

С. К. Соломин

БАНКОВСКИЙ КРЕДИТ

ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ

- ◆ Кредитное правоотношение
- ◆ Кредитная деятельность банков
- ◆ Цессия в кредитном договоре
- ◆ Предоставление и возврат кредита
- ◆ Заключение кредитного договора
- ◆ Ответственность сторон

Сергей Соломин

**Банковский кредит:
проблемы теории и практики**

«Юстицинформ»

2009

Соломин С. К.

Банковский кредит: проблемы теории и практики /
С. К. Соломин — «Юстицинформ», 2009

ISBN 978-5-7205-0963-7

В работе представлен научно-обоснованный подход понимания общетеоретических основ банковского кредита как правового института, а также основных теоретических вопросов существа тех правовых явлений, которые опосредуют движение денежных средств от кредитора к заемщику и обратно. Автор предлагает решение большинства спорных вопросов отечественной теории и практики банковского кредитования через положения общей теории обязательственного права. Устанавливая в качестве центральной идеи исследования исключительный характер кредитной операции, определяющей исключительный характер кредитного договора и всех других действий, совершаемых в рамках такого договора, автор раскрывает существо основных категорий института банковского кредита через подходы, отличные от тех, которые выработаны современной правовой наукой и судебной практикой.

ISBN 978-5-7205-0963-7

© Соломин С. К., 2009

© Юстицинформ, 2009

Содержание

Введение	5
Глава 1. Основные понятия банковского кредитования	7
§1. Понятие банковского кредита	7
§2. Понятие кредитной деятельности	17
Конец ознакомительного фрагмента.	24

С. К. Соломин

Банковский кредит: проблемы теории и практики

Введение

В условиях рыночной экономики банковский кредит объективно необходим. Потребность в нем обусловлена действием экономических законов, наличием товарно-денежных отношений и государственной политикой, направленной на поддержку и стимулирование различных секторов экономики.

Действительная потребность в банковском кредите предопределила создание государством такого звена экономических отношений, которое призвано было бы аккумулировать все «свободные деньги мира» и обеспечить их целенаправленное распределение, удовлетворив потребности определенного круга субъектов только для того, чтобы эти деньги вернулись с некоторым приростом, обеспечив функционирование такого звена, которым и выступают банки, объективное существование которых выражается в выполнении роли связующего элемента между теми, кто имеет «лишние» деньги, и теми, кто нуждается в них.

Участие банка не только определяет возможность использования в качестве кредитных ресурсов привлеченные денежные средства, а также исключительное использование конструкции кредитного договора при размещении своих денежных средств, но и обеспечивает гарантию слабой стороне (заемщику) в том, что он уверен в добросовестности своего контрагента (банка) как специального субъекта права, деятельность которого подконтрольна Банку России.

В свою очередь, хозяйственная практика определила необходимость существования кредитного договора, который, во-первых, стал гарантом получения необходимой для ведения хозяйственной деятельности денежной суммы, во-вторых, обезопасил хозяйствующих субъектов от риска появления на стороне кредитора недобросовестных субъектов, в-третьих, обеспечил стабильность взаимоотношений сторон по предоставлению и возврату денежных сумм. Кредитный договор, построенный по консенсуальной конструкции, предполагающий всегда участие на стороне кредитора специального финансового института (банка), предусматривающий необходимый перечень существенных условий, стал основой стабильности гражданского оборота.

Вместе с тем современные подходы понимания существа, отношений, возникающих по поводу предоставления кредита, нашедшие отражение в судебной практике, отличаются противоречивостью, неоднозначностью суждения. Речь идет о ложности сформировавшихся в правовой науке подходов признания за кредитным договором видовых признаков договора займа, признания за кредитной операцией, кредитной деятельностью признаков публично-правовых категорий, отнесения обязательства к денежному обязательству по признаку действия, направленного на погашение долга, но не на его возникновение. Как обозначенные подходы, так и некоторые другие сводят на нет существование банков, наличие специальных договорных конструкций – кредитного договора. Это предопределяет необходимость всестороннего анализа вопросов теории банковского кредитования, уяснения правовой природы кредитного договора, а также всех тех обязательств, которые возникают на его основе, выявления существа других правовых категорий, опосредующих движение денег от банка к заемщику и обратно.

К теоретическим разработкам вопросов банковского кредитования обращались в разные периоды развития отечественного законодательства. Интерес советских ученых к банковскому кредиту возрастал в периоды реформирования как банковской сферы СССР, так и общеграж-

данского законодательства в целом. Причем основные работы по вопросам кредитно-расчетной сферы приходится на 60—70-е годы прошлого столетия.

В современный период в рамках крупных научных исследований ученые-правоведы обращали внимание на теоретико-правовые аспекты расчетных отношений, а также на особенности регулирования банковских операций. Отдельные вопросы института банковского кредита неоднократно становились предметом диссертаций на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Тем не менее, отдельные вопросы банковского кредитования получили лишь поверхностное освещение.

Данное монографическое исследование представляет собой первое крупное научное исследование актуальных вопросов теории банковского кредитования в отечественной правовой науке.

Глава 1. Основные понятия банковского кредитования

§1. Понятие банковского кредита

Банковский кредит выступает необходимым условием формирования и развития рыночных отношений, потребность в котором обусловлена действием экономических законов, наличием товарно-денежных отношений и государственной политикой, направленной на поддержку и стимулирование различных секторов экономики.

Экономическая составляющая банковского кредита заключается в стоимостном выражении, которое должно возрасть каждый раз после предоставления кредита заемщику. Для последнего значение имеет не столько его взаимосвязь с конкретным кредитором-банком, сколько стоимостная величина банковского кредита (денежная сумма), которой он может пользоваться с условием ее возврата в некотором увеличенном размере. Кроме этого для заемщика важное значение имеет возможность пользоваться суммой кредита в течение определенного продолжительного отрезка времени, достаточного для ее оборота, с отнесением стоимости как на возврат суммы кредита, так и на обеспечение дальнейшей своей самостоятельной деятельности.

Поэтому, говоря о банковском кредите, мы имеем в виду форму движения стоимости (суммы денег) от банка к заемщику, которая всегда подлежит возврату в некотором увеличенном размере через определенный промежуток времени.

В экономической литературе категория «форма» используется не только в сочетании со словом «движение». Так, В. В. Иконников определял кредит^[1] при социализме как форму денежных экономических отношений, аккумуляцию временно свободных денежных ресурсов хозяйственных организаций, государственного бюджета и населения для производительного использования этих ресурсов в качестве срочных ссуд на увеличение основных и оборотных фондов социалистических предприятий в соответствии с требованиями закона планомерного, пропорционального развития народного хозяйства¹. Заметим, что, несмотря на достаточно емкое определение кредита, в экономической литературе обращали внимание на то, что оно построено лишь на описании внешних признаков, лежащих на поверхности явления кредита. Отмечая указанный недостаток, Ю. Е. Шенгер использовал термин «форма» в сочетании с термином «распоряжение». Он определил кредит как необходимую форму распоряжения государством общественными фондами в целях развития социалистической экономики, выражающуюся в плановом возвратном перераспределении денежных средств, обусловленном постоянно возобновляющимся кругооборотом средств хозяйства².

В современной экономической литературе находит свое место определение кредита как формы движения ссудного капитала или ссудного фонда³, которое, в свою очередь, вызывает возражение у некоторых ученых. Так, М. М. Ямпольский замечает, что подобная трактовка кредита мало что вносит в разъяснение особенностей этой категории, поскольку термин «форма движения», равно как и «ссудный фонд», сами нуждаются в объяснении⁴.

Что же подразумевается под термином «форма движения стоимости»?

¹ См.: Денежное обращение и кредит в СССР. М.: Госфиниздат, 1962. С. 60.

² См.: Шенгер Ю. Е. Очерки советского кредита. М.: Госфиниздат, 1961. С. 11.

³ См., напр.: Антонов Н. Г., Пессель М. А. Денежное обращение, кредит и банки. М.: Финстатинформ, 1995; Финансы. Денежное обращение. Кредит. Учебник для вузов / Л. А. Дробозина, Л. П. Окунева, Л. Д. Андросова и др.; Под ред. проф. Л. А. Дробозиной. М.: Финансы. ЮНИТИ, 1997. С. 329.

⁴ См.: Ямпольский М. М. О трактовках кредита // Деньги и кредит. 1999. № 4. С. 31.

Представляется, что с экономической точки зрения любое товарно-денежное отношение, будь-то: продажа товара, оказание услуги, выполнение работы или предоставление банковского кредита, сопряжено с движением стоимости от одного субъекта к другому⁵. Форма же определяет те рамки, в которых такое движение возможно. Так, движение стоимости от продавца товара к его покупателю и обратно посредством передачи товара с его оплатой опосредуется категорией купля-продажа, которая и выступает единственно возможной формой такого движения. Для предоставления денежной суммы в пользование с последующим ее возвратом характерна форма либо банковского кредита, либо кредита^[2]. Последний, включая и банковский кредит, предполагает возможность выступления в качестве займодавца весьма широкого круга лиц. *Что же касается термина «движение», то в рамках банковского кредита он означает передачу (перечисление) суммы денежных средств от банка к заемщику и последующий ее возврат с уплатой процентов годовых.*

Учитывая тот факт, что банковское кредитование, как правило, осуществляется за счет привлеченных денежных средств, необходимо говорить о возврате определенного размера стоимости первоначальному звену в цепи ее движения, а именно собственнику денежных средств (вкладчику). Данный аспект позволяет определить экономическую сущность банка как посредника на рынке продажи «денежных сумм». Уяснение посреднической функции банка позволяет сделать вывод о том, что банк, выступая промежуточным звеном во взаимоотношениях субъектов, имеющих «лишние деньги», и субъектов, желающих их использовать, способен аккумулировать все «свободные деньги мира» с целью получения прибыли посредством размещения их среди лиц, нуждающихся в дополнительных денежных ресурсах.

Банковский кредит способствует ускорению производства и обращения материальных ценностей, повышению темпов общественного производства, в частности, благодаря ссудному проценту, побуждающему заемщиков экономно расходовать заемные денежные средства, изыскивать внутренние резервы, снижать затраты производства, получать прибыль, достаточную и для текущих расходов, и для возврата кредита⁶.

Существующие подходы изучения кредита как экономического явления не могли не отразиться на немногочисленных правовых исследованиях кредита последнего десятилетия, в которых последний рассматривается в большинстве своем именно через призму экономических категорий⁷. При этом цивилисты, не всегда утруждая себя в выявлении экономической сущности кредита, все же определяют ее в двух словах. Так, Е. А. Суханов говорит о предоставлении кредита в экономическом смысле в тех случаях, когда «речь идет о передаче одним участником товарного оборота другому определенного имущества с условием возврата его эквивалента, и, как правило, уплаты вознаграждения»⁸. Ради справедливости заметим, что содержательные исследования изучаемой категории были сделаны именно в середине XX столетия⁹. Однако и эти исследования порой основывались на положениях экономической теории

⁵ Стоимость, в свою очередь, представляет собой овеществленный в товарах абстрактный, общественно необходимый простой труд. Стоимость – это своеобразный общественный способ выражать затраты труда на производство товаров. Она выражает отношения людей через отношения товаров. См.: Политическая экономия социализма. М.: Высшая школа, 1960. С. 343.

⁶ Кузьмин В. Ф. Хозяйственное право: Учебник. / Под ред. В. В. Лаптева. М.: Юрид.лит., 1983. С. 338.

⁷ См., напр.: Ефимова Л. Г. Банковское право. М., 1994. С. 174—180; Банковское право. Т.4 / Под ред. И. С. Кумок. М., 1994. С. 143—149.; Тосунян Г. А., Викулин А. Ю., Экмалин А. М. Банковское право Российской Федерации. Общая часть: Учебник / Под общ. ред. Б. Н. Топорнина. М.: Юрист, 1999. С. 172—188.

⁸ См.: Гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II. Полумтом второй / Под ред. Е. А. Суханова. 2-е изд., переаб. и доп. М., 2000. С. 204.

⁹ Флейшиц Е. А. Расчетные и кредитные правоотношения. М.: Госюриздат, 1956; Гуревич И. С. Очерки советского банковского права. Л.: Изд-во ЛГУ, 1959; Самцова А. Н. Кредитные и расчетные правоотношения по советскому гражданскому праву. М.: Изд-во ВЮЗИ, 1954; Вильнянский С. И. Кредитно-расчетные правоотношения. Харьков, 1955; Малеин Н. С. Кредитно-расчетные правоотношения и финансовый контроль. М.: Наука, 1964; Компанец Е. С., Полонский Э. Г. Применение законодательства о кредитовании и расчетах. М.: Юридическая литература, 1967; Куник Я. А. Кредитные и расчетные отно-

о кредите. В частности, Я. А. Куник утверждал, что «научный анализ кредитных и расчетных правоотношений осуществим лишь в неразрывной связи с анализом экономических отношений по кредитованию и расчетам, лежащих в основе соответствующих правоотношений»¹⁰. Экономическое определение, по его мнению, «может быть использовано при формулировании понятия кредитного правоотношения с участием кредитных учреждений»¹¹.

Некоторые современные правоведы лишь на анализе научных трудов экономической направленности пытаются определить правовую «начинку» кредита. Так, некоторые авторы предлагают понимать под кредитом в условиях развития рыночных отношений форму объективного отражения движения ссудного капитала, предоставляемого заем¹².

На наш взгляд, рассматривать банковский кредит как правовую категорию, используя при этом понятийный аппарат абстрактных экономических кредитных отношений, недопустимо. Данный подход здесь неприемлем, поскольку он не в состоянии выразить действительную сущность правовых явлений.

Заметим, что исследование любого правового явления через категориальный аппарат любой другой области знаний также недопустим, как и недопустимо использование юридического понятийного аппарата для раскрытия экономической, социальной, философской и любой другой сущности того или иного явления. Однако данное утверждение не следует смешивать с подходом, позволяющим раскрыть любое понятие через смежные составляющие, например, экономико-правовые, когда одна составляющая выступает предпосылкой становления, развития другой. «Банковский кредит как явление экономическое относится к базису, а как правовое – к надстройке. Следует говорить о зависимости, в конечном счете, содержания надстройки от базиса, об обратном, активном воздействии правовой надстройки на базис»^[3]. Применительно к банковскому кредиту мы ведем речь о том, что правовой институт банковского кредитования обязан своим возникновением именно потребностям экономики, хозяйственного оборота в таковом. Поэтому недопустимо выявление правовой сущности банковского кредита через сравнение определений, выведенных из различных сфер знаний. В противном случае это приведет не только к невозможности определения сущности банковского кредита, но и в конечном счете к искаженному пониманию природы данного термина. Поэтому неверным представляется мнение Л. Г. Ефимовой о том, что «нет оснований говорить о *полном совпадении* (курсив мой. – С. С.) понятий кредит в экономическом и правовом смысле»¹³.

Подобный ошибочный подход нашел отражение в учебнике «Банковское право Российской Федерации (Общая часть)». Авторы данного учебника (Г. А. Тосунян, А. Ю. Викулин, А. М. Экмалян) через термин «кредит» обосновывают самостоятельность отрасли банковского права. Так, они полагают, что кредит, являясь межотраслевым правовым понятием, «оказывает системообразующее влияние на отрасль банковского права, объединяет общественные отношения, складывающиеся в процессе банковского кредитования, в единый комплекс, придает им известную однородность, во многом предопределяет наличие специфических предмета и метода правового регулирования, что позволяет говорить об относительной самостоятельности отрасли банковского права в системе российского права».¹⁴ Вместе с тем в данной

шения в торговле. М.: Экономика, 1970.

¹⁰ Куник Я. А. Правовые проблемы кредитования государственной торговли в СССР: Автореф. дис. ... док-ра юрид. наук. М., 1970. С. 5.

¹¹ Куник Я. А. Кредитные и расчетные отношения в торговле. М.: Экономика, 1970. С. 10. В этой же работе Я. А. Куник приходит к выводу, что «между экономическим содержанием и правовой формой ... имеются очевидные противоречия» и поэтому не может «полностью удовлетворить при разработке общего понятия кредитных правоотношений» (С. 11).

¹² См.: Пастушенко Д. С. К вопросу о финансово-правовой природе банковского кредита / Актуальные проблемы банковского права в России: сборник статей международной научно-практической конференции (июнь, 2007). Пенза, 2007. С. 44.

¹³ Ефимова Л. Г. Банковские сделки: право и экономика. М., 2001. С. 496.

¹⁴ Тосунян Г. А., Викулин А. Ю., Экмалян А. М. Банковское право Российской Федерации: Учебник. Общая часть / Под общ. ред. Б. Н. Топорнина. М., 1999. С. 189.

работе в один «бессмысленный» ряд выстраиваются определения кредита, нашедшие отражение в экономической, финансовой и юридической литературе: 1) «кредит – это предоставление денег или товаров, т.е. определенное действие либо операция»; 2) «кредит – это движение капитала либо форма его движения»; 3) «кредит – это сделка с деньгами или товарами»; 4) «кредит как денежные средства либо имущество, предоставляемые одной стороной (кредитором) другой стороне (заемщику) в размере и на условиях, предусмотренных договором»; 5) «кредит... как деятельность определенного вида»; 6) «кредит – это отношения»; 7) «кредит... как доверие (акт доверия), оказываемое кредитором заемщику»¹⁵. Данный перечень трактовок кредита, может быть, и имел бы смысл, если бы авторы следовали своему же выводу о том, что все особенности и черты понятия «кредит» следует рассматривать комплексно, в их взаимосвязи и взаимообусловленности, как некое диалектическое единство, поскольку в противном случае данное понятие теряет свой категориальный и системообразующий характер и его определение носит несколько метафизический характер¹⁶. Однако нет. В конечном же счете кредит определяется авторами лишь как «денежные средства или другие вещи, определенные родовыми признаками, передаваемые (либо предназначенные к передаче) в процессе кредитования в собственность другой стороне в размере и на условиях, предусмотренных договором (кредитным, товарного или коммерческого кредита), в результате чего между сторонами возникают кредитные отношения»¹⁷.

В приведенной примере прослеживается не только отсутствие логики, но и игнорирование доктринального подхода в использовании термина «кредит» для обозначения параграфа второго главы 42 Гражданского кодекса РФ (ГК РФ) посредством узкого толкования этого термина, представляющего лишь одну сторону правового явления – кредит как денежные средства¹⁸. Кроме того, через такой подход определения содержания кредита трудно вести речь об использовании его для обоснованности «относительной самостоятельности отрасли банковского права».

Учитывая последнее, нельзя не выразить своего мнения в отношении определения места банковского права. Принимая во внимание действительные предпосылки формирования банковского права, а именно формирование обширной правовой базы, мы должны вести речь о банковском праве как о комплексной отрасли права, которая относится не к составным частям системы российского права, а к системе законодательства, тем самым не формируя «свои» правовые нормы, а заимствуя их у других основных (базовых) отраслей права по признаку отнесения их к банковской деятельности.

Принимая во внимание то, что в большинстве научных работ делается акцент на экономической составляющей правовой категории «кредит», нельзя обойти вниманием и те работы, где предпринимается попытка, напротив, определить кредит с экономической точки зрения посредством правовой составляющей. Так, В. В. Витрянский отмечая, что действующий Гражданский кодекс в некоторой степени воспринял категорию кредита в экономическом смысле, определяет, что категорией «кредит» (в экономическом смысле) охватываются и вексельные правоотношения, и те отношения, которые в (ст. 822) ГК РФ квалифицируются как товарный кредит, и отношения, связанные с выпуском и продажей облигаций¹⁹. Такой подход вызывает ряд возражений.

¹⁵ Там же. С. 175—177.

¹⁶ Там же. С. 180.

¹⁷ Тосунян Г. А., Викулин А. Ю., Экмалин А. М. Указ. соч. С. 187.

¹⁸ На данное обстоятельство указывает, в частности, В. В. Витрянский. См.: Витрянский В. В. Категории «кредит» и «кредитные правоотношения» в гражданском праве. С. 7.

¹⁹ Витрянский В. В. Категории «кредит» и «кредитные правоотношения» в гражданском праве. С. 8—10.

Во-первых, остается неясным, каким именно подходом к определению кредита как экономической категории руководствуется ученый, для того чтобы раскрыть содержание искомого термина.

Во-вторых, непонятен и критерий, который положен в основу содержания кредита в экономическом смысле посредством отнесения к нему и вексельного отношения, и товарного кредита, и некоторых других. Почему в таком случае нельзя отнести к содержанию исследуемой категории, например, факторинг?

В-третьих, такой подход к определению содержания кредита (с экономической точки зрения) не привносит ясности в определении экономической сущности кредита, так же, как если бы автор попытался выявить содержание правовой категории «кредит» через экономическую составляющую, о чем уже было сказано.

Оставив в стороне дальнейшие, как нам представляется, бессмысленные иллюстрации искаженного понимания сущности кредита (банковского кредита), обратим внимание на один аспект как экономической, так и правовой дискуссии. Авторы целого ряда работ, приводя достаточно широкий спектр мнений в определении понятия кредита, редко утруждают себя в том, чтобы четко развести цитируемые научные труды по предмету исследования. Ведь, действительно, в одних работах кредит представлен с позиции инструмента банковской сферы, в других – как универсальное средство, находящее самое широкое применение во всех сферах жизни. При этом необходимо учитывать и направленность исследования на социальные, экономические, правовые и иные всевозможные элементы.

При выявлении правовой сущности банковского кредита необходимо учитывать ряд аспектов, которые должны быть положены в основу ее изучения.

Так, представляется ошибочным подход к исследованию банковского кредита, отправным моментом которого выступает положение о его межотраслевом характере. Данный термин является частноправовым (гражданско-правовым), а возможность его использования в остальных отраслях права допускается законодателем в той мере, в какой это необходимо для урегулирования отношений в межотраслевом поле. При этом существует необходимость уяснения вопроса: используется ли термин «кредит» в том или ином нормативном правовом акте как частноправовой, либо он имеет свое самостоятельное значение для применения его, например, к налоговым или финансовым отношениям? Ответ на поставленный вопрос можно найти в общей норме отраслевого законодательного акта о порядке применения гражданского законодательства к отношениям, выступающим предметом регулирования данного акта. Например, п. 1 ст. 11 Налогового кодекса РФ (НК РФ) указывает, что «институты, понятия и термины гражданского, семейного и других отраслей законодательства Российской Федерации, используемые в настоящем Кодексе, применяются в том значении, в каком они используются в этих отраслях законодательства, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом», а ст. 65 НК РФ раскрывает содержание налогового кредита через изменение срока уплаты налога на срок от трех до одного года. Если все же придерживаться позиции межотраслевого характера термина «кредит», то можно отметить, что помимо данного термина и большинство других терминов гражданского законодательства, например «денежные средства», «информация», «договор», «право собственности» и т.д., выступают межотраслевыми, за исключением, пожалуй, терминов «гражданское законодательство», «гражданское право» и всех тех, которые в содержании имеют слово «гражданское».

Таким образом, нет необходимости класть в основу исследования признак межотраслевого характера категории «банковский кредит» («кредит»), поскольку это никаким образом не может отразиться на определении ее содержания.

Кроме того, необходимо учитывать и доктринальный подход к определению места банковского кредита (кредита) в действующем Гражданском кодексе. Все главы и параграфы разд.

IV «Отдельные виды обязательств» ГК РФ определяют типы и виды гражданско-правовых обязательств.

Законодатель посвятил займу, кредиту, товарному и коммерческому кредиту отдельные параграфы главы 42 ГК РФ. Данная глава не имеет параграфа, посвященного общим положениям, что дает основание рассматривать параграфы по отношению друг к другу как равнозначные, а, следовательно, договоры относительно содержания каждого параграфа как самостоятельные. Однако в юридической литературе встречаются иные подходы толкования структуры данной главы Гражданского кодекса.

Основная позиция авторов сводится к определению зависимости кредита от займа, когда последний рассматривается в качестве родового понятия, а первый – видового²⁰. Аргументом такой позиции ученых выступает наличие отсылочной нормы п. 2 ст. 819 ГК РФ: «К отношениям по кредитному договору применяются правила, предусмотренные параграфом 1 настоящей главы, если иное не предусмотрено правилами настоящего параграфа и не вытекает из существа кредитного договора». Так, В. В. Витрянский пишет, что «среди правил о кредитном договоре имеется положение о том, что к отношениям по кредитному договору подлежат применению в субсидиарном порядке нормы о договоре займа»²¹. Это, в свою очередь, дало повод автору прийти к следующему выводу: «договор товарного кредита (как и кредитный договор) надлежит квалифицировать как отдельный вид договора займа»²².

Такой подход к определению места кредита в главе 42, когда содержание отсылочной нормы стало единственным весомым аргументом отнесения кредита к разновидности займа, вызывает некоторую растерянность. Наши возражения касаются следующего.

Во-первых, норма п. 2 ст. 819, как уже отмечалось, является отсылочной и выступает примером особого юридико-технического приема, способом регулирования, когда имеет место «отсылка к регламентации сходных отношений, установленная законодательным порядком»²³. Цель такого субсидиарного (дополнительного) применения заключается в первую очередь в исключении дублирования нормативного материала.

Во-вторых, подобную конструкцию отсылочной нормы законодатель использует и при урегулировании других обязательственных отношений. Приведем только два законодательных примера. Так, п. 2 ст. 567 ГК РФ гласит: «*К договору мены применяются соответственно правила о купле-продаже* (гл. 30), если это не противоречит правилам настоящей главы и существу мены» (курсив мой. – С. С.). Трудно предположить, что приведенная норма позволяет усомниться в самостоятельности данной договорной конструкции²⁴. Напротив, доктринальный подход выражается в определении договора мены как самостоятельного типа гражданско-правового договора. Второй пример касается возможности применения положений договорных обязательств к правовому институту действия в чужом интересе без поручения, что, естественно, не умаляет самостоятельности последнего, являющегося по своей правовой природе внедоговорным обязательством. Так, ст. 982 ГК РФ определяет, что «если лицо, в интересах которого предпринимаются действия без его поручения, одобрит эти действия, к отношениям

²⁰ См., напр.: Гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Издание второе, перераб. и доп. М.: ПРОСПЕКТ, 2000. С. 430; Додонов В. Н., Крылова М. А., Шестаков А. В. Финансовое и банковское право. Словарь-справочник / Под ред. О. Н. Горбуновой. М.: ИНФРА-М, 1997. С. 116; Витрянский В. В. Категории «кредит» и «кредитные правоотношения» в гражданском праве. С. 10—11.

²¹ Витрянский В. В. Категории «кредит» и «кредитные правоотношения» в гражданском праве. С. 10.

²² Там же. См. подробнее: Витрянский В. В. Договор займа: общие положения и отдельные виды договора. М., 2004. С. 305—330.

²³ Гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II. Полутом 2 / Под ред. Е. А. Суханова. 2-е изд. перераб. и доп. М., 2002. С. 224. См. также: Словарь гражданского права / Под ред. В. В. Залесского. М.: ИНФРА-М, 1997. С. 16—17.

²⁴ Подобный юридический прием используется также в ст. 1011 «Применение к агентским отношениям правил о договорах поручения и комиссии» ГК РФ, ст. 834 ГК РФ «Договор банковского вклада» (абз. 1 п. 3), ст. 585 «Отчуждение имущества под выплату ренты» (п. 2) ГК РФ.

сторон в дальнейшем *применяются правила о договоре поручения или ином договоре, соответствующем характеру предпринятых действий, даже если одобрение было устным*» (курсив мой. – С. С.).

В-третьих, если обратиться к структуре глав Гражданского кодекса, посвященных, в частности, купле-продаже, аренде, подряду, то можно с уверенностью утверждать, что законодательная позиция определения видов гражданско-правовых договоров в рамках соответствующих глав выражается иначе, чем посредством использования отсылочных норм.

Таким образом, все параграфы главы 42 ГК РФ регулируют самостоятельные виды договорных конструкций, а именно договор займа, кредитный договор, договор товарного кредита, и обязательство, возникающее из коммерческого кредита.

Возвращаясь к структуре главы 42, заметим, что параграф второй «Кредит» гл. 42 посвящен непосредственно банковскому кредиту, а не кредиту вообще. В свою очередь, параграф третий «Товарный и коммерческий кредит» данной главы, напротив, четко выделяет еще две разновидности кредита помимо той, которая указана во втором параграфе. *Поэтому для устранения искаженного толкования структуры главы 42 ГК РФ представляется возможным уточнить название параграфа второго и сформулировать его как банковский кредит, что позволит четко разграничить разновидности общей категории «кредит».*

Большинство договорных (возмездных) конструкций имеют двусторонний характер, состоят из двух основных обязательств, содержание которых выражается в наличии соответствующих субъективных прав и корреспондирующих им субъективных обязанностей. Одно из таких обязательств, как правило, связано с передачей денежных средств в оплату товара, работ или услуг и поэтому является характерным для всех договоров, не отражая тем самым специфики каждого из них. Следовательно, встречное обязательство обязательству по передаче денег можно рассматривать как квалифицирующее для определения существа гражданско-правового договора, которое, в свою очередь, и нашло отражение в названии глав и параграфов части второй Гражданского кодекса. При определении такого квалифицирующего обязательства можно руководствоваться законодательным приемом, нашедшим выражение при определении применимого права к договору в рамках ст. 1211 ГК РФ. Речь идет об общем подходе толкования положения п. 1 ст. 1211 ГК РФ: «право страны, с которой договор наиболее тесно связан». По общему правилу (п. 2 ст. 1211) оно определяется как право страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора (курсив мой. – С. С.). Помимо общего правила определения права страны, с которой договор тесно связан, законодатель оказывает помощь в определении такого права и указывает (п. 3 ст. 1211), что в договоре купли-продажи стороной, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, выступает продавец, в договоре дарения – даритель, в договоре аренды – арендодатель, в договоре подряда – подрядчик и т.д. То есть для договора купли-продажи квалифицирующим обязательством выступает обязательство по передаче вещи (товара) в собственность, для договора аренды – обязательство по передаче имущества во временное владение и пользование или во временное пользование, в договоре подряда – обязательство по выполнению работы и передаче результата работы заказчику²⁵. Сложнее обстоит дело с определением такового обязательства применительно к главе 42 ГК РФ.

При определении стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора займа и кредитного договора, законодатель определяет ее как займодавец и кредитор соответственно, в чем, как нам представляется, прослеживается непосредственность законодателя, вступающая в противоречие с положениями главы 42. Речь

²⁵ См.: Соломин С. К., Соломина Н. Г. Международное частное право (общая часть): Учебное пособие. Чита: ЗИП СибУПК, 2004. С. 59.

идет о том, что в договоре займа присутствует только одно обязательство, связанное с возвратом заемщиком займодавцу суммы займа или равного количества других полученных им вещей того же рода и качества. Следовательно, применительно к договору займа можно вести речь только об одном обязательстве, которое по смыслу п. 2 ст. 1211 ГК РФ и должно стать квалифицирующим. Другими словами, именно исполнение заемщика имеет решающее значение для содержания договора займа, а значит, применимое право должно определяться через право страны, где находится место жительства или основное место деятельности заемщика. Для кредитного же договора, являющегося по своей природе двусторонним, характерно наличие двух обязательств, из которых только одно можно признать квалифицирующим. Таким обязательством выступает обязательство по предоставлению суммы кредита кредитором заемщику, а, следовательно, применимое право будет определяться через место жительства или место осуществления деятельности кредитора²⁶.

Таким образом, можно заключить, что название параграфа первого «Заем» главы 42 соотносится с обязательством по возврату заемщиком займодавцу суммы займа или равного количества других полученных им вещей того же рода и качества, а название параграфа второго «Кредит» с обязательством по предоставлению суммы кредита кредитором заемщику.

В юридической литературе под кредитными отношениями предлагается понимать все правовые отношения, возникающие при предоставлении (передаче, использовании и возврате) денежных средств или других вещей, определяемых родовыми признаками, на условии возврата²⁷.

При этом под кредитным правоотношением было бы неправильно понимать всякое правоотношение, возникающее при передаче ценностей, когда получение их эквивалента отделено некоторым промежутком времени. При таком понимании к числу кредитных следовало бы отнести отношения, возникающие из купли-продажи, поставки, подряда, перевозки, т.е. те, которые состоят в передаче товаров или предоставлении услуг до их оплаты²⁸.

Представляется не совсем обоснованным вывод Л. Г. Ефимовой, который она делает из выше указанного определения кредитного правоотношения, предложенного Э. Г. Полонским в 1960-х годах. Так, Л. Г. Ефимова полагает, что «все кредитные правоотношения сводились, в основном, к договору займа»²⁹. Если же быть точными, Э. Г. Полонский в то время указывал, что «весь сложный комплекс гражданско-правовых отношений возникает из трех сложившихся в советском гражданском праве самостоятельных договоров: договора займа, договора вклада, расчетного и текущего счета и договора банковской ссуды»³⁰.

Банковский кредит как обязательство отличается от заемного обязательства по признаку направленности. Содержание заемного обязательства сводится к обязанности заемщика вернуть займодавцу ранее полученную денежную сумму или ранее полученное количество вещей того же рода и качества, а, следовательно, данное обязательство определяется действием, направленным от заемщика к займодавцу. *Банковский же кредит (кредитное обязательство), выступая квалифицирующим обязательством для определения содержания кредитного договора, должно определяться как обязательство, в силу которого кредитор (банк или иная кредитная организация) обязан предоставить денежные средства (кредит) заемщику, а заемщик*

²⁶ Учитывая изложенное, законодателью следует либо изменить содержание п. 3 ст. 1211 ГК РФ в части, касающейся определения стороны, исполнение которой имеет решающее значение для договора займа, либо отнести определение применимого права через право страны займодавца к специальным случаям п. 4 ст. 1211 ГК РФ.

²⁷ См.: Компанец Е. С., Полонский Э. Г. Применение законодательства о кредитовании и расчетах. М., 1967. С. 72, 73.

²⁸ Такого подхода, в частности, придерживались Э. Г. Полонский (Правовые основы банковского кредитования промышленности в СССР. Автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 1963. С. 5) и Я. А. Куник (Кредитные и расчетные отношения в торговле. М., 1970. С. 7).

²⁹ Ефимова Л. Г. Теория и практика заемно-кредитных отношений // Юридический мир. 2000. № 1. С. 23.

³⁰ Полонский Э. Г. Правовые основы банковского кредитования промышленности в СССР. М., 1963. С. 5.

имеет право требовать от кредитора такой передачи в размере и на условиях, предусмотренных кредитным договором. То есть речь идет о направленности действия от кредитора к заемщику. Совершение действия обязанным лицом в кредитном обязательстве создает долг на стороне заемщика, и поэтому в чистом виде не является денежным обязательством, которое (в узкой трактовке) всегда направлено на погашение денежного долга платежом.

Таким образом, именно направленность банковского кредита от кредитора к заемщику отличает его от заемного обязательства. Причем такая направленность присутствует и в других видах кредита, а именно товарном и коммерческом.

Категория «банковский кредит» соотносится только с одним обязательством, возникающим из кредитного договора и квалифицирующим его в качестве такового. Банковский кредит не обозначает все те обязательства, которые возникают из кредитного договора, поскольку, выступая правоотношением, он не может представлять собой несколько правоотношений. В этом подходе проявляется нецелесообразность разграничения гражданских правоотношений на простые и сложные, где последние предлагается рассматривать как правоотношения, в которых обе стороны обладают как правами, так и обязанностями³¹. «Понятие сложного обязательства никак не вписывается в понятие о правоотношении вообще, как связи, состоящей из одного права и одной обязанности»³². Содержанием обязательства как гражданского правоотношения являются субъективное право и корреспондирующая ему субъективная правовая обязанность. В кредитном обязательстве мы ведем речь о праве заемщика требовать предоставления денежной суммы (кредит) и об обязанности кредитора предоставить данную сумму, которые «находятся в неразрывном диалектическом единстве, получающем свое выражение в реальных общественных отношениях»³³, между заемщиком и кредитором.

При исследовании категории «банковский кредит» обращает на себя внимание некоторая вольность современных ученых в использовании терминологии, когда одни термины подменяются другими или используются в неточной формулировке. Так, при первом осмыслении названия статьи В. В. Витрянского «Категории «кредит» и «кредитные правоотношения» в гражданском праве» можно сделать вывод, что автор разводит указанные категории, что отчасти подтверждается и выводами, завершающими научную статью. Автор определяет, что в гражданско-правовом смысле категория «кредит» может означать лишь вид заемного обязательства, по которому одна сторона обязуется предоставить другой стороне денежную сумму или определенное количество вещей, определяемых родовыми признаками, а последняя – возвратить в установленный срок соответствующую денежную сумму или такое же количество вещей того же рода и качества³⁴. Кредитные правоотношения определяются ученым как «обязательство, вытекающее из кредитного договора, договора товарного кредита, либо обязательство коммерческого кредита»³⁵.

Выходит, что кредит определяется как вид заемного обязательства, а кредитные правоотношения – как обязательство, вытекающее из кредитного договора, договора товарного кредита, либо как обязательство коммерческого кредита. С одной стороны, видно, что и кредит, и кредитные правоотношения определяются через термин «обязательство», а значит, можно предположить тождественность исследуемых автором категорий. С другой стороны, содержание категории «кредит» как вида заемного обязательства В. В. Витрянским определяется через два обязательства, а именно обязательство по предоставлению денежной суммы или опреде-

³¹ В. П. Грибанов говорил о возможности деления гражданских правоотношений на простые и сложные. См.: Советское гражданское право: Учебник. Т. 1 / Под ред. В. П. Грибанова, С. М. Корнеева. М.: Юридическая литература, 1979. С. 103.

³² Белов В. А. Гражданское право: Общая и особенная части. Учебник. М.: АО «Центр ЮрИнфор», 2003. С. 696.

³³ Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». М.: Статут, 2000. С. 569.

³⁴ См.: Витрянский В. В. Категории «кредит» и «кредитные правоотношения» в гражданском праве. С. 18.

³⁵ Там же.

ленного количества вещей, определяемых родовыми признаками, и обязательство по возврату соответствующей денежной суммы или того же количества вещей того же рода и качества. Другими словами, ученый говорит о кредите как о некотором виде заемного обязательства, которое по его же определению состоит как минимум из двух обязательств. Термин же «кредитные правоотношения» определяется как обязательство в единственном числе. Остается непонятным, а какое обязательство, вытекающее из кредитного договора, ученый все же относит к кредитным правоотношениям.

Количество обязательств, определяющих содержание исследуемых В. В. Витрянским правовых категорий, можно было бы положить в основание разведения последних, если бы ученый по ходу изложения своей научной позиции на кредит и кредитные правоотношения не использовал бы смысловые связки, которые не укладываются в его же выводы. Например: «Что же касается категории «кредитные правоотношения», то в гражданском праве ее смысл сводится к обозначению обязательств, возникающих из кредитного договора, договора товарного кредита, а также самого обязательства коммерческого кредита»³⁶ (термин «обязательство» используется во множественном числе. – *Авт.*); «Что же касается категории «кредит» в правовом смысле... данная категория служит для обозначения трех видов договорных обязательств: кредитного договора, договора товарного кредита и обязательства коммерческого кредита...» (непонятно чем данная формулировка отличается от предыдущей. – *Авт.*), а далее «...все три названных вида договорных обязательств... представляют собой отдельные виды заемных обязательств...»³⁷ (можно предположить, что не кредит обозначает отдельные вид заемного обязательства, а каждое из приведенных обязательств. – *Авт.*); «Родовая принадлежность всех названных трех видов кредита к договору займа...»³⁸ (в данном примере три вида кредита относятся уже не к видам заемных обязательств, а уже к видам договора займа. – *Авт.*). Позволим оставить выше приведенные примеры без комментария.

При понимании сущности банковского кредита важно учесть, что некоторые ученые при исследовании содержания данной категории отказываются от применения категориального аппарата обязательственного права, признавая за ней качества публично-правового явления. Так, в одном из современных диссертационных исследований банковский кредит предлагается определять как «экономическую взаимосвязь общественных отношений, в процессе которой аккумулированные банком денежные средства предоставляются потребителям-заемщикам на условиях срочности, платности, возвратности, в порядке, предусмотренном нормами права»³⁹. Не останавливаясь на изучении данного подхода в понимании банковского кредита, заметим, что он весьма напоминает точку зрения В. Ф. Кузьмина, разработавшего в свое время категорию «банковского кредита» в рамках теории «хозяйственного права». Так, ученый писал: «Банковский кредит, обусловленный объективными экономическими предпосылками, но возникающий в результате организационно-правовой деятельности государства, существует и проявляется как правоотношение, то есть как *общественное отношение по аккумуляции денежных средств и предоставлению их в распоряжение хозорганов на условиях возвратности и возмездности, которое предусмотрено, организовано и урегулировано нормами права*»⁴⁰ (курсив мой. – С. С.).

³⁶ Витрянский В. В. Категории «кредит» и «кредитные правоотношения» в гражданском праве. С. 12.

³⁷ Там же. С. 11.

³⁸ Там же.

³⁹ Боброва О. В. Правовые основы государственного регулирования банковского кредитования: Автореф. дис... канд. юрид. наук. Саратов, 2000. С. 8.

⁴⁰ Хозяйственное право: Учебник / Под ред. В. В. Лаптева. М.: Юрид. лит., 1983. С. 338.

§2. Понятие кредитной деятельности

Предоставление денежных средств по кредитному договору осуществляется в рамках кредитной деятельности банка. Кредитная деятельность, выступая разновидностью банковской деятельности, является также структурным элементом последней, через содержание которой только и возможно уяснить сущность кредитной деятельности. Несмотря на то что законодатель ввел и широко использует термин «банковская деятельность», легальное определение этого термина отсутствует. Естественно, что для раскрытия кредитной деятельности можно обратиться к содержанию родового понятия по отношению как к кредитной, так и банковской деятельности, а именно предпринимательской деятельности. Однако и в отношении последней законодатель ограничился только качественными, а не содержательными характеристиками. Статья 2 ГК РФ определяет, что «предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке». Нетрудно заметить, что предпринимательская деятельность раскрывается посредством использования того же термина «деятельность» с указанием на то, что это деятельность «самостоятельная», деятельность, «осуществляемая на свой риск», деятельность, «направленная на систематическое получение прибыли». Сам же термин «деятельность» оставлен законодателем без внимания.

Можно заключить, что ст. 2 ГК РФ определяет признаки предпринимательской деятельности, при проявлении одновременно в совокупности которых мы можем вести речь о таковой. Следовательно, посредством признаков предпринимательской деятельности можно выявить особенности правового режима банковской деятельности⁴¹. В частности, можно определить такие режимные требования, как требование государственной регистрации и лицензирования, требование о запрете на занятие производственной, торговой и страховой деятельностью, требование законности осуществления банковской деятельности. Что же касается определения содержательной части категории «банковская деятельность», то из смысла положений специального банковского законодательства последняя раскрывается через категорию «банковская операция». Так, О. М. Олейник говорит, что «о банковской деятельности может идти речь в тех случаях, когда имеет место совершение любого вида перечисленных законодателем банковских операций как самим банком, так и иными кредитными организациями»⁴². Совершение «любого вида», как нам представляется, предполагает многократность осуществления операций соотносимых с содержанием любой из банковских операций, указанных в Федеральном законе от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности»⁴³ (далее – Закон о банках и банковской деятельности), основываясь в первую очередь на признаке систематичности деятельности.

Следовательно, можно утверждать, что *банковская деятельность представляет собой систему постоянно осуществляемых банковских операций надлежащим субъектом (банком или иной кредитной организацией) на основании лицензии Банка России*.

Отсутствие законодательного определения банковской деятельности предоставило некоторую свободу в понимании данного термина, общими чертами которой выступают следующие: банковская деятельность выступает разновидностью предпринимательской деятельности; осуществление банковской деятельности предполагает наличие лицензии Банка России.

⁴¹ Под правовым режимом банковской деятельности следует понимать порядок осуществления такой деятельности и последствия несоблюдения установленных правил.

⁴² Олейник О. М. Основы банковского права: Курс лекций. М.: Юрист, 1997. С. 26.

⁴³ СЗ РФ. 1996. № 6. 492.

Однако попытки некоторых ученых обозначить границы банковской деятельности приводят к искажению ее правовой сущности.

Так, К. Т. Трофимов определяет банковскую деятельность как «основанную на законе либо лицензии предпринимательскую деятельность кредитных организаций на рынке финансовых и связанных с ними услуг по выполнению функций посредничества в кредите, платежах и обращении капитала»⁴⁴. Представляется, что приведенная трактовка исследуемого термина имеет ряд недостатков.

Во-первых, непонятно, в каком случае кредитная организация основывает свою деятельность не на лицензии, а на законе. По ходу своих рассуждений К. Т. Трофимов уточняет, что банковскую деятельность, основанную на законе, совершает непосредственно Банк России⁴⁵. Не возражая по существу сказанного, укажем на одно несоответствие: Банк России согласно действующему законодательству не является кредитной организацией, а поэтому не попадает в субъектный состав, указанный ученым в определении.

Во-вторых, ученый по определению смешивает два различных термина, а именно термины «банковская деятельность кредитной организации» и «предпринимательская деятельность кредитных организаций на рынке финансовых и связанных с ними услуг», отличие которых отмечает в дальнейшем и сам К. Т. Трофимов: «Понятие «деятельность кредитной организации» – более широкое, чем понятие «банковская деятельность», включающее в себя также и деятельность кредитной организации, не являющейся банковской»⁴⁶.

В-третьих, ученый говорит о некоем посредничестве в кредите, что, как нам представляется, противоречит природе последнего. Посредничество в кредите со стороны банка как таковое отсутствует, поскольку именно банк выступает кредитором, стороной, предоставляющей денежные средства на условиях платности, срочности и возвратности.

В-четвертых, вызывает возражение возможность использования в одном терминологическом ряду такие термины, как, «кредит», «платежи» и «обращение капитала», разграничение которых представляется невозможным по причине их несопоставимости. Термин «платежи», возможно, используется ученым в значении термина «расчеты», что, естественно, не одно и то же. Гораздо труднее с определением содержания термина «обращение капитала», относящегося в большей степени к экономической теории, что не позволяет его соотнести с терминами «кредит» и «платежи» с точки зрения права.

Хочется обратить внимание на то, что только точность в использовании терминов и понятий позволит избежать подобной вольности со стороны ученых в определении содержания правовых явлений.

Банковская деятельность соотносится только с осуществлением банковских операций, но не иных сделок кредитной организации, перечень которых приводится в ст. 5 Закона о банках и банковской деятельности. Кроме того, необходимо учесть, что банковская деятельность не может раскрываться исключительно через совершение в совокупности трех банковских операций ч. 2 ст. 1 Закона о банках и банковской деятельности, а именно: привлечение во вклады денежных средств физических и юридических лиц; размещение указанных средств от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, платности, срочности; открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц^[4].

Ни одна из лицензий Банка России, выдаваемых банку на право осуществления банковских операций, по своему содержанию не ограничивается только тремя указанными операциями. Так, созданному путем учреждения банку может быть выдана лицензия на осуществление банковских операций со средствами в рублях (без права привлечения во вклады денежных

⁴⁴ Трофимов К. Т. Проблемы правоспособности банка // Хозяйство и право. 2005. № 4. С. 89.

⁴⁵ Там же.

⁴⁶ Трофимов К. Т. . Проблемы правоспособности банка. № 4. С. 90.

средств физических лиц)⁴⁷. Данная лицензия включает, как три приведенные банковские операции, так и ряд других, в частности: осуществление расчетов по поручению юридических лиц, в том числе банков-корреспондентов, по их банковским счетам; инкассацию денежных средств, векселей, платежных и расчетных документов и кассовое обслуживание физических и юридических лиц; выдачу банковских гарантий; осуществление переводов денежных средств по поручению физических лиц без открытия банковских счетов (за исключением почтовых переводов).

Исходя из изложенного можно определить кредитную деятельность как систему постоянно осуществляемых банковских кредитных операций⁴⁸ (кредитных сделок) надлежащим субъектом (банком или иной кредитной организацией) на основании лицензии Банка России. Кредитная деятельность банка не является самостоятельной деятельностью: существуя в рамках банковской деятельности, в неразрывной связи с другими элементами последней, она отражает только одну сторону деятельности банка, а именно размещение кредитных ресурсов (денежных средств банка).

В перечне банковских операций ст. 5 Закона о банках и банковской деятельности содержится только одна операция, сопоставимая с размещением денежных средств. Речь идет о подп. 2 ч. 1 ст. 5, в котором предусмотрена банковская операция по размещению привлеченных денежных средств физических и юридических лиц от своего имени и за свой счет. В этой связи возникает ряд вопросов, ответы на которые позволят уточнить содержание кредитной деятельности банка: во-первых, как соотносится содержание банковской операции подп. 2 ч. 1 ст. 5 с содержанием подобной же банковской операции ч. 2 ст. 1 Закона о банках и банковской деятельности; во-вторых, относится ли к банковской операции размещение денежных средств физических и юридических лиц, находящихся на банковских счетах в рамках осуществления операции открытия и ведения банковских счетов физических и юридических лиц; в-третьих, относится ли к банковской операции размещение собственных средств банка.

1. Легальное определение понятия «банк» содержит три банковские операции, совершение в совокупности которых отведено законодателем к исключительной компетенции банка. Из этих трех банковских операций ч. 2 ст. 1 Закона о банках и банковской деятельности только одна, а именно открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц, дословно воспроизведена в подп. 3 ч. 1 ст. 5 этого же Закона. Учитывая тот факт, что ст. 5 Закона о банках и банковской деятельности определяет исчерпывающий перечень банковских операций, вызывает озабоченность законодательная воля в определении текстовки двух других операций ст. 1 с одноименными операциями ст. 5 названного Закона: если название операции по привлечению денежных средств во вклады ч. 2 ст. 1 короче одноименного названия подп. 1 ч. 1 ст. 5, то формулировка операции по размещению привлеченных денежных средств ч. 2 ст. 1 уточнена по сравнению с подобной же формулировкой банковской операции подп. 2 ч. 1 ст. 5. Не вызывает сомнения, что именно ст. 5 определяет содержание банковских операций, а значит, следует говорить о банковской операции по размещению привлеченных средств от своего имени и за свой счет. Условия же платности, срочности и возвратности ч. 2 ст. 1 данного Закона соответствуют общему смыслу кредитной деятельности как деятельности, направленной на извлечение прибыли.

⁴⁷ п. 8.2.1 инструкции ЦБ РФ от 14 января 2004 г. № 109-И «О порядке принятия Банком России решения о государственной регистрации кредитных организаций и выдаче лицензий на осуществление банковских операций» // Вестник Банка России. 2004. № 15.

⁴⁸ В юридической литературе кредитные операции относят к активным операциям, т. е. тем, в которых банк выступает в качестве кредитора. При этом перечень активных банковских операций, как правило, предлагается шире непосредственно термина «банковская операция» и включает также те операции, которые могут совершаться и другими субъектами права, т. е. не требующие лицензии на их совершение.

2. Возможность использования денежных средств физических и юридических лиц, находящихся на их банковских счетах, в том числе и для предоставления банковских кредитов, подтверждается п. 2 ст. 845 ГК РФ, согласно которому «банк может использовать имеющиеся на счете денежные средства, гарантируя право клиента беспрепятственно распоряжаться этими средствами», и п. 1 ст. 852 ГК РФ: «Если иное не предусмотрено договором банковского счета, за пользование денежными средствами, находящимися на счете клиента, банк уплачивает проценты, сумма которых зачисляется на счет». Учитывая, что субъектом использования денежных средств, находящихся на счетах физических и юридических лиц, выступает банк, можно предположить, что и подобная операция по использованию денежных средств относится к банковским операциям. В перечне банковских операций ст. 5 Закона о банках и банковской деятельности, который является исчерпывающим, такая операция отсутствует. Означает ли это, что подобную операцию (использование денежных средств, находящихся на счетах юридических и физических лиц) могут осуществлять и другие субъекты хозяйственного оборота?

Прежде чем использовать такие денежные средства, их необходимо получить, что может быть обеспечено только заключением договора банковского счета, в котором со стороны обслуживающего счет может выступать банк, а также по прямому указанию п. 4 ст. 845 ГК РФ небанковские кредитные организации. Никаких других субъектов законодатель не определяет. Вместе с тем денежные средства, поступающие на счета физических и юридических лиц, не следует использовать в значении «привлеченных денежных средств» подп. 2 ч. 1 ст. 5 Закона о банках и банковской деятельности. Представляется, что возможность использования поступающих на банковские счета денежных средств, в том числе и в качестве кредитных ресурсов, обеспечивается банковской операцией подп. 3 ч. 1 ст. 5 и входит в содержание термина «ведение^[5] банковских счетов физических и юридических лиц». Не попадая в содержание банковской операции по размещению привлеченных денежных средств, использование денежных средств, находящихся на банковских счетах, включается в содержание кредитной деятельности, которую вправе совершать и небанковские кредитные организации. Учитывая правовой режим денежных средств, находящихся на банковских счетах, зачисляемых на основании договора банковского счета, а именно возможность их использования банком с целью получения прибыли, вызывает возражение законодательная формулировка п. 1 ст. 852 ГК РФ, позволяющая по соглашению сторон исключить обязанность банка уплачивать проценты за такое использование.

3. Обращая внимание на собственные средства банка, законодатель не определяет режим их использования в рамках конкретной банковской операции, а значит, отсутствует прямое указание о возможности их размещения. Это можно толковать двояко: либо законодатель вообще исключает собственные средства банка из финансового оборота, либо операция по размещению собственных средств банка относится к перечню «других сделок кредитной организации» (ч. 3 и 4 ст. 5 Закона о банках и банковской деятельности), которые он вправе совершать в соответствии с законодательством Российской Федерации, в том числе наряду с другими субъектами права.

Деятельность коммерческих банков осуществляется за счет не только привлеченных денежных средств, но и собственных. К последним относят уставный капитал кредитной организации, эмиссионный доход кредитной организации, фонды кредитной организации, прибыль текущего года, прибыль предшествующих лет и некоторые другие⁴⁹. Величина собственных средств банка находит регулятивное значение в установлении норматива достаточности собственных средств (капитала) банка, который оказывает решающее значение в регулировании (ограничении) риска несостоятельности банка, определяет требования по минимальной

⁴⁹ См. подробнее: Положение ЦБ РФ от 10 февраля 2003 г. № 215-П «О методике определения собственных средств (капитала) кредитных организаций» // Вестник Банка России. 2003. № 15.

величине собственных средств (капитала) банка, необходимых для покрытия кредитных рисков⁵⁰. Собственные средства банка (имущество кредитной организации) помимо всего прочего выступают одним из источников увеличения уставного капитала кредитной организации⁵¹. Естественно, что за счет собственных средств обеспечивается деятельность не только кредитных организаций. Основная часть хозяйствующих субъектов строит свою деятельность в большей степени за счет собственных средств, которые вправе использовать их в том числе и в качестве заемных средств, выступая в качестве заимодавцев. В чем же состоит особенность правового режима собственных средств банка?

Будучи собственными средствами банка, они, как и привлеченные денежные средства, могут быть использованы (размещены) только способами, предусмотренными банковским законодательством, что предполагает наличие лицензии Банка России. Режим операций по размещению кредитных ресурсов банка не предполагает различий в зависимости от источника формирования последних. Собственные денежные средства банка, аналогично привлеченным средствам банка, размещаются на платной, срочной и возвратной основе. При этом законодательный подход к размещению привлеченных денежных средств от своего имени и за свой счет позволяет определить их как собственные средства банка, обремененные обязательственными правами, вытекающими из договора банковского вклада.

При передаче денежных средств банку на основании договора банковского вклада первые теряют индивидуальные признаки, включаются в общую массу денег – родовых вещей, которые в последствии индивидуализируются по размерам (сумме) предоставляемых кредитов передаются конкретным заемщикам. Правовая природа вкладной операции определяет, что в конечном счете возврату подлежат не конкретные купюры (монеты), переданные вкладчиком изначально, а другие деньги соотносимые с суммой ранее внесенных с учетом начисленных процентов. В свою очередь, кредитная сделка по передаче денежных средств в собственность заемщика только и может состояться, если предоставляющий денежные средства субъект (банк) также являлся их собственником.

Представляется ошибочным предположение, что вкладчик, передавая деньги банку и оставаясь при этом их собственником, наделяет банк правомочием распоряжения, действующего в интересах вкладчика. Несостоятельность такой позиции выражается в первую очередь в том, что подобные отношения должны опосредоваться, скорее всего, заключением договора доверительного управления денежными средствами, а не договором банковского вклада и банк в подобной ситуации при заключении кредитной сделки должен ставить отметку типа «Д.У.» («доверительный управляющий») и учитывать, что, например, Иванову предоставляется кредит за счет одного целого вклада Петрова и 1/3 вклада Сидорова.

Кроме того, не надо забывать, что специальное банковское законодательство относится как к привлеченным денежным средствам, так и непосредственно собственным денежным средствам банка при их использовании (размещении) как денежных средств банка⁵². Отличие правового режима собственных денежных средств банка от собственно-привлеченных денежных средств банка можно проследить только через установление обязательных экономических нормативов в рамках осуществления Банком России надзорной функции, выходящей за пределы частноправовых аспектов банковского кредита.

⁵⁰ п. 2.1 инструкции ЦБ РФ от 16 января 2004 г. № 110-И (ред. от 18 февраля 2005 г.) «Об обязательных нормативах банков» // Вестник Банка России. 2004. № 11.

⁵¹ п. 17.7 инструкции ЦБ РФ от 14 января 2004 г. № 109-И «О порядке принятия Банком России решения о государственной регистрации кредитных организаций и выдаче лицензий на осуществление банковских операций» // Вестник Банка России. 2004. № 15.

⁵² См., напр.: положение ЦБ РФ от 31 августа 1998 г. № 54-П (ред. от 27 июля 2001 г.) «О порядке предоставления (размещения) кредитными организациями денежных средств и их возврата (погашения)» // Вестник Банка России. 1998. № 70 — 71.

Важно заметить, что независимо от основания передачи денежных средств банку, а именно договора банковского счета или договора банковского вклада, для целей банковского кредита они выступают собственными денежными средствами банка. Поэтому трудно согласиться с мнением, что денежные средства на счете «в любом случае никогда не могут считаться собственными средствами банка»⁵³. Так, О. М. Олейник полагает, что «деньги на счете... являются объектом права собственности клиента как вещи, определенные родовыми признаками, но выделенные по количественному показателю, зафиксированному путем записи по счетам»⁵⁴.

Нетрудно заметить, что ученый все-таки оперирует некими количественными характеристиками, что, естественно, не означает помещение в определенную ячейку (полку, сейф) конкретного количества денег. Акцент делается на фиксации количественного показателя путем записи по счетам. Представляется, что в данном случае речь идет об определенной сумме денежных средств, а, следовательно, логично было бы предположить, что клиент обладает правом собственности не на деньги, а на право требования, что соответствует обязательственной природе отношений по договору как банковского счета, так и банковского вклада.

Если же в анализируемой точке зрения О. М. Олейник оперирует правовой аргументацией, то в современной юридической литературе находит место обоснование правовой природы денежных средств, предоставляемых в кредит, не имеющее ничего общего не только с частноправовыми аспектами банковского кредита, но и правом вообще.

Так, К. Т. Трофимов утверждает, что «средства, предоставляемые банками в кредит, в большинстве случаев не принадлежат им на праве собственности»⁵⁵. В обоснование данного умозаключения ученый смог лишь привести следующий словесный каламбур, лишенный какой-либо правовой «начинки»: «Коммерческие банки создают деньги. Выдача кредита приводит к появлению операционных счетов, предназначенных для платежей, т.е. порождаются средства платежа и растет денежная масса. Исходя из цели кредита новые деньги будут расходоваться и работать, прокладывая свой путь в экономике как поступления в другие экономические единицы и, возможно, в другие (или те же) банки как резервы для образования новых кредитов и т.д. Результатом является общеизвестный процесс депозитной экспансии (расширение и рост депозитов) или мультипликатор депозита». Изложенное позволило К. Т. Трофимову также определить для банка источники предоставления кредита: во-первых, денежные средства клиентов, по отношению к которым банк выступает в качестве агента и выполняет тем самым функцию перераспределения денег в экономике; во-вторых, новые деньги, появившиеся в результате мультипликатора депозита; в третьих, собственные средства⁵⁶. Заметим, что с позиции права приведенный вывод ученого лишен какого-либо смысла.

Банк выступает собственником всех денежных средств, находящихся на счетах физических и юридических лиц. Отсутствие же банковской операции, соотносимой только с размещением собственных средств, необходимо сопоставлять с сущностью банка как торговца «чужими» деньгами и расширительным толкованием положения подп. 2 ч. 1 ст. 5 Закона о банках и банковской деятельности. Размещение привлеченных денежных средств не означает размещение собственных средств физических и юридических лиц. Искорженное понимание банковской операции подп. 2 ч. 1 ст. 5 Закона о банках и банковской деятельности может произойти из-за подмены понятий. Размещению подлежат не просто привлеченные денежные средства, а денежные средства физических и юридических лиц, привлеченные во вклады, т. е.

⁵³ Олейник О. М. Указ. соч. С. 266.

⁵⁴ Там же. С. 265—266.

⁵⁵ Трофимов К. Т. Правовое регулирование банковского кредита и способов его обеспечения // Закон и право. 2005. № 4. С. 60.

⁵⁶ Трофимов К. Т. Правовое регулирование банковского кредита и способов его обеспечения // Закон и право. 2005. № 4. С. 60.

переданные банку на основании договора банковского вклада, а следовательно, перешедшие в его собственность. Использование же выражения «от своего имени и за свой счет» подп. 2 ч. 1 ст. 5 Закона о банках и банковской деятельности определяет режим действий, еще раз подтверждающих, что только собственными денежными средствами можно распоряжаться «от своего имени и за свой счет». Отношение законодателя к данному выражению можно проследить на примере ст. 971, 990 и 1005 ГК РФ, содержащих легальные определения договора поручения, комиссии и агентирования соответственно. В договоре поручения поверенный действует от имени доверителя, в договоре комиссии комиссионер действует от своего имени, а агентский договор предоставляет возможность конструирования действий агента как от своего имени, так и от имени принципала. Объединяет же все указанные договоры то, что действия всегда совершаются за счет доверителя в договоре поручения, за счет комитента в договоре комиссии, за счет принципала в агентском договоре. Следовательно, можно утверждать, что совершать действия от своего имени и за свой счет можно только в отношении собственного имущества и своих интересах. *Именно поэтому можно заключить, что размещению подлежат денежные средства, принадлежащие банку на основаниях, предусмотренных как общегражданским, так и специальным банковским законодательством.*

Итак, возвращаясь к термину «кредитная деятельность», можно выделить ее следующие сущностные признаки: 1) кредитная деятельность – разновидность банковской деятельности, выступающая ее составляющим элементом; 2) кредитная деятельность – деятельность, представляющая собой систему постоянно осуществляемых кредитных операций (кредитных сделок); 3) кредитная деятельность – деятельность, связанная с размещением денежных средств банка (независимо от источника их формирования) от своего имени и за свой счет; 4) кредитная деятельность, выступая разновидностью банковской, осуществляется надлежащим субъектом (банком или иной кредитной организацией) на основании лицензии Банка России.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.

Примечания

1.

Вопрос о сущности кредита широко дискутировался в отечественной экономической литературе еще в начале XX в. См., например: Зак А. С. Основные начала теории кредита и кредитной кооперации. Петроград: Издательский кооперативный союз «Кооперация», 1919; Каценеленбаум З. С. Некоторые проблемы теории кредита: к вопросу о сущности банковского депозита. М., 1926; Рубинштейн Я. Организация и формы краткосрочного кредита. М.: Госфиниздат, 1936.

2.

Некоторые ученые говорят о кредите как о движении. Так, Г. А. Шварц говорил о кредите как о плановом движении ссудного фонда государства, который используется для удовлетворения нужд народного хозяйства (см. Денежное обращение и кредит СССР. М.: Финансы, 1966. С. 198). М. А. Пессель определял, что кредит в СССР находит материальное воплощение в планомерном движении ссудного фонда общества (см.: Пессель М. А. Влияние кредита на экономическую эффективность промышленного производства: Автореф. дис. ... д-ра экон. наук. М., 1967. С. 3). // Определенный интерес вызывает тот факт, что указанные выше определения кредита употребляются данными авторами наряду с определением кредита как экономического отношения. Именно как экономическое отношение определяется кредит и в некоторых современных экономических источниках. См., напр.: Деньги, кредит, банки: Учебник / Под ред. О. И. Лаврушина. М.: Финансы и статистика, 1998. С. 146; Семенюта О. Г. Деньги, кредит, банки в РФ: Учебное пособие. М.: Контур, 1998. С. 97.; Ямпольский М. М. О трактовках кредита // Деньги и кредит. 1999. № 4. С. 31.

3.

Гуревич И. С. Новое в правоотношениях банка с хозорганами // Правоведение. 1975. № 2. С. 83. // В свое время В. Ф. Кузьмин высказывал точку зрения, согласно которой банковский кредит «по своей природе является экономико-правовой категорией» (Правовое регулирование банковского кредита // Советское государство и право. 1974. № 2. С. 63). Подобный подход находит отражение и в работах современных ученых. Так, С. А. Муратова и В. Г. Голышев указывают, что «кредит – экономическое явление, служащее основой для определения понятия кредитных правоотношений» (К вопросу о понятии сделки в кредитной сфере // Правоведение. 2002. № 5 (244). С. 141). // С данными подходами определения сущности кредита трудно согласиться. Не отрицая в целом влияние экономики на право, и наоборот, представляется ошибочным вообще вести речь о существовании каких-либо единых экономико-правовых категорий или исключительно экономических категорий.

4.

Так, О. М. Олейник предлагает понимать банковскую деятельность в узком и широком смысле. Причем о банковской деятельности в узком смысле слова, по мнению ученого, следует говорить тогда, когда для совершения определенной совокупности операций (к ним О. М. Олейник относит три банковские операции – ч. 2 ст. 1 Закона о банках и банковской деятельности) необходимо создать банк как специальное юридическое лицо. См.: Олейник О. М. Указ. соч. С. 25.

5.

Представляется, что термин «ведение» для операции подп. 3 ч. 1 ст. 5 Закона о банках и банковской деятельности охватывает все действия банка, совершаемых в отношении денежных средств, находящихся на банковских счетах, за исключением тех, совершение которых

предусматривается иными банковскими операциями, в частности банковской операцией подп. 4 ч. 1 ст. 5 Закона о банках и банковской деятельности: «осуществление расчетов по поручению физических и юридических лиц, в том числе банков-корреспондентов, по их банковским счетам».