

регулювання на відповідну відокремлену групу суспільних відносин полягають у диференційованому використанні необхідної сукупності правових засобів. Останні мають різноманітне призначення у механізмі цивільно-правового регулювання і забезпечують специфіку взаємодії окремих елементів його структури — нормативної основи, правовідносин, актів реалізації прав і обов'язків і т. под. З огляду на це механізм цивільно-правового регулювання впливає на відносини, що складаються в сфері випуску і обігу цінних паперів, за допомогою взаємодії комплексу правових засобів, необхідного і достатнього для регламентації конкретних соціально-правових зв'язків з урахуванням властивих їм особливостей. Водночас механізм цивільно-правового регулювання не можна розглядати спрощено — як механічне поєднання окремих правових засобів, що становлять його структуру. У праві як системному явищі¹ всі правові засоби, що забезпечують процес правового регулювання (як елементи системи), перебувають у постійному зв'язку, обумовленості і взаємодії. Зазначені правові засоби як елементи механізму цивільно-правового регулювання забезпечують комплексний регулятивний вплив на зазначену відокремлену групу відносин на всіх стадіях функціонування цінних паперів у цивільному обороті. З огляду на це перспектива подальших розвідок у даному напрямку полягає у визначенні особливостей регулятивного впливу механізму цивільно-правового регулювання на відносини у сфері випуску та обігу цінних паперів на всіх основних стадіях їх функціонування у цивільному обороті.

Надійшла до редколегії 10.01.04

С. Гірко, доцент НЮА України

Питання правового регулювання договорів, пов'язаних з відкриттям рахунків у банках

Постійний розвиток банківських операцій та новації в банківській діяльності потребують удосконалення законодавства. Іноді відбувається відставання в регулюванні банківських опе-

¹ Про системність права див.: *Алексеев С. С.* Общая теория права: В 2 т. — М., 1981. — Т. 2. — С.42, 214.

рацій як законами, так й іншими нормативними актами уповноважених органів. Не завжди прогалини в законодавстві можуть бути ліквідовані договірною практикою суб'єктів правовідносин, пов'язаних з банківською діяльністю. Попри значний обсяг нормативних актів щодо регулювання правовідносин з розрахункових банківських операцій, виникають проблеми щодо їх адекватного регулювання з боку державних органів, визначення співвідношення публічного та приватноправового регулювання названих правовідносин. Вирішення цих та інших питань надасть змогу вдосконалити правове регулювання господарської діяльності суб'єктів банківських правовідносин.

Перш за все виникають питання регулювання порядку, правил та форм розрахунків. Ця проблема може виникати постійно у зв'язку зі зміною економічної політики держави, а слідом за цим необхідні зміни як у регулюванні реалізації прав суб'єктів господарювання на розпорядження їх грошовими коштами, так і у закріпленні компетенції державних органів.

Питання регулювання договорів банківського рахунка, змісту розрахункових правовідносин неодноразово досліджувалися науковцями. Історичну, теоретичну та практичну значущість мають роботи М. Агаркова¹, О. Флейшиц², Л. Лунца³ та ін. Зважаючи на період проведених досліджень названих авторів, необхідно відмітити несталий або надто врегульований державою рівень економіки за радянських часів, неможливість більшою мірою договірного регулювання правовідносин, що розглядаються. Крім того, названі автори за мету своїх досліджень ставили проблеми регулювання банківських правочинів та їх змісту, залишаючи питання публічного регулювання для дослідження іншим галузям права, наприклад, фінансовому.

Сучасні російські дослідники згаданих проблем, такі як С. Сарбаш⁴, В. Белов⁵, також більше уваги приділяють дослідженню

¹ Див.: Агарков М. М. Основы банковского права. Курс лекций. — 2-е изд.; Учение о ценных бумагах. Научное исследование. — 2-е изд. — М., 1994.

² Див.: Флейшиц Е. А. Расчетные и кредитные правоотношения. — М., 1956.

³ Див.: Лунц Л. А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. — М., 1999.

⁴ Див.: Сарбаш С. В. Договор банковского счета: проблемы доктрины и судебной практики. — М., 1999.

⁵ Див.: Белов В. А. Банковское право России: теория, законодательство, практика: Юридические очерки. — М., 2000.

змісту правочинів банків щодо розпорядження клієнтами своїми рахунками, змісту правочинів щодо розрахунків. Поряд з ними, крім значного дослідження правової природи банківських угод, Л. Єфімова аналізує, але незначною мірою, публічний характер деяких банківських правочинів, а саме договору банківського рахунка, і заперечує публічний характер цього договору¹ на підставі неможливості встановлення однакової ціни та інших умов банківських послуг усім клієнтам. Не відносить до публічних договорів договір банківського рахунка і М. Брагинський², але з інших підстав. С. Сарбаш зазначає, що обов'язковість договору банківського рахунка обмежується оголошеними умовами, в яких звичайно банки вказують проценти за послуги по рахунку. Проте наявність різних умов надання послуг залежно від характеру та обсягу послуг з кожним клієнтом, можливість встановлювати з клієнтами різні умови виплати винагороди банку заважають відносити договір банківського рахунка до публічного договору³.

Питання та правовідносини, які нами досліджуються, в законодавстві Російської Федерації⁴ та України багато в чому мають тотожне регулювання. Тому можна скористатися аргументами російських науковців.

Деякі особливості нормативного регулювання, закріплені в ст. 633 Цивільного Кодексу України, потребують додаткового дослідження. Так, ч. 1 ст. 633 ЦК України закріплює «банківське обслуговування» як послугу, що надається за публічним договором. Але законодавство України не містить поняття «банківське обслуговування», у зв'язку з чим ЦК України може відносити до публічних договорів тільки ті договори, характеристика яких як публічних прямо закріплена в ЦК. Якщо для визначення змісту поняття «банківського обслуговування» звернутися до основних законів, які регулюють банківську діяльність, — «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» та «Про банки та банківську

¹ Див.: *Ефімова Л. Г.* Банковские сделки. Комментарии законодательства и арбитражной практики. — М., 2000. — С. 37–38.

² Див.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. — 2-е изд., испр. — М., 1999. — С. 210.

³ Див.: *Сарбаш С. В.* Вказ. праця. — С. 17–19.

⁴ Стаття 426 ЦК РФ // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая (официальный текст). — М., 1995; стаття 846 ЦК РФ // Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный) / Рук. авт. кол. и отв. ред. О. Н. Садыков. — М., 1996.

діяльність», то можна зауважити, що слово «обслуговування» застосовується до невизначеного переліку операцій та не може вважатися правовим поняттям, тому що не містить вичерпного переліку властивостей, характеристик операцій банку. У зв'язку з цим норму ч. 1 ст. 633 ЦК України слід розуміти як загальну, що може бути конкретизована тільки прямою вказівкою щодо публічності договору в спеціальних нормах про окремі види договорів. Отже, навіть обов'язковий для укладання договір банківського рахунка згідно з ч. 2 ст. 1067 ЦК України не є публічним договором, бо віднесення договорів до публічних відбувається прямим закріпленням його характеру, як це здійснено стосовно договору банківського вкладу з додатковим обмеженням за суб'єктом — фізичною особою в ч. 2 ст. 1058 ЦК України. Крім того, згідно з ч. 4 ст. 342 Господарського кодексу України юридичні особи, їх філії, відділення та інші відокремлені підрозділи, що не мають статусу юридичної особи, та громадяни-підприємці відкривають рахунки для зберігання грошових коштів і здійснення всіх видів банківських операцій у будь-яких банках України за своїм вибором і за згодою цих банків у порядку, встановленому Національним банком України». Це підкреслює, що навіть у ГК України, в ч. 1 ст. 5 якого закріплюється, що правовий господарський порядок в Україні формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів за наявності значного публічного регулювання, відсутнє регулювання договору банківського рахунка як публічного.

За наявності також протилежних позицій відносно публічності договору банківського рахунка у О. Іоффе¹, О. Олейник², О. Качана³ та інших науковців необхідно підкреслити різноплановість аналізу публічності будь-якого банківського правочину та питань державного регулювання здійснення банківських правочинів. Саме це правильно підкреслюється щодо особливостей відкриття банківських рахунків, проведення операцій за рахунками⁴, регулювання цих правовідносин диспозитивними та імперативними нормами.

¹ Див.: *Іоффе О. С.* Обязательственное право. — М., 1975. — С. 694–698.

² Див.: *Олейник О. М.* Основы банковского права: Курс лекций. — М., 1997. — С. 246–247.

³ Див.: *Качан О. О.* Банківське право. — К., 2000. — С. 96.

⁴ Банківське право України: Навчальний посібник / Жуков А. М., Іоффе А. Ю., Кротюк В. Л., Пасічник В. В., Селіванов А. О. та ін. / За заг. ред. А. О. Селіванова — К., 2000. — С. 92–94.

З огляду на це можна погодитися з позицією Г. Тосуняна та інших авторів на прикладі банківської таємниці, державного цільового кредитування, відповідно до яких правовідносини з питань банківської таємниці поєднують у собі публічно-правові та приватноправові елементи. Але в деякій частині застосування до такого правовідношення одночасно термінів «змішане», «складне», «комплексне»¹ приводить до заперечення, оскільки до одного правовідношення застосовуються різні логічні конструкції з метою об'єднання фактичного регулювання одного правовідношення різними галузями права². На наш погляд, таке проблемне питання потребує більш глибокого теоретичного дослідження, насамперед у частині поєднання міжгалузевого регулювання до одного правовідношення. Надалі саме практичний стан регулювання банківських операцій породжуватиме необхідність остаточного розв'язання цієї проблеми знову ж таки є метою вдосконалення нормативного регулювання банківських операцій.

Фактичне регулювання договору банківського рахунка та інших, пов'язаних з ним договорів в аспекті співвідношення публічно-правового та приватноправового регулювання відбувається таким чином.

1. У главі 72 ЦК України визначаються поняття та зміст договору банківського рахунка, також вирішуються питання публічного регулювання — списання коштів з рахунка клієнта без його згоди та черговість списання. Разом з тим особливістю визначення змісту договору є відсутність обмеженого переліку зобов'язань банку або здійснюваних ним операцій: приймання і зарахування

¹ Див.: Тосунян Г. А., Викулин А. Ю., Экмалян А. М. Банковское право Российской Федерации. Общая часть: Учебник / Под общ. ред. Б. Н. Топорни-на. — М., 1999. — С. 32–37.

² «Складний об'єкт — предмет, явище, процес, ситуація, які можна розчленувати, розкласти на елементи (складові частини)...»; «Змішання дій — та особливість прояву причинних зв'язків, коли дане явище є результатом одночасної і спільної дії декількох причин...»; «Комплекс (лат. complexus — зв'язок, сполучення) — цілісна сукупність предметів, явищ, властивостей» (Кондаков Н. И. Логический словарь-справочник. — М., 1975. — С. 551, 552, 254). На наш погляд, до договору банківського рахунка в аспекті аналізу регулювання правовідносин, що виникають на підставі цього договору, доцільно використовувати правове поняття, викладене О. Іоффе: «Якщо ж укладений договір опосередковує двоє чи кілька різних відношень і поєднує умови, об'єктивно необхідні для формування зобов'язань різних типів, він стає змішаним договором» (Іоффе О. С. Вказ. праця. — С. 38).

коштів на рахунок клієнта, виконання його розпоряджень щодо перерахування коштів, видача відповідних сум з рахунка, *інші операції «з рахунком»* — ч. 1 ст. 1066 ЦК України, кредитування рахунка — ст. 1069 ЦК України;

здійснення операцій банком для клієнта, які передбачені для рахунків даного виду *законом, банківськими правилами, звичаями ділового обороту*, якщо інше не встановлено договором банківського рахунка — ч. 1 ст. 1068 ЦК України;

збереження банком банківської таємниці відбувається на підставі закону про банки та банківську діяльність — ст. 1076 ЦК України.

Висновок: банк з клієнтом може укласти декілька договорів на здійснення банківських операцій, пов'язаних з укладеним договором банківського рахунка.

2. Відповідно до Закону України «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» розрахунково-касове обслуговування здійснюється на підставі договорів (п. 1.37 ст. 1), і в більшості випадків зміст договорів визначається законами, нормативними актами НБУ, з можливістю визначення деяких умов самостійно банком та клієнтом у договорі: п. 6.3 ст. 6, пп. 7.1.3, 7.2.2. ст. 7, пп. 8.1, 8.2 ст. 8, п. 13.1 ст. 13, п. 32.1 ст. 32 та ін. Згідно з Законом України «Про банки та банківську діяльність» засади нормативного регулювання відкриття і ведення банківських рахунків установлюються на підставі законодавства України, нормативно-правових актів НБУ та угод між банком та клієнтом: (ст.ст. 51, 56–58 та ін.), з одночасним врегулюванням публічних інтересів: щодо збереження банківської таємниці (глава 10), запобігання легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом (глава 11).

3. Відповідно до ст. 1 Закону «Про банки та банківську діяльність» банківські рахунки — це рахунки, на яких обліковуються власні кошти, вимоги, зобов'язання банку стосовно його клієнтів і контрагентів та які дають можливість здійснювати переказ коштів за допомогою банківських платіжних інструментів. Таким чином, банки відкривають рахунки не тільки на підставі договору банківського рахунка, а також на підставі інших договорів по здійсненню банківських операцій. У деяких випадках відкриття рахунків не супроводжується укладанням окремих договорів, оскільки відкриття таких рахунків здійснюється для проведення окремих операцій з клієнтом, не пов'язаних тільки з проведенням розрахунків. Разом з тим можна зазначити певний перелік банківських

операцій (назва операцій використовується на підставі ст. 47 Закону України «Про банки та банківську діяльність»), здійснюваних на підставі договорів, які можна прямо віднести за видовими рисами до договору банківського рахунка чи ототожнити за змістом, або які обов'язково пов'язані з укладеним договором банківського рахунка.

Наприклад, відкриття та ведення поточних рахунків клієнтів і банків-кореспондентів, у тому числі переказ грошових коштів з цих рахунків за допомогою платіжних інструментів та зарахування коштів на них, випуск банківських платіжних карток і здійснення операцій з використанням цих карток, операції за дорученням клієнтів або від свого імені (з інструментами грошового ринку, з інструментами, що базуються на обмінних курсах та процентах, з фінансовими ф'ючерсами та опціонами, довірче управління коштами та цінними паперами за договорами з юридичними та фізичними особами) повністю або частково здійснюються на підставі договору банківського рахунка, а самі операції залежно від змісту та суб'єкта (клієнта) регулюються такими нормативними актами НБУ: Інструкція про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземних валютах (затверджена постановою Правління НБУ від 12 листопада 2003 р. № 492)¹, Інструкція про міжбанківські розрахунки в Україні (затверджена постановою Правління НБУ від 27 грудня 1999 р. № 621)².

Перевезення валютних цінностей та інкасація коштів регулюються Інструкцією про організацію роботи з готівкового обігу установами банків України (затверджена постановою Правління НБУ від 19 лютого 2001 р. № 69)³, Положенням про ведення касових операцій у національній валюті в Україні (затверджено постановою Правління НБУ від 19 лютого 2001 р. № 72)⁴.

Таке регулювання підтверджує значне публічне правове регулювання договору банківського рахунка та договорів, які регулюють банківські операції, пов'язані з договором банківського рахунка. Безперечно, договір банківського рахунка без прямої вказівки в законі не може бути публічним договором.

У зв'язку з викладеним виникають заперечення щодо висновку про визначення специфіки договорів у сфері фінансових по-

¹ Див.: Офіційний вісник України. – 2003. – № 51. – Ст. 2707.

² Див.: Там само. – 2000 – № 5. – Ст. 181.

³ Див.: Там само. – 2001. – № 12. – Ст. 495.

⁴ Див.: Там само. – Ст. 496.

слуг без винятку в наявності у них публічного характеру на підставі прийняття банком на себе обов'язку надавати банківські послуги кожному, хто до нього звертається¹. ЦК України 1963 р. не передбачав взагалі, а Цивільний кодекс України 2003 р. не передбачає для всіх без винятку правочинів віднесення їх до публічного договору, крім договору банківського вкладу (ст. 1058 ЦК України 2003 р.), який належить до публічного договору не за своїми умовами, а за прямою вказівкою закону.

На наш погляд, з метою усунення суперечностей у законодавстві слід визначити у відповідних нормативних актах шляхом внесення змін чіткі критерії щодо віднесення договорів у сфері фінансових послуг, враховуючи договір банківського рахунка, до публічних договорів з метою недопущення порушення інтересів як банків, так і їх клієнтів та забезпечення надання якісних банківських послуг.

Надійшла до редколегії 19.12.03

О. Бринцев, доцент НЮА України

Визнання права як спосіб його захисту в цивільному законодавстві України

Важливого значення на сучасному етапі розвитку цивільного права України набуває питання про розвиток системи способів захисту права в цілому, вдосконалення окремих з існуючих способів та розроблення нових способів захисту права, що відповідають вимогам часу. Одним із універсальних способів захисту права, який має велику питому вагу в практиці правозастосування, а тому є вельми значущим, є визнання права. З огляду на зміни в цивільному законодавстві України розглянемо цей спосіб захисту права з урахуванням його сучасної правової регламентації, існуючих у доктрині думок та змін, передбачених новим ЦК України. При цьому вважаємо за доцільне акцентувати увагу на визначенні змісту цього способу захисту права, підстав для його застосування та кола осіб, що мають право його застосувати.

¹ *Безклубий І.* Операції банків та класифікація цивільних правочинів у банківській діяльності // *Право України.* — 2002. — № 6. — С. 59-60.