

*Колкарева И.Н.,  
к.ю.н., доцент  
кафедры бухгалтерского учета и анализа  
Краснодарского филиала РЭУ им. Г.В. Плеханова*  
*Колкарева Э.Н.,  
к.э.н., доцент  
кафедры гражданского и трудового права  
Кубанского института социэкономии и права*

## **НОВЫЕ ПРАВИЛА ДЛЯ ЗАЁМНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ**

### **NEW RULES FOR LOAN LEGAL RELATIONS**

**Аннотация:** В данной статье рассматриваются и раскрываются основные особенности правового регулирования заёмных правоотношений в контексте генезиса договора займа в римском праве и современном российском законодательстве. Анализируются противоречия, встречающиеся на практике при применении норм ГК РФ по договору займа, и предлагаются пути трансформации их содержания.

**Abstract:** This article discusses and reveals the main features of the legal regulation of loan legal relations in the context of the genesis of a loan agreement in Roman law and modern Russian legislation. Analyzed the contradictions encountered in practice when applying the rules of the Civil Code of the Russian Federation under a loan agreement, and suggests ways of transforming their content.

**Ключевые слова:** займ, заёмщик, займодавец, договор, сумма займа, консенсуальность, причитающийся процент, реальный договор, рецепция римского права.

**Key words:** loan, borrower, lender, contract, loan amount, consensuality, interest due, real contract, Roman law reception.

Совсем недавно законодателем были внесены существенные поправки в институт заёмных правоотношений, которые значительно меняют их правовую сущность, видовое многообразие и способы фиксации.

Необходимость реформирования института заёмных правоотношений, объясняется проводимой реформой гражданского законодательства, а также наличием множества проблем в правоприменении договора займа, в частности по поводу выдачи и возврата сумм займа.

Заемные отношения являются массовыми и распространёнными как в бытовой, так и деловой сфере, поскольку в основном заключаются без письменной формализации между гражданами, основываясь на доверии сторон и для развития деловой сферы.

Анализ судебной практики по заемным правоотношениям показывает наличие значительного количества споров в данной сфере и проблем в содержании заемных правоотношений. В большинстве случаев имеет место несоблюдение письменной формы договора займа, неверное исчисление процентов за несоблюдение договора займа и другое.

Не вызывает сомнений, что российское законодательство относится к романо-германской системе права, которое большей своей частью является рецепцией римского права. Поэтому корни развития института займа следует искать в исследованиях римских юристов. Изучение историографии необходимо для понимания сущности и этапов займовых правоотношений, стадий формирования конструкции займа.

Исторически договор займа насчитывает как минимум две с половиной – три тысячи лет и подразумевает определённую конструкцию и правовую природу. Его принципиальная особенность состоит в том, что по своей правовой природе он является реальным договором (ст. 807 ГК РФ) [1]. Характеристика договора в качестве реального базируется на использовании юридического термина, который этимологически происходит от латинского слова «res» («вещь»). Реальность договора займа подразумевает вступление его в юридическую силу с момента передачи денег. Формально отнесение договора к категории реальной сделки означает, что никакие предварительные договоренности о выдаче займа (существующие намерения) не имеют юридической силы, что весьма наглядно становится очевидным при возникновении спора и разрешении его в суде. Отношения договора займа строятся не на желании в будущем совершить какие-либо действия, а на самом факте передачи суммы денежных средств. Общеизвестно, что до передачи денег никаких правовых отношений между заемщиком и займодавцем нет.

Генезис договора займа в римском праве весьма своеобразный. Он связан с тем, что самые ранние римские юристы как такового договора займа не знали. И классические конструкции римского договорного права не знали договора займа. Старое римское право еще задолго до законов XII таблиц создало такую сделку займа -

nexum. Во всяком случае, XII таблиц упоминают о nexum в одном общем с mancipatio положении: «cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto («когда совершает нексум и манципацию, то пусть будет правом то, как он устно договорится») [4].

Nexum в законе XII таблиц представляет полную параллель mancipatio, то есть сделка, совершалась в присутствии пяти свидетелей и весовщика (libripens) с весами и определенными действиями формальности, будущий кредитор брал маленькую монетку и, ударив ею по весам, передавал ее должнику вместо подлинных денег, которые вручались или несколько раньше, или несколько позже. Делая это, кредитор, подобно покупщику при mancipatio, произносил известную формулу, придающую сделке именно характер займа. В случае расторжения сделки проделывались те же действия, что и при заключении, но с формулой о расторжении. В случае если должник не платил, то наступали последствия, которые были оговорены при заключении договора займа вплоть до рабства и расчленения по частям.

Также формула предполагала вставки для более точного определения условий займа: срок, проценты (проценты ограничивались в определенной норме, которая контролировалась) и другое.

Обязательство, возникающее из займа, строго одностороннее: заимодавец имеет право требовать от заемщика возврата такого же количества вещей такого же рода и качества, какое было получено. Заимодавец уже при самом заключении договора, сделал свое дело, передав в собственность заемщика определенную ценность и установив такой передачей договор. Поэтому из договора он получает только право требования и не несет более никакой обязанности. Для осуществления этого права в распоряжении заимодавца имеются иски строгого права (actions stricti iuris). Наоборот, заемщик при заключении договора уже получил деньги или иные заменимые вещи и поэтому не имеет права на основании договора требовать чего-либо, а только несет обязанность возврата такой же денежной суммы или такого же количества других заменимых вещей, какое было получено от заимодавца.

Элементом nexum того времени являлся самозаклад, самозакабаление, но только этот самозаклад вытекал из общего существа древнего обязательства, а не из акта самоманципации.

Чаще всего заемщиками являлись обычные граждане, которые в большинстве случаев не смогли выполнить условия займа в связи с этим появлялось много рабов и

злоупотреблений, так как бывали необоснованные претензии со стороны займодавца, невозможность найти свидетелей.

Злоупотребления этого рода были устранены законом *lex Vallia* и *lex Poetelia* - эти законы вводили следующие положения:

1. запрет на наложение цепей на должников;
2. запрет на убийство должника или его продажа;
3. займодавец должен был предварительно доказать свое требование перед судом и получить судебный приговор [5].

В дальнейшем заемные правоотношения регулировались Дигестом Юстиниана (533 год н.э.), где было дано четкое определение «Заем (*mutuum*) представляет собой договор, по которому одна сторона (займодавец) передает в собственность другой стороне (заемщику) денежную сумму или известное количество иных вещей, определенных родовыми признаками (зерно, масло, вино), с обязательством заемщика вернуть по истечении указанного в договоре срока либо по востребованию такую же денежную сумму или такое же количество вещей того же рода, какие были получены».

Важными особенностями при заемных отношениях по Дигесту Юстиниана является:

1. обязательная письменная форма договора займа;
2. обязанности по договору возникали с момента передачи вещи и получения денег;
3. заключение отдельного соглашения о процентах и были установлены различные максимальные проценты в различные периоды [4].

Но по истечении некоторого времени подметили, что, если один дал другому деньги, то не возвращать деньги уже не здорово. И римские суды стали давать защиту такой неизвестной римским архаическим законам договорной конструкции только потому, что деньги были выданы. И рассуждения были такими: раз деньги дал – надо вернуть. Вот эта идея «Раз деньги дал – то договор есть» – это и есть такой прообраз реальной конструкции договора займа, которая, в том числе, реализована в нашем Гражданском кодексе.

Российское гражданское право предполагает четыре реальных договора – это заем, хранение, страхование и перевозка. Любопытно, что в отношении трех из этих четырех реальных договоров (а именно страхования, перевозки и хранения) сам же Гражданский кодекс РФ прямо признавал возможность заключения этих реальных

договоров по консенсуальной модели (ст. 957, ст. 784, ст. 886 ГК РФ) [1]. То есть сам законодатель в Гражданском кодексе РФ признавал возможность сторонам сделки договориться о том, что одно лицо обязуется взять товар на хранение, одно лицо обязуется организовать перевозку, или, например, что договор страхования вступит в силу до момента уплаты страховых взносов. Таким образом законодатель, предполагая диспозитивность норм гражданского законодательства, позволяет переводить договором ту реальную модель контракта, которая была заложена в законе, в консенсуальную модель, придавая значимость договоренности совершить в будущем действия, связанные с принятием на хранение, на перевозку и т.д.

Многие годы заключить консенсуальный заем было невозможно. То есть невозможно принять на себя обещание выдать заем. 26 июля 2017 года были приняты поправки в отношении регулирования заемных правоотношений, которые вступили в силу 01.06.2018 на основании Федерального закона № 212-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» [2]. Законодатель официально изменил понятие договора займа следующим образом «по договору займа одна сторона (займодавец) передает или обязуется передать в собственность другой стороне (заемщику) деньги, вещи, определенные родовыми признаками, или ценные бумаги, а заемщик обязуется возвратить займодавцу такую же сумму денег (сумму займа) или равное количество полученных им вещей того же рода и качества либо таких же ценных бумаг. Если займодавцем в договоре займа является гражданин, договор считается заключенным с момента передачи суммы займа или другого предмета договора займа заемщику или указанному им лицу».

Таким образом, было установлено правило о том, что в том случае, если займодавцем (то есть кредитором, лицом, которое предоставляет заем) является юридическое лицо, то заем может быть заключен по консенсуальной модели. Если будет принято обязательство выдать заем в будущем и это обязательство будет нарушено, то лицо, нарушившее такое обязательство, будет обязано возместить убытки, которые будут причинены невыдачей займа.

Принятые изменения не являются новеллой для нашей цивилистики, так как консенсуальный договор займа у нас существовал всегда. Мы имеем ввиду договор кредита. Содержание статьи 819 ГК РФ предусматривает, что кредитная организация обязуется выдать кредит. То есть банк или микрофинансовая организация имеет

юридически значимое и защищаемое в суде обязательство предоставить кредит. И за нарушение этого обязательства банк будет нести ответственность – обязанность возместить убытки (существует судебная практика по данной категории споров, которая нашла своё подтверждение в Информационном письме Президиума ВАС от 13 сентября 2011 года № 147).

Принятые новеллы меняет все пути решения споров, так как передача займодавцем денег не будет препятствовать требованию исполнения оппонентом договора займа.

Во избежание злоупотреблений при заключении договора займа до передачи денег были сформулированы средства защиты. Так ст. 807 ГК РФ дополняется п. 3, в котором сказано, что, если займодавец в силу договора займа обязался предоставить заем, он вправе отказаться от исполнения договора полностью или частично при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленный заем не будет возвращен в срок.

В настоящий период времени институт заёмных правоотношений переживает существенную трансформацию. Довольно интересные поправки, которые сосредоточены в займе, касаются вопросов, связанных с вознаграждением по займу и по кредиту. Традиционным вознаграждением по договору займа является процент (ст. 809 ГК РФ). Заемный процент проистекает из такого естественного свойства денег, как рост. То есть деньги, всегда дают рост. И заемный процент и есть то классическое вознаграждение, которое займодавец получает от заемщика за то, что он предоставил заем. Но жизненные обстоятельства весьма изменчивы, большинство из которых предвидеть и просчитать изначально невозможно. В сфере финансовых правоотношений их изменчивость обусловлена рядом факторов внешнего воздействия. В частности, политические события невозможно просчитать и застраховаться от их последствий. Тем более не представляется возможным рассчитать условие о простом проценте, которое будет адекватно соответствовать, во-первых, тем расходам, которые несет кредитор, оказывая заем или предоставляя кредит. А во-вторых, может быть, он не всегда соответствует каким-то конкретным договорным отношениям между займодавцем и заемщиком в том смысле, что не всегда удобен для них.

В Гражданский кодекс была включена новая норма, касающаяся вознаграждений. Это норма, позволяющая бороться с так называемыми ростовщическими процентами (п. 5 ст. 809 ГК РФ). Суть этого правила состоит в том,

что если кредитор, предоставляя заем, определяет себе процент, который необычно большой (российская банковская практика свидетельствует о данном факте), то суд вправе отказать в защите такому займодавцу, так как проценты признаются ростовщическими. По данным Банка России в последние годы были прецеденты микрозаймов, которые распространялись через определённые финансовые институты, ставки по которым достигали 250% годовых. При этом основную целевую аудиторию заёмщиков этих компаний составляли пенсионеры, для которых смысл и содержание определённых юридических и финансовых терминов непонятен и сложение конечного процента по заёмным правоотношениям является проблематичным. Факт особой целевой аудитории ни в коей мере не смущает ростовщиков, а наоборот позволяет в большей степени избегать ответственности за повышенные проценты.

Еще одна новелла, которую считаем необходимым проанализировать, связана с обязанностью заёмщика возратить сумму займа и уплатить причитающийся процент. Необходимо уяснить, что следует понимать под причитающимся процентом. Ранее существовало правило, что это процент, который заемщик заплатил бы займодавцу, если бы в их отношения продлилось то количество времени, о котором стороны изначально договорились. Сейчас законодательно закреплено правило (ст. 811 ГК РФ) указывающее, что причитающиеся проценты – это проценты, которые должны быть начислены до момента полного возврата займа. То есть если на втором году существования заемных отношений займодавец реально взыскал с меня сумму займа, и это решение исполнено, то проценты платятся по тот день, когда последняя сумма займа возвращена заёмщиком.

Каким образом теперь можно взыскать причитающиеся проценты. Статья 15 Гражданского кодекса РФ предусматривает их взыскание как упущенную выгоду. Предполагается, что убытки – это реальный ущерб плюс то, что кредитор получил бы, если бы обязательство не было нарушено. То есть те проценты, которые заплатил бы заёмщик, – это упущенная выгода займодавца. По нашему мнению, что в обычных займах, когда займодавец – или гражданин, или юридическое лицо, которое не имеет своей основной задачей деятельность предоставления займов, довольно легко взыскать упущенную выгоду. А вот во взаимоотношениях с кредитными организациями этот процесс очень усложнён рядом факторов и прежде всего тем, что деньги постоянно работающий ресурс и выступают предметом сделки с третьим лицом. Следовательно, срок первоначального договора займа существенно влияет на последующую

деятельность финансовой организации и её результативность. Поэтому досрочное прекращение договорных обязательств оказывает влияние на устойчивость договорных отношений с контрагентами кредитной организации и получение доходов от их активных операций.

Считаем необходимым обязать Банк России оформлять ежемесячную статистику средневзвешенного процента по предоставленным займам, обычно взимаемым при заключении договора займа на различные суммы и цели и размещать на официальном сайте Банка России. Это позволит судам ссылаться на эти данные при разрешении споров в соответствии с п. 5 ст. 809 ГК РФ.

Если рассматривать оставшиеся неурегулированные законодателем аспекты заёмных правоотношений, то наибольший интерес вызывает позиция некоторых депутатов Государственной Думы РФ, предлагающих разработать законопроект, определяющий использование виртуальных валют в качестве предмета договора займа, в частности, таких вещей как: криптовалюта (биткоин) и титульные знаки различных систем электронного безналичного расчета (например, Web Money Transfer). В настоящее время с точки зрения законодательного закрепления в ГК РФ (ст. 140) электронные деньги нельзя считать денежными средствами. Виртуальные денежные единицы не могут быть юридически признаны средствами платежа (деньгами), поскольку каждый эмитент использует собственные виртуальные денежные единицы (например, титульные знаки WMZ (в долларах США) и WMR (в российских рублях) в Web Money Transfer и другие). Поэтому их нельзя будет взыскать с заемщика.

По нашему мнению, введение норм по регулированию виртуальных валют для использования их как предмета займа поможет расширить заемные правоотношения, обеспечить защиту прав и обязанностей для каждой из участвующих сторон.

### **Список литературы**

1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (в ред. от 05.12.2017 № 379-ФЗ) // СЗ РФ. 1996. № 5. Ст.410; СЗ РФ. 2017. № 50 (часть 3). Ст. 7550.

2. Федеральный закон «О внесении изменений в части первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 26.07.2017 № 212-ФЗ // СЗ РФ. 2017. № 31 (часть 1). Ст. 4761.

3. Варховская, А. В. Отдельные вопросы регулирования договора займа в современном российском законодательстве / А. В. Варховская // Проблемы совершенствования прокурорской деятельности и правоприменительной практики. – Иркутск: Иркутский юридический институт (филиал) федерального государственного казенного образовательного учреждения высшего образования «Академия Генеральной прокуратуры Российской Федерации». 2017. Выпуск 2. С. 5- 11.

4. Витрянский, В. В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги / В. В. Витрянский. – М.: Статут, 2017. – 431 с.

5. Покровский, И. А. История римского права / И. А. Покровский. - М.: Директ-Медиа, 2008. – 1135 с.

6. Соломина, Н. Г. Договор займа: изменения действующего законодательства / Н. Г. Соломина // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2017. № 4 (53). С. 60–64.