика на оплату гонорара адвоката пропорционально проделанной последним работе.

При определении размера ответственности по любым искам, указанным выше, суд, в числе прочих, принимает во внимание следующие факторы:

- 1) по индивидуальным искам, указанным в пп. 2(а), — частоту и длительность нарушений, допущенных коллектором, природу таких нарушений, а также степень их преднамеренности; или
- 2) по групповым искам, указанным в пп. 2(б), — частоту и длительность нарушений, допущенных коллектором, природу таких нарушений; средства, которыми располагает сборщик долгов; количество лиц, на которых допущенные нарушения оказали негативное влияние; степень преднамеренности нарушений.

Коллектор не может быть привлечен к ответственности, если он посредством бесспорных доказательств обоснует, что нарушение не было преднамеренным и явилось результатом добросовестной ошибки, которую не смогли исключить используемые в коллекторском агентстве внутренние процедуры, призванные при прочих равных условиях не допускать подобную ошибку.

Иск о привлечении коллектора к ответственности может быть подан в суд США в течение 1 года со дня совершения правонарушения.

Контрольными полномочиями в отношении коллекторских агентств в США обладает Федеральная торговая комиссия (Federal Trade Commission).

Как видно из изложенного, Закон США «О добросовестной практике по взысканию задолженности» в целях защиты прав и законных интересов должников — физических лиц устанавливает более 30 видов ограничений и запретов для коллекторской деятельности, в то время как отечественный Закон от 03.07.2016 № 230-ФЗ вводит около 10. Представляется, что часть ограничений и запретов из американского Закона можно было бы заимствовать и использовать при подготовке изменений и дополнений в Закон № 230-ФЗ.

Кроме того, Закон США, равно как и ряд иных зарубежных правовых актов, не запрещает коллекторскую деятельность как таковую, а помещает ее в довольно жесткие рамки правового регулирования. Несмотря на ряд негативных проявлений и «перегибов» при взыскании коллекторами задолженности с физических лиц в России, запрещать эту деятельность нельзя, поскольку в этом случае возникнет «теневой» рынок коллекторских услуг. Очевидно, руководствуясь этой мыслью, Комиссия Правительства РФ по законопроектной деятельности не поддержала законопроект № 886402-7 «О запрете привлечения иных лиц для взаимодействия с должником»<sup>6</sup>, который предполагает запретить деятельность в России коллекторских агентств, а также признать утратившим силу Закон № 230-ФЗ с 01.01.2021.

По мнению Комиссии Правительства РФ, введение запрета на деятельность коллекторских организаций не приведет к их ликвидации, а выведет их деятельность за пределы правового регулирования, в связи с чем криминальные последствия предлагаемого решения будут весьма значительны. Кроме того, предлагаемое законопроектом № 886402-7 признание утратившим силу Закона № 230-ФЗ «не будет способствовать усилению гарантий защиты прав граждан, а приведет к тому, что широкий круг вопросов в указанной сфере правоотношений останется неурегулированным на законодательном уровне»<sup>7</sup>.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Банковское право : учебник для бакалавров / отв. ред. Л. Г. Ефимова, Д. Г. Алексеева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Проспект, 2019. — 608 с.
2. Правительство не одобрило законопроект о запрете коллекторской деятельности в России // URL: <https://tass.ru/ekonomika/8354533>.

<sup>6</sup> Внесен в Государственную Думу 21.01.2020 депутатом С. А. Вострецовым.

<sup>7</sup> Правительство не одобрило законопроект о запрете коллекторской деятельности в России // URL: <https://tass.ru/ekonomika/8354533> (дата обращения: 21.05.2020).





**Олеся Павловна  
КАЗАЧЕНОК,**

доцент кафедры  
гражданского и  
международного частного  
права Волгоградского  
государственного  
университета, кандидат  
юридических наук  
[o.kazachenok@yandex.ru](mailto:o.kazachenok@yandex.ru)  
400005, Россия,  
г. Волгоград,  
ул. Чуйкова, д. 5

## ПРИВЛЕЧЕНИЕ ИНВЕСТИЦИЙ С ИСПОЛЬЗОВАНИЕМ ИНВЕСТИЦИОННЫХ ПЛАТФОРМ (КРАУДФАНДИНГ): НАПРАВЛЕНИЯ РАЗВИТИЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ<sup>1</sup>

**Аннотация.** С 01.01.2020 вступил в силу Федеральный закон от 02.08.2019 № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», ставший первым шагом в формировании правового режима краудфандинга и включении в сферу надзора Центрального банка РФ параллельной системы финансового (небанковского) посредничества. В статье анализируются соотношение Закона № 259-ФЗ с иными нормативными правовыми актами, сферу регулирования которых он затронул, и направления внесения в них последующих изменений. Помимо необходимости включения в правовое поле P2P кредитования<sup>2</sup>, являющегося одним из видов краудфандинга, исключенного из сферы действия Закона № 259-ФЗ, отмечена целесообразность разрешения вопроса о том, что законодательство о защите прав потребителей не распространяется на отношения, в которых физические лица участвуют в качестве инвесторов, а также расширения сферы действия кредитных историй на иные способы привлечения инвестиций помимо выдачи займов.

**Ключевые слова:** краудфандинг, краудинвестинг, краудлендинг, инвестиционная платформа, утилитарные цифровые права, информационная система, привлечение инвестиций, защита прав инвесторов.

DOI: 10.17803/2311-5998.2020.72.8.074-085

<sup>1</sup> Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-18-00314.

<sup>2</sup> Кредитование peer-to-peer или person-to-person — «от человека человеку» или «взаимное кредитование», где пользователи — физические лица получают возможность размещать свои заявки на выдачу/получение займов под процент.

**O. P. KAZACHENOK,**

*Associate Professor of the Department of Civil and International Private Law  
of Volgograd state university, Cand. Sci. (Law)*

***o.kazachenok@yandex.ru***

*400005, Russia, Volgograd, ul. Chuikov, 5*

**RAISING INVESTMENTS ON THE INVESTMENT  
PLATFORMS (CROWDFUNDING):  
DIRECTIONS OF DEVELOPMENT  
OF LEGAL REGULATION.**

**Abstract.** *From 01.01.2020, Federal law No. 259-FZ of 02.08.2019 “About raising investments on the investment platforms and on amendments to certain legislative acts of the Russian Federation” came into force, which became the first step in the formation of the legal regime of crowdfunding and the inclusion of a parallel system of financial (non-Bank) mediation in the sphere of supervision of the Central Bank of the Russian Federation. The article analyzes the relationship of Law No. 259-FZ with other legal acts, the scope of regulation of which it affected and the direction of making subsequent changes to them. In addition to the need to include in the legal field of P2P lending, which is one of the types of crowdfunding excluded from the scope of Law No. 259-FZ, it was noted that it is expedient to resolve the issue that the legislation on consumer protection does not apply to relations in which individuals participate as investors, as well as to expand the scope of credit histories to other ways of attracting investment in addition to issuing loans.*

**Keywords:** *crowdfunding, crowdinvesting, crowdlending, investment platform, utilitarian digital rights, information system, investment attraction, protection of investors’ rights.*

Развитие информационного общества на современном этапе характеризуется структурными изменениями многих экономических и социальных процессов, требующих обновленного правового регулирования<sup>3</sup>.

Исследования экономистов отмечают развитие *краудэкономики* (от англ. crowd — толпа) — экономики толпы. По мнению М. С. Марамыгина, данная экономическая модель основывается на системе децентрализованного распределения труда, материальных благ, финансовых и интеллектуальных ресурсов на фоне существенного снижения роли государства как основного регулятора экономики, организатора и модератора многих перераспределительных процессов. При этом существенно возрастает значимость индивидуума (либо физического лица, либо

<sup>3</sup> Казаченко О. П. Несоответствие действующего законодательства потребностям информационного общества на примере займа электронных денежных средств // Законы России: опыт, анализ, практика. 2017. № 10. С. 47—50.



незначительного объединения граждан), самостоятельно определяющего объем собственных потребностей<sup>4</sup>.

В рамках рассматриваемой экономической модели формируется новая система альтернативного финансирования посредством привлечения краудинвестиций, годовой объем которых только в развивающихся странах, по оценкам Всемирного банка ООН, достигнет к 2025 г. 95 млрд долл. США<sup>5</sup>. По данным Statista, объем российского рынка краудинвестирования к 2022 г. вырастет до 113 млн долл. США<sup>6</sup>.

01.01.2020 вступил в силу Федеральный закон от 02.08.2019 № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»<sup>7</sup> (далее — Закон о привлечении инвестиций, Закон № 259-ФЗ), регулирующий вопросы коммерческого краудфандинга, уже фактически функционирующего в России<sup>8</sup> на протяжении нескольких лет.

Законодатель отказался от использования термина «краудфандинг», хотя он присутствовал в названии законопроекта на стадии обсуждения, но это не меняет того, что данное понятие стало устоявшимся и активно используется не только в экономическом обороте, но и в юридической литературе.

В. А. Кузнецов определяет *краудфандинг* (от англ. crowd — толпа и funding — финансирование) как деятельность, связанную с привлечением финансовых ресурсов от большого количества людей, добровольно объединяющих свои ресурсы на специализированных интернет-сайтах (краудфандинговых площадках) в целях реализации продукта или услуги<sup>9</sup>.

Минфин России использует понятие, сформулированное в свободной интернет-энциклопедии «Википедия», по данным которой краудфандинг представляет собой коллективное сотрудничество людей (доноров), которые добровольно объединяют свои деньги или другие ресурсы вместе, как правило, через Интернет, чтобы поддержать усилия других людей или организаций (реципиентов)<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> *Марамыгин М. С.* Финансовые инструменты новой индустриализации в реалиях краудэкономики // URL: <http://www.usue.ru/nevidimaya/finansovye-instrumenty-novoj-industrializacii-v-realiyah-kraudekonomiki/> (дата обращения: 03.01.2020).

<sup>5</sup> См.: URL: [http://www.infodev.org/infodev-files/wb\\_crowdfundingreport-v12.pdf](http://www.infodev.org/infodev-files/wb_crowdfundingreport-v12.pdf) (дата обращения: 05.01.2020).

<sup>6</sup> *Лаптев А.* Взаимы у соседа. Сможет ли взаимное кредитование отвоевать рынок у банков // URL: <https://www.forbes.ru/finansy-i-investicii/365179-vzaymu-u-soseda-smozhet-li-vzaimnoe-kreditovanie-otvoevat-rynok-u-bankov> (дата обращения: 09.01.2020).

<sup>7</sup> СПС «КонсультантПлюс».

<sup>8</sup> В рамках одной только отечественной краудфандинговой платформы Альфа-Поток к настоящему моменту реализовано 9 000 проектов, привлечено более 7 млрд руб. (URL: <https://investor.potok.digital.ru> (дата обращения: 09.01.2020)).

<sup>9</sup> *Кузнецов В. А.* Краудфандинг: актуальные вопросы регулирования // Деньги и кредит. 2017. № 1. С. 65.

<sup>10</sup> Письмо ФНС России от 25.11.2016 № СД-4-3/22415@ // СПС «КонсультантПлюс».

В зависимости от получения донором взаимного представления взамен финансирования различают *пять моделей краудфандинга*<sup>11</sup>:

- благотворительная модель, когда взносы фактически являются пожертвованиями. Инвесторы ничего не получают и не предполагают возврата внесенных денежных средств. Пожертвования могут финансировать также коммерческие предприятия;
- условно-возвратная модель. Предлагает передачу встречного представления инвестору за внесенные денежные средства, финансовая ценность которого может носить, скорее, условный характер. Наградой донора может быть сувенир, например цепочка для ключей, указание имени в титрах фильма, посещение съемочной площадки, возможность пообщаться лично со звездой, приглашение на ужин и пр. Данная модель распространена для сбора денежных средств в развлекательной индустрии, прежде всего для съемок фильмов;
- модель предварительного приобретения, когда доноры вместо финансовой отдачи, такой как проценты, дивиденды или часть прибыли предприятия, получают экземпляр продукта, который производит предприниматель. Например, это может быть какой-то новый гаджет, на запуск производства которого и собираются денежные средства;
- модель однорангового кредитования (краудлендинг) представляет собой онлайн-процесс кредитования физическими лицами других физических лиц или организаций с помощью специализированного интернет-ресурса. Доноры в качестве вознаграждения получают процент от вложенной суммы в течение определенного времени, а вложенные денежные средства возвращаются к ним по истечении установленного срока<sup>12</sup>. В этом виде коллективного финансирования выделяют следующие сегменты: P2P (финансирование частным лицом физического лица), P2B (финансирование частным лицом бизнеса), B2B (финансирование бизнесом бизнеса)<sup>13</sup>;
- модель акционерного краудфандинга (equity crowdfunding), которая предлагает инвесторам долю в капитале проекта, в который они вложились, и возможность получения части прибыли.

По признаку зависимости перечисления собранных средств получателю от количества собранных средств можно выделить условный и безусловный краудфандинг. В первом случае реципиент получит денежные средства по принципу «все или ничего», только если изначально заявленная минимальная сумма будет собрана в полном объеме, в то время как при безусловном краудфандинге реципиенту передается любая набранная сумма.

<sup>11</sup> Bradford C. S. Crowdfunding and the Federal Securities Law // Columbia Business Law Review. 2012. № 1. P. 14—27.

<sup>12</sup> Новые инструменты привлечения финансирования для развития технологических компаний: практика использования и перспектива развития в России : аналитический доклад. М. : Высшая школа экономики, 2018. С. 25.

<sup>13</sup> Кузнецова О. А. Экономико-социальная природа и правовая форма краудфандинговых отношений // Пермский юридический альманах. Ежегодный научный журнал. 2019. № 1. С. 473—483.



Краудфандинг можно дифференцировать и по целевому критерию: политический, социальный, творческий, коммерческий. Также в коммерческом краудфандинге выделяются отдельные виды, направленные на финансирование конкретных узких сегментов рынка, например тендерный или адвокатский краудфандинг.

Рост популярности института закупок товаров (работ, услуг) для государственных и муниципальных нужд обусловил образование нового рынка финансовых услуг — рынка тендерного краудкредитования.

Благодаря этому рынку участники получили возможность увеличить количество аукционов, в которых они могут принять участие, так как при проведении электронных аукционов заказчик устанавливает требование к обеспечению заявок участников задатком путем внесения денежных средств<sup>14</sup>.

На сайте одной из специализирующихся на тендерном краудфандинге площадок (Penenza<sup>15</sup>) предложены следующие варианты займов:

- 1) заем на обеспечение заявки;
- 2) государственный факторинг;
- 3) заем материалами;
- 4) заем на исполнение контракта.

Адвокатский краудфандинг, представляющий собой механизм сбора денежных средств от неопределенного круга третьих лиц в целях оплаты труда адвоката и компенсации издержек по оказанию им юридической помощи, в России пока не развит. Это связано с меньшим размером государственной пошлины и цен на услуги адвокатов, в отличие, например, от США. Однако разъяснения Федеральной палаты адвокатов подтверждают формирование интереса к этой теме и возможное формирование перспективного рынка<sup>16</sup>.

Закон о привлечении инвестиций вовлек в сферу правового регулирования исключительно коммерческий краудфандинг, предусмотрев исчерпывающий список *способов инвестирования с использованием инвестиционных платформ*:

- 1) предоставление займов;
- 2) приобретение эмиссионных ценных бумаг, размещаемых с использованием инвестиционной платформы;
- 3) приобретение утилитарных цифровых прав.

К лицам, участвующим в деятельности по привлечению инвестиций с использованием инвестиционных платформ, относятся:

- оператор инвестиционной платформы, который должен быть внесен в специальный реестр, формируемый Банком России, и соответствовать установленным законом требованиям, в том числе минимального размера собственного капитала, ограничениям по видам осуществляемой деятельности и субъектному составу контролирующих лиц;

<sup>14</sup> Сарнаков И. В., Слепцова Ю. М. Правовые горизонты P2P-, P2B- и B2B-кредитования в России // Юрист. 2018. № 5. С. 17—24.

<sup>15</sup> URL: <https://penenza.ru/investment> (дата обращения: 01.01.2020).

<sup>16</sup> См.: разъяснение Комиссии по этике и стандартам по вопросу использования адвокатом механизма краудфандинга, утв. Федеральной палатой адвокатов 13.09.2018 № 04/18 // СПС «КонсультантПлюс».

- реципиенты / лица, привлекающие инвестиции — организации и индивидуальные предприниматели, привлекающие инвестиции посредством инвестиционной платформы;
- инвесторы/доноры — юридические и физические лица, осуществляющие инвестиции посредством инвестиционной платформы;
- Банк России в качестве органа, контролирующего деятельность операторов инвестиционных платформ.

Установленные Законом о привлечении инвестиций ограничения субъектного состава, согласно которым привлекать инвестиции может только юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оставили за рамками правового регулирования значимую долю рынка пирингового (P2P) кредитования, осуществляемого посредством привлечения денежных средств на онлайн-платформах.

Из регулярных отчетов Банка России о развитии рынка краудфинансирования в России<sup>17</sup> следует, что мегарегулятор выделял P2P-кредитование в качестве одной из форм краудфандинга и даже формировал систему его регулирования по принципу регулятивной песочницы.

С одной стороны, понятно намерение законодателя создать правовое регулирование именно для инвестиционного краудфандинга, осуществляемого в предпринимательских целях. С другой стороны, игнорирование существенной доли краудфинансирования между физическими лицами создает правовой пробел, ограничивающий развитие отрасли и ставящий в неравное положение онлайн-платформы P2P- и P2B/B2B- кредитования с учетом того, что технологическая и правовая модели предпринимательского и потребительского краудфандинга основаны на сходных механизмах.

Под *инвестиционной платформой* в Законе о привлечении инвестиций понимается информационная система в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, используемая для заключения с помощью информационных технологий и технических средств этой информационной системы договоров инвестирования, доступ к которой предоставляется оператором инвестиционной платформы.

При этом в силу прямого указания ч. 3 ст. 2 Закона № 259-ФЗ понятие «информационная система» используется в значении, определенном Федеральным законом от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (далее — Закон об информации).

Согласно определению, содержащемуся в ст. 2 Федерального закона об информации, *информационная система* — это совокупность содержащейся в базах данных информации и обеспечивающих ее обработку информационных технологий и технических средств. Именно фиксация права в такого рода системе обуславливает повышенное доверие к записям о нем, упрощенную легитимацию владельца права и порядок его передачи. Технология в данном случае сообщает объекту права новое качество, имеющее правовые последствия.

Наиболее значительное влияние на правовой режим информационной системы оказывает правовой режим обрабатываемой в ней информации (информаци-

<sup>17</sup> URL: <http://www.cbr.ru/press/event/?id=1902#highlight=краудфандинга> (дата обращения: 06.01.2020), URL: <https://www.rbc.ru/finances/18/11/2019/5dcd55c19a794751a1a5c3ca> (дата обращения: 06.01.2020).



онный ресурс системы). Это обусловлено тем, что цель создания и функционирования, назначение любой информационной системы связаны с формированием и выдачей информации<sup>18</sup>.

Анализ Закона об информации позволяет сделать вывод о том, что сформулированное в нем понятие информационной системы не в полной мере соответствует задаче формирования через нее понятия цифровых прав.

При определении основного содержательного наполнения информационной системы в Законе об информации говорится не о цифровых правах, а исключительно об информации. Это свидетельствует о необходимости законодательного закрепления расширительного толкования понятия информационной системы, внесения поправок в Закон об информации и установления критериев разграничения информации и прав, формирующихся и передающихся в рамках информационной системы<sup>19</sup>.

Существенным пробелом в организации краудфандинга является отсутствие объективных критериев оценки и сравнения онлайн-платформ и единых профессиональных стандартов деятельности, что не позволяет инвесторам объективно оценить потенциальные риски и в конечном итоге может отрицательно сказаться на зарождающемся рынке в целом. На необходимость введения критериев оценки платформ указывает, в частности, Управление по финансовому регулированию и контролю (FCA) — центральный орган надзора за рынком финансовых услуг Великобритании<sup>20</sup>.

Инвестиционная платформа не принимает на себя кредитных рисков и обязательств — все займы выдаются за счет денежных средств кредиторов (доноров). Сервис проводит скоринг заемщиков, в ряде случаев оказывает услуги по сбору просроченной задолженности и удобной оплаты по выданным кредитам. Некоторые площадки, например система «Поток», предлагают услугу гарантии по займам, в погашении которых у кредитора есть определенные сомнения, что оформляется дополнительным соглашением между организатором кредитования и кредитором, по которому площадка в случае просрочки платежа должником в будущем заключает с кредитором договор уступки прав требований по просроченному займу.

Юридическая квалификация данного соглашения до конца не определена. С учетом того, что площадка берет на себя обязательство заключить определенный договор в будущем, данное условие относится к предварительному договору, хотя конструкция поручительства здесь более применима, так как фактически соответствует существу рассматриваемых обязательств<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Амелин Р. В. Правовое регулирование общественных отношений в сфере информационных систем: цивилистический и информационно-правовой подходы // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 12. С. 68—77.

<sup>19</sup> Казаченок О. П. Цифровые права в современном гражданском обороте: тенденции и перспективы развития // Хозяйство и право. 2019. № 11. С. 39—44.

<sup>20</sup> URL: <https://www.theguardian.com/business/2016/dec/09/fca-crowdfunding-peer-to-peer-lending> (дата обращения: 02.01.2020).

<sup>21</sup> Казаченок О. П. Взаимное (P2P) кредитование как современный инструмент альтернативного финансирования // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2018. № 10 (50). С. 147—155.

Рассмотрим следующую ситуацию. Гарантия возврата платежа оформлена в форме предварительного договора, по которому одна из сторон, взявшая на себя обязательство выкупить просроченный долг у заемщика, уклоняется от исполнения своих обязательств. В этом случае кредитор — физическому лицу, согласно ч. 5 ст. 429 ГК РФ, придется сначала идти в суд с иском о понуждении к заключению договора уступки права требования. После этого он сможет обращаться в суд с другим иском о взыскании платежа, неисполненного уже по заключенному договору уступки права требования, с организатора кредитования.

При той же ситуации, когда обязательства сторон оформлены поручительством, кредитор имеет право сразу предъявить к организатору кредитования как поручителю по кредиту требование о взыскании просроченной задолженности, после выплаты которой инвестиционная платформа приобретает право требования к должнику в порядке регресса.

Судебные дела по взысканию с заемщиков денежных средств по займам, полученным через инвестиционные платформы, пока незначительны, но уже можно отметить устойчивое формирование судебной практики.

Арбитражный суд г. Москвы в решении от 12.08.2019 по делу А40-133905/19 взыскал с заемщика ООО «Бюро тепла «Батарея» задолженность, проценты за пользование займом и неустойку. Суд указал, что ООО «Бюро тепла «Батарея» (заемщик) посредством онлайн-сервиса «Поток» в офертно-акцептной форме заключило договоры займа с физическими лицами (займодавцами, инвесторами).

Все инвесторы, с которыми были заключены договоры займа, уступили право требования ООО «Экшн коллекшн». Соглашения об уступке прав требования были заключены между каждым инвестором и ООО «Экшн коллекшн».

Договоры займа состояли из двух документов: общие условия договора займа, размещенные в открытом доступе на сайте <https://potok.digital/pages/documents>; индивидуальные условия договора займа. Договоры займа заключаются в электронном виде с использованием электронной подписи и не требуют двустороннего подписания документа на бумажном носителе.

Выполнение заемщиком действий по заключению договора займа подтверждается: принтскринами интерфейса, которые выполняются онлайн-сервисом автоматически, письмом о подтверждении отправки и ввода смс-ключей, письмом о подтверждении переводов. При этом суд отметил, что уступка прав осуществляется автоматически после получения онлайн-сервисом уведомления уполномоченного сотрудника онлайн-сервиса о необходимости осуществления уступки права с целью начала судебной стадии взыскания задолженности, о чем инвестору сообщается посредством онлайн-сервиса.

Ключевым в Законе № 259-ФЗ является понятие инвестиций, которые определяются как денежные средства, используемые в целях получения прибыли или достижения иного полезного эффекта путем приобретения предусмотренных настоящим Федеральным законом ценных бумаг или цифровых прав либо путем предоставления займа.

Однако возникает закономерный вопрос: как данное понятие соотносится с другими нормативными правовыми актами, регулирующими инвестиции в Российской Федерации. Основными нормативными правовыми актами об инвестировании в настоящее время являются Закон РСФСР от 26.06.1991 № 1488-1 «Об



инвестиционной деятельности в РСФСР» и Федеральный закон от 25.02.1999 № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений».

В соответствии со ст. 19 Закона о привлечении инвестиций на регулируемые им отношения не распространяется действие Федерального закона № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений». Однако в ст. 19 отсутствует упоминание о Законе 1488-1 «Об инвестиционной деятельности в РСФСР», который, несмотря на давность принятия, является действующим.

Краудфандинг исключает жесткий контроль над бизнесом со стороны инвестора, характерный для традиционных способов инвестирования. Доноры не наделяются правами инвесторов, предусмотренными Законом № 1488-1 «Об инвестиционной деятельности в РСФСР». Например, в силу п. 3 ст. 7 последнего незавершенные объекты инвестиционной деятельности являются долевой собственностью соинвесторов. Однако краудфандинг такой возможности не предусматривает. Кроме того, в отличие от инвесторов, доноры не вправе владеть, пользоваться и распоряжаться объектами и результатами инвестиций (п. 5 ст. 5 Закона № 1488-1). Таким образом, деятельность доноров не может считаться инвестиционной с точки зрения Закона № 1488-1<sup>22</sup>.

В связи с тем, что деятельность по привлечению инвестиций посредством инвестиционных платформ предполагает активное участие инвесторов — физических лиц, актуальным является вопрос о правовых мерах их защиты, так как краудфандинговая деятельность по определению является высокорисковой, особенно на фоне низкой финансовой грамотности населения.

Одним из основных направлений защиты инвесторов в Законе о привлечении инвестиций являются меры, направленные на установление минимального набора необходимой информации, которая должна находиться в открытом доступе на инвестиционной платформе.

Закон возлагает обязанность по обеспечению доступа к названной информации на оператора, который несет ответственность перед участниками за убытки, «причиненные вследствие раскрытия недостоверной, неполной и (или) вводящей в заблуждение информации об информационной платформе и о ее операторе». Такая ответственность устанавливается и в законодательстве зарубежных стран. Например, в Бельгии краудфандинговая площадка и реципиент отвечают перед инвестором-потребителем за недобросовестное поведение, в том числе за введение его в заблуждение или сокрытие от него какой-либо информации<sup>23</sup>.

В свете рассмотрения мер защиты инвесторов — физических лиц актуальным является вопрос о том, распространяется ли на отношения по привлечению инвестиций законодательство о защите прав потребителей.

Судебная практика дает положительный ответ на данный вопрос.

Георгиевский городской суд Ставропольского края в решении от 24.05.2019 по делу № 2-1129/2019 применил нормы о защите прав потребителей при выз-

<sup>22</sup> Диркова Е. Краудфандинг глазами бухгалтера // Расчет. 2017. № 12. С. 50—51.

<sup>23</sup> Яценко Т. С. Проблема охраны прав инвесторов в краудфандинге: риски инвестирования и пути их преодоления // Журнал российского права. 2019. № 8. С. 62—71.

скании задолженности по договору займа, указав, что займодавец является зарегистрированным пользователем веб-сайта, размещенного в сети Интернет, принадлежащего ООО «С.». В обоснование такой позиции суд сослался на постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2012 № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей».

Так, ООО «С.» (агент заемщика) юридически не участвует в сделках по инвестированию, заключаемых пользователями сайта с заемщиком, в том числе ООО «С.» не является стороной договора займа, однако в рамках заключенного с заемщиком договора возмездного оказания услуг приняло на себя обязанности по осуществлению в интересах последнего ряда фактических действий, в частности по перечислению платежей по договорам займа, заключенным между заемщиком и займодавцем. Договор займа и договоры поручительства заключены через инвестиционную платформу в соответствии с условиями пользовательского соглашения и договором возмездного оказания услуг.

В рамках договора целевого денежного займа гражданин И. является потребителем финансовой услуги ООО «Б.», выражающейся в привлечении последним денежных средств физических лиц, в частности денежных средств истца. Таким образом, применительно к Закону РФ «О защите прав потребителей» истец является потребителем, а ответчик ООО «Б.» — исполнителем финансовой услуги.

С указанной позицией суда о том, что получение у физического лица займа для осуществления деятельности является оказанием последнему финансовой услуги, сложно согласиться.

В статье 4 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» в понятие финансовой услуги, помимо банковских, лизинговых, страховых услуг, услуг на рынке ценных бумаг, включены услуги, связанные с привлечением и (или) размещением денежных средств юридических и физических лиц, оказываемые финансовой организацией.

Необходимым условием для финансовой услуги является ее оказание не любым лицом, а обладающим статусом финансовой организации, перечень которых также содержится в Федеральном законе от 26.07.2006 № 135 «О защите конкуренции».

Этот существенный признак был упущен в постановлении Пленума Верховного Суда РФ № 17, на которое ссылаются судебные органы, в результате чего любое привлечение займа юридическим лицом от физического лица стало подпадать под критерий финансовой услуги, что не соответствует существу финансовых услуг.

Юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, привлекающий финансирование через инвестиционную платформу, не являются финансовой организацией и не оказывают финансовые услуги, а получают средства для реализации собственных целей и, следовательно, на данные отношения Закон о защите прав потребителей распространяться не должен.

Единственная сфера, регулирование которой возможно законодательством о защите потребителей, это отношения, возникающие из договора оказания услуг между физическим лицом (инвестором) и оператором инвестиционной платформы, но только в рамках деятельности по организации привлечения инвестиций.

С учетом того, что надлежащее информирование является одной из наиболее действенных мер защиты прав инвесторов, законодательство ожидаемо включил



инвестиционные платформы в перечень источников формирования кредитной истории. Однако данной меры недостаточно для полноценной интеграции рассматриваемой деятельности в систему формирования кредитных историй.

Федеральный закон от 30.12.2004 № 218-ФЗ «О кредитных историях» распространяет свое действие исключительно на отношения, связанные с выдачей кредитов и займов, в то время как круг способов инвестирования, предусмотренных Федеральным законом № 259-ФЗ, шире и включает также приобретение утилитарных цифровых прав и эмиссионных ценных бумаг.

Инвестирование с помощью инвестиционных платформ предполагает привлечение широкого круга доноров, не обладающих специальными познаниями и навыками, необходимыми для самостоятельной оценки представленных предложений и надежности реципиентов. Поэтому представляется необходимым внесение изменений в Федеральный закон «О кредитных историях» с целью обеспечения возможности формирования кредитных историй по всем лицам, привлекающим инвестиции любыми способами, допускаемыми законом, а не только путем получения займов.

Данные меры приведут к повышению уровня защиты инвесторов и снижению рисков мошенничества на рассматриваемом рынке.

Краудфандинг в настоящий момент не конкурирует в полной мере с банковскими продуктами, но с учетом значительных темпов развития по всему миру в перспективе может занять значительную долю рынка кредитования. Риск рассматриваемых инвестиций гораздо выше, чем у консервативных финансовых инструментов. Это вызывает необходимость в развитии системы защиты прав инвесторов с сохранением инвестиционной привлекательности краудфандинга для лиц, привлекающих инвестиции, как более простой и доступной системы получения финансирования. Закон о привлечении инвестиций стал одним из первых шагов в формировании правового регулирования краудфандинга, однако новизна и специфический характер регулируемых им отношений не позволили в полной мере вписать их в существующую правовую систему, и уже сейчас очевидна необходимость внесения соответствующих изменений в действующие нормативные правовые акты и дальнейшего совершенствования Закона о привлечении инвестиций.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Амелин Р. В.* Правовое регулирование общественных отношений в сфере информационных систем: цивилистический и информационно-правовой подходы // Актуальные проблемы российского права. — 2017. — № 12. — С. 68—77.
2. *Диркова Е.* Краудфандинг глазами бухгалтера // Расчет. — 2017. — № 12. — С. 50—51.
3. *Казаченок О. П.* Взаимное (P2P) кредитование как современный инструмент альтернативного финансирования // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2018. — № 10 (50). — С. 147—155.
4. *Казаченок О. П.* Несоответствие действующего законодательства потребностям информационного общества на примере займа электронных денежных

- ных средств // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2017. — № 10. — С. 47—50.
5. *Казаченок О. П.* Цифровые права в современном гражданском обороте: тенденции и перспективы развития // *Хозяйство и право*. — 2019. — № 11. — С. 39—44.
  6. *Кузнецов В. А.* Краудфандинг: актуальные вопросы регулирования // *Деньги и кредит*. — 2017. — № 1.
  7. *Кузнецова О. А.* Экономико-социальная природа и правовая форма краудфандинговых отношений // *Пермский юридический альманах. Ежегодный научный журнал*. — 2019. — № 1. — С. 473—483.
  8. *Марамыгин М. С.* Финансовые инструменты новой индустриализации в реалиях краудэкономики // URL: <http://www.usue.ru/nevidimaya/finansovye-instrumenty-novoj-industrializacii-v-realiyah-kraudekonomiki/> (дата обращения: 03.01.2020).
  9. *Сарнаков И. В., Слепцова Ю. М.* Правовые горизонты P2P-, P2B- и B2B-кредитования в России // *Юрист*. — 2018. — № 5. — С. 17—24.
  10. *Яценко Т. С.* Проблема охраны прав инвесторов в краудфандинге: риски инвестирования и пути их преодоления // *Журнал российского права*. — 2019. — № 8. — С. 62—71.
  11. *Bradford C. S.* Crowdfunding and the Federal Securities Law // *Columbia Business Law Abstract*. — 2012. — № 1. — P. 14—27.





**Александр  
Александрович  
СИТНИК,**

доцент кафедры  
финансового права  
Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА),  
кандидат юридических наук  
[aasitnik@gmail.com](mailto:aasitnik@gmail.com)  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

## ВАЛЮТНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ И ВАЛЮТНЫЙ КОНТРОЛЬ В БРАЗИЛИИ

**Аннотация.** Настоящая статья посвящена изучению системы валютного регулирования и валютного контроля в Бразилии. В работе анализируется история валютного регулирования указанной страны, систематизируются источники правового регулирования валютных операций, приводится информация о полномочиях Центрального банка Бразилии в рассматриваемой сфере, а также перечисляются лица, признаваемые в Бразилии агентами валютного контроля.

**Ключевые слова:** валютное регулирование, валютный контроль, валютные операции, органы валютного регулирования, валютное законодательство, Бразилия, агенты валютного контроля.

DOI: 10.17803/2311-5998.2020.72.8.086-092

**A. A. SITNIK,**

Associate Professor of the Department of banking law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),  
Cand. Sci. (Law)  
[aasitnik@gmail.com](mailto:aasitnik@gmail.com)

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### FOREIGN EXCHANGE REGULATION AND FOREIGN EXCHANGE CONTROL IN BRAZIL

**Abstract.** This article is devoted to the study of the system of foreign exchange regulation and foreign exchange control in in Brazil. The paper analyzes the history of the foreign exchange regulation of the specified country, systematizes the sources of legal regulation of foreign exchange transactions, provides information on the powers of the Central Bank of Brazil in this area, and lists the persons recognized in Brazil as currency control agents.

**Keywords:** foreign exchange regulation, foreign exchange control, foreign exchange operations, foreign exchange regulation bodies, foreign exchange legislation, Brazil, foreign exchange control agents.

**В**алютный контроль в настоящее время применяется во многих странах мира. Здесь в первую очередь следует отметить страны, составляющие международную группу БРИКС, куда, помимо России, также входят Бразилия, Индия, Китай и ЮАР. Как отмечается в Стратегии экономического партнерства БРИКС, в данное объединение входят страны, которые в своей совокупности объединяют 43 % населения и 30 % суши планеты и на которые приходится 21 %

мирового ВВП<sup>1</sup>. Во всех странах БРИКС действует система валютного регулирования и валютного контроля.

Представляется, что на сегодняшний день среди всех перечисленных стран наиболее либеральное валютное законодательство действует в Бразилии. Вместе с тем так было не всегда.

Авторы доклада «Реформа валютного регулирования и валютного контроля в России» характеризуют валютное законодательство Бразилии как «достаточно либеральное» и, по их мнению, в сравнении с Индией, Китаем и Россией, система валютного регулирования Бразилии «более прогрессивна»<sup>2</sup>.

Начиная с 1930-х гг. в Бразилии существовала достаточно жесткая система валютного регулирования. Так, в 1931 г. Декретом 20,451 введена государственная валютная монополия — исключительное право на совершение валютных операций, которое было закреплено за Банком Бразилии. В 1933 г. Декретом № 23,258 введена обязанность по репатриации экспортной выручки и ее конвертации в национальную валюту.

Важные изменения валютного режима Бразилии связаны с принятием в 1962 г. Закона № 4,131, действующего с изменениями и дополнениями до сих пор. В соответствии со ст. 2 данного Закона на иностранный капитал распространяется правовой режим, идентичный тому, который действует в отношении национального капитала<sup>3</sup>.

Позднее, 31.12.1964 на основании Закона № 4,595 был образован Национальный валютный совет (Conselho Monetário Nacional) — высший орган национальной финансовой системы Бразилии. Он отвечает за выработку денежно-кредитной политики страны, направленной на обеспечение монетарной стабильности, а также экономического и социального развития Бразилии. На сегодняшний день членами Национального валютного совета являются министр финансов, министр планирования, развития и управления, председатель Центрального банка Бразилии<sup>4</sup>. Тем же Законом Центральному банку Бразилии (далее также — ЦБР) гарантировано монопольное право на совершение валютных операций<sup>5</sup>.

Анализируя данный период, ЦБР отмечает, что «процедуры валютного контроля, проводившиеся преимущественно без электронной регистрации, осуществлялись также в отношении операций по услугам и операциям по движению капита-

<sup>1</sup> Стратегии экономического партнерства БРИКС. С. 3 // URL: <http://infobrics.org/files/pdf/107.pdf> (дата обращения: 01.09.2019).

<sup>2</sup> На это, в частности, обращают внимание авторы доклада «Реформа валютного регулирования и валютного контроля в России». Также, по их мнению, в сравнении с Индией, Китаем и Россией, система валютного регулирования Бразилии «более прогрессивна» (Коваль А.А., Левашенко А.Д., Синельников-Мурылев С. Г., Трунин П. В. Реформа валютного регулирования и валютного контроля в России. М., 2018. С. 27—28).

<sup>3</sup> Lei № 4,131, de 3 de setembro de 1962 // URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4131.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4131.htm) (дата обращения: 30.11.2019).

<sup>4</sup> URL: [https://www.bcb.gov.br/Pre/CMN/Entenda\\_o\\_CMN.asp?idpai=CMNINTRO](https://www.bcb.gov.br/Pre/CMN/Entenda_o_CMN.asp?idpai=CMNINTRO).

<sup>5</sup> Luiz Fernando de Paula. Financial Liberalization and Economic Performance: Brazil at the Crossroads (Routledge Studies in the Modern World Economy). 2011. P. 69.



ла. Таким образом, в течение десятилетий Бразилия жила с бюрократическими ограничениями на доступ к иностранной валюте на валютном рынке»<sup>6</sup>.

Начиная с конца 1980-х гг. вследствие глобального долгового кризиса (кризис международной задолженности) в Бразилии начинается либерализация валютного режима. В 1987 г. был открыт доступ иностранным портфельным инвестициям на внутренний валютный рынок<sup>7</sup>. В 1985 г. в целях осуществления контроля над валютными операциями была создана Информационная система Центрального банка Бразилии (Sistema de Informações do Banco Central (SISBACEN)), которая используется для мониторинга внутренних и трансграничных финансовых операций.

С 18.01.1999 введена система свободно плавающего валютного курса. Вместе с тем в Бразилии действовало два валютных рынка: с так называемым туристическим обменным курсом и со свободными курсами (коммерческий курс). Нерезиденты, незарегистрировавшие инвестиции, лишались доступа к коммерческому курсу для целей репатриации и перевода денежных средств<sup>8</sup>.

Середину 2000-х гг. ознаменовала еще одна волна либерализации валютного законодательства. Например, как отмечается в докладе Международного валютного фонда о валютных режимах и валютных ограничениях, «в марте 2005 г. были объединены валютные рынки; отменено требование, согласно которому резиденты переводили иностранную валюту за рубеж через счета СС5 (счета финансовых организаций нерезидентов) и отменены требования обязательной продажи экспортной выручки, отменены запреты и ограничения на куплю-продажу иностранной валюты и международные переводы в реалах для большинства операций»<sup>9</sup>.

В 2006 г. резидентам разрешено оставлять 30 % валютной выручки, а в 2008 г. — 100 % такой выручки. Таким образом, фактически было отменено требование о репатриации.

К источникам валютного регулирования и валютного контроля Бразилии можно отнести комплекс нормативных правовых актов:

1. Конституцию Федеративной Республики Бразилия от 05.10.1988. Так, на основании ст. 22 Конституции Бразилии принятие законов в сфере валютного регулирования относится к исключительной компетенции Союза (федерального уровня).

2. Законы Федеративной Республики Бразилия, среди которых можно выделить: — Закон от 03.09.1962 № 4,131<sup>10</sup>, регулирующий операции с иностранным капиталом в Бразилии и порядок осуществления денежных переводов за границу;

<sup>6</sup> Simplification Measures in the Foreign Exchange Area // URL: [https://www.bcb.gov.br/rex/legCE/Ingl/Ftp/Simplification\\_Measures\\_in\\_the\\_Foreign\\_Exchange\\_Area.pdf](https://www.bcb.gov.br/rex/legCE/Ingl/Ftp/Simplification_Measures_in_the_Foreign_Exchange_Area.pdf). P. 3 (дата обращения: 30.11.2019).

<sup>7</sup> *Luiz Fernando de Paula*. Op. cit.

<sup>8</sup> Brazil Company Laws and Regulations Handbook: Strategic Information and Basic Laws (World Business and Investment Library). 2013. P. 83.

<sup>9</sup> Brazil: 2012 Article IV Consultation—Staff Report ; Public Information Notice on the Executive Board Discussion ; and Statement by the Executive Director for Brazil // URL: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2012/cr12191.pdf>. P. 3 (дата обращения: 30.11.2019).

<sup>10</sup> Lei 4.131, de 3 de setembro de 1962.

— Закон от 28.11.2006 № 11,371<sup>11</sup> — определяет порядок регистрации операций с иностранным капиталом, осуществления платежей в магазинах беспошлинной торговли, расположенных в портах и аэропортах и т.д.

3. Декреты Президента Бразилии, в частности Декрет от 17.02.1965 № 55,762, развивающий и дополняющий положения Закона № 4,131.

4. Нормативные правовые акты Центрального банка Бразилии, в частности:

— резолюция от 29.05.2008 № 3,568<sup>12</sup>, регулирующая правовое положение субъектов валютного рынка. Данный нормативный правовой акт определяет, в частности, круг субъектов, которые могут действовать в качестве агентов, уполномоченных совершать операции на валютном рынке, порядок выдачи им разрешений Центральным банком Бразилии, права и обязанности данных лиц;

— резолюция от 31.08.2005 № 3,312<sup>13</sup> — определяет порядок совершения операций хеджирования с иностранными финансовыми учреждениями или на зарубежных биржах;

— резолюция 23.03.2010 № 3,844<sup>14</sup> — регулирует обращение иностранного капитала в Бразилии и порядок регистрации соответствующих операций Центральным банком Бразилии;

— резолюция от 29.09.2014 № 4,373<sup>15</sup> — устанавливает правила осуществления нерезидентами инвестиций на финансовом рынке и рынке капитала;

— циркуляр от 16.12.2013 № 3,690<sup>16</sup> — закрепляет классификацию операций на валютном рынке.

В соответствии со ст. 9 резолюции № 3,568 операции на валютном рынке должны:

I — соответствовать руководящим принципам и процедурам, предусмотренным законодательством и подзаконными нормативными правовыми актами;

II — регистрироваться в Информационной системе Центрального банка Бразилии;

III — соответствовать операционным требованиям, устанавливаемым Центральным банком Бразилии.

На сегодняшний день Информационная система Центрального банка Бразилии является основным инструментом мониторинга финансовых операций. В указанной системе отражается вся необходимая информация об экспортных операциях резидентов<sup>17</sup>. Кроме того, ст. 25 резолюции № 3,568 вводит обяза-

<sup>11</sup> Lei 11.371, de 28 de novembro de 2006.

<sup>12</sup> Resolução 3.568, de 29/5/2008.

<sup>13</sup> Resolução 3.312, de 31/8/2005.

<sup>14</sup> Resolução 3.844, de 23/3/2010.

<sup>15</sup> Resolução 4.373, de 29/9/2014.

<sup>16</sup> Circular 3.690, de 16/12/2013.

<sup>17</sup> Отмечается, что «в электронную систему поступают следующие параметры: информация о клиенте, информация об уполномоченном банке клиента, информация о месте осуществления операции, используемая валюта, цель осуществления операции, сумма операции, курс обмена валюты. Эта информация помогает Центральному банку Бразилии отслеживать потенциально незаконные валютные операции, пресекать их, а также



тельную регистрацию в SISBASEN депозитных счетов в национальной валюте, открытых на территории Бразилии, резидентов физических и юридических лиц, проживающих или расположенных за рубежом. Также обязательна регистрация в данной системе информации об операциях, совершаемых по депозитным счетам указанных лиц, в размере, равном или превышающем 10 тыс. долл. США (ст. 26).

Оценивая результаты функционирования SISBASEN, Центральный банк Бразилии отметил, что «с одной стороны, процедура (регистрации информации. — *Прим. авт.*) доказала эффективность в отслеживании и контроле экспортных операций. Она также позволила обеспечить сбор точных данных и информации, касающихся бразильского экспорта и импорта. С другой стороны, это потребовало осуществления большого количества отдельных записей в системах, что приводит к высоким операционным издержкам банков и корпораций»<sup>18</sup>.

На Центральный банк Бразилии возлагается обязанность по проведению финансовой, в том числе валютной, политики, выработанной Национальным валютным советом. Между тем достаточно долго в Бразилии не было своего центрального банка. Как отмечал К. Рибейро, «в мире нет примера страны, которой потребовалось бы столько времени, чтобы создать свой центральный банк»<sup>19</sup>. Так, 02.02.1945 Декретом-законом № 7,293<sup>20</sup> было образовано Управление денежного обращения и кредита (*Superintendência da Moeda e do Crédito*). Это орган, находившийся в ведении Министерства финансов и отвечавший за контроль за денежным рынком (*controle do mercado monetário*). Управление также осуществляло надзор за банковскими организациями страны. Между тем, как отмечают бразильские авторы, данный орган так и «не смог превратиться в независимый центральный банк»<sup>21</sup>.

Центральный банк Республики Бразилия (*Banco Central da República do Brasil*) образован на основании Закона от 31.12.1964 № 4.595<sup>22</sup>. В 1967 г. он переименован в Центральный банк Бразилии. На основании параграфа III ст. 11 Закона № 4.595 Центральный банк Бразилии действует в целях обеспечения нормального функционирования валютного рынка, стабильности валютных курсов и платежного баланса. В соответствии с параграфом VIII ст. 10 названного Закона Центральный банк Бразилии осуществляет надзор за финансовыми учреждениями и привлекает их к ответственности.

---

собрать необходимую статистику» (*Коваль А. А., Левашенко А. Д., Синельников-Мурылев С. Г., Трунин П. В. Указ. соч. С. 28*).

<sup>18</sup> Simplification Measures in the Foreign Exchange Area // URL: [https://www.bcb.gov.br/rex/legCE/Ingl/Ftp/Simplification\\_Measures\\_in\\_the\\_Foreign\\_Exchange\\_Area.pdf](https://www.bcb.gov.br/rex/legCE/Ingl/Ftp/Simplification_Measures_in_the_Foreign_Exchange_Area.pdf). P. 3 (дата обращения: 30.11.2019).

<sup>19</sup> *Casimiro Ribeiro*. Цитата по: Superintendência da moeda e do crédito // URL: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/superintendencia-da-moeda-e-do-credito-sumoc> (дата обращения: 30.11.2019).

<sup>20</sup> Decreto-Lei nº 7.293, de 2 de fevereiro de 1945. Утратил юридическую силу.

<sup>21</sup> Eduardo de Vasconcelos Raposol, Yuri Kasahara II. Instituições Fortes, Moeda Estável e Banco Central do Brasil Autônomo // *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro. 2010. Vol. 53. № 4. P. 932.

<sup>22</sup> Lei 4,595, de 31 de setembro de 1964.

Как и в иных странах, входящих в БРИКС, бразильское валютное законодательство наделяет особым правовым статусом организации, имеющие право на совершение операций в валюте. Центральный банк Бразилии вправе выдавать разрешения на совершение валютных операций ряду финансовых организаций, которые после получения соответствующего разрешения рассматриваются в качестве «агентов, уполномоченных совершать операции на валютном рынке» (*agente autorizado a operar no mercado de câmbio*).

В соответствии со ст. 2 резолюции № 3,568 Центральный банк Бразилии выдает разрешения на осуществление операций на валютном рынке многопрофильным банкам (*bancos múltiplos*), коммерческим банкам, сберегательным банкам, инвестиционным банкам, банкам развития (*bancos de desenvolvimento*), валютным банкам (*bancos de câmbio*), кредитным, финансовым и инвестиционным организациям, брокерским организациям по ценным бумагам (*sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários*), организациям-дистрибьютерам ценных бумаг (*sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários*) и валютно-брокерским организациям (*sociedades corretoras de câmbio*).

Агенты, уполномоченные совершать операции на валютном рынке, могут осуществлять следующие операции:

I — банки, за исключением банков развития, и Федеральный сберегательный банк (*Caixa Econômica Federal*) — все операции на валютном рынке;

II — банки развития, кредитные, финансовые и инвестиционные организации — отдельные операции, разрешенные Центральным банком Бразилии;

III — брокерские организации по ценным бумагам, организации-дистрибьютеры ценных бумаг и валютно-брокерские организации:

— валютные операции с клиентами на сумму до 100 тыс. долл. США или ее эквивалента в других валютах;

— операции на межбанковском рынке, арбитражные операции в Бразилии (*arbitragens no País*) и арбитражные операции за рубежом, осуществляемые через банк, уполномоченный совершать операции на валютном рынке;

IV — туристические агентства могут покупать и продавать наличную иностранную валюту, чеки и дорожные чеки для международных поездок.

Центральный банк Бразилии в соответствии со ст. 7 резолюции № 3,568 может мотивированно:

I — отозвать или временно приостановить действие разрешения по соображениям целесообразности (*conveniência e oportunidade*);

II — прекращать действие разрешений в связи с нарушением, установленным в ходе административного разбирательства, или приостанавливать их в целях предосторожности в соответствии с законом;

III — аннулировать разрешение в случае неосуществления организацией валютных операций в течение 180 дней.

Агенты обязаны обеспечивать соблюдение законов и подзаконных нормативных правовых актов, регулирующих валютные операции (ст. 17 резолюции № 3,568). Также они должны идентифицировать своих клиентов, проверять их полномочия и законность сделок (ст. 18 резолюции № 3,568). В то же время параграф 5 ст. 8 резолюции № 3,568 предусматривает исключение из данного правила. При покупке или продаже иностранной валюты на сумму, не превышающую



3 тыс. долл. США или ее эквивалента в других валютах, можно не требовать предоставления юридических документов, связанных со сделкой, а также копий документов, удостоверяющих личность клиента.

На основании ст. 8 резолюции № 3,568 физические и юридические лица могут покупать и продавать иностранную валюту или осуществлять любые международные переводы в бразильской валюте без ограничения суммы. Эти операции возможны, если контрагентом является агент, уполномоченный на совершение операций на валютном рынке, и при условии законности сделки, ее экономической обоснованности соблюдения обязанностей, определенных в соответствующих документах.

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. Коваль А. А., Левашенко А. Д., Синельников-Мурылев С. Г., Трунин П. В. Реформа валютного регулирования и валютного контроля в России. — М., 2018.
2. Brazil Company Laws and Regulations Handbook: Strategic Information and Basic Laws (World Business and Investment Library). — 2013.
3. Brazil: 2012 Article IV Consultation—Staff Report; Public Information Notice on the Executive Board Discussion; and Statement by the Executive Director for Brazil // URL: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2012/cr12191.pdf>. (дата обращения: 30.11.2019).
4. Eduardo de Vasconcelos Raposol, Yuri Kasaharall. Instituições Fortes, Moeda Estável e Banco Central do Brasil Autônomo // Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro. — 2010. — Vol. 53. — № 4.
5. Luiz Fernando de Paula. Financial Liberalization and Economic Performance: Brazil at the Crossroads (Routledge Studies in the Modern World Economy). — 2011.
6. Simplification Measures in the Foreign Exchange Area // URL: [https://www.bcb.gov.br/rex/legCE/Ingl/Ftp/Simplification\\_Measures\\_in\\_the\\_Foreign\\_Exchange\\_Area.pdf](https://www.bcb.gov.br/rex/legCE/Ingl/Ftp/Simplification_Measures_in_the_Foreign_Exchange_Area.pdf) (дата обращения: 30.11.2019).
7. Superintendência da moeda e do crédito // URL: <http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/superintendencia-da-moeda-e-do-credito-sumoc> (дата обращения: 30.11.2019).

## ВЕЩНЫЕ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ СДЕЛКИ С ПРИМЕНЕНИЕМ ТЕХНОЛОГИИ BLOCKCHAIN<sup>1</sup>

**Аннотация.** Настоящая статья посвящена вопросам совершения вещных обеспечительных сделок с применением технологии блокчейн. Определяются особенности заключения вещных обеспечительных сделок в блокчейне. Определяются преимущества использования технологии блокчейн для заключения вещных обеспечительных сделок. Анализируются положения российского и иностранных законодательств на предмет возможности использования технологии блокчейн для заключения вещных обеспечительных сделок, в том числе сделок залога и удержания вещи. Приводятся выводы об особенностях заключения сделок залога с криптоактивами с точки зрения российского права.

**Ключевые слова:** вещное обеспечение, залог, удержание, блокчейн, криптоактив, биткоин.

DOI: 10.17803/2311-5998.2020.72.8.093-115



**Дмитрий Валериевич  
ЧУБ,**

старший преподаватель  
кафедры банковского права  
Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА),  
кандидат юридических наук  
**dchub1991@gmail.com**  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

**D. V. CHUB,**

the Lecturer of the Department of banking law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),  
Cand. Sci. (Law)

**dchub1991@gmail.com**

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### ESSENTIAL SECURITY TRANSACTIONS WITH APPLICATION OF BLOCKCHAIN TECHNOLOGY

**Abstract.** This article is devoted to the issue of carrying out real security transactions using blockchain technology. The features of concluding real security transactions in the blockchain are determined. The advantages of using blockchain technology for concluding real security transactions are determined.

The provisions of Russian and foreign legislation are analyzed with a view to the possibility of using blockchain technology for concluding real security transactions, including pledge and retention. Conclusions are given on the features of concluding pledge with crypto assets from the point of view of Russian law.

**Keywords:** real security, pledge, retention, blockchain, crypto assets, bitcoin.

<sup>1</sup> Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16203 «Российское и зарубежное право об использовании цифровых технологий в банковской деятельности и практика его применения: сравнительно-правовой аспект».

Технология распределенного реестра<sup>2</sup>, к которой относится и блокчейн<sup>3</sup>, стремительно развивается, весьма эффективно и быстро интегрируется в хозяйственные процессы современной мировой экономики, приводя к постоянному расширению сферы их применения. Использование блокчейна не только привело к упрощению ряда хозяйственных процессов, но и создало абсолютно новые отношения, ранее неизвестные участникам рынка. «Оборот товаров постепенно утрачивает свое доминирование на рынке, он уступает сделкам с другими благами (работы, услуги, цифровые активы)»<sup>4</sup>.

Столь кардинальное изменение экономических отношений не могло не выявить пробелы их правового регулирования.

При этом, как справедливо отметила О. Дергунова, «блокчейн как технология не подпадает под нормативное регулирование. Понятие “легитимность” применимо только к решениям, созданным с помощью блокчейна»<sup>5</sup>. Иначе говоря, не блокчейн является предметом законодательного регулирования, а те операции, которые совершаются на его основе и с его помощью.

Нужно отметить, что законодатели отдельных стран и мировое юридическое сообщество в целом достаточно оперативно принялись устранять возникшие проблемы правового регулирования. Постепенно внедряются адекватные и соответствующие возникшему спросу правовые механизмы.

Вместе с тем остался еще довольно большой пласт неразрешенных вопросов. К ним не в последнюю очередь относятся вопросы заключения в блокчейне сделок, направленных на обеспечение исполнения обязательств. Особый интерес вызывает возможность заключения вещных обеспечительных сделок, в том числе договоров залога, в блокчейне.

Следует отметить, что к вещным обеспечениям относятся не только залог и удержание, но и, например, обеспечительная купля-продажа. Вещное обеспе-

<sup>2</sup> Напомним, что основная идея распределенного реестра заключается в том, что любой участник такого реестра держит у себя копию всего реестра, и в то же время он уверен в том, что его копия соответствует копиям, находящимся у других участников реестра. Иначе говоря, отсутствует какой-либо единственный оригинальный реестр (см.: *Hughes H. Blockchain and the Future of Secured Transactions Law // Stanford Journal of Blockchain Law & Policy. 2020. Vol. 3. № 1. URL: <https://stanford-jblp.pubpub.org/pub/blockchain-secured-transactions> (дата обращения: 10.03.2020)*).

<sup>3</sup> Напомним, что блокчейн может выполнять следующие функции. Во-первых, это децентрализованный реестр, который не подчиняется какому-то конкретному центру. Во-вторых, блокчейн представляет собой реестр данных, который невозможно подделать, поскольку он распределен между всеми узлами сети, которая поддерживается ее участниками, ими же подтверждается любая передача данных в блокчейн-системе. В-третьих, блокчейн использует специальный протокол консенсуса для передачи не только важной информации, но и определенных активов.

<sup>4</sup> Основные положения гражданского права : постатейный комментарий к статьям 1—16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А. Г. Карапетов. М., 2020. С. 68 (авторы комментария к статье 1 ГК РФ — А. Г. Карапетов, А. О. Рыбалов, С. В. Сарбаш).

<sup>5</sup> «Мастерчейн» — первый юридически чистый блокчейн в России // URL: <http://masterchain.rbc.ru/> (дата обращения: 20.02.2020).

чение предоставляет кредитору такие юридические эффекты, как приоритет и следование, а также возможность контролировать имущество должника, предоставившего обеспечение (или в некоторых случаях даже управлять им).

Приоритет вещного обеспечения предоставляет кредитору, в пользу которого оно установлено, возможность преимущественного права перед иными кредиторами должника удовлетворить свои требования к должнику за счет предмета вещного обеспечения. Следование вещного обеспечения означает, что любое лицо, которое приобретает предмет вещного обеспечения у изначального должника, обязано выдать его кредитору, в пользу которого такое обеспечение было установлено, для обращения взыскания по долгу должника<sup>6</sup>.

Вопрос заключения вещных обеспечительных сделок в блокчейне имеет весьма важное значение для развития экономических отношений, и в первую очередь кредитных отношений<sup>7</sup>.

Следует отметить, что банки уже стараются использовать в своей деятельности блокчейн, в том числе для целей совершения обеспечительных сделок. Так, еще в 2018 г. «Райффайзенбанк» выпустил первую международную банковскую гарантию на блокчейн. В рамках сделки белорусский «Приорбанк» выпустил международную банковскую гарантию по поручению Мозырского НПЗ для бенефициара «Газпромнефть», апробировав технологию распределенных реестров на платформе R-chain. «Райффайзенбанк» обеспечил полное техническое сопровождение проведения сделки через платформу R-chain, предназначенную для обработки и передачи электронных данных и автоматизации процессов по выпуску банковских гарантий, а также выступил как участник сделки<sup>8</sup>.

По состоянию на 01.01.2019 АКБ «Абсолют Банк» (ПАО) провел первую коммерческую сделку по выпуску цифровой банковской гарантии на базе блокчейн-платформы «Мастерчейн»<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Более подробно о вещном обеспечении и его юридических эффектах см.: Бевзенко Р. С. Вещное обеспечение как механизм контроля и управления активами должника // Вестник гражданского права. 2018. № 1 ; Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307—453 Гражданского кодекса Российской Федерации / В. В. Байбак, Р. С. Бевзенко, О. А. Беляева [и др.] ; отв. ред. А. Г. Карапетов. М., 2017. С. 243, 292—293.

<sup>7</sup> Как совершенно справедливо отметил Х. Вебер, обеспечительные сделки особенно востребованы в том случае, когда должнику был предоставлен кредит (в экономическом смысле), иначе говоря, когда кредитор в соответствии с договором предоставляет исполнение ранее должника, т.е. отказывается от того, чтобы исполнять собственное обязательство одновременно со встречным обязательством другой стороны (см.: Вебер Х. Обеспечение обязательств. М., 2009. С. 1).

<sup>8</sup> См.: Райффайзенбанк объявляет о выпуске первой международной банковской гарантии на блокчейн // URL: <https://www.raiffeisen.ru/about/press/releases/72590/> (дата обращения: 05.02.2020).

<sup>9</sup> См.: «Абсолют Банк» выдал первую цифровую банковскую гарантию // URL: [https://cnews.ru/news/line/2019-01-18\\_absolyut\\_bank\\_vydal\\_pervuyu\\_tsifrovuyu\\_bankovskuyu](https://cnews.ru/news/line/2019-01-18_absolyut_bank_vydal_pervuyu_tsifrovuyu_bankovskuyu) (дата обращения: 05.02.2020).



Это неудивительно, поскольку именно банки являются наиболее активными участниками различных обеспечительных сделок, заключаемых, в частности, в целях обеспечения возврата предоставленного кредитного финансирования. Ведь банки всегда волнует платежеспособность их заемщиков. Для банков-кредиторов вопрос наличия или отсутствия обеспечения исполнения кредитных обязательств заемщика особенно остро возникает в ситуации, когда заемщик не может больше обслуживать свой кредит и возникают просрочки в платеже.

Анализ российской и зарубежной правовой доктрины, а также законодательства и правоприменительной практики показывает, что основная проблема связана с возможностью переноса вещных обеспечительных сделок (да и в целом традиционных видов обеспечения исполнения обязательств)<sup>10</sup> в технологию блокчейн, в том числе посредством смарт-контракта.

Кроме того, вопросы вызывает и возможность заключения вещных обеспечительных сделок в отношении цифровых активов, в том числе криптовалюты. Решение данных вопросов будет иметь важное значение не только для развития банковского бизнеса, но и в целом для всего хозяйственного оборота, как национального, так и международного.

При этом отмеченные проблемы осложняются тем, что в настоящее время отсутствует единый подход к понятию «цифровой актив» как в доктрине, так и в практике на государственном и межгосударственном уровне. Так, в решении Высшего Евразийского экономического совета от 11.10.2017 № 12 «Об Основных направлениях реализации цифровой повестки Евразийского экономического союза до 2025 года»<sup>11</sup> цифровой актив понимается как совокупность информации в цифровой форме и средств по ее обработке, собранной на основе конкурентной бизнес-модели, использование которой приводит к получению экономических выгод.

На сайте ИА «Банки.ру» дается следующее понятие цифрового актива: «Цифровой актив — информационный ресурс, производный от права на ценность и обращающийся в распределенном реестре в виде уникального идентификатора»<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Для каждой страны характерен свой законодательный набор обеспечительных сделок. Например, российскому праву неизвестен такой вид залоговой сделки, распространенной в Англии, как *floating charge*. При этом *floating charge* не совпадает с российской концепцией тотального залога (п. 2 ст. 339 ГК РФ).

Более подробно о правовой природе *floating charge* см.: Ферран Э. Природа плавающего залога // Частное право и финансовый рынок : сборник статей / Л. С. Балеевских, М. Л. Башкатов, В. А. Белов [и др.] ; отв. ред. М. Л. Башкатов. М. : Статут, 2014. Вып. 2. 543 с. ; Зикун И. И. Концепция глобального обеспечения в гражданском праве зарубежных стран // Опыты цивилистического исследования : сборник статей / Д. В. Гудков, И. И. Зикун, А. А. Зябликов [и др.] ; рук. авт. кол. и отв. ред. А. М. Ширвиндт, Н. Б. Щербаков. М. : Статут, 2016. 448 с. ; Договорное и обязательственное право (общая часть) : постатейный комментарий к статьям 307—453 Гражданского кодекса Российской Федерации. С. 289. Также, например, имеется большая разница в таком виде залога, как *pledge*, по праву Англии и Швеции, Дании.

<sup>11</sup> СПС «КонсультантПлюс».

<sup>12</sup> Что такое цифровой актив // URL: [https://www.banki.ru/wikibank/tsifrovoy\\_aktiv/](https://www.banki.ru/wikibank/tsifrovoy_aktiv/) (дата обращения: 05.02.2020).

Л. В. Санникова и Ю. С. Харитоновна, указывая на отсутствие единого понятия цифровых активов, выделяют следующие их признаки: они нематериальны и не нуждаются в материализации в реальном мире; существуют только в цифровой, а не электронной форме; представлены в качестве записей (кода), создаются с помощью кодирования с применением криптографии и могут быть воспроизведены только с помощью специальных технических устройств<sup>13</sup>.

Приведенные позиции представляют собой лишь небольшую часть всего многообразия подходов к определению цифровых активов.

Также следует отметить, что к цифровым активам относятся достаточно различные объекты. Так, М. А. Рожкова отмечает, что к цифровым активам относится виртуальное имущество (нематериальные объекты, которые имеют экономическую ценность, но полезны или могут быть использованы исключительно в виртуальном пространстве), объекты гражданских прав, если они созданы при помощи современных технологий в «новой» — электронной — форме<sup>14</sup>.

Для целей настоящей работы под цифровыми активами мы будем понимать такие объекты гражданских прав, которые созданы или записаны с помощью технологии блокчейн.

Учитывая изложенное, сначала будут рассмотрены общие вопросы совершения вещных обеспечительных сделок в блокчейне, а затем — вопросы заключения указанных сделок в отношении криптоактивов, включая криптовалюту.

## Совершение вещных обеспечительных сделок в блокчейне

Несомненно, заключение в блокчейне такого вида вещного обеспечения, как договор залога, имеет ряд несомненных преимуществ. Так, совершение сделок по залогу имущества с применением технологии блокчейн позволит банкам сократить срок заключения сделки и установления залога на имущество залогодателя, исключить ряд промежуточных участников кредитного процесса и, как следствие, сократить расходы на сопровождение таких сделок<sup>15</sup>.

В свою очередь, сокращение издержек на заключение кредитного договора и договора залога приведет к снижению процентных ставок по кредитам, что сделает сам процесс кредитования для заемщиков более привлекательным<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> См.: Санникова Л. В., Харитоновна Ю. С. Правовая сущность новых цифровых активов // Закон. 2018. № 9. С. 86—95.

<sup>14</sup> См.: Рожкова М. А. Цифровые активы и виртуальное имущество: как соотносится виртуальное с цифровым // URL: [https://zakon.ru/blog/2018/06/13/cifrovye\\_aktivy\\_i\\_virtualnoe\\_imuschestvo\\_kak\\_sootnositsya\\_virtualnoe\\_s\\_cifrovym#\\_ftn16](https://zakon.ru/blog/2018/06/13/cifrovye_aktivy_i_virtualnoe_imuschestvo_kak_sootnositsya_virtualnoe_s_cifrovym#_ftn16) (дата обращения: 21.02.2020).

<sup>15</sup> В настоящее время банки предпринимают попытки использовать блокчейн для целей заключения договоров залога. Например, голландский банк ABN Amro уже заключает сделки залога в блокчейне (URL: <https://www.abnamro.com/en/about-abnamro/in-society/innovation/blockchain/index.html> (дата обращения: 27.02.2020)).

<sup>16</sup> См. Савельев А. И. Некоторые правовые аспекты использования смарт-контрактов и блокчейн-технологий по российскому праву // Закон. 2017. № 5. С. 94—117.



Блокчейн позволяет перевести всю документацию, подготавливаемую в рамках кредитного процесса (кредитные договоры и договоры залога, документы, составляющие кредитное досье заемщика, акты осмотра предмета залога и проч.), в электронный формат. Данное обстоятельство весьма важно, поскольку позволит банкам минимизировать риск физического уничтожения документов, составленных на бумажных носителях, наличие которых порой имеет весьма важное и определяющее юридическое значение.

Ведь отсутствие у банка оригинала соответствующего договора, заключенного с клиентом, часто негативно сказывается на правовом положении банка. В случае спора между банком и его заемщиком неспособность банка представить оригинал кредитного договора или договора залога или поручительства может привести к самым неожиданным негативным для банка последствиям.

Так, в российской судебной практике в сфере потребительского кредитования была высказана позиция, согласно которой в случае, если заемщик отрицает факт заключения кредитного договора, указывает на то, что он не подписывал с банком кредитные договоры, то банку необходимо представить оригинал кредитного договора, на основании которого он предъявляет к заемщику свои исковые требования, в том числе для целей проведения судебной экспертизы (определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 16.10.2018 № 5-КГ18-172).

Предъявление суду оригиналов кредитного договора и обеспечительного договора имеет важное значение в процедурах банкротства при рассмотрении заявления банка о включении его требований, основанных на кредитном договоре, в реестр требований кредиторов заемщика-должника. Верховный Суд РФ в определении от 08.05.2019 № 305-ЭС18-25788 (2) по делу № А40-203935/2017 отметил следующее: «Нахождение ответчика в статусе банкрота-лицца с высокой степенью вероятности может свидетельствовать о том, что денежных средств для погашения долга перед всеми кредиторами недостаточно. Поэтому в случае признания каждого нового требования обоснованным доля удовлетворения требований этих кредиторов снижается, в связи с чем они объективно заинтересованы, чтобы в реестр включалась только реально существующая задолженность. Этим объясняется установление в делах о банкротстве повышенного стандарта доказывания при рассмотрении заявления кредитора о включении в реестр, т.е. установление обязанности суда проводить более тщательную проверку обоснованности требований по сравнению с обычным общеисковым гражданским процессом. На практике это означает, что суды должны не только проверять формальное соблюдение внешних атрибутов документов, которыми кредиторы подтверждают обоснованность своих требований, но и оценивать разумные доводы и доказательства (в том числе косвенные, как в отдельности, так и в совокупности), указывающие на пороки сделок, цепочек сделок (мнимость, притворность и т.п.) или иных источников формирования задолженности».

Использование технологии блокчейн сделает процесс заключения кредитных договоров (с последующим предоставлением кредитных средств) и договоров залога более прозрачным, что позволит банкам лучше организовать систему внутреннего контроля и внутренней безопасности (например, в целях предот-

вращения случаев подлога со стороны сотрудников банка, взаимодействующих с его потенциальными клиентами, — клиентских менеджеров).

Например, американские ученые Azad Ali и David Smith предложили следующий вариант переноса процесса заключения договора залога, предметом которого является недвижимое имущество, в систему распределенного реестра (DLT).

Шаг 1. Заемщик направляет банку кредитную заявку. Банком для заемщика в DLT создается генезис-блок, т.е. самый первый блок в DLT. Причем DLT создается в дату подачи кредитной заявки заемщиком.

Шаг 2. Предварительная оценка кредита. Клиентский менеджер банка включает в DLT информацию о заемщике, а также о будущем кредите и залоге. Формируется новый блок, содержащий решение клиентского менеджера о возможности выдачи кредита под залог недвижимости.

Шаг 3. Обработка полученной кредитной заявки. Заемщик предоставляет дополнительные документы и информацию, которые включаются в DLT. Это могут быть кредитная история заемщика, доказательства его платежеспособности, финансовая отчетность и проч. Вся указанная информация хранится в DLT и защищается приватным и публичным ключами.

Шаг 4. Кредитный андеррайтинг. Уполномоченный сотрудник банка проверяет имеющиеся в DLT документы, оценивает их и принимает решение о возможности выдачи кредита.

Шаг 5. Оценка предмета залога. На данном этапе оценщик оценивает предмет залога и создает новый блок в DLT, включая в него всю информацию о проведенной им работе (результаты оценки).

Шаг 6. Инспекция предмета залога. Строительный инспектор обследует предмет залога и вносит результаты в DLT, где отражается наличие повреждений в недвижимости — предмете залога, которые могут отразиться на ее стоимости.

Шаг 7. Решение о выдаче кредита и его предоставление. На данном этапе принимается окончательное решение о предоставлении или непредоставлении кредита. При положительном решении заемщику предоставляются денежные средства. При этом соответствующие решения также вносятся в DLT<sup>17</sup>.

Также использование блокчейна позволит центральным банкам или иным уполномоченным органам более эффективно организовывать проведение проверок в отношении банков. Центральные банки или иные уполномоченные органы, осуществляющие проверки в отношении кредитных организаций, получат доступ к поэтапному принятию в кредитной организации решений о предоставлении тому или иному заемщику ссуды (кредита) и смогут более точно оценить экономическую обоснованность и целесообразность такого решения<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Azard A., Smith D. Blockchain and mortgage lending process: A study of people, process, and technology involved // Online journal of applied knowledge management. 2019. Vol. 7. Is. 1. P. 62—63.

<sup>18</sup> Например, в российских условиях часто можно встретить ситуации, при которых бенефициары банков, чье финансовое положение не является удовлетворительным, выводят из этих банков ликвидные активы путем предоставления «невозвратных» кредитов техническим компаниям, фирмам-однодневкам, сопровождая такие операции безупречными с формальной точки зрения документами.



Кроме того, блокчейн может быть использован в качестве системы реестра и инвентаризационной системы для записи, мониторинга, идентификации и ведения любого актива<sup>19</sup>. Следовательно, блокчейн может быть использован для любой формы ведения реестра для учета имущества (имущественных прав), например для ведения реестра залоговых прав, в том числе таких залоговых прав, которые устанавливаются на банковские счета, права по которым были переданы в качестве обеспечения исполнения обязательства.

Наиболее очевидный способ переноса традиционных залоговых сделок в блокчейн является смарт-контракт. Напомним, что основанный на блокчейне смарт-контракт представляет собой платформу для проведения операций и совершения сделок. Но сам по себе смарт-контракт каким-то видом сделок не является<sup>20</sup>. Эта программа влечет определенные юридические последствия: она обеспечивает движение (транзакцию) актива между сторонами сделки. Смарт-контракт создает самоисполняемые транзакции по автоматическому переводу активов сторонам сделки. Смарт-контракт также представляет собой автоматически исполняемую последовательность инструкций, основанных на заранее определенных данных.

Отмечается, что теоретически стороны могут заключить любой договор через смарт-контракт<sup>21</sup>. Следовательно, любой обеспечительный договор также может быть заключен с помощью смарт-контракта.

Вместе с тем не во всех развитых странах законодательство детально регулирует возможность заключения договоров залога с помощью смарт-контрактов. Во многих случаях возможность заключения договоров залога и залогоподобных сделок через смарт-контракт вытекает, исходя из системного толкования общих положений законодательства о форме сделки, договорах и порядке их заключения (совершения)<sup>22</sup>.

Ряд законодательств допустили возможность заключения сделок, в том числе залоговых, через смарт-контракт. Так, российское право признало возможность заключения письменных сделок, к которым относятся большинство обеспечительных договоров, в том числе и залог, а также поручительство, с помощью смарт-контракта. Пункт 1 ст. 160 Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ) указывает на то, что требования к письменной форме сделки будут считаться соблюденными, если сделка совершена с помощью электронных средств, позволяющих воспроизвести на материальном носителе в неизменном виде содержание сделки. В данном случае под электронными средствами допустимо понимать и блокчейн, а также основанный на нем смарт-контракт<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Ryan R., Donohue M. Securities on Blockchain // The Business Lawyer. Winter 2017—2018. Vol. 73. P. 91.

<sup>20</sup> Hughes H. Op. cit.

<sup>21</sup> Hughes H. Op. cit.

<sup>22</sup> Следует отметить, что автору не удалось обнаружить какую-либо развитую страну, в законодательстве которой был бы установлен прямой категоричный запрет на заключение договоров (не только направленных на установление обеспечительного обременения в отношении какого-либо актива) через смарт-контракт.

<sup>23</sup> В дальнейшем российский законодатель планирует конкретизировать понятие смарт-контракта. Так, в проекте федерального закона № 419059-7 «О цифровых финансо-

Еще дальше пошло законодательство Франции, которым прямо была признана возможность заключения договоров залога в блокчейне. Такая возможность появилась в связи с принятием Декрета Государственного совета от 24.12.2018 № 2018-1226, внесшего изменения в ст. L.211-20 Денежного и финансового кодекса Франции (далее — ДФК), касающиеся использования блокчейна (технологии распределенного реестра) для учета прав на финансовые ценные бумаги (*titres financiers*)<sup>24</sup>, совершения сделок с ними, в том числе заключения договоров залога.

В данном случае речь идет об учете в блокчейне прав только на бездокументарные ценные бумаги. По общему правилу бездокументарные ценные бумаги учитываются за их владельцем путем внесения записи по соответствующему счету лица, являющегося правообладателем таких ценных бумаг. Учет прав на бездокументарные ценные бумаги может осуществлять или сам эмитент, или специальное уполномоченное лицо. Именно наличие записи о ценной бумаге по счетам правообладателя позволяет говорить о наличии ценной бумаги и констатирует права ее владельца<sup>25</sup>.

Реформа французского законодательства допустила учет бездокументарных ценных бумаг не только на специальных счетах, но и в блокчейне. Абзац 2 ст. L.211-3 ДФК предусматривает, что запись ценных бумаг в блокчейне (распределенном реестре) заменяет запись ценных бумаг по специальным счетам. Как отмечается во французской доктрине, законодатель установил, что запись ценных бумаг в блокчейне создает такой же правовой эффект, как и запись ценных бумаг на специальном счете<sup>26</sup>.

Данное обстоятельство имеет очень важное значение, поскольку позволяет с юридической точки зрения оценивать действия, совершаемые в блокчейне. Однако запись о ценных бумагах в блокчейне не равносильна внесению инфор-

---

вых активах» предлагается определить смарт-контракт следующим образом: «Смарт-контракт — договор в электронной форме, исполнение прав и обязательств по которому осуществляется путем совершения в автоматическом порядке цифровых транзакций в распределенном реестре цифровых транзакций в строго определенной таким договором последовательности и при наступлении определенных им обстоятельств».

<sup>24</sup> Следует отметить, что ст. 211-1 Денежного и финансового кодекса Франции устанавливает, что финансовыми ценными бумагами являются: 1) долевые ценные бумаги (акции) (*les titres de capital*), эмитированные акционерными обществами; 2) долговые финансовые инструменты (*les titres de créance*); 3) доли и акции инвестиционных фондов. При этом финансовые ценные бумаги являются финансовыми инструментами, к которым также относятся финансовые контракты (URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichcodearticle.do?cidtexte=legitext000006072026&idarticle=legiarti000006646457&datetexte=&categorie=legitext000006072026>) (дата обращения: 12.02.2020)).

Вместе с тем в блокчейне можно совершать операции не со всеми финансовыми ценными бумагами, а только с такими, которые не обращаются на организованном рынке.

<sup>25</sup> *Adelle J.-F., Poracchia D.* Nantissement de titres financiers enregistrés sur un DLT (blockchain): reconnaissance d'une universalité fictive // *Option Finance*. № 1494. Janvier 2019. P. 48

<sup>26</sup> *Legeais D.* Nantissement de titres financiers via la Blockchain // *Revue de droit bancaire et financier*. Janvier — février 2019. № 1. P. 14.



мации о ценных бумагах в специальные счета, которые ведутся эмитентами или уполномоченными лицами. Иначе говоря, счет, на котором учитываются ценные бумаги, внесенные в блокчейн, не является счетом, который ведет эмитент или уполномоченное лицо, например депозитарий.

Статья R.211-1 ДФК<sup>27</sup> указывает, что финансовые ценные бумаги возникают у их правообладателя только с момента внесения записи о них в блокчейне.

Благодаря данной реформе Франция стала одной из первых европейских стран, достаточно детально регламентировавших данный вопрос. Как отмечается во французской доктрине, проведенная во Франции реформа была призвана поддержать деятельность организаций коллективного капиталовложения (*organismes de placement collectif*, OPC)<sup>28</sup>.

Отныне во Франции участники хозяйственного оборота могут использовать два вида залога финансовых ценных бумаг. Первый вид — классический. Он заключается в залоге прав по обычному счету депо, на котором учитываются ценные бумаги. Второй вид — залог ценных бумаг, записанных на блокчейне<sup>29</sup>.

При этом сам залог ценных бумаг, записанных в блокчейне, может быть осуществлен двумя способами. Первый способ позволяет заложить в целом все права по счету (*compte-titres*), по которому учитываются права на ценные бумаги, зарегистрированному в блокчейн-системе. Второй способ заключается в залоге каждой конкретной ценной бумаги, учитываемой на счете, зарегистрированном в блокчейне.

Принципиальное отличие залога прав по счету, на котором учитываются ценные бумаги, записанные в блокчейне, от залога конкретных ценных бумаг заключается в том, что залог прав по счету имеет своим предметом сам счет, т.е. обременение устанавливается в отношении всех ценных бумаг на счете на дату установления залога<sup>30</sup>. В связи с этим залогодатель и залогодержатель могут договором определить, подпадают ли под залог ценные бумаги, которые будут приобретены залогодателем после заключения договора залога, или нет. Данное обстоятельство имеет весьма важное практическое значение.

Залог самих ценных бумаг предусматривает, что закладываются только определенные ценные бумаги, учитываемые на счете. Как правило, это какая-то часть ценных бумаг, имеющих на счете на дату установления обеспечения<sup>31</sup>. При этом без дополнительного совместного волеизъявления залогодателя и залогодержателя право залога не распространяется на иные ценные бумаги, которые поступят на счет в будущем.

<sup>27</sup> «Les titres financiers ne sont matérialisés que par une inscription dans le compte-titres du ou des propriétaires ou au bénéfice du ou des propriétaires dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé» // Официальный сайт Правительства Франции «Legifrance». URL: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichcode.do;jsessionid=a9c12a76734c1a956aca3562e6b17026.tplgr27s\\_1?idsectionta=legiscta000037927460&cidtexte=legitext000006072026&datetexte=20200324](https://www.legifrance.gouv.fr/affichcode.do;jsessionid=a9c12a76734c1a956aca3562e6b17026.tplgr27s_1?idsectionta=legiscta000037927460&cidtexte=legitext000006072026&datetexte=20200324) (дата обращения: 12.02.2020).

<sup>28</sup> *Legeais D.* Nantissement de titres financiers via la Blockchain. P. 14.

<sup>29</sup> *Legeais D.* Nantissement de titres financiers via la Blockchain. P. 14.

<sup>30</sup> *Crocq P.* Nantissement. Répertoire de droit civil. Dalloz, 2017. P. 81.

<sup>31</sup> См.: *Pelier J.-D.* Droit de rétention et nantissement de titres financiers // Recueil Dalloz. Octobre 2019. № 33. P. 1846.

При этом к залогу ценных бумаг или прав по счету, по которому учитываются ценные бумаги, зарегистрированные в блокчейне, применяются общие положения гражданского законодательства Франции о залоге ценных бумаг и прав по счетам депо.

Основными участниками залоговых отношений в этом случае являются залогодатель — владелец счета, на котором учитываются ценные бумаги, записанные в блокчейне, залогодержатель, а также лицо, которое ведет счет залогодателя в блокчейне (аналог депозитария).

Залогодержатель совместно с залогодателем определяет условия, при которых залогодатель может распоряжаться заложенными ценными бумагами. У залогодержателя есть право в любой момент запросить у залогодателя справку о состоянии заложенного счета и о количестве ценных бумаг, учитываемых на нем (абз. 1 ст. L. 211-20 ДФК). Законодатель при этом предоставил участникам хозяйственных отношений определенную свободу. Так, не было определено, какой тип блокчейна должен использоваться: публичный или частный<sup>32</sup>. В связи с этим участники оборота вправе самостоятельно выбирать, какой тип блокчейна им подходит.

К лицу, которое ведет заложенный счет залогодателя, установлены определенные требования. Так, определено, что блокчейн-система, используемая для совершения транзакционных операций с ценными бумагами, должна обеспечить возможность идентифицировать, прямо или косвенно, держателя ценных бумаг, а также их вид и количество (ст. R.211-9-7 ДФК). За такую идентификацию отвечает лицо, которое ведет в блокчейне счет владельца заложенных ценных бумаг.

Данное требование объясняется тем, что по французскому праву владельцы финансовых ценных бумаг, записанных в блокчейне, могут совершать с ними сделки (в том числе устанавливая залоговое обременение), используя вымышленные наименования и имена (псевдонимы) (ст. R.211-9-7 ДФК). Единственное требование, которое предъявляется к таким владельцам, заключается в том, чтобы можно было в любой момент их идентифицировать. Идентификация в таком случае может быть осуществлена через используемый публичный ключ на записанный в блокчейне портфель ценных бумаг<sup>33</sup>.

Требование об обязательной идентификации направлено на борьбу с отмыванием денежных средств, полученных преступным путем.

С технической точки зрения запись о залоге ценных бумаг отражается в реестре блокчейна. Любые транзакции ценных бумаг, в том числе совершение залоговых сделок, в блокчейне представляют собой систему блоков, неразрывно

<sup>32</sup> *Legeais D.* Nantissement de titres financiers via la Blockchain. P. 14.

<sup>33</sup> *Legeais D.* L'utilisation de la blockchain pour les titres de sociétés non cotées // Droit des sociétés. Février 2019. № 2. P. 7.

Анонимность в совершении транзакций с криптоактивами имеет весьма важное значение для всего рынка криптоактивов. Переводы криптоактивов в значительном размере могут спровоцировать на рынке соответствующие ценовые изменения. См. об этом, например: «Биткоин-киты» произвели несколько крупных переводов на биржу Binance // URL: <https://cryptocurrency.tech/bitcoin-kity-proizveli-neskolko-krupnyh-perevodov-na-birzhu-binance/> (дата обращения: 20.02.2020).



связанных между собой. При этом вся информация о ценных бумагах, об операциях с ними содержится в одном большом реестре данных, распределенном между всеми участниками блокчейн-системы.

Помимо установления в блокчейне залогового обременения, французский законодатель предусмотрел возможность совершения в блокчейне еще одного вида классической для французского права обеспечительной сделки. Речь идет о праве удержания (*droit de rétention*)<sup>34</sup>.

Необходимо отметить, что право удержания по французскому праву не аналогично институту удержания по российскому праву. По праву удержания во французском праве кредитор может удержать вещь другого лица, являющегося его дебитором, если дебитор не исполнил перед кредитором свое денежное обязательство. Например, если аудитор были предоставлены оригиналы документов для проведения финансового анализа клиента, но в последующем клиент не оплатил оказанные услуги аудитора, то аудитор вправе удержать оригиналы документов клиента до момента полной оплаты оказанных услуг. Или еще пример: хранитель может не возвращать вещь, переданную ему на хранение поклажедателем до тех пор, пока поклажедатель не уплатит вознаграждение хранителю.

Вместе с тем право удержания по французскому праву отличается от залога, поскольку оно не предоставляет кредитору возможность реализовать удерживаемое имущество и удовлетворить свои денежные требования к должнику, чья вещь удерживается.

Право удержания возникает в двух случаях: или в результате наличия sinalлагматического договора между сторонами, или при отсутствии такой sinalлагматической связи. В первом случае, т.е. при наличии sinalлагматической связи между сторонами, в качестве примера можно привести договор купли-продажи, когда продавцу не была покупателем уплачена цена товара. Тут продавец вправе не передавать товар покупателю до полной его оплаты. Во втором случае в качестве примера можно привести ситуацию, при которой право удержания вещи заявляет ее приобретатель, если будет установлено, что вещь была утеряна собственником или у него украдена. С одной стороны, приобретатель должен передать вещь ее действительному собственнику, который утратил ее помимо своей воли. Вместе с тем приобретатель может удержать вещь в целях получения денежной суммы, которую он уплатил, в случаях, установленных законом (абз. 1 ст. 2277 Гражданского кодекса Франции).

Право удержания вещи кредитором защищает его от виндикационного иска, который может быть заявлен ему должником.

Возвращаясь к теме криптоактивов, следует обратить внимание на ст. L.211.-20 ДФК, в силу которой кредитор может реализовать право удержания в отношении ценных бумаг, которые учитываются на специальном счете, записанном в блокчейне, права на который были заложены. Данная конструкция может быть весьма удобна в случае, когда кредитором является сама криптобиржа, которая ведет счет залогодателя.

<sup>34</sup> См.: *Aynès L., Crocq P. Droit de sûretés*. Paris, 2015. P. 256—275.

В то же время если кредитору были заложены не права по счету, а отдельно ценные бумаги, записанные в блокчейне, то в этом случае кредитор не может реализовать право удержания на них<sup>35</sup>.

### Заключение вещных обеспечительных сделок, предметом которых выступают криптоактивы

Как отмечается в доктрине, любая валюта, финансовый контракт или финансовый актив могут быть предметом транзакционной операции в такой системе, как блокчейн, если можно создать цифровую версию финансового актива вместо его версии материальной<sup>36</sup>.

Основная проблема, которая возникает при совершении вещных обеспечительных сделок с криптоактивами, связана в первую очередь с правовой квалификацией таких активов. Иначе говоря, применение определенного вида вещного обеспечения исполнения обязательств напрямую зависит от того, каким образом с точки зрения права следует квалифицировать криптоактив. Наиболее распространены два вида криптоактива: это криптовалюта и токены. В первую очередь рассмотрим возможность совершения сделок залога с криптовалютой.

Анализ законодательств разных стран показывает, что нет единообразного подхода к тому, что такое криптовалюта, и, как следствие, разнятся подходы в вопросе совершения залоговых сделок в отношении нее. В английском праве была высказана идея о том, что криптоактивы, в том числе криптовалюта, относятся к имуществу (*property*<sup>37</sup>). В связи с этим теоретически на них может быть установлено право собственности.

При этом отмечается, что если криптовалюту можно будет считать настоящей валютой, то она может быть предметом традиционных видов вещных обеспечительных сделок. Например, возможно применение норм о залоге прав требований по договору банковского счета<sup>38</sup>.

По английскому праву криптоактив может быть предметом залога в форме *mortgage*, а не в форме *pledge*<sup>39</sup>, поскольку физически передать в материальном

<sup>35</sup> *Pelier J.-D.* Op. cit. P. 1846—1847.

<sup>36</sup> *Ryan R., Donohue M.* Securities on Blockchain // *The Business Lawyer*. Winter 2017—2018. Vol. 73. P. 91.

<sup>37</sup> Термин *property* может использоваться, во-первых, для обозначения объекта права собственности, во-вторых, — для обозначения самого права собственности. См.: *Фомина О. Н.* Правовое положение предпринимательской корпорации в США и акционерного общества в Российской Федерации: сравнительно-правовой анализ : монография. М., 2016.

<sup>38</sup> *Cryptocurrency and its impact on insolvency and restructuring* // *INSOL special report*. May, 2019. P. 26 // URL: <https://www.dlapiper.com/~media/files/news/2019/06/special-report-cryptocurrency-29-may-2019-final.pdf?la=en&hash=668f3d8499af6a596e78dff94b8d87fab4c85a35> (дата обращения: 01.03.2020).

<sup>39</sup> В английском праве есть несколько институтов, используемых для обозначения залога. Так, используются залогов в форме *pledge* и *mortgage*. Разница между ними заключается в том, что залог в форме *pledge* используется в тех случаях, когда пред-



мире криптоактивы, включая криптовалюту, невозможно. При этом для правового регулирования сделок залога, предметом которых выступают криптоактивы и криптовалюта, могут быть использованы существующие общие положения о залоге неосязаемых объектов (intangible property).

Например, фактически залог в форме mortgage может иметь место в случае, когда сторона «А» переводит стороне «В» какой-либо криптоактив в обеспечение исполнения «А» своего обязательства перед «В», а «В» обязуется вернуть криптоактив «А» в случае полного исполнения «А» своего обязательства перед «В».

Технически существует множество способов, которые позволили бы создать контроль кредитора в отношении криптоактива должника, например с помощью смарт-контракта или Multisig-кошелька<sup>40</sup>. Если взять указанный выше пример, то получается, что кредитор «В» фактически с помощью соответствующих технических решений получает возможность контролировать криптоактив, который ему передал его должник «А».

Вместе с тем отмечается, что с учетом правовой позиции, сформированной в английской судебной практике в 2014 г.<sup>41</sup>, нет уверенности в том, что закон признает такое «обеспечение», создающее залоговый эффект в отношении криптоактива в техническом плане, в качестве настоящего обеспечения. Скорее, в данном случае речь идет о квазиобеспечении (quasi-security). Особенность такого квазиобеспечения заключается в том, что лицо, в пользу которого оно установлено, может не получить всех прав и гарантий, которые предоставлены законом лицу, в пользу которого установлен легальный способ обеспечения исполнения

---

мет залога передается во владение залогодержателю. Иначе pledge можно именовать залогом.

Залог в форме mortgage представляет собой фидуциарную сделку, по которой кредитор становится собственником закладываемой вещи. Однако при выполнении должником обеспеченного залогом обязательства он обязан вновь перенести право собственности на залогодателя. При неисполнении должником обязательства кредитор-залогодержатель вправе также потребовать передачи ему вещи во владение и продать ее с публичных торгов для удовлетворения своих требований. См.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. М., 2011. Книга первая : Общие положения. С. 503 ; Legal statement on cryptoassets and smart contracts // Materials of UK Jurisdiction Taskforce. November, 2019. P. 25 // URL: [https://35z8e83m1ih83drye280o9d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2019/11/6.6056\\_JO\\_Cryptocurrencies\\_Statement\\_final\\_web\\_111119-1.pdf](https://35z8e83m1ih83drye280o9d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2019/11/6.6056_JO_Cryptocurrencies_Statement_final_web_111119-1.pdf).

<sup>40</sup> Понятие multisig (мультиподпись) представляет собой особый тип цифровых подписей, который позволяет двум или более пользователям подписывать документы вместе как группа. Мультиподпись создается посредством комбинации нескольких уникальных подписей. В качестве простой аналогии можно представить безопасную ячейку с двумя замками и двумя ключами. Один ключ находится у Алисы, а другой — у Боба. Единственный способ, которым они могут открыть ячейку, состоит в том, чтобы предоставить оба их ключа одновременно, поэтому один человек не сможет открыть коробку без согласия другого. См. об этом: Что такое Multisig-кошелек? // URL: <https://www.binance.vision/ru/security/what-is-a-multisig-wallet> (дата обращения: 25.02.2020).

<sup>41</sup> Your Response Ltd v. Datateam Business Media Ltd. 2014. EWCACiv 281 // URL: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b46f1ed2c94e0775e7ee3bb> (дата обращения: 20.02.2020).

обязательств. При этом провести различие между квазиобеспечением и настоящим обеспечением бывает крайне сложно<sup>42</sup>.

Несколько иная ситуация складывается в Швеции, законодательство которой также знает различные виды обеспечительных сделок. В Швеции, как и в Англии, существует такая разновидность залога, как *pledge*. Вместе с тем, в отличие от английского подхода, в Швеции возможно установить *pledge* в отношении не-осязаемых активов (акции, иные финансовые инструменты, объекты интеллектуальной собственности), к которым относится и криптовалюта. Следовательно, по шведскому праву возможно установление залога в форме *pledge* в отношении криптовалюты.

Чтобы *pledge* был установлен в отношении криптовалюты, она должна находиться во владении залогодержателя. В связи с этим в шведской доктрине высказывается мнение, согласно которому соблюсти указанное требование о владении можно путем перечисления заложенной суммы криптовалюты на новый электронный кошелек. Информация о залоге в форме *pledge*, по общему правилу, должна быть внесена в специальный реестр. Например, в случае с залогом объектов интеллектуальной собственности такое уведомление направляется в Шведское бюро по регистрации патентов и товарных знаков (Swedish patent and trademark office). В то же время в Швеции отсутствует какой-либо реестр уведомлений о залоге криптовалюты, что делает невозможным уведомление третьих лиц о совершении залоговой сделки в отношении определенной криптовалюты<sup>43</sup>.

В Дании также возможно установить залог в отношении криптовалюты посредством *pledge* при условии, что залогодержатель будет владеть (*possession*) криптокошельком<sup>44</sup>, на котором будет учитываться заложенная криптовалюта.

В Нидерландах нет четкого понимания того, можно ли устанавливать обеспечительный эффект в отношении криптовалюты, поскольку все еще не проведена их юридическая классификация<sup>45</sup>.

Также итальянский законодатель не предусмотрел возможность установления традиционных способов обеспечения исполнения обязательств в отношении криптовалюты. Более того, против установления залога в отношении криптовалюты выступила итальянская судебная практика. Так, в недавнем деле «Seven Business Srl — One Coin» (Judgment 18/07/2018, Court of Brescia) суд указал, что невозможно установить залог в отношении криптовалюты<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Legal statement on cryptoassets and smart contracts // Materials of UK Jurisdiction Taskforce. November, 2019. P. 25.

<sup>43</sup> Cryptocurrency and its impact on insolvency and restructuring. INSOL special report. May, 2019. P. 28.

<sup>44</sup> Для целей настоящей работы термины «криптокошелек», «е-кошелек», «электронный кошелек» используются как равнозначные.

<sup>45</sup> Cryptocurrency and its impact on insolvency and restructuring // INSOL special report. May, 2019. P. 28.

<sup>46</sup> Cryptocurrency and its impact on insolvency and restructuring // INSOL special report. May, 2019. P. 29.



В юридической доктрине США уже высказывалось мнение о том, могут ли в залог быть переданы криптоактивы, записанные в блокчейне<sup>47</sup>. Во французской правовой доктрине отмечается, что юридически криптовалюта, в частности биткоин, является нематериальной движимой вещью (*bien meuble incorporel*)<sup>48</sup>. В связи с этим в отношении криптовалюты возможно совершение традиционных для французского права вещных обеспечительных сделок.

Одним из видов таких сделок является право продавца сохранить право собственности на продаваемое имущество. Статья 2367 Гражданского кодекса Франции предусматривает, что право собственности на вещь может быть удержано в качестве способа обеспечения исполнения обязательства посредством включения в договор купли-продажи условия о том, что за продавцом сохраняется право собственности на предмет купли-продажи до полной оплаты должником своего обязательства. Иначе говоря, не происходит эффект перехода титула с продавца на покупателя до момента оплаты покупателем выкупной цены.

Например, «А» продает «В» 0,01 биткоина за 60 евро. «А» и «В» посредством электронного документа<sup>49</sup> устанавливают условие о сохранении за «А» права собственности до полной оплаты «В» своего долга по договору купли-продажи биткоина. С технической точки зрения «А» переводит «В» биткоины, подписывая транзакцию своим частным ключом. «В» становится единственным владельцем биткоинов, с которыми «В» вправе совершать транзакционные операции. Обеспечить защиту прав «А» может только условие о сохранении за «А» права собственности до полной оплаты «В» биткоинов<sup>50</sup>.

Однако здесь возникает проблема, связанная с волатильностью биткоина. Рынок биткоина уже не раз доказывал, что цена биткоина может кардинально изменяться в течение одного операционного дня. В связи с этим возникает вопрос о том, какие должны наступить правовые последствия в ситуации, когда «В» не смог выплатить всю денежную сумму «А» и «А» требует расторжения договора и возврата ему биткоинов. Со своей стороны, если «А» фактически получил от «В» часть выкупной цены, то денежные средства должны быть возвращены «В». Но что, если цена биткоинов резко увеличилась?

Французское право предлагает следующее решение данной ситуации. В силу ст. 2371 Гражданского кодекса Франции в такой ситуации стоимость имущества, являвшегося предметом договора купли-продажи и подлежащего возврату, засчитывается в счет суммы возврата денег по методу сальдирования.

Рассмотрим данное правило на указанном выше примере. Представим, что «А» получил от «В» за переданные биткоины вместо оговоренных 60 евро только 30. «А» заявляет о расторжении договора купли-продажи и требует от «В» воз-

<sup>47</sup> Ryan R., Donohue M. Securities on Blockchain // *The Business Lawyer*. Winter 2017—2018. Vol. 73. P. 103.

<sup>48</sup> Roussille M. Le Bitcoin: objet juridique non identifié // *Banque et droit*. 2015. P. 2 ; Bali M. La prise de sûreté sur crypto-monnaie: le cas du Bitcoin // *Revue de droit bancaire et financier*. Novembre — décembre 2018. № 6. P. 21.

<sup>49</sup> По французскому праву документ, составленный на электронном носителе, имеет такую же юридическую силу, как и письменный документ.

<sup>50</sup> Bali M. Op. cit. P. 22.

врата биткоинов. В случае, если цена биткоинов не изменилась, т.е. они стоят 60 евро, то «А» должен будет вернуть «В» только ранее полученную сумму в 30 евро, поскольку стоимость полученного обратно имущества (в данном случае 60 евро за биткоины) превышает сумму долга. Если же цена биткоинов увеличилась, то «А» должен вернуть «В» 30 евро, а также всю денежную сумму, превышающую прежнюю цену биткоина. Например, цена биткоинов на дату их возврата стала 67 евро. Поэтому «А» вернет «В» ранее полученные 30 евро, а также 7 евро. И наоборот, если бы цена возвращаемых биткоинов стала меньше, то «В» должен был бы уплатить «А» разницу между оставшейся суммой долга, т.е. 30 евро, и актуальным курсом биткоина.

Другим видом вещной обеспечительной сделки по французскому праву, допустимым к совершению в отношении биткоина, является фидуция (*la fiducie-sûreté*).

В силу ст. 2372-1 Гражданского кодекса Франции право собственности на движимую вещь или на имущественное право может быть передано в качестве обеспечения исполнения обязательства на основании договора о фидуции, заключенного по правилам, предусмотренным ст. 2011—2030 Гражданского кодекса Франции. Участниками сделки являются фидуциант, т.е. продавец, и фидуциар, т.е. покупатель. Фидуциаром, т.е. покупателем движимой вещи, может быть, в частности, кредитная организация. Фидуциаром может быть и третье лицо, не являющееся стороной обеспечиваемого обязательства. По нормам французского законодательства договор фидуции должен быть зарегистрирован налоговым органом в месте нахождения фидуциара, т.е. покупателя вещи. Кроме того, информация о заключении договора фидуции публикуется в национальном реестре фидуций.

В случае, если фидуциар и кредитор являются разными лицами, исполнение договора фидуции, предметом которого являются криптоактивы, возможно с помощью технологии мультиподписи. Так, «А» направляет биткоины фидуциару «С» в пользу «В», являющегося кредитором «А». Если «А» не исполняет свое обязательство, то с помощью указанной технологии можно установить, что для перевода биткоинов «В» достаточно будет или цифровых подписей «В» и «С», или только подписи «С».

Верной будет и противоположная ситуация. Если «А» исполнит надлежащим образом свое обязательство, стороны могут согласовать, что подписей «А» и «С» достаточно для возврата биткоинов «А». В случае наличия разногласий между «А» и «В» или судебного акта, вынесенного в пользу «А», достаточно будет лишь цифровой подписи «С». В этом случае «С» выполняет роль некоего арбитра при разрешении разногласий между «А» и «В»<sup>51</sup>.

При заключении по французскому праву договора залога предметом залога может быть либо остаток по счету (криптокошельку), на котором учитываются биткоины, либо конкретная сумма биткоинов.

В случае установления залога на остаток по счету (криптокошельку) применению подлежат общие положения французского гражданского законодательства о залоге прав по счету, в том числе банковскому счету<sup>52</sup>. В силу ст. 2360 Граждан-

<sup>51</sup> *Bali M.* Op. cit. P. 23—24.

<sup>52</sup> *Bali M.* Op. cit. P. 26.



ского кодекса Франции право требования кредитора может быть обеспечено положительным остатком по счету, принадлежащему должнику. Об установленном залоге необходимо уведомить держателя счета (например, соответствующую кредитную организацию).

Применительно к залогоу конкретной суммы биткоинов во французской доктрине отмечается следующее. Залог движимых нематериальных активов, в том числе биткоинов, не предусмотрен ст. 2355 Гражданского кодекса Франции. В связи с этим применению подлежат по аналогии правила Гражданского кодекса Франции о залоге материальных движимых активов (*le gage*), в силу которых залогодержатель преимущественно перед иными лицами удовлетворяется из стоимости заложенного имущества. При этом важным элементом залога движимого имущества является передача предмета залога (*la dépossession*) залогодержателю или третьему лицу, определенному по соглашению между залогодателем и залогодержателем. Передача владения предметом залога необходима для того, чтобы залогодержатель мог противопоставить свой залог третьим лицам.

Залог биткоинов порождает дополнительные проблемы, связанные с тем, что нельзя передать их физически, в материальном мире. Поэтому в отношении биткоинов требование о передаче предмета залога может быть соблюдено следующим образом. Биткоины, являющиеся предметом залога, должны быть переведены в криптокошелек залогодержателя или криптокошелек третьего лица, определенного по соглашению между залогодателем и залогодержателем.

В первом случае залогодержатель имеет полный контроль над заложенными биткоинами. Во втором случае биткоины перечисляются по публичному адресу (публичному ключу) на криптокошелек третьего лица, заранее определенного залогодателем и залогодержателем. При этом такому третьему лицу стороны договора залога предоставляют инструкции, в соответствии с которыми происходит обращение взыскания на предмет залога.

Несколько иначе складывается ситуация в российском законодательстве. Еще до появления в ст. 128 ГК РФ цифровых прав как объектов гражданских прав упоминание о них появилось в российской судебной практике. Суды рассмотрели спор о том, является ли криптовалюта имуществом по смыслу российского законодательства<sup>53</sup>. Тогда суды ответили на данный вопрос положительно,

<sup>53</sup> Данный спор рассматривался в рамках дела № А40-124668/2017 о банкротстве И. И. Царькова. Суд первой инстанции указал, что криптовалюта не относится к объектам гражданских прав, находится вне правового поля на территории Российской Федерации, исполнение сделок с криптовалютой, ее транзакции не обеспечиваются принудительной силой государства. Апелляционная инстанция не согласилась с таким решением, отменила судебный акт суда первой инстанции, указав следующее: «Криптовалюта не может быть расценена применительно к ст. 128 ГК РФ иначе как иное имущество».

Любое имущество должника, имеющее экономическую ценность для кредиторов (включая криптовалюту), не может быть произвольно исключено из конкурсной массы без прямо предусмотренных ст. 131, 132, 213.25 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» либо иными федеральными законами оснований» (URL: <http://kad.arbitr.ru/Card/3e155cd1-6bce-478a-bb76-1146d2e61a4a>).

указав, что криптовалюта может быть отнесена к иному имуществу по прежней редакции ст. 128 ГК РФ.

В настоящее время в проекте федерального закона № 419059-7 «О цифровых финансовых активах» приводятся понятия криптовалюты и токена. Так, под криптовалютой понимается вид цифрового финансового актива, создаваемый и учитываемый в распределенном реестре цифровых транзакций участниками этого реестра в соответствии с правилами ведения реестра цифровых транзакций. Под токеном понимается вид цифрового финансового актива, который выпускается юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем с целью привлечения финансирования и учитывается в реестре цифровых транзакций.

Следовательно, по российскому праву криптоактивы, в том числе криптовалюта, являются особым видом объектов гражданских прав. Данное обстоятельство имеет весьма важное значение для заключения ряда вещных обеспечительных сделок, в частности договора залога. Так, в случае заключения договора залога в отношении криптоактивов следует решить важный практический вопрос о придании праву залогодержателя свойства публичности<sup>54</sup>. Согласно ст. 339.1 ГК РФ залог имущества, не относящегося к недвижимым вещам, а также к ценным бумагам, может быть учтен в реестре уведомлений о залоге движимого имущества, который ведут нотариусы. Необходимость такого учета заключается в том, что залогодержатель в отношениях с третьими лицами вправе ссылаться на принадлежащее ему право залога только с момента совершения записи об учете залога, за исключением случаев, когда третье лицо знало или должно было знать о существовании залога ранее этого<sup>55</sup>.

Следовательно, если право залога не будет опубликовано, т.е. не будет доведено до сведения третьих лиц, залогодержатель не сможет таким лицам противопоставить свое право залога. В частности, если третье лицо приобретет заложенный актив и при этом такое третье лицо не знало и не должно было знать о залоге, то залог прекращается.

Применительно к залогоу криптоактивов данное положение имеет весьма важное значение. Как указывалось выше, в российском праве криптоактив является иным имуществом (в отличие, например, от Австралии, где биткоин является законным инвестиционным инструментом, который может быть использован в каче-

<sup>54</sup> Р. С. Бевзенко под публичностью понимает доступность неограниченному кругу третьих лиц сведений о факте наличия вещного права. См.: *Бевзенко Р. С.* Публичность вещного обеспечения и его противопоставимость третьим лицам // *Вестник гражданского права*. 2019. № 4. С. 51—81.

<sup>55</sup> Р. С. Бевзенко отметил следующее: «При отсутствии публичности залога он не предоставит кредитору эффекта приоритета, договор залога породит лишь строго обязательственную обязанность залогодателя выдать залогодержателю определенную вещь для целей продажи ее на торгах. Полученные в этом случае при продаже заложенного имущества средства при банкротстве залогодателя будут распределяться без учета приоритета залогодержателя, и залогодержатель сможет претендовать на них на общих основаниях» (Договорное и обязательственное право (общая часть) : постатейный комментарий к статьям 307—453 Гражданского кодекса Российской Федерации. С. 243).



стве финансового обеспечения<sup>56</sup>). Следовательно, в случае заключения договора залога, например в отношении токенов, информацию о таком договоре и установлении права залога необходимо будет публиковать в нотариальном реестре.

Возможно, проблему решило бы использование для залоговых сделок публичного блокчейна. Ведь в таком случае третьи лица могли бы получить информацию о совершенной залоговой сделке в отношении заложенных токенов. Однако данный вопрос еще предстоит решить российскому законодателю, поскольку в актуальном проекте федерального закона «О цифровых финансовых активах» нет никакой информации о том, каким образом заключать залоговые сделки в отношении криптовалюты и иных видов криптоактивов, в том числе токенов.

На основании изложенного обоснован вывод, что не только в действующем законодательстве, но и в проекте закона о цифровых финансовых активах отсутствует четкий ответ относительно того, каким образом заключать те или иные обеспечительные сделки, предметом которых являются криптоактивы.

Вместе с тем установление любого вида обеспечения в отношении криптовалюты и криптоактива возможно чаще всего только с согласия должника и совместно с ним. Следовательно, установление способов обеспечения исполнения обязательств, являющихся односторонними сделками, в отношении криптоактивов весьма проблематично. Например, трудно представить себе установление удержания в отношении криптоактивов по российскому праву.

Данное утверждение связано с тем, что в российской юридической доктрине высказывается справедливая точка зрения о том, что удержание является односторонней сделкой<sup>57</sup>.

О том, что удержание является односторонней сделкой, признается и российской судебной практикой<sup>58</sup>.

Вместе с тем, справедливости ради следует отметить, что существует и иная точка зрения. Ее, например, придерживается М. А. Рожкова, которая отмечает, что удержание является юридическим поступком, а не односторонней сделкой<sup>59</sup>. Также не считает односторонней сделкой удержание и Б. М. Гонгало<sup>60</sup>.

Однако следует отметить, что удержание в отношении криптоактивов по российскому праву не может быть реализовано не только потому, что является

<sup>56</sup> URL: <https://www.tronweekly.com/judge-in-australia-nsw-court-claims-news-crypto-is-a-recognised-form-of-investment/> (дата обращения: 10.03.2020).

<sup>57</sup> См.: *Сарбаш С. В.* Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. М., 2003. С. 144; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) : в 3 т. / Т. Е. Абова, З. С. Беляева, Е. Н. Гендзехадзе [и др.] ; под ред. Т. Е. Абовой, А. Ю. Кабалкина. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2007.

<sup>58</sup> См.: постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 06.12.2005 № Ф08-5460/2005 по делу № А53-22384/2004-15; постановление ФАС Центрального округа от 22.07.2014 по делу № А14-12142/2013.

<sup>59</sup> См.: *Рожкова М. А.* Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. М., 2006.

<sup>60</sup> См.: *Гонгало Б. М.* Учение об обеспечении обязательств: вопросы теории и практики. М., 2004.

односторонней сделкой, но и потому, что, как указывалось выше, установление обеспечения в отношении криптоактива без участия должника труднореализуемо.

По российскому праву (ст. 359 ГК РФ) удержание может быть реализовано кредитором только в отношении вещи (т.е. объекта материального мира), которая принадлежит должнику и которую удерживает кредитор. Криптоактивы же не являются объектами материального мира. Следовательно, в отношении них удержание по правилам российского законодательства невозможно.

На основании изложенного, допустимо сделать следующие выводы:

- 1) в международной практике отсутствует единый подход к заключению обеспечительных сделок в блокчейне, а также с криптоактивами, в частности с криптовалютой. Особенность установления традиционных институтов обеспечения исполнения обязательств в отношении криптоактивов во многом зависит от положений национального законодательства;
- 2) не все традиционные способы обеспечения исполнения обязательства могут быть установлены в отношении криптоактивов. Так, институт удержания по российскому праву не может быть применен в отношении криптоактивов;
- 3) несмотря на явные пробелы в законодательном регулировании, практически все национальные законодательства допускают заключение обеспечительных сделок как в блокчейне, так и в отношении криптоактивов и криптовалюты;
- 4) заключение обеспечительных сделок посредством блокчейна, очевидно, является выгодным не только кредитным организациям, но и их клиентам. Использование блокчейна позволяет сократить операционные, юридические и финансовые издержки сторон кредитных и обеспечительных отношений;
- 5) установлено, что по российскому праву при заключении договора залога, предметом которого является криптоактив, информация о таком договоре подлежит опубликованию в специальном нотариальном реестре в целях противопоставления права залога кредитора третьим лицам.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) : в 3 т. / Т. Е. Абова, З. С. Беляева, Е. Н. Гендзехадзе [и др.] ; под ред. Т. Е. Абовой, А. Ю. Кабалкина. — 3-е изд., перераб. и доп. — М., 2007.
2. Бевзенко Р. С. Вещное обеспечение как механизм контроля и управления активами должника // Вестник гражданского права. — 2018. — № 1.
3. Бевзенко Р. С. Публичность вещного обеспечения и его противопоставимость третьим лицам // Вестник гражданского права. — 2019. — № 4.
4. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. — М., 2011. — Книга первая : Общие положения.
5. Вебер Х. Обеспечение обязательств. — М., 2009.
6. Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств: вопросы теории и практики. — М., 2004.
7. Договорное и обязательственное право (общая часть) : постатейный комментарий к статьям 307—453 Гражданского кодекса Российской Федерации /



- В. В. Байбак, Р. С. Бевзенко, О. А. Беляева [и др.] ; отв. ред. А. Г. Карапетов. — М., 2017.
8. *Зикун И. И.* Концепция глобального обеспечения в гражданском праве зарубежных стран // *Опыты цивилистического исследования : сборник статей / Д. В. Гудков, И. И. Зикун, А. А. Зябликов [и др.] ; рук. авт. кол. и отв. ред. А. М. Ширвиндт, Н. Б. Щербаков.* — М. : Статут, 2016.
  9. Основные положения гражданского права : постатейный комментарий к статьям 1—16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / А. В. Асосков, В. В. Байбак, Р. С. Бевзенко [и др.] ; отв. ред. А. Г. Карапетов. — М., 2020.
  10. *Рожкова М. А.* Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. — М., 2006.
  11. *Румянцев И. А.* Блокчейн и право // *Право в сфере Интернета : сборник статей / М. З. Али, Д. В. Афанасьев, В. А. Белов [и др.] ; рук. авт. кол. и отв. ред. М. А. Рожкова.* — М., 2018.
  12. *Савельев А. И.* Некоторые правовые аспекты использования смарт-контрактов и блокчейн-технологий по российскому праву // *Закон.* — 2017. — № 5.
  13. *Санникова Л. В., Харитонова Ю. С.* Правовая сущность новых цифровых активов // *Закон.* — 2018. — № 9.
  14. *Сарбаш С. В.* Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. — М., 2003.
  15. *Суворов Е. Д.* Судебное банкротное право. — М., 2020.
  16. *Ферран Э.* Природа плавающего залога // *Частное право и финансовый рынок : сборник статей / Л. С. Балеевских, М. Л. Башкатов, В. А. Белов [и др.] ; отв. ред. М. Л. Башкатов.* — М. : Статут, 2014. — Вып. 2.
  17. *Фомина О. Н.* Правовое положение предпринимательской корпорации в США и акционерного общества в Российской Федерации: сравнительно-правовой анализ : монография. — М., 2016.
  18. *Adelle J.-F., Poracchia D.* Nantissement de titres financiers enregistrés sur un DLT (blockchain): reconnaissance d'une universalité fictive // *Option Finance.* — Janvier 2019. — № 1494.
  19. *Azard A., Smith D.* Blockchain and mortgage lending process : A study of people, process, and technology involved // *Online journal of applied knowledge management.* — 2019. — Vol. 7. — Is. 1.
  20. *Aynès L., Crocq P.* Droit de sûretés. — Paris, 2015.
  21. *Bali M.* La prise de sûreté sur crypto-monnaie: le cas du Bitcoin // *Revue de droit bancaire et financier.* — Novembre — décembre 2018. — № 6.
  22. *Cremers T.* La blockchain et les titres financiers: retour vers le futur // *Bulletin Joly Bourse.* — Juin 2016.
  23. *Crocq P.* Nantissement. Répertoire de droit civil. — Dalloz, 2017.
  24. *Hughes H.* Blockchain and the Future of Secured Transactions Law // *Stanford journal of blockchain law & policy.* — 2020. — Vol. 3. — No. 1. — URL: <https://stanford-jblp.pubpub.org/pub/blockchain-secured-transactions> (дата обращения: 10.03.2020).
  25. *Legeais D.* L'utilisation de la blockchain pour les titres de sociétés non cotées // *Droit des sociétés.* — Février 2019. — № 2.

26. *Legeais D.* Nantissement de titres financiers via la Blockchain // Revue de droit bancaire et financier. — Janvier — février 2019. — № 1.
27. *Legeais D.* Nantissement de titres // Revue de droit bancaire et financier. — Mars — avril 2019. — № 2.
28. *Pelier J.-D.* Droit de rétention et nantissement de titres financiers // Recueil Dalloz. — Octobre 2019. — № 33.
29. *Roussille M.* Le Bitcoin: objet juridique non identifié // Banque et droit. — 2015.
30. *Ryan R., Donohue M.* Securities on Blockchain // The Business Lawyer. — Winter 2017—2018. — Vol. 73.





**Александр Петрович  
АЛЕКСЕЕНКО,**

доцент кафедры  
гражданско-правовых  
дисциплин  
Владивостокского  
государственного  
университета

экономики и сервиса,  
кандидат юридических наук  
[aleksandr.alekseenko1@](mailto:aleksandr.alekseenko1@vvsu.ru)

[vvsu.ru](mailto:vvsu.ru)

690014, Россия,  
г. Владивосток,  
ул. Гоголя, д. 41

## ПРАВОВАЯ ПОЛИТИКА НАРОДНОГО БАНКА КНР В ОТНОШЕНИИ ИНВЕСТИЦИЙ ПРИ ПОМОЩИ ВИРТУАЛЬНЫХ ТОКЕНОВ<sup>1</sup>

**Аннотация.** В статье содержатся рекомендации по совершенствованию проекта федерального закона № 419059-7 «О цифровых финансовых активах». Для этого автор предлагает использовать опыт КНР в области правового регулирования цифровых технологий. В частности, автором подробно описано официальное извещение Народного банка КНР «О предупреждении рисков, вытекающих из биткоина» от 06.12.2013, целью которого было предупреждение бесконтрольного вывода капитала из страны, сокрытия средств, отмывания денег и легализации доходов, полученных преступным путем. Китай также не спешит разрешать ICO, пока не будет разработано законодательство, в полной мере учитывающее все риски использования цифровых токенов, что следует, например, из текста извещения «О мерах по предотвращению рисков, связанных с выпуском токенов в целях привлечения финансирования».

**Ключевые слова:** биткоин, токен, законодательство КНР о цифровых технологиях, цифровые права.

DOI: 10.17803/2311-5998.2020.72.8.116-121

**A. P. ALEKSEENKO,**

Associate Professor of the Department of Civil Law Disciplines  
of the Vladivostok State University  
economics and service, Cand. Sci. (Law)

[aleksandr.alekseenko1@vvsu.ru](mailto:aleksandr.alekseenko1@vvsu.ru)

690014, Russia, Vladivostok, ul. Gogol, 41

### LEGAL POLICY OF THE PEOPLE'S BANK OF THE CHINA WITH RESPECT TO INVESTMENT BY VIRTUAL TOKEN

**Abstract.** The article contains recommendations for improving the draft Federal Law No. 419059-7 "On Digital Financial Assets". For this, the author proposes to use the experience of China in the field of legal regulation of digital technologies. In particular, the author has described in detail the Official Notice of the People's Bank of China "On Prevention of Risks Aris-

<sup>1</sup> Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта 20-011-00454 «Обеспечение прав инвесторов в банковском и финансовом секторах в условиях цифровизации экономики в Российской Федерации и ведущих финансовых центрах Восточной Азии: сравнительно-правовой аспект».

*ing from Bitcoin" dated 12/06/2013, the purpose of which is to prevent the uncontrolled withdrawal of capital from the country, concealment of funds, money laundering and money laundering. China is also in no hurry to allow ICOs until legislation is developed that fully takes into account all the risks of using digital tokens, which follows, for example, from the text of the Notice "On measures to prevent the risks associated with the issuance of tokens in order to attract financing."*

**Keywords:** bitcoin, token, PRC legislation on digital technologies, digital rights.

Цифровые технологии имеют большое значение для развития экономики, особенно в ситуации, когда невозможны непосредственные контакты людей между собой. Возрастает роль данных технологий также и в сфере финансового рынка. Так, криптовалюта и иные цифровые (виртуальные) токены набирают популярность как средства совершения инвестиций<sup>2</sup>. Это обстоятельство, безусловно, актуализирует необходимость появления соответствующей реакции от государства в виде того или иного регулятивного формата. Между тем Российская Федерация до сих пор находится в состоянии поиска наиболее оптимального варианта правового регулирования отношений, связанных с использованием указанных цифровых объектов, что обусловлено особенностями этих объектов, о которых отмечается в литературе<sup>3</sup>.

В 2019 г. Гражданский кодекс РФ был дополнен ст. 141.1, которая ввела понятие цифровых прав<sup>4</sup>. Это, безусловно, свидетельствует о том, что Россия намерена осуществлять регулируемый оборот цифровых токенов, по крайней мере тех, которые используются как цифровое представление эмиссионных ценных бумаг. Данный вывод следует также из проекта закона «О цифровых финансовых активах», который, однако, некоторые исследователи критикуют и указывают, что «экономическая природа понятия "цифровой финансовый актив" противоречит его правовому определению и предполагаемому в проектах законов правовому режиму»<sup>5</sup>. Что же касается криптовалюты, то тот факт, что положения о ней исчезли из названного выше законопроекта, говорит о неопределенности позиции законодателя в отношении нее.

Представляется, что прежде чем принимать закон «О цифровых финансовых активах», следует изучить иностранный опыт, в том числе и тот, который базируется на запретительном подходе. Как известно, КНР является одним из миро-

<sup>2</sup> Объем торгов криптовалютой вырос на 960 % за два года // URL: <https://www.rbc.ru/crypto/news/5d5428cb9a79473e39eb263b> (дата обращения: 12.04.2020).

<sup>3</sup> См.: Егорова М. А., Ефимова Л. Г. Понятие и особенности правового регулирования криптовалют // Предпринимательское право. 2019. № 3. С. 11—16.

<sup>4</sup> О цифровых финансовых активах: проект федерального закона № 419059-7 // Официальный сайт Государственной Думы РФ. URL: <http://sozd.parliament.gov.ru/bill/419059-7> (дата обращения: 12.04.2020).

<sup>5</sup> Белых В.С., Болобонова М. О. Проблемы определения правового режима криптовалют // Журнал предпринимательского и корпоративного права. 2019. № 3. С. 23—28.



вых лидеров цифровизации<sup>6</sup>. Однако, несмотря на высокое развитие цифровых технологий, Китай негативно отнесся как к криптовалютам, эмитент которых неизвестен, так и к цифровым токенам, выпускаемым для привлечения инвестиций в различные проекты.

В 2013 г. Народный банк КНР издал совместно с рядом других ведомств извещение «О предупреждении рисков, вытекающих из биткоина»<sup>7</sup>. В данном документе Народный банк КНР перечислил признаки биткоина, подчеркнув, что он является виртуальным активом без единого эмиссионного центра, использование которого влечет значительные риски и угрозы. В этой связи в ст. 2 извещения финансовым организациям предписано не обменивать биткоины на какую-либо валюту, не открывать и не вести счета для операций с биткоинами. Народный банк КНР также возложил обязанность на операторов интернет-сайтов сообщать о всех подозрительных транзакциях, связанных с использованием биткоинов, в Центр мониторинга и анализа по борьбе с отмыванием денег, а также в органы общественной безопасности.

Столь жесткую позицию Народного банка КНР в отношении биткоина в китайской литературе некоторые авторы поддерживают, указывая, что это препятствует бесконтрольному выводу капитала из страны, сокрытию средств, отмыванию денег и легализации доходов, полученных преступным путем<sup>8</sup>. Эти выводы небезосновательны. Так, в Макао был запущен ориентированный на китайских граждан «Торговый киоск биткоинов». Его использование предполагало обход запретов, установленных валютным законодательством КНР, по объему снимаемых с карты наличных средств, а также гарантировало полную анонимность лица, снимающего наличные деньги<sup>9</sup>. Именно посредством использования такой схемы мошенники из провинции Хэйлунцзян переводили незаконно полученные средства в биткоины, а затем обменивали на деньги и обналичивали<sup>10</sup>.

Итак, биткоин может использоваться как весьма эффективное средство для легализации доходов, полученных преступным путем. Опыт КНР показывает, что запрет операций с ним необходим, по крайней мере до тех пор, пока не появится возможность идентифицировать с полной уверенностью пользователя крипто-

<sup>6</sup> Объем цифровой экономики Китая достиг 31 трлн юаней // URL: <http://russian.people.com.cn/n3/2019/0506/c31518-9575416.html> (дата обращения: 25.03.2020).

<sup>7</sup> Официальное извещение Народного банка КНР и других 5 ведомств от 06.12.2013 «О предупреждении рисков, вытекающих из биткоина» // URL: <http://www.miit.gov.cn/n1146295/n1652858/n1652930/n3757016/c3762245/content.html> (дата обращения: 25.03.2020).

<sup>8</sup> Ван Юаньюань. Битэ би цзяои цзиньлин дэ бияо син фэньси [Анализ необходимости запрета торговли биткоинами] (на кит. яз.) // Фачжи юй шэхуэй. 2018. № 5. С. 11.

<sup>9</sup> Как конвертировать биткоины в наличные с помощью банкомата Биткоин в Макао // URL: <http://www.120btc.com/baike/btc/2832.html> (дата обращения: 25.03.2020).

<sup>10</sup> Beijing Lekuda Internet Technology Ltd, Co. v. Suihua Huachen Commerce and Trade Ltd, Co. and Peng Quanquan, 29.07.2016 // URL: <http://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=ce26a59964e944ab96fdb04617d482b4> (дата обращения: 25.03.2020).

валютного кошелька. Поэтому российскому законодателю можно рекомендовать изучить китайский подход к криптовалюте.

Известно, что цифровые токены могут использоваться в качестве аналога корпоративных и долговых эмиссионных ценных бумаг. Фактически, конечно, с некоторыми оговорками, они удостоверяют те же самые права, что и акции, и облигации. При этом осуществление их эмиссии через процедуру ICO (initial coin offering) позволяет обойти жесткие требования, установленные законодательством о рынке ценных бумаг<sup>11</sup>. Очевидно, что это сопряжено с повышенными рисками для инвесторов из-за непрозрачности проектов, под которые привлекается финансирование<sup>12</sup>. Не исключается также риск мошенничества либо построения финансовой пирамиды<sup>13</sup>. Все это обусловило дальнейшие шаги Народного банка Китая по регулированию цифровых финансовых активов.

В 2017 г. Народный банк КНР совместно с другими регуляторами финансового рынка издал извещение «О мерах по предотвращению рисков, связанных с выпуском токенов в целях привлечения финансирования»<sup>14</sup>. Данный акт разъясняет, что любое финансирование при помощи токенов является незаконным, а значит, такое деяние — уголовно наказуемо. Кроме того, он предписывает всем организаторам инвестирования вернуть средства инвесторам и прекратить свою деятельность, а банкам и иным финансовым организациям Китая прекратить обслуживание бирж по обращению токенов и не открывать им счета до тех пор, пока не появится нормативный правовой акт, регулирующий данную сферу. Кроме того, в извещении возложена обязанность на компетентные органы блокировать сайты и мобильные приложения, которые используются для привлечения средств на проведение ICO.

В 2018 г. Народным банком КНР, так же как и ранее, совместно с рядом других государственных ведомств было принято извещение «О предупреждении рисков против незаконного сбора средств посредством использования наименований виртуальная валюта и блокчейн»<sup>15</sup>. Данный документ носит, скорее, разъясняю-

<sup>11</sup> Мошенники на блокчейне. Как обезопасить свои инвестиции в токены // URL: <https://www.forbes.ru/finansy-i-investicii/360903-moshenniki-na-blokcheyne-kak-obezipasit-svoi-investicii-v-tokeny> (дата обращения: 25.03.2020).

<sup>12</sup> Дэн Цзяньпэн. ICO фэйфа цзицзы взньти дэ фасюэ сыкао [Правовой анализ проблемы незаконного сбора средств через ICO] (на кит. яз.) // Цзинань сюэбао (чжэсюэ шэхуэй кэсюэ бань). 2018. № 8. С. 48.

<sup>13</sup> Власти Гонконга назвали большинство ICO мошенничеством // URL: <https://www.rbc.ru/crypto/news/5ad4bc009a79473f745fa03e>.

<sup>14</sup> Официальное извещение Народного банка КНР совместно с другими ведомствами от 04.09.2017 «О мерах по предотвращению рисков, связанных с выпуском токенов в целях привлечения финансирования» // URL: <http://www.miit.gov.cn/n1146290/n4388791/c5781140/content.html> (дата обращения: 25.03.2020).

<sup>15</sup> Notice by the China Banking and Insurance Regulatory Commission, the Office of the Central Cyberspace Affairs Commission, the Ministry of Public Security, the People's Bank of China, and the State Administration for Market Regulation of Risk Warning Against Illegal Fundraising in the Name of "Virtual Currency" and "Blockchain" // URL: [https://pkulaw.com/en\\_law/4631229fff2c9d31bdfb.html](https://pkulaw.com/en_law/4631229fff2c9d31bdfb.html) (дата обращения: 25.03.2020).



щий, чем регулирующий характер. Так, в нем проводится аналогия между ICO и лежащей в основе всех финансовых пирамид «схемой Понци», когда выплаты тем, кто инвестировал вначале, осуществляются за счет тех, кто присоединился позже, при этом реальная прибыль от проекта, под который собирается финансирование, нулевая. Некоторые правонарушители создают веб-сайты, арендуя зарубежные серверы для осуществления деятельности в КНР, при этом они якобы от имени зарубежных платформ предлагают услуги посредника в инвестировании китайскими гражданами в «высокодоходные» зарубежные блокчейн-проекты. Понятно, что собранные таким способом средства уже не вернутся никогда к инвестору.

Несмотря на то, что Народный банк КНР ввел запрет на первичное размещение токенов с целью защитить инвесторов, в китайской литературе такое решение подвергается критике. Китайские исследователи предлагают не запрещать использование технологии ICO, а сделать ее контролируемой<sup>16</sup>, так как это исключит существование цифровых объектов как элемента нерегулируемой среды, а значит, их изъятие из обращения в случае банкротства. Включение цифровых прав в объекты гражданских прав также заложит правовую основу для создания системы регулирования налогообложения таких объектов или для создания и обращения таких объектов<sup>17</sup>.

В этой связи китайские исследователи предлагают провести правовой эксперимент, разрешив проводить ICO ограниченному кругу лиц<sup>18</sup>. Данное предложение представляется заслуживающим внимание, поскольку реализация такого подхода позволит выявить проблемные аспекты в указной сфере, отработать методику борьбы с выводом денежных средств и мошенничеством. Опираясь на опыт КНР, касающийся регулирования ICO, можно порекомендовать российскому законодателю детально продумать механизмы, которые будут препятствовать построению мошеннических схем при помощи цифровых токенов. Кроме того, стоит обратить внимание на иностранные интернет-площадки, функционирующие в России и собирающие средства для проектов, которые будут реализовываться за рубежом.

Таким образом, Китай не спешит разрешать ICO, пока не будет разработано законодательство, в полной мере учитывающее все риски использования цифровых токенов. Что касается биткоинов, то их запрет направлен на предотвращение отмывания денег, полученных преступным путем.

<sup>16</sup> *Лунь Бэй*. ICO цзяньгуань дэ гоци цзиньянь юй вого дэ луцзин сюаньцзэ [Международный опыт надзора ICO и выбора пути Китая] (на кит. яз.) // Цзиньжун фачжань яньцзю. 2018. № 8. С. 63—67.

<sup>17</sup> *Чжан Цзяньвэнь*. Жухэ гуйчжи шуцзы цзиньжун цзычань: цзями хоби юй чжинэн циюэ — элосы лянбан “шуцзы цзиньжун цзычань фа цао’ань пиншу” [Как регулировать цифровые финансовые активы: криптовалюты и смарт-контракты: комментарий к проекту закона о цифровых финансовых активах Российской Федерации] (на кит. яз.) // Шанхай чжэнфа сюэюань сюэбао (фачжи лунь цун). 2018. № 5. С. 23.

<sup>18</sup> *Чэнь Чжиминь, Цзян Ливэнь*. ICO бэй цзинь ся дэ цзиньжун схуансинь юй цзяньгуань дэ фалюй сыкао [Размышления о запрете ICO и надзоре за инновациями в сфере финансов] // Фуцзянь цзиньжун гуаньли ганьбу сюэюань сюэбао. 2018. № 3. С. 52.

**БИБЛИОГРАФИЯ**

1. *Белых В. С., Болобонова М. О.* Проблемы определения правового режима криптовалют // Журнал предпринимательского и корпоративного права. — 2019. — № 3. — С. 23—28.
2. *Власти Гонконга назвали большинство ICO мошенничеством* // URL: <https://www.rbc.ru/crypto/news/5ad4bc009a79473f745fa03e>.
3. *Егорова М. А., Ефимова Л. Г.* Понятие и особенности правового регулирования криптовалют // Предпринимательское право. — 2019. — № 3. — С. 11—16.
4. *Как конвертировать биткоины в наличные с помощью банкомата Биткоин в Макао* // URL: <http://www.120btc.com/baike/btc/2832.html> (дата обращения: 25.03.2020).
5. *Мошенники на блокчейне. Как обезопасить свои инвестиции в токены* // URL: <https://www.forbes.ru/finansy-i-investicii/360903-moshenniki-na-blokcheyne-kak-obezipasit-svoi-investicii-v-tokeny> (дата обращения: 25.03.2020).
6. *Объем цифровой экономики Китая достиг 31 трлн юаней* // URL: <http://russian.people.com.cn/n3/2019/0506/c31518-9575416.html> (дата обращения: 25.03.2020).
7. *Ван Юаньюань.* Битэ би цзяои цзиньлин дэ бияо син фэньси (Анализ необходимости запрета торговли биткоинами) (на кит. яз.) // Фачжи юй шэжуэй. — 2018. — № 5. — С. 11—14.
8. *Дэн Цзяньпэн.* Правовой анализ проблемы незаконного сбора средств через ICO (ICO фэйфа цзицзы вэньти дэ фасюэ сыкао) (на кит. яз.) // Цзинань сюэбао (чжэсюэ шэжуэй кэсюэ бань). — 2018. — № 8. — С. 4—58.
9. *Лунь Бэй.* Международный опыт надзора ICO и выбора пути Китая (ICO цзяньгуань дэ гоцзи цзинянь юй вого дэ луцзин сюаньцзэ) (на кит. яз.) // Цзиньжун фачжань яньцзю. — 2018. — № 8. — С. 63—67.
10. *Чжан Цзяньвэнь.* Жухэ гуйчжи шуцзы цзиньжун цзычань: цзями хоби юй чжинэн циюэ — элосы лянбан “шуцзы цзиньжун цзычань фа цао’ань пиншу” [Как регулировать цифровые финансовые активы: криптовалюты и смарт-контракты — комментарий к проекту закона Российской Федерации о цифровых финансовых активах (на кит. яз.) // Шанхай чжэнфа сюэюань сюэбао (фачжи лунь цун). — 2018. — № 5. — С. 22—31.
11. *Чэнь Чжиминь, Цзян Ливэнь.* ICO бэй цинь ся дэ циньжун схансинь юй цзяньгуань дэ фалюй сыкао [Размышления о запрете ICO и надзоре за инновациями в сфере финансов] (на кит. яз.) // Фуцзянь циньжун гуаньли ганьбу сюэюань сюэбао. — 2018. — № 3. — С. 50—60.
12. *Beijing Lekuda Internet Technology Ltd, Co. v. Suihua Huachen Commerce and Trade Ltd, Co. and Peng Quanquan, 29.07.2016* // URL: <http://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107anz0bxsk4/index.html?docId=ce26a59964e944ab96fdb04617d482b4> (дата обращения: 25.03.2020).



**Елена Викторовна  
КУЛИЧЕВА,**

вице-президент  
департамента розничных  
продуктов  
ПАО «Банк Уралсиб»,  
председатель Комитета  
Ассоциации российских  
банков  
по банковскому  
законодательству и  
правоприменительной  
практике

**kulichevaev@uralsib.ru**  
119048, Россия, г. Москва,  
ул. Ефремова, 8

## О ПРИОСТАНОВЛЕНИИ ОПЕРАЦИЙ ПО СЧЕТАМ ФИЗИЧЕСКИХ ЛИЦ, ИМЕЮЩИХ СТАТУС ИНДИВИДУАЛЬНЫХ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЕЙ

**Аннотация.** Статья посвящена анализу правовой позиции Минфина России и ФНС России о том, руководствуясь ст. 76 НК РФ, налоговые органы вправе приостанавливать операции по всем счетам и вкладам индивидуальных предпринимателей. При этом не имеет значения, для каких целей были открыты такие счета: для осуществления предпринимательской деятельности либо для осуществления операций, не связанных с предпринимательской деятельностью. Проанализировав действующее законодательство и судебную практику, автор приходит к выводу, что денежные потоки клиента как физического лица и как индивидуального предпринимателя четко разделены. По счету физического лица, предназначенному для потребительских целей, невозможно выполнение операций, связанных с его предпринимательской деятельностью. Приостановление операций по счетам гражданина, не связанным с его предпринимательской деятельностью, нарушает права не только самого гражданина, но и третьих лиц. Отказ гражданину в открытии счета со ссылкой на ст. 76 НК РФ нарушает права гражданина как стороны публичного договора и потребителя. Взыскание налоговых платежей со счетов физических лиц, открытых не для целей осуществления предпринимательской деятельности, в бесспорном порядке явилось бы выходом за рамки собственно налоговых публично-правовых отношений и вторжением в иные отношения, в том числе гражданско-правовые.

**Ключевые слова:** счета индивидуальных предпринимателей, счета, не связанные с осуществлением предпринимательской деятельности, взыскание недоимки по налогам, приостановление операций, налоговые правоотношения.

DOI: 10.17803/2311-5998.2020.72.8.122-133

**E. V. KULICHEVA,**

*Department of retail products PJSC "Uralsib Bank",  
The Chairman of the Committee of ARB on to the banking legislation  
and to law-enforcement practice  
kulichevaev@uralsib.ru  
119048, Russia, Moscow, ul. Efremov, 8*

### **ON SUSPENSION OF OPERATIONS ACCOUNTED BY INDIVIDUALS WITH THE STATUS OF INDIVIDUAL ENTREPRENEURS**

**Abstract.** *The article is devoted to the analysis of the legal position of the Ministry of Finance of Russia and the Federal Tax Service of Russia that, guided by Art. 76 of the Tax Code of the Russian Federation, tax authorities are entitled to suspend operations on all accounts and deposits of individual entrepreneurs. It does not matter for what purpose such accounts were opened: for carrying out entrepreneurial activity, or for carrying out operations not related to entrepreneurial activity. After analyzing the current legislation and judicial practice, the author comes to the conclusion that the cash flows of the client as an individual and as an individual entrepreneur are clearly divided. According to the account of an individual intended for consumer purposes, it is impossible to carry out operations related to his entrepreneurial activity. The suspension of operations on a citizen's accounts that are not related to his entrepreneurial activity violates the rights not only of the citizen himself, but also of third parties. Refusal to a citizen to open an account with reference to Art. 76 of the Tax Code violates the rights of a citizen as a party to a public contract and a consumer. The collection of tax payments from the accounts of individuals that were not opened for business purposes would undoubtedly go beyond the framework of tax relations in public law and invade other relations, including civil law.*

**Keywords:** *accounts of individual entrepreneurs, accounts not related to entrepreneurial activity, collection of tax arrears, suspension of operations, tax legal relations.*

**В** последнее время в банки стали активно поступать решения налоговых органов о приостановлении операций и (или) о взыскании денежных средств со счетов физических лиц, которые являются либо ранее являлись индивидуальными предпринимателями. Во всех случаях речь идет о таких счетах, которые не связаны с осуществлением данными лицами предпринимательской деятельности.

Статья 76 Налогового кодекса РФ (далее — НК РФ) предоставляет налоговым органам право принимать обеспечительные меры для взыскания налога, сбора, страховых взносов, пеней и (или) штрафа.

Одной из таких мер является решение о приостановлении операций по счетам налогоплательщика в банке (далее — Решение).



При получении Решения банк:

- обязан прекратить проведение расходных операций по счету в пределах суммы, указанной в Решении. Исключения составляют платежи, очередность исполнения которых согласно гражданскому законодательству РФ предшествует исполнению обязанности по уплате налогов, сборов, страховых взносов. К перечню исключений также отнесены операции по списанию денежных средств в счет уплаты налогов (авансовых платежей), сборов, страховых взносов, соответствующих пеней и штрафов и по их перечислению в бюджетную систему РФ (п.1 ст. 76 НК РФ);
- обязан сообщить в налоговый орган сведения об остатках денежных средств налогоплательщика на счетах в банке, операции по которым приостановлены (п. 5 ст. 76 НК РФ);
- не вправе открывать этой организации и этим лицам счета, вклады/депозиты (далее — вклады) (п. 11 и 12 ст. 76 НК РФ).

*Решение налогового органа о приостановлении операций по счетам налогоплательщика в банке подлежит безусловному исполнению банком.*

Правила, установленные ст. 76 НК РФ, применяются в отношении приостановления операций по счетам определенного круга лиц.

*Официальная позиция уполномоченных органов* была отражена в письмах Минфина России от 29.05.2015 № 03-02-07/1/31260, от 28.12.2015 № 03-02-07/1/76791, от 14.06.2016 № 03-02-07/1/36400, от 28.11.2016 № 03-02-07/1/70199, от 08.04.2019 № 03-02-07/1/24565, от 01.08.2019 № 03-02-07/1/57986. В указанных письмах содержится вывод, что НК РФ не предусматривает исключений в отношении счетов и вкладов, которые открывают индивидуальные предприниматели (далее — ИП) для совершения операций, не связанных с предпринимательской деятельностью.

Позиция Департамента налоговой и таможенной политики Минфина России может быть выражена следующим образом. Департамент полагает, что приостановление операций по счетам в банке по решению налогового органа применяется в случаях, предусмотренных ст. 76 НК РФ и пп. 2 п. 10 ст. 101 НК РФ, в том числе в отношении ИП. Для целей НК РФ и иных актов законодательства о налогах и сборах счетами признаются расчетные (текущие) и иные счета в банках, открытые на основании договора банковского счета (п. 2 ст. 11 НК РФ). Статьей 76 НК РФ не предусмотрено никаких ограничений для принятия налоговыми органами решений о приостановлении операций по счетам, предусмотренным п. 2 ст. 11 НК РФ, физических лиц, имеющих статус ИП, открываемых для целей, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.

В письме ФНС России от 06.08.2019 № КЧ-4-8/15606 высказана следующая позиция Федеральной налоговой службы. В соответствии со ст. 76 НК РФ приостановление операций по счетам применяется в отношении ИП, в том числе для обеспечения исполнения их обязанности, возникшей в результате предпринимательской деятельности. Статьей 76 НК РФ не предусмотрено ограничений по группам счетов, на которые может быть обращено взыскание по задолженности по налогам, сборам, страховым взносам, пени, штрафам. Денежные средства недоимщика могут находиться на счетах ИП, в том числе на его текущих счетах, определенных п. 2 ст. 11 НК РФ, но открываемых не для осуществления пред-

принимательской деятельности. Поэтому запрет на открытие счетов и вкладов физическим лицам, зарегистрированным в качестве ИП или ранее бывшими ИП, устанавливается независимо от целей открытия конкретного счета или вклада.

Таким образом, согласно указанной позиции уполномоченных органов в силу норм НК РФ банк не вправе открыть физическому лицу, зарегистрированному в качестве ИП, счет или вклад в целях совершения операций, не связанных с предпринимательской деятельностью, при наличии Решения о приостановлении операций по счетам этого лица как ИП.

При открытии счета физическому лицу банк должен проверить, не является ли (не являлось ли) это физическое лицо ИП и, если является, то не приостанавливались ли операции по его счетам как ИП на основании Решения. В зависимости от выявленных обстоятельств банк может открыть физическому лицу счет или вклад либо обязан отказать в их открытии.

Представляется, что указанная позиция уполномоченных органов является спорной по следующим основаниям.

1. Необходимо ответить на вопрос, вправе ли налоговые органы приравнивать правовой режим потребительского счета физического лица к правовому режиму счета этого же физического лица, который был открыт ему как индивидуальному предпринимателю?

Федеральными законами от 06.12.2011 № 402-ФЗ «О бухгалтерском учете» и от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» Банк России наделен исключительными полномочиями по утверждению нормативных актов по бухгалтерскому учету для кредитных организаций.

Положение Банка России от 27.02.2017 № 579-П «О Планы счетов бухгалтерского учета для кредитных организаций и порядке его применения» (далее — Положение) является обязательным для применения всеми кредитными организациями, расположенными на территории России.

В соответствии с Положением на основании договора банковского счета банками физическим лицам для проведения операций, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, открываются счета на балансовом счете № 40817 «Физические лица». Счета для осуществления предпринимательской деятельности открываются ИП на балансовом счете № 40802 «Индивидуальные предприниматели». Назначение указанных счетов различно.

Назначение счета № 40802 «Индивидуальные предприниматели» — учет поступления и расходования денежных сумм физических лиц, зарегистрированных в соответствии с законодательством РФ и осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица в качестве ИП. По кредиту счета отражаются денежные средства от деятельности, проводимой ИП, суммы полученных кредитов и другие поступления денежных средств, предусмотренные нормативными актами Банка России. По дебету счета отражаются суммы переводов и выдачи наличных денежных средств (п. 4.30 Положения).

Назначение счета № 40817 «Физические лица» — учет денежных средств физических лиц, не связанных с осуществлением ими предпринимательской деятельности. По кредиту счета отражаются суммы, вносимые наличными денежными средствами; суммы переводов денежных средств, поступивших в пользу физического лица со счетов юридических и физических лиц, депозитов



(вкладов); суммы предоставленных кредитов и другие поступления денежных средств, предусмотренные нормативными актами Банка России. По дебету счета отражаются суммы, получаемые физическим лицом наличными денежными средствами; суммы переводов денежных средств физических лиц на счета юридических и физических лиц, на счета депозитов (вкладов); суммы, направленные на погашение задолженности по предоставленным кредитам и другие операции, предусмотренные нормативными актами Банка России (п. 4.41 Положения).

На основании анализа указанных норм Положения обоснован вывод, что *денежные потоки клиента как физического лица и как ИП четко разделены.*

Банк России определил порядок открытия и закрытия банковских счетов и вкладов физических лиц, юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, физических лиц, занимающихся частной практикой. В соответствии с Инструкцией Банка России от 30.05.2014 № 153-И «Об открытии и закрытии банковских счетов, счетов по вкладам (депозитам), депозитных счетов» (далее — Инструкция № 153-И) текущие счета открываются физическим лицам для совершения операций, не связанных с предпринимательской деятельностью или частной практикой. Договоры банковского вклада не предусматривают возможность их использования для предпринимательской деятельности (п. 2.2).

Расчетные счета в соответствии с Инструкцией № 153-И открываются юридическим лицам, не являющимся кредитными организациями, а также ИП или физическим лицам, занимающимся частной практикой, для совершения операций, связанных с предпринимательской деятельностью или частной практикой (п. 2.3).

В связи с изложенным обоснован вывод, что *по счету физического лица, предназначенному для потребительских целей, невозможно выполнение операций, связанных с его предпринимательской деятельностью.*

За нарушение порядка открытия и проведения операций по счетам своих клиентов банк несет установленную законом ответственность.

2. Законодательство РФ (ГК РФ, НК РФ и др.) четко различает понятия «физическое лицо / гражданин» и «индивидуальный предприниматель»; к последнему по общему правилу применяются нормы, установленные для юридического лица / организации.

Например, согласно п. 2 ст. 11 НК РФ для целей Налогового кодекса и иных актов законодательства о налогах и сборах должны использоваться следующие понятия:

- физические лица — граждане РФ, иностранные граждане и лица без гражданства;
- индивидуальные предприниматели — физические лица, зарегистрированные в установленном порядке и осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, главы крестьянских (фермерских) хозяйств. Физические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, но не зарегистрировавшиеся в качестве ИП в нарушение требований гражданского законодательства РФ, при исполнении обязанностей, возложенных на них НК РФ, не вправе ссылаться на то, что они не являются ИП;
- лица (лицо) — организации и (или) физические лица;

— источник выплаты доходов налогоплательщику — организация или физическое лицо, от которых налогоплательщик получает доход.

Институты, понятия и термины гражданского, семейного и других отраслей законодательства РФ, используемые в НК РФ, применяются в том значении, в каком они используются в этих отраслях законодательства, если иное не предусмотрено НК РФ (п. 1 ст.11).

Таким образом, НК РФ различает понятия «физическое лицо» и «индивидуальный предприниматель» не только по признаку регистрации в ЕГРИП, но и по признаку осуществления предпринимательской деятельности. Соответственно, физическое лицо, хотя и зарегистрированное в установленном порядке, но не осуществляющее предпринимательскую деятельность, в силу п. 2 ст. 11 НК РФ не является ИП для целей НК РФ, в том числе для целей приостановления операций по счету.

Гражданский кодекс РФ также разделяет понятия «физическое лицо / гражданин» и «индивидуальный предприниматель». Гражданин вправе заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица с момента государственной регистрации в качестве ИП, за исключением отдельных случаев. К предпринимательской деятельности граждан, осуществляемой без образования юридического лица, соответственно, применяются правила ГК РФ, которые регулируют деятельность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа правоотношения (ст. 23 ГК РФ).

Отсюда следует, что *ГК РФ также разделяет понятия «физическое лицо / гражданин» и «индивидуальный предприниматель».*

3. Теперь рассмотрим, как соотносятся понятия «имущество физического лица» и «имущество индивидуального предпринимателя». Законодательство РФ специально не выделяет имущество ИП. При этом Семейный кодекс РФ (далее — СК РФ) содержит такое понятие, как «имущество супругов», и регулирует ответственность одного из супругов по своим обязательствам (ст. 35, 39 СК РФ).

Общим имуществом супругов являются в том числе вклады, внесенные в кредитные учреждения, независимо от того, на имя кого или кем из супругов внесены денежные средства. Раздел общего имущества супругов может быть произведен в случае заявления кредитором требования о разделе общего имущества супругов для обращения взыскания на долю одного из супругов в их общем имуществе.

По обязательствам одного из супругов взыскание может быть обращено лишь на имущество этого супруга. При недостаточности этого имущества кредитор вправе требовать выдела доли супруга-должника, которая причиталась бы супругу-должнику при разделе общего имущества супругов, для обращения на нее взыскания.

Взыскание может быть обращено на общее имущество супругов по общим обязательствам супругов, а также по обязательствам одного из супругов, если судом будет установлено, что все, полученное по обязательствам одним из супругов, было использовано на нужды семьи. При недостаточности этого имущества супруги будут нести по указанным обязательствам солидарную ответственность имуществом каждого из них.

На основании изложенного, обоснован вывод, что *приостановление операций по счетам гражданина, не связанным с предпринимательской деятельностью,*



*нарушает права не только самого гражданина, но и его супруга, являющегося собственником указанного имущества.*

4. Теперь рассмотрим, как влияет выполнение банком запрета на открытие банковских счетов при наличии Решения на реализацию физическим лицом других прав, предоставленных ему гражданским законодательством.

Договор банковского вклада, в котором вкладчиком является гражданин, признается *публичным* договором (ст. 426, п. 2 ст. 834 ГК РФ).

К отношениям банка и вкладчика по счету, на который внесен вклад, применяются правила о договоре банковского счета (гл. 45 ГК РФ), если иное не предусмотрено законом.

Согласно ст. 842 ГК РФ вклад может быть внесен в банк на имя третьего лица. Если иное не предусмотрено договором банковского вклада, такое лицо приобретает права вкладчика с момента предъявления им к банку первого требования, основанного на этих правах, либо выражения им банку иным способом намерения воспользоваться такими правами. До выражения третьим лицом намерения воспользоваться правами вкладчика лицо, заключившее договор банковского вклада, может воспользоваться правами вкладчика по данному вкладу.

Закон не ограничивает право родителя, в том числе являющегося ИП, открывать счета в пользу, например, своих детей, престарелых родителей или иных лиц.

Банк обязан заключить договор банковского счета с клиентом, обратившимся с предложением открыть счет на объявленных банком для открытия счетов данного вида условиях, соответствующих требованиям, предусмотренным законом и установленными в соответствии с ним банковскими правилами (п. 2 ст. 846 ГК РФ). Банк не вправе отказать в открытии счета, за исключением случаев, когда такой отказ вызван отсутствием у банка возможности принять на банковское обслуживание либо допускается законом или иными правовыми актами.

При необоснованном уклонении банка от заключения договора банковского счета согласно п. 4 ст. 445 ГК РФ гражданин вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор. В этом случае договор считается заключенным на условиях, указанных в решении суда. Банк должен будет возместить гражданину причиненные убытки.

На основании изложенного, обоснован вывод, что *отказ гражданину в открытии счета со ссылкой на ст. 76 НК РФ нарушает права гражданина как стороны публичного договора и потребителя.*

Банк не вправе отказать физическому лицу в открытии счета, не предназначенного для осуществления предпринимательской деятельности (№ 40817), поскольку при открытии такого счета физическое лицо не отвечает всем признакам ИП, предусмотренным п. 2 ст. 11 НК РФ.

5. Рассмотрим, как влияет выполнение банком запрета на открытие банковских счетов при наличии Решения на реализацию гражданином своих конституционных прав.

Согласно Конституции РФ человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства. Права и свободы человека и гражданина гарантируются согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с Конституцией РФ (ст. 2, 17).

Учитывая, что Конституция РФ имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории России, законы и иные правовые акты не должны противоречить Конституции РФ. Органы государственной власти, органы местного самоуправления, должностные лица, граждане и их объединения обязаны соблюдать Конституцию РФ и законы.

Право частной собственности охраняется законом (ст. 35 Конституции РФ). Каждый вправе иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами, никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда.

Право частной собственности не является абсолютным. Право частной собственности может быть ограничено федеральным законом только 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.

Согласно постановлению Конституционного Суда РФ от 17.12.1996 № 20-П «По делу о проверке конституционности пунктов 2 и 3 части первой статьи 11 Закона Российской Федерации от 24 июня 1993 г. “О федеральных органах налоговой полиции”»<sup>1</sup>, Всеобщей декларации прав человека от 10.12.1948 (ч. 1 ст. 29), Международному пакту об экономических, социальных и культурных правах от 19.12.1966 (ст. 4) каждый человек имеет обязанности перед обществом. При осуществлении своих прав и свобод каждый человек должен подвергаться только таким ограничениям, какие установлены законом исключительно с целью обеспечения должного признания и уважения прав и свобод других и удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе.

На основании изложенного обоснован вывод, что Конституцией РФ ограничен перечень случаев, допускающих *ограничение прав и свобод человека, в том числе права частной собственности*, — указанные случаи должны быть прямо предусмотрены федеральным законом.

Запрет на открытие физическому лицу счетов и вкладов, не предназначенных для осуществления предпринимательской деятельности, при приостановлении операций по счету данного физического лица как ИП законом не предусмотрен. Подобный запрет может нанести вред не только гражданскому обороту с участием указанного лица, но и негативно повлиять на интерес физических лиц к занятию индивидуальной деятельностью, самозанятости. Снижение интереса к индивидуальной деятельности может отразиться на объеме социальных выплат из бюджета, в том числе в соответствии с Законом от 19.04.1991 № 1032-1 «О занятости населения в Российской Федерации» (ст. 28).

6. Перечень лиц, в отношении которых применяется приостановление операций по счетам, установлен Налоговым кодексом РФ.

Приостановление операций по счетам в банке применяется для обеспечения исполнения решения о взыскании налога, сбора, страховых взносов, пеней и (или) штрафа в отношении налогоплательщика-организации, управляющего товарища, а также в отношении следующих лиц (п. 11 ст. 76 НК РФ):

<sup>1</sup> СЗ РФ.1997. № 1. Ст. 197.



- 1) организаций — налоговых агентов, плательщиков сборов, плательщиков страховых взносов;
- 2) индивидуальных предпринимателей — налогоплательщиков, налоговых агентов, плательщиков сборов, плательщиков страховых взносов;
- 3) организаций и индивидуальных предпринимателей, не являющихся налогоплательщиками (налоговыми агентами, плательщиками страховых взносов), которые при этом обязаны представлять налоговые декларации (расчеты по страховым взносам);
- 4) нотариусов, занимающихся частной практикой, адвокатов, учредивших адвокатские кабинеты, — налогоплательщиков, налоговых агентов, плательщиков страховых взносов.

Таким образом, НК РФ не содержит прямой нормы, запрещающей открытие счета либо вклада физическому лицу в случае приостановления операций по счету, открытому этому лицу как ИП.

На основании изложенного, обоснован вывод, что *установленный НК РФ перечень лиц является исчерпывающим и не содержит указания на возможность приостановления операций по счетам гражданина / физического лица.*

Все неустранимые сомнения, противоречия и неясности актов законодательства о налогах и сборах толкуются в пользу налогоплательщика (п. 7 ст. 3 НК РФ), что не позволяет относить физических лиц к такой категории налогоплательщиков, как ИП. Действие НК РФ распространяется на отношения по взиманию сборов, страховых взносов в тех случаях, когда это прямо предусмотрено Кодексом.

7. Согласно ст. 26 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности» (далее — Закон № 395-1) *банк гарантирует тайну об операциях, о счетах и вкладах своих клиентов.*

Банк обязан сообщить в налоговый орган сведения об остатках денежных средств налогоплательщика-организации на счетах в банке, операции по которым приостановлены, в течение трех дней после дня получения Решения. Кроме того, он обязан выдавать налоговым органам справки о наличии счетов, вкладов в банке и (или) об остатках денежных средств на счетах, вкладах, выписки по операциям на счетах, по вкладам организаций, ИП и физических лиц, не являющихся ИП, в определенных Кодексом случаях.

Сведения, составляющие банковскую тайну, могут быть предоставлены только самим клиентам или их представителям, а также представлены в бюро кредитных историй на основаниях и в порядке, которые предусмотрены законом. Государственным органам и их должностным лицам, а также иным лицам такие сведения могут быть предоставлены исключительно в случаях и порядке, которые предусмотрены законом. В случае разглашения банком сведений, составляющих банковскую тайну, клиент вправе потребовать от банка возмещения причиненных убытков.

Закон № 395-1 определяет лиц, уполномоченных на получение информации, составляющей банковскую тайну, а также основания для получения информации об операциях, счетах и вкладах юридических лиц, граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, и физических лиц.

Справки о наличии счетов, вкладов и (или) об остатках денежных средств на счетах, вкладах (депозитах), выписки по операциям на счетах, по вкладам ИП в

банке могут быть запрошены налоговыми органами, в том числе в случаях принятия решений о приостановлении операций по счетам.

Справки же о наличии счетов, вкладов и (или) об остатках денежных средств на счетах, вкладах, выписки по операциям на счетах, по вкладам физических лиц, не являющихся ИП, могут быть запрошены налоговыми органами в случаях проведения налоговых проверок в отношении этих лиц либо истребования у них документов (информации) в соответствии с п. 1 ст. 93.1 НК РФ должностным лицом налогового органа, проводящим налоговую проверку.

Конвенция о защите прав человека и основных свобод допускает вмешательство властей в частную жизнь только в интересах общественного порядка в целях защиты прав и свобод других лиц (ст. 8). Под частной жизнью понимается область жизнедеятельности человека, относящаяся к отдельному лицу, касающаяся только его и не подлежащая контролю со стороны общества и государства<sup>2</sup>.

Гарантированное Конституцией РФ право на неприкосновенность частной жизни означает предоставленную человеку и гарантированную государством возможность препятствовать разглашению сведений личного характера<sup>3</sup>.

На основании изложенного, обоснован вывод, что *позиция уполномоченных органов, изложенная в вышеуказанных письмах, не отвечает указанным нормам законодательства, в том числе о неприкосновенности частной жизни, гарантированной Конституцией РФ.*

8. Рассмотрим влияние рассматриваемого подхода на безналичные расчеты. Изложенная в письмах Минфина России позиция в отношении счетов граждан может негативно сказаться на объеме безналичных расчетов, что затруднит реализацию норм Федерального закона от 07.08.2001 № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма».

В настоящее время большинство расчетов с физическими лицами осуществляется в безналичном порядке, что удобно и безопасно как для физических лиц, так и для иных участников гражданского оборота. Такие расчеты прозрачны. Безналичные расчеты снижают затраты источника выплаты, позволяют оперативно исполнить в установленном порядке законные требования, например исполнительных документов.

В рамках проводимой государством монетизации социальных льгот и выплат соответствующие выплаты осуществляются гражданам в безналичном порядке, что способствует развитию национальной системы платежных карт «Мир».

Конституция РФ гарантирует каждому социальное обеспечение по возрасту, в случае болезни, инвалидности, потери кормильца, для воспитания детей и в иных случаях, установленных законом.

По требованию физического лица выплата заработной платы, как и пенсии и иных льгот и пособий, возможна наличными денежными средствами, что потребует дополнительных расходов, в том числе за счет средств бюджета. При этом нельзя исключить ухудшение криминогенной ситуации.

<sup>2</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 28.06.2012 № 1253-О.

<sup>3</sup> Определения Конституционного Суда РФ от 9.06.2005 № 248-О ; от 26.01.2010 № 158-О-О ; от 27.05.2010 № 644-О-О.



На основании изложенного, обоснован вывод, что *позиция уполномоченных органов, изложенная в вышеуказанных письмах, не стимулирует безналичные расчеты.*

9. Что касается *обеспечения исполнения налоговых обязанностей*, то отметим, что налог — необходимое условие существования государства, в связи с чем обязанность платить налоги распространяется на всех налогоплательщиков в качестве безусловного требования государства.

Обязанность каждого платить законно установленные налоги и сборы установлена Конституцией РФ. Данная обязанность имеет публично-правовой характер, что обусловлено публично-правовой природой государства и государственной власти.

Взыскание налога не является произвольным лишением собственника его имущества, оно представляет собой законное изъятие части имущества, вытекающее из конституционной публично-правовой обязанности.

Налоговые правоотношения основаны на властном подчинении одной стороны другой. Они предполагают субординацию сторон, одной из которых — налоговому органу, действующему от имени государства, принадлежит властное полномочие, а другой (налогоплательщику) — обязанность повиновения. Требование налогового органа и налоговое обязательство налогоплательщика следуют из закона. Спор по поводу невыполнения налогового обязательства находится в рамках публичного (налогового) права.

*Законодательством установлен различный порядок взыскания налоговых платежей с физических и юридических лиц в целях недопущения административного вмешательства в права личности.*

К юридическим лицам, независимо от формы собственности, применяется беспорядок взыскания налоговых платежей, а в случае несогласия налогоплательщика — установлен порядок его защиты, а именно обращение в вышестоящие налоговые органы и (или) в суд для рассмотрения спора по существу. Юридическим лицам гарантирована судебная защита их права собственности.

Различие в способах приведения в действие механизмов этой защиты применительно к юридическим лицам (последующий судебный контроль) и к физическим лицам (предварительный судебный контроль) обусловлено особенностями юридического лица как субъекта налогового обязательства (постановление Конституционного Суда РФ от 17.12.1996 № 20-П).

Юридическое лицо, в отличие от гражданина / физического лица, имеет обособленное имущество и отвечает по своим обязательствам именно этим имуществом. Гражданин же (если он является ИП без образования юридического лица) использует свое имущество не только для занятия предпринимательской деятельностью, но и в качестве собственно личного имущества, необходимого для осуществления неотчуждаемых прав и свобод. Имущество гражданина в этом случае юридически не разграничено.

Конституционный Суд РФ полагает, что *взыскание налоговых платежей со счетов физических лиц, открытых не для целей осуществления предпринимательской деятельности, в беспорядном порядке явилось бы выходом за рамки собственно налоговых публично-правовых отношений и вторжением в иные отношения, в том числе гражданско-правовые.*

10. Анализ *судебной практики*<sup>4</sup> показывает, что судебная система разделяет налоговые обязательства физического лица как такового и физического лица как ИП и не позволяет их смешивать.

Следовательно, законодательство содержит различные правовые, в том числе налоговые, режимы для физического лица как для ИП и как для гражданина.

**Вывод.** Проведенный анализ позволяет поставить под сомнение правомерность изложенной в вышеуказанных письмах Минфина России позиции в части применения норм ст. 76 НК РФ в отношении счетов физических лиц, которые являются либо ранее являлись индивидуальными предпринимателями, при условии, что такие счета не связаны с осуществлением данными лицами предпринимательской деятельности.

Учитывая, что банки не наделены полномочиями по оценке правомерности принятия налоговым органом Решения и Решение подлежит безусловному исполнению банком, представляется, что ответственность за правомерность приостановления операций по счету в данной ситуации будет лежать на налоговом органе. Однако последствия приостановления операций по счету налогоплательщика, а именно отказ в открытии ИП как физическому лицу счета (№ 40817) или в принятии вклада может привести к привлечению банка к ответственности с возмещением клиенту причиненных убытков. При предоставлении налоговым органам информации о счетах и вкладах своих клиентов и об остатке, операциях по их счетам у банка также возникает риск ответственности за нарушение Закона № 395-1.

К сожалению, в данной ситуации требуется принятие соответствующего решения каждым банком с учетом оценки собственных рисков и готовности отстаивать принятое решение как перед налоговыми органами, так и перед своими клиентами.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Банковское право : учебник для бакалавров / отв. ред. Л. Г. Ефимова, Д. Г. Алексеева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Проспект, 2019. — 608 с.

<sup>4</sup> См., например: постановление Арбитражного суда Уральского округа от 29.08.2018 № Ф09-4797/18 по делу № А60-64520/2017.



**Лилия Талгатовна  
БАКУЛИНА,**

декан юридического  
факультета  
Казанского федерального  
университета,  
доктор юридических наук,  
доцент  
**btkfu@mail.ru**  
420008, Россия, Республика  
Татарстан, г. Казань,  
ул. Кремлевская, д. 18

## ГЕНЕЗИС ОБЩЕПРАВОВОЙ ТЕОРИИ ДОГОВОРНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

**Аннотация.** В статье представлен генезис теоретических взглядов, сложившихся в отечественной и зарубежной юридической науке, на договорное правовое регулирование. С учетом типов научной рациональности предложены этапы становления и развития концептуальных положений общей теории договорного регулирования. Выявлены современные тенденции развития теории и практики договорного регулирования.

**Ключевые слова:** общеправовая теория договорного регулирования, этапы становления и развития, тенденции и закономерности развития теории и практики договорного регулирования.

DOI: 10.17803/2311-5998.2020.72.8.134-143

**L. T. BAKULINA,**

Dean of the Faculty of Law  
of the Kazan Federal University,  
Dr. Sci. (Law), Associate Professor  
**btkfu@mail.ru**

420008, Russia, The Republic of Tatarstan, Kazan, ul. the Kremlin, 18

### GENESIS OF GENERAL LEGAL THEORY OF CONTRACTUAL REGULATION

**Abstract.** The article presents the genesis of the theoretical views prevailing in the domestic and foreign legal science on contractual legal regulation. Based on the current types of scientific rationality, in the research work proposing stages of the formation and development of conceptual provisions of the general theory of contractual regulation. The author reveals current trends in the sphere of development of the theory and practice of contractual regulation.

**Keywords:** general legal theory of contractual regulation, stages of formation and development, trends and patterns of development of the theory and practice of contractual regulation.

Стремительное увеличение объема научной информации, отражающей различные стороны государственно-правовой действительности, ведет, с одной стороны, в познавательном плане к расширению круга изучаемых объектов и решаемых задач, с другой стороны, к приращению знаний за счет уточнения, дополнения, переосмысления существующих теоретических категорий. Особую сложность представляет исследование фундаментальных проблем юридической науки, образующих ее теоретико-методологическую основу. От кор-

ректного определения исходных теоретических посылок, позволяющих не только составить целостное представление об объекте изучения, но и непротиворечиво совместить его с системой устоявшихся теоретических идей и концепций, зависит эффективность научного поиска. Поэтому генезис общей теории договорного правового регулирования исследуется в контексте становления и развития учений о договоре и правовом регулировании.

Обусловленность социально-политической действительности соответствующим данному этапу развития общества экономическим базисом, который, собственно, и выступал предпосылкой формирования договорных отношений в сфере обмена, предопределила исследование договора, договорного регулирования, договорных средств (первоначально в римском праве, затем — в отраслях частного права) в неразрывной связи с экономическими процессами.

Однако происходящие на протяжении XVIII—XIX вв. изменения на политической карте мира, трансформации экономических систем, социальные (в том числе демографические, национальные, миграционные и др.) деформации и последовавшие с конца XIX — начала XX в. технологические модернизации и глобализация всех сфер общественной жизни повлекли за собой отказ от признания жесткой причинной зависимости договора исключительно от экономических условий и политических предпочтений государств.

Масштабное распространение во всех сферах человеческой деятельности и применение организационных форм, основанных на соглашениях, позволяет в рамках социогуманитарных наук исследовать договорное регулирование не только как экономическое явление (отношения в сфере обмена и распределения материальных благ), но и как социальное (отношения сотрудничества), политическое (теории общественного договора, взаимодействие государств на международной арене), религиозное (теократические теории происхождения власти), культурологическое (ценностная категория и мировоззренческая установка), правовое (договорно-регулятивные средства) и т.п. явление.

В качестве теоретико-методологической матрицы исследования генезиса общеправовой теории договорного регулирования используем предложенную В. С. Степиным типологию научной рациональности и выделенные им типы цивилизаций<sup>1</sup>, учитывая при этом справедливое замечание Е. В. Тимошиной, что теоретико-методологическое значение предложенной в философии типологии научной рациональности определяется не хронологическими основаниями рубежа XIX—XX вв., где выделение классического и неклассического типов рациональности является не периодизацией истории правовой мысли, а ее концептуализацией<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> См. подробно: *Степин В. С.* Теоретическое знание. М.: Прогресс-Традиция, 2003. С. 18—29; *Он же.* Типы научной рациональности и синергетическая парадигма // Сложность. Разум. Постнеклассика. 2013. № 4. С. 45—59; *Он же.* Человеческое познание и культура. СПб., 2013.

<sup>2</sup> См. подробно: *Тимошина Е. В.* Классика, постклассика... неоклассика: к обоснованию контрпостмодернистской программы в теории права // Правоведение. 2014. № 4 (315). С. 6—28.

Становление «юриспруденции понятий» (в трактовке Г. Пухты) как условно первого этапа формирования юридической науки, в основе которой — философские идеи Аристотеля, Платона, Цицерона, обобщения практики римскими юристами и иные теоретические концепции мыслителей Античности и Средневековья, совпадает с классическим периодом развития техногенных цивилизаций, когда в качестве общенаучной исследовательской программы господствовала механическая картина мира, оказавшая существенное влияние не только на изучение природных процессов, но и на систему знаний о человеке и обществе.

С развитием торгового оборота и его правовой регламентации начинается формирование юридической конструкции договора, известной еще со времен римского права. Однако, как справедливо отмечает Т. К. Примак, римское правовое наследие оказалось настолько разнообразным, что в нем обнаружилось аргументы в пользу многочисленных интерпретаций. Правовые дефиниции римского права *contractus, pactum, convention* не только не совпадают по объему, ни одно из них не охватывает всех имеющих договорную природу отношений<sup>3</sup>.

По мнению Д. А. Полдникова, основной предпосылкой возникновения учения о договоре следует считать переворот в юридическом мышлении средневековых правоведов XII—XV вв., смысл которого заключался в переходе от казуистического анализа конкретных отношений из отдельных видов договоров к теоретическому осмыслению авторитетных правовых текстов римско-канонического права, обычного и королевского договорного права с помощью приемов схоластики XII—XV вв. (грамматического, формально-логического, системного толкования), а затем гуманистической науки XVI в. (историко-филологического толкования). Результатом такого переворота в юридическом мышлении стало учение о договоре, содержание которого составили: понятийный аппарат; принципы договорного права; общие положения о договоре; классификация отдельных видов договоров; определение места договора в системе частного права<sup>4</sup>.

Формирование социально-гуманитарного знания в Средние века не только основывалось на методологии научного рационализма, но и с учетом господствовавшего теологического мировоззрения предполагало обращение к религиозным и философским источникам. Так, применительно к трактовке договора в теократических доктринах (в частности, в иудаизме и мусульманстве) использовались две конструкции: а) общественный договор; б) форма гражданско-правовых сделок. Религиозное обоснование ценности договора, которое не противопоставляло индивида обществу, собственность — власти, власть — индивиду, было обусловлено его божественной сущью, из которой проистекала и природа человека<sup>5</sup>.

В работах христианских теологов-правоведов дефиниция договора как способ реализации добродетели справедливости в отношениях между частными лицами, появляется вследствие применения тезиса Фомы Аквинского о совер-

<sup>3</sup> См.: *Примак Т. К.* Институт договора : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2009. С. 22—23.

<sup>4</sup> См. подробно: *Полдников Д. Ю.* Формирование учения о договоре в правовой науке Западной Европы (XII—XVI вв.) : монография. М. : Проспект, 2016. С. 350—351.

<sup>5</sup> См. подробно: *Примак Т. К.* Указ. соч. С. 21.

шении любых обещаний ради достижения христианских добродетелей (справедливости или щедрости)<sup>6</sup>.

Институциональное оформление идеи договора в западноевропейских странах, по мнению Т. К. Примака, проходило в два основных этапа: а) при становлении буржуазного общества она получает философское обоснование в качестве теории общественного договора и нормативное закрепление в качестве гражданско-правовой категории; б) в современный период институт договора определяет тип постиндустриального общества — государство услуг, социальный контракт, контрактная экономика<sup>7</sup>.

К концу классического периода в историческом развитии социальных наук обозначился разрыв с принципами механицизма, обусловленный, по мнению В. С. Степина, «парадигмальными прививками» из биологии (по мере развития в ней идей эволюции), а затем, уже в нашем столетии, из теории систем, кибернетики и теории информации. В юридической науке это приводит к появлению органических (биологических) и психологических концепций правопонимания, осмыслению триединой природы человека (психологических, мотивационных, волевых, бихевиористских аспектов, аффективных состояний, генетических причин правонарушений), антропологических направлений в криминологии и т.д.

Формирование концептуальных основ договорного регулирования на втором этапе развития юридической науки, который условно может быть обозначен как «юриспруденция интересов» (в трактовке Р. Иеринга), осуществляется в рамках социологических направлений исследования государственно-правовой действительности.

Произошедшие к концу XIX — началу XX в. в Европе изменения, обусловленные развитием капиталистических отношений, существенно изменили социальный баланс, что поставило перед государством необходимость решения общенациональных проблем. В результате в рамках неклассической науки происходит трансформация классической теории договорного правового регулирования, обусловленная изменениями социально-политических устоев и соответствующих им ценностных ориентаций.

Практически в этот же период западной юридической доктриной отмечается необходимость использования договорных начал в публичном праве как особого способа регулирования общественных отношений. Основанные на теории общественного договора, различные интерпретации которой встречаются и в русской политико-правовой мысли, основные положения договорной концепции получают развитие в теориях правового и социального государства, в теории компетенций (разграничение полномочий между разными уровнями публичной власти), конституционализма и федерализма.

Динамизм функционирования социальной системы определяется не только изменениями в сфере производства, но и изменениями в культуре, прежде всего мутациями смыслов ее универсалий, которые выступают в качестве своего рода глубинных программ социальной жизни, предопределяют воспроизводство и вариации всего многообразия более конкретных программ поведения, обще-

<sup>6</sup> См.: Полдников Д. Ю. Указ. соч. С. 346.

<sup>7</sup> Примак Т. К. Указ. соч. С. 20—21.

ния и деятельности, характерных для определенного типа социальной организации<sup>8</sup>. В частности, в европейской традиции права классическое представление о договоре складывается лишь в XIX в. именно в связи с развитием капиталистических отношений, основанных на либеральных ценностях. А в российской правовой системе первоначально законодательное оформление, затем — доктринальное осмысление договорного регулирования получает лишь в конце XX в. в связи с глубочайшими трансформациями всех сфер общественной жизни, обусловленными формированием рыночных механизмов.

Своеобразие российской государственности и правовой системы, их изменения, трансформации на пути исторического развития закономерно получали соответствующее отражение в отечественной юридической науке. Формирование ценностных аспектов договорного регулирования в русской политико-правовой и социально-экономической действительности происходит с момента становления древнерусской государственности (IX—XV вв.), что, по мнению ряда исследователей, выступает как специфическая черта (самобытность) русской общественной и государственной жизни<sup>9</sup>. В России договор традиционно использовался в международном сотрудничестве, начиная с текстов договоров Руси с Византией (907, 911, 944, 971 гг.), а также как политико-правовая концепция, отдельные положения которой встречаются в трудах Я. П. Козельского, Н. М. Муравьева, А. Н. Радищева, В. С. Соловьева, М. М. Сперанского, В. Н. Татищева, М. М. Щербатова и др.<sup>10</sup>

В древнерусских княжествах наряду с княжеской властью возвышалась не менее могущественная воля земщины, выражающаяся в представительном органе — вече, отношения между которыми определялись добровольным соглашением, свободным договором. Договорное начало в его многообразных проявлениях, по мнению Н. П. Загоскина, составляло коренную основу всей древнерусской жизни не только в государственных, но и в общественных отношениях. Договорное начало легло в основу не только отношений удельных князей между собой и отношений князей к земщине, но и в последующем — в основу отношений служебных, организации служивых сил; договорным началом определялись и сословные, и общинные отношения.

Однако в период формирования централизованного Российского государства и соответствующей ему правовой системы (XVI—XVII вв.) договорные отношения с земщиной «затухают» и заменяются крепостными. Государь становится первоначальным и завершающим звеном государственной власти, выражающим идеи правды и общественного блага. Поэтому в рассматриваемый период развития русского государства договорное регулирование не получило широкого распространения: договор не влиял на структурирующие общество базовые отношения,

<sup>8</sup> См. подробно: *Степин В. С.* История и философия науки : учебник для аспирантов и соискателей ученой степени кандидата наук. М. : Академический Проект; 2011. С. 122—134.

<sup>9</sup> См., например: *Загоскин Н. П.* История права русского народа. Казань, 1899. Т. I. С. 278 ; *Перевалов В. Д., Костенко В. И.* Теория государства и права: российский путь развития // Теоретическая юриспруденция: традиции, современность, перспективы. Алексеевские чтения / отв. ред. В. Д. Перевалов. Екатеринбург : ИД Уральского государственного юридического университета, 2014. Вып. 1. С. 50—64.

<sup>10</sup> *Примаков Т. К.* Указ. соч. С. 31.

не являлся внутренне необходимым элементом культуры, тем более не получили достаточного развития его либеральные основы<sup>11</sup>.

В отечественной цивилистике в начале XIX в. научное осмысление договорного регулирования осуществлялось в двух аспектах: как разновидности сделки или обязательства. Трехединую природу договора (волевой акт, источник обязательств, разновидность сделки) в своих работах обосновывали Д. И. Мейер, Ю. С. Гамбаров, Г. Ф. Шершеневич и другие авторы, что было обусловлено влиянием германской научной доктрины. В советский период в трудах Н. Г. Александрова, О. С. Иоффе, С. Н. Братуся, Р. О. Халфиной и других ученых было разработано определение договора как юридического факта, правоотношения, акта-документа, которое и сегодня используется в юридической науке и нормотворчестве.

В начале XX в. в результате социально-экономических преобразований в России начинает формироваться институт социального партнерства<sup>12</sup>. Толчком к становлению коллективно-договорных отношений послужил вызванный экономическим кризисом рост стачечного движения. Первоначально коллективный договор исследовался в качестве частноправовой сделки, регулируемой нормами гражданского права. В первые годы нэпа коллективный договор был чрезвычайно важным источником трудового права, способным устранять пробелы действующего законодательства<sup>13</sup>. В конце 1920-х гг. параллельно усилению централизованного регулирования трудовых отношений идет децентрализация порядка заключения коллективных договоров (в практику вводится их заключение первичными органами профсоюзов)<sup>14</sup>.

К исследованию договорного регулирования в публичном праве российская юридическая наука обратилась в 60-е гг. XX в. В научно-правовой литературе обращается внимание на кардинально отличающиеся от цивилистических специфические признаки договорного регулирования публичных отношений, проявляющиеся в субъектном составе (сохранение административным (управленческим) органом публично-властного статуса, обособленность субъектов договора и их волеизъявлений); в соотношении закона и усмотрения сторон при формировании условий договора; в целеполагании, сочетающем публичные и частные интересы (достижение публично значимого результата первично, возможность невластному субъекту решать с помощью договора свои частные задачи вторично)<sup>15</sup>.

И вновь проявляется тенденция несоответствия доктринальных исследований практике законодательного оформления договорных средств в отраслях публичного права. Это не только приводит к многообразию трактовок их места

<sup>11</sup> *Примак Т. К.* Указ. соч. С. 32—33.

<sup>12</sup> См., например: *Дивеева Н. И.* Роль договора в трудовом праве. Екатеринбург, 2005.

<sup>13</sup> *Бугров Л. Ю.* Проблемы свободы труда в трудовом праве России. Пермь, 1992.

<sup>14</sup> Трудовое право : курс лекций / под ред. С. Б. Цветкова. — 2-е изд., стер. М. : Омега-Л, 2006 ; *Лушников А. М. Войтинский И.С.* О коллективном договоре // Правоведение. 2003. № 5. С. 230—238.

<sup>15</sup> См., например: *Курчевская С. В.* Административный договор: формирование современной теории и основные проблемы : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2002.

в системе источников соответствующей отрасли публичного права, содержания, сферы использования и т.д., но и напрямую зависит от готовности государства признать их в качестве таковых (весьма показательным в этом плане является использование договорных средств в сфере разграничения полномочий между органами государственной власти федерального и регионального уровней<sup>16</sup>).

Современный период постнеклассической науки дает широкий простор в методологическом плане — возможность использования разных подходов, обусловленных различными парадигмальными основами. В теоретико-правовых и философских исследованиях активные попытки выйти за пределы позитивистских, этатистских и иных преваляровавших в советской юридической науке трактовок государственно-правовых явлений и процессов привели к формированию оригинальных междисциплинарных правовых теорий (коммуникативной, герменевтической, диалогичной, интегративной и др.). Как справедливо применительно к исследованию институциональной природы договора отмечает Т. К. Примак, к изучению договора необходимо подходить на уровне междисциплинарных исследований, поскольку договор — это «и организационное образование, и основа интеграционных процессов, и элемент большинства институтов, и устойчивый тип поведения, и процедура разрешения конфликтов, и система норм, и источник нормативного регулирования, и механизм экономического взаимодействия, и идея ценностного характера, представление об “идеальном типе” государства, права, экономики и т.д.»<sup>17</sup>.

Неклассический этап развития научного знания характеризуется исследованием объектов как сложных саморегулирующихся систем. Сложные объекты предстают как процессуальные системы, самовоспроизводящиеся в результате взаимодействия со средой и благодаря саморегуляции<sup>18</sup>. Следовательно, договорное правовое регулирование как сложный полиструктурный объект исследования предполагает изучение не только составляющих его элементов, но и сам процесс договорного регулирования (договорно-регулятивную деятельность) и одновременно его функционирование как структурного компонента другой макросистемы — правового регулирования, а также его взаимодействие с социальной средой через систему прямых и обратных связей.

Современная постнеклассическая наука развивается и функционирует в особую историческую эпоху, общекультурный смысл которой определяется включенностью в решение проблемы выбора жизненных стратегий человечества, поиска им новых путей цивилизационного развития. Новые научные подходы третьего этапа развития юридической науки, который условно можно определить как «юриспруденцию ценностей», базируются на идее гармоничного отношения между людьми, человеком и природой, приоритетности сотрудничества перед конкуренцией, диалогичности культур.

<sup>16</sup> См., например: Бакулина Л. Т., Васин А. Л. Договорное регулирование федеративных отношений // Ученые записки Казанского университета. Серия «Гуманитарные науки». 2019. Т. 161. Кн. 1.

<sup>17</sup> Примак Т. К. Указ. соч. С. 5.

<sup>18</sup> См. подробно: Степин В. С. Типы научной рациональности и синергетическая парадигма // Сложность. Разум. Постнеклассика. 2013. № 4. С. 45—59.

С этой точки зрения современная научная картина мира во многом воплощает в себе идеалы открытой рациональности, и ее мировоззренческие следствия коррелируют с философско-мировоззренческими идеями и ценностями, возникающими на почве различных и даже во многом противоположных культурных традиций. Речь идет об удивительном соответствии современной научной картины мира не только тем новым ментальностям, которые формируются в недрах западной (техногенной) цивилизации конца XX столетия, но и философским идеям, выросшим на почве самобытной культуры России и мировоззренческим представлениям традиционных восточных культур<sup>19</sup>.

Например, в достигшей постиндустриального этапа экономического развития и освоившей многие ценности западной культуры Японии, где в обществе до сих пор господствуют представления, основанные на идеях конфуцианства, проблему прав «предпочтительнее решать путем дружеских переговоров, а не обращаться в суд, ибо это только усилит наступившую дисгармонию. Японские бизнесмены считают судебную процедуру разрешения споров очень грубой и даже жестокой процедурой. Гораздо лучше достичь путем переговоров компромисса, который если и не отразит правовые реалии, то по крайней мере не нарушит гармонии взаимных отношений...»<sup>20</sup>

По мнению В. С. Степина, современное развитие человечества свидетельствует о возможности и перспективах трансформации постиндустриального этапа эволюции техногенной цивилизации в третий тип цивилизации, для которого характерен синтез восточных и западных мировоззренческих универсалий, что обусловлено поиском выхода из современных глобальных кризисов и прогнозированием и предотвращением возможных рисков. Выход человечества из состояния кризисов — духовная реформация и выработка новой системы ценностей, основанной на кросс-культурном взаимодействии Запада и Востока<sup>21</sup>.

Таким образом, исследование становления и развития концептуальных положений общей теории договорного правового регулирования позволило выявить следующие тенденции и закономерности:

- увеличение комплексности в правовой регламентации общественных отношений в целом и договорных в частности, т.е. полиотраслевой характер договорного правового регулирования предполагает использование разноотраслевых договорно-регулятивных средств как в частном, так и в публичном праве;
- конвергенция частного и публичного права и англо-американской и континентальной правовых систем, а также интеграция национального и международного права ведут, с одной стороны, к фактической и юридической дифференциации договорных отношений, с другой — к унификации договорного права;
- «цифровизация» социальной действительности ведет к кардинальному изменению традиционной системы ценностей, точнее — к выстраиванию новой

<sup>19</sup> См. подробно: *Степин В. С.* Человеческое познание и культура. СПб., 2013.

<sup>20</sup> *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2 т. / пер. с нем. М., 2000. Т. 1. С. 432, 444.

<sup>21</sup> *Степин В. С.* Перелом в цивилизационном развитии. Точки роста новых ценностей // Глобальное будущее — 2045. Конвергентные технологии (НБИКС) и трансгуманистическая эволюция / под ред. Д. И. Дубровского. М., 2013. С. 10—25.

- аксиологической системы социальных координат техногенного (информационного) этапа развития современных обществ и государств;
- переход к новому постнеклассическому этапу научной рациональности, основанному на принципах плюралистичности, конвенциональности, антропоцентризма, процессуальности, конституированности, текстуальности и иных, предопределяет применение междисциплинарных подходов в познании договорно-регулятивной деятельности и формировании общеправовой теории договорного регулирования.

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бакулина Л. Т., Васин А. Л. Договорное регулирование федеративных отношений // Ученые записки Казанского университета. — Серия «Гуманитарные науки». — 2019. — Т. 161. — № 1. — С. 19—31.
2. Бугров Л. Ю. Проблемы свободы труда в трудовом праве России. — Пермь : Изд-во Перм. ун-та, 1992. — 236 с.
3. Дивеева Н. И. Роль договора в трудовом праве. — Екатеринбург, 2005. — 186 с.
4. Загоскин Н. П. История права русского народа // Сочинения Н. П. Загоскина. — Казань : Тип. имп. ун-та, 1899. — Т. 1 : Введение. Наука истории русского права. Формация народа и государства : лекции и исследования по истории русского права. — 512 с.
5. Курчевская С. В. Административный договор: формирование современной теории и основные проблемы : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Воронеж, 2002. — 24 с.
6. Лушников А. М., Войтинский И. С. О коллективном договоре // Правоведение. — 2003. — № 5. — С. 230—238.
7. Перевалов В. Д., Костенко В. И. Теория государства и права: российский путь развития // Теоретическая юриспруденция: традиции, современность, перспективы. Алексеевские чтения / отв. ред. В. Д. Перевалов. — Екатеринбург : Издательский дом Уральского гос. юрид. ун-та, 2014. — Вып. 1. — С. 50—64.
8. Полдников Д. Ю. Формирование учения о договоре в правовой науке Западной Европы (XII—XVI вв.) : монография. — М. : Проспект, 2016. — 399 с.
9. Примак Т. К. Институт договора : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2009. — 49 с.
10. Степин В. С. История и философия науки : учебник для аспирантов и соискателей ученой степени кандидата наук. — М. : Академический проект, 2011. — 423 с.
11. Степин В. С. Перелом в цивилизационном развитии. Точки роста новых ценностей // Глобальное будущее — 2045. Конвергентные технологии (НБИКС) и трансгуманистическая эволюция / под ред. Д. И. Дубровского. — М., 2013. — С. 10—25.
12. Степин В. С. Теоретическое знание. — М. : Прогресс-Традиция, 2003. — 744 с.

13. *Степин В. С.* Типы научной рациональности и синергетическая парадигма // Сложность. Разум. Постнеклассика. — 2013. — № 4. — С. 45—59.
14. *Степин В. С.* Человеческое познание и культура. — СПб., 2013. — 140 с.
15. *Тимошина Е. В.* Классика, постклассика... неоклассика: к обоснованию контр-постмодернистской программы в теории права // Правоведение. — 2014. — № 4 (315). — С. 6—28.
16. Трудовое право : курс лекций / под ред. С. Б. Цветкова. — 2-е изд., стер. — М. : Омега-Л, 2006. — 255 с.
17. *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2 т. / пер. с нем. — М., 2000. — Т. 1 : Основы. — 480 с.



**Владислав Михайлович  
КАМАЛЯН,**  
аспирант  
Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА)  
[vladkamalyan@mail.ru](mailto:vladkamalyan@mail.ru)  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

## ТЕХНОЛОГИЧЕСКИЙ И ПРАВОВОЙ АСПЕКТЫ СМАРТ-КОНТРАКТА<sup>1</sup>

**Аннотация.** В настоящей работе автор сопоставляет смарт-контракт с аккредитивом, раскрывая технологическую и правовую составляющую смарт-контракта. Автор подчеркивает неразрывность данных двух аспектов, образующих между собой уникальный симбиоз цифровых решений и правовых конструкций. Более того, раскрывается техническая и правовая природа смарт-контракта, а именно программный и правовой механизм его действия. Сравнивая смарт-контракт с аккредитивом, автор приходит к выводу о принадлежности смарт-контракта как способа исполнения платежного обязательства к аккредитивной форме расчетов, отмечая правовые преимущества и недостатки данной цифровой технологии.

**Ключевые слова:** блокчейн, цифровые технологии, платежные инструменты, формы расчетов, смарт-контракт, аккредитив.

DOI: 10.17803/2311-5998.2020.72.8.144-157

**V. M. KAMALYAN,**  
postgraduate student  
of the Department of banking law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)  
[vladkamalyan@mail.ru](mailto:vladkamalyan@mail.ru)  
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### TECHNOLOGICAL AND LEGAL ASPECTS OF A SMART CONTRACT

**Abstract.** In this work author compares smart-contract to letter of credit. Discovering technological and law aspects of smart-contract. The author underlines indivisibility of these aspects, which consolidate in unique symbiosis of digital solutions and law constructions. Moreover, technical and law nature are to be discovered in this paper, particularly, program and law mechanism of smart-contract. Comparing smart-contract to letter of credit, author concludes that smart-contract is one of types of letter of credit as a payment instrument.

**Keywords:** blockchain, digital technologies, payment instruments, smart-contract, letter of credit.

<sup>1</sup> Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16203 мк на тему: «Российское и зарубежное право об использовании цифровых технологий в банковской деятельности и практика его применения: сравнительно-правовой аспект».

Смарт-контракт как правовое явление является неоднозначным с точки зрения правовой природы. Одни причисляют его к правовой категории договора, т.е. смарт-контракт — это договор, заключенный и исполняемый посредством технологии блокчейн<sup>2</sup>. Другие считают, что смарт-контракт технически представляет собой компьютерный код, программу, которая является алгоритмом действий, направленных на исполнение договора. Автор, придерживаясь второй точки зрения<sup>3</sup>, относит смарт-контракт не к категории гражданско-правовых договоров, а к способам исполнения обязательств, в том числе платежных, поэтому смарт-контракт можно использовать при осуществлении различных форм безналичных расчетов.

С точки зрения особенностей функционирования смарт-контракт наиболее близок к механизму расчетов аккредитивами. Прежде всего их объединяет такой существенный признак, как условность исполнения: исполнение обязанности одной стороны договора обусловлено наступлением определенных обстоятельств, что проявляется в исходном коде смарт-контракта, выражающемся операторами `if then...4`.

Смарт-контракт представляет собой сочетание технологического и правового аспекта: с одной стороны, это компьютерная программа, с другой стороны, цель данной программы — совершение юридических действий, за которыми следуют последствия, имеющие юридическое значение для сторон договора, иными словами, исполнение договора. Обе составляющие являются неразрывными, без той или иной части теряется правовая сущность смарт-контракта, в связи с чем необходимо рассмотреть обе составляющие более детально.

Как уже было сказано, с точки зрения технической составляющей смарт-контракт представляет собой программный код. Как и любая компьютерная программа, смарт-контракт состоит из большого количества строк этого кода, которые представляют собой алгоритм исполнения программы. Поэтому составить смарт-контракт сможет только специалист, владеющий языком программирования, даже если он не имеет юридической квалификации. Тем не менее британский ученый Mayukh Mukhopadhyay в одной из своих работ предлагает любому желающему составить примитивный смарт-контракт всего в семь шагов<sup>5</sup>.

Как правило, любое условие смарт-контракта состоит из трех базовых частей: наименование, тип, значение, что наглядно отражено на следующем примере<sup>6</sup> (рис. 1):

```
dated as of 16-Mar-2016
{
  "id": "Agreement Date",
  "type": "Date",
  "value": "16-Mar-2016"
}
```

Рис. 1

<sup>2</sup> Ефимова Л. Г., Сизимова О. Б. Правовая природа смарт-контракта // Банковское право. 2019. № 1.

<sup>3</sup> Камалян В. М. Понятие и правовые особенности смарт-контракта // Юрист. 2019. № 4.

<sup>4</sup> Савельев А. И. Договорное право 2.0: «умные» контракты как начало конца классического договорного права // Вестник гражданского права. 2016. № 3. С. 32—60.

<sup>5</sup> Mukhopadhyay Mayukh. Ethereum smart contract development. Packt Publishing, 2018. Unlocking Blockchain: Embracing New Technologies to drive Efficiency and Empower the Citizen // The Journal of The British Blockchain Association. 2018. 5 July.

<sup>6</sup> Barclays demonstration of smart contract templates // URL: <https://www.ibtimes.co.uk/barclays-smart-contract-templates-heralds-first-ever-public-demo-r3s-corda-platform-1555329>.



{наименование (ID): дата соглашения;  
 тип: дата;  
 значение: 16 марта 2016 г.}.

Другой пример: если в смарт-контракте говорится о ежедневной ставке процента, условие об ее исчислении будет выглядеть следующим образом<sup>7</sup> (рис. 2):

```
{
  "id": "DailyInterestAmount",
  "type": "Expression",
  "value": "(CashAmount * InterestRate ) / (if Currency == 'GBP' then 365 else 360)"
}
```

Рис. 2.

{наименование (или ID): ежедневная ставка процента;  
 тип: денежное выражение;

значение: сумма, умноженная на процентную ставку, разделенная на количество дней — 365 (в случае если валютой является фунт стерлинга) или 360 (в случае с иной валютой)}.

Стоит отметить, что данное условие основано на трех показателях, заранее не известных на момент его создания: точная сумма, действующая на момент расчета процентная ставка и валюта. Однако такое условие вполне применимо для смарт-контракта, заключенного, например, для банковского кредитования или вклада.

Смарт-контракт основан на технологии блокчейн. Предполагается, что смарт-контракт представляет собой закрытую цепочку, состоящую из пиров — участников смарт-контракта. Пир является неотъемлемой частью смарт-контракта (пир — это то лицо, от имени которого смарт-контракт исполнит то или иное действие). Благодаря элементу криптографии каждый участник обладает публичным и частным ключом — это криптографические средства защиты интересов сторон, позволяющие авторизовать проведение операций. Публичный ключ — код, доступный для неограниченного круга лиц, позволяющий идентифицировать лицо как потенциального контрагента. Частный ключ — код, доступный только его владельцу для авторизации проведения операций (удостоверяющий, что данную операцию действительно хочет провести владелец ключа, а не третье лицо)<sup>8</sup>.

Смарт-контракт — это алгоритм действий: выстроенная последовательность операций, которые начинают осуществляться при наступлении того или иного события. Непосредственно алгоритм составляется на языке программирования, например Solidity, с использованием математических инструментов (например, криптографии с открытым ключом), что устраняет споры при толковании условий сделки<sup>9</sup>.

Исполнение смарт-контракта происходит в автоматическом режиме благодаря заранее заданному алгоритму действий программы, который выполняет определенное действие при наступлении также заранее определенного обстоятельства. При этом все данные о транзакциях (о совершенных действиях и наступивших

<sup>7</sup> Barclays demonstration of smart contract templates.

<sup>8</sup> Bashir I. Mastering Blockchain. Packt Publishing, 2017.

<sup>9</sup> Новоселова Л. А. «Токенизация» объектов гражданского права // Хозяйство и право. 2017. № 12. С. 2944.

обстоятельствах) фиксируются программой и хранятся на базе распределенного реестра, благодаря чему такие данные защищены от постороннего вмешательства и не могут быть изменены.

Основной проблемой технической составляющей смарт-контракта является правильность его составления. Проблемы могут возникать на двух стадиях: на стадии составления смарт-контракта и на стадии его исполнения. На стадии составления смарт-контракта важно не ошибиться с набором символом, задаваемых в программу, ведь от лишнего знака код не сможет быть скомпилирован, а программа — запущена. Данная проблема характерна для любого программного кода, не только для смарт-контракта. В связи с этим написание программного кода смарт-контракта — это скрупулезная работа, требующая высокой квалификации и внимательности специалиста.

Однако куда более серьезные технические и юридические последствия могут вызвать ошибки в составлении смарт-контракта, когда он уже запущен. Смарт-контракт, благодаря свойствам блокчейн-технологий, невозможно изменить или остановить, если он начал самоисполняться<sup>10</sup>. Если в коде допущена ошибка, не задан алгоритм при наступлении того или иного события, смарт-контракт не сможет исполниться в полном объеме. Помимо того, что технически он будет неопределенное время «в тупике», это может повлечь существенные юридические последствия, в том числе ответственность стороны за несвоевременное исполнение обязательства.

Все операции происходят в электронной среде на базе платформы блокчейн. Тем не менее, исполняя реально существующие обязательства, смарт-контракт не может существовать без взаимодействия с внешним реальным миром. Для такой связи существуют оракулы (Oracles), которые являются неотъемлемой частью системы смарт-контракта и представляют собой широко признанные организации, которые передают по безопасным каналам связи актуальную информацию в программу смарт-контракта.

Например, смарт-контрактом предусмотрена выплата дивидендов с учетом текущей рыночной цены на бирже. При создании смарт-контракта невозможно определить биржевую цену ценной бумаги на тот или иной момент в будущем, соответственно, заложить условие по выплате дивидендов с учетом биржевого курса ценной бумаги также невозможно. Чтобы смарт-контракт на выплату дивидендов по ценным бумагам мог исполниться, ему нужно получить информацию о текущем актуальном курсе этой ценной бумаги на дату совершения операции по выплате дивидендов. Для этого и нужны оракулы, которые передают в систему смарт-контракта информацию о том же курсе ценной бумаги<sup>11</sup>. Информация, которая передается в системы смарт-контрактов, может быть разной: от прогноза погоды до новостей по всему миру.

Передача информации от оракула к смарт-контракту основана на принципе аутентичности информации, что отражает достоверность полученных от того

<sup>10</sup> Unlocking Blockchain: Embracing New Technologies to drive Efficiency and Empower the Citizen // The Journal of The British Blockchain Association. 2018. 5 July.

<sup>11</sup> Clack C. D., Bakshi V. A., Braine L. Smart Contract Templates: foundations, design landscape and research directions. August 4, 2016 // URL: <https://arxiv.org/pdf/1608.00771.pdf>.



или иного источника данных. Этот принцип достигается за счет криптографии (электронной подписи). Передача информации возможна двумя способами: либо путем подписки, когда смарт-контракт, будучи подписанным на обновления информации от того или иного источника, самостоятельно получает информацию; либо оракул сам направляет информацию в систему смарт-контракта. При этом важно, чтобы оракул был действительно надежным источником информации, не имеющим возможности так или иначе влиять на ее содержание.

Информация, передаваемая в смарт-контракт, должна быть надежной и достоверной, что особенно важно на финансовых рынках. Этот фактор необходимо учитывать лицу, которое составляет смарт-контракт. В противном случае смарт-контракт может причинить убытки участвующим лицам. Уже существуют несколько платформ, которые оказывают услуги по предоставлению информации, например: <https://www.realitykeys.com/> или <https://smartcontract.com/>. В целях доказывания аутентичности информации оракулы обращаются к TLSNotary—сервису, который предоставляет криптографические доказательства того, что полученные данные соответствуют тем, которые были предоставлены сервером. Таким образом, существует особая инфраструктура, обеспечивающая надежную работу смарт-контрактов<sup>12</sup>.

Каждому техническому элементу смарт-контракта, рассмотренному выше, коррелирует определенная правовая проблема. Техническая природа смарт-контракта порождает проблему его правовой природы: если он представляет собой программный код, то возможно ли считать смарт-контракт договором, а код — языком такого договора? Ответ на поставленные вопросы представляет, в частности, немецкая доктрина. Заключение договора является свободным волеизъявлением сторон сделать предложение и акцептовать его. Поскольку программный код не способен выразить волеизъявления сторон, будучи нечитаемым для человека, то в правовом смысле слова смарт-контракт не является договором, а является лишь выражением договора на компьютерном языке. Поэтому необходимо заключать обычный договор и применять смарт-контракт как средство его исполнения<sup>13</sup>.

Кроме того, возникает проблема и в правоприменении. Смарт-контракт, будучи составленным на техническом языке, совершенно не понятен правоприменителям. Отсюда вытекает множество вопросов, связанных с уверенностью в содержании смарт-контракта:

Можно ли быть уверенным в том, что стороны действительно согласились заключать контракт на заданных условиях? Одинаково ли они понимают заданные условия?

Можно ли быть уверенным в том, что все параметры смарт-контракта заданы и заданы надлежащим образом?

<sup>12</sup> Clack C. D., Bakshi V. A., Braine L. Op. cit.

<sup>13</sup> Fraunhofer Gesellschaft Blockchain und Smart Contracts Technologien, Forschungsfragen und Anwendungen. November 2017 // URL: [https://www.sit.fraunhofer.de/fileadmin/dokumente/studien\\_und\\_technical\\_reports/Fraunhofer-Positionspapier\\_Blockchain-und-Smart-Contracts.pdf?\\_=1516641660](https://www.sit.fraunhofer.de/fileadmin/dokumente/studien_und_technical_reports/Fraunhofer-Positionspapier_Blockchain-und-Smart-Contracts.pdf?_=1516641660).

Как предоставить смарт-контракт судье в случае спора? И как суду убедиться в действительных намерениях сторон в заключении той или иной сделки?

Все эти проблемы британские ученые предлагают решить одним способом: при помощи перевода текста смарт-контракта с программного языка на привычный для человека язык. При создании смарт-контракта создается обычный текстовый файл, в котором отражены все условия смарт-контракта и который можно предоставить как сторонам сделки, так и судье<sup>14</sup>.

Смарт-контракт, как и аккредитив, представляет собой алгоритм, работающий по принципу «если..., то...», благодаря чему оба инструмента приобретают обеспечительный характер. Однако, по мнению цивилистов, квалификация смарт-контракта как способа обеспечения исполнения обязательства возможна лишь при абсолютизации функционального подхода. Таким образом, к способам обеспечения можно отнести расчеты по аккредитиву и договор условного депонирования (эскроу), которые обладают сходным «обеспечительным эффектом»<sup>15</sup>.

Однако такой «обеспечительный эффект» не должен являться критерием отнесения как аккредитива, так и смарт-контракта к способам обеспечения исполнения обязательства. Если считать аккредитив и смарт-контракт способом обеспечения исполнения обязательств, то остается неясным, что при таком подходе можно будет считать обеспечительным обязательством, а что основным. Поэтому данные инструменты являются способами непосредственного исполнения обязательства.

Правовой механизм смарт-контракта напрямую зависит от его правовой природы. Поскольку автор придерживается позиции, что смарт-контракт является способом исполнения договора, то и правовой механизм будет базироваться также на этой концепции.

Наиболее распространенным финансовым инструментом в международных сделках является аккредитив. Уже существует ряд примеров, где стороны используют смарт-контракт в рамках сделок по аккредитиву. В частности, британский банк Barclays использовал смарт-контракты в рамках аккредитивных расчетов с помощью фиатных денег по договорам поставки товаров (сыра и сливочного масла). В состав документов, подтверждающих исполнение условий аккредитива, вошли электронные документы: сертификат происхождения товара, страховой сертификат, счет, товарно-транспортная накладная<sup>16</sup>.

Механизм проведения сделки выглядел следующим образом. Транзакции проводились на блокчейн-платформе Wave. Преимуществом данной платформы являлась наглядность документов для участников торговой сделки, благодаря чему имелась возможность быстро передавать первичные документы. Поставщик отгружал товар перевозчику, который, в свою очередь, передавал электронный коносамент через блокчейн-платформу продавцу. Впоследствии продавец направлял электронный коносамент в свой банк. Банк продавца, скомплектовав

<sup>14</sup> Clack C. D., Bakshi V. A., Braine L. Op. cit.

<sup>15</sup> Гринь О.С., Гринь Е.С., Соловьев А. В. Правовая конструкция смарт-контракта: юридическая природа и сфера применения // Lex russica. 2019. № 8. С. 51—62.

<sup>16</sup> Смарт-контракты : аналитический обзор Центрального банка РФ. Октябрь 2018 г. // URL: [http://www.cbr.ru/content/document/file/47862/smartkontrakt\\_18-10.pdf](http://www.cbr.ru/content/document/file/47862/smartkontrakt_18-10.pdf).



полный пакет документов, направлял их в банк покупателя, который затем передал их самому покупателю<sup>17</sup>.

Таким образом, в данной сделке применялась блокчейн-технология в целях быстрой и прозрачной передачи документов по аккредитиву, что способствовало исполнению в течение четырех часов. Как таковой смарт-контракт в данной ситуации использован не был, поэтому едва ли можно согласиться с Центральным банком России в том, что данная сделка является примером применения смарт-контракта в сделках с использованием аккредитива.

Не менее важным правовым вопросом является объект исполнения смарт-контракта. Если говорить о платежных обязательствах, то здесь существуют две точки зрения. Одни специалисты утверждают, что объектом исполнения смарт-контракта могут быть только цифровой актив, цифровые деньги<sup>18</sup>. Другие авторы усматривают возможность проведения операций с фиатными деньгами посредством смарт-контрактов. В качестве примера такого использования смарт-контракта необходимо указать на факт успешного проведения сделки между «Альфа-Банком» и компанией S7 по исполнению аккредитива на базе смарт-контракта<sup>19</sup>.

Рассмотрим механизм осуществления данной сделки. Стоит отметить, что обе стороны сделки являлись клиентами «Альфа-Банка», что упрощало проведение сделки. Банк составил два смарт-контракта (по одному для открытия и закрытия аккредитива) на базе платформы Ethereum, на языке программирования Solidity. Транзакциями в данных смарт-контрактах выступали открытие и исполнение аккредитива. Списание денежных средств со счета плательщика происходило при открытии аккредитива. Впоследствии они поступали на счет продавца вместе с предоставлением документов. Все данные о договоре и его сторонах фиксировали в виде записи (хэша), которая содержала информацию о реквизитах продавца и покупателя, предмете договора и условиях платежа.

Такая запись составлялась непосредственно банком и подлежала согласованию с продавцом после открытия аккредитива. Посредством интернет-банка продавец направлял в кредитную организацию сканы торговых документов для проверки<sup>20</sup>. По итогам проверки совершался перевод денежных средств в российской валюте со счета плательщика на счет продавца. Примечательно, что по-прежнему осуществлялась проверка документов сотрудниками кредитной организации. Несмотря на утверждение, что весь цикл операций, включая формирование заявки на платеж, проверку достаточности средств на счете, списание денег и обновление статуса, выполнялся системой автоматически, ручная обработка документов является ключевым фактором, не позволяющим в полной

<sup>17</sup> Оверченко М. Проведена первая реальная сделка с использованием блочных цепей // Ведомости. 08.09.2016.

<sup>18</sup> Ефимова Л. Г., Сизимова О. Б. Указ. соч.

<sup>19</sup> «Альфа-банк» и S7 провели первую в Россию сделку с использованием блокчейн // URL: <https://vc.ru/crypto/20874-alfa-s7-blockchain>.

<sup>20</sup> Нурмухаметов Р. К., Степанов П. Д., Новикова Т. Р. Технология блокчейн и ее применение в торговом финансировании // Financial Analytics: Science and Experience. 2018. Vol. 11. Is. 2. P. 179—190. URL: <https://doi.org/10.24891/fa.11.2.179>.

мере квалифицировать данную сделку как договор, исполненный посредством смарт-контракта.

Данный механизм не раскрывает то, как происходило списание денежных средств и соответствующее зачисление: как смарт-контракт, работающий на блокчейне, осуществил обычный банковский перевод рублевых денежных средств? Данный механизм, в той мере, в которой он раскрыт, не позволяет ответить на данный вопрос. Более того, такой механизм едва ли будет применим для внешне-торговых сделок или сделок с клиентами разных банков. В данном случае смарт-контракт применялся лишь как запись (хэш) о договоре, которая включала всю информацию о сторонах договора и условиях аккредитива. Сама сделка проходила в формате обычного аккредитива с учетом ручной обработки документов, а также с учетом того факта, что совершенно неясным остается механизм совершения платежного обязательства.

Именно эти два ключевых фактора отличают обыкновенный аккредитив от сделки, исполненной посредством смарт-контракта. Использование блокчейна для передачи документов и данных лишь немногим усовершенствует обыкновенный аккредитив, однако такие модернизации аккредитива уже имели место, когда появились электронные аккредитивы и банковское платежное обязательство. Автор полагает, что ускоренный обмен документами в аккредитиве является на сегодняшний день решенной задачей. Актуальными задачами, которые стоят перед блокчейном и смарт-контрактом, являются автоматическая проверка документов и данных и автоматическое исполнение платежного обязательства.

Эти задачи посильны для современных цифровых технологий. Важно лишь разработать корректный правовой механизм исполнения сделок посредством смарт-контракта. Попробуем привести пример смарт-контракта, который бы исполнил целиком всю сделку.

Между сторонами заключен договор, в котором определено, что его исполнение будет осуществляться посредством смарт-контракта. На данном этапе необходимо определить, кто будет составлять данный смарт-контракт: одна из сторон либо сторонняя организация. Данный вопрос является ключевым с точки зрения гражданско-правовой ответственности сторон в случае технических сбоев или ненадлежащего исполнения смарт-контракта. Поэтому такая ответственность также должна быть урегулирована основным договором либо договором со сторонней организацией.

Если операция проводится с фиатными деньгами, участие банков станет обязательным. Ключевой проблемой в данной ситуации является тот факт, что смарт-контракт работает только на блокчейне. Соответственно, чтобы проводить операции с фиатными деньгами, блокчейн должен иметь к ним доступ. В настоящее время банковские счета и смарт-контракт работают в различных технологических измерениях. Однако, по мнению автора, возможно вести банковские счета на платформе блокчейн.

По своей правовой природе, банковский счет представляет собой запись о денежном обязательстве банка перед владельцем данного счета. Одна из ключевых функций блокчейна — это возможность вести огромное количество записей о транзакциях, которые крайне затруднительно третьим лицам взломать, подделать или удалить. Характер таких записей может быть совершенно различным в за-



висимости от волеизъявления сторон (пиров)<sup>21</sup>. В частности, представляется возможным ведение банками банковских счетов клиентов посредством платформы блокчейн. Цепочка блоков будет содержать все операции, которые происходили по банковскому счету. Более того, такая трансформация позволит автоматизировать и значительно ускорить операции по договору банковского счета.

Таким образом, смарт-контракт может изменить записи по банковскому счету покупателя, уменьшив объем обязательства банка перед клиентом, и соразмерно изменить запись по банковскому счету продавца.

Смарт-контракт также может являться либо депонированным, либо гарантированным в зависимости от достаточности денежных средств на счету плательщика. В случае гарантированного смарт-контракта необходимо отдельное согласие банка, выраженное в соглашении между банком и плательщиком. Банк или сторонняя организация, составляющая смарт-контракт, посредством распределенного реестра данных приглашает всех участников смарт-контракта вступить в закрытую цепочку «блокчейн — смарт-контракт». Условия, которые необходимо заложить в смарт-контракт, определяются основным договором. Тем не менее необходимо многостороннее соглашение с участием всех участников смарт-контракта, а также его составителя. Данное соглашение должно регламентировать ответственность организации, составившей смарт-контракт, а также порядок распределения убытков и ответственности в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения смарт-контракта, а также порядок реституции в случае недействительности смарт-контракта.

Смарт-контракт на примере договора поставки будет выглядеть следующим образом. Между покупателем и продавцом заключен договор поставки определенного товара, согласно которому способом исполнения платежного обязательства покупателя является смарт-контракт. Покупателю необходимо инициировать процесс составления смарт-контракта. Предпочтительней было бы обратиться в банк, где открыт счет покупателя, поскольку данный банк также является потенциальным участником смарт-контракта. Покупатель, как и при подаче заявления об открытии аккредитива, обращается в банк с просьбой создать смарт-контракт.

Данные отношения абсолютно сходны с теми, которые регулируются п. 6.6 Положения Банка России «О правилах осуществления перевода денежных средств»<sup>22</sup>. В случае согласия банка создать смарт-контракт (эмитировать смарт-контракт), банк становится участником смарт-контракта аналогично банку-эмитенту в аккредитиве. Для смарт-контракта банк должен создать закрытую цепочку блокчейна, в которую приглашает стороны договора поставки, а также банк продавца посредством средств криптографии (публичного и частного ключа). Впоследствии в смарт-контракт заносятся условия исполнения.

Существенными условиями исполнения являются срок поставки, факт получения покупателем товара, а также непосредственно само платежное обязательство, выраженное в форме *платежного поручения, которое будет исполнено*

<sup>21</sup> Романов М. В. Блокчейн или распределенный цифровой реестр : курс лекций // URL: [www.amfortis-academy.ru](http://www.amfortis-academy.ru).

<sup>22</sup> Положение Банка России от 19.06.2012 № 383-П (ред. от 11.10.2018) «О правилах осуществления перевода денежных средств» // Вестник Банка России. 28.06.2012. № 34.

в будущем под отлагательным условием. Поэтому в смарт-контракт заносится условие, согласно которому продавец должен направить в смарт-контракт уведомление об отгрузке товара и другие предусмотренные договором данные в срок, не позднее определенного договором поставки. Если поставщик не отгрузит товар и не направит соответствующее уведомление в смарт-контракт, программа прекратит самоисполнение, если сторонами не оговорено иное.

Отгрузив товар, поставщик направляет в смарт-программу сведения об отгрузке, которые должны совпадать с заданными в смарт-контракте данными. В этом случае смарт-контракт может базироваться на принципах TSU (Trade Service Utility) из ВРО (Bank Payment Obligation<sup>23</sup>): программа получает данные от контрагентов, сопоставляет их и выдает решение о наличии либо отсутствии расхождений между заданными условиями и полученными данными. Однако отличием в этом случае смарт-контракта от ВРО будет являться то, что отправителями данных будут являться не банки, как в ВРО, а сами стороны договора, что увеличивает прозрачность сделки. Также стоит отметить, что стороны в данной ситуации становятся оракулами смарт-контракта, т.е. лицами, способными направлять данные, имеющие значение для логики программы смарт-контракта. Так, например, получив уведомление от поставщика, смарт-контракт направляет покупателю запрос о подтверждении получения товара. Получив уведомление о подтверждении получения товара покупателем, смарт-контракт при наличии решения об отсутствии расхождений в данных автоматически исполняет платежное обязательство по переводу с банковского счета плательщика на банковский счет продавца, а именно исполняет платежное поручение, заданное изначально в смарт-контракте и принятое к исполнению банком-эмитентом.

Стоит отметить, что правовой механизм исполнения платежного обязательства в этом случае похож на аккредитив. В последнем случае перевод денежных средств в исполняющий банк в качестве покрытия по покрытому (депонированному) аккредитиву осуществляется платежным поручением банка-эмитента с указанием информации, позволяющей установить аккредитив, в том числе дату и номер аккредитива<sup>24</sup>.

Участие банков здесь обусловлено необходимостью исполнить расходную операцию плательщика и операцию по зачислению денежных средств, т.е. выполнением обязательств по договору банковского счета.

Чтобы сделать вывод о природе смарт-контракта как платежного инструмента, необходимо провести правовой анализ вышеприведенного примера. По правовой природе смарт-контракт сходен с аккредитивом. И смарт-контракт, и аккредитив являются способом исполнения платежного обязательства, формой расчетов. Такие признаки, как условность исполнения платежного обязательства и обеспечительный характер исполнения сделки, объединяют смарт-контракт и аккредитив. Задача обоих платежных инструментов состоит в гарантировании исполнения обязательств сторон по договору и защите их интересов, в частности

<sup>23</sup> Унифицированные правила для банковских платежных обязательств URBPO ICC. Publication No. 750—2013.

<sup>24</sup> Положение Банка России «О правилах осуществления перевода денежных средств». П. 6.10.



интереса продавца быстро получить оплату по договору и интереса покупателя не потерять деньги, не получив товар.

Система правоотношений смарт-контракта выглядит следующим образом. Между покупателем и продавцом заключен обычный договор купли-продажи. Каждой из сторон заключен договор банковского счета со своей кредитной организацией. Покупатель обращается с заявлением в банк либо в стороннюю организацию составить смарт-контракт, который исполнил бы платежное обязательство по основному договору при наличии определенных условий (поставки товара). Данное заявление, как уже отмечалось, абсолютно сходно с правоотношениями, возникающими в аккредитиве при обращении покупателя в банк-эмитент с просьбой выдать аккредитив. В таком случае заключается соглашение между банком (либо сторонней организацией) и покупателем, которое бы определяло предмет смарт-контракта, сроки его составления и исполнения, условия, а также регулировало бы ответственность банка (либо сторонней организации) как составителя смарт-контракта.

Стоит отметить существенную разницу между смарт-контрактом и аккредитивом: если аккредитив сопровождается активным участием банков, то в смарт-контракте они лишь исполняют свои обязательства по договорам банковского счета, а именно, исполняют полученные поручения на перевод и зачисление денежных средств. Смарт-контракт берет на себя функции проверки полученных данных и непосредственного исполнения платежного обязательства. Поэтому система правоотношений смарт-контракта в этом случае отличается от аккредитива отсутствием банка-эмитента и исполняющего банка, что приближает смарт-контракт к расчетам посредством платежных поручений.

При такой системе правоотношений необходимо разработать систему ответственности сторон. Если сопоставить смарт-контракт с аккредитивом, то, учитывая различность их системы правоотношений, можно утверждать, что ст. 872 ГК РФ об ответственности банков за неисполнение или ненадлежащее исполнение аккредитива не должна аналогичным образом применяться в смарт-контракте. Это значит, что банки не несут ответственности на неисполнение или ненадлежащее исполнение смарт-контракта по общему правилу ввиду того, что не являются активными участниками смарт-контракта и могут нести ответственность лишь по договору банковского счета.

Исключением из этого правила может являться случай, когда смарт-контракт был составлен непосредственно банком. Тогда ответственность банка будет предусмотрена соглашением о создании смарт-контракта. В частности, ответственность может наступать за следующие виды нарушений. Нарушения могут иметь как сугубо технический, так и технически-правовой характер. Технические нарушения при составлении смарт-контракта приводят к полной остановке работы смарт-контракта, например, ошибка в коде программы может нарушить логику алгоритма, в связи с чем он прекратит свои дальнейшие действия. За такое нарушение должен нести ответственность банк как составитель смарт-контракта, и она может быть выражена в возмещении убытков, возникших в результате сбоя работы смарт-контракта, а именно, возмещение затрат на составление смарт-контракта как платной услуги банка.

Такая техническая ошибка может повлечь просрочку исполнения покупателем платежного обязательства по договору купли-продажи. В таком случае продавец

может требовать неустойки, определенной договором или законом, а покупатель, в свою очередь, может требовать в регрессном порядке с банка возмещения данной неустойки. Это связано с тем, что продавец не связан юридическими отношениями с банком — составителем смарт-контракта, поэтому свои интересы он может защищать только посредством предъявления требований к покупателю.

Технико-правовые нарушения связаны с неверным внесением в смарт-контракт юридических условий договора, таких как срок, дата, сумма. В этом случае смарт-контракт будет ненадлежащим образом самоисполняться.

Так, например, если смарт-контракт исполнил обязательство не в полном объеме, то продавец будет требовать с покупателя доплаты, а покупатель, в свою очередь, требовать возмещения убытков с банка в размере недоплаченной суммы, а также неустойку за каждый день просрочки обязательства. Также если срок оплаты по договору купли-продажи пропущен по причине того, что в смарт-контракте установлен другой, более поздний срок платежа, нежели в договоре купли-продажи, банк также несет ответственность за просрочку покупателем своего обязательства в размере неустойки, предъявленной продавцом к покупателю.

Однако стоит отметить, что банк может быть освобожден в данных ситуациях от ответственности, если соглашением о составлении смарт-контракта предусмотрены другие условия, нежели основным договором купли-продажи. Данное соглашение является независимым договором, и если банк исполнил обязательства в соответствии с данным соглашением, т.е. составил смарт-контракт в соответствии с соглашением и он был соответствующим образом исполнен, то банк не несет ответственность за нарушения покупателем обязательств по договору купли-продажи.

Таким образом, система ответственности формируется следующим образом: покупатель несет ответственность перед продавцом по договору купли-продажи, а банк несет ответственность перед покупателем за качественное составление смарт-контракта и его надлежащее исполнение в соответствии с договором о составлении смарт-контракта. Также важно понимать, что банк несет ответственность по смарт-контракту лишь как его составитель. Если смарт-контракт будет создан сторонней организацией, она должна нести такую же ответственность, а банк будет нести ответственность лишь по договору банковского счета.

При этом у сторонников договорной природы смарт-контракта возникает вопрос: зачем тогда нужен смарт-контракт, если он не заменяет собой обычный письменный договор? На данный вопрос можно ответить следующим образом: если возникает необходимость автоматизировать процесс заключения и подписания договора, особенно между субъектами внешнеэкономической деятельности, для этого не нужно создавать смарт-контракт. Средства криптографии посредством электронной цифровой подписи позволяют оперативно подписать договор, написанный на обычном языке в форме электронного файла. Данная процедура потребует даже меньше времени и кадровых ресурсов, нежели составить смарт-контракт. Поэтому необходимо понимать истинную цель смарт-контракта: исполнение обязательства — автоматизированное, прозрачное и надлежащее в той мере, в какой он был составлен. Смарт-контракт не преследует цель заключить договор: есть способы проще и быстрее, причем как с технической точки зрения, так и с правовой. Поэтому автор и предлагает считать смарт-контракт способом



исполнения договора, потому что такой подход может порождать гораздо меньше правовых коллизий, споров.

На основании изложенного допустимо сделать следующие выводы:

Смарт-контракт — это уникальный способ исполнения обязательств, в том числе расчетных обязательств, который по системе правоотношений ближе к платежному поручению, а по характеру исполнения обязательства — к аккредитиву, в связи с чем его необходимо считать самостоятельной формой расчетов.

Основной задачей блокчейна и смарт-контракта в расчетных обязательствах — это автоматическая проверка документов (данных) и автоматическое исполнение платежного обязательства. Использование блокчейна и смарт-контракта лишь на этапе передачи документов по аккредитиву не является инновационным решением.

Смарт-контракт обладает юридической силой в той мере, в какой его наделяют стороны договора: его исполнение несет одинаковые юридические последствия наравне с самостоятельным исполнением договора сторонами.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. «Альфа-банк» и S7 провели первую в Россию сделку с использованием блокчейн // URL: <https://vc.ru/crypto/20874-alfa-s7-blockchain>.
2. *Городов О. А., Егорова М. А.* Основные направления совершенствования правового регулирования в сфере цифровой экономики в России // *Право и цифровая экономика*. — 2018. — № 1.
3. *Гринь О. С., Гринь Е. С., Соловьев А. В.* Правовая конструкция смарт-контракта: юридическая природа и сфера применения // *Lex russica*. — 2019. — № 8. — С. 51—62.
4. *Егорова М. А.* Особенности нормативного регулирования цифровой экономики и проблемы антимонопольного регулирования на цифровых рынках как средство защиты национальных интересов // *Юрист*. — 2018. — № 11.
5. *Ефимова Л. Г., Сиземова О. Б.* Правовая природа смарт-контракта // *Банковское право*. — 2019. — № 1.
6. *Камалян В. М.* Понятие и правовые особенности смарт-контракта // *Юрист*. — 2019. — № 4.
7. *Новоселова Л. А.* «Токенизация» объектов гражданского права // *Хозяйство и право*. — 2017. — № 12. — С. 29—44.
8. *Нурмухаметов Р. К., Степанов П. Д., Новикова Т. Р.* Технология блокчейн и ее применение в торговом финансировании // *Financial Analytics: Science and Experience*. — 2018. — Vol. 11. — Is. 2. — P. 179—190.
9. *Савельев А. И.* Договорное право 2.0: «умные» контракты как начало конца классического договорного права // *Вестник гражданского права*. — 2016. — № 3. — С. 32—60.
10. Barclays demonstration of Smart Contract Templates // URL: <https://www.ibtimes.co.uk/barclays-smart-contract-templates-heralds-first-ever-public-demo-r3s-corda-platform-1555329>.
11. *Bashir I.* *Mastering Blockchain*. — Packt Publishing, 2017.

12. Clack C. D., Bakshi V. A., Braine L. Smart contract templates: foundations, design landscape and research directions. August 4, 2016 // URL: <https://arxiv.org/pdf/1608.00771.pdf>.
13. Fraunhofer Gesellschaft Blockchain und Smart Contracts Technologien, Forschungsfragen und Anwendungen. November 2017 // URL: [https://www.sit.fraunhofer.de/fileadmin/dokumente/studien\\_und\\_technical\\_reports/Fraunhofer-Positionspapier\\_Blockchain-und-Smart-Contracts.pdf?\\_=1516641660](https://www.sit.fraunhofer.de/fileadmin/dokumente/studien_und_technical_reports/Fraunhofer-Positionspapier_Blockchain-und-Smart-Contracts.pdf?_=1516641660).
14. Mukhopadhyay Mayukh. Ethereum smart contract development. — Packt Publishing, 2018.
15. Unlocking Blockchain: Embracing New Technologies to drive Efficiency and Empower the Citizen // The Journal of The British Blockchain Association. 2018. 5 July.





**Андрей Сергеевич  
МАЗУР,**

аспирант кафедры  
банковского права

Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА)

**mazur.andrey.serg@  
gmail.com**

125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

## СПОСОБЫ ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ НЕДОБРОСОВЕСТНЫМ КРЕДИТОРАМ В ДЕЛАХ О БАНКРОТСТВЕ ЗАЕМЩИКОВ

**Аннотация.** В статье проводится анализ проблем, касающихся участия банков в процедурах банкротства заемщиков и противодействия недобросовестным кредиторам при попытках установления контроля над процедурами банкротства, а также искусственному наращиванию требований «дружественных» кредиторов. Автором приведена актуальная судебная практика по данным вопросам с учетом специфики банков как участников производств по делам о банкротстве заемщиков. Кроме того, в статье анализируется Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований, контролируемых должника и аффилированных с ним лиц, утвержденный Президиумом Верховного Суда РФ 29 января 2020 г.

**Ключевые слова:** несостоятельность (банкротство) заемщиков, требования аффилированных кредиторов, субординация.

DOI: 10.17803/2311-5998.2020.72.8.158-169

**A. S. MASUR,**

postgraduate student of the Department of banking law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

**mazur.andrey.serg@gmail.com**

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### METHODS OF COUNTERING UNFACIAL CREDITORS IN CASES ON BANKRUPTCY OF BORROWERS

**Abstract.** This article concentrates on the problems related to the participation of banks in bankruptcy proceedings of borrowers and counteraction to dishonest creditors when trying to establish control over bankruptcy proceedings, as well as artificially increasing the requirements of “friendly” creditors. The author presents the current court practice on these issues, taking into account the specifics of banks as participants in proceedings for bankruptcy of borrowers. In addition, the article analyzes a new Review of the judicial practice of resolving disputes related to the establishment in the bankruptcy proceedings of the requirements of the controlling debtor and its affiliates, approved by the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation on 01/29/2020.

**Keywords:** bankruptcy of borrowers, claims of affiliated creditors, subordination.

Российские банки, как правило, являются наиболее активными и заинтересованными участниками производств по делам о банкротстве своих заемщиков, что вызвано в первую очередь наличием у них необходимых ресурсов (финансовых, кадровых, аналитических и иных) для сопровождения данной категории дел. Уже на стадии заключения кредитного либо иного договора (поручительства, о выдаче банковской гарантии и т.д.) и выдачи кредитных средств банки собирают значительный пакет документов и сведений о деятельности заемщика (поручителя, принципала), финансовых показателях, конечных бенефициарах и т.п.

Более того, после выдачи кредита банки, как правило, контролируют расходование заемщиком денежных средств, изменение финансовых показателей заемщика, актуализируют информацию о финансовом положении должников в целях минимизации рисков невозврата кредитов и формирования резервов на возможные потери по ссудам.

Таким образом, при возникновении у заемщиков признаков неплатежеспособности банки уже обладают значительным объемом информации и документов о деятельности заемщика. При этом у наиболее крупных кредитных организаций имеются необходимый штат квалифицированных специалистов для сопровождения процедур банкротства заемщиков, выявления имущества должников, необходимые финансовые ресурсы для обеспечения сохранности имущества должников, финансирования процедур банкротства и иных мероприятий.

Так, согласно данным справочно-правовой системы Casebook, крупнейшие российские банки участвуют в десятках тысячах производств по делам о банкротстве юридических и физических лиц<sup>1</sup>. Так, ПАО «Сбербанк России» является участником более 43 тыс. текущих дел о банкротстве, Банк ВТБ (ПАО) — более 12 тыс. При этом, по данным Верховного Суда РФ, по состоянию на конец 2018 г. оставались неоконченными 102 829 дел о банкротстве<sup>2</sup>. Таким образом, только два крупнейших российских банка участвуют в более чем половине производств по делам о несостоятельности (банкротстве).

В то же время, согласно данным статистики Единого федерального реестра юридически значимых сведений о фактах деятельности юридических лиц, индивидуальных предпринимателей и иных субъектов экономической деятельности, ежегодно в России признаются несостоятельными (банкротами) около 13 тыс. юридических лиц<sup>3</sup>. Количество физических лиц, признанных банкротами, ежегодно увеличивается, достигнув за первые 9 месяцев 2019 г. более 46 тыс. человек<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> URL: <https://casebook.ru/> (дата обращения: 25.02.2020).

<sup>2</sup> Отчет о работе арбитражных судов Российской Федерации по делам о банкротстве за 2018 год // Судебный департамент при Верховном Суде Российской Федерации. URL: [http://www.cdep.ru/userimages/sudebnaya\\_statistika/2019/AC1a.svod-2018.xls](http://www.cdep.ru/userimages/sudebnaya_statistika/2019/AC1a.svod-2018.xls) (дата обращения: 25.02.2020).

<sup>3</sup> Банкротства компаний — статистика за 9 мес. 2019 года // Единый федеральный реестр юридически значимых сведений о фактах деятельности юридических лиц, индивидуальных предпринимателей и иных субъектов экономической деятельности. URL: <https://fedresurs.ru/news/f8f7e5b4-9388-499e-9516-6434932f5b66> (дата обращения: 25.02.2020)

<sup>4</sup> Банкротства граждан — статистика за 9 мес. 2019 года // Единый федеральный реестр юридически значимых сведений о фактах деятельности юридических лиц, индивиду-



Одним из наиболее важных направлений, особенно на начальном этапе производства по делам о банкротстве, для кредиторов-банков и кредиторского сообщества в целом является противодействие недобросовестному поведению (в первую очередь аффилированных по отношению к должникам кредиторов), направленному на получение контроля над процедурой банкротства.

Российское банкротное право активно развивается, отражая наиболее актуальные тенденции, позволяющие добросовестным независимым кредиторам защищать свои права и интересы в рамках дел о банкротстве, в том числе от злоупотреблений со стороны должников и аффилированных лиц.

Тем не менее в России обозначенная проблема до настоящего времени не разрешена на законодательном уровне, однако находит свое отражение в правоприменительной практике Верховного Суда РФ.

Наиболее значительным документом в данной области за последнее время является Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований, контролирурующих должника и аффилированных с ним лиц, утвержденный Президиумом Верховного Суда РФ 29.01.2020 (далее — Обзор практики по требованиям контролирующих и аффилированных лиц). В нем Верховный Суд РФ обобщил правовые позиции, касающиеся одного из самых актуальных вопросов в практике банкротства — субординации требований кредиторов. Данный обзор подвел итог правоприменительной практики Верховного Суда РФ и нижестоящих судов с 2017 г., когда впервые была выражена позиция о возможности субординации требований участников должника о включении в реестр требований кредиторов, основанных на договорах займа<sup>5</sup>.

С того времени практика по данному вопросу претерпела значительные изменения, а также была распространена на иные, а не только заемные правоотношения. При этом, как показывает практика, очень часто еще на этапе возбуждения производства по делу о банкротстве заемщиков и рассмотрении обоснованности требований первого заявителя недобросовестные аффилированные кредиторы предпринимают попытки получения контроля над грядущей процедурой банкротства.

### **Противодействие недобросовестному первому заявителю по делу о банкротстве**

Нормами Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»<sup>6</sup> (далее — Закон о банкротстве) предусмотрено право кредитора, который является первым заявителем по делу о банкротстве, на предложение кандидатуры временного управляющего должника — юридического лица и, соответственно, кандидатуры финансового управляющего должника — гражданина.

альных предпринимателей и иных субъектов экономической деятельности. URL: <https://fedresurs.ru/news/8f252102-75dd-464f-898e-26d27c7d5bf0> (дата обращения: 25.02.2020).

<sup>5</sup> См.: определения Верховного Суда РФ от 06.07.2017 № 308-ЭС17-1556 (1) и 308-ЭС17-1556 (2) по делу № А32-19056/2014.

<sup>6</sup> СПС «КонсультантПлюс».

Так, пункт 2 статьи 39 Закона о банкротстве требует, чтобы в заявлении о банкротстве юридического лица была указана кандидатура временного управляющего (фамилия, имя, отчество арбитражного управляющего, наименование и адрес саморегулируемой организации, членом которой он является) или наименование и адрес саморегулируемой организации, из числа членов которой должен быть утвержден временный управляющий.

Аналогичные требования при подаче заявления о банкротстве гражданина содержатся в пункте 3 статьи 213.5 Закона о банкротстве.

Между тем, при подаче заявления самим должником кандидатура временного управляющего определяется посредством случайного выбора (пункт 5 статьи 37 Закона о банкротстве). Такое регулирование направлено на обеспечение подлинной независимости управляющего, предотвращение потенциального конфликта интересов, т.е. на устранение всяких сомнений по поводу того, что управляющий, предложенный должником, в приоритетном порядке будет учитывать интересы последнего, ущемляя тем самым права гражданско-правового сообщества, объединяющего кредиторов.

Согласно пункту 2 статьи 20.2 Закона о банкротстве арбитражным судом в качестве временных управляющих, административных управляющих, внешних управляющих или конкурсных управляющих не могут быть утверждены в деле о банкротстве арбитражные управляющие, которые являются заинтересованными лицами по отношению к должнику, кредиторам.

В пункте 56 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22.06.2012 № 35 «О некоторых процессуальных вопросах, связанных с рассмотрением дел о банкротстве» содержатся требования к кандидатуре арбитражного управляющего. Там указано, что не подлежит утверждению кандидатура арбитражного управляющего, если у суда и лиц, участвующих в деле, имеются существенные и обоснованные сомнения в наличии у него должной компетентности, добросовестности или независимости.

Верховный Суд РФ неоднократно высказывал позицию о том, что право на выбор кандидатуры арбитражного управляющего является способом контроля процедуры банкротства. При этом недопустимо, когда должник, в том числе через сложную систему корпоративной организации, получает возможность выбора саморегулируемой организации<sup>7</sup>.

Так, Верховный Суд РФ в определении от 25.01.2017 № 305-ЭС16-15945 по делу № А41-108121/2015 отметил, что право выбора арбитражного управляющего является одним из способов контроля в рамках дела о банкротстве: «По смыслу Закона о банкротстве законный материальный интерес любого кредитора должника, прежде всего, состоит в наиболее полном итоговом погашении заявленных им требований. Все предоставленные кредиторам права, а также инструменты влияния на ход процедуры несостоятельности направлены на способствование достижению названной цели».

<sup>7</sup> См.: Обзор судебной практики Верховного Суда РФ № 2 (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 26.04.2017). П. 17 ; определения Верховного Суда РФ от 25.01.2017 № 305-ЭС16-15945 ; от 05.04.2018 № 307-ЭС17-1676 (3) ; от 18.07.2018 № 308-ЭС18-3917 ; от 16.06.2016 № 302-ЭС16-2049 по делу № А33-20480/2014.



При этом законодательного запрета на предложение кандидатуры арбитражного управляющего по делу о банкротстве должника аффилированным по отношению к нему кредитором до настоящего времени не установлено. Этим до недавнего времени пользовались недобросовестные аффилированные кредиторы. Так, например, при наличии минимального разрешенного для возбуждения производства по делу о банкротстве размера задолженности данные лица обращались в суд с соответствующим с заявлением и предложением кандидатуры саморегулируемой организации либо арбитражного управляющего. Особенно актуальной данная проблема являлась при применении «упрощенных» процедур банкротства, как, например, банкротства ликвидируемого должника, что позволяло миновать стадию наблюдения и сразу утвердить конкурсного управляющего, которого независимые кредиторы, требования которых включались в реестр требований кредиторов позднее, уже не могли с легкостью поменять.

В декабре 2018 г. Верховный Суд РФ дополнил Обзор судебной практики по вопросам, связанным с участием уполномоченных органов в делах о банкротстве и применяемых в этих делах процедурах банкротства, утвержденный Президиумом Верховного Суда РФ 20.12.2016. В пункте 27.1 указанного Обзора указано, что временным управляющим в деле о банкротстве не может быть утверждено лицо, кандидатура которого предложена кредитором, аффилированным по отношению к должнику.

В нем Верховный Суд РФ отметил, что при подаче заявления самим должником кандидатура временного управляющего определяется посредством случайного выбора (п. 5 ст. 37 Закона о банкротстве). Такое регулирование направлено на обеспечение подлинной независимости управляющего, предотвращение потенциального конфликта интересов, т.е. на устранение всяких сомнений по поводу того, что управляющий, предложенный должником, в приоритетном порядке будет учитывать интересы последнего, ущемляя тем самым права гражданско-правового сообщества, объединяющего кредиторов. Поскольку должник и аффилированные с ним лица имеют общий интерес, отличный от интереса кредиторов, правила п. 5 ст. 37 Закона о банкротстве подлежат применению в ситуации, когда кандидатура временного управляющего и саморегулируемой организации предложены связанным с должником лицом — заявителем по делу о банкротстве. Такой подход возможен по аналогии закона (п. 1 ст. 6 Гражданского кодекса РФ).

Кроме того, Верховный Суд РФ указал, что аналогичный подход применим и в ситуации, когда кандидатура временного управляющего, саморегулируемой организации предложены лицом, которое при отсутствии формально-юридических признаков аффилированности имеет возможность давать должнику обязательные для исполнения указания или иным образом определять его действия.

Возможность установления в рамках дел о банкротстве именно фактической аффилированности и подконтрольности, а не только формально-юридической (в частности, принадлежность лиц к одной группе компаний через корпоративное участие), достаточно давно нашла свое отражение в практике Верховного Суда РФ и нижестоящих судов.

Данный механизм предусматривает возможность установления аффилированности и подконтрольности в тех случаях, когда структура корпоративного участия и управления искусственно позволяет обойти формальный критерий группы

лиц, однако сохраняется возможность оказывать влияние на принятие решений в сфере ведения предпринимательской деятельности. О наличии такого рода аффилированности может свидетельствовать поведение лиц в хозяйственном обороте, например, заключение между собой сделок и последующее их исполнение на условиях, недоступных обычным (независимым) участникам рынка<sup>8</sup>.

В рассматриваемой ситуации критически важным является выявление критериев фактической аффилированности заявителя по делу о банкротстве по отношению к должнику. Временный управляющий назначается посредством случайного выбора из саморегулируемой организации, в которой не состоял кандидат, предложенный аффилированным кредитором (пункт 5 статьи 37 Закона о банкротстве, часть 6 статьи 4 Федерального закона от 29.12.2014 № 482-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О несостоятельности (банкротстве)” и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях»).

Таким образом, уже на этапе рассмотрения обоснованности требований первого заявителя о банкротстве должника независимым кредиторам надлежит осуществлять проверку наличия связей между заявителем по делу о банкротстве и должником. Поскольку банки, как правило, еще на этапе возникновения договорных отношений с заемщиком получают значительное количество информации и документов о его деятельности, вхождении заемщика в группу компаний, наличии формально-юридических и фактических связей с иными юридическими и физическими лицами, они обладают более широкими возможностями по выявлению формально-юридической либо фактической аффилированности заявителя по делу о банкротстве и должника. Так, банки могут установить наличие фактической связи путем анализа выписок по расчетным счетам, перераспределения денежных средств внутри группы компаний заемщика, анализа предоставленных заемщиком финансовых и бухгалтерских документов, анкет клиентов и т.п.

### **Противодействие аффилированным кредиторам на собраниях кредиторов**

Из правовой позиции о запрете аффилированным кредиторам на предложение кандидатуры арбитражного управляющего должника вытекает вопрос об учете голосов аффилированных кредиторов на собраниях кредиторов в целом.

В 2018 г. в ряде определений<sup>9</sup> об оспаривании решений собраний кредиторов была сформирована позиция Верховного Суда РФ о том, что решение о смене арбитражного управляющего при переходе от одной процедуры банкротства к другой не имеет юридической силы, так как принято не кредиторами, а должником. При этом требования аффилированных с должником кредиторов составляют большинство от реестра. Такая позиция противоречит существу законодательного регулирования в сфере несостоятельности, не допускающего определение

<sup>8</sup> См.: определения Верховного Суда РФ от 26.05.2017 № 306-ЭС16-20056 (6) ; от 15.06.2016 № 308-ЭС16-1475 ; от 28.05.2018 № 301-ЭС17-22652 (3).

<sup>9</sup> См.: определения Верховного Суда РФ от 24.10.2018 № 302-ЭС18-19113 по делу № А78-10738/2016 ; от 05.04.2018 № 307-ЭС17-1676(3) по делу № А56-71402/2015.



должником на этой стадии ни конкретной кандидатуры управляющего, ни саморегулируемой организации (п. 2 ст. 213.4 Закона о банкротстве).

Свое развитие данная позиция получила в новом Обзоре практики по требованиям контролирующих и аффилированных лиц. В частности, в п. 12 данного Обзора указано, что выбор кандидатуры арбитражного управляющего либо саморегулируемой организации арбитражных управляющих определяется решением кредиторов, не являющихся лицами, контролирующими должника или аффилированными с должником.

Таким образом, хотя в Законе о банкротстве не содержится ограничений для аффилированных с должниками кредиторов по голосованию на собраниях, судебной практикой постепенно вводятся ограничения для таких кредиторов, что представляется целесообразным. При этом, как следует из текста Обзора, не имеет правового значения, понижалась ли очередность требований таких кредиторов при включении в реестр или нет.

Утверждение кандидатуры арбитражного управляющего, предложенного аффилированными с должником кредиторами, создает вероятность возникновения конфликта интересов между должником, независимыми кредиторами, иными участниками дела о банкротстве и арбитражным управляющим должника. Такой эффект следует исключить в процедуре банкротства, поскольку гарантом обеспечения баланса интересов является непосредственно арбитражный управляющий, утверждаемый арбитражным судом в порядке, установленном ст. 45 Закона о банкротстве, и для проведения процедур банкротства наделяемый полномочиями, которые в значительной степени носят публично-правовой характер<sup>10</sup>.

На основании изложенного можно сделать вывод, что судебной практикой постепенно вводятся ограничения для контролирующих должника лиц и аффилированных к должнику кредиторов, в первую очередь в части утверждения кандидатуры арбитражного управляющего (или саморегулируемой организации). Такие решения в ходе любой процедуры банкротства должны принимать только независимые кредиторы.

### **Противодействие включению требований контролирующих и аффилированных лиц в реестр требований кредиторов**

Наверное, наибольшее внимание в судебной практике и научной литературе в сфере банкротства в последние годы было приковано к теме противодействия включению требований контролирующих должников лиц, а также аффилированных кредиторов в реестр требований кредиторов. Несмотря на то, что возможность понижения в очередности (субординации) требований контролирующих лиц и аффилированных кредиторов до настоящего времени не нашла закрепления

<sup>10</sup> На публично-правовой характер полномочий арбитражного управляющего и на его публично-правовой статус было обращено внимание еще в постановлении Конституционного Суда РФ от 19.12.2005 № 12-П «По делу о проверке конституционности абзаца восьмого пункта 1 статьи 20 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой гражданина А. Г. Меженцева».

на законодательном уровне, судебная практика по данному вопросу, начиная с 2017 г., неуклонно набирает обороты. Банков как наиболее крупных кредиторов данный вопрос также касается напрямую.

Идея понижения в очередности требований контролирующих и аффилированных к должнику лиц была заимствована из иностранных правовых порядков. В литературе выделяют две модели субординации: жесткую и мягкую<sup>11</sup>.

Согласно жесткой модели субординации, т.е. понижению в очередности по сравнению с иными, независимыми (внешними), кредиторами, подлежат по общему правилу требования всех (за рядом исключений) контролирующих и аффилированных по отношению к должнику лиц. Данной модели придерживается, например, законодательство Германии.

При этом сторонники мягкой модели считают, что требования контролирующих и аффилированных по отношению к должнику лиц подлежат субординации только при наличии определенных условий, в первую очередь связанных с условиями предоставления должнику кредитования. Данная модель характерна для англосаксонского права.

Кроме того, Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам несостоятельности также содержит ряд рекомендаций по данному вопросу<sup>12</sup>.

Так, в нем содержатся предложения о дополнении законодательства о банкротстве правилами, содержащими механизм идентификации такого вида поведения или ситуаций, когда требования будут заслуживать дополнительной проверки. Например, проверка обоснованна, когда финансирование должника участником было выполнено при недостаточной капитализации, когда использование аффилированными лицами преимущественного положения было связано с их осведомленностью о деятельности должника, и т.п. В таких случаях требования кредитора могут быть субординированы либо включены на ограниченную сумму, либо кредитор может быть ограничен в некоторых вопросах (например, в голосовании на собрании кредиторов). Как видно, рекомендации, данные в Руководстве ЮНСИТРАЛ, придерживаются мягкой модели субординации требований.

В результате анализа Обзора судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований, контролирующих должника и аффилированных с ним лиц, утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ 29.01.2020 по итогам изучения и обобщения судебной практики по данному вопросу, можно сделать вывод о том, что Суд решил придерживаться мягкой модели субординации требований контролирующих лиц и аффилированных кредиторов, хотя и при существенных допущениях.

Так, в пункте 1 Обзора представлена позиция, согласно которой на аффилированном с должником кредиторе лежит бремя опровержения разумных сомнений относительно мнимости договора, на котором основано его требование, заявленное в деле о банкротстве. При этом Верховный Суд РФ отметил, что если

<sup>11</sup> *Егоров А. В.* Субординация аффилированных кредиторов при банкротстве: актуальный вызов времени // *Эж-Юрист*. 2018. № 39.

<sup>12</sup> *Суворов Е. Д.* Требования связанных с должником лиц в деле о его банкротстве: от объективного к субъективному вменению // *Вестник экономического правосудия Российской Федерации*. 2019. № 4.



финансирование внутри группы компаний осуществляется добросовестно и не нарушает интересов других кредиторов, то требования аффилированного кредитора не подлежат субординации (п. 2 Обзора).

Таким образом, было окончательно закреплено общее правило о невозможности субординации требований кредиторов только по мотиву их аффилированности к должнику, что вызвано отсутствием законодательного закрепления подобной позиции. Необходимо отметить, что в данном случае возникает определенное противоречие между общим правилом и частными случаями, в которых суд предлагает усматривать злоупотребление правом участников и субординировать их требования.

Распределение бремени доказывания собственного добросовестного поведения переходит на контролирующего кредитора и выражается в том числе в ряде опровержимых презумпций, сформулированных Верховным Судом РФ.

Главным критерием для субординации требований контролирующего либо аффилированного лица можно назвать предоставление должнику финансирования (как в денежном виде, например посредством займа, так и в неденежном виде) в состоянии имущественного кризиса должника. При этом необходимо отметить, что Верховный Суд РФ напрямую не связывает понятия имущественного кризиса и неплатежеспособности/недостаточности имущества (п. 6.2 Обзора практики по требованиям контролирующих и аффилированных лиц).

Суд подчеркнул ранее выраженную в практике позицию о том, что контролирующее лицо, которое пытается вернуть подконтрольное общество к нормальной предпринимательской деятельности посредством займа, принимает на себя все связанные с этим риски, в том числе риск утраты компенсационного финансирования на случай объективного банкротства.

При этом в п. 4 Обзора Верховный Суд РФ закрепил, что изложенные в отношении контролирующих лиц позиции распространяются также на требования кредитора, аффилированного с лицом, контролирующим должника, в случае, если этот кредитор предоставил компенсационное финансирование под влиянием контролирующего должника лица. При этом подлежит доказыванию не только «компенсационный» характер финансирования от аффилированного лица, но и то, что его заставило предоставить финансирование контролирующее лицо.

Большое значение для практики также будет иметь то, что Верховный Суд РФ в указанном Обзоре фактически частично преодолевает так называемые «просуженные» требования, т.е. требования кредиторов, основанные на вступивших в законную силу судебных актах о взыскании задолженности.

Согласно п. 10 ст. 16 Закона о банкротстве разногласия по требованиям кредиторов или уполномоченных органов, подтвержденным вступившим в законную силу решением суда в части их состава и размера, не подлежат рассмотрению арбитражным судом. Данная норма длительное время являлась основанием для отклонения любых возражений конкурирующих кредиторов на требования контролирующих лиц и аффилированных кредиторов, подтвержденных судебным актом, даже при явном корпоративном характере задолженности и наличии оснований для субординации их требований.

Указанную проблему первоначально предлагалось решить в п. 23 проекта постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ «О некоторых про-

цессуальных вопросах, связанных с рассмотрением дел о банкротстве»<sup>13</sup>. В нем предложено предусмотреть возможность предъявления любых возражений относительно заявленных требований кредиторов. Иными словами, речь идет об установлении относительной силы судебных актов, ранее вынесенных в отношении данного должника без учета интересов его кредиторов<sup>14</sup>.

В итоге в п. 24 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22.06.2012 № 35 «О некоторых процессуальных вопросах, связанных с рассмотрением дел о банкротстве» было закреплено лишь право арбитражного управляющего и конкурсных кредиторов на обжалование такого судебного акта в установленном процессуальным законодательством порядке.

При этом в Обзоре практики по требованиям контролирующих и аффилированных лиц Верховный Суд РФ частично обошел данное ограничение. Он указал, что само по себе наличие вступившего в законную силу судебного акта, подтверждающего задолженность, не освобождает арбитражный суд, рассматривающий дело о банкротстве, от обязанности определить очередность удовлетворения основанного на этой задолженности требования. В свою очередь, для определения очередности судам придется исследовать все фактические обстоятельства, связанные с возникновением задолженности, первичные документы, историю взаимоотношений сторон, добросовестность поведения кредитора и должника.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что Верховный Суд РФ движется в сторону закрепления относительности судебных актов, вынесенных в отношении должника вне рамок дела о банкротстве.

Представляется, что существенное значение для банков будет иметь позиция, сформулированная в п. 5 данного Обзора. В нем установлено, что не подлежит удовлетворению заявление о включении в реестр требования аффилированного с должником лица, которое основано на исполнении им обязательства должника внешнему кредитору, если аффилированное лицо получило возмещение, исполненного на основании соглашения с должником.

В значительном количестве случаев после получения кредитных средств заемщик перераспределяет их внутри группы компаний, например путем заключения договоров займа. Другие компании группы при этом выступают поручителями по кредитному договору. После наступления просрочки по кредитному договору компания-поручитель погашает просроченную задолженность по кредиту и предъявляет свои требования к должнику в порядке суброгации (ст. 365, 384 и 387 ГК РФ).

Верховным Судом РФ введено понятие договора о покрытии, т.е. договора, заключенного между должником и поручителем, о порядке вступления поручителя в чужой долг и об урегулировании последствий исполнения обязательства поручителем в части условий покрытия расходов на погашение чужого долга. Ин-

<sup>13</sup> Проект постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ «О некоторых процессуальных вопросах, связанных с рассмотрением дел о банкротстве». М., 2011. URL: [http://www.arbitr.ru/\\_upimg/03AEE6AA106304F8330EDE17A45A6BD1\\_pres\\_02Mar2012.pdf](http://www.arbitr.ru/_upimg/03AEE6AA106304F8330EDE17A45A6BD1_pres_02Mar2012.pdf) (дата обращения: 25.02.2020).

<sup>14</sup> *Мифтахутдинов Р. Т.* Ограниченная относительность судебного акта при банкротстве: Как добросовестным кредиторам защититься от необоснованного требования, подтвержденного судебным актом // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 4.



интересно, что такой договор может считаться заключенным без его юридического оформления, т.е. без соблюдения требований пп. 1 п. 1 ст. 161 ГК РФ.

В таком случае наибольшее значение при доказывании недобросовестности должника и аффилированного кредитора имеют именно выписки по расчетным счетам и анализ дальнейшего использования кредитных средств.

Также нередки случаи, когда в ситуации банкротства аффилированные по отношению к должнику лица с существенным дисконтом приобретают на основании договоров цессии права (требования) к должнику, вытекающие из кредитных договоров, и впоследствии на основании них подают заявления о включении в реестр требований кредиторов.

В соответствии с п. 6.2 Обзора приобретение у независимого кредитора требования к должнику создает условия для отсрочки погашения долга по кредитному договору. Такие действия фактически являются финансированием должника, что предоставляет ему возможность осуществлять предпринимательскую деятельность, не исполняя обязанность по подаче заявления о банкротстве (п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве).

Значительное место в Обзоре занимают преференции для требований кредитных организаций о включении в реестр требований кредиторов заемщиков.

Так, одним из достаточно распространенных способов обеспечения исполнения обязательств заемщиков является договор залога долей участия в уставном капитале, заключаемый с участниками заемщика, либо договор залога акций заемщика.

В соответствии с п. 2 ст. 358.15 ГК РФ, если иное не предусмотрено договором залога доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью, до момента прекращения залога права участника общества осуществляются залогодержателем.

Этот способ обеспечения исполнения обязательств обычно используется не для осуществления непосредственного контроля над деятельностью заемщика, а в качестве дополнительной гарантии на случай совершения участниками заемщика явно недобросовестных действий, связанных, например, с отчуждением принадлежащих им долей участия в компании либо явно невыгодной реорганизацией общества.

Верховый Суд РФ сделал вывод о том, что в данном случае презюмируется отсутствие у кредитной организации цели участия в распределении всей предполагаемой будущей прибыли должника. Конкурирующему кредитору необходимо доказать, что банк действовал недобросовестно, в частности навязывал органам управления должника заведомо невыгодные управленческие решения, блокировал принятие явно выгодных решений. В противном случае требования банка не подлежат субординации.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что практически все кредитные портфели банков с обеспечением в виде залога долей (акций) не подлежат субординации при включении в реестр требований кредиторов.

В качестве вывода можно указать, что Обзор практики по требованиям контролирующих и аффилированных лиц позитивно повлияет на работу арбитражных судов, арбитражных управляющих, а также добросовестных кредиторов, поскольку Президиум Верховного Суда РФ выпустил достаточно детальные

разъяснения, систематизировав последние правовые позиции по субординации требований кредиторов.

Несмотря на приверженность мягкой стратегии субординации, Верховный Суд РФ достаточно детально разобрал конкретные основания для ее применения. Он закрепил повышенный стандарт доказывания для лиц, не только напрямую связанных с должником, но и входящих в их группу, необходимость раскрытия экономических мотивов поведения сторон, фактически закрепил «относительность» судебных актов о взыскании с должника задолженности, вынесенных вне рамок дела о банкротстве.

К числу недостатков Обзора можно отнести то, что в нем Верховный Суд РФ принял на себя практически законодательную функцию, вводя в оборот новые понятия, не закрепленные в Законе о банкротстве либо иных нормативных актах. Речь идет о таких понятиях, как «ситуация имущественного кризиса», «предоставление компенсационного финансирования», «договор покрытия», «необоснованное повышение очередности», «перераспределение риска на случай банкротства», «корпоративный контроль, не преследующий цель участия в распределении прибыли», что в целом снижает уровень правовой определенности, но, вероятно, повышает вероятность справедливого разрешения судебных споров.

Банки, которые, как указывалось выше, зачастую являются наиболее активными и заинтересованными в недопуске аффилированных кредиторов с необоснованными требованиями в реестр требований кредиторов своих заемщиков. Для них Верховный Суд РФ предусмотрел определенные преференции при рассмотрении их требований при наличии заключенных договоров залога долей (акций). При этом количество ситуаций, когда аффилированные к должникам лица в преимущественном порядке приобретают у банков права (требования) к должникам вне рамок процедур банкротства для получения контроля либо чтобы исключить из процесса наиболее заинтересованных участников, в ближайшее время, очевидно, уменьшится.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Егоров А. В.* Субординация аффилированных кредиторов при банкротстве: актуальный вызов времени // *Эж-Юрист*. — 2018. — № 39 (1040).
2. *Мифтахутдинов Р. Т.* Ограниченная относительность судебного акта при банкротстве : Как добросовестным кредиторам защититься от необоснованного требования, подтвержденного судебным актом // *Вестник экономического правосудия РФ*. — 2018. — № 4.
3. *Суворов Е. Д.* Требования связанных с должником лиц в деле о его банкротстве: от объективного к субъективному вменению // *Вестник экономического правосудия Российской Федерации*. — 2019. — № 4.





**Джалал КАНХУШ**,  
 ассистент кафедры  
 коммерческого права  
 Университета Дамаска,  
 аспирант кафедры  
 банковского права  
 Университета имени  
 О.Е. Кутафина (МГЮА)  
[jalalkanhoush@yahoo.com](mailto:jalalkanhoush@yahoo.com)  
 125993, Россия, г. Москва,  
 ул. Садовая-Кудринская, д. 9

## ОСОБЕННОСТИ НЕЗАВИСИМОЙ (БАНКОВСКОЙ) ГАРАНТИИ КАК ОДНОГО ИЗ ИСЛАМСКИХ БАНКОВСКИХ ПРОДУКТОВ

**Аннотация.** Относительно недавно ряд принципов финансовых институтов, используемых в исламских банках, получили одобрение Шариатского наблюдательного совета. Одним из таких инструментов является независимая (банковская) гарантия, структурированная с использованием концепции кафалы. В статье дан анализ гарантии в мусульманском праве. Определены условия шариатского законоположения о гарантии. Рассмотрены основания, запрещающие исламскому банку становиться поручителем и брать комиссию за предоставление данной услуги. Утверждается, что кафала, как исламский договор, — это гарантия сохранности средств или имущества, которая дается банком собственнику при передаче или депонировании его имущества у третьей стороны. В случае, если у клиента возникают какие-либо имущественные требования, а третья сторона не исполняет свои обязательства, гарант, т.е. банк, принимает на себя всю ответственность по урегулированию проблемы.

**Ключевые слова:** банковская гарантия, исламский банк, бенефициар, гарант, кафала, принципал, риба.

DOI: 10.17803/2311-5998.2020.72.8.170-188

**J. KANHOUSH,**

teaching assistant for the Department of commercial law Damascus university,  
 postgraduate student of the Department of banking law  
 of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)  
[jalalkanhoush@yahoo.com](mailto:jalalkanhoush@yahoo.com)  
 125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### FEATURES OF INDEPENDENT (BANKING) GUARANTEES AS ONE OF THE ISLAMIC BANKING PRODUCTS

**Abstract.** Several principles of financial institutions used in Islamic banks have recently been approved by the Sharia Supervisory Board. One of these tools is an independent bank guarantee. An analysis of sureties in Muslim law is given in this article. The conditions of the Sharia law on guarantees are defined. The article considers the grounds that prohibit an Islamic Bank from becoming a guarantor and taking a Commission for providing this service. It is claimed that kafala (as an Islamic contract) is a guarantee of the safety of funds or property, which is given by the Bank to the owner when

*transferring or depositing his property from a third party. If the client has any property claims, and the third party does not fulfill its obligations, then the guarantor, i.e. the Bank, assumes all responsibility for resolving the problem.*

**Keywords:** bank guarantee; Islamic bank; beneficiary; guarantor; kafala; principal; riba.

## Понятие и виды кафалы

Практика исламского банкинга зародилась в 1970-х гг. в Египте, Саудовской Аравии и Объединенных Арабских Эмиратах. К 2003 г. исламские банки стали популярными в арабском мире (Сирия, Иордания, Ливан, Алжир, Марокко, Тунис) и других странах, например, в Малайзии, Пакистане и Индонезии. К 2009 г. количество исламских банков на банковском рынке увеличилось до 450, в дополнение к наличию более 300 исламских окон в традиционных банках, которые предоставляют услуги исламского банкинга своим клиентам. В исламских банках наблюдается один из самых быстрых темпов роста, о чем наглядно свидетельствует удвоение их активов за последние пять лет. Оценки, сделанные Исламским советом по финансовым услугам (IFSB) в Малайзии, показывают, что объем исламского финансирования достиг 1,2 трлн долл. в 2010 г. и ожидается ежегодный рост от 15 до 20 %<sup>1</sup>.

Исламский банкинг может быть реализован в следующих формах<sup>2</sup>:

- 1) исламское окно — создается внутри обычного коммерческого банка, который осуществляет и традиционные, и исламские банковские операции, однако бухгалтерский учет по исламским продуктам ведется отдельно;
- 2) исламское отделение — сходно с исламским окном, при этом коммерческий банк создает отдельное исламское отделение, однако бухгалтерский учет не ведется раздельно;
- 3) дочерняя компания — коммерческий банк создает специальную дочернюю компанию по оказанию исламских финансовых услуг. При этом данная компания формулирует и реализует самостоятельную финансовую политику по исламским банковским продуктам, но в рамках общей бизнес-стратегии материнского банка;
- 4) полностью исламские банки — самостоятельные исламские банки, оказывающие полный спектр исламских финансовых услуг через собственные отделения и подразделения в соответствии с разработанной банковской политикой и стратегией (эта система существует в большинстве арабских стран).

Исламские банковские продукты (услуги) можно классифицировать, выделив при этом следующие группы<sup>3</sup>:

<sup>1</sup> Генеральный совет исламских банков и финансовых учреждений Бахрейн-Манама // URL: <https://arab.org/ar/directory/general-council-for-islamic-banks-and-financial-institutions/> (дата обращения: 01.04.2020).

<sup>2</sup> Каурденов С. С., Патласов О. Ю. Исламские банковские продукты: восприятие клиентов в светских государствах // Наука о человеке: гуманитарные исследования. 2013. № 4. С. 26.

<sup>3</sup> Каурденов С. С., Патласов О. Ю. Указ. соч. С. 26.



- 1) банковский продукт, основанный на партнерстве (принцип разделения прибыли и убытков): мудараба и мушарака;
- 2) банковский продукт, основанный на участии в сделках (принцип долга по сделке): мурабаха, иджара, саяям, истисна, кард хасан;
- 3) банковский продукт, основанный на оплате комиссий (тарифов) банка («комиссионные» продукты): вакала (аккредитив);
- 4) банковский продукт, основанный на обеспечении (гарантии): хавала (суфтаджа), кафала, рахн;
- 5) депозитные продукты исламского банкинга:
  - текущие счета (вадия, амана и кард хасан);
  - сберегательные счета (вадия, амана, кард хасан и мудараба);
  - инвестиционные счета (мудараба);
- 6) прочие виды исламских банковских услуг (брокерские услуги, денежные переводы, валютные операции).

По своей юридической природе независимая гарантия является одним из личных способов обеспечения исполнения обязательств, который предоставляет кредитору по основному обязательству дополнительного должника — гаранта. Однако в отличие от других способов обеспечения исполнения обязательств, в том числе от поручительства, которое также является личным способом обеспечения исполнения обязательств, независимая гарантия обладает рядом дополнительных особенностей, которые нуждаются в специальном рассмотрении.

Банковская гарантия — это выдаваемое банком-гарантом обязательство отвечать за выполнение клиентом либо другим лицом денежных или иных обязательств. В случае невыполнения этих обязательств банк, выдавший гарантию, несет ответственность по долгам клиента (заказчика) в пределах, оговоренных в гарантии. Как правило, банковская гарантия является возмездной услугой, за оказание которой банки берут определенную плату.

Обратимся вначале к вопросу об используемой терминологии. В юридической литературе и фикхе (мусульманская доктрина о правилах поведения) термины «кафала», «даман» и «поручительство» часто используются как синонимы. Это связано в первую очередь с тем, что эти инструменты изначально использовались для обеспечения выполнения обязательств в четырех основных исламских школах (малики, ханбали, ханафи, шафии), которые первоначально не объясняли, в какой степени эти инструменты отличаются друг от друга, из-за небольшой экономической активности в старом исламском обществе<sup>4</sup>.

Кроме того, сложность в интерпретации арабского языка привела к использованию различных значений слов для одной цели (обеспечение выполнения обязательства). Предмет разграничения этих терминов остается дискуссионным вопросом. Однако исламские банки используют термин «банковская гарантия» в значении «исламская гарантия кафалы»<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Haron S. (1998). A comparative study of Islamic banking practices // Journal of King Abdulaziz University : Islamic Economics. 10, 23—50.

<sup>5</sup> Al-Zuhayli Wahbah. Islamic Jurisprudence and Its Proofs / trans. Mahmoud A. El-Gamal. Beirut : Dar al-Mouaser. 2003. Vol. 2. P. 102.

В то же время можно говорить и о некоторых отличиях, которые появились на практике. Так, хавала (букв. — передача) юридически — это соглашение, согласно которому должник освобождается от долга другой стороной, которая становится ответственной за выплату долга, или передача права требования долга посредством перехода ответственности за погашение долга от одного лица другому, например контракт об уступке долга. Таким образом, ответственность за погашение долга переходит к другой стороне<sup>6</sup>. Также относится к документу, на основании которого осуществляется уступка прав, например переводной вексель, долговая расписка, чек или тратта. Механизм хавалы используется для взаиморасчетов посредством документального учета без необходимости физической передачи наличных<sup>7</sup>.

Рахн (араб. — залог, заклад) — залог имущества (движимого и недвижимого), осуществляемый в целях обеспечения должником исполнения обязательства по уплате долга. Такое имущество может быть продано залогодержателем при неисполнении залогодателем своего обязательства. В доисламскую эпоху рахн представлял собой своего рода задаток в виде денег (или их эквивалента), предоставляемый при заключении договора (прежде всего купли-продажи) в качестве гарантии соблюдения одной из сторон (покупателем) его условий и подтверждения серьезности ее намерений в отношении приобретения. Мусульманская правовая доктрина сохранила за рахном исключительно свойство залога в его современном понимании<sup>8</sup>.

В исламском банкинге рахн — это банковский продукт, основанный на обеспечении гарантией. Согласно договору, клиент получает кредит под залог личного имущества. Особенностью этого типа ипотечного договора является отсутствие передачи права собственности на заложенное имущество, т.е. заемщик имеет право использовать заложенное имущество в течение всего срока действия договора. И только если необходимо продать заложенное имущество, чтобы покрыть долг, происходит передача права собственности. В этом случае гарантом может быть другой банк. Рахн раскрыт, например, в шариатском стандарте № 28 «Банковские операции и сделки», а банковская гарантия — в шариатском стандарте № 5 «Обеспечение исполнения обязательств»<sup>9</sup>.

Эти стандарты охватывают широкий спектр финансовых соглашений и продуктов для банковского дела, страхования, инвестиций, финансирования и т.д.<sup>10</sup> Стандарты широко известны в мировой исламской финансовой индустрии и считаются наиболее важным справочником по Шариату для участников рынка, включая законодательные органы, регулирующие органы, финансовые учреждения и другие профессиональные организации, такие как юридические фирмы, бухгал-

<sup>6</sup> Пашков Р. В. Исламский политико-экономический словарь. Русайнс, 2017. С. 106.

<sup>7</sup> Сукук. Шариатский стандарт № 17 / пер. с англ. ; под ред. Р. Р. Вахитова [и др.] // Организация бухгалтерского учета и аудита исламских финансовых учреждений (AAOIFI). М. : Исламская книга, 2010. 40 с.

<sup>8</sup> Пашков Р. В. Указ. соч. С. 85.

<sup>9</sup> Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI) Shari'ah Standards. Manama : AAOIFI, 2002.

<sup>10</sup> Шариатские стандарты. Организация бухгалтерского учета и аудита исламских финансовых учреждений. М. : Исламская книга, 2017. 920 с.



терские и консалтинговые компании, а также университеты, учебные заведения, исследовательские центры и организации по изданию фетв. Стандарты официально приняты многими центральными банками и финансовыми департаментами как обязательные или рекомендованные<sup>11</sup>.

Правила Шариата относительно договора гарантии кафалы подробно рассмотрены в книгах по исламскому праву. Однако мы остановимся на некоторых ключевых моментах, которые особенно важны в контексте исламского банкинга. В этом разделе рассматриваются как буквальные, так и юридические определения кафалы, а также относящиеся к ней источники исламского права<sup>12</sup>.

Слово «кафала» означает принятие на себя ответственности за явку в судебное заседание того, кто имеет материальное обязательство перед владельцем имущества (т.е. гарантия исполнения принятых на себя обязательств третьим лицом).

Кафала дозволена согласно Корану, Сунне и единодушному мнению исламских ученых. В Коране довод содержится в словах Всевышнего: «Они сказали: “Мы потеряли чашу царя. Кто принесет ее, получит верблюжий выюк. Я ручаюсь за это”» (сура 12 «Йусуф = Иосиф», аят 72). «Я ручаюсь за это», т.е. отвечаю за это и даю гарантию. Другой довод содержится в Его словах: «Спроси их, кто из них поручается за это?» (сура 68 «аль-Калам = Письменная трость», аят 40)<sup>13</sup>.

Что касается Сунны (как один из источников исламского права вообще и банковских операций в частности), то на дозволенность ручательства указывают слова Пророка: «Вещь, предоставленную в безвозмездное пользование, следует возвращать ее владельцу, поручившийся берет на себя обязательство в виде гарантии, а долг подлежит уплате» (Абу Дауд и ат-Тирмизи. Ат-Тирмизи назвал этот хадис хорошим, а аль-Албани — достоверным в «Сильсийат аль-ахадис асахиха»). Исламские ученые единодушны во мнении, что кафала как гарантия дозволена по Шариату, поскольку, во-первых, в этом нуждаются люди, а во-вторых, это оберегает должника от ущерба.

Мусульманские ученые единодушны в одобрении договора гарантии (кафала), поскольку это важно для потока коммерческих сделок, он обеспечивает защиту должника и уверенность в отношении погашения кредитором<sup>14</sup>. В финансовых опе-

<sup>11</sup> ААОИФИ (Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions — AAOIFI), созданная в Бахрейне в 1991 г., разработала стандарты для исламских финансовых учреждений. Эта международная исламская некоммерческая организация включает более 200 членов из 45 стран. Бухгалтерские стандарты обязательны к исполнению в Бахрейне, Иордании, Омане, Катаре, Судане и Сирии (см.: Accounting, Auditing and Governance Standards for Islamic Financial Institutions as at Safar 1422H — May 2001. The Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions. Manama, 2015. P. 1056).

<sup>12</sup> В статье проводится исследование традиционной концепции кафалы с целью изучения возможных ухищрений или нарушений Шариата в процессе его пересмотра и применения исламскими финансовыми учреждениями.

<sup>13</sup> Дополнительные принципы исламского финансирования Islamtoday. Казань // URL: [https://islam-today.ru/ekonomika/dopolnitelnye\\_principiy\\_islamskogo\\_finansirovaniya/?desktop=true](https://islam-today.ru/ekonomika/dopolnitelnye_principiy_islamskogo_finansirovaniya/?desktop=true) (дата обращения: 01.02.2020).

<sup>14</sup> *Muhammad 'Uthmān Shabir*. Al-Mu'āmalāt al-Māliyyah al-Ma'āsirah fī al-Fiqh al-Islāmī. 'Amman- Jordan : Dār al-Nafā'is, 2001. P. 94.

рациях гарантия предназначена для обеспечения обязательств и защиты долгов от безнадежного взыскания или невыполнения обязательств. Она принимает форму письменных документов, свидетельств, личных гарантий, залогов, чеков и векселей. Кроме того, в одном договоре даже может содержаться более одной гарантии<sup>15</sup>.

Что касается субъектов договора, то большинство мусульманских юристов, в том числе малики, ханбали, шафии, некоторые представители ханафитских школ, обозначили следующих субъектов гарантийного обязательства<sup>16</sup>:

- 1) принципал (макфул) — сторона, по поручению которой выдается гарантия;
- 2) бенефициар (мустафид) — сторона, в пользу которой выдается гарантия;
- 3) гарант (кафил) — тот, кто выдает гарантию бенефициару по поручению и в соответствии с инструкциями принципала.

Форма гарантии (сига) — ключевой элемент для действительности договора. Большинство мусульманских ученых считают, что договор гарантии (кафала) должен состоять из предложения (offer — иджаб) и его акцепта (accept — Кабул). Для выражения гарантом акцепта необходимо использовать стандартные фразы, установленные нормами Шариата (например, «принимаем гарантию на указанную сумму»).

Главным условием, предъявляемым к гаранту (кафилу) независимо от пола, является принадлежность к такой категории людей, которые имеют право осуществлять добровольные пожертвования, так как ручательство относится к одному из видов добровольных пожертвований (сделок). Поэтому в качестве поручителя не могут выступать умалишенные, слабоумные, дети, а также те, на кого наложен запрет на распоряжение своим имуществом из-за признания безрассудным<sup>17</sup>. С развитием экономической деятельности гарантом (кафилом) стало возможным быть юридическому лицу или национальному или иностранному финансовому или банковскому учреждению, но при условии, что деятельность этого учреждения не противоречит Шариату.

Что касается кредитора (бенефициара), то с точки зрения ислама для действительности гарантии его согласия не требуется, в отличие от гаранта, чье согласие является одним из условий действительности договора.

Некоторые шариатские законоположения, касающиеся гарантии кафалы, сводятся к следующему:

- а) кафала (гарантия) действительна за явку любого человека, который имеет материальную задолженность;
- б) гарант (кафил), принявший на себя чужой долг (материальная гарантия), становится гарантом его погашения, если первоначальный должник затягивает его погашение, не выплачивает его либо становится банкротом;
- в) гарант (кафил), не принявший на себя чужой долг, не становится гарантом его погашения, потому что его поручительство ограничивается установлени-

<sup>15</sup> Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI). Shari'ah Standards. Manama : AAOIFI, 2002. P. 57.

<sup>16</sup> Al-Zuhayli Wahbah. Op. cit. Vol. 2. P. 9.

<sup>17</sup> Islamic finance products, services and contracts [Исламские финансовые продукты, услуги и контракты] // URL: [https://ru.qwe.wiki/wiki/Islamic\\_finance\\_products,\\_services\\_and\\_contracts#Kafala](https://ru.qwe.wiki/wiki/Islamic_finance_products,_services_and_contracts#Kafala) (дата обращения: 01.02.2020).



ем личности и доставкой в суд лица, за которого дано поручительство, либо поручителя, принявшего на себя чужой долг.

Кафалой называется гарантия в обычных финансах. Третья сторона принимает существующие обязательства и ответственность за их выполнение. Есть пять условий кафалы: условия гарантийного обслуживания<sup>18</sup>, гарант, предмет гарантии, кредитор и сига (формулировка) для учредительного договора.

Существуют различные виды кафалы: кафала би аль нафис (личная гарантия) и кафала би аль мал (финансовая гарантия), с тремя типами финансовых гарантий: кафала би аль дайн (гарантия погашения кредитного обязательства другой стороны); кафала би аль айн / кафала би аль таслим (гарантия оплаты товара или гарантия доставки в рамках сделки) и кафала би аль дарак (гарантия, которая обеспечивает, что конкретный актив свободен от каких-либо обременений в том случае, если определенная сделка предполагает передачу титулов).

С точки зрения ислама, договор гарантии кафала относится к договорам, классифицируемым как благотворительные, и благотворитель по ним не должен претендовать на какую-либо выгоду. Известно, что запрещается брать плату за предоставление займа (который также классифицируется как благотворительный договор), так как с точки зрения ислама это подпадает под запрет ростовщичества. Поскольку этот запрет актуален для займодавца, он является актуальным и для гаранта (кафила): если запрещено зарабатывать на предоставлении займа, то зарабатывать на предоставлении гарантии кафалы по займу запрещено тем более.

Следует подчеркнуть один важный момент: кафала, в отличие от хавалы (передачи долга), не освобождает основного должника, в пользу которого заключается договор, поскольку кафала является лишь дополнительным обязательством к существующему обязательству. Хотя соглашение о гарантии устанавливает солидарную ответственность как гаранта, так и принципала, оно не увеличивает права кредитора на первоначальный долг. Это связано с тем, что, как только один из них погашает долг, требование его уплаты ко второму не может быть предъявлено, а освобождение одного из них от ответственности за исполнение освобождает и другого от такой ответственности<sup>19</sup>.

К нормам, регулирующим последствия нарушения права в состоянии крайней необходимости, примыкают общие принципы фикха о материальной ответственности за повреждение или уничтожение имущества, а также нормы о несении расходов на его содержание, составляющие суть исламского правового института дамáн (буквально — гарантия, обеспечение). Пожалуй, центральным среди этих норм является принцип, который текстуально воспроизводит слова пророка Мухаммеда: «Получение дохода или пользы обусловлено дамано́м»<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> На финансовом рынке эти условия называются «Правила гарантийного обслуживания». Они включают сроки и условия гарантийного обслуживания, порядок гарантийного обслуживания и т.п. Они тоже называются с точки зрения шариата «Стандартные гарантийные условия».

<sup>19</sup> Bakar D. "Contracts in Islamic Commerce and their Application in Modern Islamic Financial System," Iqtisad Al-Islami Khalifa Institute, (2008) // URL: [http://islamic-world.net/economics/contract\\_03.htm](http://islamic-world.net/economics/contract_03.htm) (дата обращения: 06.04.2020).

<sup>20</sup> Коммерческая деятельность в Исламе // URL: <https://www.whyislam.to/main/mudaraba.htm> (дата обращения: 01.02.2020).

Фихх понимает этот шариатский постулат в правовом смысле как обязанность лица, извлекающего материальную выгоду из имущества, нести потери в связи с его повреждением или уничтожением вместе с расходами на его содержание. Аналогичное правило устанавливают принципы «кто несет ущерб в связи с использованием имущества, тот получает и выгоду, приносимую данным имуществом» и «доходы, получаемые от использования имущества, — против расходов, понесенных в связи с использованием данного имущества, а расходы — против доходов, приносимых данным имуществом».

Например, если лицо арендовало помещение за определенную плату, то ущерб от его повреждения несет арендодатель, который получает указанный доход. Но если арендатор использует помещение в форме, не предусмотренной договором, и извлекает из этого материальную выгоду без специальной платы собственнику, то на него ложится и ответственность за причиненный имуществу ущерб. Это прямо предусмотрено принципом «даман и оплата не сочетаются»<sup>21</sup>. В таком случае можно сказать, что даман имеет широкое значение, в которое включены большинство инструментов, фактически используемых в исламском банкинге<sup>22</sup>.

Большинство мусульманских ученых, в том числе ученые ханафи, малики и ханбали, считают, что объект финансовой гарантии должен быть таким, чтобы его можно было получить у гаранта. Это лишает законной силы гарантию получения физического наказания, потому что получение физического наказания не может быть сделано по доверенности<sup>23</sup>.

С учетом изложенного банковская гарантия, выданная исламским банком, недопустима, если она обеспечивает:

- приобретение активов, не соответствующих шариатским нормам. Ограничены и экономические активности, которые можно финансировать по правилам исламского банкинга. Например, не предоставляются займы на развитие азартных игр, производство и продажу алкоголя, табака и свинины. Часть прибыли обязательно отчисляется на благотворительность — закят;
- приобретение актива, который будет использоваться для осуществления деятельности, не соответствующей шариатским нормам;
- осуществление деятельности, не соответствующей шариатским нормам;
- заключение сделки, не соответствующей шариатским нормам.

Соблюдение исламских правил и норм контролирует совет мулл при банке. Деньги от операций по исламским нормам не должны смешиваться со средствами, потенциально участвовавшими в запретных сделках.

Банк «Негара Малайзия» (один из крупнейших банков Малайзии) резюмировал объект банковской гарантии, выданной на основании договора кафалы следующим образом<sup>24</sup>:

<sup>21</sup> *Al-Zuhayli Wahbah*. Op. cit. Vol. 2. P. 82.

<sup>22</sup> *Ali M., Hassan R. and Hasan S.* An exploratory study of shariah issues in the application of tabarru' for takaful // *Global Review of Islamic Economics and Business*. — 2014. — Vol. 1. — No. 3. — P. 166.

<sup>23</sup> *Al-Zuhayli Wahbah*. Op. cit. Vol. 2. P. 6.

<sup>24</sup> Bank Negara Malaysia (BNM). *Kafalah Concept Paper*. Kuala Lumpur : BNM, 2015. P. 10.



- а) финансовое обязательство или обязательство гарантированной стороны, которое уже установлено или будет установлено в будущем;
- б) совершение определенного действия гарантированной стороной;
- в) выполнение обязательства гарантированной стороной; или
- г) комбинация любого или всего вышеперечисленного.

В то же время мусульманские юристы, включая юристов ханафи, малики и шафии, придерживаются мнения, что гаранту не обязательно знать сумму или объем гарантируемой им ответственности. Это, по их мнению, объясняется тем, что договор гарантии является добровольным безвозмездным договором, предназначенным для облегчения сделок и в результате допускающим незнание объекта<sup>25</sup>.

В таком случае может быть предоставлена действительная гарантия по долгам, точная сумма которых неизвестна. Точно так же действительная гарантия может быть предоставлена для долга, который возникнет в будущем. Однако гаранту разрешается отозвать такую гарантию до фактического возникновения будущего долга, но после уведомления лица, заинтересованного в гарантии. С точки зрения исламского права это называется «рыночная (деловая) гарантия» или «гарантия договорного обязательства»<sup>26</sup>.

### **Применение кафалы исламскими финансовыми учреждениями на современном этапе**

В исламских финансовых учреждениях кафала означает обеспечение или страхование, предоставленные учреждением третьей стороне о том, что его клиент выполнит свои обязательства перед указанной третьей стороной. В договоре финансовое учреждение дает гарантию, что оно возьмет на себя ответственность своего клиента в случае неисполнения или нарушения договора, заключенного клиентом и третьей стороной. Это обязательство, что финансовое учреждение заплатит согласованную сумму, если его клиент не выполнит свое обязательство по контракту<sup>27</sup>.

Чаще всего в исламском банковском деле договор кафалы обычно используется в качестве вторичного договора<sup>28</sup>. Например, в банковской гарантии первичный договор может основываться на отсроченной продаже актива и обеспечивать будущие платежи, причитающиеся банку. Здесь банк может потребовать от клиента предоставить гарантию в качестве обеспечения договора. Тем не менее применение кафалы не ограничивается только вторичным договором, оно

<sup>25</sup> *Al-Ramlī* (n.d.). *Nihāyah al-Muhtāj*. Vol. 3. Cairo : al-Matba'ah al-Bahiyah. Saiful Azhar Rosly & Mahmood Sanusi. "Some Issues of Bay' al-'Inah in Malaysian Islamic Financial Market" // *Arab Law Quarterly*. 2001. Vol. 16. P. 26.

<sup>26</sup> (AAOIFI). *Shari'ah Standards*. Manama : AAOIFI, 2002. P. 59.

<sup>27</sup> Bank Islam Malaysia Berhad (BIMB). *Islamic Banking Practice from the Practitioner's Perspective*. BIMB : Kuala Lumpur, 1994. P. 20.

<sup>28</sup> *Mustafa M. and Najeeb S. F.* Shariah-compliant deposit insurance scheme: a proposed additional modality // *International Journal of Islamic and Middle Eastern Finance and Management*, 2018. Vol. 11. No. 3. P. 488—506.

может быть и первичным договором<sup>29</sup>. В качестве основного договора гарантия также может быть использована в том случае, когда сам продукт дает кафалу — такую как банковская гарантия и гарантия доставки или резервный аккредитив.

Итак, можно сказать, что применение договора кафалы в исламском банковском деле можно найти, в частности, в трех случаях<sup>30</sup>.

В первом случае речь идет о гарантиях третьей стороны на сумму финансирования, когда банк требует от клиента назначить гаранта для обеспечения оплаты финансирования.

Во втором случае речь идет о гарантии третьей стороны в договорах мудараба<sup>31</sup> и мушарака<sup>32</sup>, где гарант предоставляет обеспечение на случай халатности. Однако в этом случае гарант не имеет права гарантировать капитал или прибыль, поскольку это противоречит принципу мударабы или мушараки.

Третий случай — это банковская гарантия, основанная на кафале, когда банк соглашается исполнить обязательства третьего лица в случае неисполнения обязательств таким третьим лицом.

Кафала используется исламскими финансовыми учреждениями для предоставления гарантийных услуг, таких как банковская гарантия, резервный аккредитив и гарантия доставки. В этом смысле банковская гарантия — это современная форма кафалы в исламских банках на сегодняшний день.

Согласно п. 22.1 BNM (концептуальный документ по кафале) Банка «Негара Малайзия» в индустрии исламских финансов исламское финансовое учреждение может заключать договор кафалы в качестве гаранта или бенефициара. В качестве гаранта финансовое учреждение предоставляет клиентам гарантийные услуги с помощью различных финансовых продуктов, основанных на кафале, таких как банковская гарантия, резервный аккредитив и гарантия доставки.

В качестве бенефициара исламское финансовое учреждение принимает гарантию, предложенную третьей стороной в отношении предоставленных финансовых средств. В этом отношении она используется в качестве одного из контрактов для дополнения различных основных исламских финансовых продуктов.

Главным образом она применяется для целей снижения рисков следующих продуктов:

- мушарака (финансирование с участием — разделение, инвестиционное партнерство, основанное на принципе распределения прибыли и убытков);
- мудараба (форма контракта делового партнерства, по которому одна из сторон предоставляет капитал, а другая сторона прилагает личные усилия для ведения бизнеса в качестве управляющего или предпринимателя);

<sup>29</sup> Alwi S. F. S., Osman I., Ibrahim U. and Sawari M. F. Examining issues on Islamic shipping guarantee // *Procedia — Social and Behavioral Sciences*. 2016. Vol. 219. P. 63—68.

<sup>30</sup> Hassan R. *Islamic Banking and Takaful*. Pearson Custom Publishing, Kuala Lumpur, 2011. P. 10.

<sup>31</sup> Мудараба. Шариатский стандарт № 13 / пер. с англ. ; под ред. Р. И. Баишева [и др.] // Организация бухгалтерского учета и аудита исламских финансовых учреждений (AAOIFI). М. : Исламская книга, 2011. 28 с.

<sup>32</sup> Шарика (мушарака) и современные корпорации. Шариатский стандарт № 12 / пер. с англ. ; под ред. Р. И. Баишева [и др.] // Организация бухгалтерского учета и аудита исламских финансовых учреждений (AAOIFI). М. : Исламская книга, 2011. 40 с.



- мурабаха (финансирование с надбавкой к цене или финансирование издержек плюс прибыль);
- салам (форвардная продажа, при которой полная стоимость товара оплачивается заранее в момент заключения контракта; товары недоступны для немедленной поставки, но могут быть поставлены в установленный срок в будущем)<sup>33</sup>;
- ижара (аренда);
- тауриг (перепродажа приобретенного товара)<sup>34</sup>.

На практике клиент запрашивает у исламского банка, например, кредитную линию (credit line). Банк обрабатывает заявление и, если он убеждается в том, что клиент имеет хорошую кредитоспособность, он предоставит клиенту гарантийное письмо (letter of guarantee) с помощью письма-предложения (letter of offer). Гарантийное письмо выдается в исламском банке для следующих целей: тендерная гарантия, гарантия выполнения работы, гарантия для субподрядов, таможенная гарантия, гарантия освобождения от таможенных пошлин, гарантия на ведение бухгалтерского счета, гарантия вместо гарантийного депозита и любая специальная гарантия<sup>35</sup>.

Следует отметить, что, если исламское финансовое учреждение должно выдать гарантийное письмо, всегда должен быть соответствующий запрос от клиента. Другими словами, учреждение не имеет права гарантировать финансовые обязательства без права обращения к должнику. Единственная ситуация, когда оно может принять решение о том, чтобы быть гарантом без права регресса, это когда его уставом или специальным решением акционеров и инвесторов было разрешено делать пожертвования или совершать акты благотворительности. В этой ситуации возникает необходимость проверить, существует ли основание для благотворительного кредита (кард хасан — благородная ссуда), и посмотреть, может ли гарантия без регресса квалифицироваться как один из актов благотворительности, которые может предпринять исламское финансовое учреждение<sup>36</sup>.

Благотворительный кредит или ссуда без процентов — это один из продуктов исламских банков, предоставляемый на основании сострадания, чтобы устранить финансовые трудности, вызванные отсутствием достаточного количества денег перед лицом острой нужды их клиентов или любого другого достойного члена общества. Однако, поскольку банки являются организациями, ориентированными на получение прибыли, кард хасан (благородная ссуда) имеет очень низкий процент применения в общем объеме финансирования исламских банков.

<sup>33</sup> Салам. Шариатский стандарт № 10 / пер. с англ. ; под ред. А. Ю. Журавлева [и др.] // Организация бухгалтерского учета и аудита исламских финансовых учреждений (AAOIFI). М. : Исламская книга, 2014. 24 с.

<sup>34</sup> *Muhammad Akram Khan*. Islamic Economics and Finance: A Glossary. New York : Routledge, 2003. P. 142.

<sup>35</sup> *Muhammad Akram Khan*. Op. cit. С. 100.

<sup>36</sup> *Syed Alwi S. F. S., Ibrahim U. and Sawari M. F.* A few methods in charging fees for kafalah bank guarantee-i among Islamic banks in Malaysia // ISRA International Journal of Islamic Finance. 2014. Vol. 6. No. 1. P. 51.

Например, египетский «Исламский банк имени Фейсала» предоставляет беспроцентные льготные кредиты владельцам инвестиционных и текущих счетов в соответствии с условиями, установленными его советом директоров. Банк также предоставляет беспроцентные кредиты другим физическим лицам на условиях, установленных его правлением. В то же время внутренние правила «Иорданского исламского банка» уполномочивают его предоставлять «благотворительные кредиты» (кард хасан) для производственных целей в различных областях, чтобы позволить бенефициарам начать независимую жизнь или повысить свои доходы и уровень жизни.

Иранские банки обязаны выделять часть своих ресурсов, из которых беспроцентные кредиты могут предоставляться 1) мелким производителям, предпринимателям и фермерам, которые не могут обеспечить финансирование инвестиций или оборотного капитала из альтернативных источников, и 2) нуждающимся клиентам. Следует также отметить, что иранским банкам разрешается взимать минимальную плату за обслуживание для покрытия расходов по управлению этими средствами<sup>37</sup>.

В Пакистане кард хасан включен в режим кредитования. Следует отметить два важных отличия: 1) плата за обслуживание кард хасан не взимается и 2) операции кард хасан сосредоточены в головном офисе каждого банка, а потому отделениям не разрешается выдавать эти кредиты, которые предоставляются на сострадательные нужды. Эти кредиты подлежат погашению в случае, когда клиент может заплатить.

Таким образом, учитывая тот факт, что исламские банки также выполняют социальные функции общественного развития, некоторые из них могут выдавать гарантии без регресса для своих клиентов, но только через систему «Благотворительный кредит — ссуда без процентов». Это особенно важно, поскольку не допускается взимать какую-либо плату только за предоставление гарантии. Тем не менее, поскольку сумма, обычно резервируемая финансовыми учреждениями для гарантии от имени своих клиентов, огромна, особенно если речь идет об импортной гарантии и аккредитиве, то нежелательно, чтобы учреждение использовало гарантию без регресса, даже если это разрешено его уставом и акционерами.

Исходя из вышеизложенного запрета на взимание платы за кафалу, исламскому финансовому учреждению обычно не разрешается брать какое-либо вознаграждение или комиссию за предоставление гарантии своим клиентам. Таким образом, исламскому финансовому учреждению разрешено взять сверх суммы фактического обязательства только то, что оно израсходовало в ходе предоставления гарантии. Это может включать в себя административные и все другие расходы, фактически понесенные учреждением, кроме вознаграждения за предоставление гарантии.

Таким образом, сумма, взимаемая в качестве платы за обслуживание, не должна превышать того, что взималось бы другими финансовыми учреждениями за аналогичные услуги. Подобные сборы здесь не идут ни в какое сравнение с тем, что взимают обычные банки, так как при расчете последних сборов учитывается гарантированная сумма и срок действия гарантии<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> *Tartibi Sharā'ī*. 2nd ed. Vol. 6. Beirut : Dār al-Kitāb al-'Ilmiyyah, Iran Year Book, 1988. P. 257.

<sup>38</sup> *Al-Zuhayli Wahbah*. Op. cit. Vol. 2. P. 39.



С другой стороны, наиболее распространенной практикой гарантирования в исламских банках за последние пять лет, особенно в сфере внешней торговли, является выдача аккредитивов (*letter of credit*). В соответствии с концепцией кафалы банк гарантирует платежные обязательства заявителя. Продавец отправляет товар под гарантию оплаты банком. Фактическая сделка осуществляется в соответствии с аккредитивом, в документе содержится гарантия от банка, и продавец полагается не на покупателя, а на его финансовое положение (гарантия банка за выполнение обязательства).

Как правило, в исламском банке процесс выдачи аккредитивов состоит из следующих основных этапов<sup>39</sup>:

- а) заявитель просит свой банк предоставить гарантийное письмо в соответствии с концепцией кафалы;
- б) банк приступает к оформлению гарантийного письма, что позволяет заявителю заключить свою сделку с продавцом;
- в) гарантийное письмо имеет форму аккредитива, и в соответствии с условиями аккредитива банк платит продавцу, таким образом выполняя свои обязательства;
- г) банк может попросить заявителя внести для этого средства в депозит в соответствии с соглашением между ними и взимает с заявителя плату за свои услуги.

Другими словами, поскольку исламские банки не имеют права начислять проценты, они применяют договор гарантии либо как выдачу аккредитива (*letter of credit*) через вакалу (*agency contract* — агентский договор), либо как мушараки (*partner contract* — партнерский договор), либо как мурабахи (*cost plus sale* — финансирование с надбавкой к цене). Впоследствии банк открывает аккредитив, оплачивает обязательства по импортному контракту банку-корреспонденту с использованием депозита клиента и выдает клиенту документы. Он взимает с клиентов плату за свои агентские услуги в соответствии с принципом «аль уджра» (финансовая выплата за использование услуг — заработная плата, вознаграждение, комиссионные, гонорар)<sup>40</sup>.

Особенность этой конструкции, которая отличает ее от обычной гарантийной сделки, заключается в способе требования от клиента суммы по договору. В то время как в чисто гарантийных сделках гарант не может требовать оплаты стоимости, связанной с обязательством, от гарантируемой стороны до тех пор, пока он не выплатит ее кредитору от имени гарантируемой стороны, при выдаче аккредитива через посредство вакалы клиент обязан оплатить полную сумму договора авансом. Банк выступает лишь в качестве доверенного посредника, через которого осуществляется оплата сборов и обмен документами. В этом заключается обоснование того, что исламский банк берет комиссию за свои услуги<sup>41</sup>. Кроме

<sup>39</sup> *Sheikh Ghazali Sheikh Abod, Syed Omar Agil, Aidit Hj. Ghazalli, An introduction to an Islamic economic and finance. P. 254.*

<sup>40</sup> *Bank Islam Malaysia Berhad (BIMB). Islamic Banking Practice from the Practitioner's Perspective. BIMB : Kuala Lumpur, 1994. P. 100—101.*

<sup>41</sup> Согласно концептуальному документу о кафале, пункты 17.1 и 17.2 позволяют банкам Малайзии взимать комиссию за кафалу, и методы взимания комиссии могут быть либо согласованной фиксированной суммой, либо процентом от гарантированной суммы.

того, как агент банк не несет персональной ответственности за убытки, которые могут возникнуть в результате нарушения третьим лицом условий сделки, которое не является результатом его вины или небрежности.

Мурабаха как один из исламских банковских продуктов состоит в перепродаже с торговой наценкой, которая сопровождает договор купли-продажи товаров между банком и его клиентом по согласованной цене, включающей прибыль от реализации товара. Банк покупает товар от имени клиента и впоследствии перепродает ему же, но по увеличенной стоимости.

Рассмотрим механизм обеспечения мурабахи с использованием банковской гарантии кафалы. Продавец, осуществляя финансирование мурабахи, вправе попросить у покупателя (клиента) предоставления гарантии кафалы от третьего лица. В последнее время таким лицом все чаще становится исламский банк. В случае, если будет иметь место неплатеж требуемой суммы, то по истечении срока уплаты продавец вправе прибегнуть к помощи гаранта, за которым закреплена обязанность уплатить ту сумму, на которую он выдал гарантию. Правила Шариата, касающиеся договора поручительства, в полной мере рассматриваются в книгах по исламскому фикху.

Однако необходимо отметить две важные дилеммы в контексте исламского банковского дела.

Гарант в современном коммерческом микроклимате чаще всего не гарантирует платеж без комиссионного вознаграждения, которое взимается с первоначального должника. Ортодоксальная литература, в которой анализируются фикх, почти единодушна в этом вопросе и утверждает, что кафала является добровольной сделкой и что никакая оплата не может взиматься за гарантию. Максимум, что может в такой ситуации сделать банк, это потребовать, чтобы ему возместили фактические секретарские расходы (которые он понес в связи с выдачей гарантии), но сам договор гарантии остается бесплатным.

Причина этого запрета заключается в том, что банк, который выдает денежные средства другому лицу в качестве ссуды, не может брать комиссию за то, что он дал ссуду, так как это подпадает под формулировку «риба», или процент, что, в свою очередь, является запрещенным. Гарант (банк-кафил) тем более подпадает под такой запрет, поскольку он не осуществляет выдачу денег. Он только берет на себя обязанность по уплате определенной суммы, выступая от имени исходного должника, и только в случае, если сам должник не выполнил свои обязательства по уплате. Если лицо, которое фактически уплачивает деньги, не обладает правом взимать комиссию, то как может потребовать комиссию банк, который просто взял на себя обязательство заплатить и ничего не уплатил в определенный срок по причине того, что требование об уплате не было предъявлено?<sup>42</sup>

Предположим, что «А» покупает у «В» товар на сумму 1 000 долларов. «В», в свою очередь, просит его предоставить за себя поручительство. «С» говорит

---

При таком требовании методы взимания комиссии варьируются от банка к банку в зависимости от их интерпретации.

<sup>42</sup> Шариат о правах поручительства, гарантии и хранения. Историческая библиотека // URL: [https://historylib.org/historybooks/Gasym-Kerimov\\_SHariat-Zakon-zhizni-musulman--Otvety-SHariat-na-problemy-sovremennosti/8](https://historylib.org/historybooks/Gasym-Kerimov_SHariat-Zakon-zhizni-musulman--Otvety-SHariat-na-problemy-sovremennosti/8) (дата обращения: 01.02.2020).



«А»: «Я оплачу ваш долг «В» непосредственно сейчас, но за это вы должны будете заплатить мне позже 1 100 долларов». Бесспорно, что эти 100 долларов, которые берутся с «А», являются незаконными, поскольку это фактически проценты. Тогда к «А» приходит «Д» и говорит: «Я могу выступить как ваш поручитель, но за такую услугу вы должны будете мне 100 долларов». Если мы разрешим платить за поручительство, то это будет означать, что «С» не сможет получить 100 долларов, невзирая на то, что он по факту заплатил всю необходимую сумму, а «Д» может заработать 100 долларов, несмотря на то, что он просто пообещал заплатить эту сумму, в том случае если «А» ее не заплатит. Такое положение дел является несправедливым, а потому вполне естественно, что классические богословы запретили взимать плату за поручительство, поскольку в примере выше субъекты «С» и «Д» находятся в равном положении.

Тем не менее отдельные современные ученые смотрят на данную проблему с другой точки зрения. Они чувствуют, что гарантия уже становится объективно необходимой, особенно в сфере международной торговли, поскольку там продавцы и покупатели не знакомы друг с другом, и покупатель не имеет возможности оплатить стоимость товара одновременно с его поставкой. Поэтому должен иметься посредник, гарантирующий такую оплату.

В наше время достаточно тяжело найти гаранта, который смог бы оказать данную услугу в нужный срок и безвозмездно. Принимая данные факты во внимание, отдельные специалисты по Шариату в настоящее время воспринимают другой подход. Они утверждают, что табу на получение комиссии за гарантию нет в Коране или Сунне Пророка. Данное положение явилось выводом из запрета на рибу, которое воспринималось как одно из его возможных следствий. Кроме всего прочего, гарантии в истории обладали простым происхождением. В нынешней коммерческой деятельности зачастую поручителю требуется ряд исследований и большая секретарская работа. Вследствие этого ученые считают, что запрет на комиссию за гарантию должен быть рассмотрен именно в этой перспективе. Вопрос все еще нуждается в дальнейшем исследовании и должен быть поставлен перед более крупным собранием ученых.

Однако пока определенное решение не дано таким собранием, никакая комиссия за гарантию не должна взиматься или выплачиваться исламскими финансовыми учреждениями. Вместо этого они могут взимать или оплатить сборы, чтобы покрыть расходы, понесенные в процессе выдачи гарантии<sup>43</sup>.

Следует отметить, что такая практика не противоречит запрету на одновременное объединение агентских и личных гарантий в одном договоре, т.е. ситуации, когда лицо выступает в роли агента, с одной стороны, и гаранта — с другой. Причиной недопустимости такого сочетания является его противоречие правовой природе договоров с точки зрения мусульманских ученых.

Например, банк Bank Islam Malaysia Berhad выдает аккредитивы по принципу мушараки, применяя следующий метод. Клиент обязан проинформировать банк

<sup>43</sup> В настоящее время из двенадцати крупнейших исламских банков в Объединенных Арабских Эмиратах шесть банков взимают плату так же, как и обычные банки, в то время как другие взимают либо фактическую стоимость выпуска, либо на основе своей собственной формулы.

о своих требованиях к аккредитиву и согласовать техническое условие на финансирование мушараки. Клиент вносит в банк депозит в размере своей доли стоимости импортируемых товаров, которую банк принимает в соответствии с принципом *вадиа*<sup>44</sup>. Затем банк выдает аккредитив и выплачивает выручку банку-корреспонденту, используя депозит клиента, а также свои собственные финансы, а затем выдает документы клиенту. Покупатель вступает во владение товарами и распоряжается ими в порядке, предусмотренном договором. Прибыль, полученная от этой операции, распределяется по согласованию сторон<sup>45</sup>.

В результате развития банковского рынка многие исламские страны (особенно страны арабского мира) издали немало законов, касающихся исламских банков, например Сирия, Ирак, Палестина, Египет, Оман. Целью этих законов было включение основных принципов исламского Шариата в области банковских операций в современные законы, которые гарантируют права всех сторон и активизируют деятельность банковского рынка в этих странах.

В Сирийской Арабской Республике в соответствии со ст. 5 Закона № 35 от 04.05.2005 «О создании исламских банков» исламская банковская деятельность основана на исламской вере, поэтому все действия и поступки ее участников, а также ведение бизнеса исламскими банками должны соответствовать предписаниям Шариата. В статье 8 «Возмещение и гарантия» роли гаранта кредитора и должника оговариваются в принципе, без подробных положений. Одним из вопросов, касающихся *кафалы*, является взимание платы за выдачу банковской гарантии. Однако это не было законодательно закреплено в Сирии. Следовательно, плата варьируется от банка к банку в соответствии с указаниями их шариатских комитетов.

Такие тексты можно встретить как в иракском законодательстве (ст. 2 Закона № 43 от 11.04.2015 «О создании исламских банков»), так и в законодательстве Ливана (ст. 7 Закона № 575 от 02.11.2004 «О создании исламских банков»), а также в законодательстве Королевства Саудовская Аравия (ст. 1 Закона № М/5 от 06.06.1996 «О банковском контроле»), Малайзии (Закон «О контрактах» 1950 г.) и других исламских стран.

В современном банковском контексте услуги *кафалы*, предоставляемые исламскими банками в Сирии, в основном являются гарантией доставки и банковскими гарантиями, которые также предлагаются обычными банками. Хотя цель и функция гарантий, предлагаемых исламскими банками и обычными банками, одинаковы, но условия и способ взимания комиссии различны.

Исламская гарантия доставки (*Islamic shipping guarantee — ISG*) обычно выдается банком, который предоставляет клиенту *мурабаху*. Функция исламской гаран-

<sup>44</sup> *Вадиа* — ответственное хранение. Буквально: хранение. В исламской банковской практике *вадиа* относится к имуществу на хранении, приему денежных средств на ответственное хранение согласно концепции Шариата, по которой они будут выплачены. Исламские банки используют концепцию *вадиа* (и *амана*) для приема депозитов от клиентов (*al-Wadi'ah*. Lit. Deposit, trust. Tech.: A contract whereby a person leaves valuables as a trust for safe-keeping, see *Khan*. Islamic Economics. No. 2. P. 192).

<sup>45</sup> *Man Z*. Islamic Banking: The Malaysian Experience // Islamic Banking in Southeast Asia / ed. M. Ariff. Singapore : Institute of South East Asian Studies, 1988. P. 76.



тии доставки в основном такая же, как и обычная гарантия доставки (Conventional shipping guarantee), которая позволяет порту выпускать товар в том случае, если клиент не получил оригинал коносамент, но он хочет избежать любой платы за демередж<sup>46</sup>. Однако установлено, что ответственность по исламской гарантии доставки отличается от обычной гарантии доставки тем, что некоторые исламские банки не указывают гарантийный срок и сумму по гарантии, в то время как в обычной гарантии доставки они указываются, поскольку исламские банки не хотят перекладывать ответственность на судоходную компанию в случае, если гарантийный срок истек и товар прибывает слишком поздно или утерян.

Однако также спорно выдавать гарантию без даты истечения срока действия и суммы гарантии, поскольку она содержит элемент гарар (буквально: неопределенность, опасность, вероятность или риск), поскольку в этом случае банк становится подверженным риску неограниченной гарантии<sup>47</sup>. Большинство ученых в Сирии допускают, что долг, гарантированный гарантом, является неопределенным, и поэтому известные и неизвестные суммы могут быть гарантированы в соответствии с кафалой<sup>48</sup>.

В исламских банках в Сирии кредитные карты также структурированы с использованием концепции кафалы. В этом типе кредитных карт банк действует как эмитент карты, который гарантирует все обязательства по оплате операций, происходящих между клиентом и продавцом, или по снятию наличных денег, произведенных клиентом в других банках. Банк в этом случае взимает плату за предлагаемые услуги, и эта плата определяется заранее при заключении договора, а также фиксируется срок действия договора.

**Выводы.** В настоящей статье автором была предпринята попытка изучить договор гарантии в его традиционном понимании, охватывающем его значение как в буквальном, так и в юридическом смысле. Автором приведены доказательства существования института гарантии в Коране, Сунне и иджме и исследованы особенности данного института в исламском банкинге.

В ходе проведенного исследования было установлено, что исламский банк предоставляет банковские гарантии с использованием концепции кафалы, и договор гарантии — как один из банковских продуктов — соответствует требованиям исламского Шариата.

Исламские банки переработали традиционную концепцию гарантии в соответствии с правилами исламского Шариата, в результате чего они смогли увеличить размер дохода от гарантии как банковской операции.

Уставом и учредительным договором исламского банка разрешается предоставлять гарантию без права регресса. Однако из-за характера и объема рисков, связанных с финансированием таких операций, гарантия без права регресса нежелательна.

<sup>46</sup> Демередж — дополнительная плата за превышение свободного времени нахождения (простой) контейнера в порту выгрузки.

<sup>47</sup> *Syed Alwi S. F. S., Osman I., Ibrahim U. and Sawari M. F.* Examining issues on Islamic shipping guarantee. 3rd Global Conference on Business and Social Science. 2015.

<sup>48</sup> *Al-Zuhayli W.* Financial Transactions in Islamic Jurisprudence. Damascus, Syria, 2003. Vol. 2. Dar al Fikr. P. 54.

В современной коммерческой деятельности гаранту зачастую требуется ряд исследований и большая секретарская работа. Вследствие это ученые считают, что запрет на комиссию за гарантию должен быть рассмотрен именно с учетом этой потребности.

Было показано, что традиционно гаранту не разрешается брать вознаграждение за свое предложение. Однако в практике исламского банкинга гарантия предлагается в качестве продукта, приносящего доход. Эта практика не является изобретением исламского традиционного предписания; скорее, это, как говорят мусульманские юристы, «гениальное расширение границ концепции традиционного исламского права до современных потребностей».

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. Пашков Р. В. Исламский политико-экономический словарь. — Русайнс, 2017.
2. Дополнительные принципы исламского финансирования islamtoday. Казань // URL: [https://islam-today.ru/ekonomika/dopolnitelnye\\_principy\\_islamskogo\\_finansirovaniya/?desktop=true](https://islam-today.ru/ekonomika/dopolnitelnye_principy_islamskogo_finansirovaniya/?desktop=true) (дата обращения: 01.04.2020).
3. Исламские финансовые продукты, услуги и контракты // Islamic finance products, services and contracts. — URL: [https://ru.qwe.wiki/wiki/Islamic\\_finance\\_products\\_services\\_and\\_contracts#Kafala](https://ru.qwe.wiki/wiki/Islamic_finance_products_services_and_contracts#Kafala) (дата обращения: 01.04.2020).
4. Каирденов С. С., Патласов О. Ю. Исламские банковские продукты: восприятие клиентов в светских государствах // Наука о человеке: гуманитарные исследования. — 2013. — № 4. — С. 25—33.
5. Коммерческая деятельность в Исламе // URL: <https://www.whyislam.to/main/mudaraba.htm> (дата обращения: 01.04.2020).
6. Мулюков Б. Разрешена ли услуга банковской гарантии? / Центр развития исламской экономики и финансов // URL: [http://islameconomy.ru/answers/question/razreshena\\_li\\_usluga\\_bankovskoy\\_garantii/](http://islameconomy.ru/answers/question/razreshena_li_usluga_bankovskoy_garantii/) (дата обращения: 02.04.2020).
7. Шариат о правах поручительства, гарантии и хранения / Историческая библиотека // URL: [https://historylib.org/historybooks/Gasym-Kerimov\\_SHariat-Zakon-zhizni-musulman--Otvety-SHariata-na-problemy-sovremennosti/8](https://historylib.org/historybooks/Gasym-Kerimov_SHariat-Zakon-zhizni-musulman--Otvety-SHariata-na-problemy-sovremennosti/8) (дата обращения: 02.02.2020).
8. Шариатские стандарты. Организация бухгалтерского учета и аудита исламских финансовых учреждений. — М. : Исламская книга, 2017.
9. Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI) Shari'ah Standards. — Manama : AAOIFI, 2002.
10. *Alī Aḥmad al-Salusī* (n.d.). *al-Kafālah fī Haw al-Sharī'ah Al-Islāmiyyah*. — n.p. 2009.
11. *Al-Ramlī* (n. d.). *Nihāyah al-Muhtāj*. — Vol. 3. — Cairo : al-Matba'ah al-Bahiyyah. Saiful Azhar Rosly & Mahmood Sanusi (2001). "Some Issues of Bay' al-'Inah in Malaysian Islamic Financial Market" // *Arab Law Quarterly*. — Vol. 16.
12. *Al-Zuhayli Wahbah*. *Islamic Jurisprudence and Its Proofs* / trans. Mahmoud A. El-Gamal. — Beirut : Dar al-Mouaser. — 2003. — Vol. 2.
13. Bakar D. "Contracts in Islamic Commerce and their Application in Modern Islamic Financial System," *Iqtisad Al-Islami Khalifa Institute* (2008) // URL: [http://islamic-world.net/economics/contract\\_03.htm](http://islamic-world.net/economics/contract_03.htm) (дата обращения: 06.04.2020).



14. Bank Islam Malaysia Berhad (BIMB). Islamic Banking Practice from the Practitioner's Perspective. — BIMB : Kuala Lumpur, 1994.
15. Bank Negara Malaysia (BNM). Kafālah Concept Paper. — Kuala Lumpur : BNM, 2015.
16. *Grira J., Hassan M. K., & Soumaré I.* Pricing beliefs: Empirical evidence from the implied cost of deposit insurance for Islamic banks // *Economic Modelling*. — 2016. — No. 55.
17. *Haron S.* A comparative study of Islamic banking practices // *Journal of King Abdulaziz University : Islamic Economics*. — 1998. — No. 10.
18. *Muhammad Akram Khan.* Islamic Economics and Finance : a glossary. — New York : Routledge, 2003.
19. *Muḥammad 'Uthmān Shabir.* Al-Mu'āmalāt al-Māliyyah al-Ma'āsirah fī al-Fiqh al-Islāmī. — 'Amman-Jordan : Dār al-Nafā'is, 2001.
20. *Syed Alwi S. F. S., Ibrahim U. and Sawari M. F.* A few methods in charging fees for kafalah bank guarantee-i among Islamic banks in Malaysia // *ISRA International Journal of Islamic Finance*. — 2014. — Vol. 6. — No. 1.
21. *Syed Alwi S. F. S., Osman I., Ibrahim U. and Sawari M. F.* Examining issues on Islamic shipping guarantee. — 3rd Global Conference on Business and Social Science. — 2015.

## КЛАССИФИКАЦИЯ МЕР ПО ПРЕДУПРЕЖДЕНИЮ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ (БАНКРОТСТВА) КРЕДИТНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ

**Аннотация.** В статье анализируется законодательно установленный перечень мер по предупреждению несостоятельности (банкротства) кредитных организаций, дается оценка предложенных в доктрине классификаций указанных мер, отмечаются приоритетные подходы к классификации, анализируются основные практические проблемы, препятствующие построению единой системы мер предупреждения несостоятельности (банкротства) кредитных организаций на современном этапе развития законодательства в Российской Федерации.

**Ключевые слова:** меры по предупреждению несостоятельности (банкротства), финансовое оздоровление, реорганизация, временная администрация, кредитные организации, Банк России, ГК АСВ.



**Яков Максимович  
ПРИСЯЖНЮК,**

аспирант кафедры  
предпринимательского и  
корпоративного права  
Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА)  
[yakovmaksimovich@  
gmail.com](mailto:yakovmaksimovich@gmail.com)

125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

DOI: 10.17803/2311-5998.2020.72.8.189-201

**Ya. M. PRISYAZHNYUK,**

postgraduate student of the Department of Entrepreneurial and Corporate Law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)  
[yakovmaksimovich@gmail.com](mailto:yakovmaksimovich@gmail.com)  
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### CLASSIFICATION OF MEASURES OF PREVENTION OF INSOLVENCY (BANKRUPTCY) OF CREDIT INSTITUTIONS

**Abstract.** The article analyses legally established list of prevention of insolvency (bankruptcy) of credit institutions, estimates doctrine proposed classifications of that measures, notes priority approaches to the classification, analyzes the base problems that impede the construction of a unified system of measures of prevention of insolvency (bankruptcy) of credit institutions at the current stage of development of legislation in the Russian Federation.

**Keywords:** measures of prevention of insolvency (bankruptcy), financial recovery, reorganization, temporary administration, credit institutions, Bank of Russia, GC "ASV".

**И**нститут несостоятельности (банкротства), несомненно, является важным элементом правового обеспечения экономической системы государства. В условиях рыночной экономики хозяйствующие субъекты вынуждены конкурировать между собой, в результате чего неизбежно возникают ситуации неплатежеспособности контрагентов, требующие соответствующего правового регулирования.

© Я. М. Присяжнюк, 2020

В этой связи необходимо отметить дуализм правового института несостоятельности (банкротства), вызванный разнонаправленностью целей, преследуемых законодателем при регулировании данных отношений, а также имманентным антагонизмом классических субъектов правоотношений несостоятельности (банкротства): должника и кредитора. Так, например, правовое регулирование отношений, связанных с несостоятельностью коммерческих организаций, может исходить из примата интересов должника над интересами кредитора, образуя тем самым модель института несостоятельности (банкротства), направленную на восстановление платежеспособности должника, сохранение его как самостоятельной бизнес-единицы.

Применительно к такому особому виду коммерческих организаций, как кредитные организации, данный подход получил широкое распространение не только в России, но и во многих развитых странах мира, поскольку стабильность банковской системы в современном мире является одним из маркеров экономического благополучия государства и общества.

Благодаря пристальному вниманию отечественного законодателя и Банка России к проблеме предупреждения несостоятельности (банкротства) кредитных организаций, современное российское законодательство содержит обширный перечень мер, направленных на предупреждение банкротства банков и богатую практику применения данных мер. Однако, несмотря на значительный объем нормативного материала и практики применения законодательства в рассматриваемой сфере, задача построения эффективной и непротиворечивой системы мер по предупреждению банкротства кредитных организаций все еще далека от завершения. Учитывая изложенное, попытки доктринальной систематизации и классификации мер по предупреждению банкротства кредитных организаций не только не лишены научного интереса, но и представляют практическую ценность для совершенствования законодательства в будущем.

Появлению современной системы мер предупреждения банкротства в отечественном законодательстве предшествовал длительный период становления. Многие исследователи проблематики правового регулирования предупреждения банкротства в качестве отправной точки для развития современного научного представления о мерах по предупреждению банкротства называют работы известного российского цивилиста Г. Ф. Шершеневича. Он писал, что «полное расстройство частного хозяйства, к которому приводит открытие над ним конкурсного производства, возбуждает стремление предотвратить эти печальные последствия, дать ему возможность оправиться и выйти из критического положения. Это стремление тем более находит себе оправдание, когда банкротство вызывается причинами, лежащими вне воли должника, когда в его действиях не заключается какого-либо злого намерения или грубого пренебрежения к интересам кредиторов»<sup>1</sup>. Г. Ф. Шершеневич также отмечал противоречивость пути развития отечественного законодательства о банкротстве, указывая на то, что появившиеся еще в «Русской Правде» нормы о несостоятельности почти исчезают из отечественной правовой действительности к началу XVIII в.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Шершеневич Г. Ф. Конкурсный процесс. М. : Статут, 2000. С. 45.

<sup>2</sup> Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 70.

В дальнейшем, несмотря на появление в законодательстве Российской империи правовых норм, более подробно регламентирующих отношения несостоятельности (Банкротный устав 1740 г., Устав о банкротях 1800 г., Устав о торговой деятельности 1832 г.), подавляющее большинство из них касалось вопросов конкурсного производства и удовлетворения требований кредиторов, а не восстановления платежеспособности должника.

В советский период законодательство о предупреждении банкротства получило определенное развитие, так как содержало положения о возможности отсрочки исполнения обязательств несостоятельных должников, замене предмета исполнения по их обязательствам, либо о полном или частичном освобождении несостоятельного должника от ответственности<sup>3</sup>. Вместе с тем необходимо отметить, что возможность предупреждения банкротства несостоятельного должника в данном случае рассматривалась исключительно с позиции защиты публичных интересов.

Таким образом, следует согласиться с позицией А. И. Гончарова, по мнению которого вплоть до реставрации в Российской Федерации рыночных отношений правовые механизмы предупреждения банкротства хозяйствующих субъектов были малочисленны и не получали должного развития<sup>4</sup>.

Становление отечественного законодательства о несостоятельности (банкротстве) в его современном виде начинается с издания Указа Президента РФ от 14.06.1992 № 623 «О мерах по поддержке и оздоровлению несостоятельных государственных предприятий (банкротов) и применении к ним специальных процедур»<sup>5</sup> (далее — Указ № 623). Данным нормативным актом предусматривалась возможность проведения санации государственных предприятий путем их передачи в независимое управление и ведение на срок от шести до восемнадцати месяцев. В соответствии с абз. 2 п. 10 Указа № 623 решение о проведении санации принималось собственником с привлечением экспертов, представителей профильного министерства, кредиторов и трудового коллектива в течение одного месяца с момента принятия решения о признании предприятия банкротом. Под собственником в смысле указанной нормы понимались соответствующий комитет профильного министерства по управлению имуществом, предприятие или комиссия собственников (когда собственников было несколько).

По истечении указанного срока в обязательном порядке должна быть принята программа санации. Если после завершения санации сохранялись основания для банкротства, то принималось решение о ликвидации предприятия.

Следующим нормативным актом, изменившим подход к предупреждению банкротства, стал Закон РФ от 19.11.1992 № 3929-1 «О несостоятельности (банкротстве) предприятий»<sup>6</sup>. Данный закон предусматривал две возможные про-

<sup>3</sup> *Магазинер Я. М.* Общая теория права на основе советского законодательства // Правоведение. 2000. № 4. С. 216.

<sup>4</sup> *Гончаров А. И.* Предупреждение банкротства коммерческой организации по законодательству Российской Федерации: методология и механизмы реализации : дис. ... д-ра юрид. наук. Ростов н/Д, 2006. С. 50.

<sup>5</sup> Ведомости Совета народных депутатов и Верховного Совета РФ. 1992. № 25. Ст. 1419.

<sup>6</sup> Ведомости Совета народных депутатов и Верховного Совета РФ. 1993. № 1. Ст. 6.



цедуры предупреждения банкротства: внешнее управление и санацию, которые, в отличие от процедуры независимого управления, предусмотренной Указом № 623, применялись до момента объявления должника банкротом. Основанием для назначения внешнего управления или санации в соответствии со ст. 12—13 названного Закона являлось наличие реальной возможности восстановить платежеспособность должника с целью продолжения его деятельности.

Восстановление платежеспособности могло осуществляться путем реализации части его имущества и осуществления других организационных и экономических мероприятий (в случае назначения внешнего управления) или путем оказания предприятию финансовой помощи собственником и иными лицами (в случае санации). Решение о назначении внешнего управления или санации принималось арбитражным судом по ходатайству должника или кредитора. В случае если ходатайство удовлетворялось, производство по делу о банкротстве приостанавливалось на срок проведения той или иной процедуры.

1 марта 1998 г. вступил в силу Федеральный закон от 08.01.1998 № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», который существенно снизил требования для возбуждения дела о банкротстве должника<sup>7</sup>.

Ранее действовавший закон в качестве основания для возбуждения дела о банкротстве устанавливал неспособность должника удовлетворить требования кредиторов в связи с превышением обязательств должника над его имуществом или в связи с неудовлетворительной структурой баланса должника. По Закону от 08.01.1998 для возбуждения дела о банкротстве должнику достаточно было иметь неисполненные в течение трех месяцев обязательства на сумму 500 МРОТ (50 000 руб.). С учетом экономической обстановки в России в 1998—2002 гг. низкие требования для возбуждения дел о банкротстве фактически обесценивали возможность восстановления платежеспособности должника в глазах кредиторов. Поэтому, несмотря на формальное наличие в законе правовых норм, допускающих применение мер по предупреждению банкротства, практического значения они не имели.

Вместе с тем в указанный период был также принят Федеральный закон от 25.02.1999 № 40-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций» (далее — Закон о банкротстве кредитных организаций), положивший начало специальному правовому регулированию предупреждения банкротства кредитных организаций, закрепив в ст. 3 следующий перечень антикризисных мер: финансовое оздоровление, назначение временной администрации кредитной организации, реорганизация кредитной организации<sup>8</sup>.

Очередной этап становления правового регулирования мер по предупреждению банкротства кредитных организаций связан с принятием Федерального закона от 23.12.2003 № 177-ФЗ «О страховании вкладов в банках Российской Федерации», положившим начало активному формированию национальной системы страхования вкладов в Российской Федерации<sup>9</sup>.

Изменение правового режима деятельности банков, являющихся участниками системы страхования вкладов, повлекло за собой необходимость внесения ряда

<sup>7</sup> СЗ РФ. 1998. № 2. Ст. 222.

<sup>8</sup> СЗ РФ. 1999. № 9. Ст. 1097.

<sup>9</sup> СЗ РФ. 2003. № 52 (ч. I). Ст. 5029.

дополнений в Закон о банкротстве кредитных организаций. Применительно к вопросу о предупреждении банкротства данные дополнения сначала выразились в закреплении возможности включения в состав временной администрации банков — участников системы страхования вкладов представителей ГК «Агентство страхования вкладов»<sup>10</sup> (далее — АСВ).

Впоследствии в качестве временной меры повышения стабильности банковской системы в условиях мирового финансового кризиса был принят Федеральный закон от 27.10.2008 № 175-ФЗ «О дополнительных мерах для укрепления стабильности банковской системы в период до 31 декабря 2011 года», значительно расширивший полномочия АСВ в сфере предупреждения банкротства кредитных организаций<sup>11</sup>. В частности, АСВ могло оказывать банкам финансовую помощь, приобретать акции или доли в уставном капитале, самостоятельно осуществлять функции временной администрации, организовывать торги по продаже имущества кредитной организации и т.д. В дальнейшем действие указанного закона было продлено до 2014 г., после чего его содержание практически без изменений инкорпорировано в состав действующего Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве)<sup>12</sup>.

Последнее на данный момент значимое изменение в системе мер по предупреждению банкротства кредитных организаций связано с принятием Федерального закона от 01.05.2017 № 84-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», которым, по сути, установлена новая приоритетная модель санации кредитных организаций с участием Банка России<sup>13</sup>. Применение новой модели санации кредитных организаций призвано повысить эффективность использования бюджетных денежных средств в процессе восстановления финансовой устойчивости saniруемых кредитных организаций и предотвратить прекращение их хозяйственной деятельности, что должно положительно сказаться на устойчивости банковской системы в целом.

Рассмотрение вопроса об актуальной классификации мер по предупреждению несостоятельности (банкротства) кредитных организаций целесообразно начать с анализа перечня мер, предлагаемого законодателем в рамках названного федерального закона.

Статья 189.9 Закона о банкротстве содержит следующий список мер:

- финансовое оздоровление кредитной организации;
- назначение временной администрации по управлению кредитной организацией;
- реорганизация кредитной организации;
- специальные меры по предупреждению банкротства кредитной организации, которые осуществляются с участием Банка России или АСВ.

С нашей точки зрения, критически оценивая поименованный в ст. 189.9 Закона о банкротстве перечень, необходимо отметить, что указанные в нем меры

<sup>10</sup> Изменения внесены Федеральным законом от 20.08.2004 № 121-ФЗ // СЗ РФ. 2004. № 34. Ст. 3536.

<sup>11</sup> СЗ РФ. 2008. № 44. Ст. 4981.

<sup>12</sup> СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

<sup>13</sup> СЗ РФ. 2017. № 18. Ст. 2661.



нельзя воспринимать в качестве строго устоявшихся правовых механизмов с неизменным содержанием.

Таким образом, в целях классификации мер по предупреждению несостоятельности (банкротства) кредитных организаций целесообразно исходить не из формального перечня поименованных законом мер, а из их функционального наполнения. Оно подробно раскрывается не только в Законе о банкротстве, но и в иных законодательных актах, в частности в законах, определяющих правовое положение Банка России и АСВ.

В связи с изложенным единый подход к классификации мер по предупреждению несостоятельности кредитных организаций среди исследователей указанной проблематики не сформирован.

Так, например, А. В. Зайцев в рамках диссертационного исследования предлагает классификацию непосредственно поименованных в Законе о банкротстве мер по предупреждению несостоятельности кредитных организаций. Он отмечает, что меры по предупреждению банкротства кредитных организаций можно классифицировать, исходя из соотношения их частноправовых и публично-правовых начал<sup>14</sup>. В результате классификации рассматриваемых мер по данному основанию автор относит меры по финансовому оздоровлению кредитной организации и ее реорганизации к частноправовым мерам, а назначение временной администрации и меры с участием Банка России и АСВ — к публично-правовым.

Признавая в целом допустимость подобной классификации, нельзя не отметить и ее недостатки, вызванные, впрочем, неочевидностью правовой природы механизма несостоятельности (банкротства) как такового. Безусловно, правовое регулирование деятельности кредитных организаций как коммерческих юридических лиц имеет в своем составе частноправовой элемент. Однако особенности правового статуса банков, связанные с их ролью в экономике, которые выражаются в предъявлении к данным субъектам дополнительных требований со стороны государства в лице Банка России и иных государственных органов, не позволяют говорить о приоритете частноправового начала в регулировании процессов предупреждения их несостоятельности.

Применительно к мерам по предупреждению банкротства кредитных организаций частноправовые черты правового регулирования проявляются лишь в сопутствующих отношениях, непосредственно связанных с необходимостью продолжения кредитной организацией хозяйственной деятельности. Иными словами, неспособность кредитной организации исполнять свои обязательства перед кредиторами в любом случае влечет за собой нарушение естественного экономического порядка ведения хозяйственной деятельности и неизбежно вносит в данные правоотношения публично-правовой элемент, после чего, и только в случае если неплатежеспособность кредитной организации удастся преодолеть, данные отношения вновь могут быть включены в орбиту частноправового регулирования.

Кроме того, нельзя не отметить, что Банк России также вправе обязать кредитную организацию осуществлять меры по предупреждению банкротства. Так, например, в соответствии со ст. 189.20 Закона о банкротстве, Банк России вправе

<sup>14</sup> Зайцев А. В. Правовые механизмы предупреждения несостоятельности (банкротства) кредитных организаций : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 85.

ве направить в кредитную организацию требование об осуществлении мер по ее финансовому оздоровлению.

В этом смысле правовое регулирование предупреждения банкротства кредитных организаций существенным образом отличается от общего порядка предупреждения банкротства, зафиксированного в гл. 2 указанного Закона, императивные требования которого ограничиваются лишь принуждением должника (его руководителей) проинформировать кредиторов о наличии признаков несостоятельности организации и не совершать действий, которые могут заведомо ухудшить ее финансовое положение.

Особую роль кредитных организаций в экономике государства и связанные с этим расширенные полномочия органов государственной власти неоднократно отмечались Конституционным Судом РФ. Так, например, в постановлении Конституционного Суда РФ от 03.07.2001 № 10-П отмечено, что деятельность граждан по внесению вкладов в кредитные организации, осуществляемая ими в своих частных интересах, имеет вместе с тем и публичное значение, поскольку сбережения населения являются устойчивым источником ресурсной базы, необходимой для инвестиций и долгосрочного кредитования<sup>15</sup>. О наличии публично-правового интереса в поддержании стабильности банковской системы говорится также в постановлении Конституционного Суда РФ от 22.07.2002 № 14-П, согласно которому государство, обеспечивая проведение единой финансовой, кредитной и денежной политики, вправе в случае возникновения неблагоприятных экономических условий осуществлять публично-правовое вмешательство в частноправовые отношения в кредитной сфере<sup>16</sup>.

Таким образом, на наш взгляд, содержание любой из мер по предупреждению банкротства кредитных организаций в своем основании имеет публично-правовой элемент, обусловленный их ролью в экономической системе государства. Кроме того, целью рассматриваемых мер так или иначе является преломление сложившейся неблагоприятной для должника ситуации, которую несостоятельный должник не способен разрешить доступными ему частноправовыми инструментами без вмешательства извне.

Довольно распространенной среди исследователей проблематики предупреждения банкротства кредитных организаций является классификация мер по предупреждению банкротства банков на добровольные и принудительные. По данному основанию исследователи выделяют меры, которые могут быть введены как добровольно, так и принудительно (финансовое оздоровление, временная администрация и реорганизация), и меры, которые вводятся исключительно на основании решения Банка России (специальные меры по предупреждению банкротства кредитной организации, которые осуществляются с участием Банка России или Агентства по страхованию вкладов)<sup>17</sup>.

Принимая во внимание изложенное выше, в качестве самостоятельной классификации мер по предупреждению несостоятельности (банкротства) кредитных

<sup>15</sup> Вестник Конституционного Суда РФ. 2001. № 6.

<sup>16</sup> Вестник Конституционного Суда РФ. 2002. № 6.

<sup>17</sup> Лаутс Е. Б. Правовые аспекты антикризисного регулирования рынка банковских услуг и институт банкротства кредитных организаций : монография. М. : Юстицинформ, 2018.



организаций можно предложить классификацию, основанную на критерии участия вспомогательных субъектов в процессе санации.

Таким образом, можно выделить меры, направленные на внутреннюю оптимизацию хозяйственной деятельности, проводимые кредитной организацией самостоятельно, к которым можно отнести меры по реорганизации кредитной организации и финансовому оздоровлению, в том числе:

- оказание финансовой помощи кредитной организации ее учредителями (участниками);
- изменение структуры активов и структуры пассивов кредитной организации;
- изменение организационной структуры кредитной организации;
- приведение в соответствие размера уставного капитала кредитной организации и величины ее собственных средств (капитала);

а также меры, проводимые кредитной организацией с участием иных субъектов:

- назначение временной администрации по управлению кредитной организацией;
- меры по предупреждению банкротства кредитной организации, реализуемые с участием АСВ и Банка России.

Также заслуживает внимания классификация С. А. Карелиной, которая предлагает разделить меры по предупреждению несостоятельности (банкротства) кредитных организаций:

- на осуществляемые в общем режиме. Они применяются к кредитным организациям, не имеющим лицензии на привлечение во вклады денежных средств физических лиц и на открытие и ведение банковских счетов физических лиц;
- на специальные, применяемые к кредитным организациям, которые данной лицензией обладают<sup>18</sup>.

Указанная классификация отражает специфику современного положения банковского сектора в Российской Федерации, так как наибольшую значимость с точки зрения задачи обеспечения стабильности банковской и экономической систем представляют крупные кредитные организации, которые в подавляющем большинстве случаев имеют обозначенную выше лицензию.

Рассматривая вопрос о классификации мер по предупреждению банкротства кредитных организаций, нельзя не остановиться на ряде проблем, затрудняющих их объединение в те или иные классификационные группы.

Отчасти трудности классификации объясняются необходимостью законодательно обеспечить возможность «индивидуального подхода» к санации крупных и (или) системно значимых кредитных организаций, что вынуждает законодателя оставлять де-факто открытым как перечень оснований для введения мер по предупреждению несостоятельности (банкротства) кредитной организации, так и их фактическое содержание. Так, ст. 189.49 Закона о банкротстве предусматривает, что меры по предупреждению банкротства банка осуществляются Банком России или Агентством путем:

<sup>18</sup> Карелина С. А. План участия Агентства по страхованию вкладов в осуществлении мер по предупреждению банкротства банков: правовые проблемы реализации. Суть мер по предупреждению банкротства банков // Право и экономика. 2018. № 2. С. 19—25.

- 1) оказания финансовой помощи, предусмотренной указанной статьей;
- 2) организации торгов по продаже имущества, являющегося обеспечением исполнения обязательств банка, в том числе перед Банком России;
- 3) исполнения функций временной администрации по управлению банком в соответствии со статьей 189.34 указанного Федерального закона.

При этом необходимо понимать, что данные меры могут осуществляться как отдельно друг от друга, так и одновременно, допуская, таким образом, возможность более гибкого регулирования соответствующих отношений в зависимости от фактических обстоятельств несостоятельности кредитной организации.

Более того, на практике встречаются случаи применения мер, предусмотренных, например, положениями АСВ, которые с трудом поддаются отнесению к какой-либо из групп, закрепленных в Законе о банкротстве. В частности, такие меры предусмотрены Положением о предоставлении Государственной корпорацией «Агентство по страхованию вкладов» поручительств в обеспечение исполнения обязательств банками, в отношении которых осуществляются меры по предупреждению банкротства<sup>19</sup> (далее — Положение). Агентству дана возможность предоставлять поручительство в обеспечение исполнения обязательств банками, акции (доли в уставном капитале) которых приобретены Агентством в рамках осуществления мер по предупреждению их банкротства и доля Агентства в уставном капитале которых на момент предоставления поручительства составляет 75 и более процентов (п. 1.2. Положения)<sup>20</sup>.

Сходными полномочиями обладает и Банк России, который также может оказывать опосредованную финансовую помощь кредитной организации за счет выдачи банковских гарантий в соответствии с п. 2 и 3 ч. 5 ст. 75 Федерального закона «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)»<sup>21</sup>.

В контексте рассмотрения вопроса о проблемах классификации мер по предупреждению банкротства кредитных организаций необходимо отметить потенциальную возможность применения инструмента Bail-in в рамках действующего законодательства Российской Федерации. Реализация Bail-in на практике предполагает конвертацию обязательств кредитной организации перед своими кредиторами в ее акции или доли в уставном капитале с одновременным списанием части указанных требований кредиторов до достижения кредитной организацией необходимой величины достаточности капитала. Учитывая, что успешное применение Bail-in само по себе способно в полной мере решить задачу восстановления финансовой стабильности кредитной организации, закрепление данного инструмента в Законе о банкротстве позволило бы поставить Bail-in в один ряд с иными мерами предупреждения банкротства кредитных организаций как образующего самостоятельную модель санации. К сожалению, на данный момент реализация Bail-in как потенциально эффективного инструмента санации в Российской Федерации весьма ограничена. Он применяется исключительно на основании добровольного соглашения с кредиторами, вследствие чего в настоящее время пока

<sup>19</sup> Утверждено решением Правления ГК «Агентство по страхованию вкладов», протокол от 28.04.2011 № 35.

<sup>20</sup> СПС «КонсультантПлюс». Документ опубликован не был.

<sup>21</sup> СЗ РФ. 2002. № 28. Ст. 2790.



преждевременно утверждать о полноценном появлении новой модели санации кредитных организаций, однако нельзя отрицать потенциальную возможность ее формирования в ближайшем будущем.

Более того, как отмечает О. А. Тарасенко, применение инструмента Bail-in в координации с иностранными регулирующими органами необходимо для защиты интересов лиц, имеющих вклады в российских кредитных организациях с участием нерезидентов, которые несут риски потерь сумм незастрахованных вкладов. Такое применение обосновано в случае, если национальный регулятор материнского иностранного банка инициирует применение к нему рассматриваемого механизма санации<sup>22</sup>.

Таким образом, глобализация рынка банковских услуг создает дополнительный стимул для приведения национального законодательства в соответствие с мировой практикой, вследствие чего полноценное внедрение механизма Bail-in в отечественную систему мер предупреждения банкротства кредитных организаций представляется закономерным и прогрессивным шагом по ее совершенствованию.

С учетом изложенного можно заключить, что Закон о банкротстве не исключает реализацию в рамках мероприятий по предупреждению банкротства любых гражданско-правовых средств, способствующих исполнению обязательств кредитной организации перед ее кредиторами, если соответствующие мероприятия включены в согласованный план участия АСВ (или Банка России) в предупреждении банкротства банка.

Более того, отдельные меры по предупреждению банкротства кредитных организаций могут предусматривать не прямое, а опосредованное (через третьих лиц) воздействие на должника.

К указанным мерам можно отнести уже упомянутую выше возможность Агентства предоставить поручительство по обязательствам проблемной кредитной организации. Кроме того, к ним относится также оказание непосредственной финансовой помощи лицам (лицу), приобретающим в соответствии с утвержденным планом участия Банка России или Агентства в осуществлении мер по предупреждению банкротства банка акции банка. Количество таких акций должно быть не менее 75 % обыкновенных акций банка в форме акционерного общества (доли в уставном капитале банка, предоставляющие не менее 3/4 голосов от общего числа голосов участников банка в форме общества с ограниченной ответственностью). Помимо акций могут приобретаться паи паевого инвестиционного фонда, сформированного управляющей компанией. Имеется уточнение, что в состав имущества такого ПИФа входят акции банка в количестве не менее 75 % обыкновенных акций банка в форме акционерного общества (доли в уставном капитале банка, предоставляющие не менее 3/4 голосов от общего числа голосов участников банка в форме общества с ограниченной ответственностью) в соответствии с пп. 1 п. 8 Закона о банкротстве.

В качестве еще одного фактора, усложняющего построение единой классификации мер по предупреждению несостоятельности (банкротства) кредитных

<sup>22</sup> Тарасенко О. А. Инструмент bail-in в Российской Федерации и Европейском Союзе // Хозяйство и право. 2016. № 7. С. 15—23.

организаций, является разделение правового регулирования банкротства банков на общий и специальный режимы. Такое разделение осуществляется по признаку наличия либо отсутствия у кредитной организации лицензии на привлечение во вклады денежных средств физических лиц и на открытие и ведение банковских счетов физических лиц. Это влечет за собой дублирование в Законе о банкротстве допустимых антикризисных мер и неопределенность в вопросе их соотношения в рамках общей системы.

Например, не является вполне очевидным, допустимо ли утверждать о соотношении таких мер, как оказание финансовой помощи кредитной организации, осуществляемое в рамках пп. 1 п. 1 ст. 189.49 Закона о банкротстве, и меры, закрепленной в пп. 1 ст. 189.14 названного Закона, как общего и частного?

Допустимо ли в целом утверждать, что специальные меры по предупреждению несостоятельности (банкротства) кредитных организаций, осуществляемые с участием Банка России и АСВ, представляют собой самостоятельную группу мер, не связанных общими началами правового регулирования с иными мерами, поименованными в ст. 189.9 Закона о банкротстве?

Наличие подобных проблем вызвано запутанной структурой правоотношений по предупреждению несостоятельности (банкротства) кредитных организаций и Закона о банкротстве, это, безусловно, усложняет понимание системы антикризисных мер в целом. В этой связи представляется целесообразным предложить использование функционального подхода к их классификации. Иными словами, предлагаем выделить группы мер по предупреждению банкротства кредитных организаций, исходя в первую очередь из их сущностных функций в процессе санации.

При этом следует отметить, что указанный подход к классификации хорошо зарекомендовал себя в рамках исследования проблематики правового регулирования деятельности кредитных организаций. Так, например, Л. Г. Ефимовой функциональный подход был успешно использован для классификации субъектов банковской деятельности<sup>23</sup>.

Таким образом, по функциональному признаку можно выделить следующие группы мер по предупреждению банкротства кредитных организаций:

- финансовые меры;
- организационные меры;
- протекционные меры.

К группе финансовых мер следует отнести меры, осуществляемые в процессе предупреждения банкротства, направленные на привлечение свободных финансовых ресурсов в несостоятельную кредитную организацию в целях восстановления ее финансовой стабильности. К указанным мерам, в частности, относятся любые виды оказания кредитной организации финансовой помощи независимо от ее источника.

К группе организационных мер следует отнести меры, направленные на изменение структуры управления кредитной организацией и ограничение ее прав по распоряжению своими активами, например посредством назначения временной

<sup>23</sup> Ефимова Л. Г. Банковское право. М. : Статут, 2010. Т. 1 : Банковская система Российской Федерации.



администрации при одновременном ограничении или приостановлении полномочий органов управления.

К группе протекционных мер следует отнести меры, направленные на облегчение положения должника за счет изменения условий его действующих обязательств и (или) создания благоприятной экономической среды, например посредством отказа от применения к должнику установленных законодательством санкций, выдачи поручительства или гарантии по обязательствам должника и т.п.

Важно отметить, что в рамках приведенной классификации поименованные в Законе о банкротстве меры предупреждения банкротства кредитных организаций, осуществляемые с участием Банка России или АСВ, не исключаются из общей системы мер. Их функциональное содержание может быть отнесено одновременно к нескольким классификационным группам. Реализация плана участия Банка России или АСВ в процедуре предупреждения банкротства всегда предполагает применение в отношении кредитной организации определенной совокупности разнородных по своему функциональному назначению антикризисных мероприятий. Например, в рамках предупреждения банкротства АСВ исполняет функции временной администрации по управлению банком (относится к группе организационных мер). Как правило, одновременно с этим оказывает ей значительную финансовую помощь, которая относится к группе финансовых мер.

Меры по предупреждению банкротства кредитных организаций, осуществляемые Банком России или АСВ, являются комплексными по своей природе. Поэтому для целей классификации представляется целесообразным рассматривать их в качестве совокупности функциональных компонентов, которые можно отнести к одной из предложенных классификационных групп, используя фасетный метод классификации.

Таким образом, на наш взгляд, будет справедливо выделить, соответственно, финансовые, организационные и протекционные меры по предупреждению банкротства кредитных организаций, осуществляемые с участием Банка России или АСВ.

В заключение стоит отметить, что возможности всеохватывающей классификации мер по предупреждению несостоятельности (банкротства) кредитных организаций довольно ограничены. В силу высокой динамики правотворческой и правоприменительной деятельности результаты данных классификаций, к сожалению, имеют тенденцию стремительно устаревать. Более того, в современных условиях отечественной экономики нередко возникает необходимость адаптации мер предупреждения банкротства под нужды санации определенных групп кредитных организаций.

Однако нельзя утверждать, что подобная дифференциация правового регулирования является отрицательным явлением. Напротив, возможность применения широкого круга правовых инструментов способствует достижению главной цели мероприятий по предупреждению банкротства кредитных организаций — экономической стабильности. Вместе с тем изобилие доступных мер по предупреждению несостоятельности кредитных организаций не должно мешать построению прозрачной и непротиворечивой системы санации в широком смысле.

С учетом изложенного хочется выразить надежду на то, что при совершенствовании института несостоятельности (банкротства) законодатель уделит

внимание нормативному закреплению категорий мер по предупреждению несостоятельности (банкротства) кредитных организаций, что будет способствовать более системному восприятию данного института, исключив имеющиеся в настоящее время противоречия.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Гончаров А. И.* Предупреждение банкротства коммерческой организации по законодательству Российской Федерации: методология и механизмы реализации : дис. ... д-ра юрид. наук. — Ростов н/Д, 2006. — 359 с.
2. *Ефимова Л. Г.* Банковское право. — М. : Статут, 2010. — Т. 1 : Банковская система Российской Федерации. — 404 с.
3. *Зайцев А. В.* Правовые механизмы предупреждения несостоятельности (банкротства) кредитных организаций : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2009. — 211 с.
4. *Зинченко С. А., Гончаров А. И.* Предупреждение банкротства коммерческой организации: методология и правовые механизмы : учебное пособие. — М. : Юриспруденция, 2011. — 352 с.
5. *Карелина С. А.* План участия Агентства по страхованию вкладов в осуществлении мер по предупреждению банкротства банков: правовые проблемы реализации. Суть мер по предупреждению банкротства банков // Право и экономика. — 2018. — № 2. — С. 19—25.
6. *Лаутс Е. Б.* Правовые аспекты антикризисного регулирования рынка банковских услуг и институт банкротства кредитных организаций : монография. — М. : Юстицинформ, 2018. — 412 с.
7. *Магазинер Я. М.* Общая теория права на основе советского законодательства // Правоведение. — 2000. — № 4. — С. 204—221.
8. *Тарасенко О. А.* Инструмент bail-in в Российской Федерации и Европейском Союзе // Хозяйство и право. — 2016. — № 7. — С. 15—23.
9. *Шершеневич Г. Ф.* Конкурсный процесс. — М. : Статут, 2000. — 475 с.





**Екатерина Васильевна  
ЯЦЕНКО,**  
 аспирант кафедры  
 банковского права  
 Университета имени  
 О.Е. Кутафина (МГЮА)  
 yatsenko@mail.ru  
 125993, Россия, г. Москва,  
 ул. Садовая-Кудринская, д. 9

## ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ И ПРАКТИКИ ПРИМЕНЕНИЯ ЭЛЕКТРОННЫХ БАНКОВСКИХ ГАРАНТИЙ И КОНТРГАРАНТИЙ

**Аннотация.** В статье выделяются ключевые проблемы правового регулирования электронных банковских продуктов в целом и электронных банковских гарантий и контргарантий в частности. Автором представлены два основных подхода к соблюдению письменной формы договора при оформлении сделки в электронном виде. Проведен анализ судебной и банковской практики в сфере предоставления электронных банковских гарантий и контргарантий.

**Ключевые слова:** электронные банковские продукты, форма сделки, электронные банковские гарантии, контргарантии, таможенные гарантии, банковские гарантии в сфере закупок, налоговые банковские гарантии.

DOI: 10.17803/2311-5998.2020.72.8.202-212

**E. V. YATSENKO,**

postgraduate student of the Department of banking law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

yatsenko@mail.ru

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### PROBLEMS OF LEGAL REGULATION AND PRACTICE OF APPLICATION OF ELECTRONIC BANK WARRANTIES AND COUNTER-WARRANTIES

**Abstract.** The article highlights the key problems of legal regulation of electronic banking products in general and electronic bank guarantees and counter-guarantees in particular. The author is consider two main approaches to compliance with the written form of the agreement when making a transaction in electronic form. The analysis is carried out of judicial and banking practice in the field of providing electronic bank guarantees and counter-guarantees.

**Keywords:** electronic banking products, transaction form, electronic demand guarantees, counter-guarantees, customs guarantees, tender guarantees, tax bank guarantees.

Одним из глобальных трендов цифровизации банковского рынка является переход банковских продуктов в режим онлайн. В настоящий момент практически все банковские продукты предоставляются в электронном виде. Не являются исключением и банковские гарантии и контргарантии.

Темпы цифровизации банковских продуктов были и остаются подверженными не только влиянию развития финансовых технологий и скорости распространения Интернета в нашей стране, но и особенностям правового регулирования в России.

Вопросы, которые стали камнем преткновения в быстром развитии электронных банковских продуктов, можно условно разделить на два блока:

- требования гражданского законодательства к форме сделки, которые ставили под вопрос действительность банковских сделок, заключенных в режиме онлайн;
- нормы «регуляторного» законодательства, которые требуют идентификации клиентов, защиты персональных данных и получения согласия на запрос информации в бюро кредитных историй только в определенной законом форме.

Гражданский кодекс РФ устанавливает для большинства банковских сделок требование о соблюдении письменной формы договора (ст. 368 (п. 2), 820, 836, 860.2 (п. 1) ГК РФ).

При совершении банковских сделок в электронной форме вопрос о соблюдении письменной формы сделки оказался неоднозначным.

Согласно п. 2 ст. 434 ГК РФ в редакции до 01.10.2019 договор в письменной форме может быть заключен путем обмена электронными документами, передаваемыми по каналам связи, позволяющего достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору. Но согласно п. 1 ст. 160 ГК РФ письменная форма сделки считается соблюденной, если соответствующий документ подписан стороной или уполномоченным ею лицом. При этом согласно п. 2 ст. 160 ГК РФ в редакции до 01.10.2019 использование электронной подписи допускалось в случаях и в порядке, предусмотренных законом, иными правовыми актами или соглашением сторон. Наконец, согласно ст. 6 Федерального закона «Об электронной подписи» от 06.04.2011 № 63-ФЗ<sup>1</sup> (далее — Закон об электронной подписи) информация в электронной форме, подписанная усиленной квалифицированной электронной подписью, признается электронным документом, равнозначным документу на бумажном носителе, без каких-либо оговорок. При этом письменная форма сделки будет считаться соблюденной при обмене электронными документами, заверенными простой или усиленной неквалифицированной подписями только тогда, когда между сторонами имеется ранее заключенный договор, который легализует такой вариант подписания, либо в случаях, установленных законом.

Таким образом, из системного толкования норм ГК РФ и Закона «Об электронной подписи» можно было сделать вывод о том, что договор, заключенный в электронной форме (при условии, что стороны предварительно не согласовали такую форму заключения сделки), только тогда соответствует требованиям к письменной форме сделки, когда он подписан усиленной квалифицированной электронной подписью (далее также — УКЭП).

Такое консервативное толкование норм права приводило на практике к тому, что банки предварительно заключали с клиентами рамочные договоры о банковском обслуживании на бумажном носителе, в которых предусматривали иной способ заключения договоров, например путем подписания сделок простой или неквалифицированной электронной подписью. Затем банки предоставляли бан-

<sup>1</sup> СПС «КонсультантПлюс».



ковский продукт в электронной форме. Это значительно усложняло процесс и не способствовало расширению доступности финансовых услуг.

Необходимо отметить, что существует другой, «либеральный» подход в толковании требований законодательства о подписании договора в электронной форме. Этот подход позволял считать, что электронная подпись по смыслу закона не является единственным способом установления происхождения волеизъявления, совершаемого не в форме составления документа на бумажном носителе, а в форме направления тех или иных цифровых сообщений.

Главное, чтобы «авторство» цифрового волеизъявления либо не оспаривалось, либо, в случае возникновения спора, могло быть достоверно доказано. Иначе говоря, при таком либеральном прочтении закона подписание электронного документа усиленной квалифицированной подписью является лишь одной из возможных опций достоверного доказывания авторства, но далеко не единственной<sup>2</sup>.

По мнению Л. Г. Ефимовой, внесенные с 01.10.2019 в ст. 160 и 434 ГК РФ изменения существенно изменили подход законодателя к электронной форме сделки: «В соответствии с абз. 2 п. 1 ст. 160 ГК РФ в редакции Закона о цифровых правах требование о наличии подписи считается выполненным, если использован любой способ, позволяющий достоверно определить лицо, выразившее волю. Законом, иными правовыми актами и соглашением сторон может быть предусмотрен специальный способ достоверного определения лица, выразившего волю».

Таким образом, законодатель признал:

- во-первых, что «при заключении договоров в электронной форме... важно установить наличие и содержание подлинной воли стороны договора... Это выполнимо даже при отсутствии электронной подписи автора документа»<sup>3</sup>. Поэтому требование об использовании электронной подписи при заключении электронного договора было исключено из редакции ст. 160 ГК РФ;
- во-вторых, что для идентификации стороны договора, заключенного между отсутствующими с использованием электронных и других технических средств в электронной форме достаточно использовать любой способ, позволяющий достоверно определить лицо, выразившее волю.

При таком подходе получается, что при заключении договора в электронной форме может отсутствовать один из наиболее важных реквизитов традиционной письменной формы сделки — подписи его сторон. При этом договор будет считаться заключенным, если выполнены иные требования закона<sup>4</sup>.

Таким образом, либеральный подход к соблюдению формы сделки, заключенной в электронном виде, нашел свое развитие в измененных нормах законодательства.

<sup>2</sup> См.: Заем, кредит, факторинг, вклад и счет : постатейный комментарий к статьям 807—860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А. Г. Карапетов. М. : М-Огос, 2019. С. 285.

<sup>3</sup> Ефимова Л. Г. Правовые особенности электронной формы банковских сделок // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2017. № 1. С. 16.

<sup>4</sup> Ефимова Л. Г. Еще раз о понятии и правовой природе электронной формы сделки // Lex russica. 2019. № 8. С. 134.

## Электронные банковские гарантии и контргарантии

Одним из широко востребованных электронных банковских продуктов является банковская гарантия.

Расширение спектра применения электронных банковских гарантий в эпоху цифровизации ставит те же вопросы о надлежащей форме сделки, которые в целом относятся к электронным банковским сделкам.

Гражданский кодекс РФ устанавливает обязательные положения о соблюдении письменной формы как самой независимой гарантии (п. 2 ст. 368 ГК РФ), так и письменной формы требования по независимой гарантии (ст. 374 ГК РФ).

Независимая гарантия является односторонней сделкой, письменная форма этой сделки установлена для соблюдения баланса интересов при выдаче независимой гарантии. Цель соответствующих требований состоит в том, что они позволяют сделать отношения сторон более определенными, снять основания для споров в будущем по поводу самого факта совершения сделки и ее содержания<sup>5</sup>.

Поскольку ГК РФ не устанавливает последствий в виде ничтожности независимой гарантии при несоблюдении требований к ее форме, то по общему правилу ст. 162 ГК РФ, лишает бенефициара в случае спора права ссылаться в подтверждение наличия независимой гарантии и ее условий на свидетельские показания. Однако эта норма не лишает его права приводить письменные и другие доказательства. Представляется, что это будет сделать достаточно затруднительно, так как в реальности бенефициары крайне редко напрямую взаимодействуют с гарантом, чаще всего просьбу о выдаче гарантии гаранту направляет принципал, и с ним гарант согласует условия независимой гарантии.

Необходимо отметить, что в сложившейся банковской практике банковские гарантии выдаются либо на бумажном носителе, либо путем выдачи электронной банковской гарантии, подписанной УКЭП, либо путем направления Swift-сообщения<sup>6</sup>. Что касается первых двух вариантов предоставления банковской гарантии, то здесь пороков формы не наблюдается. В третьем случае выдача гарантий по Swift вызывала дискуссию как в научных кругах<sup>7</sup>, так и в судебной практике.

Уже в 2012 г. Высший Арбитражный Суд РФ разъяснил, что, рассматривая вопрос о соблюдении стороной, выдавшей банковскую гарантию, требования закона о письменной форме обязательства гаранта, судам необходимо учитывать следующее: ГК РФ не запрещает совершение односторонней сделки путем на-

<sup>5</sup> Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. 3-е изд., стереот. М. : Статут, 2001. Кн. 1. С. 200.

<sup>6</sup> Swift — международная межбанковская система передачи информации и совершения платежей.

<sup>7</sup> См., например: Ефимова Л. Г. Правовые особенности электронной формы банковских сделок ; Кондратьева Е. Международная унификация правил банковской гарантии и правовое регулирование института банковской гарантии в РФ // Право и жизнь. 2004. № 76 ; Анциферов О. Проблемы выдачи банковской гарантии в форме электронного документа // Хозяйство и право. 2006. № 6 ; Отдельные виды обязательств в международном частном праве / под ред. В. П. Звекова. М. : Статут, 2008.



правления должником кредитор по обязательству, возникающему из односторонней сделки, соответствующего документа посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от лица, совершившего одностороннюю сделку (ст. 156, п. 1 ст. 160, п. 2 ст. 434 Кодекса). Следовательно, требования ст. 368 ГК РФ о письменной форме банковской гарантии считаются соблюденными, к примеру, когда гарантия выдана в форме электронного сообщения с использованием телекоммуникационной системы Swift<sup>8</sup>.

Таким образом, Высший Арбитражный Суд РФ принял либеральную точку зрения совокупного толкования норм ГК РФ, было подтверждено право на существование электронным гарантиям, выдаваемым по системе Swift.

Любопытно, что задолго до принятия указанного решения в международной банковской практике существовали *контргарантии* (англ. counter guarantee / indirect guarantee — не прямые гарантии), которые практически всегда выдавались банками с использованием системы Swift.

Согласно Унифицированным правилам для гарантий по требованию URDG 758, принятым Международной торговой палатой в 2010 г. (далее — URDG 758), контргарантия — это обязательство, предоставленное для обеспечения выдачи гарантии. Контргарантии широко используются в практике международного финансирования, когда бенефициар, не желая принимать риски, связанные с чужой юрисдикцией банка принципала, просит предоставить ему гарантию банка, устраивающего бенефициара.

В связи с тем, что многие банки взаимодействуют между собой путем установления корреспондентских отношений, в такой ситуации банк принципала просит банк бенефициара выдать прямую гарантию бенефициару под его обязательство безусловно уплатить при предъявлении надлежащего требования (т.е. под его контргарантию). Такая просьба, как правило, направляется банком принципала по Swift и содержит одновременно и просьбу выпустить прямую гарантию, и обязательство, которое, по сути, является банковской гарантией произвести оплату при предъявлении требования. Предоставление таких банковских гарантий исторически осуществляется в электронной форме, и не вызывает у участников финансового рынка споров и (или) сомнений в легитимности этих правоотношений.

Необходимо отметить, что обычаи делового оборота URDG 758 содержат требования к электронному документу. Согласно ст. 2 URDG 758 гарантия означает любое подписанное обязательство. Термин «подписанный документ» применительно к гарантии или контргарантии означает, что его оригинал подписан посредством электронной подписи, которая может быть аутентифицирована стороной. Документ, аутентифицированный применительно к электронному документу, означает, что сторона, которой представлен документ, способна однозначно идентифицировать отправителя и убедиться в том, что полученные данные являются полными и неизменными.

<sup>8</sup> Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 14 от 23.03.2012 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий» // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2012. № 5.

Таким образом, такие понятия, как целостность, аутентифицированность и достоверность, введенные в ст. 160 ГК РФ после 01.10.2019, — это не новые категории для электронной независимой гарантии, а сложившаяся годами практика.

В российской банковской практике самое большое распространение электронные банковские гарантии получили в сфере обеспечения обязательств принципала перед государственными и муниципальными органами и организациями. Это обусловлено тем, что взаимный обмен электронными документами, особенно подписанными УКЭП, возможен в силу специфики сделки только по единым стандартам и в соответствии с общими требованиями закона. Такие требования установлены таможенным законодательством, налоговым законодательством России и Федеральным законом от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон о контрактной системе).

### **Электронные таможенные гарантии**

Пунктом 6 ст. 61 Федерального закона от 03.08.2018 № 289-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» установлена возможность представления в таможенный орган банковской гарантии в обеспечение уплаты таможенных платежей в виде электронного документа, подписанного УКЭП.

Уполномоченные банки активно используют специальное программное обеспечение, предоставленное Банком России для выпуска электронных таможенных гарантий. Электронные таможенные гарантии полностью соответствуют требованиям, предъявляемым к электронному документу, создаются в электронном виде и подписываются усиленной квалифицированной подписью, приравнивающей электронную гарантию к гарантии на бумажном носителе.

### **Электронные гарантии в сфере закупок**

Второй пример правового регулирования процедуры выпуска электронных банковских гарантий содержится в законодательстве о контрактной системе в сфере закупок для государственных и муниципальных нужд.

Статья 44 Закона о контрактной системе устанавливает требования к обеспечению заявки на участие в конкурсе или аукционе в виде банковской гарантии. Согласно данной норме, отдельные требования, регулирующие обеспечение контрактной системы банковскими гарантиями, устанавливаются Правительством РФ. Речь идет о Дополнительных требованиях к банковской гарантии, используемой для целей Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», утвержденных постановлением Правительства РФ от 08.11.2013 № 1005 (далее — Постановление о банковских гарантиях). Ими предусмотрено, что банковская гарантия оформляется в письменной форме на бумажном носителе или



в форме электронного документа, подписанного электронной подписью, вид которой установлен Законом о контрактной системе.

Согласно ст. 4 Закона о контрактной системе единая информационная система (далее — ЕИС), созданная для целей обеспечения контрактной системы в сфере закупок, основана на принципе использования усиленной квалифицированной электронной подписи для подписания электронных документов, предусмотренных Законом о контрактной системе.

Из сказанного следует, что Закон о контрактной системе устанавливает возможность предоставления банковской гарантии в виде электронного документа, подписанного усиленной квалифицированной электронной подписью.

Процедура выдачи, проверки и принятия банковских гарантий в обеспечение надлежащего исполнения обязательств по государственным контрактам предусматривает размещение сканированного образа банковской гарантии, выданной на бумажном носителе в единой информационной системе на официальном сайте в сети Интернет — [www.zakupki.gov.ru](http://www.zakupki.gov.ru).

Такое размещение подписывается усиленной квалифицированной электронной подписью лица, имеющего право действовать от имени банка.

Таким образом, банк предоставляет копию банковской гарантии в единой информационной системе в форме электронного образа документа, но не создает электронный документ как таковой в системе. В связи с этой проблемой в судебной практике возникают споры о том, соблюдена ли форма при выдаче такой независимой гарантии.

Верховный Суд РФ поддержал позицию, основанную на том, что порядок публикации электронных образов банковских гарантий, установленный Законом о контрактной системе, является выдачей гарантий в электронном виде.

Так, в определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 21.11.2016 № 305-ЭС16-9281 по делу № А40-120016/2015<sup>9</sup> коллегия поддержала доводы истца о том, что банковская гарантия по закупке была оформлена в электронном виде, ссылаясь на следующее:

Закон о контрактной системе ввел электронный документооборот при проведении электронных аукционов в контрактной системе в сфере государственных закупок. Такой же порядок установлен для предоставления обеспечения. Он обязывает заказчика принять к рассмотрению и рассмотреть по существу электронные образы выполненных на бумажных носителях банковских гарантий. Они должны быть созданы посредством сканирования и подписаны усиленной электронной подписью полномочного сотрудника банка (ст. 70 Закона о контрактной системе, п. 2—4, 6, 9 и 11 Порядка формирования информации и документов для ведения реестра банковских гарантий, утвержденного приказом Министерства финансов РФ от 18.12.2013 № 126н).

Предопределяющее значение для банковской гарантии имеет волеизъявление банка на совершение соответствующей односторонней сделки. Такое волеизъявление должно считаться состоявшимся, если банк выразил волю на выдачу банковской гарантии с использованием государственной информационной системы. В этих целях он включил все сведения о гарантии в государственный реестр,

<sup>9</sup> СПС «КонсультантПлюс». Документ опубликован не был.

находящийся в открытом доступе, создал электронный образ выполненной на бумажном носителе банковской гарантии (путем сканирования с сохранением всех реквизитов), подписал этот образ усиленной электронной подписью и направил его через систему электронного документооборота, доведя тем самым и до бенефициара. Важно также, что в дальнейшем банк не отрицал факт выдачи банковской гарантии. В указанном случае у судов нет оснований не признавать юридическую силу волеизъявления банка, подтвержденного его же электронными сообщениями.

Возвращаясь к анализу ст. 160 ГК РФ в новой редакции, представляется важным обратить внимание на тот факт, что сканированная копия банковской гарантии, опубликованная в единой информационной системе, подписанная усиленной квалифицированной подписью, формально соответствует требованиям, предъявляемым к электронной форме сделки.

Она, во-первых, совершена лицом сделки с помощью электронных либо иных технических средств, позволяющих воспроизвести на материальном носителе в неизменном виде содержание сделки. Во-вторых, соблюдено требование о наличии подписи, так как усиленная квалифицированная подпись позволяет достоверно определить лицо, выразившее волю.

В целях минимизации рисков по оспариванию независимых гарантий, выдаваемых по Закону о контрактной системе, а также для целей создания банковских гарантий в электронном виде в настоящий момент на базе Ассоциации ФинТех<sup>10</sup> ведутся разработки по цифровизации независимой гарантии в контрактной системе.

Однако в сфере указанных правоотношений существует правовая неопределенность, которая влечет риски для участников контрактной системы. Она связана с отсутствием указания в нормативных правовых актах формата электронного требования по банковской гарантии в сфере закупок.

Согласно пп. «а» постановления о банковских гарантиях в банковской гарантии, выдаваемой в соответствии с Законом о контрактной системе, должно быть указано право заказчика представлять в банк требование об уплате денежной суммы по банковской гарантии, предоставленной в качестве обеспечения заявки, на бумажном носителе или *в форме электронного документа*. Такое требование может быть представлено в случаях, установленных ч. 15 ст. 44 Закона о контрактной системе и в размере обеспечения заявки, установленном в извещении об осуществлении закупки, документации о закупке.

Как видно из указанной нормы, в текстах банковских гарантий, предоставляемых по Закону о контрактной системе, предусматривается возможность представления требования по банковской гарантии в электронном виде *без указания формата и системы для передачи данных*.

На практике государственные заказчики, опираясь на неопределенную формулировку в типовом тексте банковской гарантии, предъявляют требования к гарантам, к примеру, по электронной почте. При этом по электронной почте на-

<sup>10</sup> Ассоциация развития финансовых технологий (Ассоциация ФинТех) основана в конце 2016 г. по инициативе Банка России и ключевых участников отечественного финансового рынка.



правляется скан требования об оплате, который, по сути, является образом документа и не содержит электронно-цифровой подписи.

Банки не считают требования, направленные по электронной почте, надлежащей формой электронного документа в сфере закупок и отказывают в оплате по требованию либо просто игнорируют такие сообщения. Оплата по требованию, подписанному простой электронной подписью, влечет значительные риски для гаранта.

Во-первых, простая электронная подпись не позволяет гаранту достоверно определить сторону, от которой исходит сообщение, а также неизменность текста требования. Такое положение влечет риски мошенничества со стороны третьих лиц, заключающегося в предъявлении фальсифицированного требования с указанием платить по конкретным реквизитам.

Во-вторых, споры о надлежащей форме требования бенефициара влекут для гаранта риск отказа принципала возместить в порядке регресса суммы, уплаченные по банковской гарантии в связи с ненадлежащим требованием.

В-третьих, получение требования от недостоверно установленного получателя влечет риски неидентификации контрагента, которому осуществляется платеж, что нарушает целый ряд норм, в том числе требования Федерального закона от 07.08.2001 № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма».

В отличие от российского законодательства, Унифицированные правила для гарантий по требованию URDG 758 содержат вполне конкретную формулировку, предполагающую *обязательность* определения в тексте гарантии *формата и системы* для передачи данных в случае совершения представления в электронной форме и устанавливает, что «электронный документ, который не может быть аутентифицирован, считается не представленным»<sup>11</sup>.

Пробел в правовом регулировании при широчайшем использовании такого инструмента обеспечения обязательств в сфере закупок, как банковская гарантия, отсутствие указания на формат передачи электронного требования в тексте гарантии влечет потери, в том числе и в государственном бюджете Российской Федерации.

Государственные заказчики, которые не получают удовлетворения при предъявлении первичного требования по электронной почте, как правило, пропускают срок для предъявления надлежащего требования по банковской гарантии и после предъявления повторного требования на бумажном носителе за пределами сроков банковской гарантии получают правомерный отказ в удовлетворении требований.

### Электронные налоговые гарантии

Налоговое законодательство устанавливает два случая обеспечения обязательств налогоплательщика банковской гарантией. На основании ст.74.1 Налогового кодекса РФ в случае изменения сроков исполнения обязанностей по уплате налогов и в иных случаях, предусмотренных Кодексом, обязанность по уплате налога может

<sup>11</sup> URDG 758. П. «с» ст. 14.

быть обеспечена банковской гарантией. Банковская гарантия представляется в инспекцию налогоплательщиками для возмещения НДС в заявительном порядке, а также для освобождения от уплаты акцизов при экспорте либо по авансовым платежам акциза.

В 2019 г. Федеральная налоговая служба подготовила рекомендованный электронный формат представления банковской гарантии. Об этом сообщается в письме от 04.04.2019 № ЕД-4-15/6183@.

При представлении электронной банковской гарантии в налоговую службу срок возврата НДС можно сократить до семи рабочих дней. Основное преимущество использования электронной банковской гарантии — это автоматическая проверка параметров документа, а также экономия времени на визит в банк и ФНС. В письме при этом отмечается, что в случае представления банковской гарантии в электронной форме она должна быть создана в виде электронного документа в соответствии с указанным форматом и подписана усиленной квалифицированной электронной подписью. Электронную банковскую гарантию налогоплательщики должны представлять в налоговую инспекцию в формате, который необходим для обеспечения электронного документооборота с налоговым органом. Упомянутый формат утвержден приказом ФНС России от 18.01.2017 № ММВ-7-6/16@<sup>12</sup>.

ФНС России также уточняет, что вместе с указанной банковской гарантией налогоплательщики могут подать заявление о применении заявительного порядка возмещения налога, подписанное УКЭП. В середине 2019 г. банки начали выдавать электронные гарантии для их представления в ФНС России также в целях освобождения от уплаты акциза при экспорте подакцизной продукции.

Вышеизложенные тенденции и примеры в сфере электронных банковских гарантий и контргарантий иллюстрируют важность своевременного, полного и адекватного правового регулирования электронных банковских продуктов в целом и гарантий в частности, которое напрямую влияет на их развитие, повышение доступности банковских услуг, развитие конкуренции в банковской сфере и, как следствие, развитие экономических отношений и рост экономики.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Анциферов О.* Проблемы выдачи банковской гарантии в форме электронного документа // *Хозяйство и право.* — 2006. — № 6.
2. *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Общие положения. — 3-е изд., стереотипное. — М. : Статут, 2001. — Кн. 1.
3. *Ефимова Л. Г.* Еще раз о понятии и правовой природе электронной формы сделки // *Lex russica.* — 2019. — № 8.
4. *Ефимова Л. Г.* Правовые особенности электронной формы банковских сделок // *Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).* — 2017. — № 1.

<sup>12</sup> Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru>. 30.03.2017.



5. Заем, кредит, факторинг, вклад и счет : постатейный комментарий к статьям 807—860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А. Г. Карапетов. — М., 2019.
6. *Кондратьева Е.* Международная унификация правил банковской гарантии и правовое регулирование института банковской гарантии в РФ // Право и жизнь. — 2004. — № 76.
7. Отдельные виды обязательств в международном частном праве / под ред. В. П. Звекова. — М., 2008.

## ОГРАНИЧЕНИЕ СВОБОДЫ ДОГОВОРА ДЛЯ КРЕДИТНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ СО СТОРОНЫ БАНКА РОССИИ

**Аннотация.** В статье рассматриваются вопросы ограничения свободы договора кредитных организаций со стороны Банка России. Отмечается, что деятельность Банка России в указанном направлении проявляется многоаспектно. В заключении автор делает вывод, что правоприменительная, правотворческая деятельность и деятельность, направленная на разъяснение нормативных правовых актов Банка России играет значительную роль в ограничении свободы договора в банковской деятельности при вступлении в договорные отношения как с предпринимателями, так и с потребителями банковских услуг.

**Ключевые слова:** свобода договора, банковская деятельность, Банк России.



**Мария Викторовна  
ХАДЕЕВА,**

аспирант кафедры  
банковского права  
Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА)  
[hadeeva\\_mariya@mail.ru](mailto:hadeeva_mariya@mail.ru)  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

DOI: 10.17803/2311-5998.2020.72.8.213-219

**M. V. KHADEEVA,**

postgraduate student of the Banking law  
Department of the Kutafin Moscow State Law  
University (MSAL)

[hadeeva\\_mariya@mail.ru](mailto:hadeeva_mariya@mail.ru)

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### RESTRICTION OF THE FREEDOM OF CONTRACT FOR CREDIT ORGANIZATIONS BY THE BANK OF RUSSIA

**Abstract.** The article is devoted to the issues of restricting the freedom of contract of credit organizations by the Bank of Russia. The author notes that the activity of the Bank of Russia manifests in this direction in many ways. The author concludes that the Bank of Russia's law enforcement, lawmaking and activities regarding the legislation play a significant role in restricting the freedom of contract in banking activities when entering into contractual relations, both with entrepreneurs and consumers of banking services.

**Keywords:** freedom of contract, banking activity, Bank of Russia.

**С**вобода договора участников гражданского оборота ограничивается деятельностью государственных и квазигосударственных органов<sup>1</sup>. В этом смысле банковская деятельность может являться наглядным примером,

<sup>1</sup> В данном случае имеется в виду Банк России, который нельзя прямо причислить к системе государственных органов в Российской Федерации.

когда участник оборота вступает в гражданские правоотношения с оглядкой на органы, осуществляющие надзор в соответствующей сфере.

Относительно статуса Банка России можно отметить, что он является специфическим публичным органом, выполняющим функции органа государственной власти, который не входит в формально определенную Конституцией РФ систему разделения властей (законодательная, исполнительная, судебная власть). Бесспорным является наличие у Банка России государственно-властных полномочий, закрепленных в Конституции РФ, Федеральном законе от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» (далее — Закон о Банке России), Федеральном законе от 02.12.1990 № 391-1 «О банках и банковской деятельности» (далее — Закон о банках), Федеральном законе от 21.12.2013 № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)» (далее — Закон о потребительском кредите), а также ряде иных нормативных правовых актов. Следует отметить, что статус Банка России в системе публично-правовых отношений не определен, а в приведенном законодательстве лишь описаны конкретные полномочия.

Как и любой другой государственный орган, Банк России осуществляет свою деятельность в публичных интересах, которые в общем виде направлены на обеспечение финансовой и экономической стабильности. Согласно ст. 3 Закона о Банке России целями деятельности Банка России являются защита и обеспечение устойчивости рубля, развитие и укрепление банковской системы Российской Федерации, обеспечение стабильности и развитие национальной платежной системы, развитие финансового рынка Российской Федерации, обеспечение стабильности финансового рынка Российской Федерации. Реализация указанных целей зависит в том числе от деятельности кредитных организаций, в отношении которых Банк России осуществляет надзор.

Вышеперечисленным целям корреспондирует ст. 4 Закона о Банке России, где указаны его функции, которые подкрепляются соответствующими полномочиями. Реализуя эти полномочия, Банк России стремится к достижению поставленных перед ним ст. 3 Закона о Банке России целей, следствием чего является ограничение свободы договора в банковской деятельности. Деятельность Банка России, направленная на ограничение свободы договора, проявляется многоаспектно.

Важно отметить, что Банк России может ограничивать свободу договора в банковской деятельности путем издания нормативных правовых актов в форме указаний, положений и инструкций (ст. 7 Закона о Банке России). Нормативные акты Банка России относятся к правовым актам, поскольку его нормотворческие полномочия предполагают исключительные права и обязанности по установлению обязательных для органов государственной власти, всех юридических и физических лиц правил поведения по вопросам, отнесенным к его компетенции и требующим правового регулирования<sup>2</sup>.

Банк России также публикует письма, в которых разъясняется применение законодательства по вопросам регулирования банковской деятельности. Несмотря на то, что закон не относит письма Банка России к категории нормативных

<sup>2</sup> *Рождественская Т. Э., Гузнов А. Г.* Публичное банковское право : учебник для магистров. М. : Проспект, 2016.

актов<sup>3</sup>, следует отметить их неоспоримое влияние на деятельность кредитных организаций, обусловленное в том числе авторитетом регулятора, опасениями, связанными с подрывом репутации кредитной организации, а также неверным применением законодательства, которое носит оценочный характер<sup>4</sup>.

Последствием нарушения требований как нормативных правовых актов, принимаемых Банком России, так и иного законодательства может являться применение принудительных мер воздействия в отношении кредитной организации, что также ограничивает банковскую деятельность в договорных отношениях. Так, например, в случае нарушения кредитной организацией требований Федерального закона от 07.08.2001 № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» (далее — Закон № 115-ФЗ) и (или) принятых в соответствии с ним нормативных актов регулятора, Закон о Банке России предусматривает право взыскивать с кредитной организации штраф в размере до 0,1 % размера собственных средств (капитала) кредитной организации, но не менее 100 тыс. рублей<sup>5</sup>. Возможность применения вышеуказанных жестких санкций обуславливает предельную осторожность при вступлении в договорные отношения с действующими и потенциальными клиентами.

В продолжение темы ограничений, предусмотренных Федеральным законом № 115-ФЗ, стоит отметить, что кредитная организация вправе отказаться от заключения договора банковского счета (вклада) с физическим или юридическим лицом, а также отказаться в проведении операций в случае наличия подозрений о том, что целью заключения такого договора является совершение операций в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма (п. 5.2 ст. Федерального закона № 115-ФЗ). На практике банки довольно часто отказывают в заключении договора банковского вклада и банковского счета при наличии соответствующих подозрений<sup>6</sup>, как представляется, в том числе из-за того, что Банк России настоятельно рекомендует кредитным организациям активно реализовывать в отношении клиентов указанные правомочия<sup>7</sup>. Данный пример является показательным с точки зрения ограничения

<sup>3</sup> Полагаем, что письма Банка России можно отнести к разъяснениям, которые Банк России дает согласно ст. 77 Закона о Банке России.

<sup>4</sup> Например, в законодательстве, регулирующем ПОД/ФТ, нет четкого и единообразного перечня оснований для отказа в открытии банковского счета (вклада) или отказа от выполнения распоряжений клиента по счету операций.

<sup>5</sup> Т. Э. Рождественской и А. Г. Гузновым была обозначена проблема применения за одни и те же деяния как штрафа, предусмотренного КоАП РФ, так и мер принуждения, установленных ст. 74 Закона о Банке России. Вероятно, в этом случае Банк России должен, учитывая принцип недопустимости двойного наказания за одно и то же правонарушение, определить способ реагирования на выявленные нарушения в сфере ПОД/ФТ. См. об этом: *Рождественская Т. Э., Гузнов А. Г.* Указ. соч.

<sup>6</sup> *Ефимова Л. Г.* Договоры банковского вклада и банковского счета : монография. М. : Проспект, 2018,

<sup>7</sup> См., например: письмо Банка России от 31.12.2014 № 238-Т ; Методические рекомендации Банка России от 02.02.2017 № 4-МР ; от 02.04.2015 № 10-МР ; от 13.04.2016 № 10-МР ; от 15.07.2015 № 16-МР ; от 15.07.2015 № 18-МР.



свободы договора на основании писем Банка России, которые формально не являются нормативными правовыми актами.

При рассмотрении ограничений свободы договора в связи с правотворческой и правоприменительной деятельностью Банка России нельзя остановиться только на примере с Федеральным законом № 115-ФЗ.

Статья 35 Закона о Банке России в качестве инструмента и метода денежно-кредитной политики Банка России называет обязательные резервные требования, которые направлены на достижение цели по защите и обеспечению устойчивости рубля, указанной в ст. 3 Закона о Банке. Резервные требования содержатся в принимаемых Банком России указаниях<sup>8</sup>. Регулирование размеров обязательных резервов в ту или другую сторону путем сокращения или увеличения денежной массы, находящейся в обращении, может оказывать как сдерживающее, так и стимулирующее влияние на экономику. Помимо этого, установление минимального порога резервирования направлено на обеспечение постоянного уровня ликвидности кредитных организаций<sup>9</sup>, которое можно рассматривать и как косвенное ограничение свободы договора<sup>10</sup>.

Помимо обязательных резервов, кредитная организация обязана формировать обязательные резервы и резервы на возможные потери по ссудам, по ссудной и приравненной к ней задолженности (далее — РВПС), которые формируются в соответствии с Положением № 590-П. С одной стороны, РВПС «страхует» банки от невозврата кредита, с другой — влияет на процесс ценообразования кредитного продукта. Формирование РВПС, отличного от нуля, снижает доход банка, полученный от сделки, подвергает сомнению возможность надлежащего исполнения заемщиком денежных обязательств и в конечном итоге ставит вопрос о целесообразности заключения кредитного договора, мягко ограничивая свободу договора.

Помимо изложенных выше, можно выделить еще несколько форм мягкого ограничения свободы договора в банковской деятельности при непосредственном участии Банка России в соответствии с принимаемыми регулятором нормативными актами. Например, к числу таких ограничений можно отнести требование о соблюдении обязательных нормативов. Нормативы являются предельными показателями уровня банковского риска, который может принимать на себя кредитная организация. Нормативы определяются в зависимости прежде всего от уровня капитала. Порядок и методика их расчета определены в Инструкции Банка России от 29.11.2019 № 199-И «Об обязательных нормативах и надбавках к нормативам достаточности капитала банков с универсальной лицензией» и Инструкции Банка России от 06.12.2017 № 183-И «Об обязательных нормативах банков с базовой лицензией» в соответствии со ст. 62 Закона о Банке России.

Кредитные организации опасаются нарушать требования о соблюдении обязательных нормативов по расчету и формированию резервов на возможные потери и РВПС, законодательства по противодействию легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма (далее — ПОД/ФТ),

<sup>8</sup> Указание Банка России от 31.05.2019 № 5158-У «Об обязательных резервных требованиях».

<sup>9</sup> Ефимова Л. Г. Банковское право. М. : Статут, 2010. Т. 1 : Банковская система Российской Федерации.

<sup>10</sup> Изъятие таким путем из оборота денежных средств снижает возможность проведения активных банковских операций.

Закона о Банке России, Закона о банках, нормативных актов, принятых Банком России в пределах своей компетенции, и иного законодательства. И это неудивительно, санкции за подобного рода нарушения довольно жесткие. Так, согласно ст. 74 Закона о Банке России в случаях нарушения кредитной организацией федеральных законов, издаваемых в соответствии с ними нормативных актов и предписаний Банка России, непредставления информации, представления неполной или недостоверной информации Банк России имеет право требовать от кредитной организации устранения выявленных нарушений, взыскивать штраф в размере до 0,1 % минимального размера уставного капитала либо ограничивать проведение кредитной организацией отдельных операций на срок до шести месяцев.

Но есть область законодательного регулирования, где кредитные организации, как представляется, не боятся ответственности за нарушения. Иначе сложно объяснить наличие большого количества жалоб потребителей (особенно заемщиков) на нарушение их прав кредитными организациями<sup>11</sup>. Однако это не значит, что Банком России не ведется работа по изменению сложившейся ситуации.

С 01.09.2013 в соответствии с ч. 1 ст. 76.1 Закона о Банке России в функции регулятора была включена защита прав и законных интересов инвесторов на финансовых рынках, страхователей, застрахованных лиц и выгодоприобретателей, признаваемых таковыми в соответствии со страховым законодательством, а также застрахованных лиц по обязательному пенсионному страхованию, вкладчиков и участников негосударственного пенсионного фонда по негосударственному пенсионному обеспечению, иных потребителей финансовых услуг (за исключением потребителей банковских услуг). Основная специфика Банка России как органа по защите прав потребителей финансовых услуг состоит в том, что это направление деятельности им будет осуществляться одновременно с иным, более традиционным направлением финансового регулирования и надзора, — обеспечением финансовой стабильности<sup>12</sup>.

В Федеральном законе от 21.12.2013 № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)» (далее — Закон о потребительском кредите), вступившем в силу 01.07.2014 и направленном на защиту прав заемщиков-потребителей предусмотрен ряд особых требований, формирование которых зависит от Банка России. Так согласно ч. 12 ст. 5 Закона о потребительском кредите табличная форма индивидуальных условий договора потребительского кредита установлена нормативным актом Банка России<sup>13</sup>. Аналогичное положение предусмотрено в отношении кредитных договоров, которые обеспечены ипотекой<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Согласно официальным данным, в 2019 г. на рассмотрение в Банк России поступило 141,6 тыс. жалоб в отношении кредитных организаций. Наибольшую долю среди жалоб на кредитные организации занимают вопросы потребительского кредитования — 39,2 % (см.: Отчет по работе с жалобами. Январь — декабрь 2019 // URL: [https://cbr.ru/Collection/Collection/File/27316/2019\\_4.pdf](https://cbr.ru/Collection/Collection/File/27316/2019_4.pdf)).

<sup>12</sup> *Гузнов А. Г.* Банк России как орган по защите прав потребителей финансовых услуг // Банковское право. 2014. № 1.

<sup>13</sup> Указание Банка России от 23.04.2014 № 3240-У «О табличной форме индивидуальных условий договора потребительского кредита (займа)» // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>14</sup> Указание Банка России от 10.12.2019 № 5350-У «О табличной форме условий кредитного договора, договора займа, которые заключены с физическим лицом в целях, не



Согласно ч. 10 ст. 6 Закона о потребительском кредите Банк России рассчитывает полную стоимость потребительского кредита, которая выступает в качестве ограничителя при определении процентной ставки для кредитной организации<sup>15</sup>. В соответствии с указанной нормой среднерыночное значение полной стоимости потребительского кредита (в процентах годовых) определяется Банком России, который в установленном им порядке<sup>16</sup> ежеквартально рассчитывает и публикует среднерыночное значение полной стоимости потребительского кредита в процентах годовых. Это значение дифференцировано по категориям потребительских кредитов, определяемым Банком России не позднее чем за 45 календарных дней до начала квартала, в котором среднерыночное значение полной стоимости потребительского кредита в процентах годовых подлежит применению (ч. 8 ст. 6 Закона о потребительском кредите).

Как нами уже было отмечено ранее, в ч. 1 ст. 76.1 Закона о Банке России законодатель формально не предоставил Банку России полномочия по защите прав потребителей банковских услуг (в том числе заемщиков). Вместе с тем в ст. 16 Закона о потребительском кредите на Банк России были возложены полномочия по надзору за соблюдением его требований. Нарушение требований Закона о потребительском кредите, как полагаем, не влечет угрозы финансовой устойчивости кредитной организации, а также не создает реальной угрозы интересам ее кредиторов и вкладчиков. Поэтому в соответствии с ч. 1 ст. 74 Закона о Банке России могут быть применены такие принудительные меры воздействия, как требование (предписание) об устранении выявленных нарушений; наложение штрафа в размере до 0,1 % минимального размера уставного капитала; ограничение на проведение кредитной организацией отдельных операций на срок до шести месяцев<sup>17</sup>.

---

связанных с осуществлением им предпринимательской деятельности, и обязательства заемщика по которым обеспечены ипотекой, перечень которых определен пунктами 1—13, 15 и 16 части 9 статьи 5 Федерального закона от 21 декабря 2013 года № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)»).

<sup>15</sup> Согласно ч. 11 ст. 6 Закона о потребительском кредите на момент заключения договора потребительского кредита полная стоимость потребительского кредита в процентах годовых не может превышать наименьшую из следующих величин: 365 % годовых или рассчитанное Банком России среднерыночное значение полной стоимости потребительского кредита в процентах годовых соответствующей категории потребительского кредита, применяемое в соответствующем календарном квартале, более чем на одну треть.

<sup>16</sup> Указание Банка России от 01.04.2019 № 5112-У «О порядке определения Банком России категорий потребительских кредитов (займов) и о порядке ежеквартального расчета и опубликования среднерыночного значения полной стоимости потребительского кредита (займа) в процентах годовых».

<sup>17</sup> Более строгие меры воздействия, предусмотренные ч. 2 ст. 74 Закона о Банке России, могут быть применены в случае неисполнения кредитной организацией в установленный срок предписаний Банка России об устранении нарушений, выявленных в ее деятельности. Теоретически в указанном случае может быть наложен штраф на кредитную организацию в размере до 1 % размера оплаченного уставного капитала (но не более 1 % минимального размера уставного капитала), направлено требование о замене руководителей кредитной организации, введен запрет на осуществление отдельных банковских операций, запрет на открытие филиала, возможен даже отзыв лицензии на

Банк России активно работает с жалобами граждан на действия кредитных организаций, а также реализует отдельные полномочия, предоставленные ему в сфере защиты прав потребителей финансовых услуг Законом о потребительском кредите. Так, в целях реализации полномочий по надзору за соблюдением его требований, было принято решение о создании Службы Банка России по защите прав потребителей и обеспечению доступности финансовых услуг (далее — Служба). На официальном сайте Банка России<sup>18</sup> имеется некоторая информация о работе Службы. В частности, там указано, что Банк России защищает интересы потребителей на финансовом рынке: следит за соблюдением финансовыми организациями обязательных условий договора, препятствует навязыванию услуг, сокрытию от клиентов существенной информации, введению их в заблуждение и др. Защита прав потребителей идет по нескольким направлениям. Первое включает в себя работу с жалобами и обращениями граждан, в том числе на действия кредитных организаций, второе — выявление Банком России практик, которые могут навредить интересам потребителей финансовых услуг. Несмотря на то, что высказывается мнение о недостаточной эффективности работы Банка России в сфере защиты прав потребителей<sup>19</sup>, полагаем, что деятельность Службы способствует минимизации дискриминационных договорных условий и количества нарушения прав потребителей банковских услуг.

Таким образом, вышеизложенное свидетельствует, что правоприменительная, правотворческая деятельность Банка России и его деятельность, направленная на разъяснение нормативных правовых актов, играют значительную роль в ограничении свободы договора в банковской деятельности при вступлении в договорные отношения как с предпринимателями, так и с потребителями банковских услуг.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Гузнов А. Г.* Банк России как орган по защите прав потребителей финансовых услуг // *Банковское право*. — 2014. — № 1.
2. *Ефимова Л. Г.* *Банковское право*. — М. : Статут, 2010. — Т. 1 : *Банковская система Российской Федерации*.
3. *Ефимова Л. Г.* *Договоры банковского вклада и банковского счета : монография*. — М. : Проспект, 2018.
4. *Митяй Е. Д., Каменева З. В.* Развитие способов защиты прав потребителей финансовых услуг в современных условиях // *Современный юрист*. — 2015. — № 4.
5. *Рождественская Т. Э., Гузнов А. Г.* *Публичное банковское право : учебник для магистров*. — М. : Проспект, 2016.

---

осуществление банковских операций. Но на практике указанные меры воздействия в отношении банков за нарушение Закона о потребительском кредите не применяются.

<sup>18</sup> URL: [https://cbr.ru/protection\\_rights/](https://cbr.ru/protection_rights/) (дата обращения: 24.05.2020).

<sup>19</sup> *Митяй Е. Д., Каменева З. В.* Развитие способов защиты прав потребителей финансовых услуг в современных условиях // *Современный юрист*. 2015. № 4.



**Дарья Николаевна  
МАРГАСКИНА,**

студент 1-го курса  
магистратуры  
Института  
частного права

Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА)

**dariamargaskina@mail.ru**  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

## МЫСЛИ О ЗАЩИТЕ ПРАВ ПОТРЕБИТЕЛЕЙ БАНКОВСКИХ УСЛУГ

**Аннотация.** В статье подробно рассмотрен ряд проблем, с которыми постоянно сталкиваются банки и их клиенты — физические лица, когда законодательство в силу различных причин оказывается не в состоянии защитить права и законные интересы потребителей. В частности, автором рассмотрена проблема применения судебными приставами-исполнителями ареста к счетам и вкладам физических лиц. Другой проблемой является приказное производство, порядок осуществления которого лишает гражданина возможности защищать свои права из-за отсутствия информации о процессуальных действиях заявителя и судьи. Автор статьи высказалась за соответствующее изменение законодательства.

**Ключевые слова:** приказное производство, перевод денежных средств, арест средств на банковском счете.

DOI: 10.17803/2311-5998.2020.72.8.220-226

**D. N. MARGASKINA,**

Master student of 1 course of the Private Law Institute  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

**dariamargaskina@mail.ru**

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### THOUGHTS ON CONSUMER PROTECTION OF BANKING SERVICES

**Abstract.** The article discusses in detail a number of problems that banks and their customers constantly face — individuals, when the legislation, for various reasons, is unable to protect the rights and legitimate interests of consumers. In particular, the author examined the problem of bailiffs executing seizure of accounts and deposits of individuals. Another problem is the order process, the implementation procedure of which deprives the citizen of the opportunity to defend his rights due to the lack of information on the procedural actions of the applicant and the judge. The author of the article favored a corresponding change in legislation.

**Keywords:** order production, money transfer, seizure of funds in a bank account.

28 ноября 2019 г. в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) в рамках XVII Международной научно-практической конференции «Кутафинские чтения» состоялось заседание секции «Банковское право», где была поднята актуальная для современной России тема: «Защита прав потребителей банковских услуг в условиях цифровизации банковской деятельности». Заседание

собрало более 45 участников, среди которых были ученые, представители Банка России, АО «Национальная система платежных карт», ГК «Агентство страхования вкладов», работники отдельных банков, практикующие юристы, студенты.

Содержание докладов было посвящено важным теоретическим и практическим проблемам банковской деятельности. В силу того, что продолжительность выступлений ограничивалась регламентом, не все участвующие, в том числе и автор данной статьи, смогли задать вопросы докладчикам, высказать свое мнение по затронутой тематике. В связи с этим полагаем возможным изложить в данной работе некоторые идеи и мысли, которые возникли в ходе изложения участниками своих тезисов.

Доклады Е. В. Куличевой<sup>1</sup> «Влияние действий третьих лиц на права потребителей банковских услуг» и А. А. Фоминой<sup>2</sup> «Проблемы применения норм налогового законодательства в отношении счетов физических лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью» были посвящены проблемам приостановления операций по счетам в банках организаций и индивидуальных предпринимателей. Такое приостановление осуществляется на основании решения руководителя (его заместителя) налогового органа в соответствии со ст. 76 Налогового кодекса РФ. В сообщениях было обращено внимание на проблемы, с которыми сталкиваются потребители банковских услуг из-за наступления юридических последствий такой блокировки денежных средств, подчеркивалось, что данный порядок неприменим к физическим лицам, не занимающимся предпринимательской деятельностью.

В этой связи представляется необходимым обозначить некоторые трудности, возникающие у граждан при столкновении с ограничением распоряжения их денежными средствами, находящимися на банковских счетах, на основании решения другого федерального органа исполнительной власти — Федеральной службы судебных приставов.

В соответствии с ч. 1 ст. 27 Федерального закона от 02.12.1990 № 391-1 «О банках и банковской деятельности»<sup>3</sup> (далее — Закон о банках) на денежные средства юридических и физических лиц, находящиеся на счетах в кредитной организации, арест может быть наложен не иначе как судом.

В гражданском процессе это возможно при удовлетворении заявления об обеспечении иска (п. 1 ч. 1 ст. 140, 141 ГПК РФ). В указанном случае суд выносит определение, которое подлежит исполнению немедленно судебным приставом в качестве меры принудительного исполнения. Порядок применения этой меры установлен ст. 428 ГПК РФ, п. 5 ч. 3 ст. 68 Федерального закона от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» (далее — Закон об исполнительном производстве). Исполнительный лист выдается взыскателю или направляется судом приставу. Решение о возбуждении исполнительного производства должно быть принято в данном случае в течение одних суток с момента поступления ис-

<sup>1</sup> Вице-президент департамента розничных продуктов ПАО «Банк Уралсиб», председатель Комитета Ассоциации российских банков по банковскому законодательству и правоприменительной практике.

<sup>2</sup> Начальник отдела правового обеспечения операций с платежными инструментами ПАО «Росбанк».

<sup>3</sup> СЗ РФ. 1996. № 6. Ст. 492.



полнительного документа в подразделение судебных приставов (ч. 10 ст. 30 Закона «Об исполнительном производстве»).

На практике, к сожалению, установленный порядок не всегда является эффективной мерой защиты прав потребителей. Например, известен пример, когда плательщик ошибочно перечислил свои денежные средства на счет жилищно-коммунальной организации, единственный счет которой был арестован судом в процессе рассмотрения спора с ресурсоснабжающей организацией. Этот арест был применен до зачисления денежных средств плательщика на счет получателя средств.

Плательщик принял решение обратиться в банк в надежде, что он отменит данные банковские операции. Однако банки являются только посредниками между плательщиком и получателем денежных средств. Их задача — исполнить платежное поручение, если банк принял его после ряда проверочных действий (ст. 864, 865 ГК РФ). Поэтому кредитная организация не несет ответственности за ошибочное перечисление средств, которое произошло по вине плательщика.

Плательщик предпринял попытку получить от банка подтверждение того, что денежные средства на счете получателя средств арестованы. Однако банк не предоставил такую информацию, сославшись на банковскую тайну.

Согласно ч. 1 ст. 26 Закона о банках под банковской тайной понимаются любые сведения, установленные кредитной организацией о своих клиентах и корреспондентах, в том числе об операциях, о счетах и вкладах. Следовательно, информация о применении ареста на денежные средства, находящиеся на банковском счете получателя средств, защищена законодательством о банковской тайне. Она может быть предоставлена только указанным в ст. 26 Закона о банках, лицам, к числу которых плательщик не относится.

Плательщик предпринял попытку воспользоваться электронными сервисами, с помощью которых можно проверить достоверность информации об аресте средств на счете получателя средств. Один из таких сервисов принадлежит ФССП России<sup>4</sup>, однако он может использоваться в процессе осуществления исполнительного производства, в ходе которого был наложен арест на денежные средства. Второй сервис принадлежит ФНС России<sup>5</sup>, который включает информацию о приостановлении операций по счетам в банках на основании решения руководителя (его заместителя) налогового органа, однако этот сервис не имеет отношения к поставленной задаче, однако, отметим, что на данном сервисе всю информацию может получить в полном объеме любое лицо. В силу этого указанные в нем сведения нельзя отнести к банковской тайне, и банки могли бы предоставлять открыто такую информацию обращающимся третьим лицам, когда они хотят на соответствующий счет перевести деньги. Однако это потребует внесения изменений в Закон о банках.

Может показаться, что для исключения ошибочных перечислений денежных средств необходимо заблаговременно проверять своих контрагентов через электронные сайты. Однако о таких возможностях рядовой потребитель, как правило, не знает. Например, информацию о существовании таких наиболее известных

<sup>4</sup> URL: <https://fssprus.ru/iss/ip>.

<sup>5</sup> URL: <https://service.nalog.ru/bi.do>.

реестров, как ЕГРН и ЕГРЮЛ, граждане узнают, непосредственно сталкиваясь с практическими проблемами, затрагивающими их права.

Кроме того, существуют особенности оформления запросов на сайте ФНС России, которые также могут вызвать затруднения. Например, физическое лицо должно как минимум знать ИНН лица, которое хочет проверить. Предположим, необходимо проверить контрагента по договору, который также является физическим лицом. Предположим даже, что такое физическое лицо имеет присвоенный ему ИНН. Однако его контрагенту вряд ли просто узнать эту информацию. Известно, что есть два способа получить такую информацию.

Во-первых, можно узнать с помощью сайта ФССП России о наличии исполнительного производства. В этом запросе не требуется ввод сведений об ИНН. Однако достаточно редко на сайте ФНС и на сайте ФССП России будет одновременно присутствовать информация в отношении одного и того же лица. В разные периоды времени на сайтах происходит удаление информации из банка данных.

Во-вторых, такую информацию можно получить на сайте ФНС России, если воспользоваться сервисом «Узнать свой ИНН». Однако это требует некоторых затрат времени со стороны заинтересованного лица. Кроме того, о такой возможности гражданин должен быть осведомлен заранее, но в большинстве случаев наблюдается обратная ситуация. Здесь параллельно изложению основной проблемы обозначим еще одну, дополнительную. Это проблема *постоянного*, а не разового — при создании сервиса и некоторое время после его введения в действие — оповещения граждан о существовании таких технических решений.

В соответствии с действующим законодательством извещенными об аресте денежных средств оказываются только банк (ст. 8 Закона «Об исполнительном производстве») и владелец счета (ч. 2 ст. 24 Закона «Об исполнительном производстве»). Должники, любые контрагенты остаются в неведении, так как они не являются лицами, участвующими в исполнительном производстве (ст. 48 Закона об исполнительном производстве).

Таким образом, обоснован вывод, что наиболее оптимальной превентивной мерой являлось бы предварительное уведомление плательщика о существовании ограничений по счету, на который он собирается перевести свои деньги. Представляется обоснованным возложить обязанность сообщать плательщику такую информацию на обслуживающий банк *перед* принятием к исполнению поручения клиента о переводе денежных средств. Речь не идет о полноценной справке о состоянии счета физического лица, которую получают уполномоченные субъекты, указанные в ч. 2 и 4 ст. 26 Закона о банках. Допустимо предоставлять информацию только о факте ареста или приостановлении операций по счету бенефициара. Предоставление такой информации должно быть предусмотрено не для всех, а лишь для тех, кто собирается направить денежные средства и только в отношении банковского счета получателя средств.

Реализация на практике этого предложения потребует внесения изменений в Закон о банках. Однако такое решение послужит необходимой гарантией от перечисления денег на заведомо неработающий счет и избавит плательщика от возможных проблем, связанных с возвратом этих средств в случае их переплаты.

Несложно представить себе реакцию потребителей банковских услуг, когда сотрудник банка произнесет слова «на счет, на который Вы собираетесь перевести

деньги, наложен арест». Может возникнуть опасение, что в хозяйственной жизни владельца счета появились какие-то ограничения, которые могут повлиять и на плательщика. Возникает оно из-за термина «арест», так как в сознании людей он всегда ассоциируется с санкцией.

После применения ареста, расходные операции по счету приостанавливаются (ч. 2 ст. 27 Закона о банках). Однако законодательство не устанавливает никаких ограничений для перечисления на «арестованный» счет новых платежей, поскольку приходные операции по счету не приостанавливаются. Представляется, что данное правило необходимо для того, чтобы сам владелец счета пополнял его. Кроме того, такая норма позволяет должникам владельца арестованного счета исполнять свои обязательства. Например, потребители ЖКУ — должники могут продолжать совершать платежи в пользу управляющей компании.

Поэтому, когда настоящий должник владельца счета при оформлении платежного поручения услышит информацию об аресте счета получателя, у него вряд ли появятся сомнения в правильности платежа в адрес бенефициара с целью погашения своих долгов. Если такие сомнения возникнут, то он обратится непосредственно к управляющей компании, которая даст ему подтверждение, что арест никак не влияет на исполнение его обязательств перед ней.

Если указанную информацию получит гражданин, который собирается перевести на счет бенефициара свои денежные средства, полагая ошибочно, что он исполняет свои обязательства, то полученная информация позволит ему воздержаться от перевода денежных средств либо задуматься, какой организации он направляет денежные средства.

Некоторые докладчики, выступившие 28.11.2019 на конференции, делали акцент на необходимости досудебного порядка разрешения споров, отмечали его как положительное явление при защите прав потребителей, при этом не затрагивали процессуальный порядок рассмотрения споров. Как справедливо отметила профессор кафедры финансового права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Т. Э. Рождественская в своем выступлении на тему «Система защиты прав потребителей финансовых услуг в Российской Федерации: публично-правовые аспекты», защита интересов конкретного человека невозможна, если система органов по их защите в целом не работает. К сожалению, есть и проблемы в судебной процедуре рассмотрения споров, связанной со взысканием денежных средств граждан.

Речь идет прежде всего о приказном производстве. Для иллюстрации практических проблем в этой области возьмем дела, связанные с налоговыми правоотношениями. Взыскание обязательных платежей и санкций в данном порядке судопроизводства регулируется двумя федеральными законами — КАС РФ (часть первая, ст. 123.1) и АПК РФ (п. 3 ст. 229.2). Рассмотрим дела, должником по которым выступает физическое лицо, не занимающееся предпринимательской деятельностью, т.е. случай, когда приказное производство осуществляется в соответствии с нормами гл. 11.1 КАС РФ.

Приказное производство — это вид упрощенного процесса, который предполагает рассмотрение дела в ускоренном порядке. Взыскатель подает в суд заявление. Законодательством установлено правило о том, что к заявлению должны быть приложены документы, позволяющие суду убедиться в получении должником копий всех документов, направленных взыскателем в суд (ч. 3 ст. 123.3 КАС РФ).

Соблюдение этого правила не дает гарантий надлежащего извещения должника о наличии открытого против него исполнительного производства в силу возможных ошибок почтовой службы<sup>6</sup>. Кроме того, получение заказного уведомления возможно только путем личной явки адресата в почтовое отделение. Вместо этого на практике почтовые уведомления нередко передаются адресатам через почтовые ящики. Причины такой практики могут быть самыми разными. В одном случае оказалось, что почтовое отделение не внесло данное уведомление в компьютер, поэтому оно автоматически стало «простым уведомлением».

Извещение о поступлении письма на имя адресата в обслуживающее почтовое отделение может быть опущено в почтовый ящик другого лица, которое такое уведомление может проигнорировать. В силу подобных ошибок настоящий должник по приказному производству может не узнать вовремя о том, что ФНС России обратилась в суд против него.

Особенностью приказного производства является то, что взыскатель и должник в суд не вызываются. Это правило лишает гражданина возможности узнать о начавшемся производстве, а если он о нем знает, то не может возражать против представленных взыскателем аргументов, так как судебное разбирательство не проводится (ч. 2 ст. 123.5 КАС РФ).

Судебный приказ выносится судьей единолично (ч. 1 ст. 123.1 КАС РФ) в течение пяти дней со дня поступления заявления в суд (ч. 1 ст. 123.5 КАС РФ). Суд исследует только то, что представил взыскатель. Если судебный приказ вынесен, то в течение трех дней его копия направляется должнику, которому дается 20 дней со дня ее направления для представления возражений относительно исполнения (ч. 3 ст. 123.5 КАС РФ).

Здесь снова возможны ошибки работников почтовой службы, о которых говорилось выше и из-за которых должник не сможет вовремя возразить с целью отмены судебного приказа (ч. 1 ст. 123.7 КАС РФ). Может быть, должник все же желает изложить свою позицию, но у него нет такой возможности. Взыскателю выдается не исполнительный лист, а второй экземпляр судебного приказа, заверенный гербовой печатью суда (ч. 1 ст. 123.8 КАС РФ), поскольку судебный приказ сам является исполнительным документом (ч. 3 ст. 123.1 КАС РФ, п. 2 ч. 1 ст. 12 Закона «Об исполнительном производстве»), который и предъявляется к исполнению.

Кроме того, такое производство содержит риски большого числа судебных ошибок, поскольку обязательные платежи и санкции могут быть исчислены неверно. Как было сказано выше, должник может не знать о том, что приказное производство в отношении него началось. Даже если он знает об этом, ему все равно необходимо ждать, вынесет ли судья приказ или откажет в его вынесении. В силу того, что судебное разбирательство не проводится, должник оказывается перед фактом списания с его счета денежных средств именно в тот момент, когда он получает вынесенное судебное постановление.

Например, доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского и административного судопроизводства Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

<sup>6</sup> О проблемах, с которыми при этом сталкиваются люди, не раз писала «Российская газета». См., например: URL: <https://rg.ru/2019/11/26/sudebnye-prikazy-porodili-massovoe-ovorovstvo-so-schetov-grazhdan.html>.

Н. А. Громошина рассказала на семинаре, как сама получила простым письмом копию судебного приказа о взыскании налога, хотя он был уплачен вовремя. Пришлось взять все квитанции, обращаться в ФНС России за разъяснениями и доказывать добросовестную уплату обязательного платежа. В результате этого вопрос о продолжении разрешения спора в суде был снят.

В случаях, когда письмо не дошло до адресата, а сроки на обжалование судебного приказа истекли, взыскатель, который получил исполнительный лист, имел возможность направить его в банк, в котором открыт банковский счет должника (ч. 1 ст. 8 Закона об исполнительном производстве). Денежные средства банк должен незамедлительно перечислить в сумму, указанной в судебном приказе, на счет взыскателя (ч. 2, 5, 7 ст. 70 Закона об исполнительном производстве).

Законодательством предусмотрена административную ответственность за неисполнение банком исполнительного документа о взыскании денежных средств с должника в виде административного штрафа. Штраф взыскивается в размере половины от денежной суммы, подлежащей взысканию с должника, но не более 1 млн рублей (ч. 2 ст. 17.14 КоАП РФ), и реализуется в порядке ст. 144 Закона об исполнительном производстве и КоАП РФ.

Получается, что банк никак не может повлиять на несправедливое списание денежных средств с банковских счетов граждан в случае их неправомерного взыскания в порядке приказного производства. Вместе с тем он является главным действующим лицом по исполнению этого судебного акта.

Законом предусмотрена только возможность обоснованно усомниться в подлинности судебного приказа, полученного непосредственно от взыскателя (его представителя), и задержать исполнение исполнительного документа, но не более чем на семь дней для проверки его подлинности. На это время происходит незамедлительное приостановление операций с денежными средствами на счетах должника в пределах суммы денежных средств, подлежащей взысканию (ч. 6 ст. 70 Закона об исполнительном производстве).

Таким образом, каждый элемент системы органов по защите прав граждан должен качественно работать, чтобы защищать права граждан. Однако так происходит не всегда. Описанные недостатки приказного производства непосредственно затрагивают права потребителей банковских услуг.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Банковское право : учебник для бакалавров / отв. ред. Л. Г. Ефимова, Д. Г. Алексеева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Проспект, 2019. — 608 с.
2. *Ефимова Л. Г.* Договоры банковского вклада и банковского счета : монография. — М. : Проспект, 2018. — 432 с.

# КНИЖНАЯ ПОЛКА КАФЕДРЫ

**Банковское право** : учебник для бакалавров / отв. ред. Л. Г. Ефимова, Д. Г. Алексева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Проспект, 2019. — 608 с.

В учебнике излагаются все темы курса банковского права, который преподается в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА). Главы учебника посвящены основным вопросам создания и функционирования банковской системы Российской Федерации и порядка осуществления банковских операций. Авторы курса уделили особое внимание не только основным теоретическим проблемам отрасли, но и наиболее актуальным вопросам правоприменительной практики.

Нормативные акты используются по состоянию на 1 января 2018 г.

Учебник рассчитан на студентов бакалавриата Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), обучающихся по направлению «Юриспруденция», аспирантов, научных и практических работников, всех, интересующихся банковским правом.



**Рождественская Т. Э., Гузнов А. Г., Ефимова Л. Г.** Частное банковское право : учебник. — М. : Проспект, 2020. — 620 с.

«Частное банковское право» является продолжением книги «Публичное банковское право» и первым в современной правовой науке учебником, посвященным исключительно вопросам гражданско-правового регулирования банковской деятельности.

Характерной особенностью учебника является акцент на темах, раскрывающих особенности функционирования банков и небанковских кредитных организаций как юридических лиц, осуществляющих особого рода деятельность — банковскую, а также на правовом регулировании банковских операций и иных сделок, осуществляемых кредитными организациями.

В учебнике отражены последние новеллы банковского законодательства, в том числе нормативные акты Банка России. По ряду вопросов представлены теоретические дискуссии, зарубежный правовой материал, судебная практика. Книга содержит контрольные вопросы по всем темам для закрепления теории и практики частного банковского права. Соответствует актуальным требованиям Федерального государственного образовательного стандарта высшего образования.

Для студентов, обучающихся по образовательным программам академического бакалавриата и магистратуры по юридическим и экономическим направлениям и специальностям, аспирантов и преподавателей юридических и экономических вузов и факультетов, а также практических работников.



# ДАЙДЖЕСТ МЕРОПРИЯТИЙ

## **Заседание секции «Защита прав потребителей банковских услуг в условиях цифровизации банковской деятельности»**

28 ноября 2019 г. в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) была проведена секция «Защита прав потребителей банковских услуг в условиях цифровизации банковской деятельности» в рамках Международной научно-практической конференции «Кутафинские чтения» Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) на тему «Права и обязанности гражданина и публичной власти: поиск баланса интересов» и XX Международной научно-практической конференции юридического факультета Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова.



Секция работала при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16203 мк «Российское и зарубежное право об использовании цифровых технологий в банковской деятельности и практика его применения: сравнительно-правовой аспект».

В работе секции приняли участие более 50 участников. С докладами выступили более 20 участников.

Шамиль Шагабанович Узденов, кандидат юридических наук, заведующий кафедрой банковского права и финансово-правовых дисциплин юридического факультета имени М. М. Сперанского Института права и национальной безопасности Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, выступил с докладом

на тему: «О сближении правового регулирования прав потребителей финансовых услуг банков и микрофинансовых компаний».

Людмила Георгиевна Ефимова, заведующий кафедрой банковского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, представила доклад «Правовой механизм возмещения убытков от несанкционированного перевода денежных средств с использованием электронных средств платежа».

Елизавета Борисовна Лаутс, доцент кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова, кандидат юридических наук, выступила с докладом «Правовые вопросы поведенческого банковского надзора в сфере защиты прав потребителей банковских услуг в условиях внедрения цифровых технологий».

Интересным был доклад Алексея Владимировича Чиркова, начальника Управления регулирования Службы по защите прав потребителей и обеспечению доступности банковских услуг Центрального банка РФ, кандидата юридических наук, на тему «Некоторые вопросы защиты прав потребителей в условиях развития финансовых технологий».



## Конференция «Рынок банковских услуг в условиях “коронакризиса”: вопросы права»

23 апреля 2020 г. с использованием технологии ZOOM была организована и проведена онлайн-конференция «Рынок банковских услуг в условиях “коронакризиса”: вопросы права».

Организаторами конференции являлись кафедра банковского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кафедра предпринимательского права юридического факультета Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова, Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации, Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации.

В рамках конференции были организованы три дискуссии.

Дискуссия № 1 прошла на тему «“Коронакризис” и обеспечение стабильности рынка банковских услуг: вопросы права». Вступительный доклад был сделан Елизаветой Борисовной Лаутс, доцентом кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова, кандидатом юридических наук. Тема сообщения: «Правовое обеспечение мер поддержки рынка банковских услуг в условиях “коронакризиса”».

В дискуссии № 2 «Новые технологии и дистанционные банковские услуги в условиях “коронакризиса”: вопросы права» со вступительным докладом выступила Людмила Георгиевна Ефимова, заведующий кафедрой банковского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор. Тема





сообщения: «Особенности исполнения банковских договоров с использованием цифровых технологий в условиях коронавирусной инфекции» (исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16203 «Российское и зарубежное право об использовании цифровых технологий в банковской деятельности и практика его применения: сравнительно-правовой аспект»).

Л. Г. Ефимова проанализировала подготовленный Президиумом Верховного Суда РФ Обзор практики от 21 апреля 2020 г. и отметила, что коронавирус может квалифицироваться как обстоятельство непреодолимой силы, как существенное изменение обстоятельств,

из которых стороны исходили при заключении договора. Однако в отношении кредитных договоров, по мнению докладчика, коронавирус не может приводить ни к юридической, ни к фактической невозможности исполнения. Людмила Георгиевна также обозначила особенности исполнения банковских договоров с использованием цифровых технологий, что особенно важно с учетом характера настоящего кризиса.

В рамках этой дискуссии были рассмотрены следующие вопросы:

- обеспечение баланса прав клиентов и банков при исполнении банковских договоров с использованием цифровых технологий;
- правовые проблемы, связанные со сроками исполнения банковских договоров в условиях «коронакризиса»;
- форс-мажор в банковской сфере — миф или реальность в условиях «коронакризиса»;
- развитие новых технологий в банковской сфере как ключевая антикризисная мера в условиях «коронакризиса».

Тема дискуссии № 3 — «Рынок банковских услуг как проводник антикризисной политики государства: правовые вопросы». Вступительный доклад представила Ольга Александровна Тарасенко, профессор кафедры предпринимательского и корпоративного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, доцент. Тема сообщения: «Потенциал кредитных организаций по поддержке клиентуры в условиях пандемии коронавирусной инфекции».

### **Третий Международный юридический онлайн-форум «Современные проблемы права и экономики в Европе и Азии»**

14—15 сентября 2020 г. сотрудники кафедры банковского права приняли участие в работе Третьего Международного юридического онлайн-форума «Современные проблемы права и экономики в Европе и Азии», который проходил в смешанном режиме в помещении Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), с использованием технологии ZOOM.

В рамках панельной дискуссии № 1 «Проблемы взаимной интеграции российского и французского законодательства: компаративный аспект» выступи-

ла Людмила Георгиевна Ефимова, заведующий кафедрой банковского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, с докладом «Токен как виртуальный объект гражданского права».

В рамках панельной дискуссии № 2 «Евразийский экономический союз, Китай и Индия: перспективы правового и экономического сотрудничества в условиях правовой интеграции» выступила Ирина Евгеньевна Михеева, заместитель заведующего кафедрой банковского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, доцент, с докладом «Выдача цифровых банковских гарантий по праву России и Республики Беларусь в свете принципа добросовестности: сравнительно-правовой аспект».

В рамках панельной дискуссии № 5 «Влияние правовых инноваций на финансовые экосистемы: сравнительно-правовые исследования» выступила Людмила Георгиевна Ефимова, заведующий кафедрой банковского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, с докладом «Применение технологии распределенного реестра для расчетов аккредитивами».



## Международный правовой банковский форум

24—25 сентября 2020 г. в г. Самаре кафедра банковского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) участвовала в Международном банковском форуме, который был организован Поволжским банком Сбербанка России и кафедрой гражданского процессуального и предпринимательского права Самарского национального исследовательского университета имени академика С. П. Королева (Самарского университета).

Конференция проходила в смешанном режиме.

От кафедры банковского права на конференции выступили (дистанционно):

- Людмила Георгиевна Ефимова, заведующий кафедрой банковского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор (тема доклада: «Виды правоотношений на платформе блокчейн»);
- Елена Георгиевна Хоменко, профессор кафедры банковского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук (тема доклада: «О “виртуализации” платежных услуг в национальной платежной системе России»);
- Юлия Владимировна Лысова, доцент кафедры банковского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук (тема доклада: «Определение отраслевой принадлежности правового статуса кредитных организаций как основа для разрешения практических коллизий»).

### Шарль Коклен **СТАРИННЫЕ БАНКИ**<sup>1</sup> (Извлечение)

**П**ервый банк, о котором упоминает история, был Венецианский, учрежденный около половины XII столетия. Андерсон в своей «Истории торговли» относит время учреждения его к 1175 году; другие указывают на 1171 год. Старинный писатель Клерак, адвокат в Бордо, писавший в 1657 году, который, как кажется, имел самые достоверные сведения, утверждает, что в Венеции было три банка, или лучше три учреждения, составлявшие все вместе один и тот же банк, а именно: *Монте-Веккио*, основанный около 1156 года, в правление дожа Михаила Витали, *Монте-Ново*, учрежденный в 1380, и *Монте-Новиссимо*, получивший свое начало в правление дожа Леонардо Лоредано в 1410 году. Соединение этих трех банков, говорит Клерак, и было названо *Венецианским банком*.

По словам того же писателя, учреждение каждого из этих трех банков было финансовым средством, употребленным правительством для удовлетворения некоторых настоятельных нужд государства. В правление дожа Михаила Витали республика, изнуренная войной, которую вела с Византией, прибегла к принудительному займу у богатых граждан. Заем был сделан посредством установления ренты, на уплату которой ассигновали доходы с государственных имуществ. Кредиторы государства образовали палату, составившую первый зародыш банка, первоначальным капиталом которого была государственная рента. *Монте-Ново*, по словам того же Клерака, был основан для поддержания Феррарской войны, а *Монте-Новиссимо* — для восстановления финансов республики, расстроенных войной, продолжавшейся семь лет.

Трудно себе представить, каким образом три различных учреждения могли составить один и тот же банк. Во всяком случае всё относящееся до возникновения и первых дней Венецианского банка весьма темно. Известно только, что первоначальное устройство его было изменено в 1857 году эдиктом, по которому он в то же время получил от государства капитал в 5 миллионов дукатов, который считался в долгу за банком, но по которому банк не платил процентов.

Касательно же операций Венецианского банка можно сказать, что они были почти одинаковы со всеми сохранными банками (депозитными), учреждавшимися впоследствии. Они принимали вклады от частных лиц и соразмерно этим вкладам открывали последним кредит в своих книгах. Этот кредит передавался от одного лица к другому посредством уступки и трансферта по книгам; это называлось взаимным переводом векселей. Впрочем, кажется, что и до учреждения банка в Венеции производились платежи таким же образом, подобно тому, как впоследствии это делалось в Лионе. Достоверно можно сказать только то,

<sup>1</sup> Коклен Ш. Старинные банки // Ш. Коклен. О кредите и о банках. СПб. : Изд. товарищества «Общественная польза», 1861. С. 42—68.

что банк доставил этим операциям новые гарантии и придал им более обширное употребление.

«Относительно большей части банков, основанных наподобие Венецианского, можно вообще заметить, — говорит г. Галле, — что до конца XVI столетия они не были частными предприятиями, но учреждениями государственными или муниципальными (городскими и основанными, управляемыми и часто ссужаемыми государством или городом, в котором они находились); им были предоставлены привилегии или монополии, в силу которых известного рода операции не могли производиться без их участия; и наконец, что при основании их учреждалась для них мнимая или условная монета, имевшая определенную ценность и большей частью превосходившая нарицательной ценой ходячую монету, посредством которой производились уплаты, прием капиталов и счета по курсу, часто менявшемуся».

Здесь может родиться вопрос, почему большая часть учреждавшихся в то время банков усваивали себе мнимую монету? Вопрос этот легко объясняется, если примем в соображение, что подделка монеты в большей части европейских государств считалась обыкновенным финансовым средством и что республики, в которых учреждались банки, хотя и были ограждены от этого злоупотребления относительным достоинством своей администрации, не были защищены от наводнения поддельных иностранных монет, производивших потрясения в их торговых оборотах. Для придания торговым операциям более прочного основания в банках стали употреблять идеальную монету, не подвергавшуюся никакой подделке. При приеме серебряной и золотой монеты в кассу одного из банков последний перелагал ее, конечно, после произведенной пробы для узнавания заключавшегося в ней количества чистого металла, на избранную им идеальную монету, придавая первой, для большей безопасности, ценность, меньшую той, которую она имела в действительности.

Замена ходячей монеты идеальной есть, может быть, самая важная заслуга, которую оказали старинные депозитные банки. Этим по крайней мере они придали большую верность коммерческим сделкам и одарили торговые города кредитом относительно гораздо большим того, который существовал в других местах. Прибавим к тому, что, дав возможность торговцам производить платежи и выдачи посредством простых надписей, они освободили их, в некоторой степени, от затруднений и расходов, с которыми обыкновенно сопряжены употребление и перевозка звонкой монеты. Но они не исполнили вполне тех существенных обязанностей, которые мы возлагаем на банки в наше время. Может быть, время не благоприятствовало еще выполнению подобной задачи. Но надо сказать также, что учреждения, основанные общественной властью и ограниченные ею, не были в состоянии исполнить ее.

Венецианский банк существовал до 1797 года, когда он пал под ударами завоевания вместе с республикой, учредившей его.

Придерживаясь хронологического порядка, после Венецианского банка мы находим Барселонский, основанный, как кажется, в конце XIV столетия, под гарантией муниципальных властей этого города. Но так как это учреждение, не представлявшее никаких особенностей, не играло большой роли в торговом мире, то мы не станем останавливаться на нем.





Палаццо Сан-Джорджо, где помещалось правление банка св. Георгия

Почти при тех же самых обстоятельствах, в которых находилась в XII веке Венецианская республика, в 1107 году был основан в Генуе банк, названный банком святого Георгия.

Основной капитал его состоял также из государственного долга частным лицам, для обеспечения которого ему отдан был остров Корсика и некоторые другие имения. Учрежденный наподобие Венецианского банка, он, как и последний, получал вклады и таким же образом производил платежи частных лиц. Управление им было поручено восьми директорам, избравшимся из среды участников. Он также имел свою особенную монету, стоимость которой превышала на 15 % ходячую монету.

Однако ж внутренняя и внешняя войны, которым постоянно подвергалась Генуэзская республика, заставляли последнюю часто прибегать к займам, и банк св. Георгия был так часто призываем к посредничеству в этих операциях, что может быть назван скорее кассой государствен-

ных займов, чем торговым учреждением. Ограбленный в 1740 году австрийцами, он прекратил свои платежи, но идеальная монета, на которую велись его счета, осталась в употреблении, изменив только название: вместо *valuta di banco*, она стала называться *valuta di permesso*.

Амстердамский банк, основанный 31 января 1609 года, почти на тех же самых началах, ограничивался довольно строго, по крайней мере в продолжение большей части своего существования, одними торговыми операциями. Он находился под покровительством города и под властью бургомистров. Хотя он основан позже, по своим торговым значениям превосходил все поименованные нами выше банки и был самым значительным из всех существовавших в то время банков. Одним из государственных статутов было постановлено, что все векселя в 600 флоринов и выше должны быть уплачиваемы *банковской* монетой (*бансо*). Мера строгая, значительно способствовавшая всеобщему распространению в стране употребления банковской монеты. Вскоре он сделался депозитной и сберегательной кассой города и соседних провинций, хотя и не исполнял главных обязанностей настоящей сберегательной кассы, т.е. не платил процентов на вверенные ему вклады. Он выдавал своим вкладчикам свидетельства, которые можно было передавать с платежом незначительной пошлины. Частные лица, вверившие ему свои капиталы, могли вынимать их, платя проценты пошлины за сохранение.

Он принимал звонкую монету только с вычетом 5 %, что объясняет, почему банковская монета имела всегда в обращении ценность немного большую, нежели звонкая монета. Банк открывал новые счета только с платежом премии в 18 флоринов. Город Амстердам ручался за неприкосновенность вкладов, которые долгое время банк сохранял в целостности.

По-видимому, кроме коммерческих выгод, которые имелись в виду при учреждении депозитных банков, во многих городах, где они были основаны, предполагали обратить их в источник государственных доходов. Во-первых, это можно предполагать из того довольно странного постановления, по которому торговцы

были обязаны производить некоторые уплаты непременно банковской монетой. Между прочим, положительно известно, что многие из этих учреждений доставили городам, в которых они находились, довольно значительные выгоды. Адам Смит подтверждает это предположение касательно Амстердамского банка, следующими словами: «Банк доставляет городу Амстердаму значительный доход, независимо от платимой ему пошлины за складку товаров.

Всякий, кто открывает первый счет в банке, платит ему за то 18 флоринов и 33 флорина 3 стиверса за возобновление последующих счетов; он платит также 2 стиверса за каждый трансферт в книгах и 6 стиверсов, если трансферт составляет сумму менее 300 флоринов. Тот, кто не производит баланс своих счетов два раза в год, подвергается штрафу в 25 флоринов. Тот, кто переводит деньги на сумму, большую той, которая обозначена в книгах, получает отказ и платит штраф в 3 % с превышающей суммы. Полагают также, что банк получает большие выгоды от продажи иностранной монеты и слитков, которые, вследствие истечения срока, в росписях остаются у него, и которые он удерживает у себя для того, чтоб продать их с наибольшей выгодой; он извлекает еще выгоду от продажи банковской монеты с 5 % лажа и покупки ее с 4 % лажа».

Адам Смит полагает, что эти доходы были случайны, что их не предвидели при основании банка и что потому они не имели никакого значения в побудительных причинах его основания. Касательно Амстердамского банка это возможно, хотя сомнительно; но в устройстве Нюрнбергского банка, основанного несколько лет спустя, в 1621 году, ясно обнаруживается намерение получать таким способом прибыль. В Нюрнберgere все роды товаров, превышающих сумму 200 флоринов, и векселя свыше 50 флоринов должны были уплачиваться в банк, под условием штрафа 10 % с суммы сделки. Между прочим, платилось 3 крейцера за каждые сто флоринов, *уплаченных* или *полученных* в банке. Это еще не все. Иностранцам было позволено покупать товары на сумму свыше 200 флоринов и платить за них звонкой монетой; но, когда те же самые иностранцы продавали туземцам, последним было дозволено вычитывать из всей продажной суммы 3 крейцера с каждой сотни флоринов для уплаты банку и уплачивать ему вдвойне, так как в этом случае подобная сумма требовалась с обеих сторон. Но все эти злоупотребительные ограничения не существовали в Венецианском банке, где все сделки производились бесплатно.

Хотя Амстердамский банк долгое время верно сохранял вверенные ему вклады, но, наконец, отказался от своей системы.

Известно, что Голландия два раза была занимаема французскими войсками. В первый раз (это было в царствование Людовика XIV, в 1627 году), когда торговля потребовала возвращения фондов из банка, вклады оказались нетронутыми. На монетах найдены были даже следы пожара, случившегося в скором времени после основания этого учреждения и уничтожившего часть городской ратуши; а это доказывало, что капиталы все время оставались без перемещения. Но во второй



В здании ратуши в 1609 году располагался Амстердамский банк (Питер Янс Санредам, 1657)



раз (во Французскую революцию) банк не был в состоянии возратить все свои вклады и, к общему удивлению, оказалось, что директора дали 24 000 000 франков в ссуду штатам Голландии и Фрисландии. С этой поры Амстердамский банк потерял кредит, который впоследствии никогда не мог уже возратить вполне. В 1814 году он был заменен банком нового устройства вроде Лондонского и Парижского.

Если бы Гамбургский банк, основанный в 1619 году, представлял какие-нибудь характеристические особенности, нам было бы легко, и столь же поучительно, изложить его историю, которая известна до малейших подробностей благодаря сочинению Бюша (сочинение это переведено на французский язык: *La Banque de Hambourg, rendue facile*). Но этот банк не отличался ничем существенным от названных нами: действия его ограничивались теми же оборотами, которые он производил теми же способами. Можно к чести этого банка, или скорее к чести города, основавшего его и покровительствовавшего ему, сказать, что он никогда не стремился увеличить свою прибыль в ущерб торговле и всегда имел хорошее управление. Поэтому и кредит его, подвергавшийся колебаниям вследствие посторонних причин, как, например, подделки монет князьями Германской империи или вследствие занятия страны иностранными войсками, постоянно возвышался после подобных кризисов. Это, впрочем, единственный из старинных депозитных банков, который продолжал существовать до наших дней.

Роттердамский банк, основанный 18 августа 1635 года, был также, почти во всех отношениях, сходен с Амстердамским. Единственное достойное внимания различие состояло в том, что этот банк позволял негодьям вести счета с ним банковской монетой или звонкой, по желанию. Когда сделки производились на звонкую монету, плата, взимаемая банком, была выше, так что такой способ был невыгоден. Но банковские билеты были предназначены к уплате по иностранным векселям на Роттердам, тогда как звонкая монета служила для уплаты векселей города за границей.

Из всех старинных банков особенного внимания заслуживает Стокгольмский. Вольтер, в своей *«Истории Карла XII»*, не совсем основательно утверждает, что

это самый древний банк в Европе. На самом же деле он основан в 1668 году, т.е. позднее Амстердамского и Гамбургского, и гораздо позже Генуэзского и Венецианского банков; но особенно важно то, что он первый ввел в употребление банковские билеты. «Расписки, — говорит г. Готье, — выдаваемые Стокгольмским банком негодьям, помещавшим в нем свои вклады, обращались действительно во всей Швеции наравне с звонкой монетой; они принимались при уплатах за всякие товары, и даже, со времени эдикта 11 января 1726 года, для платежей по векселям».

Что еще замечательнее, и о чем г. Готье не упоминает, это то, что Стокгольмский банк был, кажется, первым образцом учреждения поземельного кредита, который распространен теперь в большей части Германии.

Действительно, говорят некоторые иностранные писатели, это был ломбард, т.е. учреждение, выдающее ссуды под залог; но ломбард, в котором вместо драгоценных ве-



Стокгольмский банк. Фрагмент с литографии в издании Эрика Дальберга «Швеция античная и современная»

щей принимались в залог недвижимые имущества, до трех четвертей их ценности. Правда, ссуды производились и под залог золота и серебра и других товаров, не подверженных порче, но все-таки производство ссуд под залог недвижимых имений было общим правилом. Мало того, немного позднее, в 1752 году, когда с ужасом было замечено, что бóльшая часть недвижимых имуществ поступила, вследствие отчуждения или выкупа, во владение банка, который угрожал таким образом через несколько веков сделаться единственным землевладельцем в государстве, было постановлено, что с 1754 года землевладельцы, должники банка, могли уплачивать ему свои долги мало-помалу, выдавая, кроме процентов, ежегодную премию в 5 % до погашения долга. В этом заключаются основные начала учреждения поземельного кредита. Но данные, которые мы имеем об операциях Стокгольмского банка, слишком неполны, чтоб можно было себе составить понятие о характере этого учреждения.

До сих пор, как видно из предыдущего, круг действий коммерческих банков был очень ограничен. Банки не стремились к развитию кредита, они не производили ни учета векселей, ни ссуд наличными деньгами, ни выпуска билетов; вся деятельность их состояла в облегчении частным лицам платежей посредством простых надписей и без передачи звонкой монеты.

Из этого нельзя заключить, что обращение билетов было неизвестно в то время; можно положительно сказать, что обращение их было принято в Венеции еще в XV столетии; но Республика испугалась внезапного исчезновения монеты, что было необходимым следствием появления билетов, и так как она в то время вела отдаленные войны, требовавшие значительных сумм звонкой монеты, то поспешила снова привлечь звонкую монету, запретив решительно всякие платежи билетами. С тех пор эта попытка не была нигде возобновляема, по крайней мере постоянным и правильным образом.

Удивительно, что такие промышленные и торговые города, как Венеция, Амстердам и Гамбург, не шли вперед на этом обильном поприще, на которое они вступили: что они остановились, так сказать, у преддверия кредита, не стараясь в него проникнуть. Оставалось сделать один шаг.

Вклады в банках возрастали до значительных сумм; легко было бы понять всю выгоду, которую можно было извлечь из этих праздных ценностей, пустив их в обращение иным путем. Наконец, это можно было бы сделать без всяких опасений, если б банки позаботились предварительно собрать свой собственный резервный капитал, который мог бы служить обеспечением для вкладчиков. Тем более, что опыт доказал, что вклады долго лежали в кассах и вынимались только небольшими суммами, тотчас же замещавшимися другими вкладами; довольно было бы держать постоянно в кассах сумму денег, достаточную для удовлетворения всех случайных требований. Остальная сумма, составляя действительный излишек, совершенно безопасно могла быть возвращена торговле посредством учета векселей.

Таким образом банки, вступив на поприще кредита, увеличили бы средство обращения. Этот первый шаг повел бы их к другому выпуску банковских билетов, который находится в тесной связи с учетом, и тогда банки, без усилий, стали бы на ту точку, которую они достигли в наше время. Странно кажется, как эта мысль не пришла в голову искусным негоциантам, которых было такое множество в зна-



чительных городах; или, вернее сказать, если эта мысль приходила им на ум, что мы вправе предполагать, почему они не подумали серьезно об осуществлении ее. Это легко объясняется. Надобно, во-первых, припомнить, что повсюду, где существовали старинные банки, вклады принимались не иначе, как с разрешения города или правительства, которые таким образом делались поручителями. Предполагать этими вкладами, даже с похвальной целью и с достаточным ручательством, было бы в некотором отношении злоупотреблять общественным доверием. Что было прилично для общества, состоящего из частных лиц, и закона, не годилось бы общественным властям, бороться с которыми не так легко. К тому же мы видели, что такая система потребовала бы предварительного устройства запасного капитала, иначе возможность несостоятельности, возбуждая опасения вкладчиков, заставляла бы их вынимать преждевременно свои вклады, а общественные власти не могли и подумать подчинить себя такому обязательству. Была еще другая причина. Вначале депозитные банки были учреждены для производства посредством взаимных переводов векселей, платежей по всем долгам неограниченных между собой. Кроме того, в некоторых городах они имели в виду установление монеты идеальной, не подверженной никаким изменениям под именем банковской. В эпоху, когда подделки монеты, столь частые во многих европейских государствах, беспрестанно производили беспорядок в коммерческих сношениях, торговые республики старались избежать бедственных последствий подобного злоупотребления, вводя вместо звонкой монеты, подверженной изменениям, идеальную монету, никогда не изменяющуюся. Отсюда и проистекает образование общественных касс, куда приносилась звонкая монета и где она принималась по своей внутренней ценности, т.е. количеству заключавшегося в ней чистого золота и серебра, — отсюда и предложение ввести идеальную монету, называвшуюся банковской монетой; отсюда, наконец, правило производить платежи посредством передачи кредитных знаков или простых надписей, во избежание столь опасного в то время употребления звонкой монеты. Понятно, что если бы банки тотчас же пускали в обращение, в виде ссуд, деньги, получаемые ими в виде вкладов, то главная цель их учреждения не была бы достигнута. Но как бы ни был ограничен круг операций тогдашних банков, они принесли, несомненно, много пользы в свое время. В эпоху, когда монеты повсюду подделывались, к большому ущербу частных лиц и в особенности торговле, много терпевшей от того, очень важно было установить около себя употребление постоянной и не меняющейся в своей ценности монеты; этим не только торговля предохранялась от действительных потерь, причиняемых ей подделкой монеты, но и восстанавливались безопасность и доверие, колебавшиеся от одного только опасения в возможности подделки монеты. Посредством этого банки действительно давали своим городам относительно большой кредит. Важно было и доставляемое ими удобство: производилась все платежи посредством удобного и легкого трансферта; этим они много способствовали к упрочению и развитию в этих городах торговой деятельности. Но впоследствии, когда жалкая мера подделки монеты была оставлена всеми европейскими правительствами, польза этих банков уменьшилась; при настоящих отношениях и нуждах они не имели бы никакого значения.

Только с основания Английского банка начинается новая эра другого рода кредитных учреждений, которые можно назвать *новыми банками*.

## Лондонский банк и частные банки

Английский банк основан штатгальтером Голландии, вступившим на престол Англии под именем Вильгельма III, и устроен по образцу Голландского банка. Но, сколько известно, план был составлен шотландским дворянином Вильямом Паттерсоном. Без сомнения, во многом он был составлен по образцу существовавших уже до него банков; однако ж он с самого начала уклонился от правил, которым до тех пор следовали. На самом деле нельзя сказать положительно, что до него другие банки не делали подобных операций; известно только то, что самые важные из них, как, например, выпуск в обращение билетов, хотя и существовал, но только в виде отдельных попыток; между тем как он постоянно занимался выпуском билетов. Вследствие этого он сделался образцом подобного рода учреждений, которые впоследствии распространились повсеместно.

Время основания его относится к XVII веку. Парламентский акт разрешил открыть подписку в 1 200 000 фунтов стерлингов (7 500 000 руб.), которая и была окончена в десять дней. Вскоре после того вышел акт об учреждении банка, которому были предоставлены все привилегии корпорации; хартия об учреждении этого банка дана 27 июля 1694 года. В силу этой хартии банку было дозволено торговать всевозможными билетами или коммерческими бумагами, как, например, векселями, также золотом и серебром в монете или слитках и проч., принимать в залог всякого рода товары, выдавать произведения, получаемые с заложенных земель, производить ссуды правительству, но предварительно получив на это разрешение палат, которые в этом случае должны были заботиться об уплате процентов; наконец, выдавать предъявителю векселя, уплачиваемые по предъявлении и на предъявителя, но только не свыше всей суммы основного его капитала, только в том случае разве, когда парламентский акт позволит ему увеличить выпуск билетов. Таким образом, Английский банк с того же времени



Английский банк



соединил в себе все таковые условия коммерческих банков; но другая статья акта с самого начала изменила его условие.

В силу этой статьи банк обязывался взамен данных ему привилегий передать правительству весь свой капитал в виде займа. Лучше сказать, взнос этого капитала в казну предшествовал учреждению банка, и так как финансы государства находились в плохом состоянии, то это и было главной причиной дарования ему подобных привилегий. Таким образом, для коммерческих оборотов у него остался только безвозвратный долг на правительстве и годовой доход в 96 000 фунтов стерлингов, как проценты с долга, считая по 8 на 100, и 4 000 фунтов стерлингов, которые были ассигнованы на уплаты издержек банка по сношениям его с *Шахматной доской*, или Государственным казначейством, всего 100 000 фунтов стерлингов (625 000 руб.). С этим-то незначительным доходом, при отсутствии всякого свободного капитала, он был принужден начать выпуск билетов и положить основание тому колоссальному кредиту, к которому он с тех пор постоянно стремился. Он неуклонно шел к положенной себе цели и всем известен результат его стремлений<sup>2</sup>.

Однако, несмотря на этот факт, мы все-таки скажем, что эта более чем смелая попытка не должна была иметь подобный успех. Под теми условиями, под которыми находился Английский банк, он должен был или погибнуть, или пуститься в менее обширные операции, которыми довольствовались до тех пор остальные банки. Выпуск в обращение билетов подвергал его большой опасности, потому что он не имел в запасе капитала, который бы мог убедить публику в прочности банка. Поэтому развитие его вначале было медленно и трудно. В продолжении шестнадцати лет ему стоило страшных усилий бороться против справедливых предубеждений публики. В 1696 году, во время переливки монеты, он находился в гибельном положении, так что был вынужден приостановить платежи по своим билетам. Несмотря на закон, придававший бумагам его обязательный курс, билеты его упали на 20 процентов; печальное доказательство преждевременной дряхлости; первый признак расстройства, предсказывавший ему, по-видимому, самый несчастный исход. Однако ж благодаря редкой твердости и постоянному покровительству парламента, он удержался в этих критических обстоятельствах. Но, продолжая с тех пор по-прежнему постоянно давать займы правительству весь свой капитал, по мере того, как он его увеличивал новыми подписками на акции, и постоянно развивая свое честолюбие, по мере увеличения своего номинального богатства, и находясь всегда в одинаковой бедности или лишенный постоянно действительных средств, он шел над бездной, которая, судя по законам логики, рано или поздно должна была поглотить его. Особенное обстоятельство, никем не предвиденное и никем не понятое вначале, неожиданно является к нему на помощь и определяет участь его.

В 1708 году парламент издал акт, которым в Англии и в Уэльсе воспрещалось производить банковскую торговлю и выпуск билетов всяким обществам, состоящим более чем из шести членов, кроме Английского банка. Это постановление, с одной стороны, довольно странное, произвело замечательное действие: оно

<sup>2</sup> По всей вероятности, Венецианский банк принужден был отказаться от выпуска билетов, потому что находился в подобном положении.

создало в Англии совершенно особую систему. Хотя, без сомнения, система эта ошибочна, но, несмотря на все это, она не была лишена некоторой основательности и гармонии с делом. Вся страна покрылась малыми банками, пользовавшимися всеми правами больших банков, но которые состояли не более как из шести членов. Эти-то банки и называются в Англии *частными банками* (private banks); конечно, учреждения эти вообще значительнее наших частных банкирских домов, но далеко уступают обществам. Эти частные банки, как мы только что видели, пользовались по закону правом выпускать билеты, уплачиваемые по предъявлению и на предъявителя; но на деле право это не приносило почти никакой пользы. Есть ли вероятность пустить в оборот билеты, выданные такими незначительными учреждениями? Чтоб помочь этому недостатку, они обратились к привилегированному банку, с которым их связывало нечто вроде круговой поруки.

Они приступили, таким образом, к учету векселей; но вместо того, чтоб уплачивать своими собственными билетами, они чаще всего занимали билеты у Центрального банка, которому взамен их передавали или все, или некоторую часть полученных ими векселей.

Отсюда произошла в одно и то же время смешанная и сложная система, в которой были разделены операции, долженствовавшие быть неразрывно связанными; на долю частных банков выпал учет, на долю Центрального банка — выпуск билетов. Первые давали последнему заем свои денежные средства, которые в совокупности были значительны, и этим придали ему прочность, которую, в сущности, сам по себе он не имел: в свою очередь, они получили право выпуска его билетов, которого прежде не имели и которым пользовались только, по-видимому. Принужденные употреблять при учетах своих билеты Английского банка, они должны были для собственной выгоды поддерживать обращение их в своих округах, как будто они составляли их собственные билеты, и на деле они постоянно уплачивали все предъявляемые им билеты Главного банка и часто в минуты кризиса брали на себя пред публикой формальное обязательство в том. Таким образом, они становились добровольными вспомогательными банками привилегированного банка, частными конторами, помогавшими главной конторе, и тем поддерживали его во время ослабления. Благодаря этой-то неожиданной поддержке, на которую не рассчитывали учредители, Английский банк удержался с таким блеском, несмотря на слишком очевидные недостатки в своем первоначальном устройстве, на всеми признанную недостаточность средств и постоянную непрочность своего могущества.

Чего не говорили о его удивительном успехе? Сколько гигантских планов возбуждал этот пример? Сколько нелепых теорий породил он? При виде этого учреждения, лишенного всякого наличного капитала, владеющего только одними процентами, одной рукой поддерживающего кредит государства, другой управляющего самым обширным обращением билетов, какого не имел ни один банк, каждый бы составил себе самые несбыточные предположения. Одни думали, что ему сто́ит только захотеть, чтобы наводнить всю публику бумагой, заменяющей звонкую монету, и открыть, таким образом, для каждого, без всяких усилий и забот с его стороны, неисчерпаемый источник богатства. Другие, более умеренные, были в главных основах того мнения, что только одно правительство имеет право пополнять бумагой все недоимки своих касс, конечно, не выходя за известные



пределы. Многие также, рассматривая эти блистательные химеры с противной точки зрения, видели в Английском банке одно лишь чудовищное учреждение, которому неоднократно предсказывали падение. Но все эти предположения снова перемешались, когда увидели, что тот же банк после векового существования в 1797 году прекратил размен своих бумаг на звонкую монету, что и продолжал делать без значительной для себя потери в продолжении более двадцати двух лет; это не возбудило бы такого удивления и не подало бы повода к ложным предсказаниям его, если бы срок этот был исследован во всей подробности. Вместо того, чтоб рассматривать банк отдельно, следовало бы взять его со всем его причетом, со всеми бесчисленными спутниками. Следовало бы также взять в расчет не только его собственные средства, но и все средства, которые хранились для него в частных банках, тогда бы можно было найти объяснение этому явлению и ясно увидеть настоящее основание колосса, и чудесность его исчезла бы.

Но все это не составляет еще нормального развития кредита. Несмотря на поддержку со стороны правительства, богатство которого в настоящее время тесно связано с благосостоянием банка, несмотря на все уменьше, выказываемое им в опасном положении, в котором он находится, несмотря на помощь, доставляемую ему частными банками, можно утвердительно сказать, что Лондонский банк не мог бы существовать во всякой другой стране, менее спокойной, чем Англия, или более ее подверженной вторжениям неприятелей. Все содействовало к предохранению его от гибели, которая при худой организации его казалась неизбежною. Нельзя также сказать, чтоб устройство частных банков было бы совершенно безукоризненно. Получив при учреждении своем слишком малые размеры для того, чтоб с успехом выпускать в оборот свои билеты, но, имея дозволение законом и по необходимости принужденные предпринять подобного рода операции, они часто испытывали ужасные бедствия. За то Англия, подчиняясь этому порядку, часто дорого платила за пользование неоспоримыми благодеяниями коммерческого кредита. Поэтому-то лорд Ливерпуль, первый лорд Казначейства, и г. Робинсон, канцлер Государственного казначейства, справедливо сказали в официальном акте, представленном ими в 1828 году во время изменения этого порядка, что английские законы дозволяли все роды коммерческих банков, исключая тот, который предоставлял наиболее условий прочности и обеспечения.

Оставив, однако, в стороне все условия прочности и обеспечения, можно положительно сказать, что ни Лондонский банк, ни частные банки не развили вполне учреждения коммерческого кредита: честь этого развития принадлежит шотландским банкам.

### **Банки в Шотландии и Соединенных Штатах**

Спустя год после основания Английского банка, в 1695 году, в Эдинбурге возникло другое учреждение подобного рода, с гораздо меньшими претензиями, но зато более прочное; оно носит название Шотландского банка (Bank of Scotland). Проект его был составлен лондонским негодциантом Джоном Голлендом. Само устройство подтверждено особым актом Шотландского парламента, давшего банку права корпорации. Основной капитал его, составленный из акций в 83 фунта



Шотландский королевский банк

стерлингов, 6 шиллингов и 8 пенсов каждая, составлял не более 100 900 фунтов стерлингов (625 000 руб. серебром): капитал незначительный, но достаточный для предполагавшихся оборотов банка и всегда сохранявшийся неприкосновенно. Потому первые операции банка были очень удачные и он имел быстрый успех. Впоследствии капитал Шотландского банка увеличивался по мере расширения его оборотов, но он оставался всегда сравнительно слабым, как и вообще капиталы всех прочих кредитных учреждений Шотландии. В 1804 году он был увеличен до 1 500 000 фунтов стерлингов (29 375 000 руб. серебром) и остановился на этой цифре.

В 1727 году был учрежден Королевский Шотландский банк (Royal Bank of Scotland). Капитал в 246 550 фунтов стерлингов, назначенный Шотландии в виде вознаграждения за присоединение ее к Англии, был обращен комиссарами на этот предмет, и действительно, нельзя было придумать лучшего употребления этим деньгам. Вначале на банк было ассигновано только 111 000 фунтов стерлингов, а в 1738 году капитал определен в 150 тысяч. Впоследствии он был увеличен до 2 000 000 фунтов стерлингов и до сих пор остается в тех же размерах. Этот новый банк, получивший, подобно первому, права корпорации, действовал столь же удачно, и совместное существование обоих не вредило успешному развитию каждого.

Третий корпоративный банк был учрежден в 1746 году под именем *Льняной компании* (British linen company). Из одного названия уже видно, что он главной своей целью имел поощрение льняной промышленности, в то время совершенно ничтожной и находящейся теперь в таком цветущем состоянии. Действительно, банк этот оказал громадные услуги. Но впоследствии он распространил свое покровительство и на все отрасли промышленности безразлично и этим самым потерял свое отличие от прочих банков. Капитал его, первоначально определенный в 100 000 фунтов стерлингов, возвысился впоследствии до 500 000; но никогда не превышал этой суммы, уступавшей даже тем, на которых остановилось



большинство соперничающих банков; но это не помешало ему занять очень высокое положение, в котором он и находится до сих пор.

Все эти первые банки были сосредоточены в Эдинбурге. Глазго, второй город Шотландии, последовал примеру столицы и чрез несколько времени во всех городах Шотландии возникли банки. Необходимо заметить, впрочем, что только три названных нами банка были основаны при содействии общественной власти и получили права корпорации. Все остальные возникли сами собой и сложились в *товарищества на вере* (joint stock bank), вид торговой ассоциации, весьма распространенный в Великобритании, не нуждающийся в предварительном разрешении правительства и отличающийся от безыменных обществ (sociétés anonymes) только тем, что ответственность компаньонов ничем не ограничена. Но различие это очень важно и далее мы коснемся последствий такого устройства, относительно английских банков.

Весьма правдоподобно, что Шотландия заимствовала у Англии мысль учреждения банков, но она не замедлила опередить последнюю на этом поприще, прокладывая себе новые пути. Таким образом, *Шотландский банк* первый открыл с 1696 года свои конторы в других местах, а с 1704 года стал выпускать билеты в 1 фунт стерлингов на предъявителя и принимать вклады с платежом процентов, а с 1729 года начал производить ссуды на счет операций, которыми Лондонский банк никогда не занимался и которые составляют характеристическую особенность шотландской системы.

Разветвляясь по всей Шотландии, банки почти во всех пунктах страны имели своих агентов. Чрез это они распространили свое влияние, увеличили круг своих благодеяний и открыли для торговли легкие и безопасные средства сообщения, возбудившие особенную деятельность в торговых оборотах. Ссуды на счет, производимые ими наравне с учетом коммерческих векселей, мало отличаются от последних. Это особенный способ производить ссуды и открывать торгующим пользование кредитом. Однако в практическом применении их есть довольно значительная разница, как это мы увидим впоследствии: но способ этот имеет свою особенную пользу, уже по одному различию, ибо необходимо, чтобы и способы быть полезным были столь же разнообразны, как и потребности, которым они должны удовлетворять.

Но самое лучшее нововведение, которым мы им обязаны, есть, бесспорно, принятие вкладов с платежом процентов. По примеру первых учреждений этого рода, основанных в стране, все шотландские банки принимают вклады, минимум которых составляет обыкновенно 10 фунтов стерлингов (62 руб. 50 коп. серебром), а иногда и меньше, обязываясь выдавать их по востребованию или в предназначенные сроки, и платят на них более или менее высокие проценты, смотря по обстоятельствам. Сумма этих вкладов в шотландских банках по ревизии, произведенной в 1836 году, простиралась до 20 миллионов фунтов стерлингов (125 миллионов руб. серебром). По отчету сэра Роберта Пиля, в 1845 году она доходила до 30 миллионов фунтов стерлингов (167 500 000 руб. серебром). Сравнивая в этом отношении действия шотландских банков с образом действия прежних банков, Венецианского, Амстердамского и Гамбургского, как-будто переносишься в другой мир и с удивлением видишь успехи, сделанные на этом поприще. В Венеции, Амстердаме и Гамбурге вкладчики платили банкам за хранение

вкладов; они платили даже небольшой процент при каждом трансферте (переводе) точно так же, как при вынуждении вклада.

В настоящее время роли изменились, и теперь сами банки платят вкладчикам вознаграждение в виде процентов. Отчего же это произошло? Оттого, что современные банки приняли за правило употреблять в дело вклады, чего остерегались делать прежние. Между обоими упомянутыми образами действовать — целая бездна, и уже теперь можно предвидеть последствия такой коренной перемены.

Вначале приманка выгоды привлекла в кассы банков все суммы, находившиеся в кассах частных людей, и вследствие этого масса вкладов сильно увеличилась. Привычка помещать в банк все деньги, необходимые непосредственно, сделалась всеобщей, тогда как прежде это было в употреблении только между лицами, занимавшимися торговлей. Вследствие этого распространилось употребление трансфертов, а чрез это самое гораздо легче и совершеннее достигнута была цель, к которой стремились старинные банки и которая составляла настоящий предмет их учреждения, именно: избежание, по возможности, дорогой перевозки звонкой монеты.

Кроме того, вклады не остались тем, чем они были прежде, — простым материалом для трансфертов; они сделались еще орудием экономии и порядка. Всякий, имевший у себя известную сумму денег, ненужную ему на некоторое время, мог извлекать из нее выгоду, в ожидании той минуты, когда она ему понадобится. Какое сбережение общественного богатства! Какое постоянство деятельности в его употреблении! Ни одна способность не остается праздною, ни малейшая частица звонкой монеты не остается без употребления ни на один день.

Обыкновение помещать деньги в банк, распространяясь все более и более, проникло, наконец, и до низших классов общества, и на долю шотландских банков выпала новая неожиданная, вместе с тем высокая обязанность. Рядом с капиталами богачей к ним стали поступать и незначительные сбережения бедняков. Составляя сохранные и резервные кассы для первых, они сделались для последних кассами сбережений. Шотландские банки с успехом исполняли эту священную обязанность задолго еще до того времени, когда в Англии и Франции сделалось известным столь популярное теперь название *сберегательных касс*. Будучи лучше организованы и имея возможность пускать капиталы в обращение посредством ссуд и учета, они не имели надобности, как последние, определять меру своих благодеяний; они не постановляли точного предела, на котором должна была останавливаться цифра вкладов одного лица. Потому трудолюбивый работник, вверивший им свои деньги, мог рядом дополнительных вкладов и оставлением в банке причитавшихся на них процентов увеличивать размер своего вклада до назначенного им самим предела и, таким образом, не только составить себе резервный фонд на случай болезни и застоя в работе, но и подняться выше своего состояния, устроив на свои деньги собственную мастерскую. Шотландские банки представляют собой самые полезные учреждения, распространяющие в народе надежду и в то же время идеи порядка и заботливость о будущем. Потому они долгое время заменяли собой сберегательные кассы, в то время еще не известные, а теперь составляющие необходимое дополнение банков.

Можно составить себе понятие о том, до какой степени вся масса вкладов, принимаемых банками и возвращаемых ими торговле в виде ссуд, увеличила



силу кредитных и учетных учреждений. Не употребляя даже в дело своих собственных капиталов, они в одних вверенных им вкладах нашли бы достаточную массу капиталов для удовлетворения всем требованиям значительных ссуд и учета бесчисленных векселей.

В 1826 году в системе английских банков произошла важная перемена. Затруднения в торговле, явные успехи шотландских банков и признанная непрочность банкирских домов побудили парламент отменить акт 1708 года, которым было запрещено учреждать в Англии банки товариществам, состоявшим более чем из шести членов; по крайней мере действие этого постановления было ограничено пространством на шестьдесят пять миль кругом Лондона. Начиная с этого времени, в Англии рядом с банкирскими домами возникают товарищества на вере, учреждаемые на основаниях шотландских банков. Сначала они распространялись очень медленно, так что в 1833 году их было всего тридцать четыре, но в последующие годы число их умножилось с такой быстротой, что в 1836 году их считалось уже до 80. Хотя в устройстве своем они встретили значительные затруднения со стороны английских законов, препятствовавших свободному образованию торговых обществ, и хотя вообще устройство и управление их были ниже шотландских банков, тем не менее они не замедлили оказать благотворное влияние на кредитную систему Великобритании, исправив и дополнив ее недостатки.

В том же 1826 году в Англии запрещен был выпуск в обращение билетов ценностью менее 5 фунтов стерлингов. Между тем Лондонский банк неоднократно испытывал выгоду употребления мелких купонов, помогавших ему выпутываться из опасных кризисов; но правительство было поражено тем обстоятельством, что билеты на малые суммы чаще других подвергались подделке. Впрочем, запрещение это не было распространено на Шотландию. В то же время Лондонский банк стал учреждать свои конторы в провинциях. Он постепенно завел их в Глостере, Манчестере, Бирмингеме, Лидсе, Ливерпуле, Бристоле, Эксетере, Ньюкэстле, Гулле, Норвиче и т.д.

Система ирландских банков, скопированная прежде с системы банков собственно Англии, с такими же ограничениями и еще большими злоупотреблениями, была так же преобразована в 1826 году и в таком же духе.

Северная Америка очень рано вступила на путь кредита при помощи коммерческих банков. Еще в то время, когда она была английской колонией, в ней делались попытки для развития кредита, но только впоследствии кредитные учреждения стали распространяться в ней с постоянно возрастающим успехом. В 1811 году во всем Американском Союзе было только 88 банков, общий капитал которых простирался до 42 609 101 долл. (около 57 500 000 российских рублей); в 1816 году число их почти утроилось, потому что в эту эпоху было всего открыто 246 банков с капиталом в 89 822 297 долл. (около 121 250 000 российских рублей) в 1820 их считалось 307 с капиталом в 101 714 551 долл. (около 135 619 000 р. с.); в 1830 году — 328 с капиталом в 110 186 608 долл. (около 146 915 000 р. с.). В последующие годы число их увеличивалось еще быстрее, до тех пор пока кризис 1837 года, возбужденный непримиримой враждой к ним президента Джексона, не подорвал значительное число их; но это обстоятельство не надолго задер-



Первый банк Соединенных Штатов, год открытия — 1791, год закрытия — 1811  
(Филадельфия, Пенсильвания)

жало их развитие, и в 1838 году, по свидетельству г. Кэри, на всем пространстве Союза находилось 677 банков с капиталом в 378 млн долл. (516 300 000 р. с.).

В 1816 году в Соединенных Штатах основано было центральное кредитное учреждение под именем *Банка Соединенных Штатов*. Пятая часть его капитала, определенного в 35 миллионов долларов, дана была правительством, которое, кроме того, даровало ему много привилегий, между прочим, исключительное право на хранение и управление государственными фондами.

Благодаря своим собственным средствам и исключительным преимуществам банк этот вскоре затмил своим блеском все прочие и занял даже особое положение в недрах самого Союза. Но в 1837 году, вследствие несогласий с правительством, он лишился всех привилегий и спустился с высоты своего могущества. Теперь он не что иное, как банк штата Пенсильвания, и почти сравнился с банками других штатов.

Существенное отличие банков Соединенных Штатов от английских и шотландских состоит, собственно, в образе их устройства — как обществ. В то время как английские банки почти все сложились в товарищества на вере, т.е. ассоциации, в которой все члены отвечают всем своим имуществом за обязательства общества, банки Соединенных Штатов, не столь стесняемые в своем устройстве, сложились большей частью в безыменные или акционерные общества (товарищества на паях), где каждый член отвечает только той суммой, которую он внес в капитал общества. Обстоятельство это кажется чуждым как природе, так и операциям банка, но тем не менее оно имеет заметное влияние на операции. Это не значит, что в Соединенных Штатах можно было учреждать товарищества, не испрашивая на то ни у кого разрешения. Там, как и во всей Европе, необходимо дозволение правительства; но дозволения эти, разрешаемые правительствами каждого штата в пределах своего штата, получаются там гораздо легче. В этом отношении, по нашему мнению, банки Соединенных Штатов составляют шаг



вперед в сравнении с английскими и шотландскими банками. Потому, несмотря на предрассудок, распространенный на их счет во всей Европе, а в особенности во Франции, мы постараемся доказать на основании фактов, что они превышают и те, и другие, не только своим энергическим влиянием на торговлю, но и прочностью своего существования.

После сказанных нами слов в пользу учреждения банков, нам не остается уже упоминать ни об одном действительном успехе в ряду уже существующих фактов. Поэтому мы не станем выводить на сцену коммерческие банки других стран, как, например, французские или бельгийские. О них мы будем говорить тогда только, когда станем сравнивать различные условия существования и действия их. Теперь же мы желали представить только исторический обзор банков, отмечая, по возможности, все успехи кредитных учреждений в их главных фазах, и обзор этот, естественно, должен быть окончен на том, на чем остановился последний их шаг развития. В последующей главе постараемся представить краткий, но основательный и полный очерк существенных понятий о кредите; в дальнейших же отделах книги мы снова коснемся основных идей, на которых зиждется всякая система кредита.

*Материал предоставлен и подготовлен к публикации  
Цифровой академической библиотекой «Автограф»*

URL: <http://avtograf-library.ru>

# ПОСТСКРИПТУМ



Материал подготовил:



**Юрий Григорьевич ШПАКОВСКИЙ,**  
главный редактор  
журнала «Вестник  
Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА)»,  
доктор юридических наук,  
профессор

**Ч**увства и мысли человека легко разгадать по его позе, мимике и жестам, и это значительно облегчает задачу выбора правильной линии поведения при дружеском и деловом общении и принятии важных решений. За движениями собеседников люди наблюдали давно, пытались их как-то проанализировать и систематизировать. Но только в конце XX в. появилась такая наука, как *невербалика*, которая изучает исключительно язык телодвижений. Невербальные аспекты коммуникации начинают подвергаться серьезным и тщательным исследованиям. Широкой общественности стало известно о существовании взаимосвязи между движениями и эмоциями только в начале 60-х гг. прошлого века.

Невербальное общение — это неречевая форма, которая передает образное и эмоциональное содержание и включает в себя жесты, мимику, позы, визуальный контакт и прикосновения. Психологами установлено, что в процессе взаимодействия людей от 60 до 80 % коммуникации осуществляется за счет невербальных средств выражения, и только 20—40 % информации передается с помощью вербальных.

Эти данные заставляют нас задуматься над значением невербалики для психологии общения и взаимопонимания людей, обратить особое внимание на значение жестов и мимики человека, а также порождают желание овладеть искусством толкования этого особого языка — языка телодвижений, на котором все мы разговариваем, даже не подозревая этого.

Впервые серьезным исследованием этого языка занялся в конце 1970-х гг. Аллан Пиз, являющийся признанным знатоком психологии человеческого общения и автором методики обучения основам коммуникации.

Аллан Пиз не только в совершенстве владеет искусством общения с людьми, но и обладает уникальным даром обучать этому полезному с практической точки зрения искусству, которое является секретом Вашего успеха в деловой деятельности и личной жизни.

В настоящем выпуске мы публикуем отрывок из книги Аллана Пиза «Язык телодвижений. Как читать мысли окружающих по их жестам».

© Ю. Г. Шпаковский, 2020

**Аллан Пиз**  
**ЯЗЫК ТЕЛОДВИЖЕНИЙ. КАК ЧИТАТЬ**  
**МЫСЛИ ОКРУЖАЮЩИХ ПО ИХ ЖЕСТАМ<sup>1</sup>**  
(фрагмент)

**Восприимчивость,  
интуиция и предчувствия**

Когда мы говорим, что человек чувствителен и обладает интуицией, мы имеем в виду, что он (или она) обладает способностью читать невербальные сигналы другого человека и сравнивать эти сигналы с вербальными сигналами. Другими словами, когда мы говорим, что у нас предчувствие, или что «шестое чувство» подсказывает нам, что кто-то сказал неправду, мы в действительности имеем в виду, что заметили разногласие между языком тела и сказанными этим человеком словами. Лекторы называют это чувством аудитории. Например, если слушающие сидят глубоко в креслах с опущенными подбородками и скрещенными на груди руками, у восприимчивого человека появится предчувствие, что его сообщение не имеет успеха. Он поймет, что нужно что-то изменить, чтобы заинтересовать аудиторию. А невосприимчивый человек, соответственно, не обратит на это внимания и усугубит свою ошибку.



Женщины обычно более чувствительны, чем мужчины, и этим объясняется существование такого понятия, как женская интуиция. Женщины обладают врожденной способностью замечать и расшифровывать невербальные сигналы, фиксировать самые мельчайшие подробности. Поэтому мало кто из мужей может обмануть своих жен, и, соответственно, большинство женщин могут узнать тайну мужчины по его глазам, о чем он даже не подозревает.

Эта женская интуиция особенно хорошо развита у женщин, занимающихся воспитанием маленьких детей.

Первые несколько лет мать полагается только на невербальные каналы коммуникации со своим ребенком, и считается, что благодаря своей интуиции женщины больше подходят для ведения переговоров, чем мужчины.

**Врожденные, генетические, приобретенные  
и культурно обусловленные сигналы**

Несмотря на то, что проделано много исследований, ведутся горячие дискуссии по поводу того, являются ли невербальные сигналы врожденными или приобре-

<sup>1</sup> Пиз А. Язык телодвижений. Как читать мысли окружающих по их жестам. М. : Эксмо, 2003.

тенными, передаются ли они генетически или приобретаются каким-то другим путем. Доказательства были получены через наблюдения за слепыми, глухими и глухонемыми людьми, которые не могли бы обучиться невербалике благодаря слуховым или зрительным рецепторам. Проводились также наблюдения за жестиком поведением различных наций и изучалось поведение наших ближайших антропологических родственников — обезьян и макак.

Выводы этих исследований указывают, что жесты поддаются классификации. Например, большинство детенышей приматов рождены со способностью к сосанию, говорящей о том, что эта способность или врожденная, или генетическая.

Немецкий ученый Айбль-Айбесфельдт установил, что способность улыбаться глухих или слепых от рождения детей проявляется без всякого обучения или копирования, что подтверждает гипотезу о врожденных жестах. Экман, Фризен и Зорензан подтвердили некоторые высказанные Дарвином предположения о врожденных жестах, когда они изучали выражения лица у людей — представителей пяти глубоко отличных друг от друга культур. Они установили, что представители различных культур использовали одинаковые выражения лица при проявлении определенных эмоций, что позволило им заключить, что эти жесты должны быть врожденными.

Когда вы скрещиваете руки на своей груди, скрещиваете ли вы правую руку над левой или левую над правой? Большинство людей не могут достоверно ответить на этот вопрос до тех пор, пока они это не проделают. В одном случае они будут чувствовать себя удобно, в другом случае нет. Отсюда можно заключить, что это, возможно, генетический жест, который не может быть изменен.

Существуют также разногласия по поводу того, являются ли некоторые жесты приобретенными и культурно обусловленными или генетическими. Например, большинство мужчин надевают свое пальто, начиная с правого рукава, большинство же женщин начинают надевать пальто с левого рукава. Когда мужчина пропускает женщину на многолюдной улице, он, проходя, обычно разворачивает тело к женщине; женщина же обычно проходит, отвернувшись от него. Делает ли она это инстинктивно, защищая грудь? Является ли это врожденным жестом женщины или она научилась этому неосознанно, наблюдая за другими женщинами?

Большинство жестов невербального поведения являются приобретенными, и значение многих движений и жестов культурно обусловлено. Рассмотрим эти аспекты «языка тела».

## Основные коммуникационные жесты и их происхождение

Во всем мире основные коммуникационные жесты не отличаются друг от друга. Когда люди счастливы, они улыбаются, когда они печальны — они хмурятся, когда сердятся — у них сердитый взгляд.



*Кивание головой* почти во всем мире обозначает «да» или утверждение. Похоже, что это врожденный жест, так как он также используется глухими и слепыми людьми. *Покачивание головой* для обозначения отрицания или несогласия является также универсальным и может быть одним из жестов, изобретенных в детстве. Когда ребенок насосался молока, он, отказываясь от материнской груди, делает движение головой из стороны в сторону. Когда маленький ребенок наелся, он крутит головой из стороны в сторону, чтобы увильнуть от ложки, которой родители кормят его. Тем самым очень быстро он приучается использовать покачивание головой для выражения своего несогласия и отрицательного отношения.



Проследить происхождение некоторых жестов можно на примере нашего первобытнообщинного прошлого. *Оскаливание зубов* сохранилось от акта нападения на противника и до сих пор используется современным человеком, когда он злобно усмехается или проявляет свою враждебность каким-то другим способом. *Улыбка* первоначально была символом угрозы, но сегодня, в совокупности с дружелюбными жестами, она обозначает удовольствие или доброжелательность.

*Жест «пожимание плечами»* является хорошим примером универсального жеста, который обозначает, что человек не знает или не понимает, о чем речь. Это комплексный жест, состоящий из трех компонентов: развернутые ладони, поднятые плечи, поднятые брови.



Как вербальные языки отличаются друг от друга в зависимости от типа культур, так и невербальный язык одной нации отличается от невербального языка другой нации. В то время как какой-то жест может быть общепризнанным и иметь четкую интерпретацию у одной нации, у другой нации он может не иметь никакого обозначения или иметь совершенно противоположное значение. Например, рассмотрим разницу в интерпретации разными нациями таких трех типичных жестов, как кольцо из пальцев руки, поднятый вверх большой палец и V-образный жест пальцами.



*Жест «О`кей» или кружок, образуемый пальцами руки.* Этот жест был популяризован в Америке в начале XIX в., главным образом прессой, которая в то время начала кампанию по сокращению слов и ходовых фраз до их начальных букв. Существуют разные мнения относительно того, что обозначают инициалы «ОК». Некоторые считают, что они обозначали «All correct» — все правильно, но потом, в результате орфографической ошибки, превратились в «Oll — Korrect». Другие говорят, что это антоним к слову «нокаут», которое по-английски обозначается буквами K. O. Имеется

еще одна теория, согласно которой это аббревиатура от имени «Oll Kinderhoog», места рождения американского президента, использовавшего эти инициалы (О.К.) в качестве лозунга в предвыборной кампании. Какая теория из этих верна, мы никогда не узнаем, но похоже, что кружок сам по себе обозначает букву «О» в слове O'key. Значение «ОК» хорошо известно во всех англоязычных странах, а также в Европе и в Азии, в некоторых же странах этот жест имеет совершенно другое происхождение и значение. Например, во Франции он означает «ноль» или «ничего», в Японии он значит «деньги», а в некоторых странах Средиземноморского бассейна этот жест используется для обозначения гомосексуальности мужчины.

Поэтому, путешествуя по разным странам, следует подчиняться правилу «со своим уставом в чужой монастырь не ходят». Это поможет вам избежать возможных неловких ситуаций.

**Поднятый вверх большой палец.** В Америке, Англии, Австралии и Новой Зеландии поднятый вверх большой палец имеет три значения. Обычно он используется при «голосовании» на дороге, в попытках поймать попутную машину. Второе значение — «все в порядке», а когда большой палец резко выбрасывается вверх, это становится оскорбительным знаком, означающим нецензурное ругательство или «сядь на это». В некоторых странах, например Греции, этот жест означает «заткнись», поэтому можете представить себе положение американца, пытающегося этим жестом поймать попутную машину на греческой дороге! Когда итальянцы считают от одного до пяти, этот жест обозначает цифру «1», а указательный палец тогда обозначает «2». Когда считают американцы и англичане, указательный палец означает «1», а средний палец «2»; в таком случае большой палец представляет, цифру «5».

Жест с поднятием большого пальца в сочетании с другими жестами используется как символ власти и превосходства, а также в ситуациях, когда кто-нибудь вас хочет «раздавить пальцем». Ниже мы внимательнее рассмотрим использование этого жеста в таком специфичном контексте.

**V-образный знак пальцами.** Этот знак очень популярен в Великобритании и Австралии и имеет оскорбительную интерпретацию. Во время Второй мировой войны Уинстон Черчилль популяризировал знак «V» для обозначения победы, но для этого обозначения рука повернута тыльной стороной к говорящему. Если же при этом жесте рука повернута ладонью к говорящему, то жест приобретает оскор-





бительное значение — «заткнись». В большинстве стран Европы, однако, V-жест в любом случае означает «победа», поэтому, если англичанин хочет этим жестом сказать европейцу, чтобы он заткнулся, тот будет недоумевать, какую победу имел в виду англичанин. Во многих странах этот жест означает также цифру «2».

Эти примеры говорят о том, к каким недоразумениям могут привести неправильные толкования жестов, не учитывающие национальные особенности говорящего. Поэтому, прежде чем делать какие-либо выводы о значении жестов и языка тела, необходимо учесть национальную принадлежность человека.

### Совокупность жестов

Одной из наиболее серьезных ошибок, которую могут допустить новички в деле изучения языка тела, является стремление выделить один жест и рассматривать его изолированно от других жестов и обстоятельств. Например, почесывание затылка может означать тысячу вещей — перхоть, блохи, выделение пота, неуверенность, забывчивость или произнесение неправды — в зависимости от того, какие другие жесты сопровождают это почесывание, поэтому для правильной интерпретации мы должны учитывать весь комплекс сопровождающих жестов.



Как любой язык, язык тела состоит из слов, предложений и знаков пунктуации. Каждый жест подобен одному слову, а слово может иметь несколько различных значений. Полностью понять значение этого слова вы можете только тогда, когда вставите это слово в предложение наряду с другими словами. Жесты поступают в форме «предложений» и точно говорят о действительном состоянии, настроении и отношении человека. Наблюдательный человек может прочитать эти невербальные предложения и сравнить их со словесными предложениями говорящего.

Фото известного политика показывает совокупность жестов, обозначающих критически оценочное отношение. Главным здесь является жест «подпираание щеки указательным пальцем», в то время как другой палец прикрывает рот, а большой палец лежит под подбородком. Следующим подтверждением того, что слушающий относится к вам критически, является то, что ноги его крепко скрещены, а вторая рука лежит поперек тела, как бы защищая его, а голова и подбородок наклонены (враждебно). Это невербальное предложение говорит вам приблизительно следующее: «Мне не нравится, что вы говорите, и я с вами не согласен».

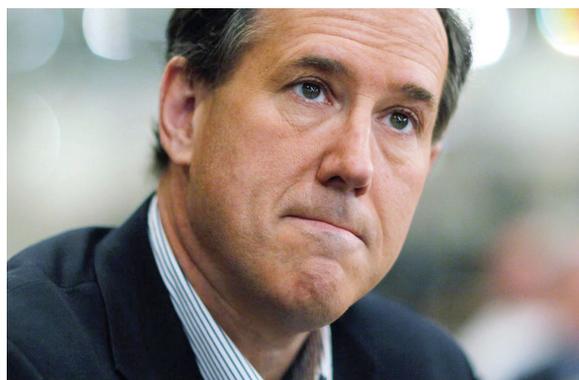
## Конгруэнтность — совпадение слов и жестов

Если бы вы собеседника попросили выразить свое мнение относительно того, что вы только что сказали, на что он бы ответил, что с вами не согласен, то его невербальные сигналы были бы конгруэнтными, т.е. соответствовали бы его словесным высказываниям.

Если же он скажет, что ему очень нравится все, что вы говорите, он будет лгать, потому что его слова и жесты будут неконгруэнтными. Исследования доказывают, что невербальные сигналы несут в 5 раз больше информации, чем вербальные, и в случае, если сигналы неконгруэнтны, люди полагаются на невербальную информацию, предпочитая ее словесной.

Часто можно наблюдать, как какой-нибудь политик стоит на трибуне, крепко скрестив руки на груди (защитная поза) с опущенным подбородком (критическая или враждебная поза), и говорит аудитории о том, как восприимчиво и дружелюбно он относится к идеям молодежи. Он может попытаться убедить аудиторию в своем теплом, гуманном отношении, делая быстрые, резкие удары по трибуне. Зигмунд Фрейд однажды заметил, что когда одна пациентка словесно убеждала его в том, что она счастлива в браке, она бессознательно снимала с пальца и надевала обручальное кольцо. Фрейд понял значение этого произвольного жеста и не удивился, когда стали обозначаться семейные проблемы этой пациентки.

Ключом к правильной интерпретации жестов является учётывание всей совокупности жестов и конгруэнтность вербальных и невербальных сигналов.





### Значение контекста для толкования жестов

Кроме учета совокупности жестов и соответствия между словами и телодвижениями, для правильной интерпретации жестов необходимо учитывать контекст, в котором живут эти жесты. Если вы, например, в холодный зимний день увидите на автобусной остановке человека, сидящего со скрещенными ногами, крепко скрещенными на груди руками и опущенной вниз головой, то это скорее всего будет означать, что он замерз, а вовсе не его критическое отношение к чему-либо. Однако, если человек в точно таком же положении будет сидеть напротив вас за столом переговоров о заключении сделки, то его жесты совершенно определенно следует трактовать как имеющие негативное или оборонительное отношение в сложившейся ситуации.



### Другие факторы, оказывающие влияние на интерпретацию жестов

Если у человека слабое рукопожатие, то можно сделать вывод о слабости его характера, и в главе об особенностях рукопожатия мы исследуем причины, объясняющие это утверждение. Но если у человека артрит суставов руки, то он будет использовать слабое рукопожатие, чтобы предохранить руку от боли. Поэтому художники, музыканты, хирурги и люди других деликатных профессий, где требуются чуткие пальцы, обычно предпочитают не обмениваться рукопожатиями, но если они вынуждены это делать, то пользуются щадящим рукопожатием.

Иногда люди, носящие плохо сидящую или тесную одежду, скованы в своих движениях, и это оказывает влияние на выразительность их языка тела. Это достаточно редкие случаи, но их важно иметь в виду, чтобы понять, какое психологическое влияние имеют такие вещи на боди лэнгвидж.



### Положение в обществе и богатство жестикуляции

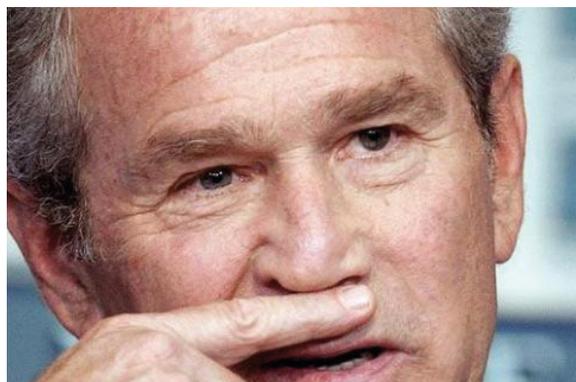
Научные исследования в области лингвистики показали, что существует прямая зависимость между социальным статусом, властью и престижем человека и его

словарным запасом. Другими словами, чем выше социальное или профессиональное положение человека, тем лучше его способность общаться на уровне слов и фраз. Исследования в области невербалики выявили зависимость между красноречивостью человека и степенью жестикуляции, используемой человеком для передачи смысла своих сообщений. Это означает, что существует прямая зависимость между социальным положением человека, его престижем и количеством жестов и телодвижений, которыми он пользуется. Человек, находящийся на вершине социальной лестницы или профессиональной карьеры, может пользоваться богатством своего словарного запаса в процессе коммуникации, в то время как менее образованный или менее профессиональный человек будет чаще полагаться на жесты, а не на слова в процессе общения.

В этой книге большинство примеров описывают поведение людей среднего сословия, но общее правило заключается в том, что чем выше социально-экономическое положение человека, тем менее развита у него жестикуляция и беднее телодвижения.

Быстрота некоторых жестов и их очевидность для глаза зависит от возраста человека. Например, если 5-летний ребенок скажет неправду своим родителям, то сразу же после этого он прикроет одной или обеими руками рот. Этот жест «прикрывание рта рукой» подскажет родителям, что ребенок солгал, но на протяжении всей своей жизни человек использует этот жест, когда он лжет, обычно меняется только скорость совершения этого жеста.

Когда человек говорит неправду, рука прикрывает рот почти так же, как и у пятилетнего ребенка, но только пальцы слегка обводят линию губ. Это жест прикрывания рукой рта становится более утонченным во взрослом возрасте. Когда взрослый человек лжет, его мозг посылает ему импульс прикрыть рот, в попытке задержать слова обмана, как это делается пятилетним ребенком или подростком, но в последний момент рука уклоняется ото рта и рождается другой жест — прикосновение к носу. Такой жест есть не что иное, как усовершенствованный взрослый вариант того же жеста прикрывания рта рукой, который присутствовал в детстве. Это пример того, что с возрастом жесты людей становятся менее броскими и более завуалированными, поэтому всегда труднее считать информацию 50-летнего человека, чем молодого.



### Возможность подделать язык телодвижений

Наиболее типичным вопросом является: «Возможна ли подделка в собственном языке тела?» Обычный ответ на этот вопрос — отрицательный, потому что вас



выдаст отсутствие конгруэнтности между жестами, микросигналами организма и сказанными словами. Например, раскрытые ладони ассоциируются с честностью, но, когда обманщик раскрывает вам свои объятия и улыбается вам, одновременно говоря ложь, микросигналы его организма выдадут его потайные мысли. Это могут быть суженные зрачки, поднятая бровь или искривление уголка рта, и все эти сигналы будут противоречить раскрытым объятиям и широкой улыбке. В результате реципиент склонен не верить тому, что он слышит. Кажется, будто в человеческом мозгу есть предохранительный прибор, который «зашкаливает» каждый раз, как только он регистрирует неконгруэнтные невербальные сигналы.

Существуют, однако, случаи, когда языку тела специально обучают для достижения благоприятного впечатления. Возьмите, например, конкурсы красоты «Мисс Америка» или «Мисс Вселенная», на которых каждая конкурсантка обучается таким движениям тела, которые излучают теплоту и искренность. Чем с большим мастерством участница конкурса может передавать эти сигналы, тем больше очков она получит от судей.

Но даже опытные специалисты могут имитировать нужные движения только в течение короткого периода времени, поскольку вскоре организм непроизвольно передаст сигналы, противоречащие его сознательным



действиям. Многие политики являются опытными специалистами в области копирования языка тела и используют это для того, чтобы добиться расположения своих избирателей и заставить их поверить своим речам. О тех политических деятелях, которые успешно это проделывают, говорят, что у них есть «божий дар». Лицо чаще, чем какая-либо другая часть человеческого тела используется для скрытия ложных высказываний. Мы улыбаемся, киваем головой и подмигиваем в попытке скрыть ложь, но, к несчастью для нас, наше тело своими знаками говорит истинную правду, и наблюдается несоответствие между сигналами, считываемыми с лица и с тела, и словами. Изучение выражения лица является искусством само по себе.

В заключение хочется сказать, что трудно подражать и подделывать язык тела в течение долгого периода времени, но полезно научиться использовать положительные, открытые жесты для успешного общения с другими людьми и избавиться от жестов, несущих отрицательную, негативную окраску. Это позволит вам чувствовать себя более уютно в обществе людей и сделает вас более привлекательным для них.

### Как сказать неправду, не раскрыв себя

Проблема с ложью заключается в том, что наше подсознание работает автоматически и независимо от нас, поэтому наш язык телодвижений выдает нас с головой. Вот почему сразу заметно, когда лгут люди, редко говорящие неправду, независимо от того, насколько убедительно они это преподносят. В тот самый момент, когда они начинают лгать, их тело начинает давать совершенно противоположные сигналы, что дает вам ощущение, что вам лгут. Во время обмана наше подсознание выбрасывает пучок нервной энергии, которая проявляется в жестах, противоречащих тому, что сказал человек. Некоторые люди, чьи профессии непосредственно связаны с обманом в разных формах, такие как политические деятели, адвокаты, актеры и телекомментаторы, до такой степени выдрессировали свои телодвижения, что у них трудно заметить, что они говорят неправду, и люди попадают на их удочку, доверяют им.

Они тренируют свои жесты двумя путями. Во-первых, отработывают те жесты, которые придают правдоподобность сказанному, но это возможно лишь в том случае, если практиковаться во лжи в течение долгого периода времени. Во-вторых, они почти полностью устраняют у себя жестикуляцию, чтобы не присутствовали ни позитивные, ни негативные жесты в тот момент, когда они лгут, но это тоже очень трудно сделать.

Попробуйте при случае провести такой простой эксперимент. Преднамеренно скажите неправду своему знакомому и сделайте осознанную попытку подавить всякие телодвижения, причем находитесь в полном обзоре своего собеседника. Даже если вы сознательно сдерживаете яркие, бросающиеся в глаза жесты, вашим телом будет передано множество мельчайших микросигналов. Это может быть или искривле-





ние лицевых мышц, расширение или сужение зрачков, испарина на лбу, румянец на щеках, учащенное моргание и множество других мелких жестов, сигнализирующих об обмане. Исследования с использованием замедленных съемок показали, что эти микрожесты проявляются лишь долю секунды, и заметить их могут лишь такие люди, как профессиональные интервьюеры во время беседы, опытные бизнесмены во время переговоров и те люди, у которых, как мы говорим, развита интуиция. Самыми лучшими интервьюерами и специалистами по продаже являются люди, развившие у себя способность считывать значение микрожестов своего партнера во время близкого, лицом к лицу, контакта.

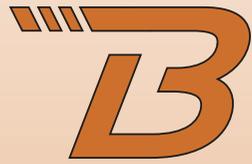
Совершенно очевидно, что для того, чтобы не выдать себя в момент произведения неправды, вам нужно сделать так, чтобы не было полного обзора вашей позы. Вот почему во время полицейского допроса подозреваемого помещают на стул в хорошо просматриваемом или хорошо освещенном месте комнаты, чтобы он был виден допрашивающим и легче было бы обнаружить, когда он говорит неправду. Естественно, что ваша ложь будет менее заметна, если вы в этот момент будете сидеть за столом и тело ваше будет частично скрыто или стоять за забором или закрытой дверью. Легче всего врать по телефону!

### Как научиться говорить на языке телодвижений



Поставьте себе задачу: хотя бы пятнадцать минут в день заниматься изучением и толкованием жестов других людей, а также анализом своих собственных жестов. Экспериментальным пространством может стать любое место, где встречаются и взаимодействуют люди. В частности, аэропорт является отличным местом наблюдения всего спектра человеческих жестов, поскольку здесь люди через жесты выражают целую гамму эмоций: и страстное желание, и гнев, и ужас, и горе, и счастье, и нетерпение, и многое другое. Отличной точкой наблюдения являются также официальные приемы, деловые встречи и вечера, вечеринки. Изучив искусство языка телодвижения, вы можете отправиться

на вечер, просидеть потихонечку в уголке весь вечер и получить огромное удовольствие от наблюдения за ритуалом языка телодвижений в обществе. Телевидение также предоставляет восхитительную возможность для изучения особенностей невербальной коммуникации. Выключите звук и попытайтесь догадаться, что происходит на экране, только по изображению. Включая звук через каждые 5 минут, вы сможете проверить правильность вашего понимания невербалики, и вскоре вы сможете смотреть всю программу без звукового сопровождения и понимать все, что происходит на экране, как это делают глухие.



ISSN 2311-5998



9 772311 599771 >