**Правовое регулирование валютных операций в РФ**

**История валютного права России в двадцатые годы XX века.**

Соловьев Сергей

Период двадцатых годов XX века известен в истории России как время Новой экономической политики (НЭПа), которая характеризовалась относительной либерализацией экономических отношений по сравнению с военным коммунизмом. Профессор А.В. Венедиктов в 1924 году назвал эту экономическую политику Советского государства государственным капитализмом [1]. В 1922 году был принят Гражданский кодекс РСФСР, который и послужил основой для экономического развития.

В соответствии с ст.24 ГК РСФСР 1922 года объектами сделок лишь в пределах специальных законов могут быть: золотая и серебряная монета и иностранная валюта. Таким образом, валютные ценности были объектом права, ограниченным в гражданском обороте. Основное регулирование порядка совершения сделок с валютными ценностями осуществлялось постановлениями ЦИКа и Совнаркома СССР, а также инструкциями Народного комиссариата финансов СССР [2]. Для разработки данных нормативных актов привлекались специалисты по частному праву. Начальником Валютного управления НКФ СССР был профессор Л.Н. Юровский. При НКФ СССР был создан Институт экономических исследований. Так, в 1924 году кодификационной комиссией, работавшей с марта по август при Ленинградском отделении Института, под председательством профессора А.В. Венедиктова и при участии профессоров Ф.А. Вальтера, А.Г. Гусакова, М.Я. Пергамента и Е.А. Флейшиц были разработаны проекты Кредитного устава СССР, Денежного устава СССР и Положения о валютных операциях. Проект Положения о валютных операциях определял порядок совершения операций с иностранной валютой и выписанными в иностранной валюте чеками и векселями и не включал положений об иных валютных ценностях (благородных металлах в изделиях и слитках и т.п.). Проект Положения содержал 5 глав:

Общие положения (стт. 1-2);

Покупка и продажа иностранной валюты (стт. 3-9);

Хранение иностранной валюты (стт. 10-18);

Ввоз, вывоз и перевод иностранной валюты заграницу и из заграницы (стт. 19-29);

Учёт иностранной валюты (стт. 30-34) [3].

Действующий сейчас закон "О валютном регулировании и валютном контроле" состоит всего из 15 статей.

Профессор Е.Н. Данилова в 1925 году описала существующий порядок совершения сделок с валютными ценностями следующим образом, "покупка и продажа иностранной валюты, а также выписанных в ней чеков, ныне разрешается с соблюдением специальных правил как непосредственно на бирже (фондовые биржи и фондовые отделы товарных бирж), так и через кредитные учреждения. Объектами биржевых операций могут быть иностранная валюта, тратты и чеки, выписанные в иностранной валюте. Разовые посетители имеют право совершения фондовых биржевых операций, но обязательно через посредство фондовых маклеров." [4]

В соответствии с п.2 декрета СНК "Особое Валютное Совещание выдаёт разрешения на вступление в члены или постоянные посетители фондовых бирж и фондовых отделов товарных бирж" [5].

В соответствии с декретом ВЦИК и СНК "1. Допускается совершение сделок по покупке и продаже золота и серебра в слитках, иностранной валюты, а равно чеков и векселей, выписанных в иностранной валюте.

2. Операции с иностранной валютой, а равно чеками и векселями, выписанными в иностранной валюте, разрешаются на следующих основаниях:

а) покупка и продажа иностранной валюты и выписанных в иностранной валюте чеков и векселей совершаются или непосредственно на бирже или через кредитные учреждения, имеющие право на совершение валютных операций." [6]

В 1927 году профессор В.М. Гордон описал оборот валютных ценностей в СССР следующим образом, "обращение золотой и серебряной монеты и других валютных ценностей подвержено ряду специальных ограничений. Первоначально монопольное право скупки всех этих ценностей принадлежало Государственному банку. Позже, однако, это ограничение было отменено, сперва лишь для иностранной валюты и выписанных в ней чеков. Сделки с иностранной валютой были разрешены на фондовых биржах и фондовых отделах их членам и посетителях . Затем разрешено было также совершение сделок на иностранную валюту через кредитные учреждения, имеющие право на совершение валютных операций.

Ныне, согласно постановления ЦИКа и Совнаркома СССР от 17.07.25 и последующих его дополнений, совершение сделок с валютными ценностями получило ещё более широкие возможности. Особое разрешение на совершение подобных сделок должны получать только государственные и кооперативные организации, уставами которых не предусмотрено право производства валютных операций. Разрешения выдаются Особым Валютным Совещанием при Наркомфине СССР; при этом разрешения выдаются как общие – на совершение ряда операций, так и специальные – на отдельную операцию.

Обращение иностранной валюты не дозволяется также, когда валюта эта принимается в качестве платежа по сделкам, кроме случаев, когда эта же валюта является объектом сделок, а также тех случаев, когда производятся расчёты по сделкам внешней торговли с учреждением, находящимся за границей.

В прочих случаях совершение сделок с валютными ценностями то есть золотом и серебром в слитках, иностранной валютой и выписанными в ней чеками, векселями и другими платёжными документами." [7]

В соответствии с п.2 инструкции по применению постановления ВЦИК и СНК о валютных операциях от 20.05 1923 "право покупки и продажи иностранной валюты и выписанных в иностранной валюте чеков и векселей на бирже имеют члены и постоянные посетители фондовой биржи или фондовых отделов товарных бирж, как таковые: члены или лично, или через допущенных биржевым комитетом фондовых бирж или советом фондового отдела представителей или уполномоченных, или через фондовых маклеров, а постоянные посетители – через фондовых маклеров." [8]

Исходя из грамматического толкования нормативных актов того времени следует отметить, что под валютными операциями подразумевались сделки с валютными ценностями и никакие теории об особой юридической природе валютных операций строить не приходилось.

История валютного права России двадцатых годов характеризуется постепенной либерализацией порядка совершения валютных операций, несмотря на то, что валютные ценности являлись по Гражданскому кодексу 1922 года объектом, ограниченным в обороте. Политика либерализации была нацелена на экономическое развитие государства. Любое лицо могло прийти на фондовую биржу и совершить любую сделку с валютными ценностями через фондового маклера без получения каких-либо разрешений на валютную операцию.

История валютного права России девяностых годов XX века характеризуется прямо противоположной тенденцией, так как происходит усложнение порядка совершения валютных операций, изобретаются новые порядки получения лицензий на совершение валютных операций и заключений о целесообразности на совершение данных операций. А, между прочим, торговый оборот требует совершения этих сделок незамедлительно. Чем вызвана эта политика государства и какие цели она преследует, остаётся загадкой.

Существовавший в двадцатые годы в период "государственного капитализма" порядок совершения сделок с валютными ценностями можно назвать более прогрессивным и более либеральным по сравнению с существующим в настоящее время, что объясняется высоким профессионализмом тех, кто его разрабатывал.

**Понятие валютных ценностей.**

В соответствии с действующим Гражданским кодексом РФ 1994 года валютные ценности также являются объектом гражданских прав. Хотя в ст. 128 ГК РФ валютные ценности не перечислены среди объектов гражданских прав, они являются таковыми в силу ст.141 ГК РФ "виды имущества, признаваемого валютными ценностями, и порядок совершения сделок с ними определяются законом о валютном регулировании и валютном контроле. Право собственности на валютные ценности защищаются Российской Федерацией на общих основаниях". В соответствии с п.2 ст. 140 ГК РФ "cлучаи, порядок и условия использования иностранной валюты на территории Российской Федерации определяются законом или в установленном им порядке". В соответствии с ч.2 п.2 ст.129 ГК РФ "виды объектов гражданских прав, которые могут принадлежать лишь определённым участникам оборота либо нахождение которых в обороте допускается по специальному разрешению (объекты, ограниченно оборотоспособные), определяются в порядке, установленном законом". Валютные ценности как объект гражданских прав не являются ограниченными в обороте в порядке, установленном законом, как объекты, могущие принадлежать лишь определённым участникам оборота, или тем, что их нахождение в обороте возможно лишь по специальному разрешению. Таким образом, валютные ценности не являются объектами, ограниченно оборотоспособными в смысле ст. 129 ГК РФ. Ограничение валютных ценностей как объекта гражданских прав состоит в том, что порядок совершения сделок с ними определяются специальным законом о валютном регулировании. Но до настоящего времени в соответствии с ГК РФ 1994 года новый закон о валютном регулировании не принят, так как попытки по его принятию блокировались в Государственной Думе РФ, и продолжает действовать закон о валютном регулировании от 09.10.1992 [9].

В п.4 ст.1 закона о валютном регулировании даётся понятие валютных ценностей:

а) иностpанная валюта;

б) ценные бумаги в иностpанной валюте - платежные документы (чеки, векселя, аккpедитивы и дpугие), фондовые ценности (акции, облигации) и дpугие долговые обязательства, выpаженные в иностpанной валюте;

в) дpагоценные металлы - золото, сеpебpо, платина и металлы платиновой гpуппы (палладий, иpидий, pодий, pутений и осмий) в любом виде и состоянии, за исключением ювелиpных и дpугих бытовых изделий, а также лома таких изделий;

г) пpиpодные дpагоценные камни - алмазы, pубины, изумpуды, сапфиpы и александpиты в сыpом и обpаботанном виде, а также жемчуг, за исключением ювелиpных и дpугих бытовых изделий из этих камней и лома таких изделий.

Регулирование оборота драгоценных металлов и драгоценных камней осуществляется на основе закона о драгоценных металлах и драгоценных камнях 1998 года [10].

В соответствии с ст.141 ГК РФ порядок совершения сделок с иностранной валютой и ценными бумагами, выраженными в иностранной валюте, должен быть определён в законе о валютном регулировании. Но новый закон о валютном регулировании до сих пор не принят, а старый закон 1992 года этот порядок не устанавливает, и его минимальные изменения не направлены на законодательное урегулирование данного вопроса.

В настоящее время возникают вопросы по поводу оборотоспособности иностранной валюты как объекта гражданских прав. Так, Центральный банк РФ в обобщении практики применения своих нормативных актов дал следующее разъяснение:

"Допускается ли предоставление уполномоченными банками кредитов физическим лицам - резидентам под залог наличной иностранной валюты?

В соответствии с пунктом 1 cтатьи 336 Гражданского кодекса Российской Федерации предметом залога может быть всякое имущество, в том числе вещи и имущественные права (требования), за исключением имущества, изъятого из оборота. Статьей 128 Гражданского кодекса Российской Федерации установлено, что к объектам гражданских прав относятся, в частности, деньги. Согласно пункту 1 статьи 129 Гражданского кодекса Российской Федерации объекты гражданских прав могут свободно отчуждаться или переходить от одного лица к другому в порядке универсального правопреемства либо иным способом, если они не изъяты из гражданского оборота или не ограничены в обороте.

Пункт 9 раздела 1 Основных положений о регулировании валютных операций на территории СССР, утвержденных письмом Госбанка СССР от 24.05.91 N 352, устанавливает, что уполномоченные банки вправе предоставлять кредиты клиентам под залог валютных ценностей, к которым в соответствии с Законом Российской Федерации "О валютном регулировании и валютном контроле" относится иностранная валюта. При отказе должника выполнить требования по возврату полученных кредитов валютные ценности реализуются через уполномоченные банки на внутреннем валютном рынке и за счет рублевой выручки от их реализации покрываются требования кредиторов.

При этом указанное письмо не устанавливает в качестве обязательного условия, что указанные кредиты должны быть предоставлены в иностранной валюте.

Таким образом, залог наличной иностранной валюты возможен при предоставлении уполномоченным банком физическим лицам - резидентам кредитов как в иностранной валюте, так и в рублях." [11]

На основании данного разъяснения Центрального банка РФ можно сделать вывод, что его Департамент валютного регулирования иностранную валюту не считает объектом, изъятым из оборота. Однако, исходя из данного разъяснения Центрального банка, нельзя сделать вывод относит ли он иностранную валюту к объектам, ограниченным в обороте, в соответствии с ч.2 п.2 ст.129 ГК РФ. Основные положения о регулировании валютных операций на территории СССР [12] не могут определять оборотоспособность тех или иных объектов гражданских прав, так как они приняты во исполнение закона СССР о валютном регулировании [13] до принятия закона о валютном регулировании РФ [14] и нового Гражданского кодекса РФ.

Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ дал ясное разъяснение по поводу оборотоспособности иностранной валюты в Российской Федерации в п.11 письма Президиума Высшего Арбитражного Суда, "cогласно подпунктам "а" и "б" пункта 2 статьи 9 Закона о валютном регулировании порядок и сферу обращения в Российской Федерации иностранной валюты в рамках названного Закона определяет Банк России, который издает нормативные акты, обязательные к исполнению в Российской Федерации всеми резидентами и нерезидентами.

В соответствии с пунктом 2 статьи 140 ГК Российской Федерации случаи, порядок и условия использования иностранной валюты на территории Российской Федерации определяются законом или в установленном им порядке.

Следовательно, иностранная валюта является объектом, ограниченным в обороте на территории Российской Федерации (статья 129 ГК Российской Федерации). Расчеты в иностранной валюте на территории Российской Федерации носят характер исключения из общего запрета и допускаются только по основаниям и в режиме, разрешенным Банком России." [15]

Данный вывод Президиума Высшего Арбитражного Суда является ошибочным, так как валютные ценности в Российской Федерации не являются "объектом гражданских прав, могущим принадлежать лишь определённым участникам оборота либо нахождение которых в обороте допускается по специальному разрешению" (ст.129 ГК РФ) и, следовательно, в смысле ст.129 ГК РФ они не являются объектом, ограниченным в обороте. Центральный банк РФ определяет порядок оборота иностранной валюты лишь в рамках, предоставленных ему полномочий законом о валютном регулировании, когда он подпадает под признаки валютных операций, связанных с движением капитала. С чем Центральный банк и не спорит, так как он признаёт, что для заключения гражданско-правовых сделок, подпадающих под признаки текущей валютной операции, и исполнения обязательства по ним никаких разрешений Центрального банка РФ не требуется (например, договора займа в иностранной валюте на срок не более 180 дней) [16].

В правовой теории при описании валютных ценностей как объекта гражданских прав высказываются различные мнения по поводу их оборотоспособности. Так аспирант Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ А.Ж. Харатян утверждает, что "оборот всех валютных ценностей в РФ в той или иной мере ограничен. Кстати, именно существование в законодательстве России валютных ограничений – одно из основных препятствий вступления РФ в такие международные организации, как МВФ и ВТО. Данные ограничения в одних случаях направлены на конкретные виды гражданско-правовых отношений (сделок), а в других они ограничивают конкретно сам круг участников оборота. Вместе с тем, ни в одном случае речь не идёт о полном запрете нахождения валютных ценностей в обороте, то есть последние не являются объектами изъятыми из оборота.

Все сделки с валютными ценностями должны осуществляться через уполномоченные банки. При этом для совершения одних сделок уполномоченному банку достаточно иметь внутреннюю лицензию Банка России на совершение операций в иностранных валютах (например, выдача кредита в иностранной валюте или привлечение иностранной валюты во вклады (депозиты), при совершении других сделок уже требуется наличие генеральной лицензии Банка России (например, эмиссия и купля-продажа ценных бумаг с номиналом в иностранной валюте), а для совершения сделок с драгоценными камнями и драгоценными металлами требуется получение специальной лицензии, которая выдаётся Банком России по согласованию с Минфином России." [17]

Во-первых, Россия является государством-членом МВФ с 01.06.1992 [18].

Во-вторых, валютные ценности не являются объектом не только, изъятым из оборота, но и ограниченным в обороте в соответствии со стт.129 и 141 ГК РФ.

В-третьих, действующее законодательство допускает возможность заключения сделок с валютными ценностями и без уполномоченных банков. В соответствии с п.1 ст.6 закона о валютном регулировании "текущие валютные операции осуществляются резидентами без ограничений". В соответствии с п "а", п 9 ст.1 этого же закона получение и предоставление финансовых кредитов на срок не более 180 дней является текущей валютной операцией. В соответствии с п.2 ст.807 ГК РФ иностранная валюта и валютные ценности могут быть предметом договора займа на территории Российской Федерации с соблюдением правил статей 140, 141 и 317 ГК РФ. Следовательно, резиденты могут заключить договор займа в иностранной валюте на срок не более 180 дней с исполнением в иностранной валюте без разрешения Центрального банка РФ. В соответствии с ст.815 ГК РФ "заёмщиком может быть выдан вексель". Следовательно, резиденты могут выдавать векселя, номинированные в иностранной валюте, на срок не более 180 дней без разрешения Центрального банка РФ, так как данная сделка по действующему законодательству подпадает под критерии текущей валютной .операции.

А.Ж. Харатян утверждает, что сделки с валютными ценностями без участия уполномоченных банков возможны лишь в случаях, предусмотренных Основными положениями о регулировании валютных операций [19]. Основные положения воспроизводят нормы из закона СССР о валютном регулировании, отменённого с 03.11.1992 [20].

В соответствии с п.15 этих положений сделки с валютными ценностями между резидентами, а также резидентами и нерезидентами на территории СССР, минуя уполномоченные банки, запрещены, за исключением следующих случаев:

а) передачи в дар государству, фондам, организациям на общественные и благотворительные цели;

б) дарения валютных ценностей супругу и близким родственникам;

в) завещания валютных ценностей или получения их по праву наследования;

г) приобретения, продажи и обмена в целях коллекционирования единичных иностранных денежных знаков и монет, в том числе из драгоценных металлов, в порядке, установленном законодательством Союза ССР и союзных республик [21].

Закон о валютном регулировании и валютном контроле является специальным законом по отношению к Гражданскому кодексу РФ в части определения видов имущества, признаваемого валютными ценностями, и определения порядка совершения сделок с валютными ценностями. Все нормативные акты, принимаемые Центральным банком РФ, являются подзаконными актами и, следовательно, должны соответствовать этим законам, а в части, им противоречащей, не должны применяться. Центральный банк РФ должен привести свои нормативные акты, относящиеся к валютному регулированию, в соответствие с действующим гражданским законодательством. Так, Основные положения о регулировании валютных операций на территории СССР были приняты во исполнение закона СССР "О валютном регулировании", и в настоящее время противоречат закону РФ о валютном регулировании, так как по-своему определяют понятия валютных ценностей, валютных операций, резидентов и нерезидентов. Кроме того, должен быть принят новый закон о валютном регулировании, соответствующий Гражданскому кодексу РФ, и определяющий не принципы осуществления валютных операций, а порядок совершения сделок с валютными ценностями (валютных операций) в соответствии с ст. 141 ГК РФ и порядок и условия использования иностранной валюты, а также платёжных документов в иностранной валюте при осуществлении расчётов на территории Российской Федерации в соответствии с ст.317 ГК РФ. Действующий закон о валютном регулировании был принят до Гражданского кодекса РФ и данные вопросы не регулирует. Центральный банк РФ должен официально отменить старые и принять новые положения о регулировании валютных операций, так как формально действующие они являются нелегитимными и морально устаревшими.

**Понятие валютных операций.**

В п.7 ст.1 закона "О валютном регулировании и валютном контроле" от 09.10.1992 даётся следующее определение валютных операций:

а) опеpации, связанные с пеpеходом пpава собственности и иных пpав на валютные ценности, в том числе опеpации, связанные с использованием в качестве сpедства платежа иностpанной валюты и платежных документов в иностpанной валюте;

б) ввоз и пеpесылка в Российскую Федеpацию, а также вывоз и пеpесылка из Российской Федеpации валютных ценностей;

в) осуществление междунаpодных денежных пеpеводов;

г) расчеты между резидентами и нерезидентами в валюте Российской Федерации (подпункт дополнительно включен с 31 декабря 1998 года).

В соответствии с дополнением к закону о валютном регулировании от 29.12.1998 [22] расчеты между резидентами и нерезидентами в российских рублях признаются валютными операциями и порядок их осуществления устанавливается Центральным банком РФ. На практике это означает, что для совершения любой сделки между резидентом и нерезидентом требуется получение разрешения у Центрального банка РФ. Что заставляет всех нерезидентов переходить на нелегальное положение и осуществлять все расчёты наличными.

В правовой теории делаются попытки определить юридическую природу понятия валютных операций. Профессор А.Н. Козырин определяет "валютные операции как урегулированные национальным законодательством или международными соглашениями сделки или иные действия, предметом которых является валюта или валютные ценности" [23]. Н.В. Сапожников определяет "валютные операции в узком смысле как действия резидентов и(или) нерезидентов, направленные на установление, изменение или прекращение их прав и обязанностей в отношении валютных ценностей. Специфической чертой валютных операций является законодательно закреплённый строгий валютный контроль за ними, сопровождающийся рядом как юридических так и фактических действий агентов и(или) органов валютного контроля. Валютная операция в широком смысле – это совокупность юридических и фактических действий участников валютных отношений, регламентированных частно-правовыми и публично-правовыми нормами и направленных на возникновение, изменение и прекращение прав и обязанностей относительно валютных ценностей. Участниками валютных отношений являются стороны валютой сделки, органы и агенты валютного контроля" [24].

В экономической литературе Е.Ф. Жуков определяет "валютные отношения как повседневные связи, в которые вступают частные лица, фирмы, банки на валютных и денежных рынках с целью осуществления международных расчетов, кредитных и валютных операций в России" [25].

Некоторые авторы дают определение "операции как экономического потока, отражающего создание, обмен, передачу или ликвидацию какой-либо экономической стоимости, что может предполагать переход права собственности на товары и/или финансовые активы, оказание, оказание услуг либо предоставление труда и капитала" [26].Данное понятие, несомненно, имеет огромное значение для экономической науки, но для правовой теории валютных операций оно абсолютно бесполезно, так как не представляется возможным определить юридическую природу экономического потока, отражающего преобразование какой-либо экономической стоимости, что лишь может предполагать переход права собственности на товары и/или финансовые активы, оказание услуг либо предоставление труда и капитала.

С точки зрения правоприменительной практики определяющим пониманием сущности валютных операций является позиция Департамента валютного регулирования Центрального банка РФ. Его точка зрения выражается в обобщении практики применения нормативных актов Центрального банка РФ от 10.08.2000:

"Вправе ли экспортер-резидент без дополнительного разрешения Банка России на основании контракта возместить нерезиденту понесенные им убытки?

Согласно статье 15 Гражданского кодекса Российской Федерации под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

В соответствии с пунктом 2.2 Инструкции Банка России N 86-И Экспортер вправе без дополнительного разрешения уплачивать на основании Контракта в пользу нерезидента неустойку (штраф, пеню) при неисполнении условий Контракта о качестве, количестве и сроках поставки товаров.

Вместе с тем согласно порядку формирования Ведомости банковского контроля (Приложение 4 к Инструкции Банка России N 86-И) в графе 2 раздела 2.3 Ведомости среди кодов вида платежа по Контракту в соответствии с приведенным классификатором указываются иные переводы (перевод средств иностранной стороне в оплату штрафных санкций; возврат денежных средств, ранее полученных от иностранной стороны в счет оплаты штрафных санкций, и т.п.). Таким образом, перечень переводов, осуществляемых в пользу нерезидента в рамках Инструкции N 86-И и отражаемых в Ведомости банковского контроля в графе 2 раздела 2.3, не является исчерпывающим.

Следовательно, если исполнение основного обязательства по внешнеторговой сделке относится с точки зрения валютного законодательства к текущим валютным операциям либо к операциям, связанным с движением капитала, которые не требуют получения разрешения Банка России на их проведение, то вне зависимости от срока, в который резидент в добровольном порядке уплатил неустойку или возместил убытки нерезиденту за невыполнение или ненадлежащее выполнение своих обязательств по контракту, разрешения Банка России на совершение указанных валютных операций резиденту не требуется. Если исполнение основного обязательства по внешнеторговой сделке относится к валютным операциям, связанным с движением капитала, осуществление которых возможно на основании разрешения Банка России, и резидент получил такое разрешение, то для уплаты неустойки и возмещения убытков вне зависимости от срока проведения платежей ему не требуется получение еще одного разрешения.

Таким образом, в соответствии с пунктом 2.2 Инструкции N 86-И Экспортер вправе в указанных выше случаях без дополнительного разрешения уплачивать на основании Контракта в пользу нерезидента неустойку и возмещать убытки при неисполнении условий Контракта о качестве, количестве и сроках поставки товаров вне зависимости от срока ее осуществления и по истечении срока действия Контракта.

Уполномоченный банк, как агент валютного контроля, самостоятельно определяет, являются ли представленные Экспортером документы достаточным основанием для уплаты в пользу нерезидента неустойки (штрафа, пеней) и возмещения убытков в случаях, перечисленных в пункте 2.2 Инструкции N 86-И. Ответственность за достоверность сведений, содержащихся в представленных документах, несет резидент (Экспортер). При этом в качестве документов, подтверждающих факт неисполнения (ненадлежащего исполнения) обязательств и причинения убытков, следует по аналогии рассматривать документы, указанные в разъяснениях Департамента валютного регулирования в Информационном письме N 9 от 16.05.2000 N 12-1-3/647 (раздел - "Прочие вопросы по применению валютного законодательства", вопрос N 1)." [27]

Департамент валютного регулирования Центрального банка РФ полагает, что возмещение экспортёром-резидентом нерезиденту понесённых им убытков является отдельной валютной операцией, а возможность её осуществления определяется в соответствии с нормативными актами Центрального банка РФ (Инструкцией №86-И) [28]. Думается, что это неправильное понимание валютных операций, так как валютными операциями являются только сделки с валютными ценностями. Возмещение убытков по экспортному контракту отдельной гражданско-правовой сделкой и валютной операцией не является. Следовательно, оно не может относится ни к текущим, ни к капитальным валютным операциям и, тем более, подлежать лицензированию Центральным банком РФ.

Уполномоченные банки как агенты валютного контроля не имеют права определять, являются ли представленные документы достаточным основанием для уплаты неустойки или возмещения убытков в соответствии с Инструкцией 86-И, так как уплата неустойки и возмещение убытков не являются валютными операциями, так как не относятся к отдельным гражданско-правовым сделкам, а являются видами гражданско-правовой ответственности за нарушение обязательства (в данном случае экспортного контракта). Центральный банк РФ в данном случае превысил свои полномочия, обязав уполномоченные банки совершать эти действия. Уполномоченные банки обязаны производить платежы по уплате неустойки и возмещению убытков на основании поручений своих клиентов, не проверяя наличие каких-либо представляемых документов.

Также позицию Департамента валютного регулирования Центрального банка РФ по вопросу о сущности валютных операций демонстрирует следующее его разъяснение:

"Требуется ли разрешение Банка России на перевод иностранной валюты с текущего валютного счета юридического лица - резидента на открытый ему валютный вклад (депозит)?

Исходя из положений пункта 7 статьи 1 Закона Российской Федерации "О валютном регулировании и валютном контроле" перевод средств в иностранной валюте с текущего валютного счета юридического лица - резидента на валютный вклад (депозит) юридического лица - резидента при условии, что оба счета принадлежат одному и тому же лицу, нельзя отнести к валютным операциям, определяемым в указанном пункте вышеназванного Закона. При осуществлении данной операции отсутствует переход права собственности и иных прав на валютные ценности, не имеют места ввоз и пересылка в Российскую Федерацию, вывоз и пересылка из Российской Федерации валютных ценностей, а также эту валютную операцию нельзя назвать международным денежным переводом.

Осуществление подобной операции регулируется главами 44 "Банковский вклад", 45 "Банковский счет" и главой 46 "Расчеты" Гражданского кодекса Российской Федерации. Таким образом, юридическое лицо - резидент вправе без разрешения Банка России осуществить перевод иностранной валюты со своего текущего валютного счета на открытый ему валютный вклад (депозит)." [29]

Департамент валютного регулирования Центрального банка РФ полагает, что перевод средств с текущего валютного счёта юридического лица-резидента на счёт его валютного вклада не означает перехода прав на валютные ценности. Он считает, что это валютная операция не является валютной операцией, связанной с движением капитала. Но к текущим валютным операциям она также не относится. Остаётся загадкой, на основании чего он делает вывод, что резидент вправе без разрешения Банка России осуществить перевод иностранной валюты со своего текущего валютного счёта на валютный вклад. Возможно, он полагает, что это действие не является валютной операцией.

В соответствии со стт.834 ГК РФ и 845 ГК РФ банковский вклад и банковский счёт являются самостоятельными видами договоров. Следовательно, перевод средств с текущего валютного счёта юридического лица-резидента на валютный вклад (депозит) является гражданско-правовой сделкой, так как означает заключение договора банковского валютного вклада между банком и юридическим лицом-резидентом. Между банком и его клиентом произошла сделка, изменившая их правоотношения по поводу иностранной валюты, объекта права, относящегося к валютным ценностям. Следовательно, это действие означает операцию, повлекшую переход иных прав на валютные ценности, так как у сторон в отношении иностранной валюты возникли новые гражданские права и обязанности. В данном случае произошла валютная операция, которую нельзя отнести к текущим. Следовательно, она является валютной операцией, связанной с движением капитала, и должна совершаться в порядке, установленном Центральным банком РФ, а именно, подлежит лицензированию Центрального банка РФ.

В правоприменительной практике это толкование Департамента валютного регулирования Центрального банка РФ означает, что он определяет валютные операции, связанные с движением капитала, не подлежащие его лицензированию, не только своими нормативными актами, но и своими информационными письмами, содержащими обобщения практики применения нормативных актов Банка России по вопросам валютного регулирования, которые, в свою очередь, нормативными актами не являются и не могут определять порядок совершения сделок с валютными ценностями в Российской Федерации, так как это противоречит и Гражданскому кодексу РФ, и закону о валютном регулировании.

Для правоприменительной практики важным является понимание сущности валютных операций, данное Высшим Арбитражным Судом РФ в обзоре практики разрешения арбитражными судами споров, связанных с применением валютного законодательства. В соответствии с п. 17 обзора Высшего Арбитражного Суда РФ "при проведении расчетов в иностранной валюте Закон о валютном регулировании рассматривает как валютную операцию платеж, а не гражданско-правовые сделки, послужившие основанием его совершения.

Резидент, не имевший валютного счета в уполномоченном банке, заключил контракт с инофирмой на покупку товара. Условиями контракта предусматривалась аккредитивная форма расчетов и иностранная валюта платежа.

Платеж осуществляло третье лицо (резидент) за счет иностранной валюты, купленной в уполномоченном банке на рублевые средства резидента-контрактодержателя в соответствии с заключенным между ними договором.

Орган валютного контроля признал, что резидентом-контрактодержателем совершена операция по возложению исполнения обязательств в иностранной валюте на третье лицо, которая связана с использованием иностранной валюты в качестве средства платежа. Такая операция не названа Законом о валютном регулировании в числе текущих валютных операций (пункт 9 статьи 1), а значит, требовала разрешения Банка России (подпункт "е" пункт 10 статьи 1, пункт 2 статьи 6 Закона о валютном регулировании, пункт 4 раздела II, пункт 2 раздела III Основных положений о регулировании валютных операций). Поскольку резидент-контрактодержатель такого разрешения не имел, орган валютного контроля признал его действия незаконными и принял решение о применении к контрактодержателю санкций в сумме иностранной валюты, уплаченной за него третьим лицом, на основании подпункта "б" пункта 1 статьи 14 Закона о валютном регулировании.

Резидент-контрактодержатель обратился в суд с требованием о признании решения органа валютного контроля недействительным.

Суд заявленное требование удовлетворил.

Согласно преамбуле Закона о валютном регулировании он определяет права юридических и физических лиц в отношении владения, пользования и распоряжения валютными ценностями. К ним относятся иностранная валюта, ценные бумаги в иностранной валюте, драгоценные металлы и природные драгоценные камни (пункт 4 статьи 1 Закона).

В соответствии с подпунктом "а" пункта 7 статьи 1 Закона валютными являются операции, связанные с переходом права собственности и иных прав на валютные ценности, в том числе операции, связанные с использованием иностранной валюты в качестве средства платежа. Расчеты в валюте Российской Федерации отнесены к валютным операциям, если они совершаются между резидентами и нерезидентами.

Резидент-контрактодержатель распорядительных сделок с валютными ценностями не совершал, иностранную валюту как средство платежа не использовал, в операциях по переходу прав на валютные ценности не участвовал и производил расчеты в валюте Российской Федерации с резидентом.

Возложение исполнения обязательства в иностранной валюте на третье лицо предоставляет третьему лицу соответствующие полномочия, но не создает обязанности последнего произвести исполнение помимо его воли и не тождественно исполнению обязательства в иностранной валюте. Такое возложение не обязывает его адресата действовать с нарушением законодательства и в том случае, когда оно содержится в гражданско-правовом договоре.

Валютная операция, предусмотренная подпунктом "а" пункта 7 статьи 1 Закона о валютном регулировании, представляет собой сделку, непосредственным результатом которой является переход прав на валютные ценности к другому лицу.

В приведенном примере валютной операцией является перевод иностранной валюты нерезиденту со стороны третьего лица, а не договор последнего с контрактодержателем. На совершенную же третьим лицом валютную операцию требовалось получение разрешения Банка России по следующим основаниям.

В соответствии с пунктом 1 Указа Президента Российской Федерации от 21.11.95 N 1163 "О первоочередных мерах по усилению системы валютного контроля в Российской Федерации" [30], абзацем вторым раздела 1 и абзацем первым пункта 2.1 совместной инструкции Банка России и ГТК России "О порядке осуществления валютного контроля за обоснованностью платежей в иностранной валюте за импортируемые товары" [31] расчеты по внешнеэкономическим сделкам резидентов, предусматривающим ввоз товаров на таможенную территорию Российской Федерации, осуществляются только через счета резидентов, заключивших или от имени которых заключены сделки с нерезидентами, если иное не разрешено Банком России.

Таким образом, в рассматриваемом случае нарушением валютного законодательства является осуществление третьим лицом - резидентом без получения последним разрешения Банка России расчетов в иностранной валюте по внешнеэкономическому контракту, предусматривающему импорт товаров в Российскую Федерацию, заключенному другим резидентом с нерезидентом." [32]

С данной позицией Высшего Арбитражного Суда РФ также нельзя согласиться по следующим основаниям:

Импортный контракт, предусматривающий расчёты в иностранной валюте, по действующему законодательству всегда будет являться валютной операцией (сделкой с валютной ценностью). Так как в данном случае происходит трансграничный расчёт, следовательно, говорить о невозможности исполнения обязательства в иностранной валюте в силу законодательного запрета не представляется возможным, и в данном случае нормы п.2 или п.3 ст.317 ГК РФ неприменимы.

Также нельзя говорить о том, что резидент-контрактодержатель распорядительных действий с валютными ценностями не совершал, так как в силу импортного контракта он обязуется уплатить определённую денежную сумму в иностранной валюте иностранному контрагенту.

Возложение исполнения своей обязанности по импортному контракту на третье лицо является действием, направленным на возникновение гражданских прав и обязанностей в отношении иностранной валюты, и, следовательно, является валютной операцией. При этом третье лицо не становится стороной в обязательстве по импортному контракту.

Эта валютная операция не подлежит лицензированию Центральным банком РФ, так как происходит в рамках обязательства по импортному контракту.

Платёж, осуществляемый третьим лицом, которому перепоручено исполнение, является исполнением обязательства по импортному контракту третьим лицом, и, следовательно, лицензированию Центрального банка РФ также не подлежит. Нарушением валютного законодательства исполнение обязательства третьим лицом-резидентом не является.

В данном примере лицензированию Центрального банка РФ подлежал бы импортный контракт, если бы он не подпадал под критерии текущей валютной операции.

С точки зрения борьбы с утечкой капитала для государственного контроля за внешнеэкономической деятельностью не имеет значения, кто производит платежы за импортируемые товары, важным является обязанность импортёра-контрактодержателя обеспечить поступление на таможенную территорию Российской Федерации этих товаров.

С попытками определить валютные операции как некие фактические действия, выходящие за рамки понятия гражданско-правовой сделки, и определением валютных операций данным в законе "О валютном регулировании и валютном контроле" от 09.10.1992 согласиться нельзя. Правовая природа валютных операций с двадцатых годов XX века не изменилась, и с точки зрения своей юридической природы валютные операции остаются сделками с валютными ценностями, чем они и были в двадцатые годы XX века, когда это понятие было введено наряду с понятием биржевых операций (сделок, совершаемых на бирже) и т.п. Любое иное современное понимание правовой природы валютных операций происходит от лукавого. В новом законе о валютном регулировании с целью избежания дальнейшей путаницы в подзаконных актах и правоприменительной практике следует дать понятие валютных операций как действий физических и юридических лиц, направленных на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей в отношении валютных ценностей. Так действия граждан, направленные на ввоз в Российскую Федерацию или на вывоз из Российской Федерации валютных ценностей, являются сделкой, направленной на изменение правового режима данного объекта права.

Валютное регулирование - это самостоятельная область регулирования гражданского оборота. Валютное регулирование не имеет отношения к бюджетной и налоговой политике, так как является сферой частно-правовых отношений. Изменение закона о валютном регулировании от 29.12.98 законом о мерах в области бюджетной и налоговой политики [33] является неправомерным.

Законодательное признание расчётов между резидентами и нерезидентами в российских рублях, которые в соответствии с п.1 ст.140 ГК РФ являются законным платёжным средством на всей территории Российской Федерации, в качестве валютной операции, то есть сделкой с валютными ценностями является ошибкой. Критерием для выделения валютных операций как особого вида сделок является особый объект – валютные ценности. Кроме того, это норма является неконституционной, так как противоречит п.1 ст.74 Конституции РФ "на территории Российской Федерации не допускается установление таможенных границ, пошлин, сборов и каких-либо иных препятствий для свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств" и п.1 ст.75 Конституции РФ "денежной единицей в Российской Федерации является рубль". Установление особого порядка заключения сделок, выраженных в национальной валюте, является ограничением для свободного перемещения финансовых средств на территории Российской Федерации.

В законе СССР о валютном регулировании было следующее определение: "Валютные опеpации - опеpации, связанные с:

а) пеpеходом пpава собственности на валютные ценности;

б) использованием в качестве сpедства платежа иностpанной валюты, а также валюты СССР пpи осуществлении внешнеэкономической деятельности;

в) ввозом и пеpесылкой в СССР из-за гpаницы и вывозом и пеpесылкой из СССР за гpаницу валютных ценностей, а также осуществлением междунаpодных денежных пеpеводов" [34].

В этом определении валютные операции выделены по критерию операций, подпадающих под определённые критерии. Употребление в определении дважды одного слова "операции" являются неудачным, так как не позволяет установить правовую природу данного явления. Вместо вторичного употребления слова "операции" нужно было поставить слово "сделки".

К валютным операциям отнесены операции, связанные с использованием в качестве средства платежа валюты СССР при осуществлении внешнеэкономической деятельности. Это продиктовано желанием Госбанка СССР регулировать и контролировать внешнеэкономические расчёты. Но ранее было уже указано, что юридическим критерием для выделения валютных операций является их объект - валютные ценности, а в данном случае он отсутствует. Для контроля за внешнеэкономической деятельностью нужно использовать иные механизмы, так как регулирование внешнеэкономической деятельности и валютное регулирование это разные области регулирования гражданского оборота. Необходимо чётко разграничить контроль за внешнеэкономической деятельностью и валютный контроль, так как эти сферы государственного контроля решают разные задачи.