

Правовое регулирование банковской деятельности



**Александр
Александрович
ВИШНЕВСКИЙ,**

профессор Департамента
частного права
Национального
исследовательского
университета
«Высшая школа
экономики»,
доктор юридических наук
aavishnevsky@gmail.com
101000, Россия, г. Москва,
ул. Мясницкая, д. 20

Учет публичного интереса как критерий справедливости договорных условий (на примере проблематики банковских сделок)¹

Аннотация. В статье на примере современных банковских сделок (банковский вклад) обосновывается необходимость учета публичного интереса при оценке договорных условий как справедливых или несправедливых. По мнению автора, справедливость договорных условий не может оцениваться только с учетом интересов одной стороны по отношению к интересам другой стороны в договоре. Напротив, отношения сторон частноправовой сделки в банковском праве, имеющей двойственную природу гражданско-правового договора и банковского продукта, должны оцениваться в свете интереса банковской системы в целом, поскольку вне банковской системы банковские сделки не могут существовать. Соответственно, договорное условие не может быть справедливым, если оно в полной мере учитывает интересы, например, потребителя, но при этом игнорируется интерес самой банковской системы. В свою очередь, интересы банковской системы — это по своей природе публичные интересы. Проблематика статьи затрагивает и фундаментальные основы взаимодействия публичного и частного интереса, указывая на необходимость пересмотра традиционного подхода к «делению» права на частное и публичное.

Ключевые слова: несправедливые условия договора, принцип справедливости, банковско-клиентские отношения, защита потребителя финансовых услуг.

DOI: 10.17803/2311-5998.2023.101.1.032-041

¹ Настоящая статья подготовлена в рамках выполнения междисциплинарного научно-исследовательского проекта факультета права НИУ ВШЭ «Правовые механизмы преодоления неравенства» (частноправовой блок «Преодоление проблемы несправедливых договорных условий в частном праве»).

ALEXANDER A. VISHNEVSKY,

*Professor of the Department
of Private Law*

at the National Research

University Higher School of Economics,

Dr. Sci. (Law)

aavishnevsky@gmail.com

20, ul. Myasnitskaya, Moscow, Russia, 101000

**Public Interest Accounting as a Criterion for the Fairness
of Contractual Terms (on the example
of the problems of banking transactions)**

Abstract. *The article (considering as an example the banking transactions, mostly bank deposit) provides for necessity to take into consideration the public interest while considering the terms and conditions of the contract as fair or unfair. According to the author, the fairness of the terms and conditions of the contract cannot be assessed just when taking into consideration of the interests of one of the parties vis-a-vis the other party to the contract — as far as the banking transaction of a dual nature, both civil law contract and banking product, the fairness is to be considered in the light of the interests of the banking system as a whole, as far as banking transaction cannot exist without such a system, therefore the contract term cannot be considered as fair if it provides for the best protection if the consumer interests but ignores the interest of the banking system. In turn, the interests of the banking system are public by its nature, and the article touches upon the fundamentals of counteractions of the private and public interests stressing the necessity to reconsider the traditional approach to the “division” between the public and private law.*

Keywords: *Unfair contract terms, principle of equity, banker-customer relations, consumer protection in financial services.*

Конструкция несправедливых (нечестных) договорных условий заняла прочное место в современном законодательстве о защите прав потребителей. В зарубежном праве, в европейском регионе, несомненно, «законодатель мод» является право ЕС, в частности Директива 93/13 о нечестных условиях в договорах с потребителями². Согласно этой Директиве (ст. 3) нечестным признается условие договора, которое не являлось предметом переговоров в конкретном случае, если вопреки требованиям добросовестности оно привело к существенному дисбалансу в правах и обязанностях сторон договора в ущерб интересам потребителя.

² Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 “On Unfair Terms in Consumer Contracts” // Official Journal of the European Communities. 21.4.93. No. L 95/29. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/txt/pdf/?uri=celex:31993l0013&from=en>.



При этом показательно, что европейский законодатель сразу отдавал себе отчет в недостаточности одного только подобного определения, поэтому, наряду с определением в приложении к Директиве, привел, примеры условий, которые могут рассматриваться в качестве нечестных. Их список достаточно обширен и не является закрытым.

Российское законодательство, хотя не оперирует именно термином «несправедливые условия договоров», тем не менее не оставляет этот вопрос без внимания. Так, в Законе о защите прав потребителей существует понятие «недопустимые условия, ущемляющие права потребителя»³, а еще до принятия специального закона о потребительском кредитовании Высший Арбитражный Суд РФ высказал правовые позиции по допустимости ряда условий в договорах между банками и потребителями⁴.

Таким образом, отсутствие специального закона собственно о несправедливых договорных условиях в российском законодательстве не означает, что проблеме не уделялось внимания в отечественном законодательстве, просто для ее решения законодатель избрал иной путь.

В настоящей статье мы хотим посмотреть на проблему справедливости договорных условий несколько шире — не просто в свете «конкуренции» интересов сторон в сделке, но в свете соотношения этих интересов с публичным интересом соответствующей (банковской) системы.

Пожалуй, не будет ошибкой утверждать, что на протяжении веков в юриспруденции складывалось четкое убеждение (если не предубеждение), что частные и публичные интересы противостоят друг другу. Даже когда высказывается очень правильная мысль о разумном, сбалансированном использовании частноправовых и публично-правовых инструментов правового регулирования для образования устойчивого и разумного правопорядка в обществе⁵, в ней все равно можно увидеть это изначальное противопоставление — именно вследствие того, что частный и публичный интересы противопоставлены, есть смысл искать их баланс, поскольку поиск баланса уместен в отношении лишь тех явлений, которые противостоят друг другу.

Но утверждать, что между частным и публичным интересом вообще нет противоречия, было бы очевидно неправильным. Иногда приходится слышать, что публичный интерес — это совокупность частных интересов, но нам это представляется нонсенсом — совокупность частных интересов всегда останется только совокупностью частных интересов, публичный интерес всегда отличен от множества частных интересов.

Приведем пример из настоящего — с заготовкой необработанной древесины, которая является одним из предметов экспорта для Российской Федерации. Интерес защитников природы — в том, чтобы уменьшить вырубку лесов. Интерес бизнеса — в том, чтобы вырубки и, соответственно, прибыли были больше, что совпадает и с интересом работников, поскольку от этого зависит получение

³ Закон о защите прав потребителей. Ст. 16.1 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13.09.2011 № 146 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ См., например: *Ульянищев В. Г.* Основы римского права. М. : РУДН, 2012. С. 54.

зарплаты. А интерес государства состоит в том, чтобы сократить поставки необработанной древесины в Финляндию по политическим причинам — именно в этом заключается публичный интерес, и он вовсе не представляет собой результат совокупности частных интересов (речь же вовсе не о том, что сторонников защиты природы стало больше всех остальных), он существует сам по себе, обладая своей «самостью», а не представляя собой среднее арифметическое частных интересов.

Наша позиция в связи с этим иная — частный интерес справедлив постольку, поскольку он является частью публичного интереса. Хочется сказать даже более категорично: *частный* интерес имеет вообще право на существование лишь постольку, поскольку он является *частью* публичного интереса, поскольку в противном случае часть начинает разрушать целое, и ни одна система такое выдержать не сможет, причем не только с целью защиты самой себя, системы, но и с целью защиты... частного (!) интереса — ведь частный интерес не может быть защищен в вакууме, он может быть эффективно защищен только при условии его функционирования и защиты в рамках стабильной системы, частью которой он является.

Эти утверждения слишком глобальны и требуют более объемного исследования для должной аргументации. Задача настоящей статьи куда более скромная — показать взаимодействие частного и публичного интереса на некоторых конкретных примерах банковских сделок и как результат — оправданность рассмотрения публичного интереса как критерия справедливости договорных условий.

Попробуем посмотреть сквозь эту призму на следующее договорное условие, относящееся к банковским сделкам, точнее, на одно из положений законодательства, прямо ограничивающее договорную свободу. Речь идет о договоре банковского вклада. В числе положений ГК РФ, регулирующих данный вид договора, когда вкладчиком является физическое лицо, находим следующие:

- банк обязан выдать сумму вклада и соответствующие проценты по первому требованию вкладчика независимо от вида вклада;
- условие договора об отказе вкладчика от такого права ничтожно⁶.

Перед нами очевидное стремление законодателя ограничить возможность несправедливых договорных условий в договоре банковского вклада, в котором вкладчиком является гражданин. Стремление, с позволения сказать, похвальное, но давайте попробуем разобраться, в какой степени это стремление законодателя ограничить несправедливые договорные условия само является... справедливым.

Чтобы постановка вопроса была понятной и, полагаем, оправданной, посмотрим на это договорное условие в более широком контексте — в контексте тех взаимоотношений, в которых существует и только и может существовать банковский вклад — в контексте отношений в банковской *системе*. Действительно, поскольку банковский вклад является не только *гражданско-правовым* договором, но и *банковским продуктом*, не будучи которым, он попросту не сможет стать договором, то оправданно оценить его с точки зрения интересов той системы, без которой все это не может иметь места.

В чем природа банковского вклада как банковского продукта в понимании ГК РФ? Она не просто в том, чтобы хранить и выдать деньги вкладчику, точнее,

⁶ ГК РФ. Ст. 837.



она абсолютно не в том, чтобы хранить и выдать деньги вкладчику, а в том, чтобы использовать деньги вкладчика как банковский актив, с помощью которого банк может получить прибыль и поделиться ею с вкладчиком в виде процентов по вкладу. С этой целью законодательство разрешает банку использовать по своему усмотрению находящиеся на счете клиента денежные средства⁷ (естественно, без ущерба для прав клиента в отношении этих средств) и, наряду с этим, не предусматривает возможности клиенту (вкладчику) осуществлять какой-либо контроль за использованием этих средств. Идея нормы как раз в том, чтобы не сдерживать банк в нахождении оптимальных способов использовать этот актив, заработать на нем, естественно, без ущерба для права вкладчика получить свои деньги обратно в соответствии с договоренностями.

Но в какой степени банк может рассчитывать на эти средства как на серьезный актив, используя который, он может заработать эту прибыль? Понятно, что при существовании обязательства вкладчика не требовать выплаты суммы вклада в течение определенного срока ценность такого актива повышается вследствие его «гарантированной доступности» для банка. Но если банк, несмотря на прямо предусмотренный в договоре срок возврата вклада, не вправе рассчитывать на эти деньги в течение указанного срока, будучи обязанным вернуть их вкладчику по требованию в любое время, то они перестают быть в должной степени именно тем активом, в качестве которого по своей природе должны рассматриваться.

Попробуем оценить эту ситуацию в свете поставленной нами проблемы — *в свете соотношения публичного и частного интереса*.

Вне всякого сомнения, частный интерес — интерес вкладчика-гражданина, здесь защищен, поскольку норма о его праве в любое время забрать свои деньги при любом виде вклада, несомненно, направлена на защиту его интересов.

Наряду с частным интересом вкладчика в данном правоотношении существует и частный интерес банка, состоящий в том, чтобы полагаться на эти деньги как на достаточно «длинные» деньги. Очевидно, что данный частный интерес проигнорирован законодателем.

Если бы речь шла только о взаимном «весе» интересов двух данных субъектов, то такая позиция законодателя была бы более, чем оправдана. Но ведь в данном случае существует еще и интерес банковской системы — не давая возможности банку полагаться на эти деньги как на «срочные, длинные» деньги, законодатель тем самым лишает этой возможности не просто отдельно взятый банк, но и всю банковскую систему — ведь эти деньги изымаются из системы раньше, чем изначально предполагалось, соответственно, система их неожиданно лишается. И речь идет не просто о «желательности» этих денег для более эффективного функционирования системы, но и об опасности их изъятия с точки зрения возможных негативных последствий для финансового состояния банка, что, в свою очередь, влечет за собой риски для банковской системы в целом.

В недавнем прошлом представилась любопытная иллюстрация последствий такого дисбаланса. Известно, что несколько лет назад, в частности в 2018 г., Агентство по страхованию вкладов (АСВ) предъявило достаточно многочисленные иски к клиентам банка — физическим лицам, которые забирали свои деньги

⁷ ГК РФ. Ст. 845.

из банка незадолго (в течение месяца) до возбуждения в отношении банка процедуры банкротства. При этом в некоторых источниках отмечался «стандартный» подход судов к рассмотрению таких споров, когда дела решались в пользу АСВ как «под копирку»⁸.

Ситуация парадоксальная: АСВ, призванное законом защищать права вкладчиков, требует вернуть деньги, т.е. действует вопреки интересам вкладчиков!

И отсюда следует очевидный вывод: в свете того, как нами поставлена проблема в настоящей статье, можно сказать, что игнорирование законодателем «публичной» справедливости привело к попранию справедливости «частной» именно того субъекта, чьи интересы законодатель стремился защитить!

Следует оговориться, что сказанное выше не должно рассматриваться в качестве общего правила — напротив, Верховный Суд РФ при рассмотрении обстоятельств одного из таких дел указал, что снятие денежных средств с банковского вклада при наличии у банка картотеки неоплаченных документов не должно рассматриваться в качестве оказанного банком предпочтения одному из кредиторов, поскольку требования физических лиц, основанные на договоре банковского вклада, относятся к требованиям первой очереди⁹.

Но мы хотим подчеркнуть, что произошедшее является *симптоматичным* в том смысле, что орган, призванный защищать частный интерес вкладчика, начинает защищать интерес публичный, а частному лицу предлагает *защитить свой частный интерес через защиту публичного!* Второе обстоятельство особо значимо — не просто публичный интерес ставится выше частного, но частный интерес защищается *через* защиту публичного. Действительно, вкладчику не отказывают в его правах на банковский вклад, но предлагают его реализовать лишь в той форме (что практически может означать и лишь в том размере), которая обеспечивает учет публичного интереса.

Что в таком случае должен означать учет публичного интереса? Это означает учет интересов той системы, в которой существует (в которой только и может существовать) соответствующее правоотношение. В частности, в нашем примере с банковским срочным вкладом — это интерес банковской системы.

Интерес банковской системы состоит в сохранении своей стабильности и устойчивости, постоянного эффективного функционирования, что находит подтверждение и в законодательстве¹⁰. Срочный вклад, оцененный в этом свете, означает, что интерес банковской системы в том, чтобы деньги оставались в системе на срок, изначально указанный в договоре. *В этом справедливость договорного условия с точки зрения банковской системы.* По нашему мнению, именно эта справедливость должна получить защиту при решении вопроса о справедливости или несправедливости условий в договоре банковского вклада.

Но задача и в том, чтобы интересы вкладчика не были всецело «раздавлены» интересом банковской системы. Возможно, следует в связи с этим подумать о

⁸ URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3535344> (дата обращения: 15.09.2022).

⁹ Определение Верховного Суда РФ от 27.02.2018 № 305-ЭС17-22716 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ Федеральный закон от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)». Ст. 3 // СПС «КонсультантПлюс».



том, чтобы защитить их не правом досрочно изъять вклад в любое время, когда вздумается, но предоставлением такого права в той степени, в какой это не игнорирует интересы системы в целом.

Например, в качестве альтернативы праву изъять все средства в любое время может быть право вкладчика изъять в размере, который гарантируется ему АСВ при банкротстве банка. При таком подходе:

- интерес банковской системы не игнорируется полностью, ограничиваясь лишь в той мере, в которой он все равно был бы «ограничен» выплатой из Фонда страхования вкладов;
- интересы банка учтены, поскольку он гарантированно получает возможность использовать в качестве долгосрочного актива средства, превышающие указанный размер;
- интересы вкладчика не проигнорированы, поскольку он получает возможность досрочного снятия определенной суммы;
- немаловажно, что повышается ответственность вкладчика (потребителя) за свои действия, ведь защита потребителя не должна стимулировать его беспечность, полагаясь на то, что он будет защищен «всегда» — этот подход не чужд банковскому праву, например, в том же вопросе о страховании вкладов существует предел выплаты по невозвратному вкладу, и этот предел в современном банковском праве существует именно для того, чтобы вкладчик, зная, что он получит не абсолютно все, выбирал для вклада те банки, которые более надежны, ведут менее рискованную политику.

Если суммировать сказанное, то мы подходим к пониманию справедливости договорных условий не в искусственно ограниченном контексте взаимоотношений двух сторон договора, а в контексте интересов системы, в которой существует соответствующее правоотношение. Возможно, будет правильным термин «системная справедливость», которая должна приниматься во внимание при оценке конкретного договорного условия в качестве справедливого или несправедливого. При этом она должна пониматься не как игнорирование двух частных интересов «во имя системы», а как средство реализации частного интереса через реализацию системного (публичного), а не вне его, что соответствует и сути частного интереса как части интереса публичного, а не как интереса эгоистичного.

Возможно, такой подход покажется прямо противоречащим самой идее частного интереса. Мы же считаем, что на самом деле он является возвращением к истокам.

Обратимся к римскому праву, которое обычно преподносится как своего рода «колыбель и торжество» частного права. Сразу оговоримся, что для римских юристов не было характерно «деление» права на частное и публичное, а было характерно понимание *изучения* (а не деления!) права как изучение частного и публичного интереса в тех общественных отношениях, которые необходимо урегулировать — именно так ставится вопрос в знаменитом высказывании Ульпиана: «*Изучение* (курсив наш. — А. В.) права распадается на два положения: публичное и частное (право)... существует полезное в общественном отношении и полезное в частном отношении»¹¹.

¹¹ D. I. I. 1. § 2.

И здесь интересный вопрос: что такое частный интерес в «том», а не в теперешнем понимании? В определенной, а может, не побоимся такой оценки, в значительной, степени на этот вопрос проливают свет следующие мысли Т. Моммзена, высказанные им в ходе сравнения эллинского и римского характеров:

«Сущность эллинского духа заключается в том, что целое приносилось в жертву отдельной личности, нация — общине, община — гражданину; его идеалом была прекрасная и нравственная жизнь и слишком уже часто приятная праздность; его политическое развитие заключалось в углублении первоначальной обособленности отдельных областей и позднее даже во внутреннем разложении общинной власти... Сущность же римского духа выражалась в том, что он держал сына в страхе перед отцом, гражданина в страхе перед его повелителем, а всех их в страхе перед богами; он ничего не требовал и ничего не уважал, кроме полезной деятельности, и заставлял каждого гражданина наполнять каждое мгновение короткой жизни неусыпным трудом... для него государство было все, а расширение государства было единственным незапретным высоким стремлением... италик решительно отказывался от произвола ради свободы и научался повиноваться отцу, для того чтобы уметь повиноваться государству... При такой покорности могли пострадать отдельные личности и могли заглухнуть в людях их лучшие природные задатки, зато эти люди приобретали такое отечество и проникались такою к нему любовью, каких никогда не знали греки, зато между всеми культурными народами древности они достигли — при основанном на самоуправлении государственном устройстве такого национального единства, которое в конце концов подчинило им разрозненное эллинское племя и весь мир»¹².

Из этого следует вывод, который кому-то может показаться непривычным, но очевидно из сказанного, что если сущность римского духа была именно в этом, то «частный» интерес римлянина — это интерес гражданина, патриота, а не потребителя, частный интерес в тогдашнем понимании не имеет ничего общего с современным потребительско-эгоистичным частным интересом. Так думать не принято, но об этом забывать не стоило бы.

Возможно, это в какой-то степени преувеличение, такие вопросы в значительной степени зависят от точки зрения автора. Но мы склонны считать это в большей степени истиной, чем преувеличением, и не в силу какого-либо предубеждения, но в силу того очевидного факта, что римское право не стало бы «тем самым» римским правом, если бы не сильная римская государственность, которая была бы невозможной без граждан-патриотов. Соответственно, есть смысл доверять выводам, а лучше сказать — прозрениям процитированного выше великого историка.

А чтобы полагаться не только на «научные пристрастия», попробуем посмотреть опять же на конкретные примеры, на этот раз из истории римского права.

Мы давно привыкли к такому частноправовому положению, когда покупатель отвечает за недостатки проданной вещи, оно нам кажется само собой очевидным. Но ведь так было не всегда: первоначально всецело господствовал принцип *caveat emptor*, в силу которого эти риски лежали на покупателе. Правило об ответственности продавца, а не покупателя за недостатки проданной вещи возникло в деятельности курульных эдилов, в обязанности которых входило поддержание

¹² Моммзен Т. История Рима. СПб. : Наука ; Ювента, 1994. С. 36.



порядка на рынке. Выходит, что покупатель получил указанную защиту вследствие того, что это было лучше для интересов *рынка*, т.е. общеизвестное, общепринятое в настоящее время частноправовое положение возникло постольку, поскольку им обеспечивался публичный — «общерыночный» — интерес!

И подобного рода примеры из римского права можно продолжить.

Полагаем, что сейчас более чем своевременно обратить внимание на такую роль римского частного права, как средства обеспечения публичного по своему существу интереса. И частным проявлением такого подхода может считаться пересмотр обязательных договорных условий в банковских сделках — тех условий, которые в свое время вполне оправданно появились в нашем гражданском законодательстве после злоупотреблений финансовых пирамид 1990-х.

Но в настоящее время в явно изменившихся условиях, в том числе с учетом эффективной системы страхования вкладов, уже более уместно принять во внимание интересы банковской системы при решении вопроса о том, что является справедливым в договорных отношениях, с пониманием того, что невозможно защитить интерес элемента система «против» системы, т.е. что не может быть эффективно защищен интерес одного из элементов системы, если не приняты во внимание интересы системы в целом.

В этом смысле показательным, что публичный интерес фигурирует в качестве фактора доктринального осмысления банковской системы в течение уже достаточно продолжительного времени. Например, рассуждая о «двойственной» природе банков, В. С. Белых замечает: «Если бороться за чистоту цивилистического метода регулирования, то необходимо устранить эту двойную природу банков. Напротив, если повернуться... лицом к рыночной экономике, указанное *сочетание частноправовых и публично-правовых начал* (курсив наш. — А. В.) — желаемый результат социального прогресса общества; *то, к чему должно стремиться право* (курсив наш. — А. В.)»¹³.

Показательно, что в экономической литературе эта «двойственность» природы банка получила более стойкое признание¹⁴. Невозможность со стороны банка замкнуться на своих эгоистично воспринимаемых коммерческих интересах начинает осознаваться (хотя, говоря по правде, далеко не всегда) и в банковском сообществе, где существует понимание того, что «без успешного общества не может быть успешного банка». Эта фраза была сказана одним из банковских топ-менеджеров в Северной Каролине, когда банк корректировал свою политику в зависимости от интересов местного населения¹⁵. В философской литературе существуют подходы к справедливости как к *изначальному сбалансированному состоянию системы*¹⁶. Полагаем, что в юридической литературе этот аспект справедливости в банковско-клиентских отношениях тоже может быть воспринят с большей смелостью, когда объективно необходимая потребителю защита

¹³ Банковское право : учебник для бакалавров / под ред. В. С. Белых. М. : Проспект, 2013. С. 160.

¹⁴ Из доступных на русском языке источников можно назвать: *Уэрто де Сото* Х. Деньги, банковский кредит и экономические циклы. Челябинск, 2008.

¹⁵ *Lowary J.* The Obligation of a Banker // *Bank Director*. 2019. Vol. 29. Is. 1.

¹⁶ *Rawls J.* A Theory of Justice. Cambridge, Massachusetts, 1999.

предоставляется ему постольку и таким образом, чтобы при этом принимались во внимание интересы банковской системы в целом с пониманием той очевидности, что интересы части не могут быть в действительности защищены, если страдают интересы целого.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Банковское право : учебник для бакалавров / под ред. В. С. Белых. — М. : Проспект, 2013.
2. Курбатов А. Я. Правосубъектность кредитных организаций: теоретические основы формирования, содержание и проблемы реализации. — М. : Юриспруденция, 2010.
3. Моммзен Т. История Рима. — СПб. : Наука ; Ювента, 1994.
4. Покровский И. А. История римского права. — М. : Статут, 2004.
5. Ульяницыев В. Г. Основы римского права. — М. : РУДН, 2012.
6. Уэрто де Сото Х. Деньги, банковский кредит и экономические циклы. — Челябинск, 2008.
7. Lowary J. The Obligation of a Banker // Bank Director. — 2019. — Vol. 29. — Is. 1.
8. Rawls J. A Theory of Justice. — Cambridge, Massachusetts, 1999.

