На вопросы руководителя портала «Закон.ру» Владимира Багаева отвечает **профессор Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ Сергей Васильевич САРБАШ**

МЫ ДОЖИВАЕМ ЭПОХУ СТАРОГО НОРМАТИВНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Родился 12 июня 1967 г. в Москве.
В 1994 г. окончил МГЮА (ныне — Университет имени О.Е. Кутафина), в 1997 г. — Российскую школу частного права (РШЧП).
С 1996 по 2005 г. — главный консультант отдела анализа и обобщения судебной практики, заместитель начальника управления совершенствования законодательства, с 2005 г. — судья, с 2007 по 2014 г. — председатель судебного состава ВАС РФ.
Стаж работы по юридической профессии свыше 20 лет. Имеет высший квалификационный класс судьи. Заслуженный юрист РФ.
Начальник отдела общих проблем частного права Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ.
Руководитель рабочей группы по законодательству о ценных бумагах и финансовых рынках Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства.
Доктор юридических наук, профессор. Автор более 100 научных трудов по гражданскому праву.

— Сергей Васильевич, 1 июня вступил в силу блок поправок по финансовым сделкам. Вы были руководителем соответствующей рабочей группы в Совете по кодификации гражданского законодательства. Расскажите немного об истории этой части реформы.

— Десять лет назад был принят Указ Президента о реформе Гражданского кодекса[1], и Совет по кодификации взял на себя эту ношу (реформирование ГК не оплачивалось), создал несколько рабочих групп. Основная часть работы, естественно, касалась части первой Кодекса, и фрагмент о финансовых сделках на первый взгляд казался там несколько инородным, поскольку часть вторую ГК реформа вроде не затрагивала.

[1] Указ Президента РФ от 18.07.2008 № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации».

Loaded: 12-07-2025 PMt 15:22:31

Но почему же этот, назову его так, вагончик прицепился к общим положениям? Насколько я помню, это было формой реакции на второй финансово-экономический кризис 2008 г. А, наверное, любой финансово-экономический кризис — это некий тест, в том числе тест законодательных гражданско-правовых конструкций на их эффективность. Потому что в этот период все экономические отношения обостряются и показывают, где закон не держит удара, т.е. ломается, выдает свою неспособность эффективно урегулировать те или иные права и обязанности. Вот этим, видимо, и было мотивировано решение. Естественно, его принимали отцы-основатели нашего Гражданского кодекса, и они же назначили меня руководителем рабочей группы. Я, как мне кажется, не очень подходил на эту роль, считал и считаю, что руководить должен человек, имеющий фундаментальные труды в соответствующей научной сфере. А моя небольшая брошюра по договору банковского счета 1999 г.[2] вряд ли давала мне основания считать себя специалистом в области финансовых сделок. Глубоко я этими вопросами не занимался.

— Тогда почему, как Вы думаете, Вас выбрали?

— Я предполагаю, что отцы-основатели просто хотели избежать какого-либо лоббизма в этом направлении. Я тогда был судьей Высшего Арбитражного Суда, и все они меня знали. Наверное, они просто думали, что лоббисты не пройдут, если будет такая кандидатура.

Возможно, свою роль также сыграло то, что в Совете не нашлось широкопрофильного эксперта, специализирующегося на финансовых сделках. Так или иначе, выбор был сделан в мою пользу.

— Давление со стороны банковского лобби было ощутимым?

— Я могу сказать, что рабочая группа не испытывала никакого давления, когда готовила сначала концепцию, потом соответствующий законопроект.

Более того, мы сами были вынуждены искать специалистов из отрасли и просить их посмотреть и оценить наши идеи, предложить что-то свое. Это характерно для всего процесса подготовки реформы. Но почему-то очень многие юристы отнеслись к этому индифферентно — может быть, считали, что это уж очень далекая перспектива и нечего проявлять активность, пока не будут предприниматься какие-то более или менее реальные шаги по воплощению законопроекта в жизнь. И получилось, что на стадии подготовки и обсуждения концепции, проекта изменений в Гражданский кодекс профессиональная среда этим, мягко говоря, не интересовалась. Но как только стало ясно, что проект уже готов и вот-вот будет внесен в Государственную Думу, лоббистская деятельность сразу же дала о себе знать. В результате она породила наш новый профессиональный термин, или даже мем, который с легкой руки проф. В.В. Витрянского вошел в юридический лексикон, — это так называемые теневые поправки.

— Этот термин придумал В.В. Витрянский?

— Да, он просто обозначил некое явление. С юридической точки зрения это, конечно, не теневые, а вполне себе обыкновенные поправки, просто не получившие широкого обсуждения среди профессионального сообщества. Даже сами разработчики Гражданского кодекса, насколько мне известно, не были вовлечены в подготовку этих поправок. То есть это была, условно говоря, иная сила, которая воздействовала на Кодекс, притом довольно серьезно, потому что таких поправок появилось очень много.

— То есть лоббизм начался уже в процессе рассмотрения законопроекта в Государственной Думе?

— Да, после первого чтения невиданные доселе и не предусмотренные Концепцией развития гражданского законодательства новеллы свалились как снег на голову. Правда, в части поправок о финансовых сделках есть особенности, отличающие их от других лоскутов, так сказать, уже разрезанного законопроекта.

Тут возник парадокс, подобного которому в истории Совета по кодификации я не припомню.

> Совет по кодификации, который готовил реформу, выступил резко против этого проекта на стадии его рассмотрения в Госдуме.

[2] *Сарбаш С.В.* Договор банковского счета: проблемы доктрины и судебной практики. М., 1999.

Loaded: 12-07-2025 PMt 15:22:31

Некоторые даже удивлялись: «Как же вы выступаете против, вы же сами его создали?» — А так, что просто не было желания соглашаться с теми поправками, которые попали в законопроект в результате лоббизма со стороны банков. Боюсь соврать, но, по-моему, эта история повторялась трижды. Трижды Совет по кодификации выносил отрицательные заключения на законопроект — все они, кстати, опубликованы на сайте ИЦЧП, их можно посмотреть.

Последнее заключение по своему объему было больше самого проекта и содержало почти 100 замечаний. Вот такой удивительный феномен: Совет по кодификации сам породил этот проект и сам же хотел его, скажем так, убить.

> Некоторые наиболее одиозные вещи действительно удалось отбить — видимо, политики прореагировали, понимая, что поправки затрагивают огромное количество граждан. Например, развернулась серьезная борьба за вклад, не подлежащий досрочному изъятию из банка.

— Такое предложение появилось в уже отредактированном проекте?

— Да, причем в закамуфлированном, скрытом виде. Но мы увидели его и указали на это в соответствующем заключении. И в этой части нас поддержали.

Мне кажется, некоторые коллеги из банков просто не до конца разобрались, чего они хотят. Они всегда хотели такой вид вклада — и это желание объяснимо, потому что продиктовано спецификой банковского дела и экономикой: банки хотят иметь стабильность, знать, что привлеченные пассивы не будут истребованы обратно, и они могут заниматься эмиссией безналичных денежных средств, выдавая кредиты. Сами разработчики тоже понимали, что такой механизм нужен, но понимали и то, что вводить его нужно очень аккуратно, чтобы не пострадали граждане.

— То есть разработчики были согласны в принципе, что такая идея имеет право на существование?

— Не совсем. Мы пытались найти компромисс и в результате получили особенный вклад, оформляемый сберегательным сертификатом, по которому нельзя досрочно получить средства. Это решение казалось хорошим, потому что, как мы полагали, сберегательный сертификат — это ценная бумага, а значит, рано или поздно за счет рыночных механизмов возникнет рынок таких сертификатов, где гражданин, если он очень нуждается в деньгах, может продать свой сертификат…

> Мы учитывали, что граждане иногда ведут себя иррационально — это доказано учеными, и на этом же построено современное учение *Behavioral Economics*, т.е. в традиционный *Law & Economics* добавилось *behavioral*.

Ярчайшим доказательством этого являются труды нобелевского лауреата Д. Канемана, который показал, что люди системно иррациональны, тогда как экономический анализ права строится на базовом предположении, что человек рационален и всегда действует в своей выгоде. А бихевиористы, психологи, доказали, что это ложная посылка, поэтому экономический анализ права допустим, но он должен всегда корректироваться с учетом того, что люди действуют иррационально, и это закономерность.

Банковский вклад — это массовый продукт, и, естественно, люди очень часто, не обладая финансовой грамотностью (а у нас чрезвычайно низкий уровень финансовой грамотности населения), не могут правильно просчитать все последствия. Они погонятся за высоким процентом по невозвратным вкладам, не отдавая себе отчета в том, что в их жизни что-то может измениться. Между тем нужда в финансировании очень часто приходит внезапно, при наступлении непредвиденных обстоятельств, это, например, болезнь, смерть близких (к примеру — потеря кормильца). Людям в таких случаях срочно нужны деньги, а они все отдали в банк. Сейчас гражданин может прийти и сказать: «Пусть я потеряю эти проценты, но я верну капитальную сумму». То есть можно принести такую относительно небольшую жертву и решить свои житейские проблемы. Безвозвратные вклады полностью лишали бы граждан такой возможности, и с точки зрения социального спокойствия людей, их благополучия это очень опасная вещь. И мы хотели отстаивать интересы граждан, которые, естественно, банки не интересуют, — их интересуют безвозвратные вклады. И мы решили, что компромиссом будет сертификат, на котором должно быть большими буквами указано, что банковский вклад не подлежит возврату. И если у нас будет наведен порядок с банками и будут хорошо развиваться экономические институты, то, мне

Loaded: 12-07-2025 PMt 15:22:31

кажется, большой угрозы не будет, потому что, если банк надежный, дисконт по этим бумагам будет очень небольшой и вполне рыночный. То есть человек будет находиться в справедливых рыночных условиях.

— Дисконт будет применяться относительно капитальной суммы или суммы с процентами?

— Я думаю, что это должен решить рынок. Если я купил у кого-то сберегательный сертификат, он дает мне право через *N*-ное количество времени получить деньги с процентами. Допустим, я продаю его с дисконтом на рынке, а дальше все решит спрос/предложение.

— А разве уступить без сертификата права по договору банковских вкладов будет нельзя?

— В принципе, можно, но вряд ли это получит распространение. Такая практика, насколько мне известно, очень маргинальна. Видимо, нет большой потребности в ней. Теоретически, конечно, можно было бы разрешить гражданам уступать права по договору срочного вклада без права на досрочный возврат. Но дело-то в том, что ценная бумага специально предназначена для оборота, и всё регулирование ценных бумаг поддерживает относительную безопасность оборота (вексель, наверное, был самым ярким примером). Сертификат — это будет именная бумага, которая, думаю, будет просто передаваться. А со временем ее передача, наверное, вообще станет электронной. Сейчас мы одним движением руки платим за кофе, а в будущем точно так же сможем заплатить за сертификат. Они наверняка также станут электронными.

— Но пока они электронными быть не могут?

— Нет, эта часть не регулируется специальными нормами финансового дела, применяются общие правила. Хотя уже сейчас весьма активно развивается дематериализация ценных бумаг — так это у нас сейчас в науке стало называться. Вот такой оксюморон — «бездокументарная ценная бумага». Мы даже не вздрагиваем, когда говорим это.

Такие сертификаты можно будет обездвижить, отдать банку и тем самым перейти в систему бездокументарных ценных бумаг. Это чисто юридический прием. И сейчас это уже действует — предусмотрено и в общих положениях, и специально для сертификатов.

— Получается, учет будет вести сам банк, который выдал сертификат, правильно?

— Не обязательно, на мой взгляд. А какая разница? Это услуга. Вы депонируете у меня сертификат, а я выпускаю, по сути, дериватив на него — безбумажный, допустим.

— Если дериватив выпустят, то возникнут обязательственные отношения с компанией, которая его выпустила. А что, если она обанкротится?

— Для этого есть регулирование рынка ценных бумаг, есть надзор — не каждый же может выпустить какую хочешь бумагу в какой хочешь момент. Есть регулирование, в том числе в отношении деривативов. Соответствующее Положение Банка России[3], правда, в этой части критикуется, и обоснованно, за расплывчатость формулировки, не позволяющей понять, что такое дериватив. Но, наверное, это действительно сложно отрегулировать. Убежден, что Банк России будет контролировать и эту ситуацию тоже.

— Выходит, сейчас уже есть нормативная база для того, чтобы дематериализовать бумажные сертификаты? И, в принципе, могут появиться компании, которые будут выпускать другие сертификаты?

— Да, это просто неизбежно, потому что дериватив сам по себе экономически интересен, это просто технологическое явление, относительно более надежное и предполагающее меньше издержек. Однако выпуск сертификатов доступен только кредитным организациям, да и то не всем, и уж тем более не любым компаниям.

Банки, обладая финансовой властью, ожидаемо стремятся заработать больше прибыли, это их задача. Само собой, в каких-то случаях они будут искажать баланс интересов сторон в свою пользу. Мы все это чувствуем, как потребители. Конечно, ситуация меняется, но пока, на мой взгляд, конкуренция банков существует. И потребитель еще имеет возможности размещать свои финансовые активы так, как ему выгоднее.

---

[3] Положение Банка России от 04.07.2011 № 372-П «О порядке бухгалтерского учета производных финансовых инструментов».

Loaded: 12-07-2025 PMt 15:22:31

Например, недавно один из банков прислал мне письмо, что, мол, они приобретают какой-то торговый центр и выпускают деривативы под это дело. У них много хороших надежных арендаторов. Банк предложил мне стать инвестором — поучаствовать в приобретении торгового центра, чтобы потом получать хорошую доходность от его аренды. Это и есть, по сути, дериватив.

— А почему нельзя просто предложить войти в долю?

— Потому что, если ты вошел в долю, — ты собственник и несешь все бремя собственности, в том числе должен платить налоги. Многим инвесторам этого не хочется. Им нужно просто отдать деньги, а потом получать с них процент. На этом живут все финансовые посредники. Они управляют чужими деньгами и разницу кладут себе в карман, а мы, потребители, тем самым избавлены от всякой суеты, рисков и издержек. А что там у них происходит в этом торговом центре... зачем мне это знать? У меня другие интересы. Люди хотят удобства, чтобы получать побольше и при этом ничего не делать. Это нормально, и здесь Р. Познер прав. Но иногда они ведут себя иррационально, и я тому живое доказательство. Пока я не стал выяснять, как устроен финансовый рынок, чего, сколько и где там можно взять, я вел пассивную финансовую политику. Выбирал самый консервативный способ инвестирования — банковский депозит. Впрочем, есть еще более консервативный — деньги под матрасом держать. Но это вообще не инвестирование, а чистой воды хранение. И, наверное, не самый лучший способ распорядиться своими деньгами.

> Я считаю, что у нас есть шанс развивать конкуренцию среди банков, и тогда рыночные законы во многом будут защищать интересы вкладчиков — обычных граждан, финансово необразованных людей, не спецов, не квалифицированных инвесторов. И это позволяет регулятору дать больше свободы, добавить больше диспозитивности.

> Но и тогда, в 2008 г., да и сейчас, в 2018-м, я считал и продолжаю пока считать, что рыночное устройство жизни граждан не является достаточной гарантией для установления полной свободы договора в этих отношениях.

Область массовых сделок — это как раз очень чувствительная для всех людей сфера. В Москве, например, мы найдем немного людей, у которых нет вклада или счета в банке. Более того, вряд ли мы найдем людей среднего класса, у которых только один вклад. Каждый день мы общаемся с банком. Поэтому это очень чувствительная сфера. Кроме того, деньги — это самый ликвидный актив. Поэтому даже незначительные преференции в регулировании в пользу банков могут привести к взрыву социального недовольства. Также нельзя не признать, что в финансовой сфере в погоне за прибылью нередко создаются финансовые пузыри, за которыми не стоит ликвидный актив. Деривативы в этом смысле очень рискованный продукт.

— Иными словами, всё равно нужны какие-то ограничивающие нормы.

— Да. И тут очень сложно найти баланс. К сожалению, нам удалось отбить у банковского лобби далеко не все поправки, потенциально ухудшающие положение потребителя финансовых услуг.

— В подтверждение этому можно вспомнить новую норму ст. 819 ГК РФ, которая теперь прямо дозволяет взыскание банковских комиссий, без каких-либо нивелиров. На первый взгляд она не содержит ничего страшного — при нормальном правоприменении ее, наверное, можно будет вписать в контекст специального законодательства о потребительском кредитовании. Но не противоречит ли такая формулировка позиции Высшего Арбитражного Суда, что нельзя взимать деньги за то, что и так является частью услуги?

— Наверное, такое понимание очень правильное. Но это дает почву для того, чтобы защищать иную позицию. Практика ВАС была сформирована до изменения ГК, сейчас закон изменился. В нем прямо указано на непроцентное вознаграждение банка. Кодекс допускает это. Более того, эти нормы появились после принятия Закона об потребительском кредите[4]. А это известный нерешаемый вопрос, возникающий в случае конкуренции общего и специального закона, а также более раннего и более позднего регулирования. Как быть, когда у нас срабатывает и то и то? Чему от-

[4] Федеральный закон от 21.12.2013 № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)».

Loaded: 12-07-2025 PMt 15:22:31

дать приоритет? Этот закон более общий, но более поздний. А тот — более специальный, но он же более ранний.

И зачастую непонятно, где была воля законодателя. Будет ли специальный закон изменен под новое правило? Или оно распространяется только на общие положения, а специальный закон продолжает действовать в рамках своей специальности? Это известная проблема, пока не имеющая решения.

> В странах, где хорошо организован законодательный процесс, смысл норм выявляется через выявление воли законодателя, которую видно из пояснительных и сопутствующих материалов, из обсуждений в парламенте.

Обычно эти материалы находятся в свободном доступе, и их можно прочитать. Наш ГК, пусть и еще очень слабо, но тем не менее тоже отчасти вписывается в этот контекст, потому что есть концепция, которая служит основой законодательной реформы и по которой можно судить, чего же и почему хотели разработчики и в чем их поддержал парламент. Но что делать, когда мы сталкиваемся с теневыми поправками?

Или возьмем группу счетов. Многие вообще не понимают, что это такое, настолько лаконична и непонятна норма, а кроме того, за ней не стоит широко развитая банковская практика. И я уже ставил этот вопрос на конференции ИЦЧП. На Западе есть такое средство устройства расчетов, в основном предназначенных для холдингов, — *cash pooling*. Выделяется некая компания, которая регулирует финансовые холдинговые потоки с тем, чтобы не брать кредитов. То есть у меня как у одного из входящих в холдинг юрлиц есть овердрафт, и я могу «влезть» в него. Но есть специальная компания, которая понимает, что вот у этого входящего в структуру холдинга юридического лица денег нет. А у другой компании, также входящей в группу, наоборот, свободные деньги есть, и они ей в ближайшее время не нужны. И специальная компания переключает расчеты так, чтобы ликвидировать дефицит средств без излишнего привлечения заемного капитала. Иногда это также называется *switching accounts*. Этот термин у нас не в ходу, потому что нам это явление неизвестно. А раз так, то оно, видимо, маргинально, т.е. работать с ним никто никого не учит. И если вы не знаете о его существовании, вы эту норму не поймете. Но, опять же, это я так думаю, что наша группа счетов похожа на *switching accounts*, а что на самом деле имел в виду законодатель, могу только догадываться. Причем соответствующая поправка очень абстрактна: непонятно, кто эту группу создает, из кого она может состоять, какое нужно решение для ее создания, что это за договор.

— И, главное, как к этому отнесутся банки.

— А еще более важно — как к этому отнесется регулятор и как это впишется в достаточно императивное регулирование банковских процессов в нашей стране. К сожалению, это веяние эпохи — у нас очень много зарегулированности в области банковской деятельности. Банки часто опасаются делать то, что не предусмотрено нормативно.

— Но это говорит и о неурегулированности. Если не предусмотрен норматив, значит, не урегулировано.

— Это одновременно показатель и того и другого. Казалось бы, пожалуйста: почему бы не перенять методологию *switching accounts* и не использовать ее согласно принципу свободы договора? Мы договорились, что такая-то компания будет управлять всеми нашими счетами, вот все наши подписи, подтверждающие согласие. Банк скажет: ну, это же не предусмотрено законодательно. И будет стараться уйти от этого. Потому что совершенно нормально бояться делать то, чего нет в законе, в обществе, где свободы мало и люди не научились действовать по собственному побуждению, исходя из своей свободной воли, привыкли к тому, что все регламентировано. Такое понимание свободы договора а-ля рюсс: вы свободны настолько, насколько это предусмотрено законом. Во всем остальном нет гарантий. И все прекрасно понимают, что если в законе что-то не установлено, то еще неизвестно, как поведет себя суд, рассматривая спор из этого правоотношения.

У любого цивилизованного юриста сразу возникнет вопрос: при чем здесь закон? Я свободная личность, разве я нарушаю чьи-то права? Мы договорились, что эта компания будет управлять нашими счетами. И вдруг правоприменитель говорит: так нельзя. Почему? А это законом не предусмотрено. Ну и что?

Loaded: 12-07-2025 PMt 15:22:31

> Мы живем в свободном мире, для нас закон — это договор. Но наши суды пока, к сожалению, не демонстрируют достаточной приверженности принципу свободы договора.

Вы наверняка встречали в мотивировочной части судебных решений формулировку, что то или иное условие договора ничтожно, потому что это не предусмотрено законом. Так что действия банков здесь можно охарактеризовать как осторожные и достаточно рациональные. Они не хотят рисковать. Они не знают, как это всё потом будет работать в суде или как к этому отнесется регулятор. Отсюда и складывается ощущение, что они не готовы принимать какие-то решения, поддерживающие свободную инициативу рынка.

Хотя, конечно, исключения есть. Например, известная тема с долевым строительством: реформа этого законодательства (правда, весьма спорная по своей эффективности) привела к тому, что там введены эскроу-счета. Опять же, что раньше мешало банкам выстраивать такую модель? Как мне сказали, она еще до реформы использовалась Сбербанком. И законодатель, видимо, признал такую практику успешной, безопасной для граждан и выгодной для банка. Но, по сути, такая ситуация, когда банк внедрил некую модель в свою практику, которая послужила образцом для законодателя, все-таки исключение. Будет ли из этого толк — отдельный вопрос.

— С чем связаны Ваши опасения?

— Юридически эта модель безупречна: я изучал ее со всех сторон и не нашел существенных изъянов. Но мне кажется, что она порождает проблемы в области, в которой я, правда, не специалист, — экономической, потому что здесь произошло очень сильное искажение в части свободы предпринимательской деятельности. Если посмотреть на эти новеллы, то банк предстает в этой сфере каким-то цербером, который проверяет застройщиков: «Что ты хочешь купить, кирпич? А ну-ка, по какой цене? Нет, это дороговато, не надо. Вот там дешевле». То есть банк начинает вмешиваться в ту отрасль, где он профессионалом не является, он же не знает, как строить дома.

В обычном эскроу, как я понимаю, нет такого контроля расходов. А здесь законодатель решил, что банки будут хорошими контролерами. И это, на мой взгляд, ошибка, потому что влечет сдерживание предпринимательской активности. Получается, законодатель говорит: «Ты, застройщик, веди бизнес, занимайся своей предпринимательской рисковой деятельностью, но свободу мы тебе не дадим, потому что у тебя будет страж, называется банк. Ни один твой платеж не пройдет, пока он не одобрит». Но такой подход противоречит самой идее предпринимательства, которое должно быть свободным и сдерживаемым только законом, а не усмотрением какого-то лица. Есть еще одна экономическая проблема, отчасти она была озвучена на одном из круглых столов Петербургского Международного Юридического Форума. Какой-то чиновник сказал, что порядка 70% дольщиков заключают договор долевого участия в строительстве за счет кредитных средств. И теперь, когда появилась эскроу-система, застройщик просто будет вынужден покориться какому-нибудь банку: ему же нужны клиенты-дольщики, а дольщики появятся только тогда, когда им дадут кредит, а кредит им дадут, только если застройщик согласится работать с банком по эскроу-модели, чтобы банк его кредитовал, но вместе с тем и контролировал. И все согласятся с этим — кто же собирается потерять 70% потребителей? А это значит, что по эскроу-модели будут работать все. Сейчас она еще необязательна, но станет таковой раньше, чем это будет императивно предписано, по экономическим причинам.

А юридических изъянов, как я уже сказал, в этой схеме нет, потому что это очень похоже на аккредитив, только в другой упаковке. Поэтому мы изначально не предлагали никаких эскроу-счетов. Эскроу-счет упоминается в Концепции развития гражданского законодательства в одном только месте — в контексте того, что его функции может выполнять номинальный счет. Потом пришло понимание, что это не совсем так, что номинальные счета и эскроу-счета различаются по своей модели, пусть и незначительно. И у нас появились и те и другие.

— В целом Вы считаете, что после принятия поправок регулирование все-таки сместилось в пользу банков?

— По многим вопросам — да, но сказать, что это повсеместно, нельзя. Есть нормы, которые укрепляют положение и контрагентов банка, но, мне кажется, их меньше. Впрочем, полагаю, что профессиональный и независимый суд вполне может справиться с этим нор-

Loaded: 12-07-2025 PMt 15:22:31

мативным материалом и найти решения, при которых новые нормы будут применяться более справедливо с точки зрения баланса интересов между банками и их клиентами. Так что всё, как всегда, зависит от судов.

— А какую норму из принятых Вы бы назвали самой проблемной? Что вызывает у Вас больше всего вопросов, возражений?

— Что-то конкретное выделить сложно, но неконституционных положений в новом пакете, на мой взгляд, предостаточно. Я сейчас приведу примеры только из блока поправок, касающегося банковских счетов, но в других блоках их, думаю, не меньше.

Возьмем, например, положение, согласно которому совместный счет может быть открыт только физическим лицам. Если во взаимосвязи с п. 3 ст. 23 ГК РФ суды будут толковать его ограничительно, отказывая индивидуальным предпринимателям в открытии таких счетов, подобная практика будет неконституционной.

Сомнительны с точки зрения недопустимости произвольного вмешательства в частные дела нормы, устанавливающие обязанность банка по конверсии пассивного остатка в иностранной валюте (для валютных счетов) и драгоценного металла (по металлическому счету) в рубли.

Неконституционной я бы назвал норму, ограничивающую применение обязательного страхования в отношении денежных средств на залоговых счетах.

Наконец, меня очень беспокоят разного рода ограничения прав на открытие банковского счета по основаниям, ведомым одному Росфинмониторингу, а также сохранение в российском законодательстве возможности списания денежных средств со счетов граждан и организаций без решения суда, по решению других государственных органов.

Это лишь часть примеров негативных законодательных решений.

Но есть и хорошие решения, например у нас появились консенсуальные займы.

— Но это же не теневые поправки, а то, что изначально планировалось.

— Совершенно верно, и это как раз пример хорошей новеллы.

— Но почему? Мы же все чуть ли не с первой лекции по гражданскому праву вызубрили старую норму-обоснование, которая гласит, что заем не может быть консенсуальным.

— Мне кажется, этот инструментарий реального договора, произрастающий из глубин римского права, в значительной степени потерял свою актуальность. Наверное, он отжил, отработал свое, потому что люди становятся все более и более свободными.

Тем не менее консенсуальный заем все-таки остался закрытым для граждан. Они не могут так рисковать, а вот юридические лица вполне способны связать себя обещанием дать взаймы и ответить в случае неисполнения обязательства. А чем это отличается от любого другого договора, который мы считаем консенсуальным? Почему, если юрлицо заключило договор о приобретении акций и как бы должно заплатить за это 1 млн долл., а потом не платит, оно будет возмещать убытки? Почему тогда оно не может ответить за убытки того, кому оно пообещало дать взаймы, но не дало? Конечно, объяснение этому можно было бы обнаружить в том, что купля-продажа есть классическая синаллагма, а заем — нет. Однако это различие, видимо, не настолько фундаментально, чтобы обосновать недопустимость консенсуального займа.

— Встречный вопрос: а как считать убытки при неисполнении обещания выдать заем?

— Самый простой вариант — замещающая сделка. Заимодавец в нарушение договора отказался мне выдать заем, хотя обещал и я на это рассчитывал. И я вынужден был обратиться к другому лицу, где мне дали заем, и тут может образоваться разница в процентах. Это, наверное, самая действенная методология доказывания убытков. Возможны и другие, вопрос в том, что у нас в судах очень непросто доказать упущенную выгоду, да и вообще все виды убытков, и не только по данному виду договора.

Еще один пример, который касается того, что в ГК ничего не изменили, — банковские вклады. В литературе господствует мнение, основанное на законе, что это — реальный договор. И оно проникло в жизнь.

Loaded: 12-07-2025 PMt 15:22:31

И, например, у банка есть передо мной обязательство принять деньги во вклад. Мне открыт вклад, но он нулевой.

— Но это кредиторская обязанность. А вот есть ли у Вас обязанность дать ему деньги?

— Нет, у меня такой обязанности нет.

— В этом и реальность всей жизни.

— Совершенно верно. Но все-таки начать-то мы должны с юридического анализа, с того, есть ли договор. Мне кажется, уже есть, потому что если я сейчас этому банку перечислю деньги, он не сможет сказать: «Вы знаете, это реальный договор, мы решили, что мы не будем с вами его заключать». Тут я не касаюсь одиозного и противоречащего Конституции Закона о противодействии легализации (отмыванию) доходов[5].

Более того, банки не хотят так говорить, они, наоборот, хотят, чтобы договор вклада был консенсуальный, и готовы связать себя обещанием принять деньги во вклад.

— А почему нельзя это интерпретировать как реальный договор, просто основанный на некой публичной оферте, которая реализуется в момент внесения денег?

— Можно, только тогда мы начнем умножать сущности, а зачем? Можно модернизировать более простую модель консенсуального договора, дополнив ее указанием, что такой консенсуальный договор — односторонне обязывающий, позволяющий понудить принять вклад. Подобных договорных моделей, когда у одной стороны есть только права, а у другой — только обязанности, у нас немало.

И главное: по крайней мере профессиональный участник гражданского оборота не нуждается в защите реальной моделью договора. Она ему не нужна, он сам готов от нее отказаться, только бы дали денег. Потому что это выгодно банку. Это его нормальные экономические ситуации, где нет отрицательных ставок, он хочет привлекать деньги. Банки конкурируют между собой за привлечение вкладчиков.

— Возьмем еще одну нашумевшую поправку — ограничение ростовщических процентов. Почему в законопроекте предусмотрели исключения для микрофинансовых организаций, правильно ли это?

— Дело в том, что представление человечества о ростовщических процентах родилось, как мы знаем, в том числе из христианских представлений. Да и в странах, в которых не было развито христианство, людям не нравились ростовщические проценты, и юридическая часть общества разделяла эти взгляды. В современном мире ситуация несколько меняется, в частности под воздействием экономического анализа права. Хороший пример приводит А.Г. Карапетов, который является последовательным сторонником свободы договора и критикует идею запрета ростовщических процентов в принципе, потому что бывают такие ситуации, когда этот запрет вредит тем, ради защиты чьих интересов он и вводился.

К примеру, у меня возникла срочная необходимость в деньгах, но на рынке никто мне их сейчас не дает, потому что ситуация рискованная. Я им не дам обеспечение, я никому не известен, у меня нет надежной репутации — они боятся дать мне деньги. Но есть те, кто готов рискнуть, но только за большой процент. А если ростовщические проценты запрещены законом, то я не получу это кредитование и пострадаю, потому что мне реально нужны деньги. И да, я понимаю, что мой контрагент идет на риск, я и сам готов на такую жертву в виде высоких процентов ради того, чтобы получить финансирование. Думаю, что серьезной проблемы здесь нет, если у нас будет хорошо работающий, профессиональный, независимый суд.

> Норму о ростовщических процентах можно применять гибко, и там, где действительно проценты настолько дикие, что терпеть их никто не может, суд их и так уменьшит, тем более что явно неадекватный размер процентов, установленный соглашением, косвенно является доказательством порока воли.

Нормальный человек никогда бы не согласился на такие проценты даже в критических условиях.

[5] Федеральный закон от 07.08.2001 № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма».

Loaded: 12-07-2025 PMt 15:22:31

Микрофинансовые организации, насколько я помню, ограничены специальными порогами по процентам. Отсутствие запрета ростовщических процентов компенсируется надзором со стороны Банка России на основании специального законодательного регулирования. А вне этой сферы должна действовать свобода договора. Только закон может сказать, что ростовщические проценты и здесь должны контролироваться и не допускаться. Конечно, изначально дискуссия об их запрете шла применительно к закреплению общего случая в общих положениях о сделках, но эта идея не нашла поддержки. Она нашла поддержку в области финансовых сделок.

Я не исключаю, что в каких-то случаях суды по аналогии применят эту норму и вне финансовых сделок, когда не найдут другого инструментария. Такое бывало, когда специальная норма, по сути, становилась общей. Примером является ст. 522 ГК РФ — это так называемые правила об импутации платежей, т.е. регулирующие тот случай, когда сделан платеж одновременно по нескольким обязательствам, но должник не указывает, в счет какого именно исполнения он платит.

Эти правила были установлены только для поставки. Хотя во всех кодификациях это общие правила, такая проблема может возникнуть при любом договоре.

Отцы-основатели Кодекса рассказывали, что, когда готовилась часть вторая ГК, они вспомнили, что они не установили в части первой, уже принятой, правила об импутации платежей. Реформа-то тоже проводилась достаточно быстро. И тогда они решили компенсировать это во второй части. А законопроект был уже в Государственной Думе, и нужно кому-то выступить с законодательной инициативой, внести поправку. И тогда они обратились за помощью в Высший Арбитражный Суд, чтобы тот предложил внести поправку в договор купли-продажи как самый универсальный. Высший Арбитражный Суд на это сказал, что купля-продажа — это не его компетенция, и предложил альтернативу: внести поправку в правила о поставке. Поставка — это же предпринимательский договор. Так и поступили, и у нас появилась ст. 522. Отцы-основатели надеялись, что суды поймут, что это универсальное правило, и будут применять его ко всем договорам, не только к поставке. Так и произошло.

А вот уже нынешняя реформа внесла ст. 319.1, где есть правила об импутации платежей, пусть и не самые, может быть, лучшие. Это как раз пример методологии, которая, возможно, будет действовать и применительно к ростовщическим процентам в области займа и кредита.

— А как Вы относитесь к так называемым гибридным займам, когда банк дает финансирование, рассчитывая получить процент от дохода? Если проект не преуспевает, то заемщик должен вернуть просто процент по займу. Исходя из принципа свободы договора, такие займы допустимы. Но предугадать, как сложится по ним практика, сейчас трудно. Каков Ваш прогноз?

— Думаю, у нас такие инструменты не особо востребованны. Это больше напоминает исламский банкинг, где по религиозным причинам запрещается брать проценты с заемного капитала, и ростовщические в том числе. Если в христианстве проценты как таковые допустимы, но недопустимы грабительские проценты, то ислам, получается, еще более строг. И исламский банкинг, насколько я понимаю, развил в обход этого запрета свой механизм: они делают вид, что заключают не договор банковского вклада, а договор о совместной деятельности. То есть банк разместит ваши деньги, а доход от них поделится между вами и банком. Это будет ваша совместная деятельность, но без процентов. У нас есть некий договор совместной деятельности, по которому вы инвестируете средства, а банк дает некую защитную гарантию, что если наши инвестиции не достигнут тех показателей, на которые мы рассчитывали, то вы как инвестор получите минимальную процентную ставку.

Это совершенно нормальная экономическая деятельность для финансово продвинутых людей. Думаю, должны быть допустимы и такие договоры с потребителями. Есть, конечно, опасность того, что люди, не разобравшись, позарятся на обещанную большую прибыль, а ее не будет. Но мы сейчас наблюдаем, что постепенно граждане, неквалифицированные инвесторы, все чаще соглашаются на рискованные вложения. Рынок деривативных облигаций — яркий пример. Правда, во всех этих рискованных сферах инвестиций гражданин зачастую не может действовать абсолютно самостоятельно, поскольку закон требует совершения таких операций с привлечением финансовых советников, посредников (брокеров), чьи профессиональные знания отчасти снижают высокие риски.

Loaded: 12-07-2025 PMt 15:22:31

— Есть ли что-то такое, что Вы считаете нужным включить в раздел о финансовых сделках?

— Мы возвращаемся к тому, с чего начали. Почему Совет по кодификации и я как эксперт выступали против этой финансовой реформы? Потому, что за прошедшие десять лет жизнь чрезвычайно изменилась. Десять лет для гражданского права, особенно если считать, что оно ведет свое существование со времен римского права, — это ничто, секунда. Но для нашего столь динамично развивающегося общества — это колоссальный период. За десять лет изменились банковские технологии, экономические и финансовые условия.

> Мы создавали концепцию и проект, будем откровенны, глядя в прошлое, потому что будущее нам было неведомо. А теперь в то прошлое никто и не смотрит.

Взять хотя бы бумажные платежные поручения — когда Вы в последний раз их заполняли?

— Кажется, это где-то в нулевые было…

— Вот именно. И это только одна иллюстрация того, как сильно все изменилось. И будет дальше меняться. Сейчас люди еще ходят к банкомату, а вскоре никаких банкоматов уже не понадобится, потому что все нужное будет у нас в кармане (уж не знаю, останутся ли карманы).

Так получилось, что, когда мы начали работать над концепцией, судебная практика, законодательство, банковские технологии — да вообще всё — резко начали развиваться. И жизнь тут же обогнала нашу концепцию, устаревшую на самом старте, я уже не говорю про проект и про поправки, которые в результате приняли спустя десять лет после начала реформы. Приняли по большей части ведь то, что было актуально десять лет назад. Оно уже не только неактуально, а даже в чем-то мешает или по крайней мере не учитывает новые реалии. Появились прорывные технологии: распределенный реестр, созданные на его основе криптовалюты, токены — и это лишь малая часть того, что происходит в финансовом (и не только) мире. Поэтому я считал, что не надо сейчас принимать этот закон, надо остановиться и концептуально все переосмыслить. Может быть, даже немножко подождать. Иногда надо признать, что жизнь ушла далеко вперед от твоих представлений о ней, — это нормальное явление.

> Жизнь всегда богаче наших представлений о ней, но иногда это становится критичным фактором. И финансовая реформа — как раз тот случай. Не смертельный, конечно, но все равно очень много туда не вошло и очень много уже устарело.

А кому это надо, если никто не использует? Если посмотреть в «КонсультантПлюс» практику по тем же нормам о банковском счете и банковском вкладе, вы увидите, что некоторые нормы вообще не работают, их нет в судебной жизни. Скорее всего, они просто не применяются, они не нужны. Сейчас их называют спящими, а раньше называли «ФУС» — фактически устаревшие нормы. То есть не применяющиеся, но и не мешающие никому нормы.

Но наряду с ними есть и нормы, которые будут мешать, есть нормы-пустоты, которые не регулируют аспекты, нуждающиеся в регулировании. Есть, в принципе, концептуально неправильная закостенелость норм, которые сформулированы императивно, с недостаточной гибкостью и не дают возможности что-то поменять, хотя жизнь развивается, а они уже устарели.

Как бы то ни было, законодатель посчитал по-другому. Закон принят и начал действовать. Ничего непоправимого не произошло. Но некоторые вещи мы теперь опять вынуждены подлатывать. Яркий пример, повторюсь, хотя это не только наша боль, — биткойн, распределенные реестры, токены.

— Но ведь сложно было предположить, что финтех будет развиваться настолько стремительно.

— Да, и до сих пор никто не знает, что это такое и как это правильно интерпретировать. Естественно, я не призываю срочно менять Гражданский кодекс, дополнять его понятием «токен». Надо, чтобы это явление пожило и прижилось, потому что это очень подвижная сфера. Мы только начали вникать в то, что такое биткойн, а он уже успел разделиться на два биткойна как минимум.

— С чем это связано?

Loaded: 12-07-2025 PMt 15:22:31

— Здесь много факторов. Например, считалось, что распределенный реестр подделать нельзя. А оказалось, что это не совсем так: злоумышленники смогли взломать систему, и некоторые владельцы потеряли биткойны. И биткойн-сообщество в связи с этим распалось на две группы. Одна по-прежнему считала, что биткойн существует безо всякого вмешательства, а если что-то не работает, владельцы принимают на себя этот риск, т.е. возмещения потерь не предполагается. Другие говорили — это несправедливо, люди потеряли деньги, надо все-таки компенсировать им это. Консенсуса достичь не удалось, и теперь у нас есть, скажем так, «олдскульный» биткойн и кэш-биткойн. «Олдскульный» — это для тех, кто говорил, что никому ничего не возмещается. А кэш предусматривает возможность возмещения. Я не знаю деталей, просто вижу, что на рынке есть и тот и другой. Я еще подумал: интересно, какой будет дороже? Оказалось, что курс «олдскульного» пока выше, чем курс кэш-биткойна.

Поэтому мне кажется, что в современном мире очень сложно оставить законодательное регулирование неразвивающимся. То есть мы сейчас столкнулись с глобальной проблемой ускорения времени как такового. Раньше можно было принять какой-то закон, и он бы действовал десятилетия, даже столетия, как Французский гражданский кодекс, который действовал в неизменной редакции до недавнего времени. И это работало. А сейчас ускорилось развитие цивилизации вообще. И это неизменно скажется на законодательстве в целом и на финансовом в частности.

Это означает, что время законов, не изменявшихся годами, наверное, прошло.

> Похоже, мы стоим на некоем рубеже, и когда мы его пересечем, мы будем жить в другом мире, где будут действовать совсем другие принципы.

Какие? Мы пока не знаем. Можно предположить, что нормативное регулирование человеческой деятельности пойдет по новому пути развития, не связанному с оперативной регламентацией в законе правоотношений. Есть основания полагать, что мы придем к некой онлайн-системе регламентации прав и обязанностей сторон, которая будет меняться постоянно. Но люди не будут отвлекаться на то, чтобы понять, что там происходит, потому что это будет решено технологически. Появится искусственный интеллект, который возьмет на себя функцию определения правового режима и будет подсказывать человеку, какие у него есть права и обязанности, как ему лучше поступить, что ему выгоднее сделать. Этакий универсальный советник.

Я даже придумал для него название в своем блоге на портале «Закон.ру»[6] — «прасс» (правовой ассистент). Это, конечно, футурологический прогноз (отчасти ироничный), но, мне кажется, мы находимся на пороге таких прорывов, по сравнению с которыми современная футурология покажется детским стишком.

> Скорее всего, мы доживаем эпоху старого нормативного регулирования, потому что сейчас происходит что-то страшное с развитием текущего законодательства.

Этот феномен, который профессор РШЧП Р.С. Бевзенко наградил не очень лестным эпитетом «законорея», — инфляция законодательства настолько возросла, что оно превращается в раковую опухоль. То есть оно становится уже не полезным, а опасным, поскольку такое количество нормативного материала, да еще и с такой скоростью меняющегося, приводит вовсе не к упорядочению жизни людей, а к обратному результату — это и зарегулированность, и частая смена правил. Пока мы с Вами говорим, Гражданский кодекс наверняка в чем-то изменился. Мы еще живем по старым правилам, а они уже поменялись. Кто отследит все это? Человек не в состоянии оценить это, даже если он профессионал.

Однако я хочу верить в то, что человечество вообще и юридическое сообщество в частности смогут принять вызов времени и подчинить развитие всяких экономических отраслей, в том числе и финансовую отрасль, принципу верховенства права, в центре которого стоят права и свободы людей.

---

[6] См.: https://zakon.ru/blog/2017/10/21/grazhdanskij_oborot_v_cifrovuyu_epohu (дата обращения: 17.09.2018).

Loaded: 12-07-2025 PMt 15:22:31