

## ЗНАЧЕНИЕ ПРИНЦИПА ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ОБОСНОВАННОСТИ ПРИ КВАЛИФИКАЦИИ ПРАВОНАРУШЕНИЙ В БАНКОВСКОЙ И ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ СФЕРАХ

© 2016 Ашмарина Елена Михайловна

доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой  
правового обеспечения экономической деятельности, академик РАЕН

Российский государственный университет правосудия  
117418, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69

© 2016 Куприянов Федор Алексеевич

кандидат юридических наук, доцент, адвокат

Национальный исследовательский университет “Высшая школа экономики”

101000, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20

E-mail: Elena-Mikhaylovna@yandex.ru

Дан подробный анализ особенностей экономико-правовых аспектов банковской системы и банковской деятельности России с целью обоснования положения о невозможности осуществления собственно банковских операций и в целом банковской деятельности любыми субъектами предпринимательской деятельности, включая объединения организаций и группы физических лиц, кроме кредитных организаций (экономический феномен).

*Ключевые слова:* экономическое право, банковская система, банковская деятельность, банковские операции, незаконная банковская деятельность, незаконные банковские операции, кредитные организации.

В настоящее время актуальная юридическая наука уделяет все больше внимания концепции экономического права Российской Федерации<sup>1</sup>. Такое отождествление к основам ключевой для существования любого государства отрасли права закономерно (о чем свидетельствует и зарубежная практика)<sup>2</sup>.

Действительно, экономические отношения, будучи объективными, являются базисными, и нормы права, регулирующие их совокупность (а также отдельные сегменты экономической деятельности) призваны учитывать специфику и конкретику экономических отношений. В последние десятилетия рыночная экономика России претерпела коренные изменения. Но эти изменения нашли отражение в соответствующем правовом регулировании не в полной мере. При этом различные отрасли права восприняли эти изменения неодинаково глубоко, а административные и уголовные деликты в своих “бланкетных”, экономических аспектах продолжают регулироваться законодательством, основы которого были заложены во времена администрированной (“административной”) экономики СССР.

Нужна новая парадигма как системы российского права, так и подхода к правовому осмысле-

нию отдельных фактов экономической жизни. В особенности это касается процесса правоприменения. Следует отметить, что если прежняя парадигма характеризовалась разрешительным типом толкования (не считались разрешенными действия, не одобренные особым актом), то в настоящее время законодатель уже придерживается другой парадигмы - общемировой парадигмы общедозволительного типа толкования (“разрешено все, кроме прямо запрещенного”), это не всегда адекватно воспринимается правоприменителем, который еще не адаптировался в полной мере к новым реалиям.

Приведем и рассмотрим в качестве примера такой важнейший сегмент экономической деятельности, как банковский сектор. Отметим попутно, что экономические отношения делятся на финансовые и нефинансовые (аналогично финансовым и нефинансовым рынкам). Очевидно, что банковская деятельность является неотъемлемой частью финансовой деятельности, но:

во-первых, ни в коем случае не тождественна ей (финансовая деятельность значительно шире банковской по своему содержанию);

во-вторых, банковская деятельность - это особая (исключительно публично значимая) финансовая деятельность.

Сущность банковской деятельности была исследована учеными-экономистами, которые справедливо отмечают (профессор О.И. Лаврушин): «Банк является элементом банковской системы. Это означает, что он должен: обладать такими родовыми свойствами, которые позволяют ему быть органичной частью целого, взаимодействовать с другими элементами банковской системы»<sup>3</sup>. «Особенность банка состоит в том, что он с позиции законодательства становится таковым только в случае, если выполняет три вытекающие из его сути операции, которые и получили название чисто банковских операций. К ним относятся: 1) депозитная операция; 2) кредитная операция; 3) расчетная операция. Это, однако, не означает, что тому или иному юридическому лицу достаточно выполнять одну из этих операций с тем, чтобы получить статус банка. Согласно закону банком считается такое учреждение, которое выполняет все эти три операции одновременно. Важно и еще одно обстоятельство. Оно связано с получением юридического права выполнять ту или иную банковскую операцию. Российский закон требует представления в ЦБ РФ соответствующей отчетности»<sup>4</sup>. Таким образом, экономическая сущность банковской деятельности первична и может быть оформлена законодательно только в случае ее объективного наличия (в случае отсутствия оформлять нечего). Профессор О.И. Лаврушин указывает, что «законы, регулирующие банковскую деятельность, важны, прежде всего, для самих банков, поскольку определяют законодательные нормы, «коридоры» их функционирования, круг дозволенных и недозволенных операций». Таким образом, банки уже по своей экономической сущности должны признаваться в качестве специального субъекта (не по воле законодателя). Так, О.И. Лаврушин подчеркивает: «Выяснение сущности - это не только соотношение деятельности банка с законом. Не юридический закон определяет сущность банка как такового, не операции, разрешенные ему выполнять, а экономическая сторона дела, природа банка, дающая ему законодательное право осуществлять соответствующие сделки ... Сущность банка требует вскрытия его особенностей, специфических черт, отличающих банк от других экономических институтов»<sup>5</sup>.

Кроме того, только банки (и кредитные организации) являются неотъемлемой частью единой банковской системы страны, в рамках которой

возможна банковская деятельность, всегда основанная на централизации и системе корреспондентских счетов. А схожая с ней иная финансовая или предпринимательская деятельность, в частности опосредованная формой подобной банковским операциям, безусловно остается за пределами банковской системы и банковской деятельности.

Вместе с тем, например, норма Федерального закона от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности», адресованная исключительно кредитным организациям и описывающая их деятельность, зачастую ошибочно распространяется на иных субъектов (не имеющих отношения к банковской системе) и толкуется как прямой запрет для некредитных организаций совершать внешне сходные финансовые операции. Более того, описанные в банковском законодательстве рамки деятельности кредитных организаций неожиданно стали восприниматься уголовной юстицией как запрет аналогичной по внешним признакам деятельности лицам, действующим вне банковской системы.

В чем же специфика банковских операций? Как указывает профессор А.М. Тавасиев, «имеются операции, которые должны выполнять банки, и только они. В общем их прерогативу следует понимать как образование платежных средств, их выпуск в оборот и изъятие из него. При этом важно иметь в виду, что обеспечение оборота платежными средствами не является отдельным направлением деятельности банков, а предполагает внутреннюю неразрывную связь с депозитными, расчетными и платежными, кредитными, кассовыми и другими операциями»<sup>6</sup>.

Кроме того, наиболее общий внешний признак любой банковской деятельности - это «деятельность банков и иных кредитных организаций под надзором Центрального банка России»<sup>7</sup>. Из этой посылки вытекает (по мнению профессора В.А. Чевычелова) и определение «незаконной банковской деятельности», как деятельности исключительно кредитных организаций, проводимой с нарушением правил банковского законодательства и правил, установленных Банком России для кредитных организаций, в том числе без наличия у кредитной организации лицензии на отдельные банковские операции.

Действительно, любая банковская деятельность, законная и незаконная, может иметь мес-

то только в системе Центрального банка России. При этом его контроль за кредитными организациями организован таким образом, что рано или поздно обеспечивает выявление любого нарушения. Не случайно важным имманентным признаком банковской деятельности выступает документирование на бумажных или электронных носителях с последующим защищенным хранением каждого волеизъявления клиента банка, каждой банковской операции. В банковской деятельности исключается совершение сделок “в устной форме”.

Никаких нелегальных банков и незаконных банковских операций, исключенных из надзора Центрального банка, в России существовать не может, поскольку любая банковская операция, в том числе и незаконная, может считаться “банковской”, только если отвечает имманентным признакам любой банковской операции, а именно представлять “технологическую неразрывность упорядоченной совокупности функционально связанных операций и процедур” (Письмо Департамента наличного денежного обращения Банка России от 6 декабря 2012 № 29-1-1-6/8998), которые (технологические операции и процедуры) невозможны в полной мере вне системы Центрального банка РФ.

Сказанное особенно рельефно видно на примере банковских операций “кассовое обслуживание” и “инкассация”. Касса любого биржевого брокера даже по виду ничем не отличается от кассы банка, а тем более по существу непосредственно кассовых операций, для перевозки денег никому не требуется банковской лицензии. Но как только “кассовое обслуживание” и “инкассацию” начинает производить кредитная организация, поднадзорная Центральному банку РФ и включенная им в свою систему, так эти же по внешним проявлениям действия становятся банковскими операциями и за их совершение без лицензии возникает уголовная ответственность по ст. 172 УК РФ.

На это же указывал профессор О.И. Лаврушин: “Банк является прежде всего предприятием, производящим особый специфический продукт”<sup>8</sup>, поэтому никакая “обычная” коммерческая организация не способна совершить незаконную “банковскую операцию” (в результате реализации которой только и появляется банковский продукт) по ряду причин, в том числе из-за того, что не отвечает признакам субъекта банковской

операции. То же самое можно сказать и про физических лиц, лично не занимающих надлежащих управленческих должностей в кредитных организациях.

С данной позицией согласен и главный юрист-консульт юридического департамента Банка России, кандидат юридических наук М.В. Комиссаров: “Подводя итоги анализа законодательства и нормативных актов Банка России, регулирующих инкассацию наличных денег, можно прийти к выводу о том, что банковскую операцию составляют инкассация наличных денег и кассовое обслуживание клиентов, осуществляемые кредитными организациями... Перевозку наличных денег и иных ценностей вправе осуществлять иные организации и лица без лицензии Банка России”<sup>9</sup>.

Итак, возможны ли операции, подобные банковским, за пределами банковской системы и вне сферы банковской деятельности? Конечно, возможны! Законны ли они? В значительном ряде случаев - да (приведенные выше примеры, равно как и отдельные финансовые операции, см. ниже).

Однако возможны и другие ситуации. Так, практика делового оборота предусматривает возможность проведения отдельных финансовых операций (подобных банковским) в ходе предпринимательской деятельности (иными субъектами - некредитными организациями, их объединениями и даже группами физических лиц). Вопрос в том, всегда ли добросовестно ведется предпринимательская деятельность в этих случаях?

Рассмотрим кратко экономическую сущность предпринимательского и банковского видов деятельности, надлежащая квалификация правонарушений в области которых влечет за собой принципиально различные неблагоприятные последствия в случае нарушений норм законодательства, регулирующих соответствующие общественные отношения.

Даже на первый взгляд (грамматическое толкование) очевидно, что содержание анализируемых понятий не может быть тождественным. Попробуем сделать более глубокий анализ. Действительно основной целью предпринимательской деятельности является получение прибыли (п. 1 ст. 2 ГК РФ). При этом предпринимательская деятельность ведется экономическим субъектом на свой риск при преобладании частного интереса. Основной (если не единственной в общем случае) публичной обязанностью предпринимателя является уплата налоговых платежей в со-

ответствии с Конституцией РФ и нормами налогового законодательства (НК РФ). На самом деле это очень важная обязанность, поскольку очевиден публичный интерес в получении налоговых доходов, перечисляемых в бюджетную систему страны. Сегодня предпринимательская деятельность в нашей стране регулируется нормами предпринимательского права.

Совсем иное значение имеет банковская деятельность. Банковская деятельность должна быть рассмотрена не только и не столько в горизонтальном ракурсе (отношения между коммерческими банками; между банками и их клиентами), которая имеет сходство с предпринимательской деятельностью (целью является извлечение прибыли), направленной на реализацию частных интересов. Но (!) банковская деятельность в целом сама по себе опосредует публичные интересы, являясь, образно говоря, “кровеносной” системой государства. Вертикальные публичные отношения (основным субъектом управления в этих отношениях является Банк России) являются для банковской системы первичными, поэтому горизонтальная банковская деятельность не только подлежит надзору и постоянному мониторингу со стороны Банка России, но и в принципе невозможна без безналичного эмиссионного механизма, направляемого Центральным банком РФ в соответствии с российским законодательством. Именно эмиссия безналичных денег является отправной точкой дальнейшего перераспределения денежных средств.

Таким образом, даже на первый взгляд очевидно, что хотя “общая” предпринимательская деятельность некредитных организаций (далее будем называть их “обычными” организациями) и банковские виды деятельности имеют общие черты (в частности цели - извлечение прибыли в ходе деятельности обычных организаций и горизонтальной банковской деятельности), но основными их отличиями следует считать, во-первых, преобладание в банковской деятельности публичного интереса (вертикальная банковская деятельность, реализуемая Банком России, и делегирование публичных полномочий коммерческим банкам, которые являются агентами, в частности, валютного контроля) и, во-вторых, существенно разнящийся публичный интерес (при предпринимательской деятельности - это только пополнение доходной части бюджетной системы). Если представить себе “круги Эйлера”, то, как пред-

ставляется, “общая” предпринимательская и банковская виды деятельности по своим целям и роли в государстве имеют некоторое пересечение, однако ни в коем случае не совпадают полностью.

Итак, деятельность обычных организаций может быть в целом охарактеризована как децентрализованная (регулируется государством опосредовано и фрагментарно) и не имеющая целостной системы и структуры. В то же время банковская деятельность характеризуется наличием строгой централизации (регулирующим субъектом является Банк России), целостностью банковской системы и наличием ее структуры (Банк России представляет собой ее первый уровень).

Экстраполируя приведенные выше рассуждения в плоскость правонарушений в сферах “общей” предпринимательской и банковской деятельности, можно утверждать, что деликты в первой сфере (не умаляя их отрицательной значимости) имеют следствием причинение ущерба, прежде всего, частным интересам и публичным интересам в области налогового и бюджетного видов деятельности. Что же касается правонарушений в банковской сфере, то ущерб, возникающий вследствие соответствующих деликтов, наносится как частным интересам (например, вкладчики, акционеры), так и, прежде всего, публичным интересам страны (вплоть до угрозы государственному суверенитету), что и характеризует их особую значимость и опасность. Деорганизация банковской системы - это паралич (возможно, временный) экономики государства (отсюда очевидна особая роль этого сегмента экономики).

Приведенный подход позволяет разграничить банковскую деятельность и банковские операции, как законные, так и незаконные, от похожих по форме действий обычных организаций. Банковские операции, законные и незаконные, как и в целом любая банковская деятельность, могут иметь место только в пределах банковской системы Центрального банка РФ, только там незаконные банковские операции могут нанести вред самой банковской системе и сфере. Аналогичные по описанию действия обычных юридических лиц и групп граждан не способны нанести вред системе Центрального банка РФ. Такова идеология, заложенная в построение его системы, которая относится по своей модели к классу “закрытых” систем, управляемых из единого центра.

Исходя из сказанного очевидна целесообразность различной квалификации соответствующих правонарушений двух рассматриваемых видов экономической деятельности и неблагоприятных последствий за деликты в сфере предпринимательского и банковского видов деятельности, поскольку в первом случае ущерб наносится бюджетной системе, а во втором случае - банковской системе государства.

Итак, мы приходим к следующим выводам:

1. Возможно ли осуществление банковских операций вне банковской системы? То есть можно ли считать любые действия, направленные на извлечение прибыли с использованием исключительно денежных средств (в наличной и безналичной форме), банковскими операциями? Очевидно, нет.

Для таких операций существует более общее название - "финансовые операции". Финансовые операции, по внешним признакам похожие на банковские, производятся рядом иных финансовых институтов: брокерами, страховщиками, доверительными управляющими, негосударственными пенсионными фондами.

Любой негосударственный пенсионный фонд проводит операции, практически (не теоретически!) тождественные с банковскими, кроме принадлежности к банковской системе, однако никто не требует от НПФ банковской лицензии и не считает его операции "незаконными" банковскими.

2. Банковские операции возможны только в пределах замкнутой банковской системы (централизация банковской деятельности), поскольку они проводятся специальными субъектами (кредитными организациями); подлежат особому банковскому учету и контролю (специальные правила учета установлены Банком России); Банком России предоставляются определенные гарантии вкладчикам коммерческих банков путем установления индивидуальных нормативов для коммерческих банков посредством депонирования в Центральном банке РФ части их денежных средств; вкладчики физические лица через Агентство по страхованию вкладов, входящее в систему Центрального банка РФ, имеют еще большие гарантии. Есть и другие причины, например, имманентное свойство любой банковской операции - это особое доверие клиента к ее защищенности, связанное как раз с проведением любой банковской операции в системе Центрального банка РФ, защита которой осуществляется на государствен-

ном уровне. Это видно среди прочих мероприятий и из того, что за нарушения в пределах системы Банка России предусмотрена особая уголовная ответственность.

3. Незаконная банковская деятельность возможна, но только в пределах банковской системы и соответствующими кредитными организациями путем нарушений банковского законодательства. Например, проведение банковских операций, не подтвержденных соответствующей именно им лицензией кредитной организацией, которая на основании ранее полученной лицензии имеет возможность незаконно использовать расчетную систему Центрального банка РФ. Так, расширенная лицензия, предусматривающая право на оперирование средствами физических лиц, предоставляется далеко не всем кредитным организациям. Проведение таких операций в пределах банковской системы физически возможно без специального разрешения, что является нарушением именно банковского законодательства. В уголовно-правовом аспекте специальными субъектами преступления по ст. 172 УК РФ являются должностные лица кредитной организации-правонарушителя.

4. Незаконная "общая" предпринимательская деятельность также характеризуется негативными последствиями, нанося ущерб публичным интересам государства. Но (!) ущерб наносится бюджетной системе страны (неучет или не надлежащий учет доходов влечет неначисление и неуплату налогов субъектами налогообложения, снижение налоговых доходов бюджета).

Таким образом, незаконная банковская и незаконная предпринимательская деятельность, будучи общественно опасными деяниями, направлены на различные экономические объекты, т.е. на разные сферы общественных экономических отношений (банковская система и бюджетно-налоговая система), и не должны смешиваться, толковаться неоправданно широко или подменять друг друга при квалификации соответствующих правонарушений.

Общие выводы таковы:

1. Отсутствие фундаментальной систематизации норм права, регулирующих экономические отношения, имеет деструктивный характер и влечет негативные последствия в различных сегментах практической жизни. Ярким примером служит выявленное отсутствие единообразного подхода правоприменителя (относящегося к уголов-

ной юстиции) к пониманию сущности такой дефиниции, как “банковская деятельность”, что очень важно, в частности, для анализа судебной практики. То же можно отметить в отношении надлежащей квалификации отдельных правонарушений в экономической сфере.

2. Следует обратить особое внимание на то, что учеными неслучайно (в последнее время особенно активно) рекомендуется учитывать при квалификации деликтов не только “узкие” нормы права, но обязательно в совокупности учитывать экономические принципы устройства регулируемых и защищаемых правом общественных отношений. Это вызвано огромной и нередко необоснованной подвижностью законодательства, фрагментарностью его правки, при этом еще и запаздыванием введения адекватного экономическим реалиям регулирования. Законодательные акты, бывает, даже противоречат актуальной экономической ситуации. Не случайно О.И. Лаврушин указал: “Не юридический закон определяет сущность банка как такового, не операции, разрешенные ему выполнять, а экономическая сторона дела, природа банка”<sup>10</sup>. Например, одним из отраслевых принципов правового оформления общественных отношений, связанных с налогообложением, является принцип экономической обоснованности налогообложения - налоговые платежи должны иметь экономическое обоснование и не должны быть произвольными<sup>11</sup>.

Очевидно, что принцип экономической обоснованности следует соблюдать не только как отраслевой, но и в целом относительно разных сфер экономических отношений в их практическом взаимодействии, не допуская применения норм права, установленных для банковской сферы (в рассматриваемом выше случае) в отношении предпринимательской сферы и наоборот.

Именно в рамках целостного экономического права, нормы которого призваны системно регулировать экономические отношения, видится возможность окончательного недопущения подобных юридических ошибок.

<sup>1</sup> См. подробно: *Ашмарина Е.М., Ручкина Г.Ф.* Экономическое право Российской Федерации (предмет и метод, система и структура, источники правового регулирования) // Государство и право. 2012. № 8. С. 57-65; *Ашмарина Е.М.* Экономическое право как инновационная технология российской правовой науки. Статья // Вопросы экономики и права. 2011. № 4, 5; *Ашмарина Е.М., Гизатуллин Ф.К.* К вопросу о правовых аспектах банковской системы и банковской деятельности // Вопросы экономики и права. 2012. № 6; *Ашмарина Е.М., Гизатуллин Ф.К.* Особенности отношений в сфере банковской деятельности и их правового регулирования // Вопросы экономики и права. 2012. № 7.

<sup>2</sup> Экономическое право присутствует в таких развитых зарубежных странах, как Германия, Франция, Китай и др. См.: *Ершов В.В., Ашмарина Е.М., Корнев В.Н.* Экономическое право: сравнительно-правовой анализ Германии, Франции, Китая и России // Государство и право. 2014. № 10; *Ашмарина Е.М.* Экономическое право как микромодель системы российского права // Вопросы экономики и права. 2015. № 6.

<sup>3</sup> Банковское дело : учебник / под ред. О.И. Лаврушина. Москва, 2005. С. 18.

<sup>4</sup> Там же. С. 45.

<sup>5</sup> Там же. С. 35.

<sup>6</sup> *Тавасиев А.М.* Банковское дело : учеб. для бакалавров. Москва, 2013. С. 21.

<sup>7</sup> См.: *Чевычелов В.А.* Курс “Финансовые рынки и финансовые институты” для студентов и судей, проходящих переподготовку в Российском государственном университете правосудия; Учебно-методический комплекс по дисциплине “Финансовые рынки и финансово-кредитные институты” для магистров по направлению подготовки 080100 “Экономика” / Российская Академия правосудия. Москва, 2014.

<sup>8</sup> Банковское дело : учебник. 2-е изд., перераб. и доп. / под ред. О.И. Лаврушина. Москва, 2005. С. 15.

<sup>9</sup> *Комиссаров М.В.* Инкассация, перевозка, хранение денежных средств - что лицензируется? // Юридическая работа в кредитной организации. 2014. № 2.

<sup>10</sup> Банковское дело : учебник. С. 14.

<sup>11</sup> См.: *Шур Д.Л., Шаповалов И.С.* Налоговое право. Москва, 2002. С. 9-10.

Поступила в редакцию 06.01.2016 г.