



*Рождественская Т. Э.,
к.ю.н., доцент кафедры финансового права,
Московская государственная юридическая
академия имени О. Е. Кутафина*

ПРОФЕССИОНАЛЬНОЕ СУЖДЕНИЕ КАК ПРАВОВАЯ ПРОБЛЕМА ИМПЛЕМЕНТАЦИИ ДОКУМЕНТОВ БАЗЕЛЬСКОГО КОМИТЕТА ПО БАНКОВСКОМУ НАДЗОРУ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Базельский комитет по банковскому надзору при Банке международных расчетов (Committee on Banking Supervision of the Bank for international Settlements) основан в г. Базеле в 1974 г. управляющими центральными банками стран G10. В настоящий момент членами комитета являются высокопоставленные представители центральных банков и органов финансового регулирования стран G10, а также Люксембурга и Испании. Европейская комиссия принимает участие в работе на правах наблюдателя.

Основная задача Комитета состоит во внедрении единых стандартов в сфере банковского регулирования. С этой целью Комитет разрабатывает директивы и рекомендации для органов регулирования государств-членов.

БКБН не является международным органом, который вправе устанавливать обязательные правила как для государств, надзорные органы которых входят в Комитет, так и для иных государств; акты БКБН не считаются юридически обязательными и относятся к так называемым

му мягкому праву (softlaw). БКБН не может рассматриваться в качестве своеобразного супернадзорного органа. Одновременно акты БКБН не относятся к международным договорам, на которые распространяется Венская конвенция о праве международных договоров: указанные документы могут приниматься непосредственно самим Комитетом (так называемые рабочие документы БКБН), могут также одобряться управляющими национальных банков и надзорных органов стран G10.

В любом случае документы БКБН не порождают для Российской Федерации правовых последствий, характерных для международных договоров и вытекающих из ст. 15 Конституции РФ и Федерального закона «О международных договорах».

Статус международных актов, причисляемых к softlaw, давно является предметом дискуссии среди специалистов в области международного права. «Мягкое право» называют «предправом» [1, с. 325], нормативной системой, которая содержит не правовые, а моральные и политические нормы [2, с. 110–111]. И. И. Лукашук, оценивая содержание норм «мягкого права», указывает, что это могут быть как международно-правовые нормы, так и неправовые международные нормы [3, с. 138]. «В первом случае имеются в виду такие правовые нормы, которые, в отличие от “твердого права”, не порождают четких прав и обязанностей, а дают лишь общую установку, которой тем не менее субъекты обязаны следовать... Ко второму виду норм «мягкого права» относятся те, что содержатся в неправовых актах, в резолюциях международных органов и организаций, в совместных заявлениях, коммюнике... такого рода нормы являются не правовыми, а морально-политическими» [3, с. 138–139].

Акты БКБН представляют собой рекомендации, обобщение практики и не требуют от государств обязательной имплементации. Вместе с тем правовые условия таковы, что если правовая и банковская система государства остается невосприимчивой к указанным рекомендациям, не реализует их в законодательстве и практике, то весьма вероятным становится экономическое воздействие на такое государство и субъекты экономической деятельности, основной бизнес которых находится на территории этого государства. В частности, другими странами как согласованно, так и индивидуально вводятся ограничения на трансграничные перемещения капитала и инфраструктуры, устанавливаются специальные так называемые страновые риски, предполагающие большую цену заимствований для субъектов такого государства, предусматриваются более строгие требования

при открытии счетов субъектов экономической деятельности такого государства в банках иных государств и т. д.

Иными словами, несмотря на то, что акты БКБН, как и ряда иных международных экономических организаций (например, ФАТФ), не являются формально обязательными, последствия отказа следовать моделям, которые определены в этих актах, для государства и организаций, зарегистрированных в этом государстве, могут быть весьма ощутимы в материальном смысле. Таким образом, исключение рекомендательных норм, содержащихся в данных актах, из круга правовых норм и, соответственно, самих актов из круга правовых актов может привести к обеднению понимания современного международного права, в частности, международного экономического права.

Акты «мягкого права» имеют ряд достоинств. Во-первых, они позволяют гибко реагировать на довольно быстро меняющуюся текущую ситуацию, не требуют соблюдения сложных процедур, характерных для принятия и включения в национальные правовые системы международных договоров, что особенно важно для финансового сектора. Правда, такого рода гибкость требует особого внимания к вопросам сохранения экономического суверенитета государства. Во-вторых, положения актов «мягкого права», как правило, сформулированы весьма абстрактно, без детализации, что обусловлено разнородностью национальных систем регулирования. Задача каждой юрисдикции – найти оптимальные, соответствующие конкретной национальной системе регулирования способы адаптации предлагаемых моделей.

В состав источников «мягкого права» входят стандарты, принципы (principles), обзоры надлежащей практики (practices), кодексы поведения (codesofconduct), руководящие рекомендации (guidelines). В частности, Базель II содержит руководящие рекомендации. Иногда его называют несвязывающим соглашением [4].

Существует ряд правовых проблем, связанных с имплементацией базельских документов в законодательство Российской Федерации. Одной из основных является ориентирование на применение механизмов так называемого риск-ориентированного надзора, основным компонентом которого является возможность вынесения надзорного решения на основе профессионального суждения надзорного органа. Применение профессионального суждения в качестве основы для надзорных решений само по себе является правовой проблемой.

В законодательстве России присутствует необходимая правовая основа для применения профессионального суждения при принятии надзорных

решений. Прежде всего это нормы ст. 72 Закона о Банке России, которые закрепляют полномочие Банка России устанавливать методики определения собственных средств, активов, пассивов, размеров рисков по активам, а также самостоятельно оценивать активы и пассивы кредитных организаций. Результаты этой оценки обязательны для кредитных организаций.

Также Банк России, в соответствии с ч. 2 ст. 74 и ч. 1 ст. 75 Закона о Банке России, вправе применять меры принуждения к банковским институтам, если операции или сделки банка привели к возникновению существенной угрозы кредиторам или если выявлены ситуации, угрожающие стабильности банковской системы. Иными словами, в настоящее время законодательство России допускает применение мер принуждения к кредитному институту в случае возникновения общественно опасной ситуации даже при отсутствии нарушения какого-либо правила. Таким образом, не только требование об устранении нарушений, но и другие меры принуждения могут быть применены на основании профессионального суждения Банка России.

Следует отметить, что профессиональное суждение в качестве основы для надзорных решений неминуемо включает в себя элемент субъективного усмотрения. Субъективное мнение в правовой оценке факта всегда присутствует, ибо факт либо событие оценивает человек, а не машина. Но нельзя забывать о том, что субъективное усмотрение при принятии решения неизбежно влечет если не произвол и его верную спутницу коррупцию, то хотя бы подозрения в произволе и коррупции, поэтому возникает недоверие поднадзорных финансовых организаций к надзорному органу, тогда как эти отношения должны строиться на доверии.

Поэтому одна из задач реализации риск-ориентированного надзора – надзора, который основывает свои решения на профессиональном суждении – преодолеть это недоверие, построить работу на принципах сотрудничества. Для этого уже предпринимаются некоторые меры, но говорить о них можно пока не как о состоявшемся факте, а скорее как о примерном направлении развития. В частности, необходимо законодательно предусмотреть, что банки должны привлекаться для обсуждения не только общесистемных проблем (стратегий, проектов нормативных актов и т. д.), но и конкретных надзорных решений. Определенный опыт предварительного взаимодействия с банками при принятии надзорного решения накоплен, например, в рамках обсуждения вопроса о качестве капитала банка и необходимости корректировки его величины [5].

Считаем также целесообразным пересмотреть некоторые аспекты практики применения мер принуждения к кредитным организациям. Судебные заседания, особенно по вопросам допуска кредитных организаций в систему страхования вкладов, доформирования резервов и др., показывают, что судам весьма трудно дать квалифицированную экономическую оценку соответствующего надзорного решения, а правовая оценка часто бывает обусловлена лишь соблюдением процедуры. В связи с этим требуется расширение досудебных процедур. О необходимости изменения «траекторий споров» по делам, возникающим из публично-правовых отношений, говорили и руководители ВАС РФ, в частности, его бывший Председатель В. Ф. Яковлев [6, с. 382–383]. С практической точки зрения это означает, что в самом Банке России должна быть выстроена система, позволяющая банкам обжаловать в центральном аппарате Банка России решения территориальных учреждений если не по всем, то хотя бы по вопросам, когда принимаются решения о применении мер по предупреждению банкротства кредитной организации либо об отзыве лицензии).

Существенное значение для внедрения практики принятия решений на основании профессионального суждения имеет уровень профессионализма тех, кто будет принимать такие решения. Поэтому большое значение приобретают организация подготовки кадров в системе надзорного органа, а также обеспечение непосредственного взаимодействия с каждым (или почти каждым) кредитным институтом, что позволяет понять специфические риски конкретного банка. С этой целью в России внедрен институт кураторов банков.

Сама специфика профессионального суждения как основы для надзорного решения, в том числе упомянутый элемент субъективного усмотрения, который неминуемо присутствует в профессиональном суждении, требует четко определить сферы, в которых такого рода методика принятия решения допустима. Это могут быть области оценки активов, пассивов, капитала, организации управления (включая организацию службы внутреннего контроля). Маловероятно, что число этих направлений значительно увеличится по сравнению с предусмотренным существующим регулированием.

Также существуют сферы, в которых применение профессионального суждения, субъективного усмотрения не может быть правилом. Прежде всего, это касается вопросов отзыва лицензии на осуществление банковских операций. Регулирование таких отношений требует

особенной ясности формулировок правовых норм, чтобы все заинтересованные субъекты четко представляли себе порядок действий надзорного органа в конкретной ситуации.

Наконец, применение надзорных решений на основании профессионального суждения должно быть предметом постоянного контроля со стороны высшего надзорного органа Банка России – Комитета банковского надзора Банка России.

Система банковского надзора в России во многом уже восприняла правовые подходы, зафиксированные в документах Базельского комитета по банковскому надзору. Теперь предстоит довести начатое до конца. Это трудный процесс, так как многие решения не укладываются в существующую парадигму надзорной деятельности в Российской Федерации. Понимание того, что банковский надзор (как и иные виды надзора за финансовыми институтами) представляет собой специфический вид надзора, в рамках которого используются, прямо скажем, нестандартные правовые решения, пока не стало устойчивым правовым и управленческим фактором. Выработка такого понимания – наверное, самая трудная правовая проблема имплементации базельских документов в законодательство Российской Федерации.

Список использованной литературы

1. Черниченко С. В. Теория международного права: в 2 т. Т. 2: Старые и новые теоретические проблемы / Черниченко С. В. – М., 1999.
2. Shaw M. International Law. Cambridge, 2003. – P. 110–111.
3. Лукашук И. И. Международное право. Общая часть: учебник. – 3-е изд. / Лукашук И. И. – М., 2008.
4. The new Capital Adequacy Directive, CAD 3: The transposition of the new Basel Accord into EU legislation // Consultation Document. 2003. December [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.hm-treasury.gov.Uk/media/5/C/cad3con-doc03.pdf>.
5. О действиях при выявлении фактов (признаков) формирования источников собственных средств (капитала) (их части) с использованием ненадлежащих активов: указание Банка России: от 06.02.2006 г. № 1656-У (ранее действовало указание Банка России от 10.02.2003 г. № 1246-У).
6. Яковлев В. Ф. Экономика. Право. Суд / Яковлев В. Ф. – М., 2003.