

І.А.Безклубий

Банківські правочини:
цивільно-правові проблеми

І.А. БЕЗКЛУБИЙ

**БАНКІВСЬКІ ПРАВОЧИНИ:
ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ
ПРОБЛЕМИ**

Монографія

УДК 336.71:347
ББК 65.262.1+67.404
Б 39

Рецензенти:

акад. АПРн України, д-р юрид. наук, проф., Луць В. В.
(Академія муніципального управління)
д-р юрид. наук, проф. Кисіль В. І
(Київський національний університет імені Тараса Шевченка)

*Рекомендовано вченою радою юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
(протокол № 3 від 29 листопада 2004 року)*

І.А. Безклубий

Б 39 Банківські правочини: цивільно-правові проблеми : Монографія. – К.:
Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет", 2005. – 378 с.
ISBN 966-594-633-1

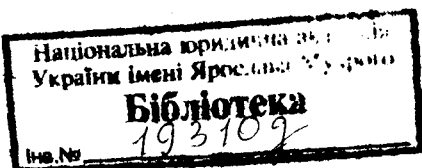
Досліджуються теоретичні проблеми правового регулювання банківських правочинів. Увага приділяється місцю банківських правочинів у системі цивільних правочинів; сутності таких основних юридичних категорій як: банківській правочин, банківська послуга, банківська діяльність, банківська операція, грошове зобов'язання, гроші, цінні папери, проценти; правовій природі та елементам окремих банківських правочинів. Автор пропонує вдосконалити правове регулювання відносин у процесі споживання банківських послуг.

Для наукових працівників, викладачів, аспірантів та студентів вищих юридичних навчальних закладів, юристів та економістів, що практикують у банківській сфері, адвокатів та суддів.

In the monograph the theoretical problems of the law regulation of bank transactions are investigated. Attention is given to the place of bank transactions in the system of civil transactions; the essence of such basic juridical categories as: bank transaction, bank service, bank activity, bank operation, money obligation, money, securities, percentages; to lawful nature and to the elements of separate bank transactions. The author proposes to improve the lawful regulation of relations in the process of the consumption of bank services.

It is addressed to the wide circle of the readers. Especially valuable a study will be for the scientific workers, the instructors, the graduate students and the students of the highest juridical educational institutions, lawyers and economists, who practice in the bank sphere, attorneys and judges.

УДК 336.71:347
ББК 65.262.1+67.404



ISBN 966-594-633-1

© І.А. Безклубий, 2005
© Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2005

Зміст

Передмова	4
1. Поняття банківського правочину	6
1.1. Виникнення та розвиток банківської справи	6
1.2. Поняття та ознаки банківського правочину	16
1.3. Співвідношення понять "банківська діяльність", "банківська послуга", "банківський правочин", "банківська операція"	34
1.4. Місце банківських правочинів у системі цивільних правочинів	50
1.5. Класифікація банківських правочинів	65
2. Загальна характеристика банківського правочину	75
2.1. Банк як сторона банківського правочину	75
2.2. Гроші та цінні папери як об'єкти банківського правочину	96
2.3. Грошове зобов'язання у банківських правовідносинах	135
2.4. Правова природа банківських процентів	153
3. Банківські правочини, що сприяють платіжному обігу та заощадженню грошових коштів	164
3.1. Договір банківського рахунку	164
3.2. Договір банківського вкладу	211
3.3. Розрахунки як особливі банківські правочини	237
4. Окремі банківські правочини в кредитних операціях	298
4.1. Кредитний договір	298
4.2. Договір факторингу	347
4.3. Договір лізингу	361

Передмова

Важлива роль в процесі відродження та розвитку економіки України відводиться банківській сфері. Основні принципи функціонування банківської системи України на початку ХХІ століття реалізуються за наступними стратегічними напрямками:

- ◆ зростання рівня концентрації банківського капіталу;
- ◆ створення умов для збільшення обсягів кредитування реального сектору економіки;
- ◆ організація та забезпечення ефективної діяльності Українського банку реконструкції та розвитку, універсальних та спеціалізованих банків;
- ◆ зміцнення ресурсної бази комерційних банків;
- ◆ розвиток конкуренції на ринку банківських послуг;
- ◆ удосконалення системи нагляду за діяльністю банків;
- ◆ врегулювання в установленому порядку процедури банкрутства банків;
- ◆ удосконалення порядку реалізації заставленого майна з метою захисту інтересів кредиторів;
- ◆ удосконалення банківського законодавства тощо.

На тлі перспектив розвитку сфери банківської діяльності роль цивільних правочинів важко переоцінити. Запропоноване дослідження є орієнтиром як банкам так і послугоодержувачам для розуміння юридичних категорій та особливостей запровадження правочинів при наданні банківських послуг.

Правове регулювання підприємництва потребує адекватної регламентації як у сфері функціонування горизонтальних відносин (правового статусу учасників, режиму належного їм майна, договорів, що укладаються ними тощо), що забезпечуються нормами приватного права, так і в сфері державного регулювання цієї діяльності (державної реєстрації, ліцензування, квотування, економічної конкуренції тощо), що забезпечується нормами публічного права¹.

¹ Кузнецова Н.С. Предпринимательское законодательство в Украине и в странах Европы (частноправовые аспекты) / у кн. Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы / Под общ. ред. Е.Б. Кубко, В.В. Цветкова. – К.: Юриком Интер, 2003. – С. 324.

Правовідносини в сфері банківської діяльності характеризуються тим, що вони ґрунтуються на різних методах регулювання. З одного боку це метод юридичної рівності сторін характерний для цивільного права, а з іншого – метод підпорядкування, який застосовується в адміністративному та фінансовому праві. Це обумовлено тим, що організація та діяльність банків в певній мірі регулюється органами державного управління.

Специфіка правовідносин в банківській сфері та їх відокремленість в цивільному обігу призвели до появи терміну "банківське право". Відповідний термін вживається окремими вченими-юристами в розумінні галузі права або підгалузі права.

Такий підхід є не зовсім коректним вже з тієї причини, що ті чи інші однорідні відносини регулюються одним з правових методів відповідної галузі права. Термін "банківське право" насамперед носить прикладний характер, що зумовлено широким застосуванням на практиці норм чинного законодавства, які регулюють відносини в сфері банківської діяльності. З огляду на певну специфіку правовідносин у сучасних умовах розвитку банківської системи, слід підкреслити, що їх дослідження має носити комплексний характер.

Здійснення банком підприємницької діяльності спрямовано на надання фінансових послуг клієнту. Основою відносин банк – клієнт є цивільний правочин, який у свою чергу породжує юридико-технічні дії банку (банківські операції). Регулювання зазначених правовідносин лежить у площині приватно-правових норм.

Автор робить спробу розглянути основні проблеми, що виникають при регулюванні цивільно-правових відносин у сфері банківської діяльності. Предметом монографії є дослідження місця банківських правочинів у системі цивільних правочинів; сутності таких основних юридичних категорій як: банківській правочин, банківська послуга, банківська діяльність, банківська операція, грошове зобов'язання, гроші, цінні папери, проценти; правової природи та елементів окремих банківських правочинів. Надані пропозиції щодо вдосконалення правого регулювання відносин у процесі споживання банківських послуг.

Робота базується на дослідженнях відомих вітчизняних і зарубіжних вчених, законодавстві України та нормативних актах НБУ, а також матеріалах судової практики та ділового обороту.

1. Поняття банківського правочину

1.1. Виникнення та розвиток банківської справи

Історія завжди хвилювала людство. Для того, щоб об'єктивно зрозуміти сучасні суспільні відносини, час від часу необхідно повертатися до джерел пізнання, що є підґрунтям відповідних процесів розвитку суспільства. Факт запровадження в обіг грошей як платіжного засобу, так чи інакше поставив перед цивілізацією питання про необхідність створення спеціальної інституції, якою з часом стає банк.

Ключ до розуміння сутності банківських правочинів лежить в історичній площині, у дослідженні генези, становлення та розвитку банківських відносин. Процес виникнення та подальшого розвитку банківської справи всебічно впливає не тільки на торгівельно-економічні відносини, але і на релігійні, політичні, соціальні та інші відносини.

У вітчизняній юридичній науці питання виникнення та розвитку банку, як суб'єкта банківських послуг, системно не досліджувалися. Проте існує ряд наукових робіт у яких в тій чи іншій мірі були розглянуті окремі проблеми виникнення банківської справи. Це наукові дослідження М. Бунге, О. Біммана, І. Левина, С. Борового, В. Бовикіна, Ю. Петрова, Ю. Райського, Є. Карманова, О. Лапшиної, Є Чернікової².

На Стародавньому Сході характерним було використання у якості грошей найважливіших предметів споживання (зерно, шкіра, хутро тощо). Так звані товарні гроші відігравали роль повсякденного засобу обігу і мали досить важливі властивості, а саме можливість збереження протягом тривалого періоду, транспортабельність, низькі витрати на утримання. Використання товарних грошей вимагало їх накопичення у якості загального еквівалента. Місцем збереження товарних грошей ставали храмові

² Бунге Н.Х. Преобразование русских банков // Журнал для акционеров. – 1859. – № 141. – с.1213 – 1216; Бимман А.Б. История банков. – Петроград, 1917; Левин И.И. Акционерные коммерческие банки в России. Пг., 1917; Боровой С.Я. Кредит и банки в России. (Середина XVIII в. – 1861 г.). – М., 1958; Бовикин В.И., Петров Ю.А. Коммерческие банки Российской империи. – М., 1994; Райский Ю.Л. Акционерные ипотечные банки и помещичье землевладение в России во 2-й половине XIX века. – Курск, 1980; Карманов Е.В. Банківське право України. – Харків, "Консум", 2000; Лапшина О. И римлян кризис не шадил... // Банковское дело в Москве – 1998. – №11 (47); Черникова Е.В. Кредитные учреждения России // Закон и право – 2003. – № 11.

господарства. Культові споруди, храми були страховим фондом громад і держав. Скарби призначалися для міни з іншими общинами та державами. Зрозуміло, що значна стабільність храмового господарства була спрямована на підтримку грошового обігу.

Функції храмів щодо регулювання грошового обігу зводилися до необхідності оновлення товарних грошей у зв'язку з їх природним псуванням, зниженням якості. Храми змушені були здійснювати дії, спрямовані на облік та розрахунок товарних грошей, що по суті було прототипом розрахунково-касових операцій. Храмові господарства одночасно з наданням позики або відстрочкою платежів, виконували інші функції, такі як купівлю-продаж землі, стягнення податків, управління державним майном. Історик Е. Кленгель-Бандт зазначав, що банки Стародавнього Вавилону не тільки надавали кредити, але й купували та продавали земельні ділянки, виконували ряд інших операцій³.

Протягом досить тривалого часу виконання своїх функцій храмові господарства здійснювали на підставі звичаю, проте поступово державою формуються юридичні норми. Так за часів правління царя Хамурапі (1759 до н.е.) з особливою ретельністю регламентувалися кредитні операції, умови надання позики були досить жорсткими, а відповідальність за борговими зобов'язаннями дуже високою. Розвиток грошових операцій храмового господарства держав Стародавнього Сходу залежав від товарних відносин, що зароджувалися, а також знаходився під впливом системи інститутів державної влади.

Таким чином, виконуючи основні грошові операції (збереження, облікові, розрахунково-касові, обмінні), храми у Вавилоні були єдиними суб'єктами, які могли задовільнити суспільні та приватні інтереси своїх громадян щодо отримання грошових коштів.

Жерці Античної Греції так само, як у Вавилоні не мали права розпоряджатися довіреними їм вкладами, а брали на себе зобов'язання зберігати кошти недоторканими. Починаючи з IV століття до н.е., недоторканість храмів гарантувала безпеку збереження цінностей. Банки-храми здійснювали прийняття вкладів на збереження та видачу позик об'єднанням громадян і окремим особам. У змісті таблиці, яку знайдено в Афінах 1739 року, містяться наступні статті звіту:

1. Проценти, що сплачені містами за гроші, надані їм у позику;

³ Див.: *Евелин Кленгель-Бандт. Путешествие в Древний Вавилон.* – М.: Наука, 1979. – с.107.

2. Проценти, що сплачені приватними особами за такі ж позики;
3. Надання в найм ділянок землі, що належать храму;
4. Штрафи, що стягуються з різних осіб за проступки проти релігії;
5. Доходи від продажу судових застав.

Далі міститься перелік міст і приватних осіб, що не заплатили проценти за надані у позику гроші. У графі витрати – лише один пункт: на свята, влаштовані на честь Богів.

Разом із храмами банківською справою в Греції займалися також трапезіти ("trapeza" – стіл), які приймали на зберігання вклади та здійснювали платежі за рахунок вкладників. Крім того вони зберігали різноманітні цінні документи, договори, спірні грошові суми⁴.

У ті далекі часи вже кожна держава (в деяких випадках окремі провінції держави) мала власну монету, торгівля в основному була міжнародна і це відповідно зумовлювало необхідність час від часу здійснювати обмін однієї валюти на іншу. При великій кількості різних монет грошова система була досить заплутаною і розібратися в ній могли лише досвідчені особи, які перетворювали свої знання у професію та ставали мінялами. Професійними ознаками мінял були: накопичений певний запас монет різних держав; наявність приміщення для безпечного зберігання грошей; довіра торговців. До основних функцій їх діяльності належали обмінні, вкладні, кредитні операції, експертиза монет та операції з перепису грошей з рахунка одного торговця на рахунок іншого.

У Древньому Римі міняли мали декілька назв. Чеський романіст Мілан Бартошек наводить їх у своєму енциклопедичному виданні, що видавалося у Європі багатьма мовами: менсарії (від лат. mensa – "стіл") – стіл міняли⁵; нумулярії (від лат. nummus – "монета") nummularii – дрібні банкіри, міняли⁶; аргентарії (від лат. argentum – "срібло") argentarii – банкіри, що проводили різні фінансові операції, але в першу чергу – лихварські операції. Були зобов'язані вести облікові книги та надавати їх для розгляду у суді⁷. Argentarii відносились до equites – вершників – фінансової аристократії, яка у IV-III вв. до н.е. складалась із найуспішніших плебейських торговців

⁴ Лапшина О.И. Вказ. праця.

⁵ Бартошек М. Римское право: (Понятия, термины, определения): Пер. с чешск. – М.: Юрид. Лит., 1989. – с.215.

⁶ Бартошек М. Там само. – с.229.

⁷ Бартошек М. Там само. – с.50 – 51.

і підприємців. З часом вони прибрали до рук найбільш вигідні джерела прибутку (особливо банківські та лихварські операції, оренду земельних ділянок, постачання армії та всебічну експлуатацію провінції) та стали поряд з нобілітетом другим владним станом у Римській імперії⁸.

Давні римляни винайшли досконалу банківську систему, щоб обслуговувати їх величезну торгівельну мережу, яка поширювалася на Європу, Азію та більшість Африки. У 395 році н.е. Римська Імперія розпалася на східну та західну частини. Західна Імперія впала наприкінці V століття, і більшість її торгівельних і фінансових мереж було зруйновано. Банківська справа майже зникла у Західній Європі. В той же час, кодекс Юстиніана, звід законів, виданий у VI столітті у Візантії, містив чимало банківських законів.

Вільгем Вегнер досліджуючи період правління імператора Октавіана Августа зазначав, що вільне населення складалося з надзвичайно заможних аристократів і надзвичайно бідних інших громадян. Перші склали меншість: 600 сенаторів, близько 10000 вершників та декілька тисяч різних вискочок, збагатілих лихварів і торговців⁹.

Саме лихварство передувало виникненню банківської справи, хоча від початку діяльності мінял до появи першого банку пройшло більше десяти сторіч.

Лихварство (англ. usury) – це надання грошової позики під дуже високий відсоток. У деяких країнах лихварство визначається як надання такої позики під відсоток, вищий за максимальний законний відсоток. Особа або інституція, яка позичає під такий відсоток вважається лихварем. У біблійні часи будь – яка плата за користування грошовими коштами вважалася лихварством і була заборонена¹⁰.

Спектр операцій, що здійснювали міняли був вельми широким. Деякі правочини за участі менсаріїв мали елементи вексельного кредитування. Бімман О. Зазначає: незважаючи на те, що

⁸ Бартошек М. Там само. – с.121.

⁹ Вегнер В. Рим: Начало, распространение и падение всемирной империи римлян. Т. 2. – Мн.: Харвест, 2002. – с.207.

¹⁰ The World Book Encyclopedia. U-V -Volume 20: // World Book International-World Book Inc., 1994. – p. 286. Usury.

вексельними операціями античні банкіри не займалися, проте існували кредитні листи зі зверненням за платежем до банкіра¹¹.

Велика довіра громадян Риму до менсаріїв призвела до того, що їх діяльність не зводилася лише до надання фінансових послуг. Їх залучали в якості радників у суді, свідками при укладанні правочинів або шлюбної церемонії. Але, по мірі того як Римська імперія занепадала, роль міняв у господарському обороті країни зменшувалася.

Історія розвитку лихварської діяльності знала також не зовсім рівні кроки. Досліджуючи боргове питання в Римі в IV в. до н.е. професор Л. Кофанов зазначає, що воїни боялися боргів лихварям. Плебс терпів розорення від збільшення день у день відсотків, що призвело до озброєного виступу 342 р. до н.е. Плебейський трибун Луцій Генуцій звернувся до плебеїв з пропозицією про заборону лихварства. Далі Л. Кофанов наводить вислів Катона про лихварство, який ілюструє тодішнє ставлення до лихварства: "Інколи краще було б наживатися... віддаючи гроші на зростання, якби тільки це було чесним заняттям. Предки наші так вважали та постановили в законах: крадій присуджується до двократної ціни, лихвар – до чотирьохкратної. Звідси можна зрозуміти наскільки, за їх думкою, лихвар був гіршим громадянином, за крадія"¹².

Цікаво, що в Київській Русі лихварська діяльність була поширеною і так само як у Римі виступи проти лихварів також мали місце. Так у "Руській правді" можна віднайти повідомлення, що після смерті у 1113 році київського князя Святополка Ізяславича, з правлінням якого дослідники пов'язують статті 47-52 (статті, що регулювали майнові відносини грошового характеру – прим. автора) Поширеної Правди, прийняті в інтересах купців і лихарів, у Києві вспалахнуло народне повстання, направлене проти тисяцького, соцьких і лихварів. Цю ситуацію зміг врятувати лише запрошений до Києва переяславський князь Володимир Мономах, який обмежив розмір відсотків, що стягувалися за борговими позиками. На відміну від попереднього законодавства, у 1113 р. було встановлено, що якщо лихвар вже двічі отримав з боржника свої 50 % (тобто 100% суми боргу), то він втрачає право на подальше одержання відсотків, але зберігає його на отримання даних у рост грошей (іста). Якщо ж він

¹¹ Бимман А.Б. История банков. – Петроград, 1917. – с.7 – 8.

¹² Див.: Кофанов Л.Л. Обязательственное право в архаическом Риме: Долговой вопрос (VI – IV вв. до н.э.). – М.: Юрист, 1994. – с.171-172.

отримував з боржника свої 50 % вже тричі (тобто 150% наданих у борг грошей), то боржник проголошувався вільним від боргу. Як встановлено у тій же статті, зміни не стосувалися позик під 20 %, тобто короткострокових боргів¹³.

З огляду на ці драматичні події історії можна зробити висновок, що лихварство вважалось не добродійною справою, а містило ознаки злочинних дій.

Слід зазначити, що деякі громадсько-суспільні утворення змогли уникнути послуг лихварів.

У літературі знаходимо пояснення, чому в Запорізькій Січі не згадується про існування банківсько-кредитної системи, лихварства, що, як правило, супроводжують товарно-грошовий обмін. З одного боку, говорить Є. Карманов, це можна пояснити демократизмом всього суспільно-політичного та громадського устрою Січі з суворим напіввійськовим способом життя запорожців, з іншого – недостатнім розвитком сфери товарного грошового обміну, переважно натуральним характером їхнього господарства, опосередкуванням вартісної і певної речової частин вироблюваного і споживаного продукту Московською державою¹⁴.

На нашу думку, не лише особливим характером громадського устрою та економічних відносин можна пояснити відсутність лихварів у Запорізькій Січі, а насамперед звичаями, що беруть свій початок з далеких часів язичницьких вірувань, християнським вченням і традиціями побратимства. Не можна сказати, що між запорожцями були відсутні позикові відносини. Вони існували на підставі класичного принципу кредитного зобов'язання – "принципу довіри", проте не передбачали сплату відсотків за користування коштами.

Тривалий час християнам було заборонено надавати гроші у позику з метою отримання прибутку. Ісламська віра до нашого часу продовжує розглядати сплату відсотків як гріх. Віруючі мусульмани в цілому не надають гроші у позику під відсотки і навіть

¹³ Российское законодательство X – XX веков. В девяти томах. Т. 1. Законодательство Древней Руси. – М.: Юрид. Лит., 1984. – с.101-102.

¹⁴ Див. Карманов Є.В. Банківське право України: Навчальний посібник. – Харків: Консум, 2000. – с.11.

відмовляються від відсотків, що нараховуються на звичайний банківський вклад¹⁵.

Церква намагалася знайти певні раціональні докази протиприродності відсотків. Одним з аргументів був, наприклад, наступний: оскільки надані у позику гроші повертаються кредитору назад у цілості, нарахований відсоток є платою за час, а час не можна продавати, адже він належить Богові.

У середньовіччя банківська діяльність починає відроджуватися. В Італії, де більш за всі інші країни була розвинута торгівля, з'являються *campsores* – міняли, що повинні були проводити експертизу на наявність у монетах різних країн дорогоцінного металу та встановлювати між ними співвідношення. Невдовзі вони починають розширювати свої операції та поступово переходять до обслуговування грошового обігу. Приблизно з XI століття їх починають називати банкірами від італійського слова *banco* або *banca*, що означає лавка та французького *banque* – скриня, призначена для зберігання грошей¹⁶. Найперші італійські банкіри вели свою справу на лавках на вулиці. Виконуючи операції "переписування", банкіри автоматично фіксували всі правочини, що було дуже важливо для торговців, які могли у випадку спору послатися на банкірську книгу для доведення факту платежу.

З часом в Італії з'являються різновиди банків, що спеціально створювалися групами купців для здійснення безготівкового обігу. Ці установи називалися жіробанками (від італ. *giro* – "поворот, коло"). При цьому купці забороняли банкіру використовувати будь – яким чином вклади, які зберігалися в його сховищах і повинні були лише переписуватися з рахунка на рахунок за вимогою купців.

Наступним історичним кроком розвитку банківської справи було її географічне розширення та створення філій в різних містах Європи. Якщо торговцю необхідні були гроші в іншомі місті, він віддавав розпорядження своєму банкіру, щоб той у свою чергу видав наказ своєму колезі-банкіру в тому місті, в якому торговцю

¹⁵ Полфреман Д., Форд Ф. Основи банковского дела. – М.: ИНФРА-М, 1996 – с.52.

¹⁶ Див. Додонов В.Н., Крылова М.А., Шестаков А.В. Финансовое и банковское право. Словарь-справочник / Под общей ред. д. ю.н. О.Н. Горбуновой. – М.: ИНФРА – М, 1997. – с.13.

знадобляться гроші для купівлі того чи іншого товару. За такі операції банкіри брали близько 0,5% від суми, що переказувалася.

Як зазначав Г. Шершеневич, у середні віки банки виконували три наступні функції: 1) міняли гроші, 2) приймали вклади на збереження, 3) здійснювали розрахунки між своїми клієнтами. Далі відомий цивіліст підкреслює, що з боку таких операцій банки не були ще кредитними установами в точному розумінні слова¹⁷.

Безумовно, відсутність у середньовіччя одного з основних елементів підприємницької діяльності банків – кредитування, зводив відповідну установу до статусу депозитарія. Банки не наважувалися використовувати передані клієнтами на збереження гроші, хоча загальна сума вкладів могла бути вагомою.

Г. Шершеневич вказує на той факт, що уряд завжди мав потребу в грошах і звернув увагу на накопичення значних сум в одному місті. Під сильним тиском і не меншою спокусою, банки таємно від вкладників надавали позику під відсотки. З часом гроші стали віддаватися під відсотки також приватним особам. Для того, щоб отримати значні кошти для кредитування, банки самі стали платити відсотки закладами. З цього моменту банки з чисто депозитної та касової установи перетворювалися в кредитні установи. Це перетворення відбулось головним чином у голандський період розвитку банківської справи, який розпочався із заснуванням Амстердамського банку в 1609 році¹⁸.

У самодержавній Росії виникнення банків пов'язують із правлінням імператриці Єлизавети, яка з метою полегшення положення боржників, що залежали від лихварів, у 1754 р. видає указ. Для зменшення в усій державі відсоткових грошей були засновані дворянські банки в Москві та Петербурзі, а також купецький при С.-Петербурзькому порті. Перші видавали позику під заставу нерухомості, будинків і маєтків, другий – під заставу товарів¹⁹. Метою цих банків було зупинити розорення дворянських маєтків та

¹⁷ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. II: Товар. Торговые сделки. – М.: "Статут", 2003. – с.409.

¹⁸ Див. Шершеневич Г.Ф. Там само. – с.409.

¹⁹ Див. Шершеневич Г.Ф. Там само. – с.410.

обмежити надмірні відсотки лихварів, які доходили до 12, 15 і 20 процентів²⁰.

На межі XVIII-XIX століть досить повільно накопичувався досвід з утворення банків. З-за відсутності значного приватного капіталу, банки, що утворювалися, були складовою кредитних казенних установ. Вони займалися організацією грошового обігу, здійснювали операції по збереженню коштів, надавали кредити.

Характер фінансового управління XVIII ст. зумовлений фінансовими поглядами уряду, потребами розвитку торгівельної справи, промисловості, економічної підтримки дворянства. Тому зародження банківської справи в той період безпосередньо пов'язано з ініціативами держави стосовно утворення грошового обігу та спрощення отримання кредитів.

Аналізуючи повноваження банків того часу, Є. Чернікова припускає, що попередньо вони були засновані як банківські контори для дворянства. Позиками могли користуватися лише російські дворяни, а також іноземні громадяни, які присягнули на довічне підданство та які мали нерухомість в Росії. Білоруські, смоленські та малоросійські дворяни отримали це право значно пізніше²¹.

Тут постає питання, де та історико-правова межа перетворення "лавок", "столів" мінял чи лихварів у банківські установи?

Відомий економіст О. Лаврушін, досліджуючи питання про період виникнення банків, зазначає, що ряд вчених вважають, що перші банки виникли в умовах мануфактурної стадії капіталізму та з'явилися перш за все в окремих італійських містах (Венеції, Генуї) в XI – XIII століттях. Інші спеціалісти вважають, що банки виникли в більш ранній період – за феодалізму. Вони відмічають, що вже в античному та феодальному господарстві з'явилась потреба в функціях банків як посередників у платежах. Професор О. Лаврушін вважає, що перші банки виникли задовго до мануфактурної стадії капіталізму, в період становлення держави на етапі достатньо жвавого розвитку товарного обміну, грошових і кредитних відносин²².

²⁰ Див. Банки и другие кредитные установления в России и иностранных землях. – СПб., 1840. – с.97.

²¹ Черникова Е.В. Кредитные учреждения России // Закон и право – 2003 – № 11. – с.76.

²² Див. Банковское дело: Учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. О.И. Лаврушина. – М.: Финансы и статистика, 2000. – с.9.

Скоріш за все не можна говорити про певну межу яка згадується у вищезазначеному запитанні. Її не існувало. Адже, практично до двадцятого століття поряд з реалізацією банками своєї діяльності, послугами лихварів користувалися громадяни багатьох країн. При цьому клієнтами лихварів були різні верстви населення незважаючи на їх, м'яко кажучи, нелюбов до цього роду діяльності.

У соціально-психологічній повісті І. Франка "Перехресні стежки", в якій правдиво відображені суспільно-політичні події в Галичині на рубежі XIX – XX століть, літературний персонаж лихвар Вагман, у діалозі з головним героєм адвокатом Євгенієм, казав: "... Між мною і іншими лихварями є одна різниця. Знаєте, між лихварями бувають спеціалісти: одні зичать гроші, інші ведуть лихву збіжжям, худобою, поживою для селян, інші на офіцерів, одні дають під застав, інші на векселі. Я випробував усякі способи і зробився... як би то вам сказати – добродієм добродіїв"²³.

Цим монологом видатний класик української літератури яскраво і влучно відтворює певні тонкощі професійної діяльності лихварів в Україні.

Досить відомою історичною особою з династії міжнародних фінансистів був Майер Ротшильд, який у другій половині XVIII століття у Франфурті-на-Майні відкрив банкірську контору і почав "робити гроші". Майер Ротшильд називав себе торговцем грошами. Однак одним з перших його правил було: "Не треба давати грошам лежати; як тільки можливо, пускайте їх у обіг, і чим більшою масою ви їх пустите в обіг, тим краще: 100 талерів не у сто раз "сильніше" одного талера, а в тисячу". Всі спекуляції Майера відрізнялися обережною сміливістю і тому супроводжувалися успіхом"²⁴.

Безумовно, лихварство слід відрізняти від банківської справи. Послуги лихваря з надання позики обмежуються його власним капіталом, у той час як банк надає позику за рахунок залучених ним на депозитні рахунки коштів своїх клієнтів.

Підводячи підсумки даного історико-правового дослідження можна *констатувати наступне*:

◆ Формування економічних передумов, а саме виникнення та розвиток торгівельних, ремесельних, а з часом торгівельно-

²³ Франко І.Я. Перехресні стежки: Повість. – К.: Дніпро, 1983. – с.65.

²⁴ Див. Биографическая библиотека Ф. Павленкова: Жизнь замечательных людей: В 3 т. Т. 2: вв. – М.: ОЛМА-ПРЕСС, 2001. – 308 с..

промислових відносин, важливим інструментарієм яких стали гроші, зумовлює необхідність утворення спеціальної, професійної установи, діяльність якої спрямована на надання широкого спектру фінансових (банківських) послуг.

◆ Історико-філософський аспект виникнення та розвитку банків полягає у тому, що досить значний період, від часів Законів Хамурапі (а можливо, з часів Трипільської культури – прим. І.Б.) до нашого часу, від простих обмінних операцій до складних розрахункових операцій з різного роду платіжними інструментами (від операцій з товарними грошами до операцій з електронними грошами), з урахуванням краєзнавчих особливостей та релігійних традицій відбувається неухильний, тривалий процес розвитку та функціонування спеціальних фінансових інституцій.

◆ Питання юридичного оформлення відповідного статусу суб'єктів, що надавали фінансові послуги, носить перманентний характер, від культових храмів до приватних мінял, від лихварів до універсальних банківських установ. Правове поле, в межах якого регулювалась професійна діяльність зазначених суб'єктів, досить широке – від звичаєвого права до сучасних правових систем.

◆ Аналізуючи деякі історико-правові аспекти виникнення та розвитку банківської діяльності, визначаючи роль банку у системі цивільно-правових відносин, слід відмітити, що інститут банківського правочину видозмінювався від античного реального контракту *mutuum* (синонім – *creditum*, як правило, у тих випадках коли предметом були гроші) до сучасної системи самостійних договірних конструкцій з урахуванням спеціального платіжного інструментарію, запровадження якого можливо також на підставі односторонніх правочинів.

1.2. Поняття та ознаки банківського правочину

Реформування цивільного законодавства обумовлене необхідністю економічного розвитку держави, призвело до оновлення інституту правочину, від філологічного прочитання *negotium* до сутності окремих юридичних конструкцій. З досить широкого кола правомірних дій, що вчиняються за участю банківських установ, цивільні правочини, що безпосередньо регулюють належне здійснення банківських операцій, відіграють важливу роль у

формуванні капіталу, а відтак сприяють розвитку фінансового сектора економіки країни.

Роберт Т. Кіосакі та Шарон Л. Летчер, досліджуючи проблему фінансової свободи зазначали, що навколо нас досить багато речей які нам зрозумілі, які ми бачимо своїми очима. Але існує те, що ми не можемо побачити і що є досить важливим – це правочин, фінансова угода, ринок, управління, фактори ризику, гроші тощо²⁵.

Дійсно, розуміння зазначених економічних та правових категорій не лежить на поверхні, проте є досить важливим для багатьох учасників суспільних відносин, а відтак потребує глибокого та зваженого науково-практичного дослідження.

Латинський термін *negotium* (заняття, справа; діяльність, особливо комерційна) це загальне поняття, що охоплює у першу чергу дозволені відплатні конкретні юридичні дії (угоди, правочини) любого роду, а в подальшому і процесуальні засоби. Односторонні правочини називалися *negotiuma strikti iuris*, у той час як *negotium bonae fidei* інколи мали зобов'язання для управомоченої особи²⁶.

Проте, *negotium* не було лише технічним поняттям для загальноприйнятого абстрактного поняття юридичної дії. Про будь-яку справу римляни могли сказати – *in ipso negotio* (у ході справи, у процесі). Тим самим у Древньому Римі поняття *negotium* об'єднувало досить широкий спектр юридичних дій, що породжували певні правові наслідки для їх учасників.

Наближенням до *negotium* є латинське *contractus* – дозволена угода, що визнана цивільним правом як підстава зобов'язальних відносин між сторонами. Проте, правова конструкція *contractus* вужча за *negotium*. Для *contractus* характерним є як об'єктивний елемент (*causa*), тобто дозволена правом економічна ціль, яку переслідують сторони, так і суб'єктивний елемент (*convencio, consensus, pactio*), взаємний та узгоджений прояв волі сторін відносно однієї і тій же цілі²⁷.

У статті 202 ЦК України правочином визнається дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Відомо, що дії як юридичні факти завжди мають

²⁵ Див.: Роберт Т. Кіосакі, Шарон Л. Летчер. Квадрант денежного потока. – Ужгород. "СВІТ" – с.88.

²⁶ Бартошек М. Римское право: (Понятия, термины, определения): Пер. с чешск. – М.: Юрид. Лит., 1989. – с.223.

²⁷ Там само. – с.90.

вольовий характер і поділяються на правомірні та протиправні. Правочини – це вольові та правомірні дії, безпосередньо спрямовані на досягнення правового результату, а саме на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків²⁸.

Викладений українською мовою юридичний термін "правочин" вказує на правомірність дії, що вчиняється і тим самим формує наше уявлення про його зміст, який носить правовий характер.

У минулому, як і тепер, інститут правочину завдяки своїй значимості та актуальності викликав підвищений інтерес вчених – цивілістів. Питання теорії цивільного правочину в різні часи досліджували такі відомі науковці як М. Агарков, Д. Боброва, М. Брагинський, В. Вітрянський, Д. Генкін, О. Дзера, Д. Мейер, І. Новицький, І. Перетерський, Н. Рабінович, Р. Халфіна, В. Шахматов, Г. Шершеневич²⁹ та інші.

У спеціальній літературі ми знаходимо підтвердження того, що під банківськими правочинами слід розуміти правочини, виключне право на здійснення яких у відповідності з законом надано кредитним організаціям³⁰. Проте, критерієм визначення поняття

²⁸ Боброва Д.В. Поняття та види угод (правочинів) / У книзі І Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О.В. Дзера (керівник авт. кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – с.168.

²⁹ Див.: Агарков М.М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Советское государство и право. 1946, № 3-4; Боброва Д.В. Угоди (правочини) / Гл.12 У книзі І Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О.В. Дзера (керівник авт. кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. –К.: Юрінком Інтер, 2002. – с.168 – 183; Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. – М.: Статут, 1998; Генкин Д.М. Недействительность сделок, совершенных с целью, противной закону // Ученые записки ВИНУН. Вып. V. 1947; Дзера А.В. Общие положения о сделках в новом Гражданском кодексе Украины / у кн. Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы / Под общ. ред. Е.Б. Кубко, В.В. Цветкова. – К.: Юрінком Інтер, 2003; Мейер Д.И. Русское гражданское право. – М.: Статут, 1997. – с.177 – 213; Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. – М.: Госюриздат, 1954; Перетерский И.С. Сделки, договоры. Гражданский кодекс РСФСР: Научный комментарий. – М.: Юрид. изд-во НКЮ РСФСР, 1929; Рабинович Н.В. Недействительность сделок и ее последствия. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1960; Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. – М.: Изд-во АН СССР, 1954; Шахматов В.П. Сделки, совершенные с целью, противной интересам государства и общества. – Томск: Изд-во Томского ун-та, 1966; Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. – Тула: Автограф, 2001. – с.150 – 170.

³⁰ Викулин А.Ю. Банковское право Российской Федерации. Особенная часть, в 2 т.: Учебник / Отв. ред. Г.А. Тосунян. – М.: Юристъ, 2002 – Т. 2 – с.401.

банківського правочину не може бути лише особливість спеціального статусу відповідного суб'єкта.

Проблемам застосування правочинів у банківській діяльності приділяється значна увага у наукових працях М. Агаркова, В. Белова, С. Вільнянського, В. Вітрянського, Р. Карімулліна, Л. Єфімової, Б. Завідова, В. Луця, Л. Новоселової, О. Олійник, Є. Осіпова, Є. Павлодського, С. Сарбаша, К. Флейшиц, О. Шерстобітова, Г. Шершеневича, О. Ерделевського³¹.

Як правило, зміст більшості цивільних правочинів складає певний економічний інтерес. Зрозуміло, що правочини, які регулюють відносини у банківській діяльності мають майновий характер. Термін "банківські правочини" автор розглядає лише в контексті тих правових дій, які обумовлені цивільною дієздатністю банківської установи та вчиняються на підставі спеціального дозволу (ліцензії НБУ). При цьому, організаційно-засновницькі правочини, що спрямовані на встановлення відповідного статусу банківської установи та цивільні правочини, що забезпечують належну господарську діяльність банку, не підпадають під поняття "банківські правочини".

³¹ Див.: Агарков М.М. Основы банковского права. Учение о ценных бумагах. – М., 1994; Белов В.А. Банковское право России. – М.: АО "Центр ЮрИнфоР", 2000; Вильнянский С.И. Кредитно-расчетные правоотношения: учебное пособие., – Харьков, Изд-во Харьковского ун-та; 1955; Витрянский В.В. Кредитный договор: понятие, порядок заключения и исполнения. – М.: Статут, 2005; Каримуллин Р.И. Права и обязанности сторон кредитного договора по российскому и германскому праву. – М.: "Статут", 2001; Ефимова Л.Г. Банковские сделки. Комментарий законодательства и арбитражной практики. – М.:Юридическая фирма "Контракт", "ИНФРА-М", 2000; Завидов Б. Договор банковской гарантии // Право и экономика. – 1999. – № 1. – с.17-25; Луць В.В. Контракты у підприємницькій діяльності: Навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 1999; Новоселова Л.А. Банковские сделки в Гражданском кодексе РФ 1996 года // Правовое регулирование банковской деятельности. – М.: Юринфор, 1997; Олейник О.М. Основы банковского права: Курс лекций. – М.: Юристь, 1997; Осипов Е.Б. Гражданско-правовые договоры с участием банков: Автореф. канд. дисс. – Алматы, 1997; Павлодский Е.А. Договоры организаций и граждан с банками. – М.: "Статут", 2000; Сарбаш С.В. Предмет договора банковского счета // Юрист. – 1999. – № 3; Флейшиц Е.А. Расчетные и кредитные правоотношения. – М., 1956; Шерстобитов А.Е. Правовое регулирование межбанковских расчетов // Закон. – 1995 – № 1. – с. 90-93; Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. II: Товар. Торговые сделки. – М.: "Статут", 2003. – с.404 – 468; Эрделевский А. Договор банковского вклада // Российская юстиция. – 1998. – № 9. – с.15-17.

Договір за участю банку (банківський договір) є різновидом договору, класифікованою ознакою якого є суб'єктний склад та економічна сфера застосування³².

Мета, якої намагається досягти банк у процесі здійснення підприємницької діяльності, це отримання позитивного економічного результату, який після відрахувань витрат та сплати дивідендів своїм учасникам (акціонерам), спрямовується на збільшення банківського капіталу.

Надзвичайно широкий спектр відплатних послуг, що може отримувати клієнт від банку формується навколо грошових коштів, валютних цінностей, цінних паперів та їх похідних. Предметом правових дій, що здійснюються при наданні банківських послуг є відносини з приводу: вкладів, кредитів, платежів, розрахунків, обліку, міни, збереження, управління, купівлі – продажу, тощо. Тим самим за допомогою банківських послуг фізична або юридична особа реалізує свої задуми, які також можуть мати мету досягнення певного майнового результату, але вже за межами відносин з банком. Надання послуг клієнту здійснюється на підставі цивільних правочинів, а реалізуються через систему юридично – технічних дій банківської установи – *банківські операції*.

Надання банківських послуг на відміну від інших видів підприємницької діяльності передбачає можливість розпорядження залученими (в депозит, на поточні рахунки тощо) коштами клієнтів, шляхом здійснення активних банківських операцій (кредитування, факторингу, лізингу тощо).

Однією з особливостей банківських правочинів є їх відплатний характер. Узагальненим терміном, що розглядається як форма винагороди за банківським правочином є словосполучення "банківський процент". При наданні тієї чи іншої послуги, банки самостійно встановлюють процентні ставки, тобто розмір процентів, який буде складати предмет відповідного грошового зобов'язання. Так, наприклад, істотними умовами банківських договорів є плата позичальника банку за надання кредиту у вигляді процентів, або здійснення вже банком виплати процентів клієнту – за договором банківського вкладу.

³² Осипов Е.Б. Там же. – с.11

Досягнення певного правового результату можливе за допомогою одностороннього та дво- чи багатостороннього правочину.

При розгляді питання щодо підстав виникнення зобов'язань, О. Підпригора зазначав, що коли права і обов'язки виникають, змінюються або припиняються за волевиявленням однієї сторони, правочин називається одностороннім (наприклад, заповіт, ведення чужої справи без доручення та ін.)³³.

Як зазначав Б. Черепакін, односторонній правочин розглядається цивільним законодавством і доктриною так само, як договір у римському праві, тоб-то не більш ніж номінація деяких відомих типів відносин, коло яких все більше підлягає розширенню³⁴.

Якщо спроектувати зазначене твердження на сферу банківської діяльності, то ми побачимо, що односторонні правочини не є поширеними у цій сфері, а також не завжди сприймаються науковцями та юристами – практиками однозначно. Так чи інакше вчинення таких правомірних дій банку як емісія цінних паперів, надання гарантії, здійснення окремих розрахункових операцій за допомогою певних платіжних інструментів (акредитива, чека, за розрахунками у порядку інкассо) можна віднести до односторонніх правочинів. Так, наприклад, гарантія надається банком на прохання принципала. Разом з тим дійсність цього зобов'язання не залежить від письмової угоди між гарантом і принципалом. Для надання гарантії, тобто оформлення письмового зобов'язання сплатити кредитору принципала (бенефіціару) певну грошову суму за умови пред'явлення бенефіціаром вимоги, необхідно волевиявлення однієї сторони – гаранта. Гарантійне зобов'язання виникає між гарантом і бенефіціаром на підставі одностороннього письмового зобов'язання гаранта.

Волевиявлення може проявляти одна або кілька осіб. При цьому, односторонній правочин може створювати обов'язки лише для особи, яка його вчинила. Як виняток, одностороннім правочином можуть створюватися обов'язки для інших осіб тільки у випадках, встановлених законом, або за домовленістю з цими особами.

33 Підпригора О.А. Римське приватне право: Підручник для студентів юрид. спец. вищих навч. закладів. Вид. 3 –є, перероб. та доп. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2001. – с.259.

34 Черепакін Б.Б. Юридическая природа векселя и Положение о векселях 1922 года // Черепакін Б.Б. Труды по гражданскому праву. – М., 2001. – с.51-52.

Якщо дві сторони скеровують свої зустрічні дії на досягнення бажаного правового результату, правочин визнається двостороннім (взаємним). Такий правочин називається договором³⁵. Розуміння правочину залишається незмінним з часів квіритів до сьогодення.

Проте, питання про цілі, сутність та склад правочину час від часу формувало нові наукові позиції та викликало жваві дискусії. Фундатор теорії Чистого Правознавства³⁶ Г. Кельзен зазначає, що при укладенні договору сторони заявляють про необхідність поводитися одне щодо одного у певній спосіб. Ця взаємна повинність є суб'єктивним сенсом акту правочину. Але вона ж є також і його об'єктивним сенсом акту правочину. Себто, цей акт є фактом, що виробляє правову норму, коли, й оскільки, правовий порядок наділяє цей факт цією якістю, обумовлюючи цивільну санкцію запровадження цього правочинового факту й поведінкою, що суперечить цьому правочину. Запроваджуючи правочин як правотворчий факт, правовий порядок уповноважує підпорядкованих праву індивідів регулювати свої взаємовідносини в межах загальних правових норм, створених шляхом законодавства чи узвичаєння, – регулювати нормами, що виробляються через правочини³⁷. Запроваджений відомим науковцем алгоритм творення права розглядається через акт правочину, який в свою чергу формує правотворчий факт.

Для сприйняття доктрини банківського правочину варто звернутись до інтерпретації складу правочину, запропонованої О. Черданцевим. Склад правочину – це продукт наукової думки, це юридична конструкція, ідеальна модель, яка створена для потреб наукових досліджень та практики. Склад правочину (договору) є модель, що одержана в результаті абстракції, ідеалізації, коли дійсність спрощується, грубішає. В підсумку одержується певний

35 *Ряшенцев В.А.* Понятие и значение сделок в СССР // глава VII в книге Советское гражданское право. Часть первая / Учебное пособие для студентов ВЮЗИ. – М.: 1955. – с.77.

36 Теорія права, яка очищена від політичної ідеології та впливів природничих наук, що розроблялася відомим австрійським правознавцем Гансом Кельзеном у першій половині двадцятого століття. Найбільш значними науковими працями є: "Головні проблеми державного права", "Загальна теорія права та держави", "Чисте правознавство" – прим. – І.Б.

37 *Кельзен Ганс.* Чисте Правознавство: 3 дод.: Пробл. справедливості / Пер. з нім. О. Мокровольського. – К.: Юніверс, 2004. – с. 282.

ідеальний об'єкт, у житті не існуючий, слугуючий не тільки формою вираження дійсності, але й методологічним інструментом наукового та практичного аналізу³⁸.

Метою будь-якого дво- чи багатостороннього цивільного правочину є досягнення певних юридичних наслідків, що мають істотне значення для сторін цього договору.

Габрієль Шершеневич під юридичними діями розумів зовнішній прояв волі людини, що тягне за собою певні юридичні наслідки. Саме прояв волі, що безпосередньо направлений на певний юридичний наслідок розглядається відомим цивілістом, як юридичний правочин³⁹.

Як стверджував Д. Мейер, для правочину суттєвими є тільки дві умови: 1) юридичні дії повинні привести до змін у вже існуючих юридичних відносинах: зміни можуть полягати у встановленні будь-якого права, яке раніше не існувало, або у переході права від однієї особи до іншої, або у припиненні права; 2) юридична дія повинна бути направлена на зміну існуючих юридичних відносин, з метою проведення цих змін. Дії не направлені на відповідні зміни не можуть розглядатися як правочини⁴⁰. Ця дефініція формує розуміння правочину як юридичного акту, що реалізується через волевиявлення особи та передбачає настання певних правових наслідків і який протиставляється правопорушенню.

Під банківськими правочинами Л. Єфімова розуміє правочини, виключне право на здійснення яких у відповідності з законом надано кредитним організаціям⁴¹.

Банківський правочин слід розглядати як правомірну дію, яка є результатом дієздатності банківської установи, що проявляється через волю органів управління останньої та зовнішнього її прояву (банківської операції, формуляру, тощо) спрямованого на досягнення суб'єктивного мотиву (causa). Юридичні дії зумовлюють певну поведінку сторін банківського правочину, направлену на

³⁸ Див.: *Черданцев А.Ф.* Толкование права и договора: Учеб. пособие для вузов. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. – с. 323.

³⁹ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. – Тула: Автограф, 2001. – с.150.

⁴⁰ Див.: *Мейер Д.И.* Русское гражданское право. – М.: Статут, 1997. – с.177 – 178.

⁴¹ *Ефимова Л.Г.* Банковские сделки, банковские услуги, рынок банковских услуг: понятие и виды. / В учебнике Банковское право Российской Федерации. Особенная часть. В 2 т.: Учебник / Отв. Ред. Г.А. Тосунян. – М.: Юристъ, 2002. – Т. 2. – с.401.

реалізацію суспільно-економічної мети під час споживання фінансової послуги.

У якості складових елементів правочину І. Новицький виділяв волю (суб'єктивний елемент) і волевиявлення (об'єктивний елемент)⁴².

Деякі автори відстоювали точку зору, за якою складовими частинами правочину є наступні елементи: волевиявлення, змістом якого є істотні умови (пункти) правочину, волю, правочиноздатність суб'єктів, мету правочину⁴³. У відповідь на цю позицію Л. Єфімова зазначає, що суб'єкт правочину (його правоздатність та дієздатність) не можна вважати елементом, оскільки саме суб'єкт є джерелом волі та волевиявлення. Тому він не може розглядатись в якості складової частини правочину: суб'єкт та його дії явища різнопорядкові⁴⁴.

Правочин, який відповідає вимогам законодавства, визнається правом дійсним. Дійсність як правова характеристика правочину означає, що закон визнає правову силу за ним як підставою виникнення, зміни або припинення бажаних його суб'єктами цивільних прав і обов'язків, а права та обов'язки, що виникли з правочину, підлягають правовій охороні та захисту⁴⁵.

Нормативне та доктринальне трактування умов чинності юридично-значимих дій, які характеризують правочин, зводиться до *наступних вимог*:

- ◆ Зміст правочину не може суперечити нормам моралі та актам цивільного законодавства.
- ◆ Форма правочину повинна відповідати закону.
- ◆ Наявність необхідного обсягу цивільної дієздатності особа для вчинення правочину.
- ◆ Волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі.

⁴² Новицький І.Б. Сделки. Исковая давность. – М.: Госюриздат, 1954. – с.20.

⁴³ Шахматов В.П. Сделки, совершенные с целью, противной интересам государства и общества. – Томск: Изд-во Томского ун-та, 1966. – с.12-16.

⁴⁴ Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. Монография. – М.: НИМП, 2001. – с.20.

⁴⁵ Мындра Д.И. Недействительность сделки и неправомерность действия. Цивилистические записки. Межвузовский сборник научных трудов. Выпуск 2. – М.: "Статут" – Екатеринбург: Институт частного права. 2002. – с.412.

◆ Правочин має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним.

◆ Правочин, що вчиняється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей.

Поряд з загальним поняттям "правочину" теорія та практика цивільних правовідносин традиційно застосовують термін "недійсність правочину". У зв'язку з цим серед науковців триває дискусія стосовно того, чи можна віднести до правочинів дії, що мають протиправний характер. Правочини лише як правомірні дії розглядали Г. Шершеневич і Д. Мейер⁴⁶. Професор І. Перетерський зазначав: якщо дія має вигляд правочину, але спрямована проти закону або в обхід закону, то вона не є правочином⁴⁷.

Термін "нікчемний правочин" містить протиріччя. Нікчемним може бути не правочин, а волевиявлення, уточнював М. Агарков⁴⁸. На думку інших авторів, нікчемні угоди – це ті самі угоди, які, будучи юридичними фактами, породжують правові наслідки, відмінні від правових дій⁴⁹. Російський термін "сделка" не завжди ототожнюється з правомірними діями, його зміст трактується не однозначно і тим викликає дискусії.

З прийняттям нового Цивільного кодексу України, яким вводиться термін "правочин" замість існуючого "угода", зникає подвійний зміст цього поняття. За допомогою відповідного формулювання українська філологія вирішила тривалу дискусію на користь правомірного характеру правочину. Зі змісту терміну "правочин" зрозуміло, що мова йде про вчинення правомірної дії, тому апріорі "недійсного правочину" (протиправного правочину) не може існувати. Тим самим формулювання "нікчемний правочин" є

⁴⁶ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. – М.: Спарк, 1995. – с.113; Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч.1. – М.: Статут, 1997. – с.178.

⁴⁷ Перетерский И.С. Сделки, договоры. Гражданский кодекс РСФСР: Научный комментарий. – М.: Юрид. изд-во НКЮ РСФСР, 1929. – с.6.

⁴⁸ Агарков М. Зазн. праця. – с.55.

⁴⁹ Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. – М.: Госюриздат, 1954. – с.66 – 67; Рабинович Н.В. Недействительность сделок и ее последствия. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1960. – с.12 – 13; Генкин Д.М. Недействительность сделок, совершенных с целью, противной закону // Ученые записки ВЮОН. Вып. V. 1947. – с.50; Шахматов В.П. Сделки, совершенные с целью, противной интересам государства и общества. – Томск: Изд-во Томского ун-та, 1966. – с.25 – 26.

більш, ніж суперечним, його заміником може бути термін "протиправна дія".

З огляду на зазначене, поняття презумпції правомірності дії можна визначити таким чином: дія є правомірною, якщо її недійсність прямо не встановлена законом або якщо вона не визнана судом недійсною. Ознака правомірності є родовою ознакою правочину. Проте, до таких іменників, як наприклад, "договір", "заповіт", "операція", "емісія", які саме і визнаються правочинами, може застосовуватися прикметник "недійсний", оскільки за формою таке словосполучення не є суперечливим.

Ознака відповідності дії встановленим юридичним нормам, вимогам правопорядку – одна з основних ознак, що є підставою юридичних фактів. При цьому правомірна дія визначається як відповідна правовим вимогам, що узгоджується з змістом прав і обов'язків суб'єктів⁵⁰. Тим самим вчинення правочину формує суб'єктивні цивільні права та обов'язки відповідних суб'єктів.

Особливий характер правовідносин між банком і клієнтом зумовлює необхідність дотримання належного оформлення правочинів. Як правило, банківські правочини укладаються в письмовій формі. У банківській сфері досить поширена практика вчинення певних правових дій (укладення правочинів, здійснення банківських операцій, пред'явлення платіжних документів тощо) за допомогою електронних засобів та систем (факса, модема, телекса, інтернета, S.W.I.F.T. тощо), що призводить до скорочення процедури оформлення правовідносин банк – клієнт. Дана інформація міститься на відповідних електронних носіях, а відтак може розглядатися як різновид простої письмової форми. Відповідно до статей 1055, 1059 ЦК України письмова форма кредитного договору та договору банківського вкладу є їх істотною умовою, тому при недодержанні письмової форми ці договори визнаються недійсними.

Одним з способів захисту цивільних прав та інтересів осіб є оспорювання дійсності правочину. При цьому термін "оспорюваний правочин" може застосовуватись у разі заперечення заінтересованою особою його дійсності на підставах, встановлених законом. Суд може вимовити у задоволенні позову, за відсутності законних

⁵⁰ Див.: *Алексеев С.С.* Проблемы теории права: Курс лекций в 2-х томах. Том первый. – Свердловск, 1971. – с.347 – 358.

підстав, або визнати "оспорюваний правочин" "протиправною дією". Такі дії стають протиправними не з моменту оголошення судом рішення про це, а з моменту їх вчинення.

Загальне правило щодо наслідків вчинення протиправних дій передбачає настання реституції, тобто кожна з сторін зобов'язана повернути другій стороні в натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а в разі неможливості такого повернення, зокрема, тоді, коли одержане полягає в користуванні майном, виконаній роботі, наданій послугі, – відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, що існують на момент відшкодування. Винна у вчиненні протиправних дій сторона зобов'язана відшкодувати другій стороні або третій особі заподіяні збитки та моральну шкоду.

Проектування загального поняття цивільного правочину на конструкцію банківського правочину викликає певні особливості. Так, О. Олійник, аналізуючи правову природу договору банківського рахунка зазначала, що необхідно звертатись як до цивільно – правових конструкцій, так і до публічно – правових. Як правовий інститут, зазначений договір являє собою комплексну сукупність правових норм, що належать до різних галузей права, але на додаток до даного об'єкту регулювання формують новий зміст⁵¹.

Слід зазначити, що досить високий ступінь ризику фінансово-підприємницької діяльності значною мірою впливає на формування правовідносин клієнта з банком. Характерним для будь-якого банківського правочину є його ризикованість. Цей складний багатогранний аспект враховується, наприклад, при намаганні банківської установи за допомогою правових способів мінімізувати кредитні ризики при здійсненні відповідних операцій. Ризикованість банківських правочинів зумовлена, насамперед, економічною природою банківських операцій та довірчим характером різного роду банківських операцій.

Мотивом створення спеціальних інституцій, що забезпечують гарантування вкладів фізичних осіб, тенденція до запровадження імперативних норм, віднесення окремих правочинів до публічних договорів (наприклад, договір банківського вкладу з фізичною особою) та договорів приєднання (наприклад, договір банківського

⁵¹ Олейник О.М. Основы банковского права: Курс лекций. – М.: Юристь, 1997. – с.246.

рахунка) також є певні важелі ризикованості як самої сфери банківської діяльності, так і правочинів, що в ній вчиняються. Проте, банківські правочини не можна віднести до алеаторних, тобто правочинів, виконання яких залежить від обставин, невідомих сторонам при їх вчиненні.

Аналізуючи принцип диспозитивності в сучасному зобов'язальному праві Н. Кузнєцова зазначає, що за загальними правилами сторони можуть відступити від положень актів цивільного законодавства та врегулювати свої відносини на власний розсуд. Проте сторони не можуть відступити від імперативних приписів, що містяться в актах цивільного законодавства. Однак, імперативність норми повинна прямо фіксуватись (тобто в законі має бути пряме застереження про те, що сторони не мають права відступити від встановлених правил) або впливати зі змісту норми чи суті відносин між сторонами⁵².

Впровадження банками правил внутрішнього фінансового моніторингу з метою запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом і специфіка підприємницької діяльності, яку здійснює банківська установа в системі фінансового ринку, зумовлюють необхідність застосування особливого порядку нагляду та контролю з боку державних органів. При цьому, застосування імперативних норм скероване на гарантування та охорону прав та інтересів сторін банківського правочину. Та незважаючи на те, що в банківській сфері спостерігається застосування досить значного масиву норм публічного права, в основі правовідносин між клієнтом та банком лежить метод юридичної рівності, сформований нормами цивільного права. Саме за допомогою приватно-правового методу власне волевиявлення сторін спрямовується на досягнення взаємного майнового інтересу.

Як підкреслює Л. Єфімова, в економічно розвиненому суспільстві за умов повного насичення товарами завжди існує один постійний дефіцит – дефіцит грошей. Тимчасово вільні грошові кошти одних осіб концентруються в кредитних організаціях, які розпоряджаються ними від свого імені. Тому попит на кредитні ресурси, як правило, перевищує їх пропозицію. Ця обставина пояснює економічну

⁵² Кузнєцова Н.С. Принципи сучасного зобов'язального права України. // Українське комерційне право. – 2003 – № 4. – с.11.

перевагу банку та робить його більш сильним партнером⁵³. Відповідна економічна ситуація певним чином впливає на юридичний аспект особливостей укладення банківських правочинів.

Пропозиція банку, укласти той чи інший договір щодо надання банківських послуг, як правило, носить стандартний характер. Незважаючи на досить значну кількість послуг, які може запропонувати банківська установа, умови договорів, що укладаються з клієнтами здебільшого повторюються, стають типовими та оформлюються у вигляді так званих банківських формулярів. Так, банками розробляються та їх органами управління затверджуються типові договори: банківського рахунку, банківського вкладу, кредитний договір тощо, які за певними ознаками можна віднести до договору приєднання. При цьому слід враховувати норму статті 634 ЦК України, що передбачає, можливість змінити або розірвати договір на вимогу сторони, яка приєдналася, якщо вона позбавляється прав, які звичайно мала, а також якщо договір виключає чи обмежує відповідальність другої сторони за порушення зобов'язання або містить інші умови, явно обтяжливі для сторони, яка приєдналася. Сторона, яка приєдналася, має довести, що вона, виходячи з власних інтересів, не прийняла б цих умов за наявності в неї можливості брати участь у визначенні умов договору. Якщо при цьому, вимогу про зміну або розірвання договору пред'явлено суб'єктом підприємницької діяльності, банк, може відмовити у задоволенні цих вимог, якщо доведе, що клієнт, знав або міг знати, на яких умовах він приєднався до договору.

Свобода договору, стверджує В. Луць, проявляється у наділенні сторін правом включати в договір умови, які є характерними (істотними) для різних договірних видів. Такі договори прийнято називати "змішаними". До відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах закони та інші нормативно-правові акти про договори, елементи яких містяться в змішаному договорі, якщо інше не випливає з угоди сторін або суті змішаного договору⁵⁴. Так, сторони договору банківського рахунку можуть передбачити умови щодо можливості кредитування банком відповідного поточного рахунка. При

⁵³ Ефимова Л. Зазнач. праця.- с.212.

⁵⁴ Луць В.В. Проблеми договірного регулювання майнових відносин за новим Цивільним та Господарським кодексами України // Українське комерційне право. – 2003. – № 4. – с.25.

цьому до відносин з приводу кредитування рахунка застосовуються положення норм про позику та кредит. Елементи кредитного договору, договору банківського рахунка, договору факторингу, тощо можуть міститись у банківських правочинах, що регулюють відносини при вчиненні розрахункових операцій.

Ознакою надання банківських послуг є два досить важливих аспекти, на які слід звертати увагу клієнтам і яких неухильно повинні дотримуватись банки. Мова йде відповідно про доступність інформації щодо діяльності банку та зобов'язання банку забезпечити збереження банківської таємниці.

На законодавчому рівні закріплено право клієнта щодо можливості отримання інформації (відомості, які підлягають обов'язковій публікації, про фінансові показники діяльності банку та його економічний стан; перелік керівників банку та його відокремлених підрозділів, а також фізичних та юридичних осіб, які мають істотну участь у банку; перелік послуг, що надаються банком; ціну банківських послуг; іншу інформацію та консультації з питань надання банківських послуг), перелік якої не є вичерпним⁵⁵.

Отримання зазначеної інформації характеризує відкритість здійснення банківської діяльності, що тим самим формує суб'єктивне розуміння клієнта про банківську установу, яка його обслуговує та можливість у подальшому укладення з нею інших правочинів.

Суттєвим важелем у формуванні ділової репутації банку, який відповідно впливає на його дійсну та потенційну діяльність є зобов'язання перед клієнтом щодо дотримання банківської таємниці. Зміст банківською таємниці складає інформація щодо діяльності та фінансового стану клієнта, яка стала відомою банку в процесі обслуговування клієнта та взаємовідносин з ним чи третім особам при наданні послуг банку та розголошення якої може завдати матеріальної чи моральної шкоди клієнту⁵⁶.

Сьогодні, за допомогою певних правових чинників банки здійснюють охоронні функції щодо фінансових інтересів їх клієнтів, незважаючи на те, що інтеграційні процеси які тривають у суспільстві та зокрема у банківському законодавстві, зумовлюють необхідність формування норм які передбачали б найбільшу

⁵⁵ Див. стаття 56 Закону України "Про банки і банківську діяльність" від 07.12.2000 року / Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 5-6 – ст.30.

⁵⁶ Там само. Стаття 60.

прозорість банківських операцій. Банк гарантує таємницю відомостей про особистість клієнта, стан рахунків та операцій, що здійснюється на відповідному рахунку. Перелік тих відомостей, що підпадають під поняття банківською таємниці та порядок її розкриття регулюються нормами Закону України "Про банки і банківську діяльність".

Характерним для більшості банківських правочинів є зобов'язання сторін, яке стосується дотримання типових форм різного роду платіжних документів (платіжного доручення, платіжної вимоги, чека, векселя, акредитива тощо), які на нормативному рівні затверджуються Національним банком України. Законом України "Про банки і банківську діяльність" на банківську установу покладено зобов'язання при здійсненні розрахункової операції перевіряти достовірність та формальну відповідність документа⁵⁷. Вчинення дій, з боку банківської установи та/або клієнта засобами зазначених банківських формулярів слід розглядати як правочин.

Зрозуміло, що проведений аналіз особливостей цивільного правочину в цілому і банківського зокрема, може викликати певну дискусію, проте спробуємо зробити деякі висновки стосовно розглянутих питань.

Під поняттям "банківський правочин" слід розуміти односторонній та дво- чи багатосторонній цивільний правочин, дія якого обумовлена спеціальною правоздатністю банківської установи, що надає фінансові послуги шляхом здійснення відповідних банківських операцій, та спрямована на досягнення певного економічного результату, як для банку, так і його клієнта.

Здебільшого банківські правочини носять характер договірних правовідносин, проте специфіка підприємницької діяльності в банківській сфері передбачає вчинення односторонніх правочинів. Зокрема, під час емісії власних цінних паперів або при застосуванні окремих платіжних інструментів у розрахункових відносинах правові дії породжені волевиявленням однієї сторони.

Principium libertatis contractus⁵⁸ закріплений у новому ЦК і можливість здійснення інших, не передбачених Законом України "Про банки і банківську діяльність", угод (правочинів), розширюють межі

⁵⁷ Там само. Стаття 51.

⁵⁸ 3 лат. – принцип свободи договору – прим. І.Б.

потенційних зв'язків між банком та його клієнтом, які можуть оформлюватися не тільки договорами, що передбачені законом, але й договорами, які хоч законом не передбачені, проте йому не суперечать.

Особливість формування договірних зобов'язань у сфері банківської діяльності полягає в тому, що на їх диспозитивний характер певним чином впливають імперативні норми Цивільного кодексу та спеціальних законодавчих актів.

Воля сторін банківських правочинів спрямована на правові дії, що пов'язані з таким об'єктом цивільних прав, як гроші. Таким чином, дії сторін направлені на виникнення або погашення грошового зобов'язання. Гроші в банківських правочинах можуть застосовуватись, як речі, що наділені родовими ознаками (при їх використанні у готівковій формі) та як право вимоги певної грошової суми, що обліковується на відповідному рахунку (при їх використанні у безготівковій формі).

Здійснення банківською установою підприємницької діяльності спрямоване на задоволення потреб споживачів фінансових послуг. Договори, що укладаються в банківській сфері цілком відповідають загальним положенням договору про надання послуг. Звідси впливає досить суттєва ознака, яка притаманна всім банківським правочинам – відплатність. Термін "банківській процент" узагальнює умову правочину щодо зобов'язання відповідної сторони здійснити платіж за вчинення певних правових дій.

Дискусійним, проте, досить важливим є питання щодо віднесення банківських договорів до публічних та приєднання. Законодавець констатував, що договір банківського вкладу з фізичною особою є публічним договором. У силу виключного статусу суб'єкта, що надає банківські послуги, до публічного договору слід віднести також договір банківського рахунка. Запроваджені банком типові договори, які пропонуються для укладення клієнтам та умови яких при цьому не змінюються сторонами слід розглядати, як договори приєднання. Так, за договором банківського рахунка банк визначає істотні умови на які погоджується клієнт. При цьому необхідно дотримуватись так званих "недоговірних елементів", тобто сторони невзможі за домовленістю встановлювати режим операційного часу, форми платіжних розпоряджень тощо. Для більшості банківських договорів є властивим їх самостійний характер, однак, за потребою, окремі правочини можуть мати природу змішаних договірних конструкцій.

Волевиявлення учасників банківського правочину, як правило, здійснюється шляхом його *litteralis* (письмового) оформлення. При недотриманні письмової форми правочину, що вимагається законом, рішення суду не може ґрунтуватись на показаннях свідків. Проте, при виникненні спору щодо заперечення однією із сторін факту вчинення правочину або оспорювання окремих його частин може доводитися письмовими доказами, засобами аудіо-, відеозапису та іншими доказами. Недотримання письмової форми кредитного договору та договору банківського вкладу (передбачено відповідно статтями 1055, 1059 ЦК України) має наслідком визнання їх нікчемними. При цьому, за домовленістю сторін зазначених договорів не можуть бути змінені правові наслідки їх недійсності

Характерною ознакою банківських правочинів є доступність для клієнта певної інформації, що пов'язана зі статусом банку, його економічними показниками та потенційними фінансовими можливостями щодо надання банківських послуг, а також наявність імперативних норм, які передбачають дотримання та правове гарантування банківської таємниці клієнта.

Високий ступінь ризикованості банківської діяльності та в певній мірі довірчий характер відносин у цій сфері виділяють банківські правочини з широкого кола цивільно-правових конструкцій. Враховуючи зазначене, банківські установи намагаються мінімізувати ризик невиконання грошового зобов'язання належним тлумаченням змісту типових договорів та застосуванням певних правових способів забезпечення виконання сторонами своїх зобов'язань, у тому числі за допомогою хеджування (страхування) ризиків.

Закріплення положення в законодавстві України, яким передбачена можливість встановлювати інші види забезпечення виконання зобов'язання, розширяє сферу діяльності банку як послугонадавача. Запровадження банком гарантії – самостійного правочину (незалежного від основного зобов'язання), має на меті виконання подвійної ролі. З однієї сторони, гарантія може бути певним видом забезпечення виконання грошового зобов'язання боржника перед банком, а з іншої – банк, що виступає у ролі гаранта (виключно фінансова установа) виконує функцію щодо надання відплатної банківської послуги, результатом якої є збільшення власних активи. Такий поширений вид забезпечення виконання зобов'язання, як неустойка, зазнав нового прочитання в тому

контексті, що предметом неустойки може бути не тільки грошова сума, але й рухоме та нерухоме майно. Крім того законодавець запроваджує правило за яким неустойка стягується незалежно від наявності у кредитора збитків, завданих невиконанням зобов'язання.

Новелою є застосування інституту утримання, який також буде відігравати значну роль при вчиненні правочинів у сфері банківської діяльності.

Запровадження зазначених положень нового Цивільного кодексу України відкриває додаткові можливості щодо забезпечення належного виконання грошового зобов'язання за тим чи іншим цивільним правочином, що регулює відповідні відносини у банківській сфері.

1.3. Співвідношення понять "банківська діяльність", "банківська послуга", "банківський правочин", "банківська операція".

Широке коло учасників цивільного обігу відмічають важливу роль банківських установ у сучасних економічних відносинах і при цьому намагаються опанувати основні правові категорії, що застосовуються в фінансовій сфері. Поширеним у банківській діяльності є застосування таких термінів як "банківська послуга", "банківський правочин", "банківська операція". Спробуємо з'ясувати, в чому полягає зміст цих правових категорій, що їх об'єднує, яка відмінність між ними?

Питання, пов'язані з цими категоріями в тій, чи іншій мірі розглядали такі автори, як: М. Агарков, М. Брагинський, В. Вітрянський, О. Вікулін, С. Вільнянський, К. Гавальда, Ж. Стуфле, Л. Єфімова, І. Заверуха, В. Луць, О. Олійник, О. Шерстобітов, Г. Шершеневич⁵⁹, тощо.

⁵⁹ Агарков М.М. Основы банковского права. Учение о ценных бумагах. – М., 1994; Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. Издание дополнительное, исправленное (3-завод). – М.: "Статут", 2003; Викулин А.Ю. Банковские сделки, банковские услуги, рынок банковских услуг: понятие и виды / В кн. Банковское право Российской Федерации. Особенная часть. В 2 т.: Учебник / Отв. Ред. Г.А. Тосунян. – М.: Юристъ, 2002. – Т.2. – с.391 – 407; Вильнянский С.И. Кредитно-расчетные правоотношения: учебное пособие. – Харьков, Изд-во Харьковского ун-га; 1955 г; Гавальда К., Стуфле Ж. Банковское право (Учреждения – Счета – Операции – Услуги). Пер. с фр. / Под ред. В.Я. Лисняка. – М.: АО Финстатинформ. 1996;

При дослідженні відповідних правових категорій необхідно також враховувати такі поняття як: "ринок банківських послуг" та "банківська діяльність", що хоч і мають, здебільшого, загально-економічне навантаження, проте саме в їх середовищі формуються відносини, характерною особливістю яких є грошові зобов'язання.

У науковій літературі яка стосується правових категорій, що є предметом дослідження, більш загальним є поняття "ринок банківських послуг". Останнє, в свою чергу, є одним з елементів множини правових явищ, кожне з яких однаково характеризується ознаками, що належать до змісту поняття "ринок фінансових послуг". Тобто, поняття "ринок банківських послуг" охоплюється змістом більш загального поняття "ринок фінансових послуг".

Ринок банківських послуг – це сукупність відносин між суб'єктами, що надають банківські послуги, споживачами цих послуг і суб'єктами, що здійснюють діяльність по захисту конкуренції на певній території, межі якої визначаються, виходячи з місця надання послуг, з приводу задоволення потреб споживачів у банківських послугах⁶⁰. Таким чином, підставою формування та функціонування ринку банківських послуг, на думку О. Вікуліна, є потреби споживачів у якісних банківських послугах.

У Законі України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" термін "ринки фінансових послуг" визначається як сфера діяльності учасників ринків фінансових послуг з метою надання та споживання певних фінансових послуг. До ринків фінансових послуг належать професійні послуги на ринках банківських послуг, страхових послуг, інвестиційних послуг, операцій з цінними паперами та інших видах

Ефимова Л.Г. Банковские сделки. Комментарий законодательства и арбитражной практики. – М.:Юридическая фирма "Контракт", "ИНФРА-М", 2000; *Заверуха І.Б.* Банківське право: Посібник для студентів. – Львів: Астролябія, 2002; Банковские операции. – Под ред. Лаврушина О.И. – М.: ИНФРА-М, 1996; *Луць В.В.* Контракты у підприємницькій діяльності: Навч. Посібник. – К.: Юрінком Інтер, 1999; *Олейник О.М.* Основы банковского права: Курс лекций. М.: Юристь, 1997; *Шерстобитов А.Е.* Правовое положение банков и иных кредитных организаций // Правовое регулирование банковской деятельности. – М.: Юринфор, 1997; *Шершеневич Г.Ф.* Курс торгового права. Т. II: Товар. Торговые сделки. – М.: "Статут", 2003.

⁶⁰ *Викунин А.Ю.* Банковские сделки, банковские услуги, рынок банковских услуг: понятие и виды / В кн. Банковское право Российской Федерации. Особенная часть. В 2 т.: Учебник / Отв. Ред. Г.А. Тосунян. – М.: Юристь, 2002. – Т.2. – с.403.

ринків, що забезпечують обіг фінансових активів⁶¹. З урахуванням того, що під поняттям "учасники ринків фінансових послуг" розуміються юридичні особи та фізичні особи – суб'єкти підприємницької діяльності, які відповідно до закону мають право здійснювати діяльність з надання фінансових послуг на території України, та споживачі таких послуг⁶², можна зробити висновок, що в межах фінансового ринку формуються відносини між фахівцями з надання відповідних послуг та споживачами таких послуг. Мета професійного надавача послуг – отримання прибутку. Отримувач задовольняє власні потреби шляхом споживання фінансових послуг.

Діяльність банків будується на підставі принципів грошового ринку, одним з яких є здійснення діяльності банків у межах реально залучених коштів. Особливість ринкових відносин з застосуванням фінансового інструментарію полягає в тому, що окремі послуги можуть надаватись професійними учасниками в межах лише певного елемента фінансового ринку (наприклад, у межах ринку банківських послуг, приймання вкладів (депозитів) від юридичних і фізичних осіб здійснюється виключно банківськими установами). У той же час деякі види фінансових послуг можуть бути запропоновані споживачам одночасно за участю фахівців різних сфер діяльності (наприклад, операції з цінними паперами можуть здійснюватись як у межах фондового ринку, так і ринку банківських послуг). Об'єктом відносин є дії, пов'язані з перерозподілом грошових коштів, суб'єкти яких беруть участь у грошовому обігу. Щодо грошового обігу, то його можна визначити як рух коштів у готівковій або безготівковій формі, зміст якого складають дії його учасників, спрямовані на виконання грошового зобов'язання⁶³.

Ураховуючи характерні особливості ринку фінансових послуг та розуміючи, що він складається з певних елементів (сегментів), надамо одному з них – ринку банківських послуг визначення.

⁶¹ Ст. 1 Закону України Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг від 12 липня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 1. – ст. 1.

⁶² Див. там само.

⁶³ Див. *Безклубий І.А.* До питання про предмет грошового зобов'язання // Право України. – 2003. – № 10. – с. 62.

Ринок банківських послуг – це сфера професійної діяльності з приводу грошових відносин, об'єктом яких є послуги, що надаються банками фізичним та юридичним особам.

Саме на ринку банківських послуг здійснюється відповідна професійна діяльність банківських установ. Специфіка банку визначається особливостями його діяльності, яка у свою чергу містить ряд ознак: системність (послідовність) здійснення банківських операцій; цілеспрямованість на задоволення потреб клієнтів у фінансових послугах та отримання прибутку банком; гарантія надання банківських послуг; стабільність та тривалість здійснення банківських операцій. Результатом цієї діяльності є так зване створення банківського продукту у вигляді надання реальних банківських послуг.

Банківську діяльність слід розглядати як систематичну підприємницьку діяльність, здійснення якої передбачає вчинення банківських правочинів та операцій.

Правове оформлення визначення банківської діяльності закріплено в Законі України "Про банки і банківську діяльність" та зводиться до залучення у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик, відкриття і ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб⁶⁴.

Таке визначення є дещо звуженим, оскільки містить лише перелік трьох так званих класичних видів послуг, що можуть надавати банківські установи своїм клієнтам. При цьому, без отримання банківської ліцензії не дозволяється здійснювати одночасно діяльність по залученню вкладів та інших коштів, що підлягають поверненню, і наданню кредитів, а також вести рахунки.

Різноманітність банківських послуг досить велика. Вона не вичерпується переліком банківських операцій, що зазначені у ст. 47 ("Банківські операції") Закону України "Про банки і банківську діяльність", а тим більше наведеним у законі визначенням банківської діяльності.

Відповідна діяльність може здійснюватися банком за умов дотримання ним встановлених законодавством спеціальних економічних нормативів (наприклад, обов'язкове формування мінімального статутного капіталу та резервного фонду, нормативи

⁶⁴ Див. стаття 2 Закону України "Про банки і банківську діяльність" від 07.12.2000 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 5-6. – ст.30.

ліквідності) та застережень (наприклад, збереження банківської таємниці, здійснення фінансового моніторингу), наявності фахового персоналу, технічних засобів, створення інфраструктури (наприклад, організація філій, відділень, центрів), постійного розширення та зростання якості банківських послуг.

Досліджуючи сутність банківської діяльності О. Олійник зазначає, що для визначення відповідної діяльності одного суб'єктного критерію недостатньо. У якості другого за чергою, але першого за важливістю необхідно використовувати об'єктний, або предметний критерій, який надає банківській діяльності значну специфіку, визначає її сутність та зміст. Банківська діяльність – це система дій спеціальних суб'єктів, що здійснюються ними, як учасниками єдиної банківської системи, з приводу грошей, цінних паперів і валютних цінностей як засобів платежу, збереження та як товару⁶⁵.

На думку Ю. Філатова банківська діяльність – це систематичне здійснення кредитними організаціями, з метою отримання прибутку, банківських операцій, перелік яких закріплений законодавством. Характерними ознаками банківської діяльності є 1) систематичність банківських операцій не в кількісному виразі, а як єдність та неподільність; 2) загальна комерційна направленість проведення банківських операцій; 3) діяльність здійснюється особливими суб'єктами – кредитними організаціями, головне місце серед яких займають банки; 4) правила здійснення банківської діяльності знаходяться під захистом держави⁶⁶.

Необхідно розмежовувати ту діяльність банків, що здійснюється за допомогою банківських операцій (наприклад, приймання вкладів юридичних і фізичних осіб) від діяльності суб'єкта, яка не передбачає відповідних техніко-юридичних дій (наприклад, надання консультаційних та інформаційних послуг щодо банківських операцій).

Враховуючи, що банк може залучати та розпоряджатися від свого імені грошовими коштами, які надані йому іншими суб'єктами, а також те, що адекватно такому праву банка у відповідного суб'єкта виникає право вимоги щодо відповідної грошової суми та як правило, отримання процентів, з метою зменшення фінансових

⁶⁵ Див.: *Олейник О.М.* Основы банковского права: Курс лекций. – М.: Юристъ, 1997. – с.16, 21.

⁶⁶ Див.: *Филатов Ю.В.* Правовое положение банка как субъекта гражданского права. Дисс. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург – 1999. – с. 11.

ризиків, законодавець запроваджує норму, що передбачає необхідність отримання ліцензії НБУ. Це є цілком виправдано, якщо також враховувати певну специфіку банківських операцій. Разом з тим банк може надати послугу, яка не потребує розпорядження залученими грошовими коштами та здійснення банківських операцій. Для такої діяльності, на наш погляд, не потрібна банківська ліцензія, достатньо бути занесеним до Державного реєстру банків, після чого банк набуває статусу юридичної особи.

Таким чином, необхідно розмежовувати банківську діяльність, що здійснюється на підставі ліцензії та неліцензійну банківську діяльність.

У зв'язку з цим, до ст. 2 Закону України "Про банки і банківську діяльність" у частині щодо визначення терміна "банківську діяльність" можуть бути запропоновані наступні зміни:

Ліцензована банківська діяльність – це підприємницька діяльність банку на підставі ліцензії НБУ з надання фінансових послуг фізичним та юридичним особам шляхом залучення грошових коштів та їх розміщення, а також здійснення розрахункових операцій, операцій з цінними паперами і валютними цінностями, та інших банківських операцій з метою отримання прибутку.

Неліцензована банківська діяльність – це підприємницька діяльність банку з надання відплатних фінансових та інших послуг фізичним та юридичним особам, що не передбачає здійснення банківських операцій.

У довідниковій літературі можна віднайти досить різні визначення поняття "послуга". Так, наприклад, зазначений термін розглядається як люб'язний вчинок на користь комусь або господарські вигоди⁶⁷. У словнику С. Ожегова послуга визначається як дія, що приносить користь, допомогу іншому⁶⁸.

У Стародавньому Римі надання певної послуги мало, як правило, безвідплатний характер. Це було зумовлено тим, що всі необхідні послуги виконувались рабами. Проте, необхідність отримання більш високого рівня послуг (юридичних, медичних, з виховання та навчання дітей тощо) передбачала залучення до відповідної

⁶⁷ Короткий тлумачний словник української мови (уклад.: Д.Г.Грінчишин, Л.Л. Гумецька, В.Л. Карпова та інші; Відп. ред. Л.Л. Гумецька). – К.: Рад. Школа, 1978. – с. 206.

⁶⁸ Ожегов С.И. Словарь русского языка: Ок. 57000 слов / Под ред. Чл. Корр. АН СССР Н.Ю. Шведовой. – 18-е изд., стереотип. – М.: Рус. Яз., 1987. – с. 729.

діяльності представників вищих класів. Особа, що отримувала послугу, мала моральний обов'язок урочисто віддячити (надати *honorarium*). Все більшого поширення діставала творча праця, діяльність осіб вільної професії, які передбачають обов'язок оплатити відповідну роботу або надану послугу.

При розгляді поняття "послуга" відомі цивілісти М. Брагінський та В. Вітрянський зазначають, що необхідними для визначення цього поняття є взаємопов'язані між собою два елементи: мета, якій послуга служить ("допомога", "користь") та засіб досягнення цієї мети (здійснення тим, хто надає послугу, певної дії)⁶⁹.

Як певний об'єкт цивільних прав послуги надаються в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності. Отримання юридичною особою спеціального статусу банківської установи та відповідного дозволу (ліцензії) дає можливість їй здійснювати відповідну професійну діяльність – надання банківських послуг.

Досліджуючи історичну ретроспективу діяльності банків Великобританії, Д. Полфреман та Ф. Форд зазначають, що традиційно все коло банківських операцій зводилось тільки до трьох сфер діяльності: залучення депозитів, надання кредитів та послуг по переказу коштів. Вочевидь, що всі вони тісно пов'язані, а їх мета – отримання прибутку шляхом надання грошей в кредит⁷⁰.

Аналізуючи сучасну діяльність банків Франції, К. Гавальда та Ж. Стуфле наголошують, що приймання вкладів і розподілення кредитів залишаються ядром банківської діяльності, проте, зараз вона збагатилась різноманітними послугами, винагорода за надання яких, забезпечується постійно зростаючою частиною їх ресурсів⁷¹.

Разом з наданням традиційних банківських послуг клієнтам – залучення коштів у депозити, надання кредиту та здійснення розрахунково-касового обслуговування – сучасний банк надає також консультаційні, електронні та інформаційно-довідкові послуги, здійснює валютні операції та операції з фондовими інструментами, маркетингові дослідження на замовлення клієнтів, довірче

⁶⁹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. Издание дополнительное, исправленное (3-завод). – М.: "Статут", 2003 – с.209.

⁷⁰ Полфреман Д., Форд Ф. Основы банковского дела. – М.: ИНФРА-М, 1996 – с.401.

⁷¹ Гавальда Кристиан. Стуфле Жан. Банковское право (Учреждения –Счета – Операции –Услуги). Пер. с фр. / Под ред. В.Я. Лисняка. – М.: АО Финстатинформ, 1996 – с.12 – 13.

управління коштами та цінними паперами, виконують депозитарні та клірингові функції тощо.

Значення активізації ролі банків, полягає в тому, щоб за найменших затрат сприяти досягненню максимального ефекту, найбільш повному задоволенню потреб клієнтів у банківському обслуговуванні, покращенню якості банківського обслуговування, розширенню спектру банківських послуг та зниженню їх собівартості.

На базі основних послуг сучасна банківська установа формує та здійснює професійну діяльність з використанням широкого спектра фінансових інструментів. Реалізація мети досягається за умови попиту на відповідні послуги. Стабільно працюючий банк, який пропонує комплекс банківських послуг, розуміє, що отримання доходу прямо пропорційне кількості залучення клієнтів, які в свою чергу залишаються з відповідною банківською установою, якщо остання зможе задовольнити будь-які їх фінансові потреби.

Послуги банку, як правило, мають відплатний характер. Оплата банку за надану послугу умовами договору може не передбачатися, наприклад, при відкритті та подальшому веденню банківського рахунку клієнта. Хоча опосередковано банк, маючи можливість використовувати кошти свого клієнта, може отримати прибуток, але при наданні послуг вже іншим клієнтам, наприклад, під час здійснення кредитування.

Літературні джерела містять судження ряду авторів стосовно поняття банківської послуги. Так, професор Жан Матук зазначає, що банківська послуга – це задоволення фінансового попиту клієнтів, виходячи з фінансових можливостей банку⁷². Банківські послуги О. Іванов ототожнює з комплексною діяльністю банку, що спрямована на отримання прибутку, яка полягає у створенні оптимальних умов для залучення тимчасово вільних ресурсів і задоволення потреб клієнтів при проведенні банківських операцій⁷³. Найбільш повно банківську послугу охарактеризував О. Вікулін, який висловив думку, що це направлений на задоволення потреб інших осіб і здійснюваний з метою отримання прибутку правочин, виключне

⁷² Див. Матук Ж. Финансовые системы Франции и других стран. – М., 1994. – с.11.

⁷³ Див. Иванов А.Н. Платежные услуги американских банков // Деньги и кредит. – 1997. – № 9. – с.59.

право на здійснення якого у відповідності до закону належить кредитній організації⁷⁴.

Словосполучення банківська послуга можна розглядати через призму поняття фінансова послуга, що міститься у Законі України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" і визначається як операції з фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, – і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів⁷⁵. У контексті цього визначення банківські послуги, з урахуванням суб'єктного складу відповідних відносин, є фрагментарним елементом загального поняття фінансові послуги. Проте поняття банківська послуга може вживатись у широкому та вузькому розумінні.

У широкому розумінні надання банківських послуг – це професійна діяльність банківської установи, що спрямована на задоволення потреб споживачів з метою отримання прибутку.

Слід зазначити, що банківська послуга може надаватися лише після отримання банківської ліцензії, хоча й не лише в її межах, якщо в законі не має прямої заборони на це.

У вузькому розумінні банківська послуга – це комплекс правомірних дій банку з фінансовими активами, в процесі здійснення яких задовольняються вимоги споживача.

Банк та його потенційний клієнт можуть досягти певного економічного та правового результату, що передбачений при наданні послуги, лише за умови укладення відповідного банківського договору, який виступає необхідною частиною юридичного оформлення банківської послуги.

Цивільним кодексом України передбачені загальні положення щодо правового регулювання договірних зобов'язань з надання послуг, які можуть застосовуватися при укладенні правочинів у банківській сфері. При цьому слід враховувати, що правила глави 63 "Послуги. Загальні положення" ЦК України та норми наступних

⁷⁴ Викулин А. Ю. – Зазнач. праця. – с.402.

⁷⁵ Закон України Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг від 12 липня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 1 – ст. 1.

глав ЦК, присвячених окремим договорам про надання послуг, серед яких є також ті, що регулюють відносини з приводу банківських послуг, співвідносяться відповідно як норми загальні та спеціальні.

Професор В. Луць, характеризуючи договори про надання послуг, зазначає, що головна особливість цієї групи договорів, на відміну від договорів про виконання робіт, полягає в тому, що надання послуги невіддільне від діяльності особи – послугонадавача. Корисний ефект такої діяльності не виступає у вигляді певного осяжного матеріального результату, як це має місце в підрядних договорах, а полягає в самому процесі надання послуги⁷⁶.

Критерієм відокремлення банківських правочинів від інших Л. Єфімова пропонує обрати спеціальний суб'єктний склад і сферу підприємницької діяльності – банківську діяльність⁷⁷.

Термін "банківський правочин" розглядається лише в контексті тих правових дій, які обумовлені цивільною дієздатністю банківської установи та вчиняються на підставі спеціального дозволу (ліцензії НБУ). При цьому, організаційно – засновницькі правочини, що спрямовані на встановлення відповідного статусу банківської установи та цивільні правочини, що забезпечують належну господарську діяльність банку (наприклад, договори оренди приміщення банку, обслуговування оргтехніки, купівлі-продажу канцтоварів тощо), не підпадають під поняття "банківського правочину". Слід підкреслити, що надання банківських послуг може здійснюватися не лише шляхом волевиявлення сторін і відповідного укладення двостороннього правочину, тобто договору. Здійснення банківської діяльності, в процесі якої особою споживається відповідна фінансова послуга, можливе також за волевиявленням однієї сторони, тобто на підставі одностороннього правочину. Наприклад, при наданні банком гарантії перед кредитором або при розрахунках за інкасо виконуючий банк вчиняє односторонній правочин, який передбачає списання коштів з рахунка платника.

Банківський правочин слід розглядати як правомірну дію, що є результатом дієздатності банківської установи, та проявляється

⁷⁶ Луць В.В. Контракти у підприємницькій діяльності: Навч. Посібник. – К.: Юрінком Інтер, 1999 – с.171.

⁷⁷ Єфімова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. Монография. – М.: НИМП, 2001. – с.52.

через волю органів управління останньої і зовнішнього її прояву (банківської операції, формуляру, тощо), спрямованого на досягнення суб'єктивного мотиву (causa). Юридичні дії зумовлюють певну поведінку сторін банківського правочину, направлену на реалізацію суспільно-економічної мети під час споживання фінансової послуги.

Отже, банківський правочин можна визначити як дію, що спрямована на досягнення правового та економічного результату, обумовлену спеціальною правоздатністю банку, який надає фінансові послуги клієнтам (юридичним або фізичним особам) шляхом здійснення відповідних банківських операцій.

За дорученням клієнтів банк надає послуги в межах тих банківських операцій, на які він отримав ліцензію (дозвіл) Національного банку України.

Термін операція (від лат. operatio – дія, вплив) – 3) Дії, що належать до кола функцій даного підприємства, установи, організації, відділу, окремого працівника тощо (напр., торговельна о., бухгалтерська о., технологічна о.)⁷⁸. Операція – окрема дія в ряду її подібних⁷⁹.

Банківська операція – поняття, що містить у собі велике економічне та правове навантаження, тому воно обов'язково повинне міститись у переліку юридичної термінології. На превеликий жаль, на законодавчому рівні цей термін не визначений.

У статті 339 Господарського кодексу (ГК) України відсутнє визначення як терміну "банківські операції", так і терміну "фінансове посередництво" що, як визначає законодавець, здійснюється банками у формі банківських операцій. У статті стверджується, що основними видами банківських операцій є депозитні, розрахункові, кредитні, факторингові та лізингові операції, і тут же є дві відсилочні норми, стосовно того, що перелік банківських операцій визначається законом про банки і банківську діяльність та відносно процедури проведення

⁷⁸ Словник іншомовних слів. – / За ред. О.С.Мельничука. – К.: Головна редакція Української Радянської енциклопедії. 1985 – с.601.

⁷⁹ Ожегов С.И. Словарь русского языка: Ок. 57000 слов/ Под ред. Чл. Корр. АН СССР Н.Ю.Шведовой. – 18-е изд., стереотип. – М.: Рус. Яз., 1987. – с.388.

банківських операцій, яка здійснюється в порядку, встановленому Національним банком України⁸⁰.

На підтримку такого підходу можна навести думку відомих економістів Р. Міллера, Д. Ван-Хуза, які зазначають, що у даний час бізнесом, пов'язаним з передачею коштів від заощаджувачів інвесторам, займаються держава, комерційні банки, позичко-заощаджувальні асоціації, взаємні ощадні банки, кредитні союзи, страхові компанії, пенсійні фонди, взаємні фонди. Цей процес називається фінансовим посередництвом (financial intermediation)⁸¹.

Проте, слід зауважити, що зведення банківських операцій лише до посередництва – це досить звужений підхід до тих дій, що можуть відповідно вчиняти банки. Так, ще на початку двадцятого століття професор Г. Шершеневич писав: – якщо основну функцію банків складає посередництво у наданні кредиту, то разом з тим банки виконують і іншу функцію. Вони надають послуги торговельним підприємствам у якості касирів, цілком надійних, технічно підготовлених і є спеціально для цієї мети придатними⁸².

Такої ж позиції дотримується О. Васюренко, який зазначає, що у світовій практиці реалізація тактичного менеджменту в сфері фінансово-економічної діяльності здійснюється через управління комплексом операцій: депозити й вклади; кредитування та його форми; системи розрахунків; валютні, заставні, трансферні, трастові (посередницькі) операції; лізинг; селенг; інжиніринг та ін.

Ці операції можна розподілити на такі **основні групи**:

- операції з депозитами й вкладками;
- операції з кредитування;
- операції з іноземною валютою;
- комісійно-посередницькі операції⁸³.

Зрозуміло, що сучасні банківські операції – це далеко не лише так зване "фінансове посередництво". Наприклад, банківські операції щодо здійснення інвестицій у статутні фонди та акції інших

⁸⁰ Див. стаття 339 Господарського кодексу України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – №11 – ст.462.

⁸¹ Роджер Лерой Міллер, Девід Д. Ван-Хуз. Современные деньги и банковское дело: Пер. с англ. – М.: ИНФРА-М, 2000. – с.94.

⁸² Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. II: Товар. Торговые сделки. – М.: "Статут", 2003. – с.405.

⁸³ Васюренко О.В. Банківський менеджмент: Посібник. – К.: Видавничий центр "Академія", 2001. -с.109.

юридичних осіб; здійснення випуску, обігу, погашення (розповсюдження) ощадних сертифікатів; перевезення валютних цінностей та інкасація коштів; операції від свого імені з інструментами грошового ринку або з фінансовими ф'ючерсами та опціонами тощо не належать до посередницьких.

З огляду на аналіз ст. 339 ГК України, також є незрозумілим за якими критеріями до традиційно основних операцій віднесені факторингові та лізингові операції. Якщо враховувати відсилочний характер цієї статті та звернутися до Закону України "Про банки і банківську діяльність", то ми побачимо, що відповідно до статті 49 Закону, до кредитних операцій відносяться не тільки операції з розміщення залучених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик, а й факторинг та лізинг⁸⁴.

У Законі України "Про банки і банківську діяльність" була зроблена спроба наблизитись до поняття банківської операції через визначення терміну "розрахункові банківські операції", які розглядаються як рух грошей на банківських рахунках, здійснюваний згідно з розпорядженнями клієнтів або в результаті дій, які в рамках закону призвели до зміни права власності на активи⁸⁵.

Це визначення, *по-перше*, саме по собі викликає певні сумніви та питання. Так, за даним визначенням можна зрозуміти, що гроші самі рухаються на банківських рахунках. Якщо вони і рухаються (хоч зрозуміло, що мова може йти лише про облік коштів за відповідними рахунками), то необхідно було зазначити суб'єкта дій щодо руху коштів. *По-друге*, враховуючи зміст цього терміну не можна знайти той ключовий елемент, який об'єднував би всі банківські операції.

У двадцятих роках минулого століття професор М. Агарков зазначав, що є три особливості банківських операцій, що відрізняють їх від інших правочинів: по-перше, поширення на банківські операції дії банківської таємниці, по-друге, наявність спеціального джерела права: по-третє, спеціальні процесуальні правила (вилучення спорів за участю банків з підсудності арбітражних комісій, можливість здійснювати права не в

⁸⁴ Див. стаття 49 Закону України "Про банки і банківську діяльність" від 07.12.2000 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №5-6 – ст.30.

⁸⁵ Див. стаття 2 Закону України "Про банки і банківську діяльність" від 07.12.2000 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №5-6 – ст.30.

загальнопозовному порядку, а шляхом вчинення наказу суду чи виконавчого напису)⁸⁶.

Імперативні норми банківського законодавства передбачають наявність обов'язку банку дотримуватись банківської таємниці, проте це не стосується лише банківських операцій, будь-які оформлені відповідним правочином відносини банк – клієнт передбачають необхідність дотримуватися даного застереження.

Також слід зазначити, що з прийняттям нового Цивільного кодексу (ЦК) України акценти стосовно регулювання банківських операцій впевнено змістились у бік цивільного законодавства. Здійснення тієї чи іншої операції відбувається відповідно до змісту певного банківського правочину, обов'язкові умови якого зазначаються у ЦК України.

Разом з тим техніка здійснення банківських операцій зумовлює необхідність дотримання також спеціальних правил, встановлених законодавством України. Так, наприклад, Цивільним кодексом України передбачено, що банк зобов'язаний вчиняти для клієнта операції, які передбачені для рахунків даного виду законом, банківськими правилами та звичаями ділового обороту, якщо інше не встановлено договором банківського рахунка⁸⁷.

Чинне процесуальне законодавство не містить спеціальних правил розгляду спорів за участю банків, тому цей аспект взагалі не слід брати до уваги. Отже, зазначені М. Агарковим критерії щодо розмежування банківських операцій від правочинів, зараз не можуть бути запроваджені.

Деякі автори розглядають банківські операції як правочини, що систематично проводяться кредитними організаціями та центральним банком у відповідності з принципом виключної правоздатності, об'єктом яких можуть виступати гроші, цінні папери, дорогоцінні метали та каміння, на підставі закону та ліцензії центробанку⁸⁸.

Цієї ж позиції дотримується А.Селіванов, який зазначає, що банківські операції, які відображають банківську діяльність, це по

⁸⁶ См.: Агарков М.М. Основы банковского права. Учение о ценных бумагах. – М., 1994. – с.50-51 та с.155-156.

⁸⁷ Див. стаття 1068 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 року // Офіційний вісник України. – 2003 – №11 – ст.461.

⁸⁸ Тосунян Г.А., Вакулин А.Ю., Экмалян А.М. Банковское право Российской Федерации. Общая часть: Учебник / Под общ. Ред. Акад. РАН Б.Н. Топорнина. – М.: Юристъ. 1999. – с.206.

суті, угоди, які за своєю правовою природою спрямовані на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків. Вони складають предмет діяльності банків, наприклад, приймання вкладів, облік векселів, відкриття банківського рахунку та інші⁸⁹.

Є. Осіпов висловлює думку, що будь-яка банківська операція, дійсно, може містити у собі елементи одного або декількох договорів або правочинів, а інколи може містити елементи односторонніх договорів і правочинів. І, як правило, в поняття "банківська операція" включаються не тільки юридично значимі, але і цілий ряд фактичних дій з реалізації певного банківського договору, пов'язаних з бухгалтерським оформленням таких договорів, або з іншими фактичними діями⁹⁰.

Як зазначає Л. Єфімова, під терміном "банківська операція" нерідко розуміють не тільки відповідні банківські договори, але й зовсім самостійні фактичні дії, такі, що передбачають перерахування грошей, заповнення різних інформаційних карток тощо⁹¹. При цьому, автор наводить думки відомих вчених юристів, намагаючись підкреслити водорозділ між фактичними та юридичними діями.

Далі Л. Єфімова робить висновок, що термін "банківська операція" може вживатись і вживається в російському законодавстві в різних значеннях в залежності від контексту і мети, яку ставить перед собою законодавець. Закон про банки вживає термін "банківська операція" у вузькому "публічно-правовому" змісті. Інші джерела права використовують його в широкому розумінні і розглядають операцію, як закінчену дію чи ряд дій, спрямованих на вирішення поставленого завдання, досягнення поставленої мети, тобто як частину технологічного процесу в роботі кредитної організації. Операцією може називатись як цілий напрямок банківської діяльності (наприклад, кредитні операції), так і його частина (наприклад, операції з видачі кредиту), а також кілька різних договорів (наприклад, розрахункові операції). Причому критерій для виділення з банківської діяльності складових її

⁸⁹ Банківське право України: Навч. посібник. Кол. авт.: Жуков А.М., Іоффе А.Ю., Кротюк В.Л., Пасічник В.В., Селіванов А.О. та ін./ За заг. Ред. А.О.Селіванова – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2000. – с.26.

⁹⁰ Осіпов Е.Б. Гражданско-правовые договоры с участием банков: Автореф. канд. дисс. – Алматы, 1997. – с.16 – 17.

⁹¹ Єфімова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. Монография. – М.: НИМП, 2001. – с.48.

операції кредитних організацій визначається тільки практичними міркуваннями та цілями законотворчої діяльності. Досліджуючи таким чином співвідношення термінів "банківська операція" та "банківський правочин", Л. Єфімова наголошує на їх синонімічності⁹².

Аналізуючи правову природу банківської операції Ю. Філатов зазначає, що цивільно-правовий договір є основою, стрижнем банківської операції, на який нанизується та на підставі якого виникають спеціальні відносини (відносини рахунку, вкладу, розрахунків та ін.). Комплекс спеціальних відносин (державно-правових, адміністративно-правових та ін.) у сукупності з цивільно-правовою основою відносин банку та клієнта формують банківську операцію. Банківська операція представляє собою зобов'язання за участю кредитної організації, що виникає на підставі цивільного правочину, можливість виконання, якого забезпечується банківськими правилами (адміністративно-правовими нормами) та економічними нормативами, встановленими законодавством⁹³.

Не зважаючи на те, що банківська операція та банківський правочин мають одну економічну природу, а також розглядаються нами як правомірні дії, все ж ці два поняття не можна ототожнювати.

Насамперед, слід зазначити, що підставою для виникнення грошового зобов'язання в сфері відносин за участю банку є правочин, а не операція, що здійснює банк, виконуючи функцію послугонадавача при наданні певної банківської послуги.

Сама по собі банківська операція це, як правило, певна дія або комплекс послідовних арифметичних, механічних, технічних та інших дій персоналу банку щодо грошових коштів, цінних паперів та інших активів. При цьому необхідно враховувати, що здійснення банківських операцій відбувається за правилами встановленими нормативними актами Національного банку України.

Банківську операцію можна розглядати як певний результат вчиненого банком за дорученням клієнта, або з ініціативи самого банку, відповідного правочину. Хоч, як правило, операції здійснюються за розпорядженням клієнтів, все ж таки окремі дії, або комплекс дій, що розглядаються як операції можуть здійснюватися лише банком. Той економіко-правовий результат, що виникає під час

⁹² *Єфімова Л.Г.* Там само. – с. 48 – 49.

⁹³ Див.: *Філатов Ю.В.* Там само. – с. 16.

здійснення або завершення банківської операції є певною реалізацією потреб клієнта в процесі надання йому банківської послуги.

Для того, щоб надати банківській операції юридичне значення необхідно встановити її зв'язок з тим зобов'язанням, якому вона служить. При наданні фінансових послуг клієнту, таким засобом виступає банківський правочин, при вчиненні якого, як правило, виникає грошове зобов'язання, яке за певних умов, а саме з моменту здійснення платежу погашається повністю або частково.

Разом з тим слід пам'ятати, що підставою для здійснення банківської операції може бути не лише правочин, але і рішення суду. Так на підставі рішення суду про стягнення коштів з боржника, банк списує кошти з рахунка платника на користь одержувача.

З урахуванням аналізу основних функцій та механізму вчинення банківських правочинів пропонуємо наступне визначення поняття банківська операція.

Банківська операція – це правомірна дія, що складається з комплексу техніко-юридичних засобів, яка здійснюється банком відповідно до ліцензії та на підставі правочину або рішення суду.

Отже, ліцензована, професійна діяльність банківської установи, спрямована на розвиток і реалізацію широкого спектру якісних банківських послуг, які надаються клієнту на підставі цивільних правочинів. При цьому, отримання ефективних економічних результатів у процесі споживання відповідних фінансових послуг здійснюється за допомогою системи техніко-юридичних засобів – банківських операцій, які здійснює банк.

1.4. Місце банківських правочинів у системі цивільних правочинів

Ще з римського права ми пам'ятаємо, що правочин розглядається як юридичний факт, а його вчинення є джерелом виникнення зобов'язання. Ця аксіома є досить важливою у контексті тієї ролі, що виконує правочин у цивільних відносинах суб'єктів. Спробуємо проаналізувати роль та місце банківських правочинів у системі цивільних правочинів.

Визнання правочину існуючим у суспільстві правопорядком саме по собі означає визначення форми такого волевиявлення: оформлена у відповідності з вимогами правової системи маніфестація волі і отримує юридичне значення. Вимога певної форми маніфестації волі

як обмеження індивідуального засилля є одним з проявів нормативного характеру соціальної взаємодії і має правову природу. Необхідність надання волевиявленню належної форми, різноманітність та розвиток цих форм виступає як вимога і прояв прогресу свободи в суспільних відносинах⁹⁴.

Правочини здійснюються для задоволення будь-яких господарських або інших потреб. Проте, задовольнити таку потребу можна лише шляхом досягнення певної правової мети, на яку направлений правочин. Зі змісту правочину можна зробити висновок, якого правового результату прагнула досягти сторона (сторони), надаючи майно, сплачуючи гроші, надаючи послугу⁹⁵.

Як зазначає О. Дзера, положення про правочини у новому ЦК зберегли наступність значної частини усталених традиційних конструкцій про правочини, отримали новий розвиток у напрямку розширення диспозитивних начал і свобод у здійсненні правочинів суб'єктами цивільного права, в адаптації правового регулювання правочинів щодо до ринкових відносин⁹⁶.

Більшість юридичних дій, що вчиняються суб'єктами цивільних правовідносин є правочинами. Таке, без сумнівів, переважне положення правочинів визначає їх провідну роль в загальній системі цивільного права. Водночас, ми спостерігаємо явний пріоритет договору в системі цивільних правочинів.

Професор Н. Кузнєцова вказує на те, що договір у всіх правових системах є одним з основних елементів правопорядку, що юридично забезпечує дійсність обмінних процесів з метою задоволення потреб суспільства в цілому, окремих його громадян або їх об'єднань⁹⁷.

⁹⁴ Дождев Д.В. Римское частное право. Учебник для вузов. Под редакцией члена-корр. РАН, профессора В.С. Нерсесянца. – М.: Издательская группа ИНФРА – М НОРМА, 1996. – с.125.

⁹⁵ Рясенцев В.А. Понятие и значение сделок в СССР / в кн. Советское гражданское право ч.1 Учебн. Пособие для студентов ВЮЗИ / Под ред. проф. В.А. Рясенцева – М.: 1955. – с.78.

⁹⁶ Дзера А.В. Общие положения о сделках в новом Гражданском кодексе Украины / у кн. Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы / Под общ. ред. Е.Б Кубко, В.В. Цветкова. – К.: Юринком Интер, 2003. – с.367-368.

⁹⁷ Кузнєцова Н.С. Подрядные договоры в инвестиционной деятельности в строительстве. – К.: Наукова думка, 1993 – с.41

Розв'язання питання про місце банківських правочинів в системі цивільних правочинів України тісно пов'язане із вченням про систему цивільних зобов'язань, і зокрема, договірного права. Розуміння категорії "система", може розглядатися як певний комплекс елементів, що знаходяться у взаємодії. Система цивільних правочинів формується за допомогою критеріїв систематизації її мети, економічної та соціальної функції, особливостей суб'єктного складу тощо.

Система цивільних правочинів містить особливу групу правочинів, вчинення яких складає безпосередньо предмет діяльності банківських установ (кредитування, залучення вкладів, розрахункові операції тощо). Особливість цих правочинів полягає в тому, що завжди одним з учасників правочину виступає банк, а предметом правових дій, як правило, є грошові кошти.

Банківською практикою вироблені особливі типи договірних відносин, що, як правило, мають змішаний характер, проте, їх основою є загальні та спеціальні положення норм цивільного права.

Аналізуючи питання, щодо нетипових договорів, до яких належать і змішані договори, Р. Майданик зазначає, що змішаний договір опосередковує два або кілька видів різнорідних відносин, який не може бути зведений до відомого типу договору. Правова регламентація існування змішаних договорів міститься у відповідних частинах нормативних актів, елементи яких містяться у змішаному договорі⁹⁸.

Оновлене цивільне законодавство виділяє ряд правочинів, яким притаманні певні специфічні ознаки та які мають на меті регулювання відносин у банківській сфері. Особливість підприємницької діяльності банківської установи полягає у тому, що як інструмент регулювання відповідних відносин може застосовуватися не лише двосторонній правочин – договір, а й односторонній правочин (наприклад, емісія цінних паперів, надання гарантії, здійснення окремих розрахункових операцій за допомогою певних платіжних інструментів).

Термін "банківські правочини" розглядається лише в контексті тих правових дій, які обумовлені цивільною дієздатністю банківської установи та вчиняються на підставі спеціального дозволу (ліцензії Національного банку України). При цьому,

⁹⁸ Майданик Р.А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. – К.: Видавничо поліграфічний центр "Київський університет", 2002. – с.11.

організаційно-засновницькі правочини, що спрямовані на встановлення відповідного статусу банківської установи та цивільні правочини, що забезпечують належну господарську діяльність банку, не підпадають під поняття "банківські правочини". Цей термін є узагальненням для групи цивільних правочинів, що вчиняються за участю банку при здійсненні ним професійної діяльності з надання фінансових послуг.

Поява та поширене застосування терміну "банківський правочин" зумовлене зростанням попиту на фінансові послуги, надання яких передбачене при здійсненні діяльності банками. Саме в сфері банківської діяльності відбувається розвиток конкретних видів і форм банківських правочинів. Традиційні конструкції кредитних, депозитних, розрахункових правочинів, а також менш поширені банківські правочини видозмінюються у зв'язку з певними нововведеннями, що пропонуються положеннями нового Цивільного кодексу України.

Банківський правочин це дія, що спрямована на досягнення правового та економічного результату, зумовлена спеціальною правоздатністю банку, який надає фінансові послуги клієнтам (юридичним або фізичним особам) шляхом здійснення відповідних банківських операцій⁹⁹.

Ставлення науковців до проблеми галузевої приналежності банківських правочинів не є однозначним. Деякі автори вважають банківські правочини інститутами господарського права¹⁰⁰ або публічного права¹⁰¹. Також є певні прихильники, які визнають банківські правочини на рівні комплексних інститутів¹⁰², що

⁹⁹ *Безклубий І.А.* Сутність та ознаки банківського правочину // *Юридична Україна*. – 2004. – № 4. – с. 22.

¹⁰⁰ *Коган М.Л.* Правоотношения между Госбанком и объединениями // *Советское государство и право*. – 1974. – № 1. – с.60.

¹⁰¹ *Олейник О.* Банковский счет: законодательство и практика // *Закон*. – 1997. – № 1. – с.94. В более поздней работе она несколько смягчила свою позицию относительно природы договора банковского счета и признала его комплексным институтом (см.: *Олейник О.М.* Основы банковского права. – М., 1997. – с.246).

¹⁰² *Гуревич И.С.* Очерки советского банковского права. – Л., 1952. – с.16; *Коган М.Л.* Предприятие и банк: операции и сделки, права и обязанности. – М., 1993. – с.26; *Новоселова Л.А.* Проблемы гражданско-правового регулирования расчетных отношений. Докт. дисс. – М., 1997. – с.57.

породжують комплексні правовідносини¹⁰³. Проте, досить значна група авторів поділяє цивільно-правову концепцію¹⁰⁴.

На початку двадцятого століття професор Г. Шершеневич звернув увагу на так звані торгівельні право чини, об'єктом яких є товар. Відомий науковець зазначав, що поняття товару не співпадає з поняттям річ: а) не всяка річ є товаром, і б) не всякий товар є річчю. Об'єкти торгівельних правочинів класифікуються за п'ятьма елементами: речі, гроші, цінні папери, робоча сила та монопольне становище¹⁰⁵.

Критикуючи позицію Г. Шершеневича стосовно того, що банківські правочини належать до категорії торговельних правочинів, Л. Єфімова стверджує, що такий підхід представляється досить вузьким. Він дозволяє зарахувати до розряду торгових тільки окремі цивільно-правові інститути: купівлю-продаж і її різновид — постачання (речі, цінні папери), позику, кредит (гроші, цінні папери, речі), авторські й ліцензійні договори (монопольне становище), посередницькі угоди (агентський договір, договори комісії, доручення, банківські розрахункові операції), якщо їх предметом є господарські блага, віднесені зазначеним автором до поняття товару. Відповідно до наведеного визначення до категорії торгових не можуть бути віднесені наступні угоди підприємницького характеру: збереження, здійснюване професійним зберігачем, оренда, страхування, перевезення і т.п. Далі Л. Єфімова зазначає, що для свого часу позиція Г.Ф. Шершеневича була правильною, з огляду на те, що спочатку торгове право зародилося саме в сфері торгівлі, звідкіля й взяло свою назву¹⁰⁶.

На наш погляд, Г. Шершеневич не розглядав торгівельні правочини поза системою цивільного права. Класифікуючи цивільні

¹⁰³ Тосунян Г.А., Викулин А.Ю., Экмалян А.М. Банковское право Российской Федерации. Общая часть. — М.: Юристъ, 1999. — с.27-39.

¹⁰⁴ Ефимова Л.Г. Банковские сделки. Комментарий законодательства и арбитражной практики. — М.:Юридическая фирма "Контракт", "ИНФРА-М", 2000. — с.63; Флейшиц Е.А. Расчетные и кредитные правоотношения. — М., 1956. — с.59; Компанец Е.С., Полонский Э.Г. Применение законодательства о кредитовании и расчетах. — М., 1967. — с.62 — 64; Куник Я.А. Кредитные и расчетные отношения в торговле. — М.: Экономика, 1970. — с.17-22.

¹⁰⁵ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. II: Товар. Торговые сделки. — М.: "Статут", 2003. — с.7 — 8.

¹⁰⁶ Ефимова Л.Г. Там само. — с.27-28.

право чини, він тим самим за певними юридичними ознаками виділяв групу так званих торгівельних правочинів. Професор Г. Шершеневич стверджував, що головне підґрунтя норм, що визначають торгівельні правочини, міститься все ж у цивільному праві. Які б не були зобов'язання, що виникають в торгівлі з договорів або правопорушень, – вони повністю знаходяться під дією загальної частини зобов'язального права¹⁰⁷. Критерієм за яким Г. Шершеневич ряд правочинів відносив до торгівельних був предмет регулювання певної сфери підприємницької діяльності. Цієї ж позиції наприкінці двадцятих років дотримувався В. Метлін, який вказував на ряд додаткових ознак торгівельного правочину. На його думку в якості торгівельного слід визнавати лише такий правочин, що вчинений у ході торгової чи виробничої діяльності або промислу; предметами, що входять у коло його діяльності. Проте, він відзначав і суб'єктивну ознаку при визначенні поняття торгівельного правочину, як правочину вчиненого від імені підприємства¹⁰⁸.

У свій час С. Ландкоф також пропонував виділити категорію торгових правочинів, запропонувавши використовувати як критерій спеціальний суб'єктний склад. Він зазначав, що торгівельний правочин повинен бути охарактеризований як правочин підприємства¹⁰⁹.

Таким чином, віднесення відомими науковцями банківських правочинів до категорії торгівельних правочинів зводиться до двох основних ознак: суб'єктної, що характеризує зазначені правочини, як такі, що укладаються від імені юридичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності та економічної, що характеризує мету, на яку спрямоване вчинення правочинів безпосередньо при здійсненні діяльності відповідними фінансовими організаціями.

Говорити про наявність банківських правочинів у контексті норм ЦК УРСР 1963 року приходиться з урахуванням певних застережень. Адже зазначений кодекс не містив спеціально передбачених правочинів, які могли б регулювати відносини у сфері банківської діяльності. Шість статей глави 33 ЦК УРСР регулювали

¹⁰⁷ Шершеневич Г.Ф. Там само. – с.107.

¹⁰⁸ Метлін В. Торговая сделка // Еженедельник советской юстиции. – 1926. – № 13. – с.389.

¹⁰⁹ Ландкоф С.Н. Торговые сделки. Теория и практика. – Харьков, 1929. – с.9.

загальні засади розрахункових і кредитних відносин і містили близько десяти відсилочних норм, що зумовлювали суб'єктів відносин звертатись до спеціального законодавства СРСР. Звісно, що і такої фінансової сфери як банківська діяльність у сучасному розумінні як різновиду підприємницької діяльності у той час коли приймався цей кодекс не існувало, була лише певна фінансова система, збудована на адміністративних засадах, відносини в межах якої регулювались публічно-правовими нормами. В межах зазначеної системи панували здебільшого норми імперативного характеру. Все ж слід відмітити, що підґрунтям для формування розрахункових і кредитних відносин були, як правило, певні двосторонні правочини. Правову природу цих договірних зобов'язань складала класичні цивільні правочини, такі як: позика, доручення, зберігання, комісія тощо.

Професор В. Луць звертає увагу на те, що в новітній літературі дедалі частіше оперують поняттям підприємницького договору, хоч його суть не розкривається. Він зазначає, що у підприємницькому договорі поєднуються як загальні ознаки, властиві всякому цивільно-правовому договору, так і особливі риси, які можна звести до таких: учасниками договору є суб'єкти підприємницької діяльності; зміст договору становлять умови, за якими передаються товари, виконуються роботи або надаються послуги з метою здійснення підприємницької діяльності; можливе встановлення окремого порядку їх укладення, обліку та реєстрації; особливості щодо порядку виконання або умов відповідальності. Далі відомий цивіліст, враховуючи наведені особливі риси, пропонує господарським (підприємницьким) договором вважати такий цивільно-правовий договір, в якому обома сторонами або хоч би однією з них є юридичні чи фізичні особи – підприємці і за яким передаються товари, виконуються роботи або надаються послуги з метою здійснення підприємницької діяльності або для інших цілей, не пов'язаних з особистим (сімейним, домашнім) споживанням¹¹⁰.

Дійсно, що ряду окремих договорів притаманні зазначені особливі риси. Проте, по суті та змісту будь-який підприємницький договір є

¹¹⁰ Див. Луць В.В. Система цивільно-правових договорів. / У книзі І Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О.В. Дзера (керівник авт. кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової. – 2-е вид., допов. і перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – с.642 – 643.

цивільно-правовим договором. Застосування терміну "підприємницький договір" має лише певний прикладний характер щодо відповідної сфери діяльності, але якщо постає питання про його застосування (укладення, тлумачення змісту, виконання зобов'язань, зміна або розірвання, припинення тощо), учасники звертаються до цивілістично-доктринальних начал відповідної конструкції.

З проголошенням незалежності України та початком економічних перетворень, у тому числі ринку банківських послуг, підвищується роль договору в цивільному обігу. В Україні реформування фінансової системи і, зокрема, банківської сфери було розпочато з прийняття у 1991 році Закону "Про банки і банківську діяльність" і розробки та затвердження на рівні Національного банку України, як органу державного управління, ряду нормативних актів, які передбачали регулювання відносин між банками та їх клієнтами.

Водночас, існувала тенденція до запровадження у підзаконних актах, норм, що передбачали дотримання певних правил при укладенні та здійсненні відповідних банківських правочинів, які не завжди збігалися з нормами чинного на той час ЦК УРСР 1963 року. Так, наприклад, відповідно до статті 153 Цивільного кодексу України істотними є ті умови договору, які визнані такими за законом або необхідні для договорів даного виду, а також ті умови, щодо яких за заявою однієї з сторін повинно бути досягнуто згоди. З урахуванням того, що стаття 382 Цивільного кодексу України визначає кредит як цільову строкову позичку, постає питання щодо правомірності встановлення Національним банком України у Положенні про кредитування, затвердженому постановою Правління Національного банку України від 28.09.95 р. № 246, таких умов кредитного договору як забезпеченість та платність (пункт 9 Положення)¹¹¹.

Разом з тим, у цей же період науковцями та юристами-практиками на термінологічному рівні активно запроваджується дещо забуте поняття "банківське право". Слід зазначити, що М. Агарков також використовував цей термін, але досить обережно. У своєму курсі лекцій "Основи банкового права" він зазначав, що банківське право –

¹¹¹ Див. Лист Вищого арбітражного суду від 26.10.2000 р. № 01-3/578 "Про результати узагальнення судової практики вирішення спорів, пов'язаних з укладанням і виконанням кредитних договорів". Бюлетень законодавства і юридичної практики України, 2001, № 5.

це сукупність юридичних норм, що регулюють організацію та діяльність банків (кредитних установ). Він стверджує, що в більшості випадків законодавство пов'язує юридичні наслідки з поняттям кредитної установи, тому точніше було б назвати курс не "банкове право", а "право кредитних установ"¹¹².

Сумніви відомого цивіліста були не безпідставними, оскільки він розумів, що виділити певні норми законодавства, яке регулює відносини у сфері банківської діяльності в окрему галузь неможливо у зв'язку з відсутністю методу правового регулювання. До наших часів такий метод відсутній, а, отже, перед тим як запроваджувати юридичний термін "банківське право" слід доктринально обґрунтувати його сутність. Разом з тим концептуальні та методологічні засади щодо "банківського права" як галузі права на сьогодні теж відсутні. Отже, коли юристи в своїй практичній діяльності використовують термін "банківське право" вони мають на увазі певні правила, що містяться в нормах чинного законодавства України, які регулюють відносини у банківській сфері. Зрозуміло, що не має підстав говорити про банківські правочини як складові елементи неіснуючої галузі – "банківське право".

Заперечуючи цивільно-правову природу банківських правочинів, І. Гуревич стверджує, що неможливо відмежувати ту частину відносин, яка регулюється нормами цивільного права, від тієї частини, яка регулюється нормами адміністративного права. Вони утворюють не механічну суміш, а хімічну сполуку¹¹³. Завдяки такому яскравому образному порівнянню І. Гуревич припускає можливість застосування до відносин у банківській сфері комплексного методу правового регулювання та відповідно існування комплексної галузі права.

У приватно-правових відносинах розподіл прав та обов'язків здійснюється, за загальним правилом, з волі їх суб'єктів. Саме метод правового регулювання визначає всі правові особливості публічних і приватних правовідносин. Подальша класифікація норм за галузями здійснюється всередині приватного і публічного права відповідно за предметом правового регулювання. Таким чином, є абсолютно неможливим визнання комплексних галузей, з огляду на те, що вони використовують обидва методи правового

¹¹² Агарков М.М. Основы банкового права. Учение о ценных бумагах. – М., 1994. – с. 12.

¹¹³ Гуревич И.С. Очерки советского банковского права. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1959. – с. 13.

регулювання. В іншому випадку це призведе до зникнення граней між приватним і публічним правом¹¹⁴.

Полярні точки зору на питання про галузеву приналежність банківських правочинів викликані, з однієї сторони, певними науковими тенденціями кінця дев'ятнадцятого – початку двадцятого століття та об'єктивними історико-політичними подіями, що спричинили запровадження владно-адміністративного механізму розвитку суспільних відносин за часів Радянської України, а з іншої – суб'єктивними аспектами монополізації ринку фінансових послуг, специфікою діяльності банківської сфери і особливого статусу послугонадавача, які змушують законодавця запроваджувати низку імперативних норм і тим самим обмежувати свободу приватної ініціативи.

При розгляді питання про галузеву приналежність поняття зобов'язання, М. Сібільов зазначав, що розбіжність методів правового регулювання суспільних відносин у сферах приватного і публічного права робить принципово неможливим використання невластивих їм правових засобів. Тому саме сфері приватного права, яка характеризується децентралізованим регулюванням на диспозитивних засадах усіх особистих немайнових і майнових відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності учасників, притаманний такий правовий засіб, як зобов'язання¹¹⁵.

Наступний крок у реформуванні банківської сфери пов'язаний з проголошенням напрямку на спеціалізацію діяльності банків та розширення сфери фінансових послуг, пов'язаний з прийняттям нового Закону України "Про банки і банківську діяльність" від 7 грудня 2000 р. та Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" від 12 липня 2001 р. Проте положення оновленого законодавства суттєво не торкнулись цивільно-правового регулювання банківських послуг.

Важливим для правового регулювання відносин за участю банків є закріплення у новому ЦКУ положення про те, що учасниками цивільних відносин є фізичні та юридичні особи, а також відображення загальних засад цивільного законодавства, серед яких

¹¹⁴ *Ефимова Л.Г.* Там само. – с. 42.

¹¹⁵ *Сібільов М.* Договірне зобов'язання та його виконання. // Вісник Академії правових наук України. – 2003. – № 2 – 3. – с. 416.

свобода договору та підприємницької діяльності. З прийняттям 16 січня 2003 року Цивільного кодексу України почались кардинальні зміни у сфері банківських послуг.

Як приклад, таких змін зазначимо, що Національним банком України у досить стислі терміни прийняті: Постанова Правління Національного банку України від 12 листопада 2003 р. № 492 Про затвердження Інструкції про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземних валютах¹¹⁶; Постанова Правління Національного банку України від 3 грудня 2003 р. № 516 Про затвердження Положення про порядок здійснення банками України вкладних (депозитних) операцій з юридичними і фізичними особами¹¹⁷; Постанова Правління Національного банку України від 21 січня 2004 року № 22 Про затвердження Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті¹¹⁸ тощо; втратило чинність відоме Положення НБУ Про кредитування¹¹⁹. У Постановах про затвердження відповідних нормативних актів є посилання на їх відповідність ЦКУ, а зміст самих нормативних актів дійсно наближений до відповідності нормам Цивільного кодексу України.

Разом з тим спостерігається проблема подвійного регулювання різними галузями права одних і тих самих суспільних відносин, але основне, що підхід до регулювання відповідних відносин є різний, а відтак для їх учасників настають різні правові наслідки. Так, наприклад, відповідно до ст. 345 ГКУ у кредитному договорі передбачаються мета, сума і строк кредиту, умови і порядок його видачі та погашення, види забезпечення зобов'язань позичальника, відсоткові ставки, порядок плати за кредит, обов'язки, права і відповідальність сторін щодо видачі та погашення кредиту¹²⁰. Крім того, одержати банківський кредит позичальник має змогу, якщо він надав банкові такі документи: клопотання (заяву), в якому зазначаються характер кредитної угоди, мета використання кредиту,

¹¹⁶ Офіційний вісник України. – 2003. – №51 – ст.2707.

¹¹⁷ Офіційний вісник України. – 2004. – №1 – ст.8.

¹¹⁸ Офіційний вісник України. – 2004. – №13 – ст.908.

¹¹⁹ Постанова Правління Національного банку України від 18 лютого 2004 року № 54 Про визнання такими, що втратили чинність, деяких постанов Правління Національного банку України // Офіційний вісник України. – 2004. – №10 – ст.627.

¹²⁰ Див. ч. 2 статті 345 Господарського кодексу України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – №11 – ст.462.

сума позички і строк користування нею; техніко-економічне обґрунтування кредитного заходу та розрахунок економічного ефекту від його реалізації; інші необхідні документи¹²¹. Таке значне розширення обов'язкових умов нівелює принцип свободи договору і тим самим ставить у залежність потенційного клієнта від банківської установи, яка наділена виключними функціями, пов'язаними з здійсненням нею підприємницької діяльності, спрямованої на надання банківських послуг.

Проте, слід зазначити, що частина 1 статті 4 ГКУ щодо розмежування відносин у сфері господарювання з іншими видами відносин передбачає норму, яка зазначає, що не є предметом регулювання цього Кодексу майнові та особисті немайнові відносини, що регулюються Цивільним кодексом України¹²². Норма частини 2 статті 4 ГКУ про те, що особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання визначаються цим Кодексом, суперечить частині 1 вищезазначеної статті. Принаймі це стосується особливостей регулювання майнових відносин суб'єктів за допомогою банківських правочинів. Саме Цивільним кодексом України встановлені певні договірні конструкції, за допомогою яких регулюються відносини учасників при наданні банківських послуг.

Щодо особливостей регулювання відповідних відносин, то вони, власне, встановлені нормами ЦКУ. Так, наприклад, кредитодавець має право відмовитися від надання позичальникові передбаченого договором кредиту частково або в повному обсязі у разі порушення процедури визнання позичальника банкрутом або за наявності інших обставин, які явно свідчать про те, що наданий позичальникові кредит своєчасно не буде повернений¹²³. Також, встановлені ЦКУ відповідні правила передбачають певні особливості щодо регулювання депозитних відносин за допомогою договору банківського вкладу, в якому вкладником є фізична особа. Такий договір визнається публічним договором (ст. 633 ЦКУ)¹²⁴. Фактично всі ті правила стосовно банківських правочинів, що містяться у відповідних статтях ЦКУ, змістовно характеризуються

¹²¹ Там само. – стаття 346.

¹²² Там само. – стаття 4.

¹²³ Див. статтю 1056 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 року // Офіційний вісник України 2003. – №11 – ст.461.

¹²⁴ Там само. – стаття 1058.

тим, що регулюють особливості певних відносин за участю банку. Слід зазначити, що застосування словосполучення "особливості регулювання майнових відносин" у тій чи інших сферах спрямоване на встановлення норм щодо деталізації правового режиму відповідних відносин на рівні спеціального закону (наприклад, ст. 49 Закону України "Про банки і банківську діяльність" від 7 грудня 2000 р. передбачає ряд заборон і обмежень, що стосуються умов здійснення окремих банківських операцій. Так, банкам забороняється прямо чи опосередковано надавати кредити для придбання власних цінних паперів. Використання цінних паперів власної емісії для забезпечення кредитів можливе лише з дозволу Національного банку України¹²⁵.

Зрозуміло, що не має сенсу дублювати, а тим більше запроваджувати правила, що суперечать тим нормам ЦК, які безпосередньо регулюють відповідні відносини.

За сучасних умов договір – це той економіко-правовий інструментарій, за допомогою якого можуть об'єднуватися спільні інтереси різних учасників цивільних відносин з урахуванням їх волі та юридичної рівності. Не є виключенням і договори, що регулюють відносини в банківській сфері. При цьому запровадження імперативних норм, які є досить поширеними серед банківських правочинів, жодним чином не впливають на метод правового регулювання.

Розширення сфери економічних відносин налаштовує учасників цивільного обігу на прагнення розробляти та запроваджувати нові договірні конструкції. Така тенденція безумовно повинна бути відображена у чинному законодавстві. Зокрема, новим ЦК передбачені правила щодо регулювання відповідних відносин за допомогою договорів: лізингу, факторингу, управління майном, комерційної концесії, ліцензійного тощо. Проте, не завжди чітко можна зрозуміти, до якої групи правочинів належить той чи інший договір.

Як зазначає В. Луць, групування договорів здійснюється за певним критерієм (правовою метою). За окремою рубрикацією залишилися договори у сферах розрахунково-кредитних відносин¹²⁶. Така

¹²⁵ Див. статтю 49 Закону України "Про банки і банківську діяльність" від 07.12.2000 року // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №5-6 – ст.30.

¹²⁶ Див. Луць В.В. Проблеми договірної регулювання майнових відносин за новим Цивільним та Господарським кодексами України. // Українське комерційне право. – 2003. – №4 – с. 29.

неузгодженість законодавця зумовлена не досить чіткою позицією щодо правової природи відповідних відносин. Певні види правочинів, що регулюють відносини в банківській сфері розташовані в ЦК поряд (глави 71 – 74) і складається враження, що сформована група правочинів за ознакою підприємницької діяльності здійснюваної банком, є цілісною. Проте, це не так, оскільки є ряд правочинів, які віддалені від цієї групи. Так, наприклад, ретельно виписані правила ЦК щодо гарантії, як одностороннього правочину, розташовані у главі 49 загальних положень про зобов'язання, а положення щодо договорів про надання індивідуального банківського сейфу у главі 66 (зберігання).

Виділення банківських правочинів у певну правову категорію можливе за умови зазначення їх економічних та правових ознак. Економічні критерії обумовлені відповідним змістом правочину, який у свою чергу реалізується шляхом вчинення певних дій учасниками відносин, направлених на досягнення певного економічного результату, а також особливістю предмету правочину, який, як правило, передбачає виникнення грошового зобов'язання. Правові ознаки банківського правочину характеризуються його юридичною самостійністю, суб'єктним складом його учасників, специфікою банківської діяльності.

У процесі здійснення професійної діяльності банком вчиняються юридичні дії, спрямовані на надання фінансових послуг його клієнтам. При цьому отримати певний економічний результат учасники правовідносин можуть лише за умови укладення відповідного банківського правочину, який є необхідною елементом юридичного оформлення банківської послуги.

Отже, при визначенні місця банківського правочину в системі цивільних правочинів, слід враховувати особливий статус банка та специфіку його професійної діяльності, які впливають на складові змісту банківського правочину. Не зважаючи на те, що правова природа окремих банківських правочинів є спорідненою з класичними цивільними договорами, можна з упевненістю говорити про самостійний характер відповідної групи правочинів.

Наступні основні ознаки характеризують банківські правочини як самостійну правову категорію в системі цивільних правочинів:

а) узагальнений термін "банківські правочини" поєднує дві групи цивільних правочинів:

- закріплені в ЦК цивільні правочини, що регулюють відносини при наданні банківських послуг;
- запроваджені практикою банківської сфери цивільні правочини які не передбачені актами цивільного законодавства, але відповідають загальним засадам цивільного законодавства, з урахуванням принципів презумпції правомірності правочину та свободи договору;

б) для банківської діяльності характерним є закріплення у відповідних нормах ЦК як односторонніх (наприклад, гарантія) так і двосторонніх (наприклад, договір кредитний, договір банківського вкладу тощо) банківських правочинів;

в) банківські правочини, як односторонні, так і двосторонні, спрямовані на реалізацію певного правового результату при наданні фінансових послуг. Двосторонні банківські правочини (банківські договори) належать до групи договорів про надання послуг. Правила глави 63 (Послуги. Загальні положення) ЦК можуть застосовуватись до банківських договорів, якщо це не суперечить суті зобов'язання;

г) досить поширеним явищем для багатьох банківських правочинів є наявність імперативних норм, застосування яких направлене на охорону приватно-правових інтересів послугоодержувача та захист прав банку як кредитора, що відповідно лише підсилює цивілістичний характер цих правочинів. Запроваджені в банківській діяльності адміністративно-правові норми виконують контрольно-наглядові функції й безпосередньо не мають впливу на цивільні правовідносини у цій сфері;

д) правова природа деяких банківських правочинів визначається на основі класичних цивілістичних правочинів (*nexum, mutuum, depositum, locatio-conductio operatum, mandatum*). Водночас, законодавчою системою та банківською практикою вдосконалюється сталий та запроваджуються новітній цивілістичний інструментарій, який набуває самостійного юридичного характеру в системі цивільних правочинів.

Зазначені основні ознаки характеризують банківські правочини як приватно-правову категорію, що посідає досить важливе місце в системі цивільних правочинів.

1.5. Класифікація банківських правочинів

Римська юридична спадщина зберегла залишки спроб загальної систематизації юридичних правочинів, проте це не призвело до розробки більш-менш стійкої схеми.

Досліджуючи питання класифікації цивільних правочинів у Римі Д. Дождєв зазначав, що за основу класифікації приймається форма волевиявлення, що відображає орієнтацію на природний розвиток форм обігу, тому знайомство з цим систематизуючим досвідом може стати вступом у вивчення правочинів римського приватного права¹²⁷.

Такий загально-цивілістичний підхід до класифікації правочинів має свій сенс у сучасних умовах формування правовідносин, зокрема також у сфері банківської діяльності.

Професор В. Луць вказує, що наукову класифікацію договорів можна проводити за різними ознаками (критеріями) залежно від цілей, які при цьому ставляться. Класифікація договорів має сприяти глибокому з'ясуванню їхньої природи і змісту, виявленню властивих їм спільних рис і особливостей, подальшому вдосконаленню законодавства про договори¹²⁸. Зазначена мета щодо необхідності проведення класифікації договорів може бути запропонована також і для класифікації банківських правочинів.

На думку Л. Єфімової, якщо спробувати класифікувати банківські правочини в залежності від їх приналежності до того, чи іншого договірної типу, то прийдеться об'єднати те, що не об'єднується: в межах однієї групи знаходилися б, наприклад, кредитні договори та договори банківського вкладу, які є різновидом договору позики. Л. Єфімова пропонує два критерії для класифікації, це в залежності від функцій, що здійснює банк та в залежності від сфери застосування (банківська або небанківська діяльність) та суб'єктного складу (маються на увазі договірні конструкції, що розроблені спеціально для регулювання відносин за

¹²⁷ Дождєв Д.В. Римское частное право. Учебник для вузов. Под редакцией члена-корр. РАН, профессора В.С. Нерсисянца. – М.: Издательская группа ИНФРА – МНОРМА, 1996. – с.121-122.

¹²⁸ Луць В.В. Контракты у підприємницькій діяльності: Навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – с.37.

участю банків та ті договори, що не мають обмежень по суб'єктному складу – прим. І.Б.)¹²⁹.

На нашу думку запропоновані критерії для класифікації банківських правочинів не можуть бути застосовані, оскільки належним чином не відображають особливості відповідних відносин. Класифікація як за видом діяльності так і за суб'єктом складом запроваджується до правочинів, що за своїм змістом виходять за межі банківських. Якщо здійснювати класифікацію в цілому цивільних правочинів, то запропоновані критерії можуть розглядатися у контексті значного кола інших.

В. Меркулов зазначає, що цивільні правочини є не тільки підставою виникнення кредитних відносин, але являють собою також спосіб їх організації¹³⁰.

Спеціальний статус банківської установи передбачає можливість здійснювати відповідну діяльність – надання банківських послуг. Фінансові послуги банку, як правило, мають відплатний характер. За дорученням клієнтів банк надає послуги за допомогою техніко-юридичного інструментарію – банківських операцій, які у свою чергу здійснюються на підставі правочинів.

У Законі України "Про банки і банківську діяльність" наводяться окремі види банківських операцій, які в окремих літературних джерелах ототожнюються з правочинами¹³¹. Проте таке розуміння є дещо звуженим.

За умови одержання письмового дозволу Національного банку України банки мають право виконувати наступні операції:

- 1) здійснення інвестицій у статутні фонди та акції інших юридичних осіб;
- 2) здійснення випуску, обігу, погашення (розповсюдження) державної та іншої грошової лотереї;
- 3) перевезення валютних цінностей та інкасацію коштів;
- 4) операції за дорученням клієнтів або від свого імені:
з інструментами грошового ринку;

¹²⁹ *Ефимова Л.Г.* Банковские сделки: право и практика. Монография. – М.: НИМП, 2001. – с.53-54.

¹³⁰ *Меркулов В.В.* Гражданско-правовой договор в механизме регулирования товарно-денежных отношений. – Рязань, 1994. – с.136.

¹³¹ *Олейник О.М.* Основы банковского права: Курс лекций. – М.: Юристъ, 1997 – с.23.

з інструментами, що базуються на обмінних курсах та відсотках;
з фінансовими ф'ючерсами та опціонами;

5) довірче управління коштами та цінними паперами за договорами з юридичними та фізичними особами;

6) депозитарну діяльність і діяльність з ведення реєстрів власників іменних цінних паперів.

На операції з валютними цінностями; емісію власних цінних паперів; організацію купівлі та продажу цінних паперів за дорученням клієнтів; здійснення операцій на ринку цінних паперів від свого імені (включаючи андеррайтинг) Національний банк України надає письмовий дозвіл за умови, що:

1) рівень регулятивного капіталу банку відповідає вимогам Національного банку України, що підтверджується незалежним аудитором;

2) банк не є об'єктом застосування заходів впливу;

3) банком подано план, за яким він буде здійснювати таку діяльність, і цей план схвалений Національним банком України;

4) Національний банк України вважає, що банк має достатні фінансові можливості і відповідних спеціалістів для здійснення такої діяльності.

Крім зазначених операцій банк має право відповідно до чинного законодавства України здійснювати наступні правочини:

- надання гарантій і поручительств та інших зобов'язань від третіх осіб, які передбачають їх виконання у грошовій формі;

- придбання права вимоги на виконання зобов'язань у грошовій формі за поставлені товари чи надані послуги, приймаючи на себе ризик виконання таких вимог та прийом платежів (факторинг);

- лізинг;

- послуги з відповідального зберігання та надання в оренду сейфів для зберігання цінностей та документів;

- випуск, купівлю, продаж і обслуговування чеків, векселів та інших оборотних платіжних інструментів;

- випуск банківських платіжних карток і здійснення операцій з використанням цих карток;

- надання консультаційних та інформаційних послуг щодо банківських операцій¹³².

¹³² Див.: стаття 47 Закону України "Про банки і банківську діяльність" від 07.12.2000 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №5-6 – ст.30.

Законодавець робить застереження, що такі банківські операції, як: приймання вкладів (депозитів) від юридичних і фізичних осіб; 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; розміщення залучених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик здійснюються у сукупності виключно юридичними особами, які мають банківську ліцензію.

Банківські операції з 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; розміщення залучених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик мають право здійснювати юридичні особи (наприклад, кредитні спілки та інші фінансові установи) на підставі ліцензії на здійснення окремих банківських операцій.

Банківська установа, як і будь яка юридична особа, відповідно до статуту діє в межах спеціальної правоздатності, але законодавець встановлює певні обмеження щодо діяльності банків. Так відповідно до ст. 48 Закону банкам забороняється діяльність у сфері матеріального виробництва, торгівлі (за винятком реалізації пам'ятних, ювілейних і інвестиційних монет) та страхування, крім виконання функцій страхового посередника.

Спеціалізованим банкам (за винятком ощадного) забороняється залучати вклади (депозити) від фізичних осіб в обсягах, що перевищують 5 відсотків капіталу банку.

Банківська операція може здійснюватися на підставі кількох правочинів. Наприклад, підставою банківської операції щодо відкриття та ведення поточних рахунків клієнтів і банків-кореспондентів, у тому числі зняття, переказу грошових коштів з поточних рахунків та зарахування коштів на них за допомогою платіжних інструментів є договори:

- на відкриття та ведення поточного рахунку;
- на електронне ведення рахунку.

Визначальним критерієм у поділі операцій на банківські і небанківські, на думку І. Нурзад, повинен бути функціональний критерій. Таким чином, належність визначеної операції до числа банківських залежить, насамперед, від того, чи відповідає ця

операція базовим функціям банку. До останніх належать: 1) створення грошових ресурсів шляхом залучення коштів; 2) надання кредиту; 3) сприяння платіжному обороту за допомогою здійснення розрахунково-касового обслуговування. Єдність цих трьох функцій, що виявляються у виконанні відповідних операцій лежить в основі розуміння банківської діяльності. У цьому сенсі операції банків на ринку цінних паперів не можуть іменуватися банківськими операціями, а діяльність, спрямована на їхнє здійснення – банківською діяльністю¹³³.

На нашу думку, такий підхід є дещо звуженим. На загально-теоретичному¹³⁴ та на законодавчому¹³⁵ рівні досить чітко просліджується спрямованість на об'єднання функціональних, юридико-технічних дій банку під категорією "банківська операція".

Окремі дії банку, що пов'язані з виконанням функціональних обов'язків його окремими підрозділами та працівниками, здійсненням поточної роботи та наданням відповідних послуг, що не обов'язково пов'язані з специфікою банківської діяльності (наприклад, видача клієнтам довідок, виписок про рух коштів на поточному рахунку, надання їм консультаційних послуг з фінансів та права тощо) не є банківськими операціями, але за певних умов можуть бути їх елементом.

Характерними ознаками для банківських операцій є: триваючий характер ділових зв'язків; певна нерівність прав банківської установи і клієнта; довірчий характер банківських операцій (він проявляється, наприклад, у праві банкіра відмовити клієнту у кредитуванні, якщо у банку є сумніви щодо його платоспроможності); стандартні форми банківських операцій, що в

¹³³ *Нурзід І.Л.* Правове регулювання діяльності банків на ринку цінних паперів України: Автореферат дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук. – К., 2004. – с.11 – 12.

¹³⁴ Див., наприклад, позиції науковців: *Агарков М.М.* Основы банковского права. Учение о ценных бумагах. – М., 1994. – с.51 – 53; *Ефимова Л.Г.* Банковские сделки. Комментарий законодательства и арбитражной практики. – М.: Юридическая фирма "Контракт", "ИНФРА-М", 2000. – с.44 – 53; *Олейник О.М.* Основы банковского права: Курс лекций. – М.: Юристь, 1997. – с.16 – 32; *Шерстобитов А.Е.* Правовое положение банков и иных кредитных организаций // Правовое регулирование банковской деятельности. – М.: Юринфор, 1997. – с.17 – 19.

¹³⁵ Див.: стаття 47 Закону України "Про банки і банківську діяльність" від 07.12.2000 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №5-6 – ст.30.

певній мірі пояснюється їх масовим і однотипним характером; уніфікація правового регулювання банківських операцій у різних країнах, яка є результатом різноманітних методів уніфікації права, що регламентують кредитні та розрахункові відносини¹³⁶.

У практичній діяльності банків та в спеціальній літературі банківські операції умовно поділяють на *пасивні* та *активні операції*. Така класифікація банківських операцій зумовлена особливостями економічного змісту та юридико-технічних дій банку, що спрямовані на досягнення відповідної мети.

Пасивними операціями є дії банку, спрямовані на акумуляцію коштів, наприклад, приймання вкладів (депозитів) від юридичних і фізичних осіб; відкриття та ведення поточних рахунків клієнтів і банків-кореспондентів, отримання кредитів в інших банках, випуск та розміщення власних цінних паперів (облігацій, векселів, ощадних сертифікатів тощо), формування статутного та інших фондів, операції репо, тощо.

До активних операцій відносять, наприклад, надання кредиту, гарантій і поручительств, облік векселів, факторингові та лізингові операції, інвестування з метою формування інвестиційного портфеля та інші. Якщо узагальнити особливості активних операцій банку то можна зробити висновок, що вони ґрунтуються на правочинах, які дають можливість банку отримувати прибуток по відсотках за рахунок розміщення мобілізованих ресурсів, а клієнта забезпечують необхідними коштами.

Активні та пасивні операції спрямовані безпосередньо на реалізацію предмету діяльності банку. Отже, правочини, що забезпечують належне регулювання банківських операцій складають основну групу цивільно-правових договорів.

Цілеспрямованість правочинів у банківській діяльності фіксується на сфері фінансових послуг. При цьому слід зазначити, що складовими юридичної природи банківських правочинів є елементи договорів купівлі-продажу, позики, доручення, cesії, схову та інших.

Особливість договорів про надання послуг, на відміну від договорів про виконання робіт, полягає в тому, що надання послуги невіддільне від діяльності особи – послугонадавача. Корисний ефект

¹³⁶ Див.: Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран // Сборник нормативных актов. Обязательственное право. Учебное пособие (отв. ред. В.К.Пучинский, М.И.Кулагин). – М.: 1989. – с.225.

такої діяльності не виступає у вигляді певного осяжного матеріального результату, як це має місце у підрядних договорах, а полягає в самому процесі надання послуги¹³⁷.

Специфіка договорів у сфері фінансових послуг полягає також в тому, що вони носять публічний характер. У публічному договорі банк приймає на себе обов'язок надавати банківські послуги кожному, хто до нього звертається. При цьому помітне обмеження банку у вільному виборі клієнта. Банк не може надавати перевагу одній особі перед іншою щодо укладення публічного договору. Особа, з якою банк необґрунтовано ухилився укласти, наприклад, кредитний договір, має право на відшкодування збитків.

Режим публічних договорів є виключенням з того загального, що спирається на принцип "свободи договорів". Зазначений виняток являє собою один з випадків дії публічного начала у цивільному праві. Режим "публічних договорів" є прямо протилежним режиму "свободи договорів", що виражає найбільш повно приватно-правові начала, які складають основу цивільного права¹³⁸.

Необхідно зазначити, що банк, пропонуючи свої послуги, повинен встановлювати однакові тарифи, процентні ставки та інші умови для всіх клієнтів. На наш погляд така правова позиція при укладенні публічного договору обґрунтовується тим, що, по-перше, коло суб'єктів (спеціальні установи), які можуть на підставі банківської ліцензії надавати фінансові послуги обмежено, і по-друге, є необхідність у наданні гарантій потенційному клієнтові, який знаходиться в певній залежності від свого контрагента.

М. Агарков усі банківські правочини, поділяє на дві групи. До першої групи відносяться правочини, здійснення яких складає безпосередній предмет діяльності банку, як, наприклад, прийняття вкладів, облік векселів, перевід, тощо. До другої групи він відносить правочини, здійснення яких має допоміжне значення і слугує для забезпечення організаційних і матеріальних передумов роботи

¹ Див. Луць В.В. *Контракти у підприємницькій діяльності: Навч. посібник.* – К.: Юрінком Інтер, 1999. – с.171.

¹³⁸ Див.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. *Договорное право: Общие положения.* – М.: Издательство "Статут", 1998. – с.198.

банку, як, наприклад, правочини закупівлі палива, обладнання, паперу, найму службовців тощо¹³⁹.

Погоджуючись з пропозицією відомого цивіліста, можна запропонувати додати до зазначених двох груп договорів ще групу правочинів, спрямованих на врегулювання відносин між учасниками банку (засновниками банку, акціонерами банку, який є акціонерним товариством; учасниками банку, який є товариством з обмеженою відповідальністю; пайовиками кооперативного банку) під час створення банку, його реорганізації та ліквідації, а також відносини між банками, щодо створення банківських об'єднань (банківської корпорації, банківської холдингової групи, фінансової холдингової групи), банківських спілок та асоціацій.

Є. Осіпов пропонував договори за участю банків (банківські договори) поділити на чотири групи, пов'язані з посередництвом банків:

- з залучення грошових коштів;
- їх розміщення;
- зі сприяння платіжному обігу;
- з надання послуг, що не є банківськими, але дозволені банкам для їх здійснення¹⁴⁰.

Проаналізувавши правові підходи класифікації правочинів, що запроваджуються тими чи іншими авторами виявлено таку закономірність: класифікація стосується лише двосторонніх правочинів (договорів). За межами класифікації залишаються односторонні правочини. Разом з тим традиційним основним критерієм класифікації правочинів у теорії цивільного права є критерій за кількісним складом волевиявлення сторін, за яким правочини поділяються на односторонні та двосторонні. Незважаючи на те, що у банківській сфері праввідносини виникають, як правило, на підставі цивільних договорів (двосторонніх правочинів), все ж слід підкреслити, що в цій сфері застосовуються також односторонні правочини.

Правочини, що вчиняються у сфері банківської діяльності, як і всі інші цивільні правочини, виступають засобом досягнення певної

¹³⁹ *Агарков М.М.* Основы банковского права. Курс лекций. Издание 2-е. Учение о ценных бумагах. Научное исследование. Издание 2-е. – М.: Издательство БЕК. 1994. – с.50.

¹⁴⁰ *Осіпов Е.Б.* Гражданско-правовые договоры с участием банков: Автореф. канд. дисс. – Алматы, 1997. – с.17.

мети. У якості критерія класифікації цивільних правочинів в банківській сфері обрано основну юридичну мету, для досягнення якої укладається відповідний правочин. За даним критерієм пропонується наступна класифікація:

- банківські правочини;
- організаційно-засновницькі правочини;
- організаційно-господарські правочини.

Банківські правочини – це односторонні та дво- чи багатосторонні цивільні правочини, дії яких обумовлені спеціальною правоздатністю банківської установи, що надає фінансові послуги шляхом здійснення відповідних банківських операцій.

Організаційно-засновницькі правочини виконують функції, що спрямовані на встановлення відповідного статусу банківської установи, забезпечують перетворення його організаційно-правової форми, регулюють відносини банку з його дочірніми установами, та іншими банками при створенні банківських об'єднань, банківських спілок та асоціацій.

Організаційно-господарські правочини – це цивільні правочини, що забезпечують здійснення поточної підприємницької діяльності банку та які укладаються з метою належного, відповідно до чинного законодавства України, функціонування банку, як спеціального суб'єкта сфери фінансових послуг.

Безумовно, банківські правочини складають основну групу цивільних правочинів за участю банку і саме вони, як правило, є предметом дослідження науковців і практикуючих юристів.

Правочини, що входять до основної групи складають певну систему. *Головним критерієм класифікації банківських правочинів є функціональні, юридико-технічні дії банку, спрямовані на задоволення фінансових послуг клієнтів.* Ця система складається з *п'яти частин:*

- **перша** – правочини, що регулюють відносини з надання фінансових послуг із застосуванням основних пасивних банківських операцій (відносини, що пов'язані з банківськими вкладками; відкриттям та веденням поточних рахунків тощо) До цієї групи слід віднести, наприклад, договір банківського вкладу (депозиту), договір банківського рахунку; договір купівлі-продажу чеків та інших оборотних платіжних інструментів; договір еквайрингу;

договір про встановлення кореспондентських відносин; односторонній правочин щодо емісії цінних паперів банку та інші);

- **друга** – правочини, що регулюють відносини з надання фінансових послуг із застосуванням основних активних банківських операції (відносини пов'язані з розміщенням коштів). Основними правочинами віднесеним до цієї групи є кредитний договір, договір міжбанківського кредитування. Разом з тим до цієї групи відносяться договори на підставі яких здійснюються кредитні операції, зокрема: договір купівлі-продажу цінних паперів; договір андеррайтингу, договір факторингу, договір форфейтингу, договір лізингу, односторонній правочин щодо надання гарантії, тобто гарантія як самостійне грошове зобов'язання тощо;

- **третья** – правочини, що забезпечують виконання певних грошових зобов'язань при здійсненні активних і пасивних банківських операцій (договір поруки, договір застави; односторонні правочини гарантія та притримання тощо);

- **четверта** – правочини, що пов'язані з наданням послуг у сфері обігу цінних паперів (договір продажу цінних паперів із зворотним викупом (репо), договір андеррайтингу, договір купівлі-продажу цінних паперів банку, договір купівлі-продажу цінних паперів інших юридичних осіб, договір на облік векселів, договір доручення на виконання функцій доміціліата, договір доручення на прийняття векселів на інкассо, договір про надання авалю, односторонній правочин щодо проведення емісії цінних паперів банку та інші);

- **п'ята** – правочини, що регулюють надання банком довірчих послуг. До цієї групи відносяться: договір ведення довірчих рахунків¹⁴¹, договір довірчого управління цінними паперами (грошовими коштами), договір обслуговування довірчого товариства, тощо;

- **шоста** – правочини, що забезпечують надання банком посередницьких, агентських, консультаційних, інформаційних послуг, послуг з відповідального зберігання цінностей та документів, перевезення та інкасування коштів та цінностей, послуг на міжнародному валютному ринку (депозитарний договір, договір на

¹⁴¹ Виділяють кілька основних видів довірчих (трастових, фідуціарних) рахунків, які застосовуються в практиці довірчих (трастових) операцій країн Західної Європи та Північної Америки. Див.: *Майданик Р.А.* Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. – К.: Видавничо поліграфічний центр "Київський університет", 2002. – с.471.

ведення реєстру власників іменних цінних паперів, договір купівлі-продажу валюти, договір обслуговування банкомату банку-агента в мережі банкоматів банку N, договір з банком агентом на видачу готівки за міжнародними платіжними картками, договір про надання трансфер-агентських послуг, договір про збереження цінностей у сейфі, договір на інкасацію коштів, договір на перевезення цінностей, договір нетінгу, договір валютного свопу, контракт валютного опціону, валютний ф'ючерсний контракт, та інші).

Банківські правочини регулюють значне коло відносин, але при цьому необхідно пам'ятати, що вони є дійсними, якщо дотримано принципу спеціальної правоздатності. Саме за таких умов вони можуть бути належним чином виконані, а їх суб'єкти зможуть реалізувати свою юридичну мету.

Таким чином, слід констатувати, що система банківських правочинів не обмежується правочинами передбаченими нормами ЦК. Сфера банківських послуг та принцип свободи договору зумовлюють можливість формування та застосування досить широкого спектру цивільних правочинів.

2. Загальна характеристика банківського правочину

2.1. Банк як сторона банківського правочину

Успіхи економічного розвитку країни в значній мірі залежать від стану фінансового ринку. Незважаючи на те, що прибутковість на цьому ринку нижча за рівень інфляції, кількість його учасників зростає, а його розвиток є визначальним для всієї економіки.

На розвиток кожного з сегментів фінансового ринку активний вплив здійснюють банківські установи. Банк стає установою, стабільність якого є важливою не тільки для юридичних та фізичних осіб, що здійснюють підприємницьку діяльність, чи заощаджують власні вільні кошти, а й для пересічних громадян, які скажімо, за допомогою платіжних карток отримують заробітну плату через банкомат. У цих умовах зростає роль банківських послуг, а, відповідно, і цивільних правочинів, за допомогою яких здійснюється належне регулювання відносин при наданні зазначених послуг.

Важлива роль в процесі відродження та розвитку економіки України відводиться банківській сфері. Основні принципи

функціонування банківської системи України на початку ХХІ століття реалізуються за наступними стратегічними напрямками:

- зростання рівня концентрації банківського капіталу;
- створення умов для збільшення обсягів кредитування реального сектору економіки;
- організація та забезпечення ефективної діяльності Українського банку реконструкції та розвитку, універсальних та спеціалізованих банків;
- зміцнення ресурсної бази комерційних банків;
- розвиток конкуренції на ринку банківських послуг;
- удосконалення системи нагляду за діяльністю банків;
- врегулювання в установленому порядку процедури банкрутства банків;
- удосконалення порядку реалізації заставленого майна з метою захисту інтересів кредиторів;
- удосконалення банківського законодавства тощо.

Зазначені економіко-правові чинники зумовлюють необхідність звернути увагу на проблеми формування статусу банківської установи як суб'єкта цивільного права.

Окремі аспекти правового статусу банків були розглянуті такими відомими науковцями як: М. Агарков, О. Братко, Л. Єфімова, Є. Карманов, Д. Нефедов, О. Олійник, Е. Роде, А. Селіванов, Г. Тосунян, Ю. Філатов, Г. Шершеневич¹⁴² та іншими.

¹⁴² Див.: Агарков М.М. Основы банковского права. Курс лекций. Издание 2-е. Учение о ценных бумагах. Научное исследование. Издание 2-е. – М.: Издательство БЕК. 1994; Братко А.Г. Банковское право (теория и практика). – М.: "Издательство ПРИОР", 2000.; Єфімова Л.Г. Коммерческий банк: предприятие или учреждение // Хозяйство и право. – 1992. – № 7. – с.100.; Карманов Є. Банк як суб'єкт банківського права. // Право України. – 2002. – № 9. – с.51 – 56; Нефедов Д.В. Правовой статус коммерческого банка. Дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 1994; Олійник О.М. Основы банковского права: Курс лекций. – М.: Юристь, 1997; Роде Э. Банки, биржи, валюты современного капитализма. Пер. с нем. – М.: Финансы и статистика. 1986. – с.340; Селіванов А.О. Правовой статус банків та фінансово-кредитних установ в Україні. / В кн. Банківське право України: Навч. посібник. Кол. авт.: Жуков А.М., Іюффе А.Ю., Кротюк В.Л., Пасічник В.В., Селіванов А.О. та ін./ За заг. Ред. А.О.Селіванова – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2000; Тосунян Г.А. К вопросу о статусе Банка России // Деньги и кредит. – 1999. – № 9. – с.15 – 19; Філатов Ю.В. Правовое положение банка как субъекта гражданского права. Дисс. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург – 1999; Шершеневич Г.Ф. Банкирские сделки у кн. Курс торгового права. Т. II: Товар. Торговые сделки. – М.: "Статут", 2003. – с.404 – 468.

Нормами ЦК України закріплюється поділ організацій, залежно від порядку їх створення на юридичні особи приватного права та юридичні особи публічного права¹⁴³.

Вказану класифікацію, як і будь-яку іншу, можна вважати практично доцільною або, принаймні, достатньо інформативною лише за тієї умови, що існують вагомі підстави для розгляду закладених в її основі критеріїв як дійсно значущих чинників ефективної регламентації участі юридичних осіб у цивільних відносинах¹⁴⁴.

Відображена у ЦК юридична класифікація організацій характерна для банківської системи України, що складається з Національного банку України (за статусом – юридична особа публічного права, основною функцією якої, відповідно до Конституції України, є забезпечення стабільності грошової одиниці¹⁴⁵) та інших банків (за статусом – юридичні особи приватного права).

Свою оцінку та критерії запропонованого законодавцем поділу юридичних осіб надають ряд вчених. Так В. Кравчук зазначає, що приватні юридичні особи створюються і діють в інтересах певного кола осіб: засновників, учасників або визначених в інший спосіб осіб. Вони не мають такого загально-соціального значення як публічні юридичні особи, а тому створюються незалежно від держави, на основі загального її дозволу, вираженого в законі¹⁴⁶. Тим самим підставою зазначеної класифікації визнається інтерес, якого намагаються досягти як юридичні особи приватного права так і організації публічного права.

Н. Кузнєцова підкреслює функціональні особливості відповідного поділу правосуб'єктних організацій. Суть цієї класифікації полягає в тому, що юридичні особи публічного права створюються незалежно від волі приватних осіб, як правило, для здійснення спеціальних функцій, не обумовлених їх участю у цивільному обороті (наприклад, міністерства і відомства, установи

¹⁴³ Див.: Стаття 81 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 року // Офіційний вісник України. – 2003. №11. – ст.461.

¹⁴⁴ *Примак В.* До питання про сенс і критерії розмежування юридичних осіб публічного та приватного права. // Юридична Україна. – 2004. – № 2. – с.43.

¹⁴⁵ Див.: Стаття 99 Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №30 – ст.141.

¹⁴⁶ *Кравчук В.М.* Соціально-правова природа юридичної особи: Дисертація ... канд. юрид. наук. 2000. – с.121.

соціальної сфери, культурно-освітнянські заклади та інші). І навпаки, юридичні особи приватного права створюються за ініціативою приватних осіб на договірних засадах саме з метою участі у різних цивільно-правових відносинах¹⁴⁷.

За твердженням О. Олійник статус комерційних банків єднає у собі два статуси – приватної юридичної особи та суб'єкта публічного права, що бере участь у грошовому процесі держави, обслуговуючи цей процес¹⁴⁸. Цієї ж позиції дотримується професор А. Селіванов, який також зазначає, що банк покликаний обслуговувати цей процес, використовуючи дозволені законом фінансові інструменти, розрахунки у готівковій і безготівковій формах грошового обігу. За своїм юридичним становищем банки є економічно самостійними і повністю незалежними суб'єктами від виконавчих та розпорядчих органів державної влади в рішеннях, пов'язаних із їх оперативною діяльністю¹⁴⁹. Братко О. також зазначає, що кредитна організація, як правило, є суб'єктом і цивільно-правових, і банківських відносин¹⁵⁰.

Дуалістичний підхід до статусу банку, що міститься у наведених виразах, зумовлений тісним співвідношенням норм цивільного та фінансового права, які взаємодіють у банківській системі. Розуміючи, які функції, задачі виконують зазначені норми ми можемо зробити висновок про те, які норми є домінуючими у банківській сфері, а відтак зрозуміти суб'єктом якого права є банк.

При створенні банку, учасники (юридичні або фізичні особи) на добровільних засадах, за власним волевиявленням, реалізуючи певну мету приймають відповідне рішення на підставі цивільних норм. При цьому, можуть бути запроваджені імперативні норми, наприклад, щодо власників істотної участі у банку, які повинні мати бездоганну ділову

¹⁴⁷ Кузнецова Н.С. Види юридичних осіб // У книзі 1 Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О.В. Дзера (керівник авт. кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. – 2-е вид., допов. перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2003. - Кн.1. – с.120 – 121.

¹⁴⁸ Олейник О.М. Основы банковского права: Курс лекций. – М.: Юристь, 1997. – с.80.

¹⁴⁹ Селіванов А.О. Правовий статус банків та фінансово-кредитних установ в Україні. В кн. Банківське право України: Навч. посібник. Кол. авт.: Жуков А.М., Іоффе А.Ю., Кротюк В.Л., Пасічник В.В., Селіванов А.О. та ін./ За заг. Ред. А.О.Селіванова – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2000. – с.78.

¹⁵⁰ Братко А.Г. Банковское право (теория и практика). – М.: "Издательство ПРИОР", 2000. – С. 43.

репутацію та задовільний фінансовий стан. Проте таким нормам властивий допоміжний характер, оскільки вони спрямовані на захист інтересів інших учасників, уникнення монопольного утворення тощо.

Набувши цивільну правоздатність та дієздатність банк стає суб'єктом цивільного права. Суб'єктивні права банківської установи формуються в межах встановлених законом правил поведінки.

Юридична особа може здійснювати окремі види діяльності тільки після одержання нею спеціального дозволу (ліцензії). Перелік видів такої діяльності встановлюється тільки лише законом. У відповідності зі ст. 227 ЦК, вчинений юридичною особою правочин, без відповідного дозволу (ліцензії), може бути визнаний судом недійсним. Якщо юридична особа ввела іншу сторону в оману відносного свого права на вчинення такого правочину, вона зобов'язана відшкодувати їй моральну шкоду, заподіяну таким правочином¹⁵¹.

Після отримання статусу юридичної особи та одержання ліцензії банк починає здійснювати підприємницьку діяльність у сфері надання фінансових послуг. При цьому, цей вид послуг відрізняється від інших лише за особливостями предмету, як відрізняються транспортні послуги від послуг зв'язку, туристичних або медичних, але за своєю природою це цивільні правовідносини, що регулюються відповідними нормами. Специфіка будь якої сфери послуг, як правило, передбачає запровадження окремих норм публічного права, для того щоб забезпечити нагляд, контроль, недопущення недобросовісної конкуренції, своєчасне стягнення податків тощо. Проте особи, що здійснюють свою діяльність у відповідній сфері не розглядаються як суб'єкти публічного права.

Особливість фінансових послуг за участю банку полягає у тому, що в межах даної сфери відбувається постійний перерозподіл досить значних грошових коштів. У зв'язку з цим, повстає питання щодо співвідношення приватних та публічних інтересів суб'єктів відповідних відносин.

¹⁵¹ Довгерт А.С. Гражданская правоспособность юридического лица. / В кн. Комментарий к Гражданскому кодексу Украины. Том II / под ред. разработчиков проекта ГК А. Довгерта, Н. Кузнецовой, А. Подоприторы и др. – Х.: ООО "Одиссей", 2005. – с. 85.

Успішність реалізації публічних інтересів значною мірою залежить від того, наскільки в них повно враховані найбільш типові приватні інтереси¹⁵².

Вплив норм публічного права на діяльність банку зумовлений необхідністю мінімізувати ризики втрати активів як клієнтів банку, так і самого банку, що у свою чергу впливає на стабільність банківської системи та економічні показники країни в цілому. У зв'язку з цим до банку як складової банківської системи намагаються запроваджувати значний масив публічних норм і визначати їх пріоритетність перед цивільними нормами. Такий підхід є хибним, оскільки пріоритетними є суспільні відносини банку не з Національним банком України, або іншими контрольно-наглядовими органами, а майнові відносини з клієнтом. Зумовлені необхідністю досягнення певного економічного результату відносини банк – клієнт є первинними. Норми та суб'єкти публічного права виконують лише допоміжні функції спрямовані на забезпечення належного здійснення цивільних відносин зазначених учасників.

Як зазначає О. Ломідзе, суб'єктивні цивільні права надаються суб'єктам (а суб'єктивні цивільні обов'язки покладаються на суб'єктів) в силу різних юридичних фактів, у тому числі правочинів¹⁵³.

Юридична особа, чи то публічного права, чи то приватного права, завжди у своєму арсеналі має як обов'язки так і права, що складають зміст її правосуб'єктності. Разом з тим, банк не має правомочностей якими наділені суб'єкти публічного права, наприклад, Національний банк України або податковий орган. Банк, як правило, є зобов'язаною особою у відносинах з даними суб'єктами. Тому банк слід розглядати лише як суб'єкт цивільного права і наділяти його статусом суб'єкта публічного права не має підстав.

Критерієм для поділу юридичних осіб приватного права також є функціональний аспект. Наприклад, банки, які за своїм статусом визнаються юридичними особами приватного права, можуть функціонувати як спеціалізовані або як універсальні. Спеціалізація

¹⁵² *Вінник О.М.* Теоретичні аспекти правового забезпечення реалізації публічних і приватних інтересів в господарських товариствах. Автореферат дис. ... докт. юрид. наук. – К., 2004. – с. 16.

¹⁵³ *Ломидзе О.Г.* Правонаделение в гражданском законодательстве России. – СПб.: Издательство "Юридический центр Пресс", 2003. – с. 15.

Банків визначається за певними напрямками професійної діяльності: ощадна справа; проведення інвестиційних проектів; іпотечне кредитування; обслуговування клірингових операцій.

Подібна спеціалізація банків існувала у ХІХ столітті. Г. Шершеневич зазначав, що банки розрізнялися по роду основних своїх операцій: облікові, депозитні, емісійні, іпотечні, ломбардні. Проте він зазначав, що не слід перебільшувати значення цього поділу. Фактично жоден з банків не обмежував свою діяльність певною операцією. Це не можливо, тому що вибраній операції повинна відповідати інша, яка б урівнювала кредит, що надається з кредитом, який отримується¹⁵⁴.

Тенденція до універсалізації щодо діяльності банків залишається до нашого часу. Вона зумовлена саме тим, що економічний результат від діяльності банку досягається за умови вдалого залучення грошових коштів та їх ефективного розміщення, а це передбачає застосування, як активних так і пасивних банківських операцій.

Банки разом з кредитними спілками, ломбардами, лізинговими компаніями, довірчими товариствами, страховими компаніями, установами накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційними фондами та компаніями тощо належать до групи фінансових установ – юридичних осіб, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг.

Відповідно до чинного законодавства банком є юридична особа, яка має виключне право на підставі ліцензії Національного банку України здійснювати у сукупності такі операції: залучення у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик, відкриття і ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб¹⁵⁵. Закріплення на законодавчому рівні за банком статусу юридичної особи, дає можливість застосування загальних норм цивільного законодавства про юридичні особи.

Ознаки, що містяться у цьому визначенні характеризують банк як суб'єкт, що може здійснювати певного роду підприємницьку діяльність, за умови спеціального дозволу. Проте в сучасних умовах,

¹⁵⁴ Див.: Шершеневич Г.Ф. Там само. – с.408.

¹⁵⁵ Див.: стаття 2 Закону України "Про банки і банківську діяльність" від 07.12.2000 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №5-6 – ст.30.

з проведенням реформи цивільного законодавства, такий підхід є дещо звужений.

З прийняттям нового Цивільного кодексу України розуміння повноважень банка як юридичної особи дещо змінюються. Н. Кузнецова відзначає, що тенденції розвитку сучасного цивільного права України підкреслили необхідність відмовитися від конструкції спеціальної правоздатності юридичної особи. Так, у новому ЦК України, на відміну від ЦК Російської Федерації, ЦК Республіки Казахстан та інших країн СНД, закріплений принцип загальної або універсальної правоздатності юридичних осіб, тобто юридична особа може мати такі самі права та обов'язки, як і особа фізична, за винятком тих прав та обов'язків, необхідною передумовою яких є природні властивості людини¹⁵⁶. Новітні принципові положення, що закріплені у ЦК мають історичну ретроспективу розвитку.

Ідея створення юридичної особи виникла за часів римського права. Квиритські юристи спромоглись розробити поняття правоздатності, прийоми штучної дієздатності та основні види певних соціальних утворень. Намагання протягом усього історичного періоду розвитку римського права віднайти найбільш зручну форму юридичної особи призводить до появи приватних корпорацій, муніципій, фісков, релігійних установ тощо. Спеціальними термінами, якими позначались юридичні особи були: "corpus" та "universitas".

Відомий романіст Йосип Покровський зазначає, що пошуки юридичної особи знайшли свої відображення у міських громадах, муніципіях, які складала самостійні держави, які були наділені правами громадянства та інкорпорований. При цій інкорпорації разом із самоврядуванням за ними була визнана і господарська самостійність, що поставило перед римським правом питання про те, як організувати участь цих громад в цивільному обігу, якому суду їх підпорядкувати тощо. Питання це було вирішено в сенсі їх підпорядкування звичайному цивільному праву та цивільному суду. Цим була визнана в принципі цивільна та процесуальна правоздатність муніципій як особливих суб'єктів прав, як певної

¹⁵⁶ Кузнецова Н.С. Правоздатність юридичної особи / У книзі І Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О.В. Дзера (керівник авт. кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. – 2-е вид., допов. перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2003.- Кн.1. – с.112.

самостійної юридичної єдності здатної на рівні з *singulae* або *privatae personae* володіти правами та захищати їх у звичайних формах суду¹⁵⁷.

Не менш відомий професор церковного права М.Суворов наприкінці XIX століття проаналізував цивілістичну доктрину щодо реальності юридичної особи, дискусії навколо якої, стосувалися рівності прав фізичної та юридичної особи¹⁵⁸.

Класичні цивілістичні теорії можуть запроваджуватися до сучасних суб'єктів права. Так, на думку Є. Карманов, банк, відповідно до Закону України "Про банки і банківську діяльність",

¹⁵⁷ Покровский И.А. История Римского права / И.А. Покровский. – Мн.: Харвест, 2002. – с.288.

¹⁵⁸ Папа Інокентій IV (1243-1254) був автором того юридичного догмату, що юридична особа є фікцією. Інокентій вперше встановив положення, що корпорація як така є безтілесна, уявна істота, яка не може діяти самостійно, а лише через своїх членів – це є не що інше як юридичне поняття. Це абстракція мислення без будь-якої реальності. Вплив папи Інокентія на юриспруденцію з половини XIII століття порівнюють з впливом Ф. Савіні на юриспруденцію XIX століття, вчення якого про юридичні особи є і до нашого часу актуальним. Професор Савіні визначав, що юридична особа – це є штучний, фіктивний суб'єкт, що допускається лише для юридичних цілей, і штучна здатність якого розповсюджується тільки на відносини приватного права. Ця теорія отримала назву втілення (*Personificationstheorie*). Германісти Безелер і Блунчлі заперечували цю теорію, які зазначали, що корпорація не може бути фіктивною особою, оскільки вона є дійсною, реальною, живою особою, а не штучний продукт мислення, і що не можна довільно обмежувати існування корпорації галуззю приватного права. Оponentом теорії втілення виступав Демелеус, який дотримувався принципу згідно з яким, якщо в юридичних особах реального суб'єкта немає, то його не треба вигадувати. Фікція не може створити особу там де її немає. Віндшейд у своєму творі "Actio des romischen Civilrechts", 1856, характеризує суб'єктивне право як визнане об'єктивним правом панування волі. Він зазначає, що закон надає можливість перенесення права з однієї особи на іншу та не обмежує права життям першого отримувача, таким чином кожний наступний набувач має не інше право в порівнянні з попереднім, а теж саме, не подібне, а тотожне. У притиборстві з юридичними особами Брінц дещо образно охарактеризував цю категорію, назвавши юридичні особи опудалами, які в системі цивільного права повинні мати так само мало місця, як не могли б претендувати на особливе згадування в природній історії ті опудала, які виставляються в городах і садах для лякання птахів. Брінц наполягав на приналежності майна меті. Рудольф Іерінг відкидає фіктивні особи, але так само відкидає і безсуб'єктне майно: нима права без суб'єкта, і суб'єстом цим можуть бути лише дійсні особи, а не фіктивні. Юридична догма Іерінга містить положення, що юридична особа як така не здатна до користування, не має інтересу і мети, не може мати й прав. Не юридична особа як така, а окремі члени суть істинні юридичні суб'єкти. Юридична особа є не що інше, як звернена на зовні форма, в якій виявляються та завдяки якій виникає її ставлення до оточуючого світу. Див.: Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву. – М.: "Статут", 2000. – с.65, 68, 70, 72, 83.

розглядається з позиції теорії фікції, тобто як правовий засіб, прийом юридичної техніки, штучний суб'єкт права, існування якого визнається після державної реєстрації Національним банком України¹⁵⁹.

Говорячи про банк як юридичну особу, слід підкреслити, що він є необхідним елементом підприємницької діяльності, і як підприємницьке утворення, яке залучає та зберігає гроші осіб і використовує їх для надання фінансових послуг та інвестицій, наділений певними ознаками.

У літературних джерелах ознаки суб'єкта підприємницького права зводяться до наступних: 1) зареєстрованість у встановленому порядку або легітимація іншим способом; 2) господарська компетенція; 3) наявність відокремленого майна; 4) самостійна майнова відповідальність¹⁶⁰.

За твердженням О. Красавчикова юридична особа – це сама організація, що виступає у якості суб'єкта цивільного права, а юридична особистість, це правова форма, яка визначає юридичні межі можливої та необхідної участі організації в цивільних та інших правовідносинах¹⁶¹.

Досліджуючи ознаки корпорації Т. Кашаніна зазначає, що в континентальному праві поняття корпорації в основному співпадає з поняттям юридичної особи. Тому корпорацію можна визначити як колективне утворення, організацію визнану правом юридичною особою, засновану на об'єднаних капіталах, що здійснює будь-яку соціально-корисну діяльність¹⁶².

З юридичної точки зору для характеристики суб'єкта підприємницької діяльності в Україні найбільш важливим є факт його легітимації, тобто державного підтвердження законності входу останнього в підприємницьку сферу і заняття названою діяльністю, що підтверджується державною реєстрацією, а в

¹⁵⁹ Карманов Є. Банк як суб'єкт банківського права. // Право України. – 2002. – № 9. – с.52

¹⁶⁰ Див. Ершова И.В., Иванова Т.М. Предпринимательское право. – М., 1999. – с.21.

¹⁶¹ Красавчиков О.А. Сущность юридического лица // Советское государство и право. – 1976. – № 1. – с.55.

¹⁶² Кашанина Т.В. Хозяйственные товарищества и общества: правовое регулирование внутрифирменной деятельности. Учебник для вузов. – М.: Издательская группа ИНФРА-М – КОДЕКС, 1995. – с.28.

окремих випадках – також ліцензуванням і патентуванням деяких видів діяльності¹⁶³.

Як зазначає В. Кисіль, теорія інкорпорації, виникнення якої пов'язують з англосаксонськими правовими системами, покладена в основу особистого закону юридичної особи розробниками українського проекту ЦК. Ця теорія виходить з того, що існування юридичної особи встановлюється державою, яка затверджує або реєструє статут такої особи¹⁶⁴.

З'ясувавши погляди відомих науковців на сутність поняття юридичної особи стає зрозумілим, що *юридична особа це певне організаційне утворення, що має відокремлене майно та яка після факту її легітимації набуває цивільних прав та обов'язків*.

Загальний механізм створення юридичної особи за думкою І. Спасибо-Фатєєвої складається з певних етапів:

а) ухвалення рішення про створення шляхом вираження волі осіб, які виявили такий намір, у виді визначеного документа встановленої форми;

б) державна реєстрація юридичної особи.

Крім цих двох етапів, характерних для створення будь-якої юридичної особи, для окремих видів юридичних осіб можливі додаткові етапи:

в) відкриття рахунку в банку для формування статутного капіталу шляхом внесення грошових внесків учасниками;

г) одержання дозволу на створення юридичної особи, що характерно, наприклад, для створення банків з іноземним капіталом або придбання діючим банком статусу банку з іноземним капіталом;

д) здійснення визначених дій, які вимагаються законом. Наприклад, для створення кредитних союзів вимагається також проведення установчих зборів із складанням протоколу, надання якого потребується для державної реєстрації цих юридичних осіб¹⁶⁵.

Мета створення банку як учасника цивільного обігу може розглядатися через призму об'єктивних економіко-правових

¹⁶³ Саніахметова Н. Поняття суб'єктів підприємницької діяльності. // Право України. – 2001. – № 9. – с.30.

¹⁶⁴ Див.: Кисіль В.І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації. – К.: Україна, 2000. – с. – 249.

¹⁶⁵ Див.: Спасибо-Фатєєва І. Створення юридичної особи // Юридичний радник. – 2004. – № 2. – с.5.

факторів, що забезпечують життєві умови суспільства. Мова іде насамперед про майновий інтерес того чи іншого індивіда та юридичне оформлення його волі.

За певних умов можна говорити про наявність організацій які не є юридичними особами. Так, мінімальний розмір статутного капіталу банку на момент реєстрації не може бути менше ніж зазначено у ст. 31 Закону України "Про банки і банківську діяльність". Тобто передумовою виникнення юридичної особи є певні правові дії учасників (фізичних чи юридичних осіб), організація яких регулюється договором по створенню відповідної банківської установи. Відповідно до норм чинного законодавства, умов договору та звичаїв ділового обороту представник учасників (засновників) вчиняє дії щодо державної реєстрації юридичної особи. При цьому самі учасники з моменту виникнення організації по створенню банку несуть солідарну відповідальність за зобов'язаннями, що виникли до державної реєстрації банку, виконують ряд вимог щодо узгодженого надання документів для отримання учасником дозволу на придбання істотної участі в банку тощо. При здійсненні таких узгоджених дій учасників формуються сталі зв'язки, оскільки вони направлені на реалізацію певної економічної мети.

В деяких випадках важлива і цікава лише дана ціль, тому в свідомості така поведінка людини віддзеркалюється як поведінка цілого – організації. При всьому різноманітті поглядів дослідники вказують на соціально-цільовий зв'язок у якості обов'язкової ознаки об'єктів, яким відповідає правова конструкція "юридичної особи"¹⁶⁶.

За думкою О. Красавчикова сутність організації у тих зв'язках і відносинах, в яких люди знаходяться один по відношенню до другого, об'єднуючись для поставленої мети¹⁶⁷.

Діяльність організацій не можна розглядати незалежно від діяльності громадян. Адже діяльність організації виникає у другому прошарку, а в першому прошарку "поводять себе" лише люди. Отже, діяльність організацій, у тому числі і юридичних осіб, – це така діяльність людей, при якій утворюється єдність актів поведінки

¹⁶⁶ *Фогельсон Ю.Б.* О реальности юридических лиц // Правоведение – 1996. – №2. – с.24.

¹⁶⁷ *Красавчиков О.А.* Сущность юридического лица // Советское государство и право. – 1976. – № 1. – с.52.

людей для досягнення певної мети, або інакше: діяльність організації – одна з форм діяльності людей¹⁶⁸.

Таким чином, тісний зв'язок між людьми, які виступають самостійно або представляють юридичну особу при створенні організації забезпечується єдністю дій та цілеспрямованістю досягнення відповідними особами певного соціально-правового результату.

Ю. Фогельсон наголошує на тому, що фізичні та юридичні особи – це конструкції, інструменти юридичної техніки. Права та обов'язки і фізичних і юридичних осіб – також інструменти юридичної техніки і за своєю природою нічим друг від друга не відрізняються. З юридичної точки зору не можна сказати, що права фізичних осіб первинні, а права юридичних – вторинні, а можна говорити лише про те які з цих конструкцій доцільно використовувати у тій чи іншій правовій ситуації. І далі Ю. Фогельсон стверджує, що юридична особа – це інструмент юридичної техніки, юридична конструкція, що використовується для забезпечення правового регулювання та захисту такої законної діяльності громадян, яка по-перше утворює цільову єдність, по-друге, не залежить від персонального складу провідних її осіб і, в-третьє, особи, що її ведуть, як правило, не відповідають своїм майном за її результати¹⁶⁹.

Розглядаючи юридичну особу як допоміжне поняття правознавства Г. Кельзен відмічає, що коли правовий порядок наділяє яку-небудь корпорацію юридичною персональністю, це означає, що правовий порядок установлює обов'язки й права, які своїм змістом мають поведінку людей, котрі є органами й членами конституйованої певним статутом корпорації, та, що ці складні обставини справи з користю описати за допомогою персоніфікації статуту, який конституює корпорацію¹⁷⁰.

Зв'язок, який об'єднує діяльність банку з діяльністю його учасників (фізичними або юридичними особами) формує *наступні принципи постулати*:

¹⁶⁸ Фогельсон Ю.Б. Там само. – с.24.

¹⁶⁹ Фогельсон Ю.Б. Там само. – с.25.

¹⁷⁰ Див.: Кельзен Ганс. Чисте Правознавство: 3 дод.: Пробл. справедливості / Пер. з нім. О. Мокровольського. – К.: Юніверс, 2004. – с. 212.

- здатність утворення майново-організаційного єдиного цілого – юридичної особи, яка буде здатна мати такі ж цивільні права та обов'язки (цивільну правоздатність), як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині;

- підприємницька діяльність, яка здійснюється банком за умови отримання ліцензії НБУ, підкоряється реалізації юридичної мети, що поставили перед собою учасники;

- об'єднання грошових коштів учасників формує статутний капітал, що відноситься до власного основного капіталу банку, який у свою чергу повинен функціонувати з метою досягнення певного економічного результату, що буде сприяти нарощуванню капіталу банку, а також його учасників;

- діяльність не залежить від конкретного складу представників (хоча, досить важливим аспектом для діяльності банків є обсяг повноважень представників¹⁷¹) органів управління, важливо щоб залишалася незмінною цільова спрямованість такого зв'язку;

- банк та його учасники самостійно відповідають за своїми зобов'язаннями. Як правило, учасники не відповідають за зобов'язаннями банку, а банк не відповідає за зобов'язаннями учасників. Учасники несуть солідарну відповідальність за зобов'язаннями, що виникли до державної реєстрації банку. У свою чергу, банк може відповідати за зобов'язаннями учасників, що пов'язані з його створенням, тільки у разі наступного схвалення дій учасників відповідним органом управління банку.

Слід звернути увагу на те, що науковці неодноразово вказували на необхідність врегулювати нормативно-правовими актами процес передачі засновниками коштів у статутний капітал ще не зареєстрованої юридичної особи (банку), а також порушували питання про неправомірність емісії цінних паперів неіснуючого банку у формі акціонерного товариства. Зазначимо, що у чинних нормативно-правових актах не вказується, яким чином засновники можуть передати кошти ще не створеній юридичній особі¹⁷².

¹⁷¹ Див.: Харитонов Е.О. Представительство. / В кн. Комментарий к Гражданскому кодексу Украины. Том II / под ред. Разработчиков проекта ГК А. Довгерта, Н. Кузнецовой, А. Подоприторы и др. – Х.: ООО "Одиссей", 2005. – с.223 – 237.

¹⁷² Карманов С. Банк як суб'єкт банківського права. // Право України. – 2002. – № 9. – с.54.

Прикладом запровадження спеціальних норм, що регулюють відносини з надання фінансових послуг, є стаття 52 (Угоди з пов'язаними з банком особами) Закону України "Про банки і банківську діяльність"¹⁷³.

Поняття угода у контексті даної статті розглядається як цивільний правочин. При цьому мова іде не лише про правочини, що регулюють відносини з приводу надання банківських послуг, або здійснення банківських операцій, але й про ті правочини, в яких банк сам виступає в ролі покупця певного товару, користувача майна, замовника певних робіт, послуг тощо.

Стаття містить імперативну норму, яка регулює відносини банку з пов'язаними з банком особами (далі – пов'язані особи) і направлена на зниження ризиків у банківській системі в цілому. При регулюванні відносин банк не може надавати переваги пов'язаним особам перед іншими клієнтами щодо окремих умов відповідного правочину. Якщо правочин банку з пов'язаною особою буде укладено на більш сприятливих умовах (на умовах, сприятливіших за звичайні, які визначаються відповідно до типових умов договорів певного виду, оприлюднених у встановленому порядку, ст. 630 ЦК), ніж з іншим клієнтом то одна з сторін або заінтересована особа може заперечувати його дійсність на підставах, встановлених законом. Такий правочин може бути визнаний судом недійсним (оспорюваний правочин ст. 215 ЦК). За умови визнання судом відповідного правочину недійсним, він є недійсними з моменту вчинення. Якщо за недійсним правочином права та обов'язки передбачалися лише на майбутнє, можливість настання їх у майбутньому припиняється (ст. 236 ЦК).

Пов'язані особи – це юридичний термін, який містить ознаки суб'єктного складу фізичних і юридичних осіб, що можуть безпосередньо або опосередковано впливати на результати діяльності банку та його економічні показники у зв'язку з наявними між ними та банком корпоративними, трудовими, сімейними, особистими немайновими та майновими відносинами. Коло осіб які можуть бути визнані пов'язаними з банком особами є вичерпним і міститься у частині другій статті, що коментується.

¹⁷³ Див.: Стаття 52 Закону України "Про банки і банківську діяльність," від 07.12.2000 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №5-6. – ст.30.

Керівниками банку є голова, його заступники та члени ради банку, голова, його заступники та члени правління (ради директорів), головний бухгалтер, його заступник, керівники відокремлених структурних підрозділів банку.

Власниками істотної участі в банку визнаються юридичні або фізичні особи, які на підставі письмового дозволу Національного банку України прямо чи опосередковано володіють чи контролюють 10, 25, 50 та 75 відсотків статутного капіталу банку чи права голосу придбаних акцій (паїв) в органах управління банку. Вимоги, щодо отримання такого дозволу містяться у ст. 34 Закону¹⁷⁴.

Пов'язаними особами визнаються брати та сестри, чоловік, жінка, повнолітні діти, батьки керівників банку, фізичної особи, що є власником істотної участі банку або керівників юридичної особи, що є власником істотної участі банку.

Будь-яка юридична особа, в якій банк має істотну участь (пряме або опосередковане, самостійно або спільно з іншими особами володіння 10 і більше відсотками статутного капіталу або права голосу придбаних акцій (паїв) юридичної особи або незалежна від формального володіння можливість вирішального впливу на керівництво чи діяльність юридичної особи або яка має істотну участь у банку) визнається афілійованою особою банку (будь-яка юридична особа, в якій банк має істотну участь або яка має істотну участь у банку) і відповідно – пов'язаною особою. До цієї категорії також відносяться керівники і власники істотної участі (юридичні або фізичні особи, які на підставі письмового дозволу Національного банку України прямо чи опосередковано володіють чи контролюють 10, 25, 50 та 75 відсотків статутного капіталу банку чи права голосу придбаних акцій (паїв) в органах управління банку) в афілійованих особах, а також їх близькі родичі.

Частина 3 статті 52 Закону містить вичерпний перелік більш сприятливих умов, які можуть бути підставою для визнання судом недійсними правочинів, що вчинені з пов'язаними з банком особами. До таких умов *відносяться*:

1) прийняття меншого забезпечення виконання зобов'язань, ніж вимагається від інших клієнтів. Так, наприклад, формулярами банківської установи передбачено, що кредитування особи

¹⁷⁴ Див.: Там само. Стаття 34.

здійснюється за умови забезпечення повернення кредиту шляхом застави майна або поруки поручителя. У той же час, якщо виконання зобов'язання пов'язаної з банком особою здійснюється шляхом неустойки, така умова може бути підставою для визнання судом недійсними відповідного право чину;

2) придбання у пов'язаної особи майна низької якості чи за завищеною ціною. Наприклад, придбання комплекту програмного забезпечення низької якості, який не може бути використаний банком за призначенням;

3) здійснення інвестиції в цінні папери пов'язаної особи, яку банк не здійснив би в інше підприємство оскільки вони є неліквідні;

4) оплата товарів та послуг пов'язаної особи за цінами вищими, ніж звичайні або за таких обставин, коли такі самі товари і послуги іншої особи взагалі не були б придбані. Наприклад, на підставі договору купівлі-продажу акціонер – власник істотної участі в банку передав банку автомобіль за ціною, значно вищою ніж та яка встановлена на відповідну модель у спеціалізованому автосалоні.

За умови, що фінансовий розвиток банку буде стабільним і прибуток банку буде дозволяти, банк може вчиняти правочини з пов'язаними особами, які передбачають нарахування відсотків та комісійних на здійснення банківських операцій, які менші звичайних, та нарахування відсотків за вкладами і депозитами, які більші звичайних.

Банку забороняється надавати кредити будь-якій особі для: погашення цією особою будь-яких зобов'язань перед пов'язаною особою банку; придбання активів пов'язаної особи банку; придбання цінних паперів, розміщених чи підписаних пов'язаною особою банку. Винятком з цього правила, є кредити які можуть бути надані будь-якій особі для закупівлі продукції, що виробляється пов'язаною особою банку.

Національний банк України може своїм розпорядженням запроваджувати обмеження на суму угод із пов'язаними особами.

Досліджуючи порядок утворення та діяльності банку другого рівня (за законодавством Казахстану – прим. І.Б.) Є. Осипов визначає банк як спеціалізовану фінансову комерційну організацію, що є юридичною особою, яка створена для здійснення та яка

здійснює виключно банківську діяльність на підставі (генеральної) ліцензії Національного банку Республіки Казахстан¹⁷⁵.

У порівнянні з іншими фінансовими установами банкам надано унікальний статус. Унікальність полягає в тому, що, по-перше, жодна інша фінансова установа не може надавати такого широкого спектру фінансових послуг, як банк, по-друге, банківська система в цілому та окремих банків при здійсненні професійної діяльності мають певне монопольне становище у сфері фінансового ринку (звідси ретельний нагляд контролюючих органів і вплив норм публічного права), по-третє, особлива роль та статус суб'єкта, що надає комплекс спеціальних фінансових послуг на підставі приватно-правових норм, по-четверте, певний довірчий характер відносин банк – клієнт, по-п'яте, отримання відповідно до закону, можливості розпоряджатися залученими коштами.

Особливий характер статусу банківської установи пояснюється *наступними тезами:*

1. Банки здійснюють свою діяльність спрямовану на надання максимально широкого спектру фінансових послуг, тобто операції з фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, – і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів. Лише окремі види послуг банкам забороняється надавати, наприклад, послуги зі страхування, хоча з цього правила є виключення. Банківська установа може виконувати функції страхового посередника.

2. Поняття банківської монополії може розглядатися як право надавати фінансові послуги. При цьому, виконання окремих банківських операцій не може розглядатися як банківська монополія. У сучасному розумінні банківська монополія це право банку, що має ліцензію здійснювати у сукупності три банківські операції: приймання вкладів (депозитів) від юридичних і фізичних осіб; 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;

¹⁷⁵ Осипов Е.Б. Гражданско-правовые договоры с участием банков: Автореф. канд. дисс. – Алматы, 1997. – с.16.

розміщення залучених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик.

Аналізуючи форми концентрації банківського капіталу В. Костицький зазначає, що створення банківських консорціумів дозволяє одночасно вирішувати кілька важливих для банківських установ проблем: 1) акумуляцію значних кредитних ресурсів; 2) здійснення кредитування великих інвестиційних проектів у реальному секторі економіки; 3) зменшення ризиків; 4) дотримання нормативного показника максимального розміру ризику на одного позичальника. В межах банківського консорціуму може застосовуватися схема так званого паралельного кредиту, за якої кожний банк-учасник консорціуму самостійно надає позичальнику визначену частку кредиту на загальних, попередньо узгоджених умовах¹⁷⁶.

Проблеми монополізації в банківській системі законодавець намагається вирішити шляхом застосування імперативних норм. Так, банкам забороняється укладати договори з метою обмеження конкуренції та монополізації умов надання кредитів, інших банківських послуг, встановлення процентних ставок та комісійної винагороди. Банку забороняється встановлювати процентні ставки, комісійні винагороди на рівні нижче собівартості банківських послуг та вчиняти будь-які дії щодо впровадження у своїй практиці недобросовісної конкуренції. Факти недобросовісної конкуренції щодо надання банком тих чи інших банківських послуг або здійснення операцій є підставою для заборони цьому банку подальшого надання таких послуг або здійснення операцій¹⁷⁷.

3. Банк самостійно визначає напрями своєї діяльності і спеціалізацію за видами операцій та має право володіти, користуватися та розпоряджатися майном, що перебуває у його власності. Держава, а також її представницький орган – Національний банк України не відповідають за зобов'язаннями банків, а банки не відповідають за зобов'язаннями держави та Національного банку України, якщо інше не передбачено законом або договором. Органам державної влади і органам місцевого

¹⁷⁶ Костицький В. Закон концентрації банківського капіталу: необхідність та шляхи здійснення. Право України. 2002, № 12. – С. 60.

¹⁷⁷ Див.: стаття 53 Закону України "Про банки і банківську діяльність" від 07.12.2000 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №5-6 – ст.30.

самоврядування забороняється будь-яким чином впливати на керівництво чи працівників банків у ході виконання ними службових обов'язків або втручатись у діяльність банку, за винятком випадків, передбачених законом.

Раніше статусу юридичної особи та відповідно набуття правоздатності банк отримує після внесення відповідного запису до Державного реєстру банків. Проте, у зв'язку із прийняттям Закону України "Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців", згідно частини 1 статті 3, дія цього Закону поширюється на державну реєстрацію всіх юридичних осіб незалежно від організаційно-правової форми, форми власності та підпорядкування, для отримання банківської ліцензії банк має, *по-перше*, пройти процедуру державної реєстрації юридичних осіб та бути внесеним до Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців, та, *по-друге*, отримати статус банку шляхом внесення в Державний реєстр банків, що ведеться Національним банком України. Лише після вчинення зазначених юридично-значимих дій, банк отримує можливість претендувати на отримання у встановленому законодавством України порядку банківської ліцензії.

На думку Є. Карманова банк наділяється дієздатністю після одержання банківської ліцензії, письмового дозволу або ліцензії на здійснення окремих операцій¹⁷⁸. Отримання банківської ліцензії дає право здійснювати банківську діяльність. Проте слід зазначити, що відповідно до Закону України "Про банки і банківську діяльність" банківською діяльністю (у вузькому розумінні¹⁷⁹ – прим. І.Б.) є залучення у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик, відкриття і ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб¹⁸⁰. Саме вичерпний перелік основних видів банківських послуг складає, за чинним законодавством України, зміст банківської діяльності, а відтак лише для здійснення

¹⁷⁸ Карманов Є. Банк як суб'єкт банківського права. // Право України. – 2002. – №9. – с.52.

¹⁷⁹ Див.: Безклубий І. Співвідношення понять "банківська послуга", "банківський правочин", "банківська операція" // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 9. – с.31 – 34.

¹⁸⁰ Див.: стаття 2 Закону України "Про банки і банківську діяльність" від 07.12.2000 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №5-6 – ст.30.

вказаних основних банківських операцій необхідна ліцензія, при тому, що ці операції будуть здійснюватися банком у сукупності. Така думка підтверджується нормою ЦК України, де зазначено, що юридична особа може здійснювати окремі (підкреслено І.Б.) види діяльності, перелік яких встановлюється законом, після одержання нею спеціального дозволу (ліцензії)¹⁸¹.

Таким чином, банк як юридична особа наділяється цивільною правоздатністю і дієздатністю, може бути позивачем та відповідачем у суді з моменту державної реєстрації. Саме з цього моменту він несе відповідальність в межах свого статутного капіталу, який є вже сплаченим. Без отримання ліцензії банк може надавати досить широкий спектр послуг: довірчих, посередницьких, агентських, консультаційних, інформаційних тощо, і лише з моменту отримання банківської ліцензії – послуги з відкриття і ведення банківських рахунків клієнтів, депозитні та кредитні операції.

Банківська ліцензія надається Національним банком України лише за наявності сплаченого та зареєстрованого підписного капіталу банку (для місцевих кооперативних банків – 1 мільйона євро; для комерційних банків, які здійснюють свою діяльність на території однієї області, – 3 мільйонів євро; для банків, які здійснюють свою діяльність на території всієї України, – 5 мільйонів євро); забезпеченості банку належним банківським обладнанням, комп'ютерною технікою, програмним забезпеченням, приміщеннями відповідно до вимог НБУ та наявності як мінімум трьох осіб, призначених членами правління (ради директорів) банку, які мають відповідну освіту та досвід, необхідний для управління банком.

4. Правовідносини банку з клієнтом формуються за певними партнерськими принципами яким властиві: добровільність, взаємозацікавленість, комерційний характер, доступність грошового ринку.

Довірчий характер відносин, що спостерігається у банківській сфері зумовлений тим, що незважаючи на намагання звести до мінімуму ризик неповернення коштів як з боку банка, так і з боку клієнта, залишається певна частка такого ризику. Законом передбачені певні заходи направлені на зменшення окремих ризиків. Так, вклади фізичних осіб комерційних банків гарантуються в

¹⁸¹ Частина 3 статті 91 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 року // Офіційний вісник України. – 2003. – №11 ст.461.

порядку, передбаченому законодавством України. Проте, абсолютної величини, яка б характеризувала відсутність, наприклад, кредитного ризику, немає. Слід також зазначити, що клієнт має право доступу до інформації щодо діяльності банку, наприклад, отримання відомостей, які підлягають обов'язковій публікації, про фінансові показники діяльності банку та його економічний стан; перелік керівників банку та його відокремлених підрозділів, а також фізичних та юридичних осіб, які мають істотну участь у банку; перелік послуг, що надаються банком та їх ціну тощо.

5. Отримання статусу банку дає можливість залучати у вклади грошові кошти клієнтів (фізичних і юридичних осіб) та розміщати зазначені кошти від свого імені, на власних умовах та на власний ризик. Юридична природа таких грошових коштів носить подвійний характер. На сам перед вони формують у банку титул власності, що підкреслює речово-правовий характер. У той же час набуття банком права власності на залучені кошти, зумовлює виникнення у нього зобов'язання щодо повернення такої ж самої суми грошових коштів із сплатою процентів, тобто вчинення дій, що носять вже зобов'язально-правовий характер.

Враховуючи вищенаведене спробуємо надати визначення такій фінансовій установі як банк.

Банк – це юридична особа, що з моменту запису до Єдиного державного реєстру юридичних осіб набуває цивільної правоздатності та дієздатності та має право надавати окремі фінансові послуги, а за умови отримання ліцензії Національного банку України здійснювати у сукупності операції щодо залучення у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик, відкриття і ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб.

2.2. Гроші та цінні папери як об'єкти банківського правочину

З позицій філософії об'єкт – це зовнішній протилежний суб'єкту предмет, на який спрямовані пізнання і дія суб'єкта. Слід зазначити, що це філософське твердження не може застосовуватись буквально до правових, зокрема, цивільних відносин, оскільки може скластись хибна думка, що правовідносини – це відносини між суб'єктом і

об'єктом, "Насправді ж правовідносини слід розглядати як відносини між суб'єктами з приводу того чи іншого об'єкта"¹⁸². Правовідносини, що складаються між особами стосовно матеріальних чи нематеріальних благ з метою задоволення власних потреб.

Під об'єктами цивільних прав розуміють те благо, на яке спрямоване суб'єктивне право, тобто все те, з приводу чого виникає певний правовий зв'язок між особами і з приводу чого складаються певні цивільні правовідносини.

Отже, об'єктами цивільних прав (правовідносин) можуть бути матеріальні чи нематеріальні блага, задля яких "суб'єкти вступають у відносини і на які спрямовані їх суб'єктивні права та обов'язки з метою задоволення своїх законних прав та інтересів"¹⁸³.

Функції грошей виконують монети та банкноти, які розглядаються як матеріальні об'єкти та так звані безготівкові грошові кошти. Проте якщо перша категорія є об'єктом речових прав, то друга – об'єктом зобов'язального права.

Сучасні економічні відносини не можна уявити без використання грошей. Ми повсякденно користуємось грішми і при цьому замислюємося лише про їх кількість. Проблеми грошей на побутовому, державному та світовому рівні утворюють як в економіці, так і в юриспруденції одну з найважливіших та актуальніших тем дослідження. Більшість з нас сприймає гроші як щось, що розуміється саме собою, але не потрибує великих інтелектуальних зусиль, щоб усвідомити, що в грошах є дещо особливе. Це додає грошам особливу привабливість.

Походження та еволюція грошей, їх функції та властивості, дослідження правової природи грошей як окремого виду речей та форм які можуть приймати гроші у сучасній економіці, визначення недоліків грошей та їх відмінність від квазігрошей, це лише незначний перелік тих питань відповідь на які дають можливість зрозуміти сутність важливого винаходу людства яким є гроші.

Наскільки гроші є штучним інструментом? За своєю суттю гроші є багатofункціональною економічною категорією. Юридичний аспект грошей містить у собі поняття грошей як особливого об'єкту правовідносин. Безумовно, формування юридичного поняття грошей

¹⁸² Цивільне право. Загальна частина. / За ред. проф. О.А.Підпригори і Д.В. Бобрової. – К., "Вентурі", 1995. – с.107.

¹⁸³ Див.: там само. – с.108.

не можливо без розуміння економічної природи цього явища. Так само не можливе функціонування грошей в товарному обігу без належного правового регулювання цього інструменту.

Дослідженню цивільно-правового аспекту грошей у ХІХ столітті присвячені роботи професора київського університету Св. Володимира П. Цитовича та вченого правознавця О. Літовченка¹⁸⁴. На початку минулого століття доктрину грошей, грошових зобов'язань у цивільному праві розробляли відомі вчені Г. Шершеневич, Л. Ельяссон, М. Агарков, Л. Лунц¹⁸⁵. На нашу думку, сучасні правознавці приділяють недостатню увагу питанню правового регулювання грошей.

Тенденції сучасного юридичного розуміння грошей, в силу об'єктивного зв'язку економіки та права повинні бути узгодженні з розумінням грошей в економічній теорії. А основним принципом сучасної економічної теорії грошей полягає у тому, що все, що виступає в якості грошей, і є грошами¹⁸⁶.

Класичний підхід до визначення поняття грошей потребує коригування адже сучасні економічні відносини породжують нові форми платіжних інструментів, з'являються замітники грошей, квазігроші, розширюється сфера застосування грошей як платіжного засобу. У зв'язку з цим теоретичне обґрунтування окремих правових аспектів пов'язаних з грошами та їх похідними буде сприяти створенню належної законодавчої бази та формуванню на практиці універсальних інструментів здатних належним чином працювати на конкретного суб'єкта правовідносин і на економіку країни в цілому.

У сучасному законодавстві України є термінологічне визначення таких понять як: "гривня", "валютні цінності", "валюта України", "іноземна валюта", "грошові кошти", "еквіваленти грошових коштів",

¹⁸⁴ Див.наукові праці: *Цитович П.* Деньги в области гражданского права. – Киев. 1873; *Литовченко О.* Деньги в гражданском праве. К., 1887.

¹⁸⁵ Див.: *Шершеневич Г.Ф.* Курс торгового права. – М., 1914; *Ельяссон Л.С.* Деньги, банки и банковские операции. – М., 1926; *Агарков М.М.* Основы банковского права. – М., 1926; *Лунц Л.А.* Деньги и денежные обязательства. – М.: Финансовое изд. НКФ СССР, 1927; *Лунц Л.А.* Денежные обязательства в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран // Ученые труды Всесоюзного ин-та юрид.наук Министерства юстиции Союза ССР. Вып. XIV. – М.:Юрид. изд. Министерства юстиции СССР, 1948.

¹⁸⁶ Современная экономика для студентов юридических специальностей. Лекционный курс: Учебное пособие. – Ростов-н/Д., 2001. – с.166.

"грошовий сурогат", "банківські метали"¹⁸⁷ та визначення інших термінів, пов'язаних з грошима. В той же час визначення грошей у законодавстві України ми не знайдемо. Розуміння цього поняття та його закріплення на законодавчому рівні є необхідним при регулюванні грошового обігу та визначення статусу суб'єктів, що беруть участь у відповідних правовідносинах.

Звернення до загальної довідникової літератури¹⁸⁸ дає можливість узагальнити визначення поняття грошей як металевих або паперових знаків, що є мірою вартості при купівлі – продажу і виконуючих роль загальновідомого еквіваленту.

У спеціальних юридичних словниках гроші характеризуються як один з об'єктів цивільних прав. Головна особливість грошей, як об'єкта цивільних прав полягає у тім, що вони, будучи загальним еквівалентом, можуть замінити собою майже будь-який об'єкт майнових відносин, що носять відплатний характер. У Римі в часи громадянських війн Цезар дозволяв боржникам розраховуватися з своїми кредиторами нерухомим та рухомим майном по тій вартості, яку відповідне майно мало до війни. Майно, що передавалося у рахунок виконання зобов'язання виконувало платіжну функцію грошей. "*Rescupiae imperare oportet, non servire*"¹⁸⁹. Цей вислів, якому не одна сотня літ, визначає місце відповідної економічної категорії в житті людства.

У цивільному праві гроші, як і цінні папери, визнаються окремим різновидом речей, причому різновидом родових, замінних речей. Загибель грошових знаків у боржника не звільняє його від обов'язку сплатити кредитору відповідну грошову суму. Гроші не можуть

¹⁸⁷ Див. ст.ст.192-193 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 року // Офіційний вісник України. – 2003. – №11 – ст.461; Закон України "Про Національний банк України" від 20.05.1999 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1999 – №29. – ст.238; Декрет Кабінету Міністрів України "Про систему валютного регулювання і валютного контролю" від 19.02.93 // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 17. – ст.184; Положення (стандарт) бухгалтерського обліку 4 "Звіт про рух грошових коштів" затв. Наказом Міністерства фінансів України від 31.03.1999 №87 // Офіційний вісник України. – 1999 – №25 – ст.1217.

¹⁸⁸ Див.: Банківська справа: Короткий словник-довідник/ Уклад. А.В.Калина, В.М.Кочетков.- К.:МАУП, 1998.–с.37; Большой энциклопедический словарь <http://dic.academic.ru/misc/enc3p.nsf/>; Энциклопедический словарь Брокгауза и Эфрона <http://russia.agama.com/bol/>; Финансовый словарь http://dic.academic.ru/misc/fin_enc.nsf/; Современная энциклопедия <http://dic.academic.ru>.

¹⁸⁹ З лат. – грошима треба розпоряджатися, а не служити їм. – прим. І.Б.

бути витребувані від добросовісного набувача, навіть якщо вони були вкрадені у власника чи загублені ним¹⁹⁰.

Таку думку розділяють не всі науковці. Так, В. Лапач зазначає, що не можна ознаки та характеристики класичних речей переносити на об'єкти, що мають інші суттєві якості. Критерії подільності грошей, їх індивідуальна визначеність або родова приналежність не можуть бути виведені з грошей в сучасному їх розумінні. Якщо мати на увазі конкретні грошові знаки (банкноти, монети), тобто тільки матеріальні символи, носії втіленої в них абстрактної праці, тоді можна розглядати їх як речі, причому індивідуально-визначені та неподільні. Банкноти або монети можна механічно поділити, пошкоджуючи та знищуючи їх, але це вже не правові критерії подільності речей¹⁹¹. Ця позиція не є до кінця зваженою, оскільки не враховує економічного змісту та функціонального навантаження відповідної категорії.

Змістовно гроші стають якістю загального товару не маючи "тілесної оболонки", тобто лише як вартість товару. "Як вартість, товар є гроші"¹⁹². М. Фрідмен розглядає гроші як вимогу чи як товарні одиниці з фіксованим номінальним значенням¹⁹³.

Походження грошей має глибокі історичні коріння. При досягненні певного рівня, общинна система розподілу "багатства", як правило, завжди руйнується і виникає необхідність у формуванні нового методу справедливої винагороди окремих людей за їх зусилля.

У 1887 р. М. Литовченко писав, що гроші в економічному значенні відповідного терміну є загально прийняте за мірило мінове благо, яке внаслідок цього є представником цінності всіх інших мінових благ¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Див. В.Н. Додонов, Е.В. Каминская, О.Г. Румянцев. Словарь гражданского права / Под общей ред. д.ю.н. В.В.Залесского. – М.: ИНФРА – М, 1997. – с.54; Большой юридический словарь / Под ред. А.Я Сухарев, В.Е. Крутских. – 2 – е изд., перераб. и доп. – М.: ИНФРА-М, 2000. – с.149.

¹⁹¹ Лапач В.А. Системы объектов гражданских прав: Теория и судебная практика – Спб.: Издательство "Юридический центр Пресс", 2002 – с.393.

¹⁹² Маркс К. Экономические рукописи 1857-1859 годов // Маркс К, Энгельс Ф. Соч., 2-е изд. – Т. 46. – Ч. 1. – с.100.

¹⁹³ Фридмен М. Количественная теория денег. – М., 1996. – с.21.

¹⁹⁴ Литовченко М. Деньги в гражданском праве. – Киев, 1887. – с.7.

Прагнення людства до накопичення матеріальних благ призводить до виникнення суспільства з використанням торгівлі, в якому люди "продають" плоди своєї праці (або саму працю) іншим членам суспільства. У спрощеному вигляді проблема окремої особи зводиться до того, як здійснити міну речей, які він виробляє, на те, що він потребує і що виробляють інші. Імовірним рішенням є натуральний обмін, але до певного моменту. Що відбудеться, якщо тесляру знадобиться хліб, але булочник вирішить, що йому вже достатньо стільців? Отже, повстало питання у створенні універсального засобу обміну, на який були б згодні всі сторони і який визначав би відносну ціну кожного з товарів, що є предметом обміну. Цим засобом стали гроші.

Досліджуючи природу грошей, Л. Єфімова робить висновок, що не можна говорити про правову природу грошей в цілому; можна обговорювати лише правову природу та відповідний їй правовий режим конкретного виду майнових благ, який виконує функції грошей¹⁹⁵.

У спеціальній літературі з питання про походження грошей існує дві концепції: раціоналістична й еволюційна.

Раціоналістична концепція пояснює походження грошей угодами між людьми, що переконалися в тім, що для переміщення вартостей у мінновому обороті необхідні спеціальні інструменти.

Вперше цю концепцію висунув відомий філософ античності Аристотель. У роботі "Никомахова етика" він пише: "Усе, що бере участь в обміні, повинно бути якимось чином порівняно... Для здійснення обміну повинна існувати певна одиниця виміру, причому заснована на умовності". Ця ідея знайшла законодавче втілення в античному суспільстві. Так, одна з догм римського права говорить, що імператор декретує вартість грошей¹⁹⁶.

Проте науковий аналіз походження та природи грошей, зроблений класиками політичної економії – А. Смітом, Д. Рікардо, К. Марксом – довів безпідставність раціоналістичної концепції. Засновники класичної політичної економії дійшли висновку, що виникнення грошей зумовлено труднощами безпосереднього обміну

¹⁹⁵ *Єфімова Л.Г.* Банковские сделки: право и практика. Монография. – М.: НИМП, 2001. – с.181 – 197.

¹⁹⁶ Деньги. Кредит. Банки: Учебник для вузов / Е.Ф.Жуков, Л.М.Максимова, А.В. Печникова и др.; Под ред. проф. Е.Ф.Жукова. – М.: ЮНИТИ, 2000. – с.8.

продуктами праці. Стихійне закріплення за одним із товарів ролі загального еквівалента означало, по суті, появу грошей у їх найпростішому вигляді. У міру розвитку товарного виробництва, зростання продуктивності праці, зросли вимоги щодо портативності, здатності легко ділитися і відновлювати потрібну форму, тривалості зберігання фізичних якостей тощо. Формування до вказаних вимог привело спочатку до заміни в ролі загального еквівалента звичайних товарів першої необхідності (худоба, сіль, зерно) товарами прикрасами (перли, черепашки, хутра тощо), а потім цих останніх – шматочками металів, спочатку звичайних (залізо, мідь), а згодом – благородних (срібло, золото). Врешті – решт роль грошей взагалі була передана нематеріальному носію, що сталося в середині ХХ ст. через демонетизацію золота. Виникнення та розвиток грошей – це тривалий еволюційний процес, зумовлений стихійним розвитком товарного виробництва та обміну. Таке трактування походження грошей дістало назву *еволюційної концепції*¹⁹⁷.

Еволюційний крок грошей від товарних до електронних зумовлений розвитком економічних і соціальних відносин, а також роллю держави в утворенні їх раціонального фактора.

Сучасні гроші виконують ряд різноманітних, проте пов'язаних між собою наступних функцій: як засіб обігу, одиниця рахунку (міра вартості), засіб утворення скарбів, засіб платежу та "світові гроші".

Гроші слугують *засобом обігу*, означає, що учасники ринку приймають їх в оплату. Люди можуть продавати свій товар, надавати послугу за гроші і надалі використовувати ці гроші для купівлі товарів і послуг. Завдяки цьому процесу гроші сприяють розподілу праці. Розподіл праці є істотним важелем для ефективності економіки; дозволяє людям велику частину товарів купувати, а не робити самостійно. Тому люди можуть спеціалізуватися в тих галузях, у яких вони мають найбільші здібності і навички, при цьому, отримуючи гроші в оплату результатів своєї праці. Потім вони можуть обмінювати гроші на товари, зроблені працею інших людей. У міру росту обсягу торгівлі і розширення номенклатури пропонованих товарів і послуг гроші грають все більш значну роль в економіці. Таким чином, будучи засобом обігу, гроші є предметом грошових зобов'язань.

¹⁹⁷ Гроші та кредит: Підручник /За ред. проф. Б.С.Івасіва. – Тернопіль.: Карт-бланш, 2000. С.11-12.

Гроші як одиниця рахунку (міра вартості) – це засіб визначення відносної вартості товарів і послуг. Дж. А. Ашер зазначає, що гроші класично являють собою рухомі речі, які є мірою вартості та розглядаються як засіб обміну у тій державі, що її випустила¹⁹⁸. Як одиницю рахунку можна використовувати грошову одиницю для виміру вартості даних товарів і послуг щодо інших товарів і послуг. Одиниця рахунку є загальноприйнятою мірою. Наприклад, гривня є грошовою одиницею України; з 21 січня 2002 року закінчилась 700 літня історія гульдена і законним платіжним засобом у Нідерландах стала грошова одиниця євро. Одиниця рахунку – це масштаб, певний еталон, що дозволяє людям легко порівнювати відносні вартості товарів і послуг. Будь який грошовий знак, незалежно від того, чи має він законну платіжну силу чи ні, визначається по тій ознаці, у якому числовому відношенні він знаходиться до визначеної рахункової одиниці.

Фізичні і ціннісні властивості грошового знака, оскільки вони не виражаються у вигляді числового співвідношення цього знака до визначеної рахункової одиниці, самі по собі не приймаються до уваги при виробництві і прийомі платежів; іншими словами, властивості ці можуть знайти своє відображення лише у формі того чи іншого числового відношення цього знака до рахункової грошової одиниці.

Гроші, що обертаються у готівковій формі, є об'єктом речового права. Саме готівковим грошам властиві ознаки родових і подільних речей. Родовий характер грошей полягає в тому, що розмір грошової суми визначається у цивільному обороті не кількістю грошових знаків, а числом виражених у цих знаках грошових одиниць. Саме тому борг може погашатись будь-якими купюрами.

Для того, щоб вживання грошової одиниці було дійсним і можливим, гроші повинні мати відносну стійкість у своїй купівельній силі. У коливній одиниці абстрактна цінність може бути виражена лише на певний визначений момент часу: з наступною зміною ціни грошей та ж сума буде виражати іншу цінність¹⁹⁹.

Законодавець користуючись цією функцією, коли він вважає за необхідне, пов'язує з визначеною абстрактною цінністю деякі відомі

¹⁹⁸ Usher J.A. The Law of Money and Financial Services in the European Community. Oxford: Clarendon press, 1994. – p. 3.

¹⁹⁹ Луц Л.А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. – М.: Статут 1999. – с.30.

юридичні наслідки (наприклад, встановлює мінімальний розмір статутного капіталу господарського товариства).

У докапіталістичних формаціях існувала проста форма *утворення скарбів*. Золото і срібло вилучалось з обігу і зберігалось у скринях. В умовах металевого грошового обігу та розміну банкнот на золото центральні емісійні банки були зобов'язані мати заощадження золота у вигляді резервів внутрішнього грошового обігу, розміну банкнот на золото та резерву міжнародних платежів. У даний час всі ці функції золотого запасу центрального банку відпали у зв'язку з вилученням золота з внутрішнього та міжнародного грошового обігу. Але, золоті резерви забезпечують довіру до національної валюти як з боку населення так і з боку учасників міжнародних валютних відносин. Золотовалютні резерви і сьогодні зберігаються в центральних банках Італії, Німеччини, Росії, США та інших країн. Золотовалютний резерв України, відображений у балансі Національного банку України, що включає в себе активи, визнані світовим співтовариством і призначені для міжнародних розрахунків²⁰⁰. Золотий запас України складається з афінованого золота в зливках, є державною власністю і становить частину державних золотовалютних резервів України²⁰¹.

З припиненням розміну банкнот на золото і вилучення його з обігу засобом накопичення та заощаджень населення стають так звані кредитні гроші. "Якщо гроші в одному місці знаходяться в якості скарбів, то кредит негайно перетворює їх в активний грошовий капітал в іншому процесі обігу"²⁰². Особливість кредитних грошей як засобу утворення скарбів полягає в тому, що вони накопичуються у процесі постійного обігу.

Виступаючи об'єктом банківського правочину гроші виконують функцію законного *платіжного засобу*.

Нормою Цивільного кодексу України встановлено, що законним платіжним засобом, обов'язковим до приймання за номінальною

²⁰⁰ Див. Закон України "Про Національний банк України" від 20.05.1999 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1999 – №29. – ст.238.

²⁰¹ Закон України "Про державне регулювання видобутку, виробництва і використання дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння та контроль за операціями з ними" від 18.11.1997 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1998 – № 9. – ст.34.

²⁰² Гильфердинг Р. Финансовый капитал. – М.: Соцэкгиз, 1959. – с.125.

вартістю на всій території України, є грошова одиниця України – гривня²⁰³.

Крім того, вони можуть бути предметом цивільно-правових угод (наприклад, у договорі позики, кредитному договорі, договорі банківського вкладу, договорі банківського рахунку та інших).

У договорах купівлі-продажу, поставки гроші виступають як еквівалентний об'єкт цивільних правовідносин. Вони можуть виступати і у якості додаткового доходу (отримання дивідендів по акціях, відсотків по грошових вкладах, ошадних сертифікатах, облігаціях тощо).

Гроші можна використовувати як засіб платежу для встановлення суми платежу, який буде здійснено у певний момент у майбутньому. Саме ця функція дає можливість нарахування відсотків, збитків по грошових зобов'язаннях, а також є передумовою для визначення таких важливих юридичних понять як "ціна", "платіж" та інші.

Як речі родові, гроші можуть бути індивідуалізовані шляхом запису номерів окремих грошових знаків. Боржник має право погасити грошима майновий борг, якщо інше не встановлено законом чи договором.

Гроші – річ заміна, а тому боржник не може бути звільнений від відповідальності по грошовому боргу, на тій підставі, що гроші втрачені (були загублені чи вкрадені).

"Світові гроші" – це функція, в якій гроші обслуговують рух вартості в міжнародному економічному обороті і забезпечують реалізацію взаємовідносин між країнами. Функція світових грошей зумовлена інтернаціоналізацією економічних зв'язків, поглибленням міжнародного поділу праці, зовнішньої торгівлі та появою світового ринку²⁰⁴.

Важливим соціальним чинником реалізації зазначених функцій грошей є ступінь довіри до них учасників цивільного обігу. Безумовно така довіра будується на конституційних гарантіях держави. Але закон не може встановити правила здатні, наприклад, визначати купівельну силу грошей тому, що цей елемент

²⁰³ Див.: стаття 192 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – №11 – ст.461.

²⁰⁴ Гроші та кредит: Підручник / За ред. проф. Б.С. Івасіва. – Тернопіль: Карт-бланш, 2000. – с.52.

економічних відносин є результатом складної взаємодії індивідуальних оцінок всіх учасників цивільного обігу.

Довіра до грошей учасників економічних відносин ґрунтується на стабільності їх вартості. Стабільність вартості грошей є особливим фактором їх доцільності і відіграє важливу роль при формуванні окремих правових конструкцій у грошових відносинах. Але доцільність використання будь якого предмету у якості грошей не залежить від рішення окремих учасників цивільно-правового обігу.

Емісія грошей центральним банком держави закріплює за учасниками грошових відносин обов'язковість їх прийому до платежу і визначає кількість грошових одиниць на кожному грошовому знаці. Таким чином держава встановлює платіжну силу грошей і визначає ступінь цієї платіжної сили.

Державна грошова одиниця при нормальних умовах стає одиницею виміру відстрочених боргів. Але і ця обставина не дає можливості державі в законодавчому порядку фіксувати цінність грошей, тому що при пануванні децентралізованого господарства зміст грошових зобов'язань по договорах визначається в будь-якій сумі грошових одиниць за домовленістю учасників правочинів.

Однією з форм грошей є так звані "безготівкові" гроші, які виступають як квазігроші. На відміну від "готівкових" грошей, тобто грошей у формі певних грошових знаків у вигляді банкнот або монет, квазігроші формуються у вигляді записів на відповідних видах банківських рахунках.

Банківській рахунок (за виключенням рахунку, що відкривається за договором банківського вкладу) є об'єктивною формою існування безготівкових грошей як зобов'язання держави, з однієї сторони, та одночасно одного з видів суб'єктних майнових прав володільців грошей, з іншої сторони. При цьому володільць грошей, що розміщені, наприклад на поточному рахунку, є кредитором одночасно двох суб'єктів – держави та того банку, в якому цей рахунок відкритий²⁰⁵.

Досліджуючи особливості юридичної природи грошей, що розміщені на довірчих рахунку Р. Майданик, зазначає, що за правовими режимами грошові кошти, закумульовані на довірчих рахунках, можуть належати довіреним особам на праві фідучіарної

²⁰⁵ Карагусов Ф.С. Ценные бумаги и деньги в системе объектов гражданских прав: Автореф. дисс. докт. юрид. наук. – Алмааты. 2002. – с. 12.

власності, довірчого управління або на засадах договорів комісії, агентства чи доручення²⁰⁶.

Грошова сума, яка записана на поточному рахунку клієнта банку, обліковується на кореспондентському рахунку відповідного банку у Національному банку. При цьому ця сума грошей обліковуються як власні активи банку, тобто банк набуває права власності на відповідні грошові кошти. Одночасно у банку виникає безумовне зобов'язання перед клієнтом щодо виконання його вимоги щодо видачі грошових знаків готівкою або шляхом здійснення платежу на інший рахунок в межах суми, що записана на його поточному рахунку. Право вимоги клієнта до банку посвідчується тим самим записом по відповідному рахунку. Підтвердженням цього факту можуть бути платіжні документи, видача ощадного (депозитного) сертифікату, запис у ощадній книжці тощо.

Таким чином гроші, обіг яких здійснюється у безготівковій формі, є правом вимоги, що виникає в межах зобов'язальних відносин, а відтак не можуть бути об'єктом речового права.

Поняття грошей Є. Алісов розглядає як встановлений законом чи звичаєм торгового обороту вартісний еквівалент у формі паперових, металевих чи інших знаків, що виконують функції міри вартості речей, робіт, послуг і інших матеріальних і нематеріальних благ, засобу платежу, обігу і нагромадження²⁰⁷.

Функції грошей не є статичною категорією. Суспільні відносини можуть формувати нові економічно доцільні функції, які реалізуються через певний платіжний засіб. Проте запровадження таких функцій повинне здійснюватись лише у відповідності з нормою закону.

На нашу думку, гроші як об'єкт банківських правочинів – це платіжні документи, емісія яких здійснюється державою на підставі закону, де чітко визначені економічні функції та форми обігу.

Юридичні теорії грошей

Походження та еволюція грошей, їх функції та властивості, дослідження правової природи грошей як окремого виду речей та форм, які можуть приймати гроші у сучасній економіці, визначення

²⁰⁶ Майданик Р.А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. – К.: Видавничо поліграфічний центр "Київський університет", 2002. – с.483.

²⁰⁷ Алісов Є.О. Гроші і грошовий обіг: теоретичні засади та стан правового регулювання в Україні.: Монографія – Харків: „Ксилон”, 2004. – с. 59.

недоліків грошей та їх відмінність від квазігрошей, це лише незначний перелік тих питань, відповідь на які дають можливість зрозуміти сутність такого важливого винаходу людства як гроші.

Дослідження теорії грошей дає можливість встановити певну тенденцію еволюції грошей та відповідно еволюцію поняття грошей. Для науки представляють інтерес не тільки закономірний розвиток подій, але й відступлення від цих закономірностей. На сьогодні, є достатньо доказів того, що у древніх цивілізаціях, ще до появи металевих монет, виникали платіжні системи як своєрідні прототипи сучасних безготівкових грошей²⁰⁸.

Класичний підхід до поняття грошей потребує коригування, адже сучасні економічні відносини породжують нові форми платіжних інструментів, з'являються замітники грошей, квазігроші, розширюється сфера застосування грошей як платіжного засобу. У зв'язку з цим теоретичне обґрунтування окремих правових аспектів, пов'язаних з грошима та їх похідними буде сприяти створенню належної законодавчої бази та формуванню на практиці універсальних інструментів здатних належним чином працювати на конкретного суб'єкта правовідносин і на економіку країни в цілому.

З огляду на юридичну природу грошей існує декілька теорій: "номіналістичне вчення", що включає в себе теорію G. Hartmann'a, "державну теорію" G.Кнарр'a та теорію A.Nussbaum'a; вчення "металістів"; "курсова теорія" F. Savigny.

Вчення G. Hartmann'a та його послідовників – вчення "номіналістів" – допускає закріплення цінності грошей на визначеному рівні в порядку законодавчого акта. Тим часом мова тут йде не про визначення купівельної спроможності грошей і навіть не про створення правової фікції про стійку їхню цінність, а про визначення платіжної сили грошей. Таким чином, "номіналістична" теорія має чисто юридичний характер: вона зовсім не торкається питання про цінність грошей – цієї суто економічної проблеми, яка за своєю суттю не здатна бути предметом юридичного дослідження²⁰⁹.

²⁰⁸ Лапач В.А. Системы объектов гражданских прав: Теория и судебная практика – Спб.: Издательство "Юридический центр Пресс", 2002 – с.390.

²⁰⁹ Луиц Л.А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. – М.: Статут 1999. – с.33.

Французька теорія XVIII століття виходить з ідеї фіксованої державою цінності грошей. Так званий принцип "королівської монетної регалії" передбачав виключне право короля на карбування і на випуск у обіг монет.

У XVIII столітті Монтеск'є говорить: "...срібло в монеті має ту ціну, що визначає король: він установлює співвідношення між визначеною кількістю срібла в зливку і тією ж кількістю срібла в монеті; він установлює співвідношення між різними металами, з яких чеканиться монета; і, нарешті, він визначає ідеальну ціну кожної монети". У той же час, Pothier пише: "Монета складає власність приватної особи лише як знак визначеної цінності, яку їй привласнив король, і якщо король побажає, щоб не ці, а інші монети служили знаком цінності всіх речей, то приватні особи втрачають свої права по відношенню до цих монет"²¹⁰. Зазначена теорія передбачала застосування фіскальних засобів уряду, що направлені на правове регулювання грошей в обігу. Положення цієї теорії знайшли своє відображення у Цивільному кодексі Франції 1804 року.

"Державна теорія грошей" Г. Кнаппа зробила значний вплив на німецьку, а через неї і на російську науку про гроші. Основний постулат вчення Г.Кнаппа ґрунтується на властивості грошей як платіжного засобу. При цьому підкреслюється головна роль державної влади при створенні грошової системи. Вчення заперечує за грошима властивість цінності.

За вченням Кнаппа вплив держави на грошовий обіг зводиться до того, що держава визначає гроші як платіжний засіб та встановлює ступінь їх платіжної сили у визначених рахункових одиницях. Як знаряддя обігу гроші виступають предметом платежу у правовідносинах кредиторів з боржниками.

Така концепція знаходить своє відображення в основі публічних норм. Професор Л. Воронова зазначає, що наявність грошових коштів є необхідною умовою діяльності держави. Метою фінансової діяльності держави є не отримання максимальної суми доходів як таких, а фінансування своїх потреб, що пов'язані з здійсненням її функцій²¹¹.

²¹⁰ Див.: Pothier. Contrat de pret № 37. (Цит. за: Луни Л.А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. – М.: Статут 1999. – с.34).

²¹¹ Див.: Воронова Л.К. Правовые основы расходов государственного бюджета в СССР. – Киев, 1981. – с.12.

Аналізуючи теорію Кнаппа професор Л.Лунц зазначав, що вона мала значне коло противників. Основне заперечення "Державної теорії грошей" формулюється так: ті предмети, що держава визнає платіжним засобом і якими вона фактично розплачується, можуть бути прийняті цивільним обігом як знаряддя обігу, але це – крім якості самого предмета – у кінцевому рахунку залежить від того фактичного впливу, яким користується державна влада в сфері цивільного обігу. Отже, питання про можливість для держави створювати знаряддя обігу вирішується у площині фактичній, а не правовій. Кнапп починає свою книгу словами: "гроші – створення правопорядка"; але його державна теорія грошей у кінцевому рахунку виходить за межі права: не законом, а діями адміністративного органа визначається, по Кнаппу, характер грошового обігу країни.

Учення Кнаппа про сутність грошової одиниці значно поглибило розуміння юридичної природи грошей: у межах визначеної грошової системи грошова одиниця визначає Geltung – платіжну силу, а не Wert (цінність) грошових знаків. У цій своїй якості, а також у якості одиниці вирахування відстрочених платежів вона позбавлена не тільки фізичних, але і ціннісних властивостей, і піддається визначенню тільки юридико-історично, шляхом встановлення зв'язку з попередньою грошовою одиницею. Це, однак, не виключає того, що з грошовою одиницею в кожен даний момент можуть бути зв'язані відомі ціннісні представлення, тому що грошова одиниця втілюється в грошових знаках, обмінюваних на товари і що мають, отже, купівельну силу²¹².

Догматична розробка проблеми грошей по Кнаппу зводиться до того, що, по – перше, держава здійснює вплив на грошовий обіг за допомогою спеціально створених економіко-правових заходів, і, по-друге, гроші не є еквівалентом товару, оскільки самі по собі не мають цінності, а визнаються "ордером"²¹³ на отримання товару, тобто відіграють роль платіжного засобу у цивільному обігу.

За теорією А.Nussbaum'а поняття грошей, загальне для права та економіки, але його вчення носить юридичний характер, оскільки

²¹² Див. там же. – с.38.

²¹³ У даному контексті під поняттям "ордеру" слід розуміти документ не примусового характеру, а такий який дає право на отримання благ у невизначеній кількості і від будь яких осіб.

гроші розглядаються як один з видів речей, обумовлених родовими ознаками. На відміну від інших заміennих речей грошові знаки відрізняються однією особливістю: при передачі і прийнятті їх приймається до уваги виключно лише відношення грошового знака до визначеної ідеальної одиниці, внаслідок чого матеріальний і ціннісний субстрат грошового знака не є моментом, що визначає поняття грошей. Логічно ідеальна одиниця, що характеризується визначеним найменуванням, є приматом у відношенні грошового знака, але вона уособлюється в цьому останньому так, що кожен грошовий знак виражає визначене числове відношення до неї²¹⁴.

У зазначеній теорії основною функцією грошей є функція платіжного засобу. При цьому підкреслюється матеріальний характер грошей – родових речей, які уособлюють у собі ціннісні характеристики такі важливі у цивільному обігу. Визначена сума грошових одиниць складає зміст зобов'язань, що мають своїм предметом грошові знаки. Та обставина, що цивільний обіг розрізняє грошові знаки не за їх фізичними властивостями, а по відношенню до певної грошової одиниці, має важливе значення і для сучасних платежів.

В основі вчення "металістів" лежить формула – грошова одиниця є еквівалентом певної кількості золота або срібла. Грошовий знак таким чином прирівнювався до речі, що має цінність. Ця теорія у Великобританії наприкінці XVIII століття була втілена у певну форму організації грошово-валютних відносин під назвою "золотий стандарт". У 1816 році "золотий стандарт" був законодавчо закріплений. Невдовзі система золотого стандарту була запроваджена в Німеччині, Франції, Швейцарії, США, Росії та інших країнах.

Перевагою золотого стандарту було те, що країни золотого стандарту повинні були забезпечувати стабільне співвідношення між наявними запасами золота та кількістю грошей, що перебували в обігу, а також вільну міграцію золота, що забезпечувало покриття пасивного сальдо платіжних балансів і стабільність валютних відносин. Крім того, забезпечувалася повна конвертованість

²¹⁴ Луц Л.А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. – М.: Статут 1999. – с.40.

національних валют, стійкість купівельної спроможності та валютних курсів, а також стабільність світових цін²¹⁵.

З виникненням світової кризи 1929 –1933 рр. система золотого стандарту припиняє своє існування. З метою запобігання кризових процесів уряди країн застосовують адміністративні заходи, які направлені на встановлення штучних валютних курсів, що не були забезпечені та не відповідали своєму реальному значенню.

У XIX столітті поширення одержала «курсова» теорія Ф.К. фон Савіньї (Savigni). Як зазначає Л. Лунц, поняття про гроші Ф.К. фон Савіньї зв'язує з поняттям про майно як цивільно-правової влади чи панування особи над частинами зовнішнього світу: *Pecuniam habens habet omnem rem, quam vult habere*. Гроші – знаряддя виміру цінності, але вони самі в собі складають ту цінність, що вимірюють. Це властивість грошей заснована на загальному визнанні їхньої цінності. Гроші створюються діяльністю уряду тільки коли і настільки вони визнаються такими суспільною думкою; іншими словами: суспільна думка вирішує питання не тільки про те, що є гроші, але і про те, у якому ступені той чи інший предмет має властивість стати грошима²¹⁶.

Судження Ф.К. фон Савіньї по предмету грошових зобов'язань зводиться до того, що відношення суспільної думки до грошей формує їх курсову ціну. Курсова ціна стає певною підставою для визначення предмету грошового боргу. Таким чином, принципи загальної довіри та тлумачення волі учасників грошового обігу формують відповідні суспільні відносини.

Слід відмітити, що саме "курсова" теорія є елементом вчення "народного духу", що лежить в основі історичної школи права, представниками якої були відомі правознавці Ф.К. фон Савіньї, Г. Пухта, Г. Гуго та інші.

Класичні теорії юридичної природи грошей виступають підґрунтям сучасних теоретичних та емпіричних досліджень поняття грошей. Сьогодні існує два підходи до визначення грошей: *транзакційний* підхід, в основу якого покладено функцію грошей як

²¹⁵ Ющенко В.А., Міщенко В.І. Валютне регулювання: Навч. посіб. – К.: Т-во "Знання", КОО, 1999. – с.16.

²¹⁶ Лунц Л.А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. – М.: Статут 1999. – с.42.

засобу обігу, та *ліквідний* підхід, що базується на функції грошей як засобу збереження вартості.

Прихильники *транзакційного* підходу стверджують, що сутністю грошей є те, що тільки гроші використовуються для оплати інших товарів і послуг. Підкреслюється, що саме в цьому полягає важлива, якісна різниця між грошима, які є засобом обігу та всіма іншими речами. Усі речі матеріального світу можуть виступати засобом збереження вартості, але лише гроші використовуються як засіб обігу.

Ліквідний підхід полягає в тому, що сутністю грошей є властивість грошей бути найбільш ліквідним активом. Властивість ліквідності характеризує легкість, з якою володілець може продати відповідний актив у будь – який момент у майбутньому за визначеною номінальною ціною. Фактично цей підхід передбачає, що гроші якісно не відрізняються від інших активів, але вони є найбільш ліквідним з усіх активів, їх не треба обмінювати на щось інше перед тим, як купити на них товар або послугу.

У порівнянні з транзакційним підходом ліквідний підхід передбачає віднесення до складу грошей інших високоліквідних активів (наприклад, окремі цінні папери та об'єкти нерухомості). Таким чином, утворюються ніби-то гроші ("квасігроші"), але вони мають іншу природу. З огляду на юридичний аспект сутності грошей транзакційний підхід є більш прийнятним. У той же час ліквідний підхід в економіці передбачає можливість більш широкого визначення і застосування поняття грошей.

Однією з найважливіших складових інфраструктури цивілізованого ринку є ринок цінних паперів, який шляхом обігу особливого роду майнових документів надає можливість акумуляції великих об'ємів грошових коштів з метою їх виробничого використання, залучення інвестицій, спрямованих у подальшому на розвиток галузей матеріального виробництва, на вирішення завдань загальнодержавного масштабу, формування приватного бізнесу, підвищення добробуту громадян України.

Сучасний ринок – це складне багатofункціональне комплексне поняття. Воно містить у собі, з одного боку, ринок товарів та послуг, а з іншого – ринок ресурсів. Останній, у свою чергу, складається з фінансового ринку і ринку нерухомості. Саме взаємодія цих ринків і визначає національний економічний механізм.

Поняття "фінансовий ринок" є досить широким, оскільки воно охоплює не тільки фінансові зв'язки, але і значну кількість форм кредитних відносин.

Беручи до уваги форми обертання грошових ресурсів на фінансовому ринку, в його складі можна виділити ринок банківських кредитів і ринок цінних паперів²¹⁷.

Роль цінних паперів як матеріалізованої форми зв'язку суб'єктів ринкових відносин, що опирається на економіко-правовий механізм, на цьому не закінчується. Цінні папери відіграють значну роль у платіжному обігу кожної держави, через цінні папери здійснюється інвестиційний процес.

Інструментом такого роду діяльності є обіг цінних паперів, необхідність виникнення яких полягала у потребі надати майновому обігу максимально можливе спрощення одночасно з наданням йому максимальної гарантованості і надійності при умові достатньої мобільності.

Цінні папери – це особливий товар, який знаходиться в обігу на ринку, та відображає майнові відносини²¹⁸.

Поряд з окремими економічними інститутами, фінансовими ринками та регулюючими їх правовими нормами, цінні папери виступають складовими елементами фінансової системи держави, яка характеризується своєю як інституціональною, так і організаційно-функціональною специфікою.

Сучасна економічна практика тільки підтверджує ту незаперечну істину, що головним засобом відновлення і розвитку ринкових методів господарювання є цінні папери, фіксуючі право власності на капітал (як у грошовій, так і речовій формі), що тільки за допомогою цінних паперів власність держави, може перетворюватись у власність акціонерних товариств, широких верств населення, приватних власників.

Активізація інвестиційної діяльності, достатньо широке коло потенційних володільців тимчасово вільних капіталів привели, з однієї сторони, до різноманітності прав, що пропонуються інвесторам за їх капітали, а з іншої, до необхідності їх забезпечення та захисту.

²¹⁷ Кузнецова Н.С., Назарчук І.Р. Ринок цінних паперів в Україні: правові основи формування та функціонування. – К., Юр Інком, 1998. – с.7.

²¹⁸ Бердникова Т.Б. Рынок ценных бумаг и биржевое дело: Учебное пособие. – М., 2000. – с.9.

Юридичне вирішення цієї задачі законодавець побачив у розповсюдженні на такі інвестиційні права інституту цінних паперів²¹⁹.

Юридичний термін "цінні папери" є загальним поняттям для різних груп відповідних об'єктів цивільних правовідносин. Різноманітні види цінних паперів є зручним інструментом в організації та функціонуванні корпоративних суб'єктів (акції), використовуються як кредитні (облігації, векселя та ін.) та платіжні (чеки) засоби, є ефективними в товарному обороті (коносамент, варанти та ін.) і при цьому забезпечують спрощену і оперативну передачу та здійснення прав на матеріальні та інші блага.

Традиційно цінні папери розглядаються як об'єкти цивільних прав. Водночас ряд науковців досліджують цінні папери як юридичну конструкцію цивільного права²²⁰. В. Яроцький зазначає, що в цінних паперах втілено цілий комплекс цивільно-правових конструкцій, тому вони підлягають розгляду як багатоеlementне утворення більш високого порядку. Для кожної форми випуску, групи і виду цінних паперів комплекс (набір) установлених їх правовим режимом юридичних конструкцій має типовий, комплексний характер²²¹. Спроба в межах визначених правовим режимом цінних паперів здійснити моделювання прав, обов'язків і відповідальності їх емітентів дещо виходить за межі речового титулу цінного паперу.

Цінним папером є документ встановленої форми з відповідними реквізитами, що посвідчує грошове або інше майнове право і визначає взаємовідносини між особою, яка його випустила (видала), і власником та передбачає виконання зобов'язань згідно з умовами його випуску, а також можливість передачі прав, що впливають з цього документа, іншим особам²²².

²¹⁹ Бушев А.Ю. Ценные бумаги: сравнительно-правовое исследование. // Кодекс info – 2001 – № 2. – с.5.

²²⁰ Див.: Мурзин Д.В. Ценные бумаги как юридические конструкции гражданского права: Дисертац. канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2001. – с.13; Яроцький В. Цінні папери у механізмі цивільно-правового регулювання: різновид юридичних конструкцій чи правових засобів? // Юридична Україна. – 2004. – № 5. – с.36 – 40.

²²¹ Див.: Яроцький В. Вказ. праця. – с.38.

²²² Стаття 194 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 року // Офіційний вісник України. – 2003. – №11 – ст.461.

Поняття "цінний папір" містить в собі комплекс юридичних і економічних характеристик. Цікаво, що юридичне визначення цінного паперу переважає не лише в юридичній, а й навіть у економічній літературі. У спеціальних монографіях, присвячених цінним паперам простежується з деякими варіаціями загальний підхід до цінного паперу, як до документа, що закріплює речові та зобов'язальні права.

Сучасний підхід до поняття цінного паперу, визначення якого міститься у ст. 194 ЦК України, було сформульовано у свій час у Положенні про цінні папери, затвердженому Постановою Ради Міністрів СРСР від 19 червня 1990 року № 5906²²³.

В подальшому в чинному Законі України "Про цінні папери і фондову біржу" було закріплено наступне визначення цінного паперу. "Цінні папери – це грошові документи, що засвідчують право володіння або відносини позики, визначають взаємовідносини між особою, яка їх випустила та їх власником і передбачають, як правило, виплату доходу у вигляді дивідендів або процентів, а також можливість передачі грошових та інших прав, що впливають з цих документів, іншим особам"²²⁴.

Як бачимо, наведені визначення цінних паперів є подібними за формою і змістом. І хоч історично вони впливають із загальносвітової тенденції (вже в кінці XVIII століття цінний папір у Європі визначали, як документ, пред'явлення якого необхідне для здійснення вираженого в ньому права), але останнє визначення важко назвати вдалим.

Л. Єфімова вказує, що по-перше, не варто окремо наголошувати, що цінний папір засвідчує право володіння або відносини позики, оскільки останні передбачають речове право позикодавця.

Крім того, цінний папір може надавати його володільцю цілий комплекс прав, як майнових, так і не майнових, а не лише право володіння.

²²³ "Цінні папери – це засвідчуючі право володіння чи відносини позики грошові документи, що визначають відносини між особою, яка випустила ці документи і їх володільцями і передбачають, як правило, виплату доходу у вигляді дивіденда або процентів, а також можливість передачі грошових чи інших прав, впливаючих з цих документів, іншим особам".

²²⁴ Закон України "Про цінні папери і фондову біржу" від 18 червня 1991 року. стаття 1 (Відомості Верховної Ради України. – 1991. – №38. – ст.508).

По-друге, таке визначення дозволяє віднести до категорії цінних паперів ряд документів, які, насправді, не є такими (наприклад, боргові розписки)²²⁵.

За думкою Н. Нерсесова, найбільш поширеним є те визначення, що цінні папери є по суті втіленим в документі зобов'язанням²²⁶.

Можна погодитись з тим, що під терміном "цінні папери" мають на увазі документи, які свідчать про наявність певних взаємних прав між особою, що випустила цінний папір (емітентом) і особою, що є його власником (інвестором).

Папір (документ) визнається цінним не в силу його природних властивостей, а тому, що він підтверджує право його володільця на певні матеріальні блага (речі, гроші, дії третіх осіб, інші цінні папери)²²⁷.

Коли йдеться про цінні папери, як про документи, слід виділити три досить важливих аспекти: "документарний" характер цінних паперів (не плутати з поняттям документарна форма цінного паперу, що ототожнюється з сертифікатом цінного паперу – прим. І.Б.)²²⁸; матеріальна форма документа; комплекс взаємних прав і обов'язків, що впливають з власності на цінний папір²²⁹.

Документарний характер цінних паперів означає, що їх випуск і обіг обумовлює виникнення певних правовідносин між емітентами та інвесторами. Поняття "документарний характер" і "офіційний характер" є тотожними. Тобто, емітент, випускаючи цінні папери, виступає офіційно. Він офіційно заявляє умови випуску цінних паперів, офіційно демонструє власну готовність взяти на себе певні зобов'язання і надати інвесторам певні права.

²²⁵ Див. *Ефимова Л.Г.* Банковское право: Учебное и практическое пособие. – М., 1994. – с.212.

²²⁶ Див.: *Нерсесов Н.О.* Избранные труды по представительству и ценам бумагам в гражданском праве. – М.: Статут (в серии "Классика российской цивилистики"), 1998. –с.139.

²²⁷ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К.: Істина. – с.137.

²²⁸ Питання філологічного тлумачення, а саме граматики-морфологічне дослідження слова "документарний" було розглянуто Л. Пановою. Див.: *Панова Л.* Доктринальное толкование: филологический аспект гражданско-правового понятия "бездокументарные ценные бумаги". // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 2. – с.73 – 74.

²²⁹ *Колесник В.В.* Введение в рынок ценных бумаг". – К. Изд-во "А.Л.Д." – 1995. – с.7.

Матеріальна форма цінного паперу, як документа, означає форму чи вид носія, на якому виконаний документ. Носій може бути паперовим чи у вигляді комп'ютерного запису. Раніше цінні папери знаходились в обігу виключно в паперовій формі і поняття "цінні папери" сприймалось як "паперовий документ". Це знайшло відображення навіть у самому терміні "цінний папір". Але зараз науково-технічний прогрес і практичні потреби ринкової взаємодії завдяки бурхливому розвитку комп'ютерних засобів збору, обробки і зберігання інформації створили умови для поступового витіснення на національних ринках частини "паперових" цінних паперів електронними цінними паперами. У літературі останні часто визначаються як "записи, що зберігаються у комп'ютерних файлах"²³⁰.

Визначення цінного паперу як документу не обмежується лише паперовою формою. Документ (від лат. *documentum* – повчальний приклад, взірць, свідоцтво) в широкому розумінні розглядається як матеріальний об'єкт у якому міститься певна інформація²³¹. Матеріальною формою закріплення інформації можуть бути також електронні, магнітні та інші носії. Це підтверджено нормою статті 27 Закону України "Про інформацію", де зазначено, що документ – це передбачена законом матеріальна форма отримання, збереження, використання і поширення інформації шляхом фіксації її на папері, магнітній, кіно-, відео-, фотоплівці чи іншому носії.

В умовах узгодженої взаємодії учасників фондового ринку, їх взаємної довіри і дотримання морально-етичних норм питання вибору форми носія не має для суб'єктів вирішального значення. Проте, коли якась із зазначених умов порушується (наприклад, відсутність повної взаємної довіри), то учасники надають перевагу паперовій формі цінних паперів.

Отже, питання матеріальності форми цінного паперу, як документа, є питанням не тільки рівня технічної оснащеності, але й рівня розвитку цивілізованості фондового ринку. Остання позиція містить у собі швидкість, достовірність і повноту інформованості учасників фондового ринку, про ціни, угоди і пропозиції щодо

²³⁰ Колесник В.В. Там само. – с.6.

²³¹ Словник іншомовних слів. / За ред. О.С.Мельничука. – К.: Головна редакція Української Радянської енциклопедії, 1985 – с.272.

цінних паперів, чесність, культуру відносин, високий ступінь взаємного довір'я тощо.

Третій аспект, який впливає з твердження, що цінні папери є грошовими документами – це наявність певної системи взаємних прав і обов'язків суб'єктів. А система взаємних прав і обов'язків, у свою чергу, базується на праві власності на конкретний документ – цінний папір.

Між емітентом та інвестором можуть виникати різноманітні взаємні права і обов'язки в залежності від виду цінного паперу. Наприклад, при випуску і обігу акцій буде один комплекс прав і обов'язків, облігацій – інший, а векселів – третій. Більш того, кількісні і якісні відмінності можуть мати місце у наборах взаємних прав і обов'язків навіть одного виду цінних паперів. Досить згадати прості і привілейовані акції тощо.

З економічної точки зору, статус цінного паперу є його невід'ємною внутрішньою властивістю, його змістом. Економічний статус цінного паперу не виникає ззовні, він заданий його змістом, а також його роллю і значенням на фондовому ринку. Щодо юридичного статусу, то він задається державою ззовні при наявності економічних передумов.

Ф. Карагусов розглядає цивільно-правовий інститут цінних паперів як сукупність норм, що регулюють один з видів об'єктів цивільних прав, який в якості особливого способу документального підтвердження майнових прав забезпечує оборотоздатність цих прав у відповідності з правилами, спеціально встановленими у відношенні зазначеного вида об'єктів цивільних прав²³².

При врівноваженій позиції юридичний статус цінного паперу – це фіксація його сформованого економічного статусу. За таких умов цінний папір може бути об'єктом банківських правочинів (наприклад, об'єктом одностороннього правочину при здійсненні банком емісії власних акцій, у договорі андеррайтингу або при вексельному кредитуванні).

Коли позиція неврівноважена, є можливими дві ситуації. Перша, коли держава запізниться присвоїти певному документу статус цінного паперу, що викличе зростання кількості різноманітних афер і зловживань та недобір податків. У другому випадку, може

²³² Карагусов Ф.С. Там само. – с.9.

трапитись так, що держава передчасно присвоїть певному документу юридичний статус цінного паперу, що є теж небажаним – буде виконана зайва робота, яка не принесе користі.

У наступних положеннях з'ясуємо які ж саме юридичні вимоги пред'являються до цінного паперу як документа.

Цінний папір існує тільки у формі стандартного документа, який може бути різний: контракт (договір) (наприклад, ф'ючерс, опціон, варант інші деривативи), сертифікат, в окремих країнах – банківська ощадна книжка, складська розписка тощо.

Отже **цінний папір** – це майнове (фінансове) зобов'язання (посвідчення), зафіксоване у формі стандартного документа²³³.

Це – необхідна, але не достатня умова.

Не кожен такий документ (контракт, складська розписка тощо) є цінним папером, тому що для цього є необхідним також дотримання інших умов. Однією з таких умов є додержання встановленої форми посвідчення відповідних прав. Для цього цінний папір має бути визнаний у цій якості відповідними нормативними актами. З юридичної точки зору статус цінного паперу є примусовим. Наділення державними органами та інститутами таким статусом будь-якого документа несе в собі певний елемент суб'єктивізму. Оскільки не кожен документ може мати статус цінного паперу, головним критерієм у відповідності з яким одні документи вважають цінними паперами, а інші – ні, є законодавче закріплення переліку цінних паперів.

Важливо виділити окремі моменти щодо особливостей закріплення переліку цінних паперів у нормативних актах.

Це, по-перше, у більшості країн існують нормативно – правові переліки цінних паперів, тобто переліки грошових документів, що мають юридичний статус цінного паперу.

По-друге, як правило, зазначені переліки закріплені в актах найвищої юридичної сили – законах.

По-третє, переліки цінних паперів, що містяться в законах різних країн, можуть бути відкритими чи вичерпними. Це означає, що у вичерпному переліку цінними паперами визнаються лише ті грошові документи, які прямо вказані в переліку, а всі інші не є ними.

²³³ Каратуев А.Г. Ценные бумаги: виды и разновидности, – М., 1997. – с.8.

Якщо перелік відкритий, то до категорії цінних паперів належать усі грошові документи, перераховані в законі та інші, не названі в переліку, але якщо вони відповідають встановленим у законі вимогам.

У більшості економічно розвинутих державах в цивільному обороті використовуються три основні групи цінних паперів: оборотні (боргові) документи, товаророзпорядчі документи, інвестиційні (емісійні) документи.

В англо-американській системі права так само як і в романо-германській системі права цінні папери (оборотні документи за законодавством США – прим. І.Б.) поділяються на три види: торгівельні папери; інвестиційні цінні папери; товаророзпорядчі документи²³⁴.

В Україні, відповідно до чинного законодавства, цінні папери кваліфікуються на відносно самостійні групи:

1) пайові цінні папери, які засвідчують участь у статутному капіталі, надають їх власникам право на участь в управлінні емітентом і одержання частини прибутку, зокрема у вигляді дивідендів, та частини майна при ліквідації емітента;

2) боргові цінні папери, які засвідчують відносини позики і передбачають зобов'язання емітента сплатити у визначений строк кошти відповідно до зобов'язання;

3) похідні цінні папери, механізм випуску та обігу яких пов'язаний з правом на придбання чи продаж протягом строку, встановленого договором, цінних паперів, інших фінансових та (або) товарних ресурсів;

4) товаророзпорядчі цінні папери, які надають їхньому держателю право розпоряджатися майном, вказаним у цих документах²³⁵.

Законом також можуть визначатися інші групи цінних паперів, а вичерпний перелік видів цінних паперів та порядок їх обігу встановлюються Законом України "Про цінні папери і фондову біржу".

Приклад вичерпного переліку цінних паперів містить Японський закон "Про цінні папери та фондову біржу"(1948). У США в "Законі про цінні папери"(1933) перелік є відкритим²³⁶.

²³⁴ Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Междунар. отношения, 1993. – с.208 – 209.

²³⁵ Стаття 195 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – №11 – ст.461.

²³⁶ Колесник В.В. Там само – с.9.

По-четверте, грошові документи, які не включені у законодавчий перелік цінних паперів і не задовольняють встановленим у законі вимогам, не мають правового статусу цінного паперу. Наприклад, в Україні, на сьогодні не належать до цінних паперів чеки, квитанції, платіжні доручення, грошові ордери, довіреності тощо.

Іноді державні органи можуть віднести до цінних паперів документи, що не є ними за своєю економічною природою. Це можуть бути платіжні документи в іноземній валюті – акредитиви, відтиски з кредитних карток, платіжні доручення, заяви та накази про здійснення платежу, виражені в іноземній валюті; сертифікати про укладення валютних угод, інші боргові зобов'язання в іноземній валюті (гарантійні листи і т.п.). Все це називається девізами.

По-п'яте, кожен національний ринок цінних паперів має на загальному фоні спільних рис власну специфіку. Ці специфічні ознаки можуть бути реальними, викликаними історично. Своєрідністю розвитку певної країни, а можуть мати лінгвістичну природу. Лінгвістичні відмінності проявляються таким чином. Цінні папери з аналогічним статусом іноді в різних країнах називають різними термінами. Разом з тим, один і той самий термін у різних державах може мати різний зміст.

Отже, відповідь на те, чи має грошовий документ юридичний статус цінного паперу, слід шукати, керуючись не лише подібністю термінології, а, перш за все, відповідним законодавством.

Таким чином, термін "цінний папір" підлягає особливому тлумаченню кожного разу для з'ясування значення, яке надане йому тією чи іншою нормою.

Дотримання встановленої форми посвідчення прав, пов'язаних з цінним папером, передбачає також дотримання всіма учасниками фондового ринку, приписаних норм і правил. У необхідних випадках здійснюється державна реєстрація і ліцензування. Законом встановлюється також спосіб фіксації прав, пов'язаних з цінними паперами. Наприклад, законодавством може передбачатись можливість такої фіксації "у бездокументарній формі" (за допомогою засобів електронно-обчислювальної техніки).

Наступною необхідною умовою є дотримання комплексу технічних вимог до цінних паперів та їх бланків, що включає, наприклад, наступні позиції: визначений формат, чіткість зображення, якість паперу, ступінь захисту від підробки та ін.

Крім того, визначено певні вимоги до фізичного переміщення цінних паперів та їх бланків у просторі, в тому числі через національні кордони.

Одним з головних елементів юридичної характеристики цінного паперу є наявність у нього обов'язкових реквізитів. При їх відсутності чи невідповідності встановленій формі цінний папір втрачає свій статус. Набір обов'язкових реквізитів – це невід'ємна частина такого поняття, як стандарт цінного паперу.

Для кожного виду цінних паперів характерний власний набір обов'язкових реквізитів. Як правило, це:

- назва цінного паперу (чи мітка "Акція", "Облігація" тощо);
- серія і номер цінного паперу;
- найменування емітента;
- найменування держальника цінного паперу;
- номінальна (лицьова) вартість цінного паперу (номінал чи принципал) та інші майново-зобов'язальні умови, включаючи дохід держальника цінного паперу, якщо він передбачений;
- дата передачі прав, пов'язаних з цінним папером та ін.

Оскільки не кожен майновий документ є цінним папером, слід відмежувати майнові і зобов'язальні права, пов'язані з цінними паперами від аналогічних прав, що впливають з цивільних договорів та інших документів. У системі прав пов'язаних з цінними паперами можна виділити:

- а) права на сам цінний папір;
- б) права з цінного паперу, тобто права, що впливають з володіння цінним папером (посвідчення певних майнових чи зобов'язальних прав);
- в) посвідчення передачі прав від однієї особи до іншої²³⁷.

Цінний папір є носієм права. Особа, яка набула право власності на цінний папір, отримує у сукупності усі права, які ним посвідчуються. Право, образно кажучи, втілюється в папері. Залежність цінного паперу і вираженого у ньому права така, що передача цінного паперу означає і передачу права на цей папір.

У свій час професор М. Агарков зазначав, що лише той, хто має право на папір, може в силу цього права розпоряджатися ним з метою здійснення права з паперу²³⁸.

²³⁷ Каратуев А.Г. Там само. – с.11.

²³⁸ Агарков М.М. Учение о ценных бумагах: Научное исследование. – М., Из-во БЕК. 2-е издание. – 1994. – с.178.

Отже, право на папір і право з паперу мають одну й ту ж долю. Вони можуть бути роз'єднані лише у випадку, спеціально встановленому законом (це випадок оголошення цінного паперу знищеним у особливому визначеному законом порядку).

У цінних паперів, як різновиду юридичних документів, існує спільна ознака – необхідність пред'явлення цінного паперу для реалізації виражених у ньому прав.

Для передання іншій особі прав, посвідчених цінним папером на пред'явника, достатньо вручення цінного паперу цій особі.

Права, посвідчені іменним цінним папером, передаються у порядку, встановленому для відступлення права вимоги (цесії). Особа, яка передає право за цінним папером (індосант), відповідає лише за недійсність відповідної вимоги і не відповідає за її невиконання.

Права за ордерним цінним папером передаються шляхом вчинення на цьому папері передавального напису (індосаменту). Індосант відповідає за існування та здійснення цього права. За передавальним написом (індосаментом), вчиненим на цінному папері, до особи, якій або у розпорядження якої передаються права за цінним папером (індосата), переходять усі права, посвідчені цінним папером. Індосамент може бути бланковим (без зазначення особи, якій має бути здійснене виконання) або ордерним (із зазначенням особи, якій або за наказом якої має бути здійснене виконання). Індосамент може бути обмежений тільки дорученням здійснювати права, посвідчені цінним папером, без передання цих прав індосату. У цьому разі індосат виступає як представник.

Законом може бути виключена можливість випуску цінних паперів визначеного виду як іменних, або як ордерних, або як паперів на пред'явника²³⁹.

До юридичних документів відносять документи, зміст яких посвідчує ті чи інші юридично значимі факти або засновані на них правовідносини. Цінні папери як юридичні документи, виконують у цивільному обігу різноманітні функції залежно від того, яке значення документа для відповідних правовідносин. Щоб визначити зміст поняття "цінний папір", проаналізуємо функції, що виконують у цивільному обігу юридичні документи.

²³⁹ Див.: Стаття 196 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – №11 – ст.461.

По-перше, всі документи, включаючи цінні папери, можуть бути письмовим доказом у суді. Так, письмове посвідчення певних юридичних фактів служить засобом доказу права у судовому процесі. У такому випадку юридичний документ виконує функцію, що засвідчує право. У реалізації права він не відіграє жодної ролі. Тобто виникнення, здійснення і припинення права тут не залежить ні від наявності документа, ні від його змісту. Документ знаходиться ніби ззовні правовідносин і набуває значення лише у випадку судового спору.

В інших випадках наявність документа є необхідною умовою не лише для доказу, а й для виникнення відповідних правовідносин. У такому разі документ набуває поряд з процесуальним і матеріально-правового значення.

Юридичні документи, створення яких є необхідним для виникнення правовідносин і які є необхідною умовою дійсності правочинів, називаються конститутивними документами. Конститутивне значення документа може встановлюватись законом або договором.

Таким чином, правовідносини виникають лише з моменту належного оформлення правочину, тобто для виникнення правовідносин необхідно правильно оформити документ. Оформлення відповідного документа є необхідною частиною правочину. Наприклад, право застави – оформляється договором про заставу, право вимоги до поручителя – договором поруки тощо.

Нарешті, юридичний документ, виконуючи матеріально-правову функцію, може мати значення при здійсненні вираженого у ньому права. Для цілого ряду документів (акцій, облігацій, векселів і т.п.) є характерним те, що здійснення прав на них неможливе без пред'явлення документа. Наприклад, для витребування платежу по векселю векселедержатель повинен пред'явити вексель платнику. Інший приклад: виграш по державній облігації виплачується лише при її пред'явленні. Всі ці різні за змістом документи, об'єднуються в одну групу юридичних документів за їх спільною ознакою – необхідністю їх пред'явлення для реалізації вираженого в них права. Такі юридичні документи називають презентаційними і вони є цінними паперами.

Відповідно до статті 197 ЦК України права, посвідчені цінним папером, можуть належати: пред'явникові цінного паперу (цінний

папір на пред'явника); особі, названій у цінному папері (іменний цінний папір); особі, названій у цінному папері, яка може сама здійснити ці права або призначити своїм розпорядженням (наказом) іншу уповноважену особу (ордерний цінний папір)²⁴⁰.

Права, що складають зміст цінних паперів, можуть належати до різних категорій суб'єктивних прав. Найчастіше вони належать до зобов'язальних прав. Вони можуть бути речовими чи корпоративними правами, або ж являти собою повноваження на вчинення дій, що торкаються чужої правової сфери (так звані секундарні права)²⁴¹.

Корпоративні права властиві акціям. Зобов'язально-правовий зміст мають вексель, облігація тощо.

Отже, будь-який цінний папір характеризується двома ознаками:

1. втіленням у ньому певного суб'єктивного права;
2. необхідністю пред'явлення цінного паперу для реалізації цього права.

Необхідність пред'явлення цінного паперу для реалізації вираженого в ньому права має подвійний зміст:

- 1) кредитор легітимує себе в якості особи, якій належить відповідне суб'єктивне право;
- 2) боржник по цінному паперу не може надати виконання без пред'явлення цінного паперу, не взявши на себе реальний ризик сплатити двічі. З іншого боку, боржник повинен бути впевнений, що зможе звільнитись від свого обов'язку, якщо надасть виконання будь-якому суб'єкту, що пред'явить цінний папір і належним чином легітимує себе у якості кредитора, навіть якщо потім з'ясується, що держатель не міг бути кредитором.

У цьому проявляється головна мета інституту цінних паперів – перекласти ризик виконання неналежній особі з боржника на кредитора²⁴².

Таким чином, легітимація кредитора, як підтвердження і визнання законності його повноважень у якості суб'єкта вираженого у цінному папері права, відбувається шляхом пред'явлення цінного паперу. Цим підтверджується законність права вимоги до боржника.

²⁴⁰ Див.: Стаття 197 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – №11 – ст.461.

²⁴¹ Агарков М.М. Там само. – с.175.

²⁴² Ефимова Л.Г. Там само. – С. 212 – 213.

Боржник має право відмовити у виконанні зобов'язання, якщо йому не пред'явлено цінний папір. Боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок пред'явнику цінного паперу. В іншому випадку він буде нести відповідальність перед суб'єктом, уповноваженим цінним папером: боржник погасить своє зобов'язання, лише виконавши його правильному держателю цінного паперу, навіть, якщо він уже виконував зобов'язання іншій особі.

Отже, легітимація держателя цінного паперу, як суб'єкта відповідного права має значення як в інтересах самого держателя, якого цінний папір уповноважує виступити з відповідною вимогою, так і в інтересах зобов'язаної особи, яка, виконавши свій обов'язок пред'явнику документа, звільняє себе від відповідальності перед дійсним суб'єктом права, у разі, якщо держатель ним не був²⁴³.

Слід зазначити, що легітимаційне значення пред'явлення цінного паперу саме по собі є достатнім тільки у випадку, коли цінний папір є папером на пред'явника. В усіх інших випадках легітимаційна дія цінного паперу стосовно як кредитора, так і боржника по цінному паперу базується на цілому ряді юридичних фактів, обов'язково включаючи пред'явлення цінного паперу.

Таким чином, є очевидним, що пред'явлення цінного паперу – це завжди необхідна умова реалізації вираженого в ньому права, але ця умова далеко не завжди є і достатньою. Додаткова легітимація є необхідною, коли мова йде не про пред'явницькі цінні папери, а про інші види. Окремі види цінних паперів потребують різної легітимації. Потреба у додатковій легітимації виникає для визнання виконання зі сторони боржника, здійсненого за належною адресою і для обґрунтування претензії кредитора.

Як зазначає Т. Боднар, виконання за цінним папером являє собою специфічний вид відносин, правове регулювання яких виходить за межі норм ст. 198 ЦК України, і може розглядатися як особливий субінститут виконання зобов'язання²⁴⁴.

Необхідність пред'явлення цінного паперу для здійснення вираженого в ньому права передбачає залежність між цінним папером і відповідним правом. Цінний папір виступає носієм права.

²⁴³ Агарков М.М. Там само. – с.177.

²⁴⁴ Боднар Т.В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві: Монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – с. 201.

Володіння цінним папером служить не тільки для легітимації його держателя як суб'єкта відповідного права у відносинах між ним і зобов'язаною особою. Воно легітимує держателя як суб'єкта права і стосовно третіх осіб. У цьому випадку факт володіння цінним папером теж є достатнім лише для цінних паперів на пред'явника. Для інших цінних паперів необхідна додаткова легітимація. Легітимація держателя стосовно третіх осіб набуває особливого значення у випадку звернення стягнення на право, виражене у цінному папері. Таке звернення може мати місце лише шляхом звернення стягнення на сам цінний папір. Після цього стає можливим звернення стягнення до боржника²⁴⁵.

Цінні папери потрібно відрізнити від так званих легітимаційних паперів і легітимаційних знаків. Вони є поширеними у повсякденному і діловому житті. Мова йде про гардеробні номерки, талони тощо. На них може бути лише зображення якогось номера чи знака і відсутній текст. Зокрема, як правило, не має підпису зобов'язаної особи. Легітимаційні папери чи знаки завжди мають на увазі пред'явника і не містять найменування уповноваженої особи.

Пред'явлення легітимаційного паперу чи значка не уповноважує вимагати виконання, але боржник уповноважений виконати свій обов'язок пред'явнику. Зробивши це, боржник звільняється від обов'язку і не несе відповідальності перед дійсним суб'єктом права, якщо це не пред'явник.

Отже, характерною спільною рисою цінних паперів і легітимаційних паперів та знаків є те, що вони мають легітимаційне значення в інтересах боржника. А критерієм розмежування є те, що легітимаційні папери і знаки, на відміну від цінних паперів не мають легітимаційного значення в інтересах держателя²⁴⁶.

На наш погляд, слід зазначити, що цінний папір, крім властивих йому функцій може виконувати ще й додаткові легітимаційні функції. Як, наприклад, цінні папери, що уповноважують боржника надати виконання не тільки суб'єкту права, вказаному в цінному папері, але й кожному його пред'явнику. У юридичній літературі за ними теж закріпилась назва легітимаційні папери. Необхідно строго відрізнити їх від вище описаних легітимаційних знаків і паперів,

²⁴⁵ Агарков М.М. Там само. – с.178.

²⁴⁶ Агарков М.М. Там само. – с.179.

оскільки останні, взагалі, не є цінними паперами. У той час як перші – це іменні цінні папери з додатковими легітимаційними функціями.

Особливості виконання зобов'язання за цінним папером містяться у нормах статті 198 ЦК України де зазначено, що особа, яка випустила (видала) цінний папір, та особи, що індосували його, відповідають перед її законним володільцем солідарно. У разі задоволення вимоги законного володільця цінного паперу про виконання посвідченого цим папером зобов'язання однією або кількома особами з числа тих, хто зобов'язався за цінним папером, вони набувають право зворотної вимоги (регресу) щодо інших осіб, які зобов'язалися за цінним папером. Відмова від виконання зобов'язання, посвідченого цінним папером, з посиланням на відсутність підстави зобов'язання або на його недійсність не допускається. Володільць незаконно виготовленого або підробленого цінного паперу має право пред'явити особі, яка передала йому папір, вимоги про належне виконання зобов'язання, посвідченого цим папером, та про відшкодування збитків²⁴⁷.

Дві характерні ознаки цінного паперу служать критерієм розмежування цінних паперів з іншими документами.

З позиції першої ознаки (цінний папір – носій певного суб'єктивного права) не належать до цінних паперів грошові знаки, поштові та гербові марки тощо, адже вони не виражають жодного суб'єктивного права.

З позиції другої ознаки (необхідність пред'явлення цінного паперу для реалізації вираженого в ньому права) не є цінними паперами, наприклад, звичайні боргові документи, що посвідчують факт одержання боргу, хоч вони і виражають певне майнове право. Кредитор може одержати належний йому борг і без пред'явлення такого документу, підтвердивши погашення боргу видачею боржнику відповідної розписки.

Таким чином, проаналізувавши поняття "цінні папери" і їх юридичний статус, характерні риси, можна зробити наступні висновки.

Цивільному праву відомі різноманітні способи посвідчення зобов'язальних правовідносин. Необхідність підтвердження і визнання правового статусу суб'єктів цих правовідносин, розподілу прав і обов'язків між ними є причиною існування різних способів

²⁴⁷ Стаття 198 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – №11 – ст.461.

легітимації. Права учасника ділового обороту можуть підтверджуватись такими юридичними документами, як цивільно-правовий договір, адміністративний акт, нотаріальний запис тощо.

Такий вид юридичних документів, як цінні папери, теж є одним із способів легітимації. Велика різноманітність способів підтвердження існування праввідносин викликана потребою забезпечити цивільний оборот високим ступенем міцності та надійності, з одного боку, і мобільності – з іншого. Цінні папери якраз і забезпечують міцність і мобільність водночас, щоправда, нерідко входячи в конфлікт з необхідністю забезпечити надійність реалізації виражених у цінних паперах прав.

У доктрині вживається термін "цінний папір" для позначення юридичних документів, пред'явлення яких є необхідним для здійснення виражених у них прав. На жаль, цей термін до цього часу не має єдиного і цілком визначеного змісту у сучасних законодавствах різних країн. Існує цілий ряд різних визначень поняття "цінний папір".

На нашу думку, з юридичної точки зору найбільш прийнятним і коректним є наступне визначення:

"Цінний папір – це юридичний документ, який при умові встановлених законодавством форми і обов'язкових реквізитів посвічує майнові права, здійснення чи передача яких можливі тільки шляхом його пред'явлення".

З цього визначення випливають специфічні ознаки цінних паперів. При відсутності хоч однієї з них цінний папір втрачає для цивільного обороту своє значення.

Отже, необхідними та достатніми ознаками цінного паперу є:

1. Майновий характер документа – цінний папір своїм змістом повинен обов'язково виражати грошове або інше майнове право. Слід зазначити, що крім майнового права, можуть бути й інші права (наприклад, корпоративні, для акцій).

2. Виражене у цінному папері право повинне бути визначеним, однозначним і зрозумілим з тексту документа, причому це повинне бути саме право, оскільки закріплення взаємних прав і обов'язків у цінному папері є недопустимим. У цінному папері повинна бути точно визначена юридична можливість здійснити ту дію, на яку має право його законний держатель.

3. Нерозривний зв'язок між самим цінним папером і вираженим у ньому правом. Цей зв'язок настільки міцний, що без пред'явлення оригіналу документа втілене в ньому право не може бути реалізоване чи передане іншій особі. З переданням цінного паперу переходять усі права, які посвічуються ним, у сукупності. Не може мати місця часткова передача прав, виражених у цінному папері. Особа є суб'єктом, уповноваженим вимагати виконання по цінному паперу, будучи власником.

4. Цінний папір – це різновид юридичних документів і він, відповідно, повинен мати необхідні ознаки формальності, які означають, що зміст цінного паперу повинен підпорядковуватись певним вимогам, встановленим законодавством. Ці вимоги торкаються як обов'язкових реквізитів у тексті цінного паперу, так і необхідності забезпечення повного ступеню захисту бланків документів від підробки і т.п.

5. З усього вищезгаданого впливає наступна ознака цінного паперу: виражене в ньому майнове право повинне бути втіленим у певному матеріальному носію. Цінний папір – це документ і посвідчення права, яке міститься в ньому. Якщо відсутній певний матеріальний носій (паперовий, електроний тощо) – така категорія відмінна від інституту цінних паперів.

Цінні папери і гроші складають окрему специфічну категорію об'єктів цивільних прав. З позиції цивільного права гроші і цінні папери є речами.

Безумовним є те, що гроші від цінних паперів відрізняються історією своєї появи в обороті, передумовами, підставами та функціями їх в обігу, економічною та політичною роллю в житті суспільства та держави²⁴⁸.

Цінні папери, закріплюючи права вимоги, розглядаються у цивільному праві, як рухомі речі. Вони відповідно визнаються об'єктами купівлі, продажу, зберігання, застави та інших майнових правочинів, що укладаються з приводу речових об'єктів. На захист володіння цінними паперами поширюються норми права, що забезпечують захист володільців рухомих речей. Проте, будучи об'єктами речового права, цінні папери підпорядковані

²⁴⁸ Див.: *Карагусов Ф.С.* Там само. – с.5.

спеціальному правовому режиму у зв'язку з властивими їх правовими особливостями.

Так, як гроші і цінні папери з погляду цивільного права є речами і належать до особливої категорії об'єктів цивільних правовідносин, на нашу думку, тут є доцільною спроба провести порівняльний аналіз грошей і цінних паперів з метою з'ясування їх подібності і відмінності.

Цінні папери і гроші мають багато тотожних функцій, що є одною з економічних характеристик цінних паперів. Проте, слід мати на увазі, що у кожному конкретному випадку такої тотожності мова йде не обов'язково про весь масив цінних паперів.

Функції цінних паперів уже розглядалися у даній роботі у главі "Загальні положення про цінні папери". Зараз проаналізуємо подібні риси грошей і цінних паперів постадійно.

Так на стадії емісії простежуються такі спільні риси грошей і цінних паперів:

- емітент грошей і багатьох цінних паперів один і той – держава та уповноважені нею органи;

- випуск грошей та цінних паперів у певній мірі регулюються Урядом, Мінфіном, Національним банком, деякими іншими органами;

- вони випускаються іноді з метою покриття дефіциту державного бюджету;

- і гроші, і цінні папери суворо стандартизовані;

- вони мають певний ступінь захисту від підробок, та все ж серед грошей та цінних паперів трапляються фальшивки.

На стадії обігу грошей та цінних паперів теж помічаємо багато спільного:

- обіг грошей та цінних паперів регулюють, в основному, органи, які їх і випустили;

- гроші та цінні папери є різними сегментами одного і того ж фінансового ринку;

- на їх розвиток впливають подібні чи однакові фактори;

- стан ринку цінних паперів залежить від стану грошового ринку і навпаки, при цьому є помітним взаємний вплив;

- і гроші, і цінні папери зазнають інфляційних процесів;

- механізм знецінювання грошей та цінних паперів теж подібний.

Знецінювання грошей відбувається тоді, коли випуск грошей перевищує потребу в них для обслуговування товарообігу, а

знецінювання цінних паперів – коли емісія цінних паперів перевищує ємність фондового ринку;

- для грошей та цінних паперів є можливим функціонування в безготівковій формі;

- вони можуть бути конвертованими (гроші – на іноземну валюту, а цінні папери – на фінансові інструменти другого виду, класу, серії);

- і ті, і другі можуть бути національними та іноземними;

- гроші та цінні папери мають здатність до накопичення, будучи при цьому засобом утворення скарбів;

- гроші і такі цінні папери, як вексель, чек виконують функцію платежу. Вексель – це кредитні гроші, тобто, по суті, різновид грошей, а чек – їх замітник. Якщо розглянути високоліквідні цінні папери, для яких не існує проблеми їх обміну на гроші, то цінні папери можна визначити, як альтернативні гроші;

- гроші та цінні папери – це особливий товар у цій якості гроші можуть обмінюватись на товари, а цінні папери на гроші. І ті, і другі, зокрема, мають властивість елемента авансового капіталу (для цінних паперів – це ще одна економічна характеристика). Ними може бути зроблений внесок у статутний капітал новоствореного підприємства. Прокредитовані комерційні операції і т.п. У певній мірі цінні папери також мають властивості обміну на активи емітентів. Особливий характер цінних паперів як товару є і в особливому – щодо реальних інвестицій характері обігу (обіг самостійний, але під впливом змін, що відбуваються у реальних інвестиціях, капіталі)²⁴⁹.

Гроші та цінні папери – це такий товар, який має значення не сам по собі, а як представник, інструмент відповідних ринків, процентів, потреби яких вони і обслуговують. При цьому гроші виступають як відображення вартісної природи всього товарного світу (власне товарів і послуг, іноземних валют, банківських позик, цінних паперів), а цінні папери – як відображення вартості інвестицій (капіталу). Тому власна внутрішня вартість грошей і цінних паперів (на паперовому носіїві) дорівнює вартості виготовлення самого паперу.

З точки зору своїх фізичних властивостей, цінний папір – це лише "шматок паперу", за образним виразом К. Маркса, це товар,

²⁴⁹ Каратуев А.Г. Ценные бумаги: виды и разновидности. – М., РДЛ, 1997. – с.21.

який не маючи власної вартості може бути проданий за високою ринковою ціною. Це пояснюється тим, що цінний папір, маючи свій номінал, представляє певну величину реального капіталу. У цьому зв'язку можна визначити цінний папір, як представницьку форму реального капіталу²⁵⁰.

Така близькість грошей і цінних паперів пояснюється спільними історичними коренями. Гроші з'явились раніше, ніж цінні папери. Але такий різновид паперових грошей, як банківські білети зобов'язаний своїм походженням цінним паперам, що випускали грошово-торгові купці, які згодом перетворились на банкірів. Їх боргові зобов'язання – банківські білети з часом стали національними паперовими грошима – банкнотами. Банкноти – це ніби специфічний гібрид цінних паперів і грошей (емітуються центральними банками, а не державою, казначейством, що надає їм відповідний курс, проте саме держава узаконює їх у якості платіжного засобу).

Поряд з подібними рисами простежується і цілий ряд відмінностей між грошима та цінними паперами.

Емісію грошей вправі здійснювати тільки держава чи її Центральний банк (в Україні – НБУ), а цінні папери можуть випускатись практично будь-якими юридичними особами (а векселі, наприклад, в Росії – навіть фізичними особами). До випуску цінних паперів причетні і такі специфічні органи, як ДК ЦПФР, Антимонопольний комітет тощо. Ступінь стандартизованості і захисту від підробок у цінних паперів значно нижчий, ніж у грошей. Ареал поширення грошей значно ширший, ніж у цінних паперів. Гроші обслуговують всі сегменти фінансового ринку, а також ринок товарів і послуг, тоді як цінні папери знаходяться в обігу, в основному, лише у одному сегменті фінансового ринку – фондовому ринку.

Чимало відмінностей і в сфері економічних характеристик цінних паперів і грошей. Цінні папери відображають процеси, що відбуваються всередині капіталу на фондовому ринку, а гроші – процеси, що відбуваються всередині всього товарного світу. Гроші – це мірило національного багатства активів, пасивів і майна окремого підприємства і приватної особи. Вони є мірилом капіталізації, тобто обсягу випуску цінних паперів. Гроші виступають показником

²⁵⁰ Каратуев А.Г. Там само. – с.21.

багатства, а цінні папери – це "титули власності" на вкладений капітал чи товари, що знаходяться в обороті, це правові підстави власності на ці об'єкти. Тому вони самі перетворюються у специфічні товари. Цінний папір являє собою "фіктивний капітал" – паперовий двійник реального капіталу. Цінний папір завжди є символом грошового капіталу чи других матеріальних цінностей. Тому цінний папір часто називають "фондовою цінністю". Разом з тим цінний папір – це завжди певний "фондовий інструмент", за допомогою якого можна одержати доступ до реальних цінностей чи забезпечити перехід (рух) цих цінностей від одного суб'єкта до іншого²⁵¹.

Отже, цінні папери – це одночасно і титул власності, і боргове зобов'язання цей доход сплачувати. Кількість грошей у обігу залежить від суми цін товарної маси і платних послуг з урахуванням швидкості обігу грошової одиниці, у той час як капіталізація цінних паперів визначається потребою реального капіталу у фондових заміниках, фінансових інструментах, а також ємністю фондового ринку. Ринок цінних паперів, як правило, менш стабільний, ніж грошовий. Крім того, гроші, на відміну від цінних паперів безособові, вони не виражають якоесь право чи зобов'язання. Гроші носять, як правило, безстроковий характер, а цінні папери обмежуються строками. Рівень ліквідності і надійності у грошей значно вищий, як правило, ніж у цінних паперів. Доходність в цінних паперах запрограмована з самого початку, в той час, як гроші самі по собі, не ставши інвестиціями, доходу не приносять.

Таким чином, гроші та цінні папери, як об'єкти цивільних прав є матеріальними речами. Вони мають чимало подібних рис, які об'єднують їх у спільну групу, але й цілий ряд відмінностей, що обумовлюють специфіку їх правових режимів.

2.3. Грошове зобов'язання у банківських правовідносинах

Незначний за обсягом безпосередній обмін товарами завжди буде мати місце у торгівельних відносинах, особливо у періоди економічних негараздів, проте в умовах стабільності економіки

²⁵¹ Див.: Рынок ценных бумаг и его финансовые институты. / Под ред. проф. Торкановского В.С. – СПб.: АО "Комплект", 1994. – с.9.

бартер витісняється опосередкованим товарообміном, що ґрунтується на використанні грошей. Певна грошова маса як еквівалент товару є найбільш дієвим інструментом у порівнянні з бартером, при використанні якого виникають проблеми неподільності, ризику короткострокового використання, не еквівалентності якості, невідповідності інтересів учасників обміну тощо.

Перевага грошей у порівнянні з іншими платіжними засобами є очевидна і впродовж вже багатьох століть не потребує доказування.

У тій чи іншій мірі грошове зобов'язання досліджували такі відомі цивілісти як П. Цитович, О. Літовченко, Г. Шершеневич, Д. Мейер, Л. Ельясон, М. Агарков, Л. Лунц, О. Іоффе. Свою увагу на проблематику грошових зобов'язань звертають сучасні науковці О. Белов, Т. Боднар, В. Вітрянський, Л. Ефімова, Р. Карімуллін, Н. Кузнєцова, Д. Лавров, В. Луць, Л. Новосьолова, О. Подцерковний.

Спробуємо окреслити межі грошового зобов'язання у системі суспільно-економічних відносин і зокрема зобов'язальних відносин, що регулюються цивільним правом та визначимо предмет грошового зобов'язання.

Загальне поняття зобов'язання наводиться у статті 509 нового ЦК України. Зобов'язанням є правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку²⁵².

Характеризуючи поняття зобов'язання професор Н. Кузнєцова відзначає, що зобов'язання – це цивільні правовідносини. Вирішальне значення для юридичного змісту зобов'язань набуває надана управомоченому суб'єктові можливість вимагати певної поведінки від зобов'язаної особи. Саме тому в зобов'язальних правовідносинах суб'єктивне право дістало назву права вимоги, а обов'язок – боргу²⁵³.

²⁵² Стаття 509 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – №11 – ст.461.

²⁵³ Кузнєцова Н.С. Поняття та склад зобов'язання / У книзі 1 Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О.В. Дзера (керівник авт. кол.), Д.В.Боброва, А.С.Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцовой. – К.: Юринком Інтер, 2002. – с.609-610.

Предметом зобов'язання визнаються певні дії боржника. При цьому, в залежності від виду зобов'язання та обсягу прав і обов'язків якими наділяються суб'єкти, можна говорити про одну дію або певну кількість різного роду дій та особливості їх розподілу між особами. Так, наприклад, договір позики належить до групи реальних договорів і відповідно вважається укладеним з моменту передачі грошей або інших речей, що визначені родовими ознаками. Будь-яка обіцянка надати у майбутньому позику, момент підписання договору, або вказівка у договорі на строк, протягом якого відбудеться передача позики не мають юридичного значення. Договір позики є одностороннім договором. Позикодавець (кредитор) по договору набуває лише права вимоги, а позичальник (боржник) зобов'язується вчинити певну дію – повернути позикодавцеві таку ж суму грошових коштів (суму позики) або таку ж кількість речей того ж роду та такої ж якості.

В. Вітрянський підкреслює, що одна з основних особливостей грошового боргового зобов'язання як раз і полягає в тому, що воно завжди можливе до виконання, оскільки грошові кошти завжди є у майновому обороті²⁵⁴.

Значну кількість різного роду дій які повинні виконати суб'єкти зобов'язання ми можемо спостерігати у договорі банківського рахунка. За договором банківського рахунка банк вчиняє дії спрямовані на прийняття і зараховування на рахунок, відкритий клієнтові, грошових коштів, що йому надходять; виконує розпорядження клієнта про перерахування і видачу відповідних сум грошових коштів з рахунка та проводить інші операції за рахунком. За користування грошовими коштами, що знаходяться на рахунку клієнта, банк сплачує проценти, сума яких зараховується на рахунок, якщо інше не встановлено договором банківського рахунка або законом. Банк також вчиняє дії направленні на гарантування банківської таємниці. Дії клієнта банку спрямовані на виконання зобов'язання по оплаті послуг банку за здійснені ним операції за рахунком клієнта, якщо це встановлено договором. Якщо умовами договору банківського рахунка передбачено кредитування рахунка то дії суб'єктів цього договірною зобов'язання додатково

²⁵⁴ Див.: *Витрянский В.В.* Кредитный договор: понятие, порядок заключения и исполнения. – М.: Статут, 2005. – с. 167.

коригуються тими положеннями чинного законодавства, які регулюють відносини позики та кредиту.

Таким чином, зрозуміло, що незважаючи на певні особливості того чи іншого матеріального об'єкту (наприклад, товару, грошей) правовідносин, предметом зобов'язання завжди є певна поведінка (правова дія) зобов'язаної особи.

Між різними предметами зобов'язань в особливості звертають на себе увагу гроші. Вони часто бувають предметом зобов'язань, і це природно, тому, що зобов'язання торкаються сфери майнових прав, а будь-яке майно оцінюється на гроші. Якщо навіть інше зобов'язання і не чисто грошове, тобто предмет його не складає здійснення грошового платежу, то все ж таки й інші предмети оцінюються грошами, так що кожне зобов'язання можна звести до зобов'язання грошового²⁵⁵.

Грошові зобов'язання у всіх правових системах виділяються у законодавстві, судовій практиці та доктрині в самостійну правову категорію²⁵⁶.

Відповідно до статті 1 Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" грошове зобов'язання визначається як зобов'язання боржника заплатити кредитору певну грошову суму відповідно до цивільно-правового договору та на інших підставах, передбачених цивільним законодавством України. Склад і розмір грошових зобов'язань, в тому числі розмір заборгованості за передані товари, виконані роботи і надані послуги, сума кредитів з урахуванням процентів, які зобов'язаний сплатити боржник, визначаються на день подачі в господарський суд заяви про порушення провадження у справі про банкрутство, якщо інше не встановлено цим Законом. До складу грошових зобов'язань боржника не зараховуються неустойка (пеня, штраф), визначена на день подання заяви до арбітражного суду, а також зобов'язання, що виникли внаслідок заподіяння шкоди життю та здоров'ю громадян, зобов'язання по виплаті авторської

²⁵⁵ *Мейер Д.И.* Русское гражданское право(в 2-х ч. Часть 2) По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. – М.: Статут (в серии "Классика российской цивилистики"), 1997. – с.129-130.

²⁵⁶ Див.: *Гражданское и торговое право капиталистических государств.* Изд. 2-е / Под ред. Е.А. Васильева. – М.: Международные отношения, 1992. – с.293.

винагороди, зобов'язання перед засновниками (учасниками) боржника – юридичної особи, що виникають з такої участі²⁵⁷.

Як зазначає Є. Рацевський, особливий режим грошових зобов'язань боржника в період зовнішнього управління дозволяє забезпечити в економічному розумінні надання боржнику цільового кредиту у сумі відстрочених до виконання грошових зобов'язань перед кредиторами для проведення заходів по фінансовому оздоровленню господарської діяльності у період зовнішнього управління²⁵⁸.

Концепція Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" спрямована на відновлення платоспроможності боржника, а відтак зазначеною вище нормою законодавець намагався мінімізувати обсяг його грошових зобов'язань. Наведене визначення не може застосовуватися у широкому розумінні цього поняття, оскільки досить значна кількість різного роду грошових вимог залишається за межами цієї норми Закону. Тим більше, якщо мати на увазі позицію Д. Мейера, стосовно того, що кожне зобов'язання можна звести до зобов'язання грошового²⁵⁹.

Нажаль, у чинному цивільному законодавстві України відсутнє визначення поняття грошового зобов'язання. Норми законів, що містять термін "грошове зобов'язання", як правило, передбачають лише правові наслідки щодо знецінення грошей або невиконання такого зобов'язання.

Зрозуміло, що предмет грошового зобов'язання пов'язаний з найвідомішим винаходом людства, досить важливою економічною і правовою категорією якою є гроші. Юридична природа грошей, їх властивості та функції у різні часи досліджувалися рядом вчених²⁶⁰.

²⁵⁷ Стаття 1 Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" // Відомості Верховної Ради України. – 1999 р. – №42 – 43. – ст.378.

²⁵⁸ Рацевський Є.С. Правовой режим денежных обязательств в процедуре внешнего управления / В книге Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 6 / Под ред. О.Ю. Шиловостова. – М.: Издательство НОРМА, 2003. – с.69.

²⁵⁹ Див.: Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2-х ч. Часть 2) По исправленому и дополненому 8-му изд., 1902. – М.: Статут (в серии "Классика российской цивилистики"), 1997. – с.466.

²⁶⁰ Див.: Агарков М.М. Основы банковского права. Курс лекций. Издание 2-е. Учение о ценных бумагах. Научное исследование. Издание 2-е. – М.: БЕК, 1994;

Проте, слід відмітити, що гроші у цивільному обороті виступають у якості досить складного багатофункціонального інструментарію який забезпечує товарообіг. Гроші є одиницею рахунку або мірою вартості, утворюють скарби, виступають засобом платежу, за їх допомогою реалізуються взаємовідносини між країнами, тобто розглядаються як так звані світові гроші. Зазначені функції грошей характеризують їх економічну сутність. Саме ці властивості грошей безпосередньо впливають на формування такої правової категорії якою є грошове зобов'язання.

За умови продажу товару, гроші, виконуючи свою функцію міри вартості, що призводить до встановлення ціни та відповідного обсягу зобов'язань покупця, виступають одним з основних елементів грошового зобов'язання. При виконанні грошового зобов'язання реалізується функція платежу. Кредитор набуває права вимоги щодо здійснення боржником платежу.

Належне здійснення платежу є підставою для припинення зобов'язання. Як зазначає Т. Боднар під належним виконанням зобов'язання розуміють виконання належній особі, в належному місці, в належний строк із додержанням усіх інших вимог і принципів виконання зобов'язань. Лише після того, як сторони здійснять усі дії, що випливають із зобов'язання, воно вважатиметься припиненим, а функціонування зобов'язального правовідношення – завершеним²⁶¹.

Безклубий І.А. Гроші як об'єкт цивільних правовідносин / У книзі 1 Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О.В. Дзера (керівник авт. кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. – К.: Юринком Інтер, 2002.- с.153-160; *Боднар Т.В.* Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві: Монографія. – К.: Юринком Інтер, 2005; *Лавров Д.Г.* Денежные обязательства в российском гражданском праве. – СПб.: Издательство "Юридический центр Пресс". 2001; *Литовченко О.* Деньги в гражданском праве. – К., 1887; *Луц Л.А.* Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. – М.: Статут 1999; *Мейер Д.И.* Деньги как предмет обязательства / Русское гражданское право (в 2-х ч. Часть 2) По исправленому и дополненому 8-му изд., 1902. – М.: Статут (в серии "Классика российской цивилистики"), 1997. – с.129 – 133; *Новоселова Л.А.* Деньги как объект гражданского права / Проценти по денежным обязательствам. – М.: "Статут", 2000. – с.4 – 22; *Подцерковний О.П.* Денежные обязательства и расчетные правоотношения в Украине. – Одесса: „Студия „Негоциант“, 2005; *Усоскин В.М.* Теории денег. М., 1976; *Цитович П.* Деньги в области гражданского права. – Киев, 1873; *Элиассон Л.С.* Деньги, банки и банковые операции. – М., 1926;

²⁶¹ *Боднар Т.* Погашення договірної зобов'язання як спосіб його припинення. // Юридична Україна. – 2004. – № 3. – с.31.

У законодавстві та спеціальній юридичній літературі не вдається віднайти визначення поняття платежу. У зв'язку з цим пропонуємо наступне визначення цього поняття. *Платіж – це дія боржника спрямована на виконання або часткове виконання грошового зобов'язання шляхом сплати безпосередньо кредитору певної грошової суми готівкою або зарахування її у безготівковій формі на визначений кредитором рахунок.*

Сукупність грошових платежів у процесі купівлі – продажу товарів, виконання робіт та надання послуг, задоволення різного роду зобов'язань у грошовій формі, а також при розподілі та перерозподілі грошових коштів формують грошовий обіг. При цьому рух коштів може здійснюватися у готівковій та безготівковій формах.

Сутність грошового обігу складають певні економічні відносини учасників, що охоплені такою досить складною, але надзвичайно важливою правовою категорією як грошове зобов'язання.

Поняття *грошового обігу* можна визначити як *рух коштів у готівковій або безготівковій формі зміст якого складають дії його учасників спрямовані на виконання грошового зобов'язання.*

Право вимоги за грошовим зобов'язанням пов'язане з оплатою здійсненого виконання, як правило, існує достатньо автономно; тому його виокремлення зі складу складного взаємного договору не викликає суттєвих проблем і не впливає на сутність та характер інших правовідносин у межах складного зобов'язання²⁶².

У двадцяті роки минулого століття при розгляді питання про зміст грошового зобов'язання професор Л. Лунц наголошував, що предметом такого зобов'язання є не певна кількість певних грошових знаків, а грошові знаки в певній сумі грошових одиниць²⁶³. Ця думка відомого науковця відображає таку властивість грошей як засіб міри вартості.

Півстоліття потому О. Іоффе стверджував, що грошове зобов'язання слід формулювати як зобов'язання, що направлено на передачу грошей. При цьому гроші ототожнювалися з майном, передача якого погашає грошове зобов'язання виконанням²⁶⁴. З

²⁶² Див.: Новоселова Л.А. Сделки уступки права (требования) в коммерческой практике. Факторинг. 2-й завод. – М.: Статут, 2004. – с. 29.

²⁶³ Лунц Л.А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. – М.: Статут 1999. – с.29.

²⁶⁴ Див.: Иоффе О.С. Обязательственное право. – М., "Юридическая литература". 1975. – с.90.

огляду на відповідну позицію автора можна зробити висновок про застосування функції платежу якою наділені гроші при здійсненні грошового зобов'язання.

Відомий дослідник Л. Еляссон розглядав грошове зобов'язання як платіж визначеної грошової суми²⁶⁵.

Поняття грошового зобов'язання за радянських часів визначали як цивільне правовідношення, в силу якого одна особа (боржник) зобов'язана передати на користь другої особи (кредитора) певну грошову суму, а кредитор має право вимагати від боржника виконання обов'язку²⁶⁶.

Наведенні визначення дають можливість зробити висновок, що у грошовому зобов'язанні гроші одночасно виконують дві функції – міри вартості та засобу платежу.

Чи впливає на формування грошового зобов'язання така функція грошей як засіб утворення скарбів? Гроші маючи абсолютну цінність можуть виступати у якості засобу накопичення та утворення скарбів. У цій якості гроші самі виступають як предмет правочину.

З приводу цього Л. Лунц зазначав, що у тих випадках, коли грошові знаки визначаються у договорі індивідуальними ознаками або мають значення "товару", нема грошового зобов'язання – тому нема і тих юридичних наслідків, які зв'язані з цими зобов'язаннями. Так, неможливість виконання в цих випадках звільняє боржника; прострочка останнього є підставою не для нарахування відсотків, а лише для відшкодування збитків на загальних підставах; місце виконання не може бути визначено на підставах, встановлених для грошового зобов'язання тощо²⁶⁷.

Здійснення функції грошей, що направлена на утворення скарбів, тим самим характеризує індивідуальні ознаки грошей як об'єкту цивільних правовідносин а відтак ототожнює їх з іншими речами з приводу яких, наприклад, може бути укладений договір купівлі – продажу (міни або дарування) старовинної монети.

Слід констатувати, що формування грошового зобов'язання здійснюється за допомогою взаємодії двох функцій грошей – міри

²⁶⁵ Див.: Еляссон Л.С. Деньги, банки и банковые операции. – М., 1926. – с.27.

²⁶⁶ Див.: Советское гражданское право. Т.2 /Под ред. О.А. Красавчикова. – М.: Высшая школа, 1969. – с.243.

²⁶⁷ Лунц Л.А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. – М.: Статут 1999. – с.105.

вартості (одиниці рахунку) та засобу платежу. Грошове зобов'язання, що обумовлене боргом визначається в певній грошовій одиниці і є можливим до виконання через систему платежів. При цьому роль грошових знаків, що є в обігу певної платіжної системи тієї чи іншої країни зводиться лише до можливості їх диференціації за кількісними характеристиками і реалізації таких властивостей грошей якими є заміність, еквівалентність, подільність.

Однією з визначальних ознак грошового зобов'язання є обов'язок сплатити гроші; гроші використовуються у зобов'язанні в якості засобу погашення грошового боргу, відновлення еквіваленту обміну, компенсації продавцю вартості переданого ним товару (у широкому економічному розумінні цього поняття) або компенсації понесених ним майнових втрат. Виходячи з цього, у судовій практиці у якості одного з основних критеріїв, що дозволяє виділити категорію грошового зобов'язання, вказують на наявність у такому зобов'язанні мети погашення грошового боргу²⁶⁸.

Важливою рисою грошового зобов'язання є його відплатний характер. У той же час не можна погодитись з тим, що будь – яке зобов'язання можна звести до грошового. Більш того, не всяке відплатне зобов'язання є грошовим. Так, наприклад, договір міни класифікується як відплатне зобов'язання, але при цьому мірою вартості товару виступає інший товар, роботи, або послуги. Моментом виконання такого зобов'язання є не платіж, а дії сторін спрямовані на передачу товару, виконання робіт або надання послуг. Отже, будучи відплатним зобов'язанням договір міни, як правило, не є грошовим. Проте, умовами договору міни може бути передбачено встановлення доплати за товар більшої вартості, що обмінюється на товар меншої вартості і тим самим виникнення грошового зобов'язання направлено на здійснення платежу на користь сторони, яка передає товар більшої вартості.

Враховуючи дві основні функції грошей Л. Новосолова зазначає, що в силу грошового зобов'язання "боржник зобов'язаний передати

²⁶⁸ Новосолова Л.А. Проценти по денежным обязательствам. – М.: "Статут", 2000. – с.25.

у власність кредитору грошові знаки в певній або визначеній сумі грошових одиниць з метою здійснення платежу"²⁶⁹.

При цьому Л. Новосьолова наголошує, що безготівкова форма розрахунків – це лише спосіб виконання грошового зобов'язання, тобто це лише замітник платежу у готівковій формі. Автор впевнена у тому, що якщо безготівкові кошти і приймаються замість готівкових грошей, заміщуючи їх під час платежу, то це ще не значить що грошове зобов'язання початково направлено на отримання "безготівкових" грошей²⁷⁰.

Швидше за все, така позиція ґрунтується на позиції Л. Лунца, який стверджував, що безготівкові гроші не є грошами, тому будь – які зобов'язання про здійснення безготівкових розрахунків не можна вважати грошовими. Тим самим предметом грошового зобов'язання можуть бути лише готівкові гроші²⁷¹. Такий звужений підхід до грошового зобов'язання в сучасних умовах не може сприйматися для адекватного сприйняття відносин за участі різних суб'єктів права. Предметом грошового зобов'язання можуть бути дії спрямовані на вчинення переказу певної грошової суми в безготівковій формі. При цьому виконання такого грошового зобов'язання буде передбачати участь ще одного суб'єкта – банка.

З визначенням Л. Новосьолової не погоджується Д. Лавров. Він задається питанням, – "Якщо безготівкове перерахування коштів прямо передбачене угодою між кредитором і боржником, то чому ж грошове зобов'язання, що виникає у цьому випадку первісно направлене на платіж готівковими грошами?" І далі автор стверджує. "Таке передбачення було б фікцією та знаходилося б у протиріччі з волею сторін"²⁷².

Д. Лавров пропонує вважати грошовим зобов'язанням таке зобов'язання, в якому боржник зобов'язується сплатити на користь кредитора певну суму грошей у якості міри вартості майнового блага кредитора²⁷³. Тобто мова йде про закріплення за боржником

²⁶⁹ Новоселова Л.А. Проблемы гражданско-правового регулирования расчетных отношений: Автореф. дис. докт. юрид. наук. – М., 1997. – с.13.

²⁷⁰ Новоселова Л.А. Там само. – с.20.

²⁷¹ Луниц Л.А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. – М.: Статут 1999. – с.157.

²⁷² Лавров Д.Г. Денежные обязательства в российском гражданском праве. – СПб.: Издательство "Юридический центр Пресс", 2001. – с.30.

²⁷³ Там само. – с. 30.

зобов'язання щодо вчинення певних активних дій, в наслідок яких кредитор має право поновити свій майновий баланс та отримати економічний інтерес у вигляді приросту активів.

На сторінках наукових досліджень значний час триває дискусія стосовно юридичної природи так званих "безготівкових грошей" та їх співвідношення з "готівкою".

У новому ЦК України передбачено, що законним платіжним засобом, обов'язковим до прийняття за номінальною вартістю на всій території України, є грошова одиниця України – гривня²⁷⁴.

Тим самим законодавець закріпив за гривнею, як предметом матеріального світу, властивість бути законним засобом платежу. Водночас, пунктом 1 статті 1087 нового ЦК України передбачена можливість здійснення розрахунків між суб'єктами правовідносин у готівковій або в безготівковій формі. І далі, частиною 2 статті 1087 ЦК України передбачено що розрахунки між юридичними особами, а також розрахунки за участю фізичних осіб, пов'язані із здійсненням ними підприємницької діяльності, провадяться в безготівковій формі. Розрахунки між цими особами можуть провадитися також готівкою, якщо інше не встановлено законом²⁷⁵.

Під час розрахунку між відповідними особами за допомогою безготівкових грошей суми яких обліковуються на рахунку у банку реалізується функція платежу, яка притаманна і готівковим грошам. При цьому, юридичну природу "готівкових грошей" слід розглядати з точки зору грошей як різновиду речей, а "безготівкові гроші" – у якості об'єкту зобов'язальних прав вимоги.

Платіж у безготівковій формі так само як і готівкою призводить до погашення повністю або частково грошового зобов'язання. Проте, слід наголосити, що платіж не завжди погашає зобов'язання в цілому. Платіж, здійснений в межах зобов'язання, до складу якого може бути включено декілька взаємних прав та обов'язків сторін, погашає лише певну складову частину зобов'язання. Наприклад, виплата відсотків у грошовій сумі за договором банківського вкладу не призводить до погашення в цілому відповідного договірної зобов'язання.

Таким чином, пропонуємо наступне визначення грошового зобов'язання: *"Грошове зобов'язання це правовідносини в яких*

²⁷⁴ Стаття 192 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – №11 – ст.461.

²⁷⁵ Там само. – стаття 1087.

кредитор має право вимагати від боржника здійснення відповідного платежу, а боржник зобов'язується сплатити на користь кредитора певну грошову суму шляхом розрахунку у формі, що передбачена законом або правочином".

Розв'язання проблем, які доволі часто виникають під час регулювання грошових зобов'язань, залежить від чіткого розуміння першоджерела виникнення відповідного зобов'язання. Розмежування зобов'язань, в тому числі – грошових, на договірні та недоговірні зумовлено тим, що їх зміст формується не лише законом або домовленістю сторін, але і волевиявленням однієї з сторін відповідно до закону.

У довідковій літературі грошові зобов'язання визначають як рахунки, що підлягають оплаті, заробітна плата, дивіденди, що пред'явлені до оплати, нараховані податкові платежі, фіксовані або довгострокові зобов'язання такі, як облігації, забезпечені заставною під нерухомість, облігації, не забезпечені золотом і банківські позички²⁷⁶.

З визначення випливає, що грошове зобов'язання може виникнути не лише на підставі цивільного правочину, чи з інших підстав, передбачених цивільним законодавством, але й на підставах, що викликані трудовими відносинами та адміністративним підпорядкуванням, зокрема, податковими, митними, фінансовими відносинами тощо.

Отже, грошове зобов'язання не можна розглядати як категорію, що притаманна лише певній галузі права. Проте, правова природа будь-якого грошового зобов'язання базується на майново-вартісних відносинах, які є предметом цивільного права і тільки метод регулювання цих економічних відносин, у деяких випадках, виводить цю категорію за межі цивільно-правового регулювання. Так, наприклад, зобов'язання підприємця щодо здійснення відповідних податкових платежів формується в залежності від досягнутого ним певного результату підприємницької діяльності.

У широкому розумінні виникнення грошового зобов'язання може бути зумовлене певними діями, спрямованими на здійснення платежу, що породжує таким чином, зобов'язання приватно-правового або публічного характеру. Платіж є визначальним елементом у структурі грошового зобов'язання. Засобом платежу

²⁷⁶ Додонов В.Н., Крылов М.А., Шестаков А.В. Финансовое и банковское право. Словарь-справочник / Под ред. д.ю.н. О.Н.Горбуновой. – М.: ИНФРА-М, 1997. – С. 66.

досягається мета, спрямована на отримання грошей і тим самим здійснення погашення грошового боргу.

Підставою правового конструювання зобов'язання є економічний процес переміщення майна та інших результатів праці, що також мають майновий характер²⁷⁷. Цим відомий цивіліст підкреслює той факт, що дії, які є предметом зобов'язання, мають майновий характер і завжди можуть бути оцінені у грошовому еквіваленті.

Зобов'язальні відносини, як і інші цивільні правовідносини, виникають з обставин, передбачених законом у якості юридичних фактів²⁷⁸. При цьому, слід враховувати, що дії осіб не завжди передбачені законом, проте, за аналогією закону або аналогією права вони можуть породжувати цивільні зобов'язання.

У статті 11 нового ЦК України наведені юридичні факти, що можуть складати джерела або підстави виникнення зобов'язань. Зокрема, підставами виникнення зобов'язань можуть бути договори та інші правочини; створення літературних, художніх творів, винаходів та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності; завдання майнової (матеріальної) та моральної шкоди іншій особі; інші юридичні факти. Практика виникнення грошових зобов'язань на перше місце ставить договір.

Новелою цієї статті є положення, яке встановлює можливість виникнення зобов'язальних відносин безпосередньо з актів цивільного законодавства (законів та постанов Кабінету Міністрів України, що не суперечать закону), а також у випадках, визначених актами цивільного законодавства – з актів органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим або органів місцевого самоврядування. Крім того, у випадках, встановлених актами цивільного законодавства, зобов'язання можуть виникати з рішення суду та настання або ненастання певної події²⁷⁹.

Дії осіб можуть носити як правомірний характер (договір, правочин, створення результатів інтелектуальної діяльності), так і протиправний характер (завдання майнової та моральної шкоди

²⁷⁷ *Иоффе О.С.* Обязательственное право. – М., 1975. – с.8.

²⁷⁸ *Кузнєцова Н.С.* Поняття та склад зобов'язання / У книзі 1 Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О.В. Дзера (керівник авт. кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцовой. – К.: Юрінком Інтер, 2002-с.609 – 610.

²⁷⁹ Стаття 11 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – №11 – ст.461.

іншій особі). Зміст грошового зобов'язання, що виникло внаслідок завдання шкоди, складається з обов'язку особи, яка завдала шкоду, відшкодувати її у повному обсязі шляхом здійснення на користь потерпілої особи відповідного платежу та праві потерпілої особи вимагати такого відшкодування. Джерелами виникнення грошового зобов'язання є також інші дії громадян та юридичних осіб. Наприклад, публічна обіцянка винагороди; дії в майнових інтересах іншої особи без її доручення; дії, пов'язані з рятуванням майна іншої особи, тощо.

Зобов'язальні відносини можуть виникати внаслідок подій – певних юридичних фактів, що не залежать від волі людини. Так, при настанні такого страхового випадку, як повінь, виникає обов'язок страховика здійснити страхову виплату, тобто платіж грошової суми відповідно до умов договору страхування. Тим самим, у межах уже існуючого зобов'язання виникає грошове зобов'язання щодо страхового відшкодування особі – страхувальнику, вартості майна, яке застраховане від повені.

За часів римської цивілістики була розроблена класифікація джерел виникнення зобов'язань, за якою всі численні юридичні факти зведено в чотири групи: а) договори; б) ніби договори; в) делікти; г) ніби делікти.

Таким чином, зобов'язання виникають: а) з договорів (*ex contractu*); б) ніби з договорів (*quasi ex contractu*); в) з деліктів (*ex delicto*); г) ніби з деліктів (*quasi ex delicto*). Звідси основний поділ зобов'язань: ті, що виникають з договорів, — договірні, а ніби з договору, делікту і ніби з делікту — позадоговірні²⁸⁰.

На думку Г. Шершеневича, така класифікація, яка існувала в Римі, не може бути визнана науковою. "З усіх зазначених у римському праві підстав може бути залишено лише дві, а саме: договір і правопорушення. Проте, договір складає вид юридичного правочину, якого й інші форми здатні встановити зобов'язальне відношення, зокрема, заповіт, одностороння обіцянка. Тому, розширюючи римську класифікацію, ми знаходимо два джерела зобов'язання: юридичний правочин і правопорушення"²⁸¹.

²⁸⁰ Підпригора О.А. Римське приватне право: Підручник для студентів юрид. спец. вищих навч. закладів: Вид. 3 –е, перероб. та доп. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2001. – с.260.

²⁸¹ Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. – Тула: Автограф, 2001. – с.352.

Юридичні факти, що класифіковані римськими юристами, знайшли своє відображення у сучасному праві. Наприклад, такі квазіконтракти, як ведення чужої справи без доручення або безпідставне збагачення, регулюються нормами ЦК України і розглядаються як односторонні правочини, що породжують відповідні зобов'язання, в тому числі й грошові. Новелою ЦК України є глава 81, якою регулюються правові наслідки створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи. Такого роду юридичні факти в Римі розглядалися як квазіделікти (наприклад, господар, неналежно прикріпленого до будинку балкону, що тим самим, створює небезпеку для пішоходів, зобов'язаний вжити заходів щодо усунення такої небезпеки або відшкодувати завдану шкоду).

З точки зору Д. Мейєра, всі зобов'язання за своїм походженням поділяються на три види: зобов'язання, що випливають з закону, зобов'язання, що випливають з договору, зобов'язання, що випливають з порушення прав. "Різниця між цими видами зобов'язань у практичному відношенні дуже важлива, оскільки юридичне значення зобов'язання завжди залежить від того, з якого джерела воно бере свій початок: зобов'язання з одного джерела формується по одним критеріям; з другого – по інших. Так, зобов'язання, що походить з договору формується на підставі правовідношення, що відбулося між контрагентами, тоді як зобов'язання, що походить з закону, формується на підставі його визначення, воля учасників зобов'язання безпосередньо тут не має значення"²⁸².

Досліджуючи підстави виникнення грошового зобов'язання, Л. Лунц зазначає, що обов'язок сплатити гроші може безпосередньо впливати з договору або закону та складати первісний зміст зобов'язання, як це, наприклад, має місце, коли покупець зобов'язаний сплатити за товар або акцептант векселя – сплачувати по векселю або коли одна особа зобов'язана сплатити другій грошове утримання. Проте, обов'язок сплатити гроші може виступати санкцією за невиконання зобов'язання, первинним предметом якого є не гроші, а інші речі чи послуги або будь-яка дія:

²⁸² Мейєр Д.И. Русское гражданское право (в 2-х ч. Часть 2) По исправленому и дополненому 8-му изд., 1902. – М.: Статут (в серии "Классика российской цивилистики"), 1997. – с.154.

сюди, наприклад, належать зобов'язання продавця відшкодувати збитки шляхом уплати грошей у випадку нестачі товару²⁸³.

Тим самим підкреслюється можливість виникнення грошового зобов'язання з настанням відповідальності за порушення зобов'язання. При цьому обов'язок здійснити платіж може бути передбачений за умови настання будь-яких правових наслідків, встановлених договором або законом.

Як бачимо позиція класиків цивілістики стосовно окремих джерел зобов'язання не співпадає. Д. Мейєр і Л. Лунц зазначають, що одним з джерел зобов'язання може бути закон, у той час, як Г. Шершеневич, не розглядав закон як підставу виникнення зобов'язання.

Професор Г. Шершеневич наголошував, що підставою виникнення зобов'язання може бути тільки юридичний факт, а не закон, який і не може бути поставлений в один ряд з правочином і правопорушенням. "Закон складає загальну підставу всіх юридичних відносин, а тому і не може бути названий джерелом зобов'язання у вузькому значенні: сила договору базується на законі, наслідки правопорушення визначаються законом"²⁸⁴.

Звісно, думка Г. Шершеневича є слушною. Зобов'язальні відносини виникають з тих юридичних фактів, що базуються на законі. При цьому закон, як правило, лише визначає ті обставини, тобто ті юридичні факти, на підставі яких формуються зобов'язальні відносини. Проте, на нашу думку, у тому випадку, коли безпосередньо з норми закону впливає зобов'язання особи або держави зробити платіж на користь іншої особи або держави мова може йти про те, що відповідна норма закону може розглядатись як підстава виникнення грошового зобов'язання.

У більшості випадків це стосується норм публічного права. Так, наприклад, Статтю 28 Закону України "Про Державний бюджет України на 2003 рік" від 26 грудня 2002 року встановлені відповідні розміри виплат щорічної разової допомоги окремим категоріям громадян відповідно до Закону України "Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту"²⁸⁵. Тим самим держава прийняла на

²⁸³ Луни Л.А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. – М.: Статут 1999.- с.155.

²⁸⁴ Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. – Тула: Автограф, 2001. – с.352.

²⁸⁵ Стаття 28 Закону України "Про Державний бюджет України на 2003 рік" від 26 грудня 2002 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №10 – 11 – ст.86.

себе зобов'язання здійснити протягом 2003 року виплату певної грошової суми, що встановлена відповідною нормою закону, а у громадянина, що має статус ветерана війни є право вимоги стосовно отримання відповідних коштів.

Разом з тим виникає питання, чи можна застосовувати цивільно-правові норми про грошові зобов'язання у випадку невиконання або несвоєчасного виконання суб'єктом зобов'язань з бюджетних виплат і, наприклад, вимагати сплати відсотків за користування грошима? Відповідь на це питання можемо знайти у пункті 2 статті 1 ЦК України, де зазначено, що до майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні, а також до податкових, бюджетних відносин цивільне законодавство не застосовується, якщо інше не встановлено законом²⁸⁶.

Прикладом виникнення грошового зобов'язання на підставі закону є норма статті 1061 ЦК України, що регулює відносини банку з клієнтом по виплаті процентів на банківський вклад. Частина друга пункту 1 цієї статті передбачає, що банк зобов'язаний виплатити вкладникові проценти у розмірі облікової ставки Національного банку України, якщо договором не встановлений розмір процентів²⁸⁷.

Джерелом виникнення грошового зобов'язання може виступати юридичний склад, що містить у собі ряд елементів: декілька актів або акт та укладений на його підставі цивільний договір. В якості ілюстрації такого юридичного складу, який у свою чергу породжує грошове зобов'язання, можна навести наступні приклади:

Статтею 1170 ЦК України передбачено відшкодування шкоди, завданої прийняттям закону про припинення права власності на певне майно. У разі прийняття закону, що припиняє право власності на певне майно, шкода, завдана власникові такого майна, відшкодовується державою у повному обсязі²⁸⁸. Ця норма породжує грошове зобов'язання за умови прийняття відповідного закону. Іншим прикладом двохелементного юридичного складу може бути зобов'язання купівлі-продажу майна державного підприємства, що

²⁸⁶ Пункт 2 статті 1 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – №11 – ст.461.

²⁸⁷ Там само – стаття 1061.

²⁸⁸ Там само – стаття 1170.

приватизується, може виникати шляхом його викупу, продажу на аукціоні, за конкурсом та укладеного відповідного договору купівлі-продажу. При цьому, до договору купівлі-продажу повинні включатися передбачені бізнес-планом чи планом приватизації зобов'язання або зобов'язання сторін, які були визначені умовами аукціону, конкурсу чи викупу²⁸⁹.

Першоджерелом для виникнення грошового зобов'язання безпосередньо з закону є певна мета (захист ветеранів війни, охорона прав вкладників, реалізація Державної програми приватизації тощо), яка у свою чергу реалізується законодавчими засобами. Проте, сам закон не можна розглядати як юридичний факт.

Одним з джерел грошового зобов'язання може бути рішення суду. Насамперед, це стосується справ щодо переддоговірних спорів. Розбіжності, що виникли між сторонами при укладенні договору на підставі правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування та в інших випадках, встановлених законом, вирішуються судом²⁹⁰. Рішення суду відіграє важливу роль для визначення вартості безпідставно набутого майна та встановлення розміру платежу на користь потерпілої особи. Набувач зобов'язаний повернути потерпілому безпідставно набуте майно в натурі. У разі неможливості повернути в натурі потерпілому безпідставно набуте майно відшкодовується його вартість, яка визначається на момент розгляду судом справи про повернення майна²⁹¹.

Рішення суду про стягнення відповідної грошової суми на користь тієї, чи іншої договірної сторони не можна розглядати як підставу для виникнення грошового зобов'язання, адже відповідне рішення зумовлене нормою закону, що регулює відносини з даного договору.

Таким чином, слід зазначити, що в широкому розумінні підставою виникнення грошового зобов'язання є юридичний факт. При цьому юридичний факт може формуватися як у договірному, так і у недоговірному порядку, носити правомірний та протиправний характер. До юридичних фактів відносяться дії осіб,

²⁸⁹ Стаття 27 Закону України "Про приватизацію державного майна" від 4 березня 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – №24 – ст.348.

²⁹⁰ Пункт 1 статті 649 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – №11 – ст.461.

²⁹¹ Там само – стаття 1213.

які передбачені актами цивільного законодавства та ті дії, що не передбачені цими актами, а також настання або ненастання певної події у тих випадках, якщо вона встановлена актами цивільного законодавства або договором.

Водночас, грошове зобов'язання за певних обставин може виникати безпосередньо з певних актів цивільного законодавства та рішень суду. Проте, закон та рішення суду не можна ототожнювати з юридичним фактом.

Вищезазначені положення дають можливість зробити висновок щодо класифікації основних джерел виникнення грошового зобов'язання. Елементами цієї класифікації є: юридичні факти; акти цивільного законодавства; рішення суду.

2.4. Правова природа банківських процентів

Арифметичний термін "проценти" не створює будь-яких труднощів для розуміння, в той час, як його застосування у грошових зобов'язаннях викликає значну кількість запитань. Процент (від лат. *procentum* – за сотню, на сотню) – сота частка числа; позначається знаком %²⁹². На практиці цей термін використовується українською мовою (відсотки), проте, на рівні нормативних актів, як правило, частіше застосовується латинський термін. Разом з тим, на думку автора цього дослідження, є доцільним застосування українського варіанту цього терміну.

У Законі України "Про оподаткування прибутку підприємств" проценти визначаються як доход, який сплачується (нараховується) позичальником на користь кредитора у вигляді плати за використання залучених на визначений строк коштів або майна. До процентів включаються: платіж за використання коштів або товарів (робіт, послуг), отриманих у кредит; платіж за використання коштів, залучених у депозит; платіж за придбання товарів у розстрочку.

Проценти нараховуються у вигляді відсотків на основну суму заборгованості або фіксованих сум. У разі, коли залучення коштів здійснюється шляхом продажу облігацій, казначейських зобов'язань або ощадних (депозитних) сертифікатів, емітованих позичальником, сума процентів визначається шляхом нарахування відсотків на номінал такого цінного паперу, виплати фіксованої премії чи

²⁹² Словник іншомовних слів. / За ред. О.С.Мельничука. – К.: Головна редакція Української Радянської енциклопедії, 1985 – с.692.

виграшу або шляхом визначення різниці між ціною розміщення та ціною погашення такого цінного паперу (сума дисконту).

Відповідно до Закону України "Про оподаткування прибутку підприємств" платежі за іншими цивільно-правовими договорами незалежно від того, чи встановлені вони в абсолютних (фіксованих) цінах або у відсотках до суми договору, чи до іншої вартісної бази, не є процентами²⁹³.

Зі змісту зазначеної норми можна зробити висновок, що проценти ототожнюються з певними платежами, хоча це не зовсім коректно. За редакцією цього Закону "проценти нараховуються у вигляді відсотків", проте, цей термін розглядається лише як база для оподаткування, а тому, є досить звуженим у порівнянні з загальноприйнятими поняттями відсотків. Таке обмежене трактування не розкриває в повній мірі правової сутності цієї категорії.

У Древньому Римі проценти розглядали як юридичні плоди. Підкреслювалось, що обов'язок їх сплати виникає в силу особливих, передбачених законом або договором підстав. Незалежно від того, приносить боржнику чи ні чужий капітал прибуток, він був зобов'язаний сплатити проценти кредитор²⁹⁴. При цьому виконання грошового зобов'язання спрямоване на виплату відсотків було невід'ємним від зобов'язання сплатити основний борг.

На питання, що таке проценти, Д. Полфреман та Ф. Форд відповідають, що процент простіше за все визначити як вартість використання чужих грошей або, якщо його розглядати з іншої сторони, – це ціна, що призначається за дозвіл використання ваших грошей. (Зрозуміло, що витрати того, хто надає гроші стають доходом, того хто їх отримує). Не зважаючи, що про проценти частіше говорять як про "ціну грошей", правильно було б називати їх ціною використання грошей²⁹⁵.

Під поняттям "процент" К. Канаріс розумів незалежну від прибутку та обороту, але залежну від строку надання капіталу

²⁹³ Пункт 1.10. статті І Закону України "Про оподаткування прибутку підприємств (в редакції Закону України N 283/97-ВР від 22.05.97)" від 28.12.1994 р.

²⁹⁴ Дернбург Г. Обязательственное право. 3-е изд. – М., 1911. – с.76.

²⁹⁵ Дэвид Полфреман, Филип Форд. Основы банковского дела. – М.: ИНФРА-М, 1996 – с.201 – 202.

винагороду, що оплачується грошами або іншими замінними речами за можливість використання капіталу²⁹⁶.

На думку відомого класика цивілістики І. Новицького процент слід визначати як винагороду, яку боржник зобов'язаний сплатити кредитору за користування капіталом. Цей еквівалент визначається у пропорційному відношенні до суми капіталу та періоду часу, протягом якого капітал знаходиться у користуванні²⁹⁷.

Л. Лунц наголошував на тому, що проценти це винагорода, яка періодично нараховується на боржника за користування чужим капіталом у розмірі, що не залежить від результатів використання капіталу²⁹⁸. У контексті цього судження, зрозуміло, що номінальна сума основного боргу періодично збільшується на розмір нарахованих процентів. При цьому, розмір процентів не залежить від результатів використання грошових коштів, і тому виплата процентів можлива не тільки по проходженню певного періоду, а й у будь – який обумовлений сторонами момент. Так, наприклад, одночасно під час внесення грошових коштів на рахунок вкладника за строковим вкладом можуть бути сплачені проценти у повному обсязі, хоч їх нарахування здійснюється від дня, наступного за днем надходження вкладу у банк, до дня, який передує його поверненню вкладникові. Сплата, а фактично утримання процентів по кредиту в повному обсязі або нарахованих за певний період може бути здійснено за домовленістю банку з позичальником з суми кредиту.

Останнім часом на сторінках наукових та практичних видань розгорнулася дискусія навколо правової природи "процентів річних", зазначених у ст. 395 ЦК РФ і відповідно ст. 214 ЦК УРСР та ст. 625 ЦК України. На це питання існує чотири основні погляди. Перший полягає в тому, що проценти є винагородою (платою) за користування "чужим" капіталом (коштами) (тобто тим, що має бути повернене уповноваженій особі). Згідно другого, проценти є неустойкою. Третя точка зору – погляд на проценти як на форму відшкодування збитків у

²⁹⁶ *Canaris C.-W.* Der Zinsbegriff und seine rechtliche Bedeutung // NJW 1978, 1891-1898. У книзі: *Каримуллин Р.И.* Права и обязанности сторон кредитного договора по российскому и германскому праву. – М.: "Статут", 2001. – с.124.

²⁹⁷ *Новицкий И.Б.* Обязательственное право. Комментарий к ст. 106-129 // Гражданский кодекс: Практический комментарий ГК / Под ред. А.И. Винавера и И.Б. Новицкого. – М., 1925. – с.28.

²⁹⁸ *Лунц Л.А.* Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. – М.: Статут 1999. – с.82 – 83.

зв'язку з невиконанням боржником грошового зобов'язання. Прибічники ж іншої позиції вважають, що проценти є окремою нетиповою (спеціальною) мірою майнової відповідальності, яка відрізняється як від збитків, так і від неустойки. Деякі дослідники намагалися "примирити" деякі з цих точок зору²⁹⁹. Зазначена проблема у цій статті не розглядається. Проте, автор вважає, що відповідна норма, яка міститься в російському Цивільному кодексі є більш суперечливою у порівнянні з ЦК України. Російський законодавець запропонував умови відповідальності за невиконання грошового зобов'язання. При цьому підставою для такої відповідальності є протиправне використання чужих грошей. Саме використання чужих грошей стало приводом для наукових дискусій та полярних позицій судових органів РФ³⁰⁰. Вважаю, що судження В. Вітрянського з цього питання є більш обґрунтованим. Проценти річних за невиконання (прострочення виконання) грошових зобов'язань є самостійною, поряд з відшкодуванням збитків і сплатою неустойки, формою цивільно-правової відповідальності. До того ж, особливості таких процентів, що виділяють їх в самостійну форму цивільно-правової відповідальності, слід шукати не стільки у специфіці їх нарахування, доказування та застосування, як це існує у випадку з збитками та неустойкою, а в специфічному предметі самого грошового зобов'язання³⁰¹. У ЦК України передбачена відповідальність за прострочення виконання боржником грошового зобов'язання. Позиція Вищого господарського суду України у порівнянні з висновками судових органів РФ стосовно процентів

²⁹⁹ Печеный О.П. Правовая природа годовых процентов // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1999. – № 8. – с.26.

³⁰⁰ Див.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" // Вестник Высшего Арбитражного суда Российской Федерации. – 1996. – №9; Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14 "О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами" // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 1998. – №11.

³⁰¹ Витрянский В.В. "Проценты за пользование чужими денежными средствами" (Комментарий к постановлению Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14) // Хозяйство и право. – 1998. – №12.

річних є більш послідовною, проте, не досить обґрунтованою. Проценти річних за своєю правовою природою визнаються неустойкою³⁰². В Україні передбачливо відійшли від такої підстави відповідальності як протиправне використання чужих грошей. Тим самим, було зменшено кількість різних поглядів на застосування відповідної норми. Втім, виникає питання, якщо боржник, що прострочив виконання грошового зобов'язання мав можливість використовувати грошові кошти та отримувати від цього доход, чи не є проценти річних платою за користування грошима? Таким питанням можна було б не перейматись, якби в Цивільному кодексі існувала норма, що передбачила б зобов'язання боржника сплатити певні проценти річних за можливість використання грошових коштів з моменту настання строку виконання грошового зобов'язання до моменту здійснення платежу.

У сучасній економіці досить поширеним є термін "банківській процент", який має кілька значень. Цей термін пов'язують з емісією грошей, що відбувається в трьох напрямках: кредитування суб'єктів підприємницької діяльності; кредити державі; купівля іноземної валюти та золота банками, і кожний з них може стати джерелом інфляції. Коли банк, наприклад, надає кредит, то для нього це використання залучених коштів своїх клієнтів, але, для економіки в цілому це створення нового платіжного засобу. Інфляція знижує реальну цінність фінансових активів з фіксованою номінальною цінністю (грошей, облігацій, депозитних рахунків, пенсій). За умови зростання цін усі володільці таких активів сплачують так званий "банківській процент" з них, що дорівнює темпу росту інфляції.

Водночас, термін "банківській процент" має інший зміст і розглядається як форма винагороди за окремими банківськими правочинами. Послуги банку, як правило, носять відплатний характер і частіше за все обраховуються в процентах від певної грошової суми. Нарахування процентів є одним з основних джерел доходу банку. У цьому контексті зазначений термін за змістом співпадає з такими поняттями як, наприклад, "проценти по вкладах", "проценти по кредиту" тощо.

³⁰² Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 29.08.2001 р. № 01-8/935 "Про деякі питання практики застосування окремих норм чинного законодавства у вирішенні спорів" // Вісник законодавства України, 2001, 09, 36.

При наданні тієї чи іншої послуги, банки самостійно встановлюють процентні ставки, тобто розмір процентів, який буде складати предмет відповідного грошового зобов'язання. Так, наприклад, істотними умовами банківських договорів є плата позичальника банку за надання кредиту у вигляді процентів, або здійснення банком виплати процентів клієнту – за договором банківського вкладу.

Розмір процентів за банківськими договорами встановлюється за домовленістю обох сторін. Проте існують деякі застереження та обмеження щодо встановлення розміру процентних ставок. Банк не може надавати кредити під процент, ставка якого є нижчою від процентної ставки за кредитами, які одержує сам банк, і процентної ставки, що виплачується ним по депозитах. Виняток можна робити лише в тому разі, якщо при здійсненні такої операції банк не матиме збитків³⁰³. У забезпечення конкуренції в банківській системі банкам, також, забороняється встановлювати процентні ставки та комісійні винагороди на рівні нижче собівартості банківських послуг у цьому банку³⁰⁴.

Разом з тим у новому Цивільному кодексі України існує імперативна норма, якою передбачено, що банк зобов'язаний виплачувати проценти в розмірі облікової ставки Національного банку України навіть у тому випадку, якщо договором не встановлений розмір процентів³⁰⁵. Облікова ставка Національного банку розглядається як один з фінансових інструментів, за допомогою якого Національний банк встановлює для суб'єктів грошово-кредитного ринку орієнтир щодо вартості залучених і розміщених грошових коштів. Облікова ставка є найнижчою серед процентних ставок Національного банку і є орієнтиром вартості грошових коштів. Облікова ставка Національного банку України – це виражена у процентах плата, що береться Національним банком України, за рефінансування комерційних банків шляхом купівлі векселів до настання строку платежу по них і утримується з номінальної суми векселя. Облікова ставка є найнижчою серед

³⁰³ Частина 6 статті 49 Закону України "Про банки і банківську діяльність" від 07.12.2000 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 5-6 – ст.30.

³⁰⁴ Там само. Частина 2 статті 53.

³⁰⁵ Стаття 1061 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – №11 – ст.461.

ставок рефінансування і є орієнтиром ціни на гроші³⁰⁶. Правочин, яким передбачено, що банк не зобов'язаний платити вкладнику винагороду за користування грошовими коштами має іншу правову природу, ніж договір банківського вкладу.

Диспозитивний характер ряду норм ЦК України надає сторонам можливість самостійно визначати порядок формування процентних ставок. Сторони договору банківського рахунка можуть передбачити умову щодо відплатності (відповідно встановлення розміру процентів) або безвідплатності використання банком грошових коштів, що обліковуються на поточному рахунку клієнта. Якщо у договорі відсутня зазначена умова, то відповідно до статті 1070 ЦК України, банк сплачує проценти за користування грошовими коштами в розмірі, що звичайно сплачується банком за вкладом на вимогу. Проте, банк може заперечувати проти вимоги клієнта щодо сплати процентів, якщо ним буде доведено, що протягом, наприклад, кварталу або іншого періоду ним не проводились активні банківські операції і тим самим не використовувалися грошові кошти клієнта.

Особливим є режим зміни процентів за договором банківського вкладу на вимогу, який передбачає право банку в односторонньому порядку збільшити або зменшити розмір процентної ставки, якщо інше не встановлено договором.

У такому випадку, прийнявши рішення про підвищення процентної ставки, банк може не повідомляти про це вкладника. При цьому банк самостійно визначає порядок встановлення такого підвищення.

Реалізація рішення банку щодо зменшення розміру процентної ставки за договором банківського вкладу на вимогу можлива лише за певних умов. Насамперед, зменшення розміру процентів на вклади на вимогу стосується вкладів, внесених до повідомлення вкладників про зменшення процентів. Прийнявши рішення про зменшення розміру процентної ставки за договором банківського вкладу на вимогу, банк зобов'язаний у визначеному договором порядку повідомити про це вкладника. Якщо порядок повідомлення про зменшення розміру процентів на вклади на вимогу не передбачений договором, банк самостійно визначає спосіб повідомлення вкладника (вручення листа під розписку, направлення

³⁰⁶ Закон України "Про Національний банк України" від 20 травня 1999 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – №29 – ст.238.

поштою рекомендованого листа та інші). У договорі банківського вкладу на вимогу сторони можуть визначити момент, з якого запроваджується зменшений розмір процентної ставки. Якщо у договорі така умова відсутня, рішення банку щодо зменшення розміру процентної ставки за договором банківського вкладу на вимогу вступає в силу лише зі спливом місяця з моменту відповідного повідомлення.

Установлений договором розмір процентів на строковий вклад або на вклад, внесений на інших умовах його повернення, при настанні визначених договором обставин, незалежно від того, хто є вкладником – фізична чи юридична особа, не може бути самостійно зменшений банком, якщо інше не встановлено законом. Відповідно до статті 1060 ЦК України вкладник має право на дострокове повернення частини вкладу, та проценти в такому випадку будуть виплачуватись у розмірі процентів за вкладами на вимогу і надалі банк має право зменшувати розмір процентної ставки на загальних підставах.

Проценти на банківський вклад нараховуються від дня, наступного за днем надходження вкладу в банк, до дня, який передує його поверненню вкладникові або списанню з рахунка вкладника з інших підстав. Іншими словами, у день надходження грошових коштів вкладника у банк за договором банківського вкладу та в день їх повернення вкладникові або списання з рахунка вкладника з інших підстав проценти на банківський вклад не нараховуються.

У разі повернення вкладу виплачуються всі нараховані до цього моменту проценти. Якщо вклад повертається до закінчення відповідного строку виплати процентів, то сума процентів нараховується, виходячи з фактичного строку користування коштами вкладника, та сплачується одночасно з поверненням основної суми вкладу.

Якщо в договорі банківського вкладу сторони не передбачили порядок і строки виплати процентів на вклад, банк зобов'язаний на вимогу вкладника виплатити відповідну суму процентів зі спливом кожного кварталу окремо від суми вкладу, а невитребувані в цей строк проценти збільшують суму вкладу (капіталізація процентів на вклад), на яку нараховуються проценти.

Капіталізація процентів може застосовуватись не тільки за договором банківського вкладу. Наприклад, умовами договору банківського рахунку сторони можуть передбачати нарахування процентів на залишок грошових коштів на рахунок і за умови, що клієнт не знижує передбаченого договором залишку коштів на поточному рахунку протягом певного періоду, банк додає до суми залишку нараховані проценти та здійснює їх капіталізацію.

Характерною ознакою процентів є періодичне нарахування та відповідна виплата грошових коштів. Та інколи застосовується спосіб, за яким сума нарахованих процентів і їх сплата кредитору утримується останнім безпосередньо при передачі грошей позичальникові. Відбувається залік відповідної вимоги банку проти вимоги позичальника про надання кредиту. З урахуванням заперечення цієї позиції³⁰⁷ наполягаємо на тому, що така ситуація можлива на практиці. Сума процентів дійсно розраховується за певний період, проте оплата за надання відповідної банківської послуги може бути здійснена за домовленістю сторін у будь-який момент.

Погляд на проценти як на винагороду є дещо узагальненим і тому застосовувати його у відповідному контексті до банківських послуг не є досить коректно.

Як правило, поняття винагороди ототожнюється з врученням певної грошової суми або пам'ятної речі за досягнення певного результату в творчій, спортивній, політичній діяльності тощо, яка здійснюється разово в формі сплати фіксованої грошової суми або в процентах від оголошеної загальної суми (призового фонду) (наприклад, за перше місце на спортивних змаганнях переможець отримує – 50 %, за друге – 30 % і за третє – 20 %). Якщо повернутись до визначень тих понять процентів, що зробили відомі науковці і що згадувались у цьому дослідженні можна помітити таку тенденцію: вони визначали проценти як винагороду. Проте, таке ставлення ґрунтується на тому, що позичальник отримує не право користування певним капіталом, а можливість користування капіталом. Тобто позичальник сплачує винагороду за отриману ним можливість використання певною грошової суми. У такому

³⁰⁷ Позикодавець може претендувати на проценти тільки на суму позики, яка фактично була надана позичальнику на певний строк. Див.: Шаповалова О.І. Проценти у грошових зобов'язаннях (цивільстичні аспекти). Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2005. – с. 11.

розумінні, проценти доцільно поєднувати з винагородою. Однак, коли ми говоримо про сферу банківських послуг, що споживаються у процесі здійснення відповідної діяльності, то повинні враховувати їх відплатний характер. У той же час слід звернути увагу на те, що грошові кошти, які є об'єктом банківських правочинів не завжди використовуються, але на них нараховуються проценти.

При цьому неважливо чи банк надає послуги з метою акумулювання коштів за рахунок пасивних операцій (залучення вкладів від юридичних і фізичних осіб; відкриття та ведення поточних рахунків клієнтів і банків-кореспондентів; отримання кредитів у інших банках; випуск та розміщення власних цінних паперів; формування статутного та інших фондів; операції РЕПО тощо), і сам при цьому виступаючи позичальником, сплачує проценти кредитору, чи навпаки, намагається отримувати прибуток по процентах за рахунок розміщення мобілізованих ресурсів (надання кредитів, гарантій і порук, здійснення обліку векселів, факторингових та лізингових операцій, інвестування з метою формування інвестиційного портфеля тощо). Адже, будь-які послуги, що надаються банком носять відплатний характер навіть у тому випадку, коли з певного договору не випливає зобов'язання клієнта сплатити банку певну грошову суму. Так, наприклад, банк за розпорядженням власника поточного рахунка може безкоштовно здійснювати переказ коштів. Разом з тим, кошти клієнта, що обліковуються на його поточному рахунку є капіталом банку, яким останній, маючи спеціальний статус, має право розпоряджатись від власного імені.

Зобов'язання позичальника з виплати банківських процентів не може бути залежним від ефективності використання ним грошових коштів, що дозволяє відмежовувати від нього, наприклад, зобов'язання господарського товариства з виплати дивідендів своїм учасникам. Величина дивідендів виражається або в грошовому еквіваленті, або в процентному відношенні до номінальної вартості акції. Більшість акціонерних товариств оголошує виплату дивідендів до номінальної вартості акцій, проте, з розвитком корпоративного права це не є завжди доцільним. Деякі фахівці вважають, що номінальну вартість акції взагалі потрібно відмінити, так як вона майже не використовується, а акції, за винятком першого продажу,

продаються за ринковою ціною³⁰⁸. Отримання дивідендів по акціях напряду залежить від результатів використання коштів, що були інвестовані у відповідні цінні папери. Проте, при випуску привілейованих акцій може бути передбачена умова щодо виплати фіксованих щорічних дивідендів у певному процентному відношенні до їх номінальної вартості. При цьому, виплата дивідендів проводиться в розмірі, зазначеному в акції, незалежно від розміру одержаного товариством прибутку за відповідний рік. У тому разі, коли прибуток за відповідний рік є недостатнім, виплата дивідендів по привілейованих акціях проводиться за рахунок резервного фонду.

При визначенні поняття кредитного проценту Р. Карімуллін запропонував за основу взяти поняття процента, що надав Канаріс. Проте, він зазначає, що необхідно внести зміни у зв'язку з тим, що повернення основної суми боргу, та виплата нарахованих процентів можуть відбуватись у кредитному договорі не будь – якими, речами визначеними родовими ознаками ("замінними речами"), а тільки єдиним їх різновидом – готівковими грошами³⁰⁹. Безперечно, що безготівкова форма при наданні кредиту є найбільш поширена в сучасних умовах і Р. Карімуллін про це зазначає у своїй книзі.

Механізм правового регулювання банківського проценту характеризується наступними основними принципами, які слід враховувати для застосування цього економіко-правового інструмента в грошових зобов'язаннях:

1. Принцип свободи процентів передбачає визначення розміру процентів договором між учасниками відповідних правовідносин з урахуванням попиту та пропозиції кредитних ресурсів. При цьому не існує обмежень щодо максимального рівня процентів. Процентні ставки в одному й тому ж банку за кредитами не повинні бути меншими за процентні ставки по вкладах.

2. Акцесорний характер процентів не передбачає можливості розглядати цей інструмент як самостійний предмет зобов'язання. Проценти завжди слідує за основним грошовим зобов'язанням.

³⁰⁸ Безклубий І.А., Вавженчук С.Я. Правове регулювання дивідендів. // Вісник Академії праці і соціальних відносин Федерації профспілок України. – 2000. – № 4 (7) 2000. – с.7.

³⁰⁹ Карімуллін Р.И. Права и обязанности сторон кредитного договора по российскому и германскому праву. – М.: "Статут", 2001. – с.125.

3. Процентні ставки встановлюються з урахуванням банками конкретних умов того чи іншого правочину. Наприклад, обсягу суми кредиту, строку його повернення, періоду сплати процентів, наявності забезпечення, витрат на оформлення та контроль кредиту, платоспроможності позичальника тощо.

4. Наявність імперативної норми зумовлює виникнення у банка зобов'язання виплати процентів у розмірі облікової ставки Національного банку України у разі відсутності в договорі умови про розмір процентів.

5. Запровадження особливого режиму зміни процентів за ініціативою банку за договором банківського вкладу на вимогу.

6. Економічна доцільність зумовлює запровадження принципу за яким, мета використання грошових коштів отриманих боржником не може впливати на суму нарахованих процентів.

Отже, при наданні банківської послуги, правову природу "банківських процентів" становить плата за отримані у власність грошові кошти.

Враховуючи основні ознаки банківського проценту, пропонуємо наступне визначення: *Банківській процент – це зумовлена договором або законом нарахована сума платежу, яка є предметом акцесорного зобов'язання, що визначається в сотій частині до суми основного грошового зобов'язання за яким з настанням певного строку передбачено здійснення платежу.*

3. Правочини, що сприяють платіжному обігу та заощадженню грошових коштів

3.1. Договір банківського рахунку

Роль банків як центрів розрахунків та платежів у мережі розгалужених, складних економічних відносин з кожним днем зростає. Забезпечення належного виконання грошових зобов'язань чисельних суб'єктів цивільного обороту можливе за допомогою банківського рахунку, який є важливим фінансовим інструментом для здійснення усіх видів банківських операцій.

Є досить різні підходи щодо правового регулювання банківського рахунку. За думкою окремих науковців відносини між банком та клієнтом стосовно рахунку та проведення по ньому операцій розглядаються у контексті застосування публічно-правових норм

або комплексного підходу (застосування публічно-правових та приватно-правових норм)³¹⁰.

З такими твердженнями не можна погодитись, оскільки, в наявності всі основні ознаки приватно-правового регулювання. Відповідні відносини спрямовані на досягнення певної економічної мети, виникають за волевиявленням сторін та регулюються за допомогою методу юридичної рівності сторін. Хоча слід зазначити, що для банківських договірних конструкцій характерним є запровадження імперативних норм, які виконують допоміжні охоронні та захисні функції.

У відносинах, що ґрунтуються на договорі банківського рахунка, банк виступає як довірена особа і не має права визначати та контролювати напрямки використання грошових коштів клієнта та встановлювати інші, не передбачені договором або законом, обмеження його права розпоряджатися грошовими коштами на власний розсуд. Законом можуть бути передбачені певні винятки з цього правила та умови, за яких банк виконує певні контролюючі функції.

Так, з метою запобігання легалізації грошей, набутих злочинним шляхом, банк відкриває рахунок клієнту та здійснює зазначені операції лише після проведення ідентифікації особи клієнтів та вжиття заходів відповідно до законодавства, яке регулює відносини у сфері запобігання легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом.

Банк має право витребувати, а клієнт зобов'язаний надати документи і відомості, необхідні для з'ясування його особи, суті діяльності, фінансового стану. У разі ненадання клієнтом необхідних документів чи відомостей або умисного подання неправдивих відомостей про себе банк відмовляє клієнтові у його обслуговуванні. У разі наявності при здійсненні ідентифікації мотивованої підозри щодо надання клієнтом недостовірної інформації або навмисного подання інформації з метою введення в

³¹⁰ Так Є. Патрушев зазначає, що ознак цивільного договору у відносинах банку з клієнтом з приводу зберігання коштів на рахунку в банку немає. (Див.: *Патрушев Є.М. Правові основи діяльності комерційних банків України по розрахунках. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 1995. – с.13*); Інститут банківського рахунку є комплексним за своєю правовою природою та об'єднує в собі публічно-правові та приватно-правові елементи правового регулювання. (Див.: *Олейник О.М. Основи банківського права: Курс лекцій. – М.: Юристь, 1997. – с.240*).

оману банк має надавати інформацію про фінансові операції клієнта спеціально уповноваженому органу виконавчої влади з питань фінансового моніторингу³¹¹. Також банки наділені повноваженнями щодо здійснення контролю за валютними операціями, що провадяться резидентами і нерезидентами через ці банки³¹².

Крім самого банку функції захисту, нагляду та контролю стосовно обслуговування банком рахунка клієнта здійснюють інші державні органи. Арешт на кошти клієнтів банку накладається виключно за санкціонованою прокурором постановою слідчого, за постановою державного виконавця у випадках, передбачених законами України, або за рішенням суду. Звільнення коштів з-під арешту здійснюється за постановою органу, який прийняв рішення про накладення арешту, або за рішенням суду.

Зупинення видаткових операцій по рахунках юридичних або фізичних осіб здійснюється уповноваженими відповідно до законів України державними органами і виключно у випадках, передбачених законами України. Операції по рахунках можуть бути відновлені тим органом, який прийняв рішення про їх супинення, або за рішенням суду. Стягнення на грошові кошти та інші цінності фізичних чи юридичних осіб, що знаходяться у банку, може бути звернене за виконавчими документами, передбаченими законами України (стаття 59 Закону України "Про банки і банківську діяльність"; стаття 18 Закону України "Про виконавче провадження").

Таким чином, пріоритетними у регулюванні відносин між банком та клієнтом є норми цивільного права, що передбачають в окремих випадках застосування імперативних норм.

Для розуміння правової природи відносин між банком та клієнтом з приводу банківського рахунку є необхідність наукового дослідження даного поняття. У довідниковій літературі *банківській рахунок* розглядається як облікова одиниця, що застосовується у банківській справі з метою обліку прав грошових вимог клієнта до банку, що виникають з договору банківського рахунку, а також для обліку процесу виконання цього договору шляхом банківських

³¹¹ Див. стаття 64 Закону України "Про банки і банківську діяльність".

³¹² Див. стаття 13 Декрету Кабінету Міністрів України "Про систему валютного регулювання і валютного контролю".

операцій, передбачених для відповідної категорії банківських рахунків³¹³.

На підставі законодавства Франції, особливості такої економіко-правової категорії як банківській рахунок, відмітили професори К. Гавальда та Ж. Стуфле. Вони зазначили, що фізично, рахунок – це таблиця боргових зобов'язань двох осіб стосовно одна одної. Банківський рахунок як інструмент значно багатше. Рахунки, відкриті клієнтам, відрізняються від внутрішніх рахунків, які банк веде як будь-яке інше підприємство. Рахунки є регулюючим інструментом, що дозволяє здійснювати взаємні платежі методом наблизеним до компенсації. Рахунки є кредитним інструментом, коли банкір дозволяє клієнту записувати на рахунок з дебетовим сальдо. Нарешті, рахунки використовуються для надання численних послуг (інкасація, платежі, перекази...) ³¹⁴.

Для зберігання грошових коштів і здійснення усіх видів банківських операцій банки відкривають рахунки юридичним особам, зареєстрованим в установленому чинним законодавством України порядку, та фізичним особам – підприємцям, філіям, представництвам, відділенням та іншим відокремленим підрозділам юридичної особи, виборчим фондам (політичних партій, виборчих блоків партій та кандидатів у депутати), представництвам юридичних осіб – нерезидентам, іноземним інвесторам, фізичним особам на умовах, зазначених у договорі між установою банку і володільцем рахунка.

Згідно положень чинного законодавства України банківські рахунки визначаються як 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 ³¹⁵. При цьому банківські рахунки для фізичних та юридичних осіб відкриваються у гривнях та іноземній валюті ³¹⁶.

Саме відкриття рахунку та вчинення за його допомогою комплексу юридико-технічних дій, спрямованих на отримання

³¹³ Большой юридический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Е. Крутских. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ИНФРА-М, 2000. – с.48.

³¹⁴ Гавальда К., Стуфле Ж. Банковское право (Учреждения – Счета – Операции – Услуги). Пер. с фр. / Под ред. В.Я. Лисняка. – М.: АО Финстатинформ, 1996. – с.119.

³¹⁵ Див.: стаття 2 Закону України "Про банки і банківську діяльність".

³¹⁶ Див.: Там само. Стаття 51.

банківських послуг та здійснення операцій, дає можливість клієнту реалізовувати та контролювати власні економічні інтереси.

Банківській рахунок слід розглядати як документ, у якому на підставі розпоряджень клієнта (фізичної чи юридичної особи) та операцій банку здійснюється облік, зарахування, переказ, списання коштів клієнтів, відображаються грошові вимоги та зобов'язання банку стосовно клієнтів та їх контрагентів.

Багатофункціональний характер використання банківських рахунків зумовив необхідність їх поділу на окремі види. Так, банки мають право відкривати своїм клієнтам вкладні (депозитні), поточні та кореспондентські рахунки.

Вкладний (депозитний) рахунок – рахунок, що відкривається банком клієнту на договірній основі для зберігання грошей, що передаються клієнтом банку в управління на встановлений строк та під визначений процент (дохід) відповідно до умов договору.

Поточний рахунок – рахунок, що відкривається банком клієнту на договірній основі для зберігання грошей і здійснення розрахунково-касових операцій за допомогою платіжних інструментів відповідно до умов договору та вимог законодавства України.

Кореспондентський рахунок – рахунок, що відкривається одним банком іншому банку для здійснення міжбанківських переказів.

Відкриття кореспондентських рахунків здійснюється шляхом встановлення між банками кореспондентських відносин у порядку, що визначається Національним банком України, та на підставі відповідного договору³¹⁷.

Особливості функціонування кореспондентських рахунків залежить від умов визначених банками-учасниками кореспондентських правовідносин. Своім банкам-кореспондентам банк відкриває рахунки "ЛОРО", на які зараховуються суми грошових коштів, що отримуються або переказуються за їх дорученням. Банк може відкрити рахунки "НОСТРО" у банках-кореспондентах на яких відображуються взаємні платежі. Правовий режим певного виду кореспондентських рахунків визначається нормативними актами Національного банку України, банківськими правилами та договором кореспондентського рахунку який є різновидом договору банківського рахунку.

³¹⁷ Див.: Стаття 7 Закону України "Про платіжні системи та переказ грошей в Україні".

У правовій доктрині сформувався підхід, відповідно якому договір кореспондентського рахунку не є самостійним цивільно-правовим договором, оскільки його конструкція відповідає родовим ознакам договору банківського рахунка³¹⁸.

Регулювання відносин між банком і клієнтом з приводу відкриття йому або визначеній ним особі рахунка здійснюється відповідно до умов договору банківського рахунка. Разом з тим нормативними актами Національного банку України встановлені правила, обов'язкові для сторін при укладенні і виконанні цього договору.

Постановою Національного банку України від 12 листопада 2003 року № 492 затверджено Інструкцію про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземних валютах. Інструкція регулює правовідносини, що виникають під час відкриття банками, їх відокремленими структурними підрозділами, які здійснюють банківську діяльність від імені банку (далі – банки), поточних і вкладних (депозитних) рахунків у національній та іноземних валютах суб'єктам господарювання, фізичним особам, іноземним представництвам, нерезидентам-інвесторам, виборчим блокам політичних партій.

Договірні відносини між сторонами стосовно банківського рахунка виникають як при укладенні і підписанні єдиного документа, так і за згодою керівника банку, що надається у формі його підпису на заяві клієнта про відкриття рахунка.

"Договір розрахункового або поточного рахунка – це договір, в силу якого одна сторона, володілець рахунка зобов'язується зберігати свої грошові кошти в банку з дотриманням банківських правил розпоряджатися коштами, що знаходяться на рахунку, а

³¹⁸ Див.: *Ефимова Л.Г.* Договір кореспондентського счета // *Бизнес и банки.* – 1993. – №42. – с.5; *Курбатов А.* Ответственность банков за несвоевременное исполнение расчетных документов по платежам в бюджет и внебюджетные фонды // *Хозяйство и право.* – 1996. – № 4 – с.138-141; *Карчевский С.П.* Договор корреспондентского счета как разновидность договора банковского счета. // *Банковское право.* – 2002. – №1. – с.15; *Курбатов А.Я., Максимова С.А.* Правовой режим корреспондентских счетов банков // *Дело и право.* – 1996. – №4. – с.48; *Нам К.* Правовая природа договора банковского счета // *Хозяйство и право.* – 1996. – №7. – с.112; *Павлодский Е.А.* Договоры организаций и граждан с банками. – М.: "Статут", 2000. – с.52; *Рахмилович В.А.* О правовой природе безналичных расчетов, корреспондентских счетов банков и их прав на привлеченные средства // *Право и экономика.* – 1996. – № 1, 2. – с.119.

друга сторона, банк, зобов'язується здійснювати касово-розрахункове обслуговування володільця рахунка та в передбачених законом випадках нараховувати проценти на внесені вклади"³¹⁹.

Визначення, що надане О.С. Іоффе у 70-х роках минулого століття дещо відрізняється від розуміння даного договору за чинним законодавством.

Так, відповідно до статті 1066 ЦК України за договором банківського рахунка банк зобов'язується приймати і зараховувати на рахунок, відкритий клієнтові (володільцеві рахунка), грошові кошти, що йому надходять, виконувати розпорядження клієнта про перерахування і видачу відповідних сум з рахунка та проведення інших операцій за рахунком"³²⁰.

Проаналізувавши правову природу відносин, що виникають у зв'язку з укладенням договору банківського рахунка, О. Васьковський надав наступне визначення цьому договору: "за договором банківського рахунка, банк зобов'язаний виконувати розпорядження власника рахунка або третіх осіб у випадках передбачених договором, щодо зарахування та перерахування (списання) коштів, приймання та видачу відповідних сум коштів, проведення інших операцій по рахунку, а клієнт, зобов'язаний дотримуватися правил виконання банківських операцій та оплатити банківські послуги, якщо це передбачено договором"³²¹.

На підставі загальних і спеціальних норм цивільного права сучасна конструкція договору банківського рахунка розглядається як двосторонній правочин, що передбачає виникнення цивільних прав та обов'язків банку та його клієнта. Особливість виникнення відносин між банком та клієнтом – фізичною особою або підприємцем (фізичною чи юридичною особою) зумовлена з однієї сторони правом клієнта, а з іншої сторони його зобов'язанням щодо відкриття поточних та інших рахунків для обліку грошових коштів, здійснення всіх видів розрахункових операцій у будь-яких банках

³¹⁹ *Иоффе О.С.* Избранные труды: В 4 т. Т. III. Обязательственное право. – СПб.: Издательство "Юридический центр Пресс", 2004. – с.673 – 674.

³²⁰ Див.: стаття 1066 Цивільного кодексу України.

³²¹ *Васьковський О.В.* Правове регулювання відносин за договором на розрахунково-касове обслуговування: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2004. – с.7.

України та інших держав за своїм вибором і за згодою цих банків у порядку, що встановлюється Національним банком України.

Здійснення розрахунків це не єдині дії, які можуть вчинятись у межах цієї договірної конструкції. Так, В. Луць зазначає, що договір банку з клієнтом на розрахунково-касове обслуговування містить комплекс взаємних зобов'язань сторін щодо користування коштами і банківськими послугами, а саме: а) використання банком тимчасово вільних коштів клієнта; б) здійснення розрахункових операцій; в) касове обслуговування; г) транспортне обслуговування перевезень готівки³²².

Вказане коло зобов'язань не є вичерпним. Так, наприклад, договором банківського рахунку може бути передбачено зобов'язання: виконувати вимоги третіх осіб по списанню коштів з поточного рахунку за відповідними платіжними документами; сплачувати клієнтові проценти за залишок коштів на рахунку; здійснювати електронне обслуговування клієнта; надавати банком консультаційні та інформаційні послуги тощо. Особливим зобов'язанням банку є дотримання банківської таємниці.

Виконання банком обов'язків публічно-правового змісту здійснюються із дотриманням певних банківських правил. Тому, у договорі банківського рахунку, вказані обов'язки проявляються через обов'язок банку щодо належного ведення банківського рахунку³²³.

Банк зобов'язаний вчиняти операції щодо переказу грошових коштів з поточних рахунків клієнтів та зарахування коштів на них за допомогою платіжних інструментів. Національний банк встановлює правила, форми і стандарти розрахунків банків та інших юридичних і фізичних осіб в економічному обігу України із застосуванням як паперових, так і електронних документів, а також платіжних інструментів та готівки, координує організацію розрахунків, дає дозволи на здійснення клірингових операцій та розрахунків. Національний банк забезпечує здійснення міжбанківських розрахунків через свої установи, дає дозвіл на проведення міжбанківських розрахунків через прямі кореспондентські відносини банків та через їх власні розрахункові системи. Національний банк встановлює обов'язкові для банків стандарти та правила ведення

³²² Луць В.В. Контракти у підприємницькій діяльності: Навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – с.229.

³²³ Васильковський О.В. Там само – с.7.

бухгалтерського обліку та звітності, що відповідають вимогам законодавства України³²⁴.

Правила та умови здійснення операцій за рахунками клієнтів закріплені у відповідних нормативних актах Національного банку України. Так, наприклад, відносини учасників безготівкових розрахунків регулюються Інструкцією про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, затвердженою Постановою Правління Національного банку України від 21.01.2004 р. № 22, а відносини, що стосуються розрахунків готівкою – Інструкцією про організацію роботи з готівкового обігу установами банків України, що затверджена Постановою Правління Національного банку України від 19.02.2001 р. № 69 та Інструкцією Про касові операції в банках України затвердженої постановою Правління Національного банку України від 14 серпня 2003 р. № 337.

При здійсненні операцій за рахунками банк зобов'язаний дотримуватися також правил та звичаїв ділового обороту, які є уніфікованими і застосовуються у світовій банківській практиці. Так, на території України діють Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів (Багатостороння угода. Правила від 01.01.1993 р., публікація МТП № 500), які є обов'язковими для всіх учасників розрахункових відносин, якщо відсутня угода про інше.

Банк зобов'язаний зарахувати грошові кошти, що надійшли на рахунок клієнта, а також за розпорядженням клієнта видати або перерахувати з його рахунка грошові кошти в операційний день. Операційним днем визнається частина робочого дня банку, протягом якої приймаються документи на переказ і документи на відкликання та можна за наявності технічної можливості здійснити їх обробку, передавання та виконання. Тривалість операційного дня встановлюється банком або іншою установою – членом платіжної системи самостійно та зазначається в їх внутрішніх правилах.

Зарахування грошових коштів, що надійшли на рахунок клієнта, а також за розпорядженням клієнта, видачу або перерахування з його рахунка грошових коштів банк здійснює відповідно до порядку, передбаченого Інструкцією про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті³²⁵.

³²⁴ Див.: стаття 40 Закону України "Про Національний банк України".

³²⁵ Див.: Офіційний вісник України. – 2004. – №13 – ст.908.

Права та обов'язки у сторін договору банківського рахунка виникають з моменту досягнення згоди по всіх істотних умовах, при чому відкриття рахунка та зарахування на нього грошових коштів за часом може не співпадати з вказаним моментом, що дає підстави визначати цей договір *консенсуальним*.

Оскільки кожна з сторін має як права так і обов'язки, то можна стверджувати, що цей договір є *взаємним* або *двостороннім*.

Банк має право використовувати грошові кошти на рахунку клієнта. Грошові кошти, що обліковуються на рахунку клієнта, можуть надаватися в якості кредитних коштів або виплачуватися як проценти по вкладах іншим клієнтам. При цьому банк приймає на себе зобов'язання своєчасно здійснити вимогу клієнта щодо розпорядження коштами на рахунку.

Операції банку за рахунком клієнта можуть здійснюватися безвідплатно. Проте, як правило, у договорі банківського рахунка передбачається зобов'язання клієнта сплатити певну суму за виконання банком відповідних операцій. Плата за здійснення операцій визначається у процентному відношенні (наприклад, 0,1%) до грошової суми, що перераховується банком за розпорядженням клієнта.

Якщо інше не передбачено договором банківського рахунка, за користування грошовими коштами, що знаходяться на рахунку клієнта, банк сплачує проценти, сума яких зараховується на рахунок. Сторони договору банківського рахунка можуть передбачити одну з двох умов:

- банк зобов'язується сплачувати проценти за користування грошовими коштами, що знаходяться на рахунку клієнта, сума яких зараховується на рахунок;

- банк не сплачує проценти за залишок коштів на рахунку клієнтів.

У тому випадку, якщо одна із зазначених умов відсутня у договорі, банк, зобов'язаний сплатити проценти за користування грошовими коштами, що знаходяться на рахунку клієнта.

Сторони визначають порядок і строки зарахування суми процентів. Якщо відповідні строки не встановлені договором, суми процентів зараховуються зі спливом кожного кварталу.

Розмір процентів, що зобов'язується сплачувати банк за користування грошовими коштами, які знаходяться на рахунку клієнта встановлюється договором, а якщо відповідні умови не

встановлені договором, – у розмірі, що звичайно сплачується банком за вкладом на вимогу.

Таким чином, договір банківського рахунка є *відплатним*, якщо інше не встановлено договором або законом.

Досить важливим, проте дискусійним є питання правової природи договору банківського рахунку. За межами дискусії залишається питання віднесення договору банківського рахунка до групи договорів про надання послуг. Це безперечний факт, що підтверджується, зокрема, доктринальними положеннями та нормами ЦК України. За договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором³²⁶. Метою договору банківського рахунка є належне виконання банком розпорядження клієнта щодо здійснення розрахунків з контрагентами, що реалізується в межах банківського обслуговування.

Історична ретроспектива розвитку регулювання відносин банка та клієнта стосовно відкриття та ведення рахунка, відображена в наукових працях Г. Шершеневича та М. Агаркова, які договір банківського рахунку вважали різновидом договору банківського вкладу³²⁷.

На думку Л. Новосолової, за своєю природою відносини банків та осіб, що передали банку свої грошові кошти для зарахування на рахунок подібні до відносин, що регулюються договором позики. Грошові кошти передаються клієнтом, який стає кредитором, банку-боржнику. Банк приймає на себе зобов'язання повернути ці кошти клієнту або на вимогу кредитора-клієнта перерахувати їх за його вказівкою³²⁸.

Аналізуючи відносини, що складаються між банком і клієнтом у результаті відкриття та функціонування рахунка, Є. Осіпов розрізняє дві групи відносин: 1) з приводу "зберігання" в банку коштів

³²⁶ Див.: стаття 901 Цивільного кодексу України.

³²⁷ Див.: *Шершеневич Г.Ф.* Курс торгового права. Т. II: Товар. Торговые сделки. – М.: "Статут", 2003. – с.419 – 420; *Агарков М.М.* Основы банковского права. Учение о ценных бумагах. – М., 1994. – с.71.

³²⁸ *Новосолова Л.А.* Денежные расчеты в предпринимательской деятельности. – М.:ЮрИнфор, 1996. – с.36.

клієнтів і 2) виконання доручень клієнта з проведення операцій за рахунком і з грошовими коштами, в тому числі по зарахуванню отриманих коштів та здійсненню розрахунків³²⁹.

Інші вчені розглядають договір банківського рахунку як договір змішаного типу, що об'єднує елементи договорів позики, доручення і комісії³³⁰.

Як зазначає Є. Осіпов, найвірнішим було б характеризувати договір банківського рахунку як складний змішаний договір, що представляє собою елементи договору позики та (або тільки) договору іррегулярного зберігання, а також умови попереднього договору про укладення (в майбутньому) договорів доручення (комісії) на умовах, передбачених правилами для даного виду банківського рахунку та цим попереднім договором, і діючого одночасно з дією договору банківського рахунку³³¹.

З останнім твердженням можна погодитись частково. Дійсно, окремі елементи інших цивільних договорів (зберігання (стаття 936 ЦК України), доручення (стаття 1000 ЦК України), комісії (стаття 1011 ЦК України), позики (стаття 1046 ЦК України), банківського вкладу (стаття 1058 ЦК України)) притаманні також договору банківського рахунку. Застосування окремих елементів зазначених договорів зумовлене широким комплексом взаємних обов'язків які виникають у сторін договору банківського рахунку. Разом з тим жодний з зазначених договорів не є подібним до договору банківського рахунку настільки щоб можна було їх ототожнювати.

Ряд авторів договір банківського рахунку відносять до самостійного договору³³². Так професор О. Іюффе зазначає, що

³²⁹ Див.: *Осіпов Е.Б.* Гражданско-правовые договоры с участием банков: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – Алматы, 1997. – с.20.

³³⁰ Див.: *Ефимова Л.Г.* Банковское право: Учебное и практическое пособие. – М., 1994. – с.106; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный) / Руководитель авторского коллектива и ответственный редактор О.Н.Садиков. – М., 1996. – с.416; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный). Изд. 3-е / Руководитель авторского коллектива и ответственный редактор О.Н.Садиков. – М., 1998. – с.409; *Рукавишникова И.* Правовая природа векселя: Особенности бухгалтерского учета векселей // Хозяйство и право. – 1998. – № 1. – с.36.

³³¹ *Осіпов Е.Б.* Там само. – с.20.

³³² Див.: *Іюффе О.С.* Избранные труды: В 4 т. Т. III. Обязательственное право. – СПб.: Издательство "Юридический центр Пресс", 2004. – с.681; *Компанец Е.С., Полонский Э.Г.* Применение законодательства о кредитовании и расчетах. М., 1967. – с.208 -210; *Шкундин*

оскільки договір банківського рахунка (на відміну, наприклад, від вкладу громадян) носить консенсуальний характер, жоден з перерахованих правочинів не входить безпосередньо в його склад, а кожний є лише способом його виконання. Тому не можна зводити договір банківського рахунка до поєднання або конгломерату елементів збереження, позики доручення. Перед нами самостійний договір, що виконується шляхом здійснення нових правочинів³³³.

З часом Л. Єфімова відійшла від конструкції змішаного договору. Вона зазначала, що відносини між банком та клієнтом з приводу залишку коштів на рахунку, які ведуть своє походження від правовідносин за вкладами на вимогу, сьогодні настільки видозмінилось, що їх вже не можна однозначно відносити ні до позики, ні до зберігання. Ці відносини значно складніше, оскільки крім виконання зазначеного обов'язку банк повинен вести облік постійно змінюваного залишку коштів на рахунку клієнта. Звідси випливає, що відносини з приводу залишку коштів на рахунку набули самостійного характеру³³⁴.

Договір банківського рахунка є самодостатнім. Якщо елементи інших договорів і мають місце у договорі банківського рахунка, то це ще не означає, що він відноситься до категорії змішаного договору.

Договір є змішаним якщо він опосередковує декілька різнорідних відносин і об'єднує умови, об'єктивно необхідні для формування зобов'язань різних типів³³⁵.

У своїй правовій взаємодії елементи договору банківського рахунка чітко визначені. В сучасних умовах реформування цивільного законодавства та розвитку банківської справи,

3.И. О юридической природе расчетного счета. // Советское государство и право. – 1950. – №5. – с.33-45; Гражданское право. В 2 т. Т.2. Учебник / Под ред. Е.А.Суханова. – М., 1993. – с.327; Гражданское право. Ч.II. Учебник / Под ред. Ю.К.Толстого, А.П.Сергеева. – М., 1997. – с.454; Обязательственное право. Ч.2. Учебник / Под ред. В.В.Залесского. – М., 1998. – с.378; Коммерческое право. Учебник / Под ред. В.Ф.Попондопуло, В.Ф.Яковлевой. – СПб, 1997. – с.321; *Сарбаш С.В.* Договор банковского счета: проблемы доктрины и судебной практики. – М.: "Статут", 1999. – с.10.

³³³ *Иоффе О.С.* Избранные труды: В 4 т. Т. III. Обязательственное право. – СПб.: Издательство "Юридический центр Пресс", 2004. – с.681.

³³⁴ *Ефимова Л.Г.* Банковские сделки: право и практика. Монография. – М.: НИМП, 2001. – с.303.

³³⁵ Див: *Иоффе О.С.* Обязательственное право. – М.: 1975. – с.38.

нормативне закріплення та застосування конструкції договору банківського рахунка носить індивідуальний характер, що дає підстави визначати цей договір як *самостійний*.

Не викликає сумніву те, що договір банківського рахунка за певних умов може бути віднесений до договору приєднання (стаття 634 ЦК України). Договір банківського рахунку "може бути і договором приєднання, коли банк передбачив умови договору в стандартній формі (формулярі)"³³⁶.

Як зазначає С. Сарбаш, така точка зору найбільш близька до істини, з тим тільки виправленням, що в зазначеному випадку умови такого формуляра могли б бути прийняті іншою стороною не інакше як шляхом приєднання до запропонованого договору в цілому, тому що наявність формуляра сама по собі не означає, що такий договір є договором приєднання, адже будь-який формуляр можна змінити з волі сторін, що виключає обов'язкову ознаку договору приєднання. Безумовно, необхідним критерієм віднесення угоди до договору приєднання виступає саме неможливість укладання договору інакше як за допомогою прийняття всіх умов, що містяться в стандартній формі"³³⁷.

Щоправда, існує і протилежна думка. Так, К. Лебедев вважає, що "договір банківського рахунку не підпадає під легальні ознаки публічного договору і договору приєднання"³³⁸.

Таке твердження є помилковим, оскільки воно ґрунтується на тій позиції, що без прямої вказівки в законі, цей договір не може бути визнаний договором приєднання. Проте якщо клієнту банку пропонують укласти договір банківського рахунка лише шляхом приєднання до договору на умовах, встановлених банком у формулярах і при цьому, клієнт не може запропонувати свої умови, такий договір розглядається як договір *приєднання*. При цьому, необхідно враховувати певні умови: правові підстави для укладення договору у формі приєднання, наявність розроблених банком умов договору в стандартних формах чи формулярах, що можуть бути

³³⁶ Обязательственное право. Ч. 2. Учебник / Под ред. В.В. Залесского. – М., 1998. – с.379.

³³⁷ Див.: Сарбаш С.В. Договор банковского счета: проблемы доктрины и судебной практики. – М.: "Статус", 1999. – с.20.

³³⁸ Коммерческое право. Учебник / Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. – СПб., 1997. – с.321.

прийнятими клієнтом не інакше як шляхом приєднання до запропонованого договору в цілому.

Слід додати, що поряд із стандартними формами договорів банківського рахунка, яких у залежності від певних особливостей, може бути декілька, банк може запропонувати укласти договір з урахуванням пропозицій клієнта (як правило, фізичної особи-підприємця або юридичної особи).

Правова природа виконання зобов'язань за договором банківського рахунка у дослідників викликає неоднозначне розуміння.

Дії, спрямовані на виконання договору банківського рахунка, О.С. Іоффе розглядає як правочини (договори позики, пов'язані з елементами зберігання, договори доручення), при цьому жоден з договорів не входить безпосередньо до договору банківського рахунка, який, у свою чергу, відомий цивіліст відносить до особливого договору³³⁹. При цьому мова йде про договори. Деякі автори окремі дії по виконанню договору банківського рахунка розглядали як односторонні правочини³⁴⁰. Так, Л. Єфімова стверджує те, що правочини, які здійснюються на виконання договору банківського рахунка, можуть бути лише односторонніми³⁴¹.

Автор говорить про можливість виникнення договірної зобов'язання в межах договору банківського рахунка. Банківський переказ як самостійний договір між банком і клієнтом, що ґрунтується на договорі банківського рахунка. Укладання такого договору здійснюється на підставі платіжного доручення, що надається клієнтом до банку, є офертою, адресованою банку, і містить пропозицію клієнта укласти цей договір. Банк не вправі відмовити, тому що його обов'язок переводити належні клієнту кошти впливає з договору банківського рахунка. Акцепт банком оферти клієнта полягає в конклюдентних діях, банк зобов'язаний не

³³⁹ Див: *Іоффе О.С.* Советское гражданское право. Курс лекций. Отдельные виды обязательств. – Л., 1961. – с.397-398.

³⁴⁰ Див. *Шкундин З.И.* О юридической природе расчетного счета // Советское государство и право. – 1950. – №5. – с.33-45; *Чурин С.* Правовая природа сделок по безналичному переводу денежных средств // Хозяйство и право. – 1998. – №5. – с.5; *Ефимова Л.Г.* Банковское право – М.: БЕК, 1994. – с.105; *Флейшиц Е.А.* Расчетные и кредитные правоотношения. – М., 1956. – с.80-81.

³⁴¹ *Ефимова Л.Г.* Банковское право: Учебное и практическое пособие. – М.: БЕК. 1994. – с.105.

тільки списати відповідну суму з рахунка клієнта, але й передати розрахункові документи в банк-посередник або банк одержувача коштів³⁴².

С. Сарбаш ставить під сумнів таку точку зору. Насамперед, за такого підходу чимало дій сторін по цивільно-правових договорах можна було б розглядати як укладення нового договору. Крім того, якщо дії по виконанню договору банківського рахунку є договорами, то, мабуть, і дії по виконанню останніх договорів також можна розглядати як договори, і так до нескінченності³⁴³.

Умови виконання договору встановлюються не лише на рівні нормативного акту. Взаємною волею сторін договору банківського рахунку визначаються істотні та інші умови, що є способом досягнення певної економічної мети, якої прагнуть досягти як банк так і його клієнт. Сторони можуть передбачити умови щодо відповідальності за невиконання або неналежне виконання зобов'язання або умови щодо забезпечення виконання договірною зобов'язання, і тому окремі дії, наприклад, операція банку щодо списання коштів з рахунку клієнта в межах договору банківського рахунку, не може розглядатись як односторонній правочин. Мова йде про здійснення певних юридико-технічних дій в межах двостороннього правочину, яким є договір банківського рахунку.

Дії сторін по виконанню договору банківського рахунку не слід відносити до правочинів взагалі, тому що застосування правил ЦК щодо правочинів і зобов'язань до таких дій може значно ускладнити обіг і правовідносини сторін. Доведеться застосовувати до зазначених відносин і правила щодо форми правочину, щодо їх недійсності і припинення зобов'язання, щодо здійснення правочину неповноважним представником тощо³⁴⁴.

У межах договору банківського рахунку не може бути укладено будь-яких інших договорів. Надання тих чи інших банківських послуг або здійснення операцій, які на перший погляд можуть розглядатися як окремі правочини в межах договору банківського рахунку є не чим іншим як зобов'язанням, що має виконувати

³⁴² Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный). Изд. 3-е. – с.438.

³⁴³ Сарбаш С.В. Договор банковского счета: проблемы доктрины и судебной практики. – М.: "Статут", 1999. – с.10.

³⁴⁴ Див.: Там само. – с.9.

відповідна сторона. Так відповідно до статті 1069 ЦК України сторони договору банківського рахунка можуть передбачати положення про надання клієнту овердрафта – короткострокового кредиту, що надається банком надійному клієнту понад його залишок на поточному рахунку в цьому банку в межах заздалегідь обумовленої суми шляхом дебетування його рахунка. При кредитуванні банком поточного рахунка клієнта за відсутності на ньому грошових коштів утворюється дебетове сальдо, а банківська установа вважається такою, що надала клієнтові кредит на відповідну суму від дня здійснення цього платежу.

Положення про кредитування у договорі банківського рахунка повинне супроводжуватися відкриттям відповідного рахунка, правовий режим якого передбачає можливість надання овердрафта³⁴⁵.

Права та обов'язки сторін стосовно кредитування рахунка визначаються договором. Сторони визначають порядок кредитування, за яким узгоджують ліміт грошових коштів банку, в межах якого здійснюються платежі, період кредитування, розмір відсотків за користування кредитом, кількість овердрафтів у межах відповідного періоду, тощо. Неврегульовані договором права і обов'язки сторін, пов'язані з кредитуванням рахунка, визначаються загальними положеннями про позику та кредит (параграфи 1 і 2 глави 71 ЦК України), якщо інше не встановлено законом.

Разом з тим слід зазначити, що договір банківського рахунку може розглядатися як *попередній договір* (стаття 635 ЦК України) сторони якого зобов'язуються протягом певного строку (у певний термін) укласти договір в майбутньому на умовах, встановлених договором банківського рахунку. Так, наприклад, сторони договору банківського рахунку мають можливість передбачити умови щодо надання у майбутньому певної суми грошових коштів відповідно до кредитного договору. Слід враховувати, що, істотні умови кредитного договору обумовлюються сторонами в попередньому договорі, а ті що не встановлені договором банківського рахунку, погоджуються в порядку, встановленому сторонами в цьому

³⁴⁵ Див.: систематизований перелік рахунків бухгалтерського обліку у Постанові НБУ "Про заходи щодо реалізації Програми реформування бухгалтерського обліку та звітності Національного банку України і комерційних банків України" від 21.11.1997 р. № 388.

договорі, якщо такий порядок не встановлений актами цивільного законодавства.

Науковці, що досліджують договір банківського рахунка, не оминають увагою проблему, що полягає в тому, чи належить цей договір до публічних договорів.

Правові аспекти публічності договору банківського рахунка у своїх працях розглядали С. Глібко, О. Олійник, Н. Рассказова, С. Сарбаш, Є. Суханов та інші.

Ряд авторів заперечує публічність договору банківського рахунка³⁴⁶. Така позиція ґрунтується на тому, що цивільний кодекс прямо не вказує на публічність договору банківського рахунка, як це зазначено, наприклад, стосовно договору банківського вкладу, де вкладником є фізична особа.

Відповідно до цієї норми пропонується точка зору згідно з якою договір банківського рахунка, де клієнтом є громадянин, визнається публічним договором, а договір банківського рахунка з юридичною особою публічним не є³⁴⁷. Цей підхід базується на нормах про договір банківського вкладу, де вкладником є громадянин, враховуючи при цьому, що до відносин банку та вкладника за рахунком, на який внесений вклад, застосовуються положення про договір банківського рахунка (глава 72 ЦК України)³⁴⁸.

В тих випадках, коли укладений громадянином договір має змішаний характер і містить елементи договору як банківського внеску, так і банківського рахунка, публічний характер повинен поширюватися лише на одну його частину – на внесок і може не торкатися іншої частини. У більш загальному вигляді ця ідея могла б пролунати в такий спосіб: якщо в змішаному договорі одні його елементи відносяться до публічного договору, те це не робить весь

³⁴⁶ Див.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. – М.: Статут, 1998. – с.203-204; Павлодский Е.А. Договоры организаций и граждан с банками. – М.: "Статут", 2000. – с.53; Рассказова Н. Договор банковского счета // Кодекс-инфо: Еженедельный обзор нового законодательства. – 1996. – №7. – с.25 – 26; Сарбаш С.В. Договор банковского счета: проблемы доктрины и судебной практики. – М.: "Статут", 1999. – с.19.

³⁴⁷ Див.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный). – М., 1996. – с.416.

³⁴⁸ Див.: стаття 1058 Цивільного кодексу України.

такий договір публічним, а правила щодо публічного договору варто застосовувати лише до відповідної частини змішаного договору³⁴⁹.

Існує також думка, що договір банківського рахунку є публічним³⁵⁰.

Банк зобов'язаний укласти договір банківського рахунка з клієнтом, який звернувся з пропозицією відкрити рахунок на оголошених банком умовах, що відповідають закону та банківським правилам. Умови договору не можуть суперечити вимогам Інструкції про відкриття банками рахунків у національній та іноземній валюті.

Банк не має права відмовити у відкритті рахунка, якщо дотримано наступних умов: •

- банк відповідно до своїх установчих документів та наданої йому Національним банком України банківської ліцензії має право на вчинення відповідних операцій;

- відкриття рахунка не призведе до порушення чинного законодавства та економічних нормативів, встановлених Національним банком України;

- банк має необхідну матеріально-технічну базу для відкриття рахунка;

- відсутні перешкоди економічного характеру, що заважають здійсненню операцій за рахунками клієнтів.

Випадки відмови у відкритті рахунка можуть бути передбачені нормами закону або банківськими правилами. Якщо особою надано всі документи, передбачені Інструкцією про відкриття банками рахунків у національній та іноземній валюті (вчинив оферту – пропозицію укласти договір), а банк безпідставно відмовляє, то особа має право на відшкодування збитків, завданих такою відмовою відповідно до статей 22 і 633 ЦК України.

Враховуючи думку Є. Суханова, що договір банківського рахунка є "по суті публічним", С. Сарбаш зазначає, що, дійсно, на практиці договір банківського рахунку виявляється "ніби публічним"

³⁴⁹ Сарбаш С.В. Договор банковского счета: проблемы доктрины и судебной практики. – М.: "Статут", 1999. – с.18.

³⁵⁰ Мушинский О.В. Основы гражданского права. – с.158; Олейник О.М. Основы банковского права: Курс лекций. – М.: Юристъ, 1997. – с.246; Суханов Е.А. Банковский счет // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая: текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель. – М., 1996. – с.459-460.

внаслідок дій банку. Однак з точки зору *de lege lata* представляється, що його навряд чи можна віднести до такого³⁵¹.

Для обґрунтування цього твердження С. Сарбаш звернувся до аналізу ЦК Російської Федерації щодо змісту публічного договору, зазначивши, що комерційна організація зобов'язана укласти договір з кожним, хто до неї звернеться. Вона також не вправі віддавати перевагу одній особі перед іншою стосовно укладання договору; ціни послуг. Інші умови публічного договору встановлюються однаковими для всіх споживачів. Зазвичай банки вказують в умовах договору як розмір відсотків, що сплачуються ним на залишок по рахунку, так і розмір відсотків, що сплачуються клієнтом за послуги, що йому надаються (які, як правило, не стягуються). Тут і проявляється той фактор, що договір банківського рахунку "по суті є публічним". Однак, на думку С. Сарбаша, з аналізу ЦК Російської Федерації не випливає, що такі відсотки обов'язково повинні міститися в умовах відкриття рахунків, що повідомляються банком. Він зазначає, що нічого не перешкоджає сторонам відійти від зазначених умов і погодити інші умови договору. Ще більш важливою є та обставина, що банк може і не вказувати в зазначених умовах положення про розмір відсотків, що сплачуються, та інших умовах договору банківського рахунку, і тоді відносно цих обставин можливе досягнення абсолютно різних домовленостей. Клієнт може сам запропонувати банку свої положення договору з тих чи інших питань, "виговоривши" для себе більш пільгові умови, ніж запропоновані банком. Тут і виникає юридична перешкода для віднесення договору банківського рахунку до публічних договорів³⁵².

У контексті вищезазначеної позиції пропоную звернутись до листа юридичного департаменту Національного банку України від 18.08.2004 р. № 18-111/3249-8378, в якому також зазначається, що відсутні необхідні ознаки для визнання договору банківського рахунку публічним³⁵³.

³⁵¹ Див.: *Сарбаш С.В.* Договір банківського счёта: проблеми доктрини и судебной практики. – М.: "Статут", 1999. – с.18.

³⁵² Див.: *Сарбаш С.В.* Там само. – с.18 – 19.

³⁵³ "Аналіз положень Цивільного кодексу України, що регулюють договір банківського рахунку, дає підстави зробити висновок, що банк є суб'єктом господарювання та при отриманні ліцензії приймає на себе обов'язок надавати послуги кожному, хто до нього звернеться. Всі ці риси співпадають з обов'язковими ознаками

Незважаючи на деякі переконливі аргументи тих, хто не визнає договір банківського рахунка публічним договором, є певні заперечення щодо такого твердження. Для цього звісно слід звернути свою увагу насамперед до норм, що містять положення про публічний договір (стаття 633 ЦК України) та правил щодо укладення договору банківського рахунка.

Публічним є договір, в якому одна сторона – підприємець взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться (роздрібна торгівля, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо)³⁵⁴.

Як зазначає С. Глібко, договір банківського рахунка без прямої вказівки в законі не може бути публічним договором³⁵⁵. Не можна погодитись з таким твердженням. На нашу думку слід підтримати

публічного договору. В той же час однією з необхідних ознак публічного договору є наявність обов'язку підприємця встановлювати умови такого договору однаковими для всіх споживачів. Проте у частині 1 статті 1067 Цивільного кодексу України закріплено, що договір банківського рахунка укладається на умовах, погоджених сторонами. На відміну від ознак публічного договору, ця норма виключає обов'язок банку встановлювати однакові умови для всіх клієнтів. Інші положення Цивільного кодексу України про банківський рахунок додатково вказують на можливість узгодження сторонами умов договору (частини 1, 2, 4 статті 1068 та частина 1 статті 1069 Цивільного кодексу України). Певні обмеження щодо укладення договору банківського рахунка будуть діяти незалежно від того, чи є договір банківського рахунка публічним. Відповідно до частини 2 статті 1067 Цивільного кодексу України банк зобов'язаний укласти договір банківського рахунка з клієнтом, який звернувся з пропозицією відкрити рахунок на оголошених банком умовах, що відповідають закону та банківським правилам. У абз. 2 частини 2 статті 1067 Цивільного кодексу України встановлено, що банк не має права відмовити у відкритті рахунка, вчинення відповідних операцій за яким передбачено законом, установчими документами банку та наданою йому ліцензією, крім випадків, коли банк не має можливості прийняти на банківське обслуговування або якщо така відмова допускається законом чи банківськими правилами. Одночасно конкретні умови договору банківського рахунка мають бути погоджені сторонами (частина 1 статті 1067 Цивільного кодексу України). Отже, враховуючи визначене вважаємо, що договір банківського рахунка не відноситься до публічних договорів, оскільки не містить усіх необхідних ознак такого договору". / Див.: Лист юридичного департаменту Національного банку України "Про деякі питання застосування Цивільного кодексу України в банківській діяльності" від 18.08.2004 р. №18-111/3249-8378.

³⁵⁴ Стаття 633 Цивільного кодексу України.

³⁵⁵ Глібко С. Питання правового регулювання договорів, пов'язаних з відкриттям рахунків у банках // Вісник Академії правових наук України. 2004. – №1 (36). – с.79.

висновок зроблений автором Листа Національного банку України, що відсутність прямого зазначення у положеннях Цивільного кодексу України щодо публічного характеру договору банківського рахунка не можна розглядати в якості самостійної підстави для висновку про те, що зазначений договір не є публічним. Для віднесення його до категорії публічних договорів необхідно довести наявність в ньому усіх ознак публічного договору, що закріплені у статті 633 Цивільного кодексу України³⁵⁶.

Режим публічних договорів є виключенням з того загального, який спирається на принцип "свободи договорів". Зазначене виключення являє собою один з випадків дії публічного начала в цивільному праві. Режим "публічних договорів" прямо протилежний режиму "свободи договорів", найбільш повно виражаючому приватно-правові начала, що складають основу доктрини цивільного права³⁵⁷.

Таке твердження також властиве для правової характеристики договірних відносин банку та клієнта щодо відкриття банківського рахунка. Застосування імперативних норм при регулюванні цивільно-правових відносин зумовлено спеціальним статусом банку, який будучи виконавцем послуг займає певне монопольне становище у порівнянні з іншими суб'єктами господарської діяльності. Враховуючи це законодавець врівноважує повноваження сторін за допомогою низки відповідних норм ЦК України, Закону України "Про банки і банківську діяльність", Закону України "Про захист прав споживачів".

Аналізуючи відносини стосовно відкриття рахунку необхідно пам'ятати, що мова йде про сферу банківського обслуговування, в якій, відповідно до Закону України "Про захист прав споживачів", банк розглядається як виконавець, а клієнт – фізична особа виступає в ролі споживача банківських послуг. Цей Закон також регулює відносини між споживачами банківських послуг і їх виконавцями, а також встановлює права споживачів та визначає механізм реалізації державного захисту їх прав.

³⁵⁶ Див.: Лист юридичного департаменту Національного банку України "Про деякі питання застосування Цивільного кодексу України в банківській діяльності" від 18.08.2004 р. №18-111/3249-8378.

³⁵⁷ Див.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. – М.: Статут, 1998. – с.197-198.

Банк як і будь-який інший виконавець сфери послуг зобов'язаний дотримуватися прав споживачів. При цьому він не може посідати виграшне становище у порівнянні з іншими суб'єктами господарської діяльності. Банк за сутністю своїх функцій (забезпечувати споживання відповідних послуг), не відрізняється від, наприклад, продавця роздрібною торгівлі, що передає покупцю товар або зберігача, що зберігає річ поклажодавця на складах загального користування тощо.

Такий підхід до відносин у сфері обслуговування закріплений на законодавчому рівні. За всіма громадянами однаковою мірою визнається право на задоволення їх потреб у сфері торговельного та інших видів обслуговування. Встановлення будь-яких переваг, прямих або непрямих обмежень прав споживачів не допускається, крім випадків, передбачених законодавчими актами. Споживач має право на вільний вибір послуг у зручний для нього час з урахуванням режиму роботи виконавця, а останній зобов'язаний всіляко сприяти споживачеві у вільному виборі послуг та надавати йому достовірну і доступну інформацію про найменування, належність та режим роботи свого підприємства³⁵⁸.

Вищезазначені положення Закону України "Про захист прав споживачів" відповідають основним елементам публічного договору (стаття 633 ЦК України) та правилам щодо укладення договору банківського рахунка (стаття 1067 ЦК України).

Слід додати, що відповідно до статті 3 Закону України "Про захист прав споживачів" споживачі, які перебувають на території України, під час придбання, замовлення або використання товарів (робіт, послуг) для задоволення своїх побутових потреб мають право на: державний захист своїх прав; гарантований рівень споживання; належну якість товарів (робіт, послуг), торговельного та інших видів обслуговування; безпеку товарів (робіт, послуг); необхідну, доступну, достовірну та своєчасну інформацію про товари (роботи, послуги), їх кількість, якість, асортимент, а також про їх виробника (виконавця, продавця); відшкодування збитків, завданих товарами (роботами, послугами) неналежної якості, а також майнової та моральної (немайнової) шкоди, заподіяної небезпечними для життя і здоров'я людей товарами (роботами, послугами) у випадках,

³⁵⁸ Див.: стаття 19 Закону України "Про захист прав споживачів".

передбачених законодавством; звернення до суду та інших уповноважених державних органів за захистом порушених прав; об'єднання в громадські організації споживачів (об'єднання споживачів)³⁵⁹.

Права споживачів, наведені у відповідній статті, в тій чи іншій мірі відображаються в спеціальних законодавчих актах. Так, наприклад, клієнт має право доступу до інформації щодо діяльності банку. Банки зобов'язані на вимогу клієнта надати таку інформацію: 1) відомості, які підлягають обов'язковій публікації, про фінансові показники діяльності банку та його економічний стан; 2) перелік керівників банку та його відокремлених підрозділів, а також фізичних та юридичних осіб, які мають істотну участь у банку; 3) перелік послуг, що надаються банком; 4) ціну банківських послуг; 5) іншу інформацію та консультації з питань надання банківських послуг³⁶⁰.

Однак слід враховувати, що банкам забороняється відкривати та вести анонімні (номерні) рахунки та відповідно вступати в договірні відносини з клієнтами – юридичними чи фізичними особами у разі, якщо виникає сумнів стосовно того, що особа виступає не від власного імені³⁶¹.

За законом клієнт може в рамках банківського рахунку домовитися з банком про надання йому різних послуг, наприклад, оплачувати вимоги третіх осіб по списанню коштів з розрахункового рахунку, встановити іншу черговість списання коштів порівняно зі встановленою в законі за достатності коштів на рахунку, виконувати інші операції тощо.

У зв'язку з цим виникає питання: чи виправдано вимагати від банку встановлення однакової для всіх ціни послуг, які ним надаються, за умови, що обсяг, складність і витрати банку по цих послугах можуть бути зовсім різні для різних клієнтів? На це питання С.Сарбаш дає негативну відповідь, яку, на його думку, можна вважати доводом на користь тези про те, що договір банківського рахунку не є публічним, тому що ціна послуг, які надаються, у публічному договорі повинна бути однаковою для всіх³⁶².

³⁵⁹ Див.: Там само. – Стаття 3.

³⁶⁰ Див.: стаття 56 Закону України "Про банки і банківську діяльність".

³⁶¹ Див.: Там само. – Стаття 64.

³⁶² Див.: Сарбаш С.В. Там само. – с.19.

Головною пересторогою віднесення договору банківського рахунка до публічного договору є нібито невідповідність норми, яка передбачає, що договір банківського рахунка укладається для відкриття клієнтові або визначеній ним особі рахунка у банку на умовах, погоджених сторонами (стаття 1067 ЦК України) з нормою статті 633 ЦК України (умови публічного договору встановлюються однаковими для всіх споживачів, крім тих, кому за законом надані відповідні пільги). Тобто вважається, що для публічного договору не є характерним погодження умов договору сторонами. З огляду на таке твердження пропонуємо звернути увагу на положення норм ЦК України, що регулюють відносини банку та вкладника.

За договором банківського вкладу (депозиту) одна сторона (банк), що прийняла від другої сторони (вкладника) або для неї грошову суму (вклад), що надійшла, зобов'язується виплачувати вкладникові таку суму та проценти на неї або дохід в іншій формі на умовах та в порядку, встановлених договором³⁶³.

Законодавець, зазначивши, що договір банківського вкладу, в якому вкладником є фізична особа, є публічним договором, не заперечує можливість сторонам договору, наприклад, встановлювати розмір процентів (стаття 1061 ЦК України). Розмір процентів, який встановлений сторонами, може бути різним в залежності від таких об'єктивних чинників: облікової ставки Національного банку України, суми вкладу, виду вкладу, строків вкладу тощо. При цьому, банк повинен враховувати, що розмір процентної ставки по вкладах не може бути вищою за розмір процентної ставки за кредитами, які надає банк. Таким чином, істотні умови договору банківського вкладу, в якому вкладником є фізична особа, за певних умов можуть бути різними, хоча при цьому публічність цього договору не порушується.

Як різною може бути ціна товару в роздрібній торгівлі в залежності від його асортименту, комплектності, кількості, якості тощо так і в сфері банківського обслуговування є різні критерії для встановлення умов тих банківських договорів, що визнаються публічними.

Безумовно, відносини банку з клієнтом стосовно відкриття та ведення того чи іншого виду рахунків є досить багатограничними. Розроблений та затверджений органом управління банку як

³⁶³ Стаття 1058 Цивільного кодексу України.

зразковий договір для будь-якого клієнта, не буде відповідати фінансовій доцільності як однієї сторони договору так і другої. Разом з тим, ніщо не завадить банку розробити умови договору, які відображали б диференційований підхід до обслуговування клієнта стосовно відкриття та ведення його рахунка в залежності від певних чинників економічної доцільності.

Відповідні підрозділи банку, враховуючи певні економіко-юридичні критерії, розробляють проекти договірних конструкцій та пропонують різні їх варіанти для належного правового регулювання відносин з відкриття та ведення відповідного рахунка. В подальшому банк, як правило, у вигляді запропонованих типових умов договорів у стандартній формі (формулярах), звертається до споживачів з пропозицією укласти відповідний договір банківського рахунка.

Типові умови договору банківського рахунка можуть відрізнитися в залежності від певних особливостей відносин між банком і клієнтом. При цьому за суб'єктивним складом банк не має права надавати переваги одному споживачеві (фізичній особі) перед іншим, у той час як об'єктивні чинники можуть вплинути на вибір того чи іншого формуляру при укладенні договору. Наприклад, якщо клієнт бере на себе зобов'язання дотримуватись постійного не знижуваного залишку грошових коштів на рахунку у певній сумі, договором може бути передбачено, що операції за рахунком клієнта банк буде здійснювати безвідплатно. Варіантів формулярів, які можуть бути розроблені банком для споживачів насправді може бути не так вже й багато, адже ця категорія клієнтів отримує відповідну послугу для власних побутових потреб. Але разом з тим, чим більше клієнтів захоче залучити банк до свого обслуговування, тим ретельніше він поставиться до розробки відповідних формулярів договорів банківського рахунка. Слід також додати, що жодною мірою це не торкнеться принципу довірчого характеру відносин з клієнтом, а навпаки буде додатковим поштовхом до поступального розвитку банківської справи.

Враховуючи зазначене приходимо до висновку, що фізичні особи які мають певну необхідність у споживанні банківських послуг пов'язаних з відкриттям та веденням рахунку для власних побутових потреб, регулюють свої відносини з банком за допомогою договору банківського рахунка, який за відповідними ознаками відноситься до категорії публічних договорів.

Договір банківського рахунка в якому стороною є фізична особа – підприємець або юридична особа не відноситься до публічного договору. Такий висновок здебільшого ґрунтується на засадах економічної доцільності використання надзвичайно широкого спектру фінансових можливостей та відповідного інструментарію, який запроваджується у банківській сфері, стосовно відносин суб'єктів діяльність яких спрямована на отримання прибутку. Звісно, що умови договірних конструкцій можна звести до певних типових, але безперечно те, що в межах публічного договору таке договірне зобов'язання не утримається. Умови договору банківського рахунка для такої категорії клієнтів можуть бути різними, а відтак цей договір не може розглядатися як публічний.

Підстави списання коштів з рахунка

Особливу увагу звертає на себе питання щодо підстав списання коштів з рахунка. Загальне правило про списання грошових коштів за договором банківського рахунка передбачає, що банк може здійснити списання з рахунка клієнта на підставі його розпорядження. Відповідно до положень Закону України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні", договірним списанням визнається списання грошей, що здійснюється банком на підставі доручення його клієнта та в порядку, передбаченому в укладеному ними договорі. Форма розпорядження на списання грошових коштів міститься в Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, затвердженій Постановою Правління Національного банку України від 21.01.2004 р. № 22³⁶⁴.

Підставами для списання грошових коштів з рахунка клієнта без його розпорядження є рішення суду про списання грошових коштів з рахунка клієнта або передбачені договором банківського рахунка між банком і клієнтом випадки.

За вищезазначеними підставами банк виконує інкасове доручення (платіжну вимогу, розпорядження, ордер), що виставляється уповноваженим стягувачем. Від утримувача коштів при цьому ніякого акцепту не вимагається, так само, як не вимагається і волевиявлення банку на таке списання, оскільки він зобов'язаний

³⁶⁴ Див.: Офіційний вісник України. – 2004. – №13. – ст.908.

його здійснити на підставі закону або договору з клієнтом. При цьому стягувач і одержувач можуть не співпадати³⁶⁵.

Тривалий час дискусія точилась навколо проблеми щодо можливості списання з рахунку клієнта банку грошових коштів на підставі платіжної вимоги органу державної податкової служби. Це питання необхідно розглядати, враховуючи наступні правові каденції виникнення відповідних відносин: законодавче регулювання відносин; суб'єктний склад відносин, функції та компетенцію суб'єктів; правову природу відносин суб'єктів; юридичну природу рахунка.

Підставою правового регулювання відносин за участю банку та органу державної податкової служби стосовно списання коштів з рахунку клієнта є норми статей 6, 19, 41, 55, 56, 64, 67 Конституції України, статей 1068, 1071 – 1073, 1076 ЦК України, статей 341 – 343 ГК України, відповідні норми спеціальних законодавчих актів, якими є Закони України "Про банки і банківську діяльність", "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні", "Про виконавче провадження", "Про державну податкову службу в Україні", "Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами". Відповідно до п. 7.1.4. статті 7 Закону України "Про платіжні системи та переказ грошей в Україні" особливості режимів функціонування вкладних (депозитних), поточних та кореспондентських рахунків визначаються нормативно-правовими актами Національного банку України (Інструкцією про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, Інструкцією про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземних валютах тощо) та договорами, що укладаються між клієнтами та обслуговуючими їх банками.

Державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України (стаття 6 Конституції України). Органи державної влади, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (статті 19 Конституції України). Принцип поділу влади означає, що з питань,

³⁶⁵ *Загирова Р.З.* Юридическая природа договора банковского счета. // Банковское право – 2002. – №2. – с.26.

віднесених до функцій певної гілки влади, не може приймати рішення представницькій орган іншої гілки влади.

Зазначеного принципу дотримано у Законі України "Про державну податкову службу в Україні". У статті 8 цього закону надається вичерпний перелік функцій Державної податкової адміністрації України, серед яких відсутні функції, що притаманні судовим органам.

Відповідно до статті 2 Закону України "Про виконавче провадження" виключні функції щодо примусового виконання рішень в Україні покладені на Державну виконавчу службу.

Стосовно співвідношення норми частини 2 статті 1 та статті 1071 ЦК України щодо списання коштів з рахунку клієнта банку на підставі платіжної вимоги органу державної податкової служби необхідно зауважити наступне.

Відносини банк – клієнт носять цивільно-правовий характер. Договір між ними є тим юридичним фактом, що породжує відповідне грошове зобов'язання щодо списання коштів з рахунку за дорученням його володільця. При цьому, розпорядження клієнта може стосуватися і коштів, що обраховуються як податкові та можуть бути зараховані на рахунок, зазначений органом державної податкової служби.

Відносини клієнт банку – орган державної податкової служби – це відносини, що регулюються нормами публічного права. Зазначені публічні відносини ґрунтуються на законодавчому акті, який відповідно є підставою для виникнення також грошового зобов'язання (за законом – податкове зобов'язання), але щодо сплати суми податку з отриманого клієнтом певного економічного результату. Зрозуміло, що відповідно до частини 2 статті 1 ЦК України ці відносини не регулюються цивільним правом і знаходяться за межами відносин банк – клієнт.

Відносини в першому та другому випадках передбачають виникнення грошового зобов'язання, що супроводжується розпорядженням коштами, які є об'єктом права власності та належать клієнту. Невиконання грошового зобов'язання тягне за собою настання відповідальності, умови якої можуть передбачатися договором або законом. Захист порушених прав та інтересів здійснюється у суді, рішення якого може передбачати звернення стягнення на майно відповідної сторони процесу.

Відносини між банком та органом державної податкової служби стосовно клієнта банку є публічними. Характер цих відносин не обумовлений грошовим зобов'язанням. У банку відсутнє відповідне зобов'язання перед органом державної податкової служби, оскільки він не в змозі розпоряджатись майном свого клієнта без його доручення. Розпорядження банком коштами клієнта без доручення може завдати збитків клієнту, що тягне за собою настання відповідальності банку. Тим самим виникає "правова еkleктика" – змішування норм різних галузей права, що є не припустимим. Тобто не можливе застосування публічних норм у відносинах, які мають цивільно-правовий характер. У цих відносинах може передбачатись лише застосування норм публічного права, що пов'язані з виконанням функцій банку, наприклад, з охорони банківської таємниці (розкриття банківської таємниці на вимогу органу державної податкової служби, у порядку та межах, прямо передбачених законом), а також виконанням функцій органом державної податкової служби, передбачених статтею 8 Закону України "Про державну податкову службу в Україні"³⁶⁶.

Норма статті 41 Конституції України, передбачає застереження, що ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним. Примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості. Примусове відчуження таких об'єктів з наступним повним відшкодуванням їх вартості допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану. Конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом.

Тим самим законодавець підтвердив дефініцію, яка містилась ще у Дігестах Юстиніана, що судові рішення приймається за істину³⁶⁷.

Майном відповідно до статті 190 ЦК України вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки.

Відповідно до статті 139 ГК України майном визнається сукупність речей та інших цінностей (включаючи нематеріальні

³⁶⁶ Див.: стаття 8 Закону України "Про державну податкову службу в Україні".

³⁶⁷ Дигести Юстиніана: Избр. Фрагменты / Пер. и примеч. И.С. Перетерского. – М., 1984. – с.36.

активи), які мають вартісне визначення, виробляються чи використовуються у діяльності суб'єктів господарювання та відображаються в їх балансі або враховуються в інших передбачених законом формах обліку майна цих суб'єктів.

Враховуючи те, що гроші, які знаходяться на рахунку клієнта в банку, є предметом зобов'язальних відносин і підпадають під поняття майно, то, відтак, слід взяти до уваги статті 41 Конституції України та поставити питання про неконституційність відповідних законодавчих актів, або окремих норм закону.

Законом України "Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами" кошти – гривні або іноземна валюта, визнаються активами платника податків, що належать юридичній або фізичній особі за правом власності або повного господарського відання. Таким чином, кошти підлягають конституційному захисту як об'єкт права власності.

Цим же законом визначається поняття податкове зобов'язання як зобов'язання платника податків сплатити до бюджетів або державних цільових фондів відповідну суму коштів у порядку та у строки, визначені цим Законом або іншими законами України та поняття податковий борг (недоїмка) – податкове зобов'язання (з урахуванням штрафних санкцій за їх наявності), самостійно узгоджене платником податків або узгоджене в адміністративному чи судовому порядку, але не сплачене у встановлений строк, а також пеня, нарахована на суму такого податкового зобов'язання.

Узгодження, тобто розрахунок суми податку, може здійснюватися: самим платником; адміністративним органом; судом. При цьому, незважаючи на те, ким розрахована сума податку, вона залишається об'єктом права власності власника рахунку до моменту зарахування суми податку на відповідний бюджетний рахунок.

Законом України "Про державну податкову службу в Україні" встановлене право органів державної податкової служби стягувати до бюджетів та державних цільових фондів суми недоїмки, пені та штрафних санкцій у порядку, передбаченому законом. Таким законом є Закон України "Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами", нормою якого передбачено, що підставою для примусового стягнення (звернення стягнення на активи платника податків у рахунок погашення його податкового боргу, без попереднього узгодження його суми таким

платником податків) активів платника податків в рахунок погашення його податкового боргу є виключно рішення суду³⁶⁸.

На нашу думку, положення статті 3 Закону України "Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами" відповідає конституційним нормам і повинне застосовуватись як спеціальна норма при примусовому стягненні суми податку за рішенням суду.

Відносини банку та його клієнтів є цивільно-правовими, разом з тим щодо питань оподаткування, органи державної податкової служби і клієнти банку регулюють свої відносини на підставі норм публічного права. Крім того, відносин підпорядкування між банком та органом державної податкової служби щодо клієнта банку немає.

З огляду на вищезазначене, у банківської установи відсутні правові підстави виконувати розпорядження органів державної податкової служби щодо списання з рахунків клієнтів банку грошових коштів на підставі платіжної вимоги. Дії банку спрямовані на виконання такого розпорядження є неконституційними та незаконними. Пропонуючи банку виконувати відповідні розпорядження, органи державної податкової служби виходять за межі своїх повноважень, встановлених Законом України "Про державну податкову службу в Україні".

Також необхідно враховувати загальне правило: в разі неоднозначного тлумачення змісту норми, поведінка особи на підставі цієї норми вважатиметься правомірною.

У контексті даної проблеми цікавим є результат справи, що розглядалася Верховним судом України. Розглянувши касаційну скаргу банку (Х) на постанову Вищого господарського суду України від 01.04.2004 року у справі за позовом Бориспільської об'єднаної державної податкової інспекції Київської області до банку (Х) про зобов'язання вчинити дії та сплату пені і штрафних санкцій Верховний суд України поставив крапку в цьому питанні.

Суть справи полягала у тому, що у червні 2003 року Бориспільська об'єднана державна податкова інспекція Київської області звернулася з позовом до банку (Х) про зобов'язання вчинити дії та сплату пені і штрафних санкцій. Позов мотивовано тим, що відповідачем, в

³⁶⁸ Див.: Стаття 3 Закону України "Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами".

порушення вимоги чинного законодавства, повернуті без виконання платіжні вимоги на безспірне списання з боржників податкового боргу.

Банк (Х) проти позову заперечував, посилаючись на те, що повноваженнями на ініціювання примусового списання коштів за виконавчими документами наділена виключно Державна виконавча служба України, через органи якої мають виконуватися рішення податкових органів на списання коштів з рахунків боржників.

Рішенням господарського суду м. Києва від 29.07.2003 року, залишеним без змін постановою Київського апеляційного господарського суду від 06.11.2003 року, відмовлено у задоволенні позову з тих підстав, що позивач не мав законних підстав безпосередньо пред'являти банку платіжні вимоги на безспірне стягнення податкового боргу з боржників на підставі рішення керівника податкового органу.

Постановою Вищого господарського суду України від 01.04.2004 року рішення господарського суду м. Києва та постанову Київського апеляційного господарського суду скасовано в частині відмови у задоволенні позову щодо зобов'язання вчинити певні дії і щодо зобов'язання сплатити пеню та штрафні санкції.

За касаційною скаргою банку (Х) Верховним Судом України порушено касаційне провадження з перегляду постанови Вищого господарського суду України. В подальшому касаційну скаргу було задоволено з наступних підстав: "Стаття 41 Конституції України встановлює застереження, що ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним. Примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості. Конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом.

Оскільки кошти, які знаходяться на рахунку клієнта банку, визначаються активами платника податків, що належать юридичній чи фізичній особі на праві власності або повного господарського відання, тому вони підлягають конституційному захисту як об'єкт права власності.

Порядок відкриття банками рахунків та їх режими визначаються Національним банком України. Умови відкриття рахунка та

особливості його функціонування передбачаються в договорі, що укладається між банком і його клієнтом – власником рахунка.

Таким чином, відносини між клієнтом та банком є цивільно-правовими.

Правовідносини між клієнтом та Державною податковою інспекцією є публічно-правовими, оскільки регулюються податковим законодавством, яке зобов'язує клієнта сплачувати податки, а Державну податкову інспекцію правом перевіряти правильність їх сплати та застосовувати санкції при виявленні порушень виконання таких зобов'язань.

Виходячи з викладеного, господарські суди першої та апеляційної інстанцій дійшли правильного висновку, що при розгляді спору щодо зобов'язання відповідача вчинити певні дії, а саме прийняти і виконати платіжні вимоги на списання з рахунку клієнта банку податкового боргу, слід застосувати нормативні акти, що регулюють права і обов'язки сторін стосовно відкриття банківських рахунків та порядок здійснення руху коштів по них³⁶⁹.

Цивільним кодексом України передбачена черговість списання грошових коштів з рахунка³⁷⁰.

Сторони договору банківського рахунка можуть передбачити порядок виконання розрахункових документів. Якщо у договорі відсутній такий порядок, то банк виконує розрахункові документи відповідно до календарної черговості їх надходження та виключно в межах залишку грошових коштів, достатніх для задоволення вимог, що ставляться до рахунка клієнта.

У разі одночасного надходження до банку кількох розрахункових документів, на підставі яких здійснюється списання грошових коштів, банк списує кошти з рахунка клієнта у черговості, встановленій частини 2 цієї статті.

Пріоритет надається виконанню судових рішень. Першочергово виконуються судові рішення про задоволення вимог про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю (статті 1195, 1196, 1199, 1200 ЦК України), а

³⁶⁹ Див.: Постанову Судової палати у господарських справах Верховного суду України від 05.10.2004 р. справа №3-2423к 04-46 / 19 // Архів Верховного суду України за 2004 р. Спр. №11/234.

³⁷⁰ Див.: Стаття 1072 Цивільного кодексу України.

також вимог про стягнення аліментів (гл. 15 Сімейного кодексу України).

Списання грошових коштів за рішенням суду здійснюється банком при отриманні від державного виконавця платіжної вимоги про примусове стягнення коштів, яка оформлюється на підставі виконавчого документа. Якщо платник має декілька рахунків в одному і тому ж банку, списання коштів здійснюється з рахунка, який зазначений у виконавчому документі.

У разі відсутності (недостатності) грошових коштів на рахунку клієнта банк не веде обліку розрахункових документів, якщо інше не встановлено договором між банком і клієнтом.

Законом України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні" передбачені загальні правила щодо обчислення строків переказу і зарахування грошових коштів на рахунки клієнта банку. Міжбанківський переказ виконується у термін до трьох операційних днів. Внутрішньобанківський переказ виконується в строк, встановлений внутрішніми нормативними актами банку, але не може перевищувати двох операційних днів. Банк зобов'язаний виконати доручення клієнта, що міститься в розрахунковому документі, який надійшов протягом операційного часу банку, в день його надходження. У разі надходження розрахункового документа клієнта до обслуговуючого банку після закінчення операційного часу банк зобов'язаний виконати доручення клієнта, що міститься в цьому розрахунковому документі, не пізніше наступного робочого дня. Банки та їх клієнти мають право передбачати в договорах інші строки виконання доручень клієнтів.

Стаття 1073 ЦК України передбачає правові наслідки неналежного виконання банком операцій за рахунком клієнта. При цьому правові наслідки виникають у таких випадках:

- банком порушено порядок зарахування грошових коштів на рахунок клієнта (тобто, кошти зараховані пізніше наступного дня після одержання відповідного платіжного документа);
- кошти безпідставно списані банком з рахунка клієнта;
- банк порушив розпорядження клієнта про перерахування грошових коштів з його рахунка.

При вчиненні будь-якого з названих порушень банк повинен негайно (в день виявлення порушення) після виявлення порушення відповідно зарахувати суму на рахунок клієнта або перерахувати

грошові кошти з його рахунка належному отримувачеві. Якщо при цьому відбулось прострочення банком операцій за рахунком, у клієнта з'являється підстава вимагати відповідно до статті 625 ЦК України сплати процентів та відповідно до статті 623 ЦК України – відшкодування завданих збитків, якщо інше не встановлено законом.

Разом з тим, Законом України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні" передбачені спеціальні норми щодо відповідальності банків при здійсненні переказу.

Так, при виявленні порушення банком, що обслуговує отримувача, строків завершення переказу цей банк зобов'язаний сплатити отримувачеві пеню у розмірі 0,1 процента суми простроченого платежу за кожний день прострочення за умов, що загальна сума не може перевищувати 10 процентів суми переказу, якщо інший розмір пені не обумовлений договором між ними. У цьому випадку платник не несе відповідальності за прострочення перед одержувачем.

У випадку порушення банком, що обслуговує платника, строків виконання доручення клієнта на переказ, цей банк зобов'язаний сплатити платникові пеню у розмірі 0,1 відсотка суми простроченого платежу за кожний день прострочення, що не може перевищувати 10 відсотків суми переказу, якщо інший розмір пені не обумовлений договором між ними³⁷¹.

У разі переказу з рахунка платника без законних підстав, за ініціативою неналежного стягувача, з порушенням умов доручення платника на здійснення договірною списання або внаслідок інших помилок банку повернення платникові цієї суми здійснюється у встановленому законом судовому порядку. При цьому банк, що списав гроші з рахунка платника без законних підстав, має сплатити платникові пеню у розмірі процентної ставки, що встановлена цим банком за короткостроковими кредитами, за кожний день починаючи від дня переказу до дня повернення суми переказу на рахунок платника, якщо інша відповідальність не передбачена договором³⁷².

Слід зазначити, що у ЦК України не передбачені правові наслідки у випадку помилкового списання банком грошей з рахунка

³⁷¹ Див.: п. 32.3.1. статті 32 Закону України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні".

³⁷² Див.: п. 32.3.1. ст. 32 Там само.

клієнта. У такому випадку необхідно застосовувати положення Закону України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні", яке передбачає: у разі помилкового переказу з рахунка неналежного платника, що стався з вини банку, цей банк зобов'язаний переказати відповідну суму грошей з рахунка платника на рахунок неналежного платника, а також сплатити неналежному платнику пеню у розмірі процентної ставки, що встановлена цим банком по короткострокових кредитах, за кожний день починаючи від дня помилкового переказу до дня повернення суми переказу на рахунок неналежного платника, якщо інша відповідальність не передбачена договором³⁷³.

Відшкодування банком завданих збитків у наслідок неналежного виконання операцій за рахунком клієнта здійснюється відповідно до правил, передбачених статті 624 ЦК України.

Банк відповідає за своїми зобов'язаннями і не може обмежувати права клієнта щодо розпоряджання грошовими коштами, що знаходяться на його рахунку. Таке обмеження можливо лише за рішенням суду у випадках, встановлених законом. Банк звільняється від відповідальності за невиконання або несвочасне виконання зобов'язань у разі арешту грошових коштів, що знаходяться на рахунку клієнта, або зупинення операцій за його рахунком, які застосовуються виключно на підставі рішення суду. Звільнення грошових коштів з-під арешту та відновлення операцій по рахунку можливо також лише на підставі рішення суду.

Не заперечуючи проти доцільності зменшення кола органів і підстав обмеження права клієнта розпоряджатися коштами на рахунку, відомі фахівці в банківській справі В. Кротюк та Л. Заруденко, вважають, що у слідчих, державних виконавців та у деяких інших випадках право зупиняти операції по рахунку має залишитися. Проте вони повинні одержувати на це дозвіл (санкцію) суду³⁷⁴.

У цивільному судочинстві арешт грошових коштів або зупинення операцій по рахунку може застосовуватися як спосіб забезпечення позову, який оформлюється ухвалою суду або господарського суду.

³⁷³ Див.: п. 32.3.2. ст. 32 Там само.

³⁷⁴ Див.: Кротюк В., Заруденко Л. Проблеми застосування примусових заходів щодо розміщених на рахунках коштів та шляхи їх вирішення. // Право України. – 2005. – №1. – с.53.

Арешт грошових коштів, що знаходяться на рахунку клієнта, передбачає тимчасове припинення витратних операцій в межах певної грошової суми, що зазначена у рішенні суду.

Зупинення операцій за рахунком клієнта застосовується при необхідності обмежити проведення окремих витратних операцій. Так, наприклад, супинення операцій за рахунком, відповідно до рішення суду, не стосується здійснення податкових платежів.

Характерною особливістю договору банківського рахунка є його особливий порядок розірвання. Відповідно до положень статті 1075 ЦК України клієнт має право достроково в односторонньому порядку розірвати договір банківського рахунка. Підставою для розірвання договору є заява клієнта.

Розірвання договору банківського рахунку тягне за собою закриття рахунка. За наявності коштів на рахунку банк здійснює завершальні операції за рахунком (з виконання платіжних вимог на примусове списання (стягнення) коштів, виплати коштів готівкою, нарахування і виплату відсотків на день закриття рахунка, перерахування залишку коштів на підставі платіжного доручення на інший рахунок підприємства, зазначений у заяві, тощо). При цьому датою закриття рахунка вважається наступний після проведення останньої операції за цим рахунком день. Якщо на рахунку власника немає залишку коштів, а заява подана в операційний час банку, то датою закриття рахунку є день отримання банком цієї заяви. У день закриття рахунка банк зобов'язаний видати клієнту довідку про закриття рахунку³⁷⁵.

Банк має право вимагати дострокового розірвання договору банківського рахунка:

1) якщо сума грошових коштів, що зберігаються на рахунку клієнта, залишилася меншою від мінімального розміру, передбаченого банківськими правилами або договором, якщо така сума не буде відновлена протягом місяця від дня попередження банком про це;

2) у разі відсутності операцій за цим рахунком протягом року, якщо інше не встановлено договором;

³⁷⁵ Див.: Інструкція про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземних валютах, що затверджена Постановою Національного банку України від 12 листопада 2003 року № 492 // Офіційний вісник України. – 2003. – №51 (частина 1). – ст. 2707.

3) в інших випадках, встановлених договором або законом. Наприклад, на підставі рішення органу, на який законом покладено функції щодо ліквідації або реорганізації підприємства; на підставі відповідного рішення суду або господарського суду про ліквідацію підприємства.

У тому випадку, якщо протягом трьох років підряд за рахунком клієнта не проводяться операції і відсутні грошові кошти банк може відмовитися від договору банківського рахунка та закрити рахунок. При цьому факт відмови від договору банківського рахунка і закриття рахунка оформлюється, як правило, розпорядженням керівника з подальшим повідомленням про це клієнта.

Банківська таємниця

Багатогранна правова категорія "банківська таємниця" є надзвичайно важливим елементом відносин у банківській практиці. Проблеми правової природи, складових змісту та визначення поняття банківської таємниці потребують ретельного дослідження.

Закріплений законом обов'язок банку щодо збереження таємниці, на думку багатьох науковців заслуговує на особливу увагу. Проблемам банківської таємниці у своїх працях приділяли М. Агарков, К. Гавальда, Ж. Стуфле, Ф. Гізатуллін, Р. Гроз'єан, Л. Єфімова, В. Кротюк, Є. Карманов, Ю. Носік, О. Олійник тощо³⁷⁶.

Усі без винятку кредитні інституції зобов'язані зберігати таємницю. Це означає, що вони не повинні допускати виходу назовні відомостей про своїх клієнтів. При цьому йдеться про

³⁷⁶ Див.: Агарков М.М. Основы банковского права. Учение о ценных бумагах. – М., 1994 – с.152-154; Гавальда К., Стуфле Ж. Там само. – с.101-106; Гизатуллин Ф. О режиме банковской тайны. // Хозяйство и право (Москва). 21.09.2004. – 009. – с. 74-84; Гроз'єан Рене Клаус Як працювати з банком. – К.: ОСНОВИ, 1998. – с.36 – 47; Єфімова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. Монография. – М.: НИМП, 2001. – с.287 – 291; Кротюк В.Л. Правові аспекти банківської таємниці / В кн. Банківське право України: Навч. посібник. Кол. авт.: Жуков А.М., Іоффе А.Ю., Кротюк В.Л., Пасічник В.В., Селіванов А.О. та ін./ За заг. Ред. А.О.Селіванова – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2000. – с.316 – 324; Карманов Є.В. Банківські договори. Договори в іноземній валюті: Навчальний посібник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів. – Х.: Право, 2004. – с.118 – 129; Носік Ю. Захист банківської таємниці при здійсненні правосуддя господарськими судами // Правове, нормативне та метрологічне забезпечення системи захисту інформації в Україні – К., 2002 р. – Вип. 4. – с.37 – 43; Олійник О.М. Основы банковского права: Курс лекций. – М.: Юристъ, 1997. – с.218-238.

інформацію будь-якого роду, але передусім кредитні інституції не мають права розголошувати відомості про ваш майновий стан і про економічний стан вашої фірми³⁷⁷. Інтереси клієнта та банку у випадку збереження банківської таємниці, як правило, співпадають.

Під банківською таємницею відомий цивіліст М. Агарков розумів обов'язок кредитної установи зберігати таємницю за операціями клієнтів³⁷⁸.

На перший погляд, таке визначення є дещо звуженим. Проте, якщо врахувати, що, як правило, дії вчинені банком за розпорядженням клієнта є банківськими операціями, то можна зробити висновок про абсолютність зобов'язання банку щодо збереження відомостей про такі операції.

Як зазначає В. Кротюк, банківська таємниця полягає в додержанні та збереженні інформації, яку банки та їх службовці одержують у процесі професійної діяльності стосовно економічної та особистої діяльності їх клієнтів. Банківська таємниця є різновидом професійної таємниці. Існування банківської таємниці та її необхідність пов'язані з тим, що здійснення банківських операцій і банківської діяльності в цілому, а також укладення конкретних банківських угод певною мірою являє собою одержання, переробку, збереження і використання інформації, яка, як правило, має високу економічну та іншу цінність³⁷⁹.

Такий підхід відомого науковця і практика до розуміння цієї категорії, насамперед, обумовлений економічною доцільністю та цілеспрямованістю відносин банк – клієнт. Розголошення певної економічної інформації стосовно клієнта, його рахунка та операцій, насамперед, тягне за собою певні матеріальні втрати чи завдає моральної шкоди клієнтові.

У банківському праві Німеччини *Bankgeheimnis* банківська таємниця розглядається як зобов'язання банку зберігати мовчання про факти та їх оцінку, які стосуються клієнтів від яких банк отримує такі відомості³⁸⁰. Мова йде про збереження довіреної банку інформації. Тобто охороні підлягають будь-які відомості, що отримані банком від клієнта.

³⁷⁷ Див.: *Гроз'сан Р.* Там само. – с.36.

³⁷⁸ Див.: *Агарков М.М.* Там само. – с.152.

³⁷⁹ *Кротюк В.Л.* Там само. – с.318.

³⁸⁰ *Kohls R.* *Bankrecht.* – München.,1994. – S.18.

О. Олійник стверджує, що російське законодавство вслід за світовою практикою перейшло до широкого визначення банківської таємниці, що охоплює будь-які відомості про клієнтів і кореспондентів, які отриманні банком у процесі банківської діяльності. Саме банківська діяльність, що здійснюється професійно, є критерієм для визначення характеру відомостей, які складають банківську таємницю³⁸¹. Розгляд банківської таємниці в контексті здійснення професійної діяльності, як специфічного виду підприємницької діяльності, надає можливість відмежовувати зазначену таємницю від комерційної таємниці, хоча як ми бачимо остання поглинається банківською таємницею.

На думку Є. Карманова, "банківська таємниця являє собою врегулюванні нормами права комплексні відносини, внаслідок яких банк зобов'язується зберігати в таємниці конфіденційну інформацію щодо діяльності та фінансового стану клієнта банку, що стала відома банку у зв'язку з взаємовідносинами з клієнтом при здійсненні банківських операцій, а клієнт у разі розголошення банком відомостей, що становлять банківську таємницю, має право зажадати від банку повного відшкодування заподіяної матеріальної та моральної шкоди"³⁸².

Слід зазначити, що банківська таємниця не є відносинами, але вона може розглядатися як об'єкт відповідних правовідносин. При цьому, відносин, як між банком і клієнтом, так і за участю відповідних державних органів, визначених законом.

Обґрунтовуючи необхідність прийняття в Україні Закону "Про банківську таємницю" В. Кравець зазначає, що банківська таємниця – це феномен, який забезпечує життєдіяльність банків, має характерні, лише йому притаманні властивості. По-перше, банківська таємниця – це конфіденційна інформація. По-друге, вона є особливою формою власності банківських установ, їхніх клієнтів та кореспондентів, і захищається законом. По-третє, це – товар, який має свою ціну³⁸³.

Поняття банківської таємниці слід розглядати через призму такої правової категорії як інформація. Разом з тим не можна

³⁸¹ Див.: Олейник О.М. Там само. – с.226.

³⁸² Карманов Є.В. Там само. – с.129.

³⁸³ Кравець В. Потрібен закон про банківську таємницю // Вісник Національного банку України. – 1999. – №1 (січень). – с.25.

отожднювати ці поняття. Інформація є елементом того правового режиму, який забезпечує збереження банківської таємниці.

Під інформацією, відповідно до закону про інформацію, розуміються документовані або публічно оголошені відомості про події та явища, що відбуваються у суспільстві, державі та навколишньому природному середовищі³⁸⁴.

Інформація, що є об'єктом банківської таємниці відноситься до інформації з обмеженим доступом, яка за своїм правовим режимом поділяється на конфіденційну і таємну.

Конфіденційна інформація – це відомості, які знаходяться у володінні, користуванні або розпорядженні окремих фізичних чи юридичних осіб і поширюються за їх бажанням відповідно до передбачених ними умов.

До таємної інформації належить інформація, що містить відомості, які становлять державну та іншу передбачену законом таємницю, розголошення якої завдає шкоди особі, суспільству і державі³⁸⁵.

Особливість конфіденційної інформації полягає в тому, що її власник самостійно визначає її обсяг та межі поширення. Лише окремо визначені законом певні відомості можуть бути визначені таємною інформацією. Так, відповідно до статті 1 Закону України "Про державну таємницю" від 21 січня 1994 р., одним з видів таємної інформації є державна таємниця. Оскільки правовий режим встановлюється законом, отримання інформації, яка містить банківську таємницю власника визначеним колом осіб можливе без дозволу, а також те, що розголошення такої інформації може завдати шкоди особі, інформацію, яка складає банківську таємницю слід віднести до виду *secretae informationis таємної інформації*.

У силу своєї специфіки, інформація, яка складає банківську таємницю, не може розглядатися як товар, оскільки зобов'язання банку полягають у збереженні банківської таємниці, а не здійсненні інформаційної діяльності.

Банківська таємниця це особливий самостійний інститут цивільного права, який хоча й наближений, проте відрізняється від такого інституту цивільного права як комерційна таємниця.

³⁸⁴ Див.: стаття 1 Закону України "Про інформацію".

³⁸⁵ Див. Там само. Стаття 30.

Комерційна таємниця суб'єкта та банківська таємниця як її різновид, пов'язаний з професійною діяльністю, складають цінність в силу її невідомості третім особам. Для таємниці пов'язаної з професійною діяльністю, другою особою є суб'єкт, якому інформація стала відома в силу його професійних обов'язків. Проте професійні обов'язки, якщо вони не відносяться до службових обов'язків, будуються на принципах цивільно-правових відносин між суб'єктами. Саме в силу таких відносин тайна, пов'язана з професійною діяльністю, може одночасно складати також тайну іншої особи³⁸⁶.

Комерційною таємницею є інформація, яка є секретною в тому розумінні, що вона в цілому чи в певній формі та сукупності її складових є невідомою та не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якого вона належить, у зв'язку з цим має комерційну цінність та була предметом адекватних існуючим обставинам заходів щодо збереження її секретності, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію³⁸⁷. Категорія комерційної таємниці відноситься до об'єктів права інтелектуальної власності.

Правила статті 1076 ЦК України передбачають обов'язок банківської установи щодо гарантування таємниці банківського рахунка, операцій за рахунком і відомостей про клієнта.

Змістом банківської таємниці є збереження та нерозповсюдження банками (їх службовцями) інформації щодо операцій, рахунків та вкладів своїх клієнтів і кореспондентів³⁸⁸.

Розкрити поняття банківської таємниці можна через три основні аспекти.

По-перше, банківська таємниця розглядається як правова категорія, що містить у собі вичерпний перелік відомостей, інформації, технічних засобів, що зазначається у законі про банки і банківську діяльність.

Відомості та інформація про банк, його керівників та окремих учасників не може розглядатися як банківська таємниця. Так, наприклад, для клієнтів банку є вільний доступ до інформації про перелік керівників банку та його відокремлених підрозділів, а також

³⁸⁶ Див.: Гизатуллин Ф. Там само.- с.74-75.

³⁸⁷ Стаття 505 Цивільного кодексу України.

³⁸⁸ Кротюк В.Л. Там само. – с.319.

фізичних та юридичних осіб, які мають істотну участь у банку, перелік банківських послуг та їх ціна тощо.

Банківською таємницею є інформація щодо діяльності та фінансового стану клієнта, яка стала відомою банку у процесі обслуговування клієнта та взаємовідносин з ним чи третім особам при наданні послуг банку і розголошення якої може завдати матеріальної чи моральної шкоди клієнтові.

Банківською таємницею, зокрема, є: відомості про стан рахунків клієнтів, у тому числі стан кореспондентських рахунків банків у Національному банку України; операції, які були проведені на користь чи за дорученням клієнта, здійснені ним угоди; фінансово-економічний стан клієнтів; системи охорони банку та клієнтів; інформація про організаційно-правову структуру юридичної особи – клієнта, її керівників, напрями діяльності; відомості стосовно комерційної діяльності клієнтів чи комерційної таємниці, будь-якого проекту, винаходів, зразків продукції та інша комерційна інформація; інформація щодо звітності по окремому банку, за винятком тієї, що підлягає опублікуванню; коди, що використовуються банками для захисту інформації.

Інформація про банки чи клієнтів, що збирається під час проведення банківського нагляду, також становить банківську таємницю. Не підпадає під поняття банківської таємниці узагальнена по банках інформація, яка підлягає опублікуванню. Перелік інформації, що підлягає обов'язковому опублікуванню, встановлюється Національним банком України та додатково самим банком на його розсуд³⁸⁹.

По-друге, банківська таємниця розглядається як один з основних елементів правового режиму, що передбачає визначення законом обмеженого кола осіб та встановлення процедури збереження, використання та захисту відомостей, інформації та спеціальних технічних засобів.

Збереження банківської таємниці банківська установа зобов'язана забезпечити шляхом: обмеження кола осіб, що мають доступ до інформації, яка становить банківську таємницю; організації спеціального діловодства з документами, що містять банківську таємницю; застосування технічних засобів для запобігання

³⁸⁹ Див.: стаття 60 Закону України "Про банки і банківську діяльність".

несанкціонованому доступу до електронних та інших носіїв інформації; застосування застережень щодо збереження банківської таємниці та відповідальності за її розголошення у договорах і угодах між банком і клієнтом.

Службовці банку при вступі на посаду підписують зобов'язання щодо збереження банківської таємниці. Керівники та службовці банків зобов'язані не розголошувати та не використовувати з вигодою для себе чи для третіх осіб конфіденційну інформацію, яка стала відома їм при виконанні своїх службових обов'язків.

Порушення норм щодо збереження банківської таємниці тягне за собою поряд з цивільною також адміністративну та кримінальну відповідальність. У разі розголошення інформації, що становить банківську таємницю, до банківської установи може бути застосована відповідальність у формі відшкодування завданих збитків. Клієнт вправі вимагати від банку відшкодування також моральної шкоди у порядку, передбаченому статтею 1167 ЦК України.

Приватні особи та організації, які при виконанні своїх функцій або наданні послуг банку безпосередньо чи опосередковано отримали конфіденційну інформацію, зобов'язані не розголошувати цю інформацію і не використовувати її на свою користь чи на користь третіх осіб³⁹⁰.

Відомості про операції та рахунки можуть бути надані тільки самим клієнтам або їхнім представникам. Іншим особам, у тому числі органам державної влади, їхнім посадовим і службовим особам, такі відомості можуть бути надані виключно у випадках та в порядку, встановлених законом про банки і банківську діяльність.

Інформація щодо юридичних та фізичних осіб, яка містить банківську таємницю, розкривається банками: на письмовий запит або з письмового дозволу власника такої інформації; на письмову вимогу суду або за рішенням суду; органам прокуратури України, Служби безпеки України, Міністерства внутрішніх справ України, Антимонопольного комітету України – на їх письмову вимогу стосовно операцій за рахунками конкретної юридичної особи або фізичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності за конкретний проміжок часу; органам Державної податкової служби України на їх письмову вимогу з питань оподаткування або валютного контролю стосовно операцій за

³⁹⁰ Див. Там само. Стаття 61.

рахунками конкретної юридичної особи або фізичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності за конкретний проміжок часу; спеціально уповноваженому органу виконавчої влади з питань фінансового моніторингу на його письмову вимогу щодо здійснення фінансових операцій, які підлягають фінансовому моніторингу згідно з законодавством про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом; органам державної виконавчої служби на їх письмову вимогу з питань виконання рішень судів стосовно стану рахунків конкретної юридичної особи або фізичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності³⁹¹.

Специфіка цього інституту зумовила необхідність на законодавчому рівні закріпити вимоги, що ставляться до запитів, які направляють до банків державні органи для отримання інформації, яка містить банківську таємницю.

Документ, що містить вимогу відповідного державного органу на отримання інформації, яка містить банківську таємницю, повинен: бути викладений на бланку державного органу встановленої форми; бути наданий за підписом керівника державного органу (чи його заступника), скріпленого гербовою печаткою; містити передбачені законом про банки і банківську діяльність підстави для отримання цієї інформації; містити посилання на норми закону, відповідно до яких державний орган має право на отримання такої інформації.

Довідки за рахунками (вкладами) у разі смерті їх власників надаються банком особам, зазначеним власником рахунку (вкладу) в заповідальному розпорядженні банку, державним нотаріальним конторам або приватним нотаріусам, іноземним консульським установам у справах спадщини за рахунками (вкладами) померлих власників рахунків (вкладів).

Банку забороняється надавати інформацію про клієнтів іншого банку, навіть якщо їх імена зазначені у документах, угодах та операціях клієнта.

Банк має право надавати загальну інформацію, що становить банківську таємницю, іншим банкам в обсягах, необхідних при наданні кредитів, банківських гарантій.

Обмеження щодо отримання інформації, яка містить банківську таємницю, не поширюються на службовців Національного банку

³⁹¹ Див. Там само. Стаття 62.

України або уповноважених ними осіб, які в межах повноважень, наданих Законом України "Про Національний банк України", здійснюють функції банківського нагляду або валютного контролю.

Національний банк України має право відповідно до міжнародного договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, або за принципом взаємності надати інформацію про банк органу банківського нагляду іншої країни, якщо: це не порушує державні інтереси та банківську таємницю; є гарантії того, що отримана інформація буде використана виключно з метою банківського нагляду; є гарантія того, що отримана інформація не буде передана за межі органу банківського нагляду.

Норми статті 62 Закону України "Про банки і банківську діяльність" не поширюються на випадки повідомлення банками відповідно до законодавства про операції, що мають сумнівний характер, та на інші передбачені законом випадки повідомлень про банківські операції спеціальним підрозділом по боротьбі з організованою злочинністю.

Не належить до банківської таємниці узагальнена по банках інформація, яка підлягає опублікуванню. Перелік інформації, що підлягає обов'язковому опублікуванню, встановлюється Національним банком України та додатково самим банком на його розсуд³⁹².

По-третє, правова природа дотримання банківської таємниці лежить у площині системи правових засобів, що встановлюються законом для належної захисту прав клієнтів. Реалізація відповідних прав клієнтів здійснюється шляхом встановленого законом зобов'язання банку гарантувати таємницю банківського рахунка, операцій за рахунком і відомостей про клієнта.

Виконання зобов'язання банком щодо збереження банківської таємниці здійснюється на підставі імперативних та відсильних норм статті 1076 ЦК України. Такий підхід законодавця забезпечує захист прав та інтересів клієнтів незалежно від того чи була прямо передбачена умова щодо збереження банківської таємниці у договорі банківського рахунку. Шляхом вчинення певних дій або утримання від них здійснюється волевиявлення банку, яке спрямоване на виконання зобов'язання зі збереження відомостей,

³⁹² Див. Там само. Стаття 62.

інформації та спеціальних технічних засобів, зокрема, кодів, ключів, шифрів, що використовуються банками для захисту інформації.

Таким чином, можна запропонувати наступне визначення банківської таємниці.

Банківська таємниця – це встановлена законом та гарантована банком система правових та спеціальних технічних засобів, що забезпечують правовий режим обмеженого доступу до інформації про банківській рахунок, операції за рахунком і відомості про клієнта.

3.2. Договір банківського вкладу

Важливе значення для формування активів банку, розвитку його підприємницької діяльності та відповідно досягнення певного економічного результату мають депозитні відносини між банком та вкладником. Регулювання зазначених правовідносин здійснюється шляхом укладення договору банківського вкладу (депозиту).

У договорі банківського вкладу (депозиту) однією стороною є виключно банківська установа, другою стороною (вкладником) – може бути як фізична, так і юридична особа.

Вкладник, бажаючи відкрити депозитний рахунок у банку, як правило, переслідує дві цілі: по-перше, зберегти свої заощадження, по-друге, по можливості примножити їх. Саме друга ціль, отримання певних відсотків по вкладу, зумовлює виникнення ризику неповернення тієї суми грошових коштів, що була передана банку для зарахування її на депозитний рахунок. Незважаючи на це застереження, власник вільних грошових коштів час від часу реалізує своє право щодо отримання належної якості фінансових послуг з залучення вкладу. При цьому, як правило, депозитні відносини між банком та вкладником є економічно взаємовигідними.

Правову природу договору банківського вкладу в різні часи досить ретельно досліджували відомі науковці. Розглядаючи відповідні судження, можна зробити висновок, що позиції дослідників стосовно даної проблеми не завжди співпадали. Так, ряд авторів договір банківського вкладу визнають різновидом договору іррегулярного зберігання³⁹³. Інші дослідники вважають, що немає

³⁹³ Див.: *Guggenheim D. Les contrats de la pratique bancaire Suisse.* – Geneve, 1981. – р.76; *Полонский Э.Г., Плинер В.А.* О правовом регулировании расчетных и кредитных отношений. // Советское государство и право. – 1962. – №6. – с.75;

підстав не визнавати договір банківського вкладу різновидом договору позики³⁹⁴. Існує також думка, що договір банківського вкладу є змішаним договором³⁹⁵. Визначити договір банківського вкладу як самостійний договір (*sui generis*) пропонує значна група сучасних науковців³⁹⁶.

Коротко розглянемо зазначені наукові позиції та спробуємо запропонувати власну точку зору на правову природу договору банківського вкладу.

Намагання вкладника реалізувати мету щодо збереження власних коштів і стало підставою розгляду договору банківського вкладу з позиції договору зберігання. На початку історичного розвитку банківської справи, коли грошові кошти оберталися лише у готівковій формі, банк брав на себе зобов'язання за певну винагороду зберігати

Мозолин В.П. Право собственности в Российской Федерации в период перехода к рыночной экономике. – М., 1992. – с.100.

³⁹⁴ Див.: *Вильнянский С.И.* Кредитно-расчетные правоотношения: учебное пособие. – Харьков, Изд-во Харьковского ун-та; 1955. – с.16; *Ефимова Л.Г.* Банковские сделки: право и практика. Монография. – М.: НИМП, 2001. – с.276; *Ерпылева Н.Ю.* Международное банковское право. Учебное пособие. – М.: Форум-Инфра-М, 1988. – с.82; *Шершеневич Г.Ф.* Курс торгового права. Т.2. Изд-е 4-е. – СПб., 1908. – с.479; Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник для вузов / Отв. ред. Р.Л.Нарышкина. – М., 1984. – с.181; *Дмитриев-Мамонов В.А., Евзлин З.П.* Теория и практика коммерческого банка. – М.: Менатеп-Информ, 1992. – с.209; *Флейшиц Е.А.* Расчетные и кредитные правоотношения. – М., 1956. – с.84.

³⁹⁵ Див.: *Агарков М.М.* Основы банковского права. Учение о ценных бумагах. – М., 1994. – с.71; *Карманов Е.В.* Банківські договори. Договори в іноземній валюті: Навчальний посібник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів. – Х.: Право, 2004. – с.171.

³⁹⁶ Див.: *Иоффе О.С.* Избранные труды: В 4 т. Т. III. Обязательственное право. – СПб.: Издательство "Юридический центр Пресс", 2004. – с.647; *Куник Я.А.* Кредитные и расчетные отношения в торговле. – М., 1970. – с.204; *Новоселова Л.А.* Банковские сделки в Гражданском кодексе РФ 1996 г. // Правовое регулирование банковской деятельности. – М.: Юринфор, 1997. – с.134; *Олейник О.М.* Основы банковского права: Курс лекций. – М.: Юристь, 1997. – с.99; *Самцова А.И.* Соверское гражданское право. Т. 2. – М.: 1965. – с.271; *Суханов Е.А.* Обязательства с участием банков, предусмотренные второй частью Гражданского кодекса РФ 1996. // Правовое регулирование банковской деятельности. – М.: Юринфор, 1997. – с.76; *Шерстобитов А.Е.* Правовая природа договорных отношений, регулирующих деятельность кредитных организаций по привлечению денежных средств клиентов. / В кн. Банковское право Российской Федерации. Особенная часть. В 2 т.: Учебник / Отв. Ред. Г.А. Тосунян. – М.: Юристь, 2002. – Т.2. – с. 21; *Якушев В.С.* Соверское гражданское право. Т. 2. – М.: 1973. – с.279.

гроші (*pecunia obsignata*) без права їх використання. Така послуга надавалась на підставі договору поклажі (*depositum*). У римському праві термін депозит (*depositum*) означав зберігання або поклажу, передачу рухомої речі в тимчасове та безвідплатне зберігання, реальний контракт³⁹⁷. Але, якщо власник дозволяє поклажеотримувачу користуватися грошами, відносини переходять у позику, як тільки депонент скористується і тим самим заволодіє ними (*D 12,1,9,9*). Цю ситуацію інтерпретатори назвали (*depositum irregulare*)³⁹⁸.

Юридичну природу договору банківського вкладу ряд авторів розглядають через призму договору іррегулярної поклажі. У відповідь на це ще Г. Шершеневич зазначав, що саме поняття про *depositum irregulare* не має тепер того значення, яке воно мало у Римі... При тому сама економічна мета вкладу сприймається невірно: банк приймає вклади, щоб ними розпорядитися згідно свого плану. Ні про яку послугу на користь вкладника не може бути мови, оскільки банк розглядає вклади зі своєї комерційної точки зору. Строк не становить суттєвого моменту в договорі позики, і якщо банку вигідніші строкові вклади, то з цього ще не впливає, що банку, за його вміння комбінувати активні операції з пасивними, не були вигідні вклади безстрокові³⁹⁹.

В процесі дискусії про природу договору банківського вкладу, виникає певна колізія, що стосується співвідношення іррегулярної поклажі та позики. Якщо мова йде про повернення грошей зберігачем та позичальником ці дві договірні конструкції по своїй суті співпадають.

На думку М. Агаркова, іррегулярна поклажа являє собою договір, що займає проміжне положення між позикою та поклажею (регулярною). Аналізуючи правову природу договору вкладу, судження професора зводилось до того, що строковий вклад слід

³⁹⁷ Бартошек М. Римское право: (Понятия, термины, определения): Пер. с чешск. – М.: Юрид. Лит., 1989. – с.106.

³⁹⁸ Дождев Д.В. Римское частное право. Учебник для вузов. Под редакцией члена-корр. РАН, профессора В.С. Нерсисянца. – М.: Издательская группа ИНФРА – М НОРМА, 1996. – с.504.

³⁹⁹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. II: Товар. Торговые сделки. – М.: "Статут", 2003. – с.419.

віднести до договору позики, а вклад на вимогу – до іррегулярної поклажі⁴⁰⁰.

Незважаючи на те, що в сучасних умовах договір банківського вкладу віднайшов своє місце в системі цивільних правочинів як самостійний інститут, відкидати функціональні особливості банку щодо зберігання грошей на рахунку вкладника не можна. Хоча, якщо звернутися до визначення цього договору, то ми не знайдемо цієї функції.

За договором банківського вкладу (депозиту) одна сторона (банк), що прийняла від другої сторони (вкладника) або для неї грошову суму (вклад), що надійшла, зобов'язується виплачувати вкладникові таку суму та проценти на неї або дохід в іншій формі на умовах та в порядку, встановлених договором⁴⁰¹. Водночас, Законом України "Про банки і банківську діяльність", поняття вкладу (депозиту) визначається як кошти в готівковій або в безготівковій формі, у валюті України чи в іноземній валюті, які розміщені клієнтами на їх іменних рахунках у банку на договірних засадах на визначений строк зберігання або без зазначення такого строку і підлягають виплаті вкладникові відповідно до законодавства України та умов договору⁴⁰².

З огляду на останнє визначення, договір банківського вкладу мав би містити умову щодо зобов'язання зберігати належним чином грошові кошти та обов'язок повернути їх вкладнику у схоронності. Підставою закріплення такої істотної умови була б відповідна мета, якої сторони досягали б при домовленості, а саме, з однієї сторони – споживання послуги зі збереження коштів, а з другої – отримання винагороди за надану послугу. Проте цілі сторін у відносинах щодо банківського вкладу, насправді є дещо складнішими і безумовно носять взаємовигідний економічний характер.

Банк ставить за мету залучити кошти вкладника з тим, щоб на власний ризик, від власного ім'я розмістити їх, отримати прибуток та виплатити вкладникові таку ж саму суму отриманих від нього коштів та сплатити на цю суму проценти.

Водночас у банку виникає зобов'язання щодо повернення вкладнику такої ж самої суми грошей та нарахованих на цю суму

⁴⁰⁰ Агарков М.М. Основы банковского права. Учение о ценных бумагах. – М., 1994. – с.71.

⁴⁰¹ Стаття 1058 Цивільного кодексу України.

⁴⁰² Стаття 2 Закону України "Про банки і банківську діяльність".

процентів або доходу в іншій формі на умовах та в порядку, встановлених договором. Договір банківського вкладу є *одностороннім* зобов'язанням, з моменту його укладення банк має обов'язок повернути суму вкладу та нараховані проценти, а вкладник набуває права вимагати виконання зазначених дій. Зобов'язання банку, щодо нарахування і виплати процентів або доходу в іншій формі характеризує даний договір як *відплатний*.

Складність депозитних відносин полягає в тому, що кошти, які обертаються при здійсненні відповідних операцій є активом банку, якого він набув з моменту їх зарахування на депозитний рахунок вкладника і саме з цього моменту у вкладника виникає право вимоги до банку. Це право може бути реалізовано вкладником незалежно від того, використовувалися ці кошти у відповідних операціях чи ні.

При наданні клієнту банківських послуг щодо зберігання застосовуються норми статей 969 – 971 ЦК України. При цьому, норма статті 971 ЦК України є відсильною і передбачає, що до договору про надання особі банківського сейфа без відповідальності банку за вміст сейфа застосовуються положення цього Кодексу про майновий найм (оренду).

Хоча на практиці досить часто використовується словосполучення "кошти, що зберігаються на депозитному рахунку", його застосування з юридичної точки зору є не доцільним. За договором банківського вкладу банк не бере на себе зобов'язання зберігати гроші у схоронності, тобто не допустити зменшення їх кількості, втрати властивостей, псування, заміни купюр тощо, а вкладник не зобов'язаний сплачувати банку винагороду. Багатoeлементний склад депозитних операцій в сучасних умовах надання банківських послуг не вміщується в конструкцію договору зберігання.

Отримуючи від вкладника відповідну суму грошей, банк не зобов'язується тримати її напоготові для оплати зобов'язань вкладника, як, наприклад, у договорі банківського рахунку. Він залучає чужі кошти, аби надати їх у кредит від свого власного імені. Коштами вкладу банк володіє, користується і розпоряджається на свій розсуд. Отже, кошти вкладу передаються банку у власність, а запис на депозитному рахунку відображає лише розмір грошового боргу банку. Враховуючи, що сума вкладу переходить у власність банку, немає підстав для використання

конструкції договору зберігання (як регулярного, так й іррегулярного). За договором банківського внеску банк бере на себе обов'язок повернути вкладнику ту ж суму, а не тіж грошові знаки. Цим договір вкладу також відрізняється від договору регулярного зберігання, за яким зберігач зобов'язується повернути ті ж грошові знаки, які були отримані⁴⁰³.

Досліджуючи правову природу договору банківського вкладу, Л. Єфімова вказує на той факт, що договір зберігання може бути як відплатним, так і безвідплатним, причому у відплатних договорах стороною, яка надає послугу, є зберігач. Тому саме він отримує плату від покладавця. Таким чином, конструкція договору зберігання не здатна пояснити, чому саме банк платить вкладнику відсотки, а не навпаки. На поставлене запитання дозволяє відповісти лише конструкція договору позики: банк платить тому, що він позичив необхідну йому суму у вкладника⁴⁰⁴.

Спроба наблизити договір банківського вкладу до договору позики була здійснена через передавання вкладником права власності на гроші банку.

Так, Г. Шершеневич писав: "Чудово, що юристи, при визначенні юридичної природи вкладів, всю свою увагу спрямовують на економічну мету і абсолютно ігнорують ту юридично суттєву схожість між позикою і вкладом, яка полягає в тому, що в обох випадках боржник набуває право власності на передані йому заміні речі і що в обох випадках обов'язок боржника зводиться до повернення еквівалента"⁴⁰⁵. Договір вкладу, зазначає К. Флейшиц, зберігає дві риси договору позики: 1) сума "позики" надходить у розпорядження "позичальника" та 2) позичальник зобов'язаний повернути суму "позики" на законну вимогу "позикодавця"⁴⁰⁶.

Метою договору позики є передача у власність грошей або інших речей, визначених родовими ознаками, з зобов'язанням повернення. Здається, що мета договору банківського вкладу співпадає з метою

⁴⁰³ Новоселова Л.А. Банковские сделки в Гражданском кодексе РФ 1996 года / Правовое регулирование банковской деятельности. – М.: Юринфор, 1997. – с.134.

⁴⁰⁴ Єфімова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. Монография. – М.: НИМІ, 2001. – с.264-265.

⁴⁰⁵ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. II: Товар. Торговые сделки. – М.: "Статут", 2003. – с.418-419.

⁴⁰⁶ Флейшиц Е.А. Расчетные и кредитные правоотношения. – М., 1956. – с.84.

договору позики. Незалежно від форми, в якій гроші надійшли до банку (готівкові, безготівкові), вони переходять у власність банку⁴⁰⁷.

З точки зору О. Олійник, право власності на передані вкладником банку кошти залишається за вкладником, а при укладанні договору позики право власності на позичені речі переходить до позичальника⁴⁰⁸.

Цієї ж думки дотримується Я. Кунік, який стверджує, що за договором позики речі переходять у власність позичальника, чого немає при внесенні вкладу, тобто характерною особливістю договору позики є перехід речей у власність позичальника. Оскільки вклади до банку вносяться у безготівковому порядку, то при цьому немає у наявності матеріальних речей, у даному випадку – грошей, які могли б перейти у власність банка⁴⁰⁹.

З останнім твердженням сьогодні не можна погодитись, оскільки, як відомо, вклад може бути внесений у касу банка готівкою.

Аналізуючи правовий режим договору банківського вкладу та договору позики, Л. Єфімова робить висновок, що ці два договори або співпадають цілomu, або режим договору банківського вкладу є окремим випадком договору позики. Хоча при цьому вона виявляє наступні відмінності правового режиму договору банківського вкладу від договору позики, які поділяє на дві категорії.

1. Правовий режим договору позики містить більш диспозитивних норм, і, відповідно, більш запитань переноситься на розсуд сторін. Правовий режим договору банківського вкладу містить імперативні норми, які стосуються: спеціального суб'єктного складу, порядку повернення вкладу вкладнику, розміну та порядку підрахунку відсотків, забезпечення повернення вкладу. Вказані імперативні норми, залишаючись приватноправовими, є результатом проникнення публічноправових засад у договір позики між банком і вкладником. Вони мають на меті захист найбільш слабкої в економічному відношенні сторони правовідносин – клієнта банку.

2. Правило повернення вкладів на вимогу, яке відрізняється від правила повернення суми позики, термін повернення якого визначений моментом витребування, пояснюється особливостями

⁴⁰⁷ *Ефімова Л.Г.* Там само. – С. 271-272.

⁴⁰⁸ *Олейник О.М.* Основы банковского права: Курс лекций (Institutiones). М.: Юрист, 1997. С.99.

⁴⁰⁹ *Кунік Я.А.* Кредитные и расчетные отношения в торговле. М., 1970. С.204.

позичальних правовідносин, які історично склалися між банками і вкладниками щодо вкладів вказаного виду. Вказана відмінність не має основного значення і не відноситься до числа необхідних умов договірному типу⁴¹⁰.

Слід зазначити, що однією з відмінностей договору банківського вкладу від договору позики є публічність. Договір банківського вкладу, в якому вкладником є фізична особа, є публічним договором (ст. 633 ЦК). Банк не має права відмовитися від укладення договору банківського вкладу з громадянином за наявності у нього можливостей надання фінансових послуг. Можливості банку обумовлені наявністю банківської ліцензії; технічного оснащення для прийняття вкладів; економічними нормативами, що встановлюються Національним банком України відповідно до вимог чинного законодавства України; відсутністю інших причин, що позбавляють банк прийняти вклад. Банк не має права надавати перевагу одному вкладнику перед іншим щодо укладення договору, якщо інше не встановлено законом. Умови договору банківського вкладу встановлюються однаковими для всіх вкладників, крім тих, кому за законом надані відповідні пільги. Проте слід зазначити, що це правило діє лише для вкладів, що приймаються на одних і тих самих умовах. Банк має можливість змінювати свої процентні ставки в залежності від строку дії договорів, суми вкладів, видів вкладів, умов повернення вкладу та інших умов. У разі необгрунтованої відмови банку від прийняття вкладу громадянин має право звернутися до суду з позовом про відшкодування збитків завданих такою відмовою. Умови договору банківського вкладу, які відрізняються від загальноновизначених банком умов по прийняттю вкладів громадян, є нікчемними.

При здійсненні порівняльного аналізу договору банківського рахунку та договору банківського вкладу, С. Сарбаш зазначає, що і за одним, і за іншим договором клієнту банку відкривається відповідний рахунок. Договір банківського рахунку є (а згідно іншої думки, у визначених випадках може бути) відплатним так само, як і вкладу, і той і інший договір передбачають повернення коштів банком по закінченні договору. Оскільки заборона на перерахування коштів, що знаходяться

⁴¹⁰ Ефимова Л.Г. Там само. – с.274-275.

у вкладах, спрямована лише юридичним особам, можна говорити про те, що сторони як договору банківського рахунку, так і договору банківського вкладу вправі здійснювати розрахунки за допомогою переказу коштів, що знаходяться у вкладах. Відмежування цих двох правовідносин слід шукати в самій сутності конструкцій даних договорів. Депозитний вклад представляє собою по суті різновид позики, де позикодавцем є вкладник, а позичальником – банк⁴¹¹.

З точки зору Є. Карманова договір банківського вкладу (депозиту) в іноземній валюті слід розглядати як договір змішаного типу, який поєднує елементи: 1) договору позики в іноземній валюті, 2) договору банківського кредиту в іноземній валюті та 3) договору банківського вкладного (депозитного) рахунку в іноземній валюті⁴¹².

Як правило, змішана договірна конструкція використовується сторонами у тих випадках, коли враховуючи принцип свободи договору, суб'єкти цивільних відносин застосовують елементи інших договорів. Говорячи про договір банківського вкладу ми повинні пам'ятати, що він сам по собі, як самостійний договір, концентрує достатній обсяг умов, які визначають права та обов'язки сторін. Лише за умови застосування сторонами у цьому договорі елементів інших договорів, можна говорити, що в окремих випадках така конструкція розглядається як змішаний договір.

Незважаючи на те, що юридично вкладна операція є договором позики, яка з'єднана з деякими елементами зберігання, О. Іоффе, договір грошового вкладу розглядає як самостійний договір. Породжуючи позикове та в той же час самостійне зобов'язання, вклад підпорядковується не загальним правилам ЦК України про позику, а безпосередньо юридичним нормам, що відносяться до спеціальних⁴¹³.

З вищезгаданими позиціями можна погодитися лише частково. Насамперед зазначимо, що чинним законодавством не передбачено передавання грошей у власність банку за договором банківського вкладу.

⁴¹¹ Сарбаш С.В. Договор банковского счета: проблемы доктрины и судебной практики. – М.: "Статут", 1999. – с. 21-22.

⁴¹² Карманов Е.В. Банківські договори. Договори в іноземній валюті: Навчальний посібник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів. – Х.: Право, 2004. – с.171.

⁴¹³ Иоффе О.С. Избранные труды: В 4 т. Т. III. Обязательственное право. – СПб.: Издательство "Юридический центр Пресс", 2004. – с.647.

Як зазначає Я. Шевченко, право власності перестає бути самоціллю, воно все більше набуває рис засобу, який використовується людиною для організації своєї самореалізації⁴¹⁴.

Проблема статусу набувача грошових коштів лежить не лише у площині юридичної природи грошей, вона також пов'язана з надзвичайно складним правовим механізмом функціонування банку як суб'єкта підприємницької діяльності.

Наголошуючи на умовності використання терміна "перехід" права В. Рясенцев, висловлює думку, що передається (переходить) річ, а не право. Права та обов'язки – категорія ідеологічна, рух як переміщення у просторі їм не властивий, і тому фізично переходити від однієї особи до іншої вони не можуть. "Перехід права власності" як спеціальне юридичне поняття в дійсності означає, що за наявності певних юридичних фактів (наприклад, при договорі купівлі-продажу) правові норми передбачають припинення права власності в однієї особи і причинно – пов'язане виникнення його в іншій, в тому чи іншому змісті⁴¹⁵.

Передача речі набуває особливого значення не лише в розумінні встановлення моменту виникнення власності, а й у розумінні самого способу її переходу, адже зв'язок моменту переходу права з процедурою передачі речі дозволяє вважати, що не щось інше, як сама ця передача, і є перехід власності⁴¹⁶.

Момент переходу права на гроші до банку за договором банківського вкладу пов'язується з різними юридичними діями, що вчиняють вкладник і банк: вручення вкладником грошової суми банку; прийняття відповідної грошової суми; облік сум вкладу на депозитному рахунку вкладника та кореспондентському рахунку банку. Договір банківського вкладу є *реальним* і вважається укладеним з моменту прийняття банком від вкладника або третьої особи на користь вкладника грошової суми (вкладу). Грошові кошти, що передані вкладником у готівковій формі приймаються в касі банку та обліковуються на іменному вкладному (депозитному)

⁴¹⁴ Шевченко Я.М. Право приватної власності в Україні: проблеми і перспективи // Українське комерційне право. – 2004 – № 5. – с.22.

⁴¹⁵ Советское гражданское право: Учебник / Отв. ред. проф. В.А. Рясенцев. – М., 1986. – Ч. 1. – с.283-284.

⁴¹⁶ Скловский К.И. Собственность в гражданском праве: Учебн.-практ. пособие. 2-е изд. – М.: Дело, 2000. – с.205.

рахунку. Банк набуває права власності на грошові кошти, тобто певні матеріальні об'єкти у вигляді купюр та монет відповідного номіналу. В подальшому, гроші, що отриманні банком від вкладника використовуються за будь-яким призначенням: як правило, виплачуються іншим клієнтам банку, відповідно до чинного законодавства в межах встановленого для кожного банку окремо, ліміту коштів, можуть зберігатися у касі (сховищі) банку або інкасуються та перевозяться до сховища відповідного територіального управління Національного банку України в якому відкритий кореспондентський рахунок банку. Права власності на грошові кошти у готівковій формі територіальне управління Національного банку України набуває з моменту їх прийняття. У свою чергу територіальне управління Національного банку України здійснює переказ еквівалента переданої грошової суми вже в безготівковій формі на кореспондентський рахунок банку.

Передання вкладником грошових коштів у безготівковій формі відбувається шляхом їх переказу з поточного рахунка на вкладний (депозитний). При цьому жодного руху грошових коштів не відбувається.

Незалежно від того в якій формі здійснено вклад, банк повинен здійснити облік цих коштів у балансі рахунків, в якому з однієї сторони відмічається пасив банку у вигляді певної суми грошового зобов'язання перед вкладником, а з іншої – актив у вигляді еквіваленту грошової суми вкладу, який обліковується на кореспондентському рахунку банку та може бути ним розміщений (наприклад, кредитування суб'єктів цивільного обігу) від власного ім'я. При внесенні коштів на депозитний рахунок вкладник отримує право вимоги до банку щодо виплати йому суми вкладу та процентів на неї або дохід в іншій формі на умовах та в порядку, встановлених договором. Проценти виплачуються лише грошима, проте окремо або разом з процентами може бути виплачено дохід у вигляді банківських металів, цінних паперів, майнових прав, результатів інтелектуальної діяльності, робіт, послуги тощо.

При врегулюванні відносин банку із вкладником застосовуються норми про договір банківського рахунка (глава 72 ЦК України). По депозитному рахунку не можуть проводитися розрахункові операції за поставлені товари, виконані роботи або надані послуги. Правила про розрахунки, що містяться в главі 72 ЦК України, не можуть

застосовуватися у правовідносинах за договором банківського вкладу, хоча по депозитному рахунку банк веде облік коштів, що прийняті від вкладника, нарахування процентів, зарахування з поточного рахунка та переказ коштів на поточний рахунок.

Разом з тим не все так просто щодо питання статусу банку у зв'язку з отримання ним грошей вкладника. При розгляді природи грошових коштів у безготівковій формі як об'єктів банківських правочинів, ряд авторів дотримуються тієї позиції, що такі грошові знаки не є об'єктом речового права, їх слід розглядати як зобов'язальне право вимоги⁴¹⁷.

Досліджуючи правову природу договору банківського вкладу, Є. Карманов зазначає, що з договору банківського вкладу (депозиту) в іноземній валюті виникає немов би ланцюг прав вимог: право вимоги клієнта до банку, право вимоги банку до клієнта – що створює фактично систему права вимог. І фінансовий ринок, заснований на банківських рахунках, на різноманітних вкладах (депозитах) характеризується вже як оборот прав вимог⁴¹⁸.

Коли ми говоримо, що банк набуває права власності на гроші, що передані йому вкладником, необхідно враховувати особливість відповідного об'єкта. Як є поширеним вислів, що кожна монета має дві сторони, так і природа грошей є двоякою: по-перше, гроші розглядаються як певний матеріальний предмет речового права, по-друге, притаманні грошам економічні функції, породжують зобов'язальні права при їх обігу. Тому не можна з впевненістю стверджувати, що банк стає власником грошей які передає йому вкладник. Підтвердженням тому є закріплене на законодавчому рівні поняття договору банківського вкладу, в якому відсутня норма щодо передання грошової суми (вкладу) у власність банку, як це передбачено, наприклад, у договорах позики, купівлі-продажу, дарування, міни, ренти тощо. Не має підстав говорити, що вкладник передає гроші у користування банку, така умова також відсутня у статті 1058 ЦК України.

⁴¹⁷ Див.: *Венедиктов А.В.* Государственная социалистическая собственность. – М.: Л., 1948. – с.478; *Рахмилович В.А.* О правовой природе безналичных расчетов, корреспондентских счетов банков и их прав на привлеченные средства // *Право и экономика.* – 1996. – №1,2. – с.119. *Суханов Е.А.* Комментарий к главам 42 – 45 ГК РФ // *Хозяйство и право.* – 1996. – №7. – с.17.

⁴¹⁸ *Карманов Е.В.* Договір банківського вкладу (депозиту) в іноземній валюті. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2001. – с.10.

За таких умов сторони договору банківського вкладу, застосовуючи принцип свободи договору, можуть ініціювати закріплення положення в договорі щодо передання у користування чи у власність відповідної грошової суми вкладу.

Однією з істотних умов договору банківського вкладу є зазначення сторонами виду вкладу. Повернення вкладу за домовленістю сторін можливе на першу вимогу (на практиці, як правило, застосовується термін вклад (депозит) до запитання) або на умовах повернення вкладу зі впливом встановленого договором строку (строковий вклад). Умовами договору щодо вкладу на вимогу передбачено, що вкладник має право на першу вимогу отримати грошову суму у повному розмірі або у її частину. За строковим вкладом повернення суми вкладу передбачається зі впливом строку, визначеного сторонами договору.

Договором може бути передбачено внесення грошової суми на інших умовах її повернення. Наприклад, за домовленістю сторін може передбачатися, що вклад повертається з настанням певних обставин.

Відповідно до частини 2 статті 1060 ЦК України незважаючи на вид вкладу, банк зобов'язаний видати суму вкладу у повному обсязі або його частину на першу вимогу вкладника. Стаття спрямована на захист економічних інтересів вкладників і закріплює право на односторонню зміну умов договору, що передбачено статтею 525 ЦК України. Це правило не стосується вкладів, внесених юридичними особами на інших умовах повернення, які встановлені договором.

Слід враховувати, що умова договору про відмову вкладника від права на одержання вкладу на першу вимогу є нікчемною, проте сторони у договорі можуть передбачити порядок видачі вкладу на першу вимогу. Особливо це актуально, якщо сума вкладу, що підлягає видачі є значною і банку для накопичення цієї суми потрібен певний час. Разом з тим на практиці виникає питання, в який термін банк зобов'язаний видати грошову суму вкладу на першу вимогу вкладника. При розгляді цього питання виникає певний сумнів щодо правильності застосування відповідної норми. Це зумовлено двозначністю тлумачення норми статті 1058 ЦК України, яка передбачає, що при врегулюванні відносин банку із вкладником застосовуються норми про договір банківського рахунка

(глава 72 ЦК України), якщо інше не встановлено цією главою (мається на увазі главою 71 ЦК України, до якої відносяться положення щодо позики, кредиту, банківського вкладу – І.Б.) ЦК України або не впливає із суті договору банківського вкладу, а також нормами статей 530 та 1049 ЦК України.

Об'єднуючи норми, що стосуються трьох різних інститутів в одну главу, законодавець виходив з того, що правовою природою кредитного договору та договору банківського вкладу є договір позики. З огляду на це, до відносин вкладу можуть бути застосовані норми, що регулюють відносини позики та кредиту. Таким чином, якщо мова йде про вклад на вимогу, то стосовно строку повернення такого вкладу, необхідно застосовувати спеціальну норму статті 1049 ЦК України, яка передбачає, що позика має бути повернена позичальником (в нашому випадку банком – І.Б.) протягом тридцяти днів від дня пред'явлення позикодавцем (вкладником) вимоги про це, якщо інше не встановлено договором. Правила про терміни виконання зобов'язання за умов дострокового повернення грошової суми по строковому вкладу главою 71 ЦК України не передбачені. У такому випадку слід застосовувати загальну норму частини 2 статті 530 ЦК України щодо зобов'язання, строк виконання якого визначений моментом пред'явлення вимоги. При цьому банк повинен виконати такий обов'язок у семиденний строк від дня пред'явлення вимоги, якщо обов'язок негайного виконання не впливає із договору або актів цивільного законодавства. Застосування таким чином відповідних норм ЦК України є дещо нелогічним. Для того щоб уникнути такої недоречності законодавець повинен врахувати самостійний характер договору банківського вкладу та виділити норми щодо цього договору в окрему главу, або щонайменше виключити з норми статті 1058 ЦК України словосполучення "якщо інше не встановлено цією главою".

Якщо відповідно до договору банківського вкладу вклад повертається вкладнику на його вимогу до спливу строку або до настання інших обставин, визначених договором, проценти за цим вкладом виплачуються у розмірі процентів закладами на вимогу, якщо договором не встановлений більш вищий процент. Це правило захищає економічні інтереси банку у випадку реалізації вкладником свого права на дострокове повернення вкладу. Зобов'язання банку по виплаті процентів змінюється в частині їх розміру. Якщо сторони

не домовилися про більш високий процент при достроковому поверненні суми вкладу в повному розмірі або у певній частині, банк нараховує проценти по вкладу на вимогу. При цьому банк нараховує проценти по вкладу на вимогу, враховуючи суму вже виплачених процентів за ставками строкового вкладу.

У договорі банківського вкладу сторони можуть передбачати умову щодо продовження строку вкладу, якщо вкладник не вимагає повернення суми строкового вкладу зі спливом строку, або повернення суми вкладу, внесеного на інших умовах повернення. Якщо така умова відсутня, договір вважається продовженим на умовах вкладу на вимогу.

Визначальним у класичній доктрині договірних відносин є особисте волевиявлення сторін щодо відповідного зобов'язання. Проте таке правило інколи порушується, зокрема, в тому випадку коли третя особа набуває певних цивільних прав, при цьому не проявляючи особистого на те волевиявлення.

За договором на користь третьої особи тільки після висловлення згоди такою особою набувається суб'єктивне право та є можливість приєднатися до договору. Право третьої особи є секундарне за своєю природою⁴¹⁹.

Будь-яка фізична або юридична особа може внести грошові кошти на рахунок, який відкритий раніше вкладником відповідно до договору банківського вкладу. Внесення грошових коштів на рахунок вкладника іншою особою не можливо, якщо у договорі банківського вкладу передбачена умова щодо заборони банком зарахування коштів на відповідний рахунок від третіх осіб. Якщо третя особа надасть всі необхідні відомості про рахунок за вкладом і тим самим підтвердить факт згоди вкладника на одержання коштів від третьої особи, банк зобов'язаний прийняти грошові кошти та зарахувати на рахунок вкладника. Розпорядження грошовими коштами, що внесені на рахунок відповідно до договору банківського вкладу, може здійснювати лише вкладник.

Кошти, зараховані на рахунок вкладника внаслідок помилки банку, особи, що вносить грошові кошти, або вкладника, який надав невірні відомості про рахунок, підлягають поверненню. Відповідно до частини 3 статті 388 ЦК України власник має право витребувати

⁴¹⁹ Див.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. – М.: Издательство Статут. 1998. – с.294 – 295.

від банківської установи помилково зараховані на рахунок вкладника грошові кошти.

Фізична або юридична особа може укласти договір банківського вкладу (зробити вклад) на користь третьої фізичної або юридичної особи. За своєю правовою природою цей правочин є договором на користь третьої особи (стаття 636 ЦК України). Внесення грошових коштів на користь третьої особи зумовлює необхідність відкриття рахунка за банківським вкладом. У випадку, коли вкладником є громадянин, істотною умовою даного договору є чітке визначення його прізвища, власного імені та по батькові (стаття 28 ЦК України). За умови використання псевдоніма (вигаданого ім'я) такий правочин визнається нікчемним.

Якщо вклад зроблено на користь установи, товариства або іншої організації істотною умовою є найменування юридичної особи (стаття 90 ЦК України). Договір банківського вкладу, в якому відсутнє ім'я або найменування особи, на користь якої відкритий депозитний рахунок вважається нікчемним правочином. Особа, що укладає такий договір, може у повному обсязі здійснювати відповідні права вкладника лише до моменту пред'явлення третьою особою до банку першої вимоги, що впливає з прав вкладника, або вираження нею іншим способом наміру скористатися такими правами. До моменту виявлення третьою особою волі щодо вкладу, особа, що уклала договір банківського вкладу, може, наприклад, отримати проценти на вклад, достроково розірвати або змінити договір за згодою банку. Особа, на ім'я якої укладено договір, може у будь-який момент звернутися (усно або письмово) до банку і виразити намір щодо набуття прав вкладника. Для набуття прав вкладника особі, на користь якої укладено договір, достатньо, наприклад, звернутися до установи банку з вимогою виплати процентів по вкладу, самого вкладу або його частини; внести грошові кошти на вклад; оформити заповідальне розпорядження на вклад; направити листа до установи банку із зазначенням свого ім'я і вимогою надати відомості про рахунок за банківським вкладом, тощо. З моменту виявлення третьою особою волі щодо вкладу, відбувається заміна особи у відповідному зобов'язанні і особа, що уклала договір банківського вкладу втрачає права вкладника.

Якщо особа, на користь якої зроблено вклад, відмовилася від нього (повідомила про це особу, яка уклала договір або установу

банку), особа, яка уклала договір банківського вкладу на користь третьої особи, має право вимагати повернення вкладу або переведення його на власне ім'я.

Однією з проблем, яка виникає при регулюванні відповідних відносин пов'язана з тим, чи має можливість фізична особа у віці до 14 років (малолітня особа) самостійно укладати з банком договір банківського вкладу. Нажаль стаття 31 ЦК України, що визначає межі часткової цивільної дієздатності прямо не передбачає норми яка б надавала відповідній особі право самостійно укладати такий договір, відкривати вкладний рахунок, розпоряджатися коштами на рахунку, як це було закріплено у відсилочній нормі статті 14 ЦК УРСР 1963 року. Відповідно до Статуту державних трудових ощадних кас СРСР неповнолітні в цьому віці мали право самостійно розпоряджатися особисто внесеними вкладками.

Спроба розв'язати це питання через розуміння оціночної категорії "дрібний побутовий правочин" була зроблена юридичним департаментом Національного банку України⁴²⁰. Разом з тим таке

⁴²⁰ Цивільний кодекс України прямо не врегульовує питання щодо можливості особам віком до 14 років укладати договори банківського вкладу (рахунка) та розпоряджатися внесеними ними вкладками, тобто на рівні Закону для таких випадків не визначено обсяги дієздатності малолітніх осіб щодо права на вчинення такого правочину. Зокрема, п. 1 частини 1 статті 31 Цивільного кодексу України лише зазначає, що фізичні особи, які не досягли чотирнадцяти років (малолітні особи), мають право самостійно вчиняти дрібні побутові правочини. Наступна стаття 32 Цивільного кодексу України визначає, що неповнолітні особи (14 – 18 років), крім правочинів, що передбачені частиною 1 статтею 31 Цивільного кодексу України, можуть укладати договори банківського вкладу (рахунка) та розпоряджатися вкладом, внесеним ними на своє ім'я (грошовими коштами на рахунку). Таким чином, Цивільний кодекс України дозволяє малолітнім особам вчиняти дрібні побутові правочини без зазначення видів та розмірів останніх. Тому для практичного вирішення питання щодо можливості малолітніми особами (до 14 років) укладати договори банківського вкладу (рахунка) та розпоряджатися внесеними ними вкладками видається цілком обґрунтованим враховувати правові наслідки недотримання положень статті 31 Цивільного кодексу України. Зокрема, у частині 1 статті 221 Цивільного кодексу України закріплено правило про те, що правочин, який вчинено малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності, може бути згодом схвалений її батьками (усиновлювачами) або одним з них, з ким вона проживає, або опікуном. Правочин вважається схваленим, якщо ці особи, дізнавшись про його вчинення, протягом одного місяця не заявили претензії другій стороні. З огляду на викладене правило, можна дійти висновку, що у разі коли банк отримує вклад, відкриває рахунок і малолітня особа вчиняє правочин щодо розпорядження своїм вкладом та протягом одного місяця відсутні претензії від

обґрунтування залишається дискусійним до того часу, поки це право не буде закріплено на законодавчому рівні у відповідній нормі.

Чинним цивільним законодавством встановлений особливий порядок щодо спадкування вкладів. Спадкування застосовується лише до таких цивільних прав та обов'язків, які вже існують і виникли на основі інших цивільно-правових інститутів⁴²¹. Зазначене О. Іоффе судження безумовно поширюється на правовий режим депозитних відносин.

Відповідно до норм статті 1228 ЦК України вкладник має право розпорядитися правом на вклад у банку на випадок своєї смерті, склавши заповіт або зробивши відповідне розпорядження банку. При

батьків (усиновлювачів) або піклувальників до банку, то такий правочин банк зі спливом зазначеного строку надалі буде визнаватися дійсним.

У іншому випадку, якщо протягом одного місяця заявлені претензії до другої сторони, тобто банку, то договір банківського вкладу (рахунка) має визнаватися нікчемним правочином (частина 2 статті 221 Цивільного кодексу України). До того ж, на вимогу заінтересованої особи (якою може бути банк) суд може визнати такий правочин дійсним, якщо буде встановлено, що він вчинений на користь малолітньої особи.

Стаття 31 Цивільного кодексу України визначає правочин дрібним побутовим, якщо він задовольняє побутові потреби особи, відповідає її фізичному, духовному чи соціальному розвитку та стосується предмета, який має невисоку вартість.

Оскільки визначення "дрібний побутовий право чин" має оціночний характер, не має установлених меж грошового виразу (вартості), а тому має для різних видів діяльності, речей і майнового стану учасників цивільних правовідносин, різні межі вартості, то банкам при укладанні договорів на банківське обслуговування деяких категорій фізичних осіб (малолітні, одружені тощо) для практичного застосування норми статті 31 Цивільного кодексу України слід звертати увагу на майновий стан майбутніх клієнтів. Зокрема, це може включати ідентифікацію майнового стану самими клієнтами, визначення характеру їх потреб із відображенням такої інформації у відповідних договорах. У разі судових спорів за позовами батьків, усиновлювачів, опікунів відповідно до Цивільного кодексу України або іншого з подружжя згідно частини 2 статті 65 Сімейного кодексу України про визнання певного договору банківського рахунка недійсним як такого, що вчинений без згоди (схвалення), вищезазначені положення договору свідчитимуть про побутовий характер такого договору та його невисоку вартість для даного клієнта виходячи з його майнового стану або доходу. Відповідно такий договір можна визнати дрібним побутовим. (Див.: Лист юридичного департаменту Національного банку України "Про деякі питання застосування Цивільного кодексу України в банківській діяльності" від 18.08.2004 р. №18-111/3249-8378. // Офіційний вісник нормативно-правових актів з митної справи, фінансів, податків та бухгалтерського обліку. 2004, 08, 35).

⁴²¹ *Іоффе О.С.* Советское гражданское право. Курс лекций. Ч. III. – Л.: – Изд-во Ленингр. ун-та, 1965. – с.277.

цьому, заповіт, складений після того, як було зроблене розпорядження банку (фінансовій установі), повністю або частково скасовує його, якщо у заповіті змінено особу, до якої має перейти право на вклад, або якщо заповіт стосується усього майна спадкодавця⁴²². Порядок складання та оформлення заповідального розпорядження встановлений п. 10.14 Інструкції про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземній валютах, затвердженої постановою Правління Національного банку України 12.11.2003 № 492⁴²³.

У випадку відсутності заповіту або заповідального розпорядження щодо права на вклад у банках на випадок смерті вкладника, відбувається спадкування за законом.

На відміну від ЦК УРСР 1963 року новий ЦК України містить норму, яка передбачає, що право на вклад входить до складу спадщини незалежно від способу розпорядження ним. З одного боку наявність такої норми спрямована на захист прав спадкоємців, а з іншої – у зв'язку зі здатністю грошових коштів до інфляційних процесів, вона певним чином може вплинути на розмір очікуваного спадкоємцем економічного результату від отримання вкладу.

Питання правової природи заповідального розпорядження в сучасних умовах не викликає особливих проблем. Як зазначає Є. Рябокони, незважаючи на те, що обов'язковою умовою розпорядження вкладом є наявність договірних відносин між вкладником та кредитною установою, таке розпорядження не може вважатися і частиною договору банківського вкладу. Заява вкладника ощадній касі або банку носить односторонній характер, що знаходить свій вираз у наданій йому можливості в будь-який час самостійно її скасувати або змінити. Це свідчить про незалежність права вкладника у відношенні розпорядження своїм майном від положень договору банківського вкладу⁴²⁴.

Отже, юридичну природу досліджуваного явища можна охарактеризувати як посмертне цивільне правонаступництво, а

⁴²² Див.: стаття 1228 Цивільного кодексу України.

⁴²³ Див.: п. 10.14 Інструкції про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземних валютах, затверджена Постановою Національного банку України від 12 листопада 2003 року № 492 // Офіційний вісник України. – 2003. – №51 (частина 1). – ст. 2707.

⁴²⁴ *Рябокони Є.О.* Спадкове правовідношення в цивільному праві. Монографія. – К.: Віпол. 2002. – с. 22.

розпорядження вкладника кредитній установі – як односторонню угоду про дарування на випадок смерті, укладену під відкладальною умовою⁴²⁵.

Умова щодо визначення процентних ставок за вкладом і зобов'язання банку виплатити вкладникові проценти на суму вкладу відноситься до істотних умов договору. Банк виплачує вкладникові проценти на суму вкладу в розмірі, встановленому договором банківського вкладу. Якщо договором не встановлений розмір процентів, банк зобов'язаний виплачувати проценти у розмірі облікової ставки Національного банку України. Облікова ставка Національного банку України – це один з інструментів, за допомогою якого Національний банк встановлює для суб'єктів грошово-кредитного ринку орієнтир щодо вартості залучених і розміщених грошових коштів. Облікова ставка є найнижчою серед процентних ставок Національного банку і є орієнтиром вартості грошових коштів. Облікова ставка Національного банку України виражена у процентах плата, що береться Національним банком України, за рефінансування комерційних банків шляхом купівлі векселів до настання строку платежу по них і утримується з номінальної суми векселя. Облікова ставка є найнижчою серед ставок рефінансування і є орієнтиром ціни на гроші⁴²⁶.

Правочин, яким передбачено, що банк не зобов'язаний платити вкладнику винагороду за користування грошовими коштами, має іншу правову природу, ніж договір банківського вкладу.

Якщо інше не встановлено договором банківського вкладу на вимогу, банк має право в односторонньому порядку змінити (збільшити або зменшити) розмір процентної ставки. Прийнявши рішення про підвищення процентної ставки, банк може не повідомляти про це вкладника. При цьому банк самостійно визначає порядок встановлення такого підвищення.

Реалізація рішення банку щодо зменшення розміру процентної ставки по договору банківського вкладу на вимогу можливе лише за певних умов. Насамперед, зменшення розміру процентів на вклади на вимогу стосується вкладів, внесених до повідомлення вкладників про зменшення процентів. Прийнявши рішення зменшити розмір процентної ставки по договору банківського вкладу на вимогу, банк

⁴²⁵ Рябокоть Є.О. Там само. – с. 24.

⁴²⁶ Див. Закон України "Про Національний банк України".

зобов'язаний у визначеному договором порядку повідомити про це вкладника. Якщо порядок повідомлення про зменшення розміру процентів на вклади на вимогу не передбачено договором, банк самостійно визначає спосіб повідомлення вкладника (вручення листа під розписку, направлення поштою рекомендованого листа та ін.). У договорі банківського вкладу на вимогу сторони можуть визначити момент, з якого запроваджується зменшений розмір процентної ставки. Якщо у договорі така умова відсутня, рішення банку щодо зменшення розміру процентної ставки за договором банківського вкладу на вимогу вступає у силу лише зі спливом місяця з моменту відповідного повідомлення.

Встановлений договором розмір процентів на строковий вклад або на вклад, внесений на інших умовах його повернення, за умови настання визначених договором обставин, незалежно від того, хто є вкладником – фізична чи юридична особа, не може бути односторонньо зменшений банком, якщо інше не встановлено законом. Відповідно до статті 1060 ЦК України вкладник має право на дострокове повернення частини вкладу, але проценти в такому випадку будуть виплачуватись у розмірі процентів закладами на вимогу і в подальшому банк має право зменшувати розмір процентної ставки на загальних підставах.

Проценти на банківський вклад нараховуються від дня, наступного за днем надходження вкладу у банк, до дня, який передує його поверненню вкладникові або списанню з рахунка вкладника з інших підстав. Іншими словами, у день надходження грошових коштів вкладника у банк за договором банківського вкладу і у день їх повернення вкладникові або списанню з рахунка вкладника з інших підстав проценти на банківський вклад не нараховуються.

Коли в договорі банківського вкладу сторони не передбачили порядок і строки виплати процентів на вклад, банк зобов'язаний на вимогу вкладника виплатити відповідну суму процентів зі спливом кожного кварталу окремо від суми вкладу, а невитребувані в цей строк проценти збільшують суму вкладу (капіталізація процентів на вклад), на яку нараховуються проценти.

У разі повернення вкладу виплачуються всі нараховані до цього моменту проценти. Якщо вклад повертається до закінчення відповідного строку виплати процентів, то сума процентів

нараховується, виходячи з фактичного строку користування коштами вкладника, і сплачуються одночасно з поверненням основної суми вкладу.

Для договору банківського вкладу обов'язковою є проста письмова форма. Якщо внесення вкладником грошової суми підтверджується видачею банком ощадної книжки або депозитного (ощадного) сертифіката чи іншого документа, що відповідає вимогам, встановленим законом, іншими нормативно-правовими актами у сфері банківської діяльності (банківськими правилами) та звичаями ділового обороту, то вимога про письмову форму договору банківського вкладу вважається додержаною. Порядок випуску, оформлення, розміщення і погашення ощадних (депозитних) сертифікатів регулюється Положенням про порядок здійснення банками України вкладних (депозитних) операцій з юридичними і фізичними особами, затвердженим постановою Правління Національного банку України від 03 грудня 2003 р. № 516. Відносини по залученню вільних грошових коштів клієнтів банку шляхом передачі їм, наприклад, векселів, облігацій, інших цінних паперів, не можуть бути оформлені як договір банківського вкладу, оскільки мають іншу юридичну природу.

У разі недодержання простої письмової форми договору банківського вкладу цей договір є нікчемним. Грошові кошти підлягають поверненню як набуті без достатніх правових підстав (стаття 1212 ЦК України). Вкладник має право вимагати відшкодування доходів (стаття 1214 ЦК України) та виплати процентів, нарахованих на суму вкладу (статті 536, 1061 ЦК України).

Документами, що підтверджують письмову форму договору, зокрема можуть бути виписки по рахунках, прибуткові та видаткові ордери тощо. Нормами ЦК України на підтвердження укладення договору банківського вкладу передбачено застосування таких юридичних документів як ощадна книжка та депозитний сертифікат.

Ощадна книжка оформлюється банком і видається вкладнику на підтвердження факту укладення договору банківського вкладу з фізичною особою і внесення грошових коштів на її рахунок за вкладом.

Основними даними, що вказуються в ощадній книжці, є найменування і місцезнаходження банку (його філії), ім'я вкладника, вид вкладу, номер рахунка за вкладом, а також усі грошові суми, зараховані на рахунок та списані з рахунка, а також залишок

грошових коштів на рахунку на момент пред'явлення ощадної книжки у банк. Крім того, в ощадній книжці містяться графи, в яких ставляться: дата відкриття рахунка, підпис уповноваженої особи, підписи оператора банківської установи та вкладника.

На підставі відомостей про вклад, що зазначаються в ощадній книжці, банківська установа здійснює виплату процентів по вкладу, всього вкладу або його частини, а також проводить зарахування грошових коштів на рахунок вкладника.

Здійснення таких повноважень вкладника як отримання банківського вкладу і процентів за ним, надання розпоряджень банку про перерахування грошових коштів з рахунка за вкладом іншим особам можливе лише у разі пред'явлення ощадної книжки у банківську устанovu. Реалізація інших прав вкладника не потребує обов'язкового пред'явлення ощадної книжки у банк. Якщо ощадну книжку втрачено або приведено у непридатний для пред'явлення стан, банк за заявою вкладника видає йому нову ощадну книжку. Як правило, банківська установа здійснює видачу нової ощадної книжки на підставі спеціально встановлених правил, які регулюють відповідні випадки.

Ощадний (депозитний) сертифікат визнається цінним папером, який підтверджує суму вкладу, внесеного у банк, і право вкладника (володільця сертифіката) на одержання зі спливом встановленого строку суми вкладу та процентів, встановлених сертифікатом, у банку, який його видав. Володільцями ощадного сертифіката можуть бути як фізичні, так і юридичні особи⁴²⁷. Ощадні сертифікати видаються строкові (під певний договірний процент на визначений строк) або на вимогу, іменні та на пред'явника. Передбачено, що іменні сертифікати обігу не підлягають, а їх продаж (відчуження) іншим особам є недійсним⁴²⁸.

Порядок випуску, оформлення, розміщення і погашення ощадних (депозитних) сертифікатів регулюється Положенням про порядок здійснення банками України вкладних (депозитних) операцій з юридичними і фізичними особами, затвердженим постановою Правління Національного банку України від 03 грудня 2003 р. № 516.

Сертифікати можуть бути номіновані як у національній, так і в іноземній валюті. Погашення сертифікатів, що номіновані в

⁴²⁷ Див.: стаття 3 Закону України "Про цінні папери і фондову біржу".

⁴²⁸ Див.: Стаття 18. Там само.

національній валюті, юридичним та фізичним особам здійснюється банками тільки в національній валюті. Погашення сертифікатів, що номіновані в іноземній валюті, юридичним та фізичним особам здійснюється банками за бажанням їх власників як в іноземній валюті, так і в національній валюті за курсом Національного банку України на дату їх погашення, зазначену в депозитному сертифікаті.

Строк обігу сертифіката встановлюється від дати видачі сертифіката до дати, коли власник сертифіката отримує право вимоги вкладу за сертифікатом.

Ощадні сертифікати повинні мати такі реквізити: найменування цінного паперу – "ощадний (депозитний) сертифікат"; найменування банку, що випустив сертифікат, та його місцезнаходження; порядковий номер сертифіката, дата випуску сертифіката; сума вкладу (депозиту), строк повернення вкладу (для строкового сертифіката); зобов'язання банку повернути суму, яка внесена на депозит; процентна ставка за користування депозитом; умови виплати процентів – у разі вимоги вкладника про повернення вкладу до обумовленого строку; найменування або ім'я володільця сертифіката (для іменного сертифіката); підпис керівника банку або іншої уповноваженої на це особи, печатку банку. Сертифікат має містити також умови випуску, сплати та обігу сертифіката. Банк, який випускає сертифікат, може долучити до його реквізитів та умов інші додаткові умови та реквізити, які не суперечать законодавчим актам України.

Виготовлення бланків сертифікатів здійснюється тільки на державних спеціалізованих підприємствах відповідно до вимог "Правил виготовлення бланків цінних паперів і документів суворого обліку", затверджених спільним наказом Міністерства фінансів України, Служби безпеки України і Міністерства внутрішніх справ України від 25.11.93 р. № 98. Бланк сертифіката заповнюється банком друкованим способом або від руки – чорнилом чи кульковою ручкою. Жодні виправлення при заповненні сертифіката не допускаються. Якщо при заповненні бланка сертифіката допущені помилки, він вважається зіпсованим і підлягає знищенню.

Видача і погашення сертифікатів здійснюється лише емітентом. До погашення приймаються тільки оригінали сертифікатів. Сертифікат, який виписаний на користь юридичної особи, отримує в комерційному банку керівник підприємства або уповноважена на

це особа; а сертифікат, який виписаний на користь фізичної особи, отримує особа, яка внесла кошти на депозит, або інша уповноважена на це особа. У разі настання строку вимоги депозиту банк здійснює платіж проти пред'явлення сертифіката на підставі заяви вкладника або особи, уповноваженої на здійснення цієї операції, в якій зазначається рахунок, на який мають бути зараховані кошти. Розрахунки за придбання сертифікатів та виплати сум за ними для юридичних осіб здійснюються тільки в безготівковій формі. Розрахунки за придбання сертифікатів та виплати сум за ними для фізичних осіб здійснюються як у готівковій, так і в безготівковій формі.

Умови випуску в обіг депозитних сертифікатів Національного банку України, проведення аукціонів з їх розміщення та порядок погашення регламентується Положенням про регулювання Національним банком України ліквідності банків України шляхом рефінансування, депозитних та інших операцій, затвердженим постановою Правління Національного банку України від 24 грудня 2003 р. № 584.

Володілець строкового сертифіката має право достроково пред'явити даний цінний папір у банк до оплати. У разі дострокового пред'явлення ощадного (депозитного) сертифіката до оплати банком виплачується сума вкладу та проценти, які виплачуються закладами на вимогу, якщо умовами сертифіката не встановлений інший розмір процентів. Якщо термін отримання вкладу за строковим сертифікатом прострочено, то такий сертифікат вважається вкладом на вимогу, за яким на банк покладається зобов'язання сплатити зазначену в ньому суму вкладу та процентів на дату вимоги, вказану в сертифікаті.

Хоча в ЦК України не досить чітко закріплено визначення поняття договору банківського вкладу, дозволимо собі зробити висновок, що у відповідному правочині гроші, в залежності від форми розрахунків, які здійснюються між банком і вкладником, можуть розглядатися як об'єкт речового права, а також – у вигляді абстрактного та безумовного права вимоги, зафіксованого шляхом обліку відповідних рахунків.

Підтвердження самостійного характеру договору банківського вкладу слід шукати в його економічній сутності, яка формується шляхом реалізації сторонами відповідних цілей та відображається в конструктивних особливостях елементів цього правочину.

Отже, виділимо головні ознаки, що характеризують договір банківського вкладу як самостійний договір:

1. Відплатність договору банківського вкладу та суть підприємницької діяльності банку, що здійснюється з метою отримання прибутку шляхом залучення вільних грошових коштів і подальшого їх розміщення, дає можливість сформувати ціль відповідного правочину як взаємне волевиявлення сторін на досягнення певного економічного результату;

2. У системі цивільних правочинів договір банківського вкладу виділений в окремій главі ЦК України і відповідно підпорядковується спеціальним нормам актів цивільного законодавства України. При регулюванні депозитних відносин також запроваджуються норми публічного права;

3. Поряд з диспозитивними нормами права щодо регулювання відносин між банком та вкладником положеннями ЦК України передбачено запровадження до регулювання цих відносин імперативних норм;

4. Предметом депозитних відносин можуть бути лише гроші, які розглядаються як об'єкт цивільних прав і відзначаються досить складним юридичним режимом цивільного обігу, що обумовлений речово-правовим та зобов'язальним характером;

5. Особливість суб'єктного складу цього договору полягає в тому, що споживачем відповідної фінансової послуги може бути будь-яка фізична чи юридична особа, проте послугонадавачем може виступати лише банк;

6. Для договору банківського вкладу за участю вкладника – фізичної особи застосовуються правила публічного договору;

7. Дотримання письмової форми є обов'язковою умовою чинності договору банківського вкладу;

8. Відносини щодо строкового вкладу за участю фізичної особи передбачають можливість дострокового отримання суми вкладу та сплати процентів;

9. При нарахуванні процентів за вкладом чинним законодавством передбачений спеціальний порядок;

10. Наявність правового режиму щодо порядку укладення договору банківського вкладу на користь третьої особи та зарахування на рахунок за банківським вкладом грошових коштів, які надійшли до банку на ім'я вкладника від іншої особи;

11. З метою мінімізації ризику неповернення вкладу, фізичній особі відповідно до закону гарантується виплата певної компенсаційної грошової суми, що є чинником, який впливає на формування умов договору щодо відповідальності;

12. Можливість застосування в депозитних відносинах юридичного документа (ощадної книжки), що підтверджує факт укладення договору банківського вкладу з фізичною особою і внесення грошових коштів на її рахунок за вкладом або цінного паперу (ощадного сертифікату), який підтверджує суму вкладу, внесеного у банк, і права вкладника (володільця сертифікату) на одержання зі спливом встановленого строку суми вкладу та процентів, встановлених сертифікатом, у банку, який його видав.

Конструкція договору банківського вкладу має свої індивідуальні риси, що дає можливість зробити висновок про його особливе місце та роль в загальній системі цивільних договорів і зокрема в системі банківських правочинів.

3.3. Розрахунки як особливі банківські правочини

Головною складовою платіжного обігу є готівковий та безготівковий обіг грошових коштів. Зміст більш як двох третіх банківських операцій складають розрахункові юридико-технічні дії банку, які під значним впливом сучасних технологій мають тенденцію до зростання та вдосконалення. Розрахунки будь-якими платіжними засобами передбаченими банківськими правилами, є правочинами, а відтак тягнуть встановлення, припинення або зміну цивільних прав і обов'язків.

Однією з новел ЦК України є інститут розрахунків, норми якого знайшли своє закріплення в Главі 74 (статті 1087 – 1106). Для порівняння, в ЦК УРСР 1963 року регулюванню розрахункових відносин присвячено лише статті 380 – 381, норми яких до того ж мали бланкетний характер. Це обумовило той факт, що розрахункові правовідносини регламентувалися на підставі норм банківського законодавства України.

Поява нового (перш за все за якістю та кількістю правових норм) цивільно-правового інституту розрахунків зумовлює необхідність звернути увагу науковців на ці правовідносини, виробити пропозиції щодо уніфікованого та ефективного застосування положень глави 74

ЦК України на практиці, а також вдосконалення цивільного законодавства України в даному напрямку.

Ознайомлення з спеціальною юридичною літературою дає можливість стверджувати, що вітчизняна цивілістична доктрина, на наш погляд, не виправдано обходить стороною теоретичне осмислення поняття, правову природу та інші правові аспекти розрахункових правовідносин, тим самим позбавляючи наукової основи останні.

Водночас, як свідчать результати ознайомлення з науковими працями авторів як С. Алексєєв, В. Белов, Л. Бричко, С. О. Васьковський, Вільнянський, Б. Волгін, І. Гуревич, Є. Коваленко, В. Кузьмін, Л. Єфімова, Л. Новосолова, Д. Полін, К. Флейшиц⁴²⁹, розрахункові правовідносини не є до кінця дослідженим цивільно-правовим інститутом.

Проведення розрахунків є суттєвим і обов'язковим елементом всіх відносин відплатного характеру, в результаті здійснення яких

⁴²⁹ Див.: Алексєєв С.С. Акцептная форма расчётов между социалистическими организациями по советскому гражданскому праву. – Автореферат ... дис. канд. юрид. наук. 12.00.03. – Свердловск, 1952; Белов В.А. Денежные обязательства. – М.: АО "Центр ЮрИнфоР", 2001; Бричко Л.В. Законодательство о расчётах в народном хозяйстве. – М., 1977; Васьковский О.В. Правове регулювання відносин за договором на розрахунково-касове обслуговування. Автореферат ... дис. канд. юрид. наук. 12.00.03. – Львів, 2004; Вильнянский С.И. Кредитно – расчётные отношения. – Х., 1955; Волгин Б.А. Гражданско-правовые проблемы регулирования расчётных отношений в народном хозяйстве. Автореферат ... дис.канд.юрид.наук. 12.00.03. – Саратов, 1982; Гуревич И.С. Правовые проблемы расчётных и кредитных отношений. – Л., 1972; Гуревич И.С. Очерки советского банковского права. – Л., 1959; Коваленко Е.Ю. Правовое обеспечение расчётных отношений в предпринимательской сфере. Автореферат ... дис. канд. юрид. наук. 12.00.03. – Алматы, 2002; Кузьмин В.Ф. Кредитные и расчётные правоотношения в промышленности. – М., 1975; Кузьмин В.Ф. Расчётные правоотношения в новых условиях хозяйствования. Автореферат ... дис. канд. юрид. наук. – М., 1971; Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. Монографія. – М.: НИМП, 2001; Новосёлова Л.А. Проблемы гражданско-правового регулирования расчётных отношений. – Автореферат... дис. докт. юрид. наук. 12.00.03. – М., 1997; Новоселова Л.А. Денежные расчеты в предпринимательской деятельности. – М.: Учебно-консультационный центр „ЮрИнфоР“, 1996; Полин Д.В. Правовое регулирование расчетов по аккредитиву в торговом обороте. – Автореферат ... канд. юрид. наук. 12.00.03 – М., 2002; Флейшиц Е.А. Расчетные и кредитные правоотношения. М., 1956 та інші.

кредитор отримує грошовий еквівалент наданої ним цінності або заподіяної шкоди⁴³⁰.

Такий підхід до розуміння проведення розрахунків охоплює досить широкий спектр можливих у цивільному обороті відносин, що виникають на підставі правочинів, спрямованих на погашення грошового зобов'язання.

Певний обсяг розрахунків здійснюється без участі банку, проте більшість платежів за обсягом грошової маси відбувається шляхом безготівкових розрахунків. У сукупності операції банків з розрахунково-касового обслуговування клієнтів формують стійкий рух безготівкових платежів від покупця до постачальника, від платників податків – у бюджет, пенсійні фонди тощо.

Грошова маса в економічній науці розглядається як результат взаємодії двох потоків. Один потік – випуск грошей, що означають розподіл платіжних коштів через банки серед економічних агентів потребуючих грошей; другий – повернення грошей боржниками, що має місце при зменшенні боргових зобов'язань в активах банків⁴³¹.

Розрахунок може виконувати ряд функцій. Як правило, проведення розрахунку спрямоване на здійснення платежу, який у свою чергу спрямований на повне або часткове виконання грошового зобов'язання шляхом сплати безпосередньо кредиторі певної грошової суми готівкою або зарахування коштів у безготівковій формі на визначений кредитором рахунок. Проте розрахунки можуть провадитись з метою зарахування зустрічних вимог (стаття 601 ЦК України) або, як дії, спрямовані на здійснення переказу коштів. У деяких випадках під розрахунками розуміють правомірні дії боржника спрямовані на погашення грошового зобов'язання, які призводять до припинення або заміни цього зобов'язання, наприклад, передання відступного (стаття 600 ЦК України), новація (стаття 604 ЦК України) або прощення боргу (стаття 605 ЦК України).

З юридичної точки зору розрахунок може розглядатися як певна правова дія, що є елементом зобов'язання однієї з сторін договору.

⁴³⁰ *Васильев Е.А.* Расчетно-кредитные правоотношения. / В кн. Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник. – 3-е изд., перераб и доп. – М.: Междунар. отношения, 1993. – с.410.

⁴³¹ *Банковское дело: Учебник. -2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. Лаврушина О.И. – М.: Финансы и статистика, 2000. – с.364.*

Розрахунок також може бути елементом одностороннього правочину, наприклад, дія банку-емітента зі здійснення платежу за акредитивом.

Розрахунок у цивільному обороті – це певна правова дія особи спрямована на часткове або повне погашення грошового зобов'язання. Оскільки розрахунок має правомірний характер і його метою є досягнення правового результату, він визначається як правочин.

У розрахункових відносинах важливу роль, яка не зводиться лише до окремих технічних дій, відіграють банківські установи. У свою чергу, банківські операції щодо здійснення розрахунків складають один з основних видів фінансових послуг, що надають банки своїм клієнтам.

Регулювання розрахункових відносин в Україні здійснюється Цивільним кодексом України, законами України "Про Національний банк України", "Про банки і банківську діяльність", "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні", "Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг", "Про зв'язок", іншими законодавчими актами України та нормативно-правовими актами Національного банку України, наприклад, Інструкцією про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, що затверджена Постановою Правління Національного банку України від 21.01.2004 року № 22, Положенням про порядок здійснення уповноваженими банками операцій за документарними акредитивами в розрахунках за зовнішньоекономічними операціями, затвердженням Постановою Правління Національного банку України від 3 грудня 2003 р. № 514. Якщо це передбачено умовами певного правочину, а також у частині, що не суперечить законодавству України, у тому числі нормативно-правовим актам Національного банку, розрахункові відносини регулюються Уніфікованими правилами та звичаями для документарних акредитивів, Уніфікованими правилами з інкасо, Уніфікованими правилами по договірних гарантіях Міжнародної торгової палати та іншими міжнародно-правовими актами, а також правилами ділового обороту, які є усталеними у банківській сфері.

Обіг грошових коштів може здійснюватися шляхом передачі готівкою певної грошової одиниці – гривні, яка відповідно до статті 192 ЦК України є законним платіжним засобом, обов'язковим до приймання за номінальною вартістю на всій території України та іноземній валюті, яка може використовуватися в Україні у випадках і в

порядку, встановлених законом⁴³². При цьому, статтею 3 Закону України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні" передбачено, що гроші існують у готівковій формі (формі грошових знаків) або у безготівковій формі (формі записів на рахунках у банках)⁴³³.

При розрахунках готівкою відбувається передача матеріальних знаків (грошових знаків) певної грошової одиниці, що випускаються у формі банкнот і монет, які мають зазначену на них номінальну вартість. Таким чином реалізується функція грошей як законного платіжного засобу. Саме в такий спосіб, як правило, відбуваються розрахунки за участю фізичних осіб, які не пов'язані зі здійсненням ними підприємницької діяльності.

Фізичні особи, які не здійснюють підприємницької діяльності при розрахунках можуть застосовувати також і безготівкову форму, яка передбачає передачу коштів шляхом використання банківських рахунків і здійснення розрахункових банківських операцій. При цьому, слід зазначити, що обліковані на рахунках грошові кошти не можуть розглядатися законним платіжним засобом.

Відповідно до статті 2 Закону України "Про банки і банківську діяльність" розрахунковими банківськими операціями є рух грошей на банківських рахунках, здійснюваний згідно з розпорядженнями клієнтів або в результаті дій, які в рамках закону призвели до зміни права власності на активи. Під час обігу грошових коштів у безготівковій формі не відбувається передача матеріальних знаків, проте відповідна грошова сума обліковується на відповідному рахунку в банку і надалі грошовий обіг відбувається за допомогою розрахункових документів у електронному вигляді⁴³⁴ або паперовому вигляді. Об'єктом розрахункових відносин при цьому є майно (стаття 190 ЦК України – прим. автора І.Б.) у вигляді грошових прав вимоги клієнта до банківської установи.

⁴³² Див.: Стаття 192 Цивільного кодексу України .

⁴³³ Див.: Стаття 3 Закону України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні".

⁴³⁴ Електронним документом є документ, інформація в якому представлена у формі електронних даних, включаючи відповідні реквізити документа, в тому числі й електронний цифровий підпис, який може бути сформований, переданий, збережений і перетворений електронними засобами у візуальну форму чи на папері. (Стаття 4 Закону України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні").

Залишки коштів на банківських рахунках, в тому числі "на вимогу" можуть використовуватися в якості засобу погашення грошових зобов'язань лише в певних випадках⁴³⁵.

Частиною другою статті 1087 ЦК України передбачено, що розрахунки між юридичними особами, а також розрахунки за участю фізичних осіб, пов'язані зі здійсненням ними підприємницької діяльності, можуть провадитись як у безготівковій, так і готівковій формах, за умови, що законом замість готівки встановлена інша форма розрахунків. Відповідно до статті 51 Закону України "Про банки і банківську діяльність" банки відкривають та ведуть банківські рахунки для фізичних та юридичних осіб у гривнях та іноземній валюті. Банківські розрахунки провадяться у готівковій та безготівковій формах згідно з правилами, встановленими нормативно – правовими актами Національного банку України. Відносини учасників безготівкових розрахунків регулюються Інструкцією про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, що затверджена Постановою Правління Національного банку України від 21.01.2004 року № 22. Ця Інструкція встановлює загальні правила, форми і стандарти розрахунків банків та інших юридичних і фізичних осіб у грошовій одиниці України на території України, що здійснюються за участю банків. Правила інструкції поширюються на всіх учасників безготівкових розрахунків, а також на стягувачів, які здійснюють примусове списання (стягнення) коштів з рахунків цих учасників, та обов'язкові для виконання ними.

Порядок ведення касових операцій у національній валюті України підприємствами (підприємцями), а також окремі питання організації банками роботи з готівкою здійснюється на підставі Положення Про ведення касових операцій у національній валюті в Україні, затвердженого постановою Правління Національного банку України від 15.12.2004 № 637. Вимоги цього Положення не поширюються на:

а) розташовані на території України іноземні дипломатичні, консульські та інші офіційні представництва, міжнародні організації та їх філії, що користуються імунітетом і дипломатичними привілеями;

⁴³⁵ Новоселова Л.А. Денежные расчеты в предпринимательской деятельности. – М.: Учебно-консультационный центр „ЮрИнфоР“, 1996. – с.17.

б) представництва іноземних організацій і філій, які не здійснюють підприємницької діяльності.

Ведення касових операцій операторами (підприємствами) поштового зв'язку регулюється Порядком ведення касових операцій підприємствами зв'язку України, затвердженим наказом Державного комітету зв'язку України від 02.02.1998 № 26⁴³⁶.

Розрахунки готівкою юридичних осіб між собою та фізичними особами – підприємцями проводяться як за рахунок коштів, одержаних з кас банків, так і за рахунок готівкової виручки і здійснюються через касу відповідної особи з веденням касової книги встановленої форми.

Готівка (готівкові кошти) це грошові знаки національної валюти України – банкноти і монети, у тому числі обігові, пам'ятні та ювілейні монети, які є дійсними платіжними засобами.

Відповідно до Положення Про ведення касових операцій у національній валюті в Україні готівковими розрахунками визнаються платежі готівкою підприємств (підприємців) та фізичних осіб за реалізовану продукцію (товари, виконані роботи, надані послуги), а також за операціями, які безпосередньо не пов'язані з реалізацією продукції (товарів, робіт, послуг) та іншого майна⁴³⁷.

При здійсненні операцій з розрахунків у готівковій або в безготівковій формі (із застосуванням платіжних карток, платіжних чеків, жетонів тощо) при продажу товарів (наданні послуг) у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг, а також уповноваженими банками та суб'єктами підприємницької діяльності, які виконують операції купівлі-продажу іноземної валюти необхідно враховувати правила Закону України "Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг" від 6 липня 1995 року. Цей Закон визначає правові засади застосування реєстраторів розрахункових операцій (пристрій або програмно-технічний комплекс, в якому реалізовані фіскальні функції та який призначений для реєстрації розрахункових операцій при продажу товарів (наданні послуг), операцій з купівлі-продажу іноземної валюти та/або реєстрації кількості проданих товарів (наданих послуг). До реєстраторів розрахункових операцій належать:

⁴³⁶ Офіційний вісник України від 04.02.2005 – 2005. – №3. – ст.55.

⁴³⁷ Там само.

електронний контрольно-касовий апарат, електронний контрольно-касовий реєстратор, комп'ютерно-касова система, електронний таксометр, автомат з продажу товарів (послуг) тощо).

Організація роботи з готівкового обігу установами банків, порядок та механізм здійснення розрахунків у готівковій формі регулюються відповідно до Інструкції Про касові операції в банках України, затвердженої Постановою Правління Національного банку України від 14 серпня 2003 р. № 337 та Положення Про ведення касових операцій у національній валюті в Україні, затвердженого Постановою Правління Національного банку України від 15.12.2004 № 637.

Для здійснення платежу банками застосовується певний інструментарій у формі розрахункових операцій.

Розрахунковою банківською операцією є певна правова дія, що складається з комплексу техніко-юридичних засобів, яка спрямована на здійснення платежу з метою повного або часткового погашення грошового зобов'язання.

В юридичній літературі були спроби надати визначення розрахунковим правовідносинам, а також поняттям пов'язаним з цією категорією.

На думку дослідника розрахункових правовідносин радянського періоду В. Кузьміна, розрахункові правовідносини це організовані і врегульовані нормами права самостійного виду грошові відносини, що існують в умовах товарного виробництва та обміну між соціалістичними організаціями для здійснення грошових платежів через установи банку в процесі господарської діяльності⁴³⁸.

У своєму дослідженні казахська дослідниця цивільно-правового регулювання розрахункових відносин О. Коваленко робить ряд висновків. По-перше, розрахункові відносини є елементом грошового зобов'язання, входять в його зміст, не виділяючись у самостійне зобов'язання, та є відношенням, що направлене на виконання грошового зобов'язання. По-друге, в ході виконання грошового зобов'язання в безготівковому порядку формується ціла система розрахункових правовідносин, що є сукупністю зобов'язань,

⁴³⁸ Кузьмин В.Ф. Кредитные и расчётные правоотношения в промышленности. – М., 1975. – с.38.

спрямованих на виконання грошового зобов'язання, не передачу-отримання грошей від платника до отримувача⁴³⁹.

У свій час визначення розрахункових правовідносин запропонував Я. Кунік. На його думку банківські розрахункові правовідносини – це правовідносини, що виникають в процесі здійснення грошових платежів на виконання основного відплатного договірної зобов'язання з надання послуг, суб'єкти якого не співпадають з суб'єктами розрахунків внаслідок участі в них банка або іншої кредитної установи⁴⁴⁰.

На думку Л. Новосьолової, слід виділяти розрахункові правовідносини в широкому та вузькому розумінні. У першому випадку мова йдеться про врегульовані правом відносини, що виникають при виконанні грошового зобов'язання платежем. Розрахункові правовідносини у вузькому розумінні виникають при безготівковому перерахуванні грошових коштів через банківську систему⁴⁴¹.

За твердженням О. Костюченка, розрахункові правовідносини – це такі, що виникають між організаціями в процесі здійснення розрахунків у безготівковому порядку через кредитні установи⁴⁴².

З таким твердженням не можна погодитись, перш за все тому, що суб'єктами цих правовідносин можуть бути також і фізичні особи, а по-друге, чинне законодавство України передбачає здійснення розрахунків як між фізичними особами так і юридичними особами у готівковій або в безготівковій формі.

Об'єктом розрахункових відносин є певні дії, що вчиняються суб'єктами цих правовідносин, результатом яких є здійснення платежу шляхом переказу певної суми грошових коштів з рахунку платника на рахунок одержувача на підставі відплатності та еквівалентності товарних відносин.

Зміст розрахункових правовідносин, як правомочностей та обов'язків їх учасників В. Кузьмінім розглядається за двома тісно

⁴³⁹ Коваленко Е.Ю. Правовое обеспечение расчётных отношений в предпринимательской сфере. Автореферат ... дис.канд.юрид.наук.12.00.03. – Алматы. 2002. – с.7.

⁴⁴⁰ Кунік Я.А. Кредитные и расчетные отношения в торговле. М., 1970. – с.16.

⁴⁴¹ Новосёлова Л.А. Проблемы гражданско-правового регулирования расчётных отношений: Автореферат ... дис.докт.юрид.наук.12.00.03. – М., 1997. – с.21.

⁴⁴² Костюченко О.А. Банківське право: Підручник. – К.: ВД "Професіонал", 2004. – с.185.

пов'язаними між собою групами: а) права та обов'язки двосторонніх відносин підприємств з банком; б) права та обов'язки багатосторонніх відносин між підприємствами за участю банка, безпосередньо пов'язані зі здійсненням розрахунків⁴⁴³.

Слід додати, що здійснення розрахункових відносин за участю банків може бути реалізовано також на підставі односторонніх правочинів.

Таким чином, *розрахункові відносини можна визначити як правовідносини суб'єктів цивільного обороту, об'єктом яких є певні правові дії, що спрямовані на виконання грошового зобов'язання шляхом сплати певної грошової суми готівкою або зарахування її в безготівковій формі на визначений відповідним суб'єктом рахунок.*

Сучасна система безготівкових розрахунків базується на принципах вільного обрання учасниками цивільного обороту форм розрахунків і закріплення їх у договорах; невтручання банка в договірні відносини суб'єктів; здійснення платежів тільки за розпорядженням володільця рахунка; розгляд взаємних претензій відносно розрахунків між платником та одержувачем коштів без участі банка; відповідальності банка за несвоєчасне та невірне списання або зарахування коштів на рахунки клієнта.

Ряд науковців проводили класифікацію безготівкових розрахунків. Всі розрахункові операції, що здійснюються комерційними банками можна класифікувати за різними ознаками.

За *складом учасників* розрізняють операції: міжбанківські; клієнтські; внутрібанківські.

За *видом платіжних документів* розрізняють розрахунки: платіжними дорученнями; платіжними вимогами-дорученнями; чеками; вексялями; картками; жіророзрахунки.

За *формою проведення* розрізняють розрахунки: переказні; акредитивні; інкасові; клірингові⁴⁴⁴.

Питання класифікації безготівкових розрахунків досліджує Л. Єфімова, яка зазначає, що форми безготівкових розрахунків розрізняються порядком документообігу, видом розрахункового документа, а також наявністю або відсутністю умов надання

⁴⁴³ Кузьмин В.Ф. Расчётные правоотношения в новых условиях хозяйствования: Автореферат ... дис. канд. юрид. наук. – М., 1971. – С. 8.

⁴⁴⁴ Банковские операции. Часть II. Учетно-ссудные операции и агентские услуги: Учебное пособие / Под. Ред. О.И. Лаврушина. – М.: ИНФРА-М, 1996. – с.131.

коштів у розпорядження одержувача платежу. У зв'язку з викладеним можливо запропонувати наступну класифікацію форм безготівкових розрахунків.

В залежності від того, чи зараховуються отримані від платника кошти на рахунок одержувача платежу безумовно або в залежності від виконання останнім певних вимог, слід розрізняти переказ і акредитив. Наприклад, у Правовому посібнику ЮНСІТРАЛ з електронного переказу коштів зазначено, що під кредитовим переказом коштів (або переказом кредиту) розуміється безумовний переказ коштів, здійснюваний за ініціативою платника (тобто боржника) — ініціатора платежу⁴⁴⁵. В свою чергу, у рамках переказу можна виділити два його різновиди: дебетовий і кредитовий переказ. При кредитовому переказі вказівка щодо платежу виходить від особи, що здійснює платіж⁴⁴⁶. При дебетовому переказі така вказівка виходить від особи, що одержує платіж. Різновидом кредитового переказу за російським законодавством є розрахунки платіжними дорученнями, а дебетового — розрахунки в порядку інкасо⁴⁴⁷.

Досліджуючи питання правового регулювання відносин за договором на розрахунково-касове обслуговування, О. Васьковський пропонує систематизувати та законодавчо закріпити форми безготівкових розрахунків таким чином: а) кредитовий переказ; б) розрахунки за інкасо; в) розрахунки чеками; г) акредитив; д) розрахунки платіжними картками⁴⁴⁸.

В. Щербина зазначає, що при здійсненні розрахунків можуть застосовуватись акредитивна, інкасова, вексельна форма розрахунків, а також форми розрахунків за розрахунковими чеками

⁴⁴⁵ Див.: Правовий посібник ЮНСІТРАЛ з електронного переводу коштів. Підготовлено секретаріатом Комісії Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі. Нью-Йорк, 1987. / Опубліковано у кн.: *Ефімова Л.Г., Новоселова Л.А.* Банки: відповідальність за порушення при розрахунках. М.: Інфра-М, 1996. – с.438-442.

⁴⁴⁶ *Радж Бхала.* Правові основи систем переводу значних сум платежів // Платіжна система: структура, управління й контроль. / Під ред. Брюса Д. Саммерса. – М.: Міжнародний валютний фонд, 1994. – с.87.

⁴⁴⁷ *Ефімова Л.Г.* Банковские сделки: право и практика. Монографія. – М.: НИМГ, 2001. – с.317-318.

⁴⁴⁸ *Васьковський О.В.* Правове регулювання відносин за договором на розрахунково-касове обслуговування: Автореферат ... дис. канд. юрид. наук. 12.00.03. – Львів, 2004. – с.14.

та з використанням розрахункових документів на паперових носіях та в електронному вигляді⁴⁴⁹.

Наведені класифікації безготівкових розрахунків можуть мати місце в системі правового регулювання розрахункових відносин. Проте, на нашу думку, слід також додати такий досить важливий критерій для класифікації, як підстави виникнення безготівкових розрахунків. За цим критерієм розрахункові операції можна розрізнити на такі, що виникли на підставі: одностороннього правочину; договору; рішення суду; закону. Така класифікація зумовлена уніфікацією та інтеграцією національного законодавства до міжнародних правил, що діють у сфері розрахункових відносин за участю банківських установ.

Досліджуючи юридичну природу безготівкових розрахунків, В. Белов обґрунтовує висновок, що "з точки зору теорії цивільного права проведення безготівкових розрахунків по грошовому зобов'язанню не може слугувати його *виконанням*, платежем по грошовому зобов'язанню. Безготівкові розрахунки – це спосіб *припинення* грошового зобов'язання платника перед отримувачем із договору, що містить умову про безготівкові розрахунки, шляхом його заміни на обов'язок банку, що обслуговує отримувача коштів, перед останнім із договору банківського рахунку"⁴⁵⁰.

У свою чергу О. Печений, на відміну від В. Белова, та керуючись нормами чинного законодавства вважає, що безготівкові розрахунки є формою грошових зобов'язань⁴⁵¹.

Поняття форми безготівкових розрахунків не є синонімом розрахункового правочину. Різні дослідники в різний час вивчали особливості розрахункових правовідносин, що виникають у рамках різних форм безготівкових розрахунків, як єдиний процес. Представляється, що це не так. З огляду на те, що при здійсненні безготівкових розрахунків гроші проходять через кілька рахунків, усі форми розрахунків неминуче повинні складатися з декількох

⁴⁴⁹ Щербина В.С. Порядок та форми розрахунків у господарському обороті. / У книзі 2 Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О.В. Дзера (керівник авт. кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. – 2-е вид., допов. і перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – с.400.

⁴⁵⁰ Белов В.А. Денежные обязательства. – М., 2001. – с.156.

⁴⁵¹ Печений О. Поняття та класифікація грошових зобов'язань у контексті положень нового Цивільного кодексу України // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – №4. – с.39.

розрахункових правочинів. Кожний такий розрахунковий правочин, як правило, спрямований на виконання відповідного договору банківського рахунка.

Необхідно зробити висновок, зазначає Л. Єфімова, що будь-яка форма безготівкових розрахунків складається з декількох розрахункових правочинів⁴⁵².

Під розрахунковим правочином, Л. Єфімова пропонує розуміти будь-який цивільно-правовий правочин, що здійснюється учасниками системи безготівкових розрахунків (банками та їх клієнтами) в межах певної форми безготівкових розрахунків та спрямовується на переміщення (трансферт) безготівкових активів з одного рахунку клієнта (розділу рахунку) на інший, що належить як йому самому так і третій особі⁴⁵³.

На думку Єфімової, розрахункові правочини можуть бути як двосторонніми, так і односторонніми⁴⁵⁴.

Слід зазначити, що проведення безготівкових розрахунків необхідно розглядати як технічний процес, що регламентується

⁴⁵² *Єфімова Л.Г.* Там само. – С. 318-319.

⁴⁵³ *Єфімова Л.Г.* Там само. – С. 321.

⁴⁵⁴ При розрахунках платіжними дорученнями двосторонніми розрахунковими угодами є: договір платника з обслуговуючим його банком про здійснення кредитового переказу коштів і договір банку платника з банком-посередником про здійснення кредитового переказу коштів. При розрахунках у порядку інкасо двосторонніми розрахунковими правочинами є: договір між одержувачем платежу і банком-емітентом про одержання (інкасуванні) належних одержувачу платежу коштів; договір між банком-емітентом і виконуючим банком про одержання (інкасування) належних одержувачу платежу коштів; договір між виконуючим банком і банком-посередником (ЦБ РФ) про перевід інкасованих сум. При розрахунках у порядку непокритого, непідтвердженого акредитива двосторонніми правочинами є: договір між платником (наказодавцем) і банком-емітентом про виставлення акредитиву, договір між банком-емітентом і виконуючим банком про обслуговування виставленого акредитива, договір між банком-емітентом і одержувачем платежу (бенефіціаром) про здійснення платежу або акцепту дисконту перекладного векселя проти відповідних документів.

Вказані розрахункові правочини не можна визнати односторонніми, оскільки для їх укладання необхідна наявність волі і волевиявлення не тільки клієнта, але й банку. Останній не вправі відмовити клієнту в укладенні розглянутих розрахункових правочинів не тому, що ці правочини є односторонніми, але й тому, що вони укладаються на виконання договору банківського рахунка (попереднього договору). Тому укладання таких розрахункових правочинів здійснюється за вимогою клієнта і є для банку випадком обов'язкового укладання договору. (*Єфімова Л.Г.* Там само. – с.323).

певними нормативними актами, який направлений на здійснення платежу⁴⁵⁵.

Платіж – це дія боржника спрямована на виконання або часткове виконання грошового зобов'язання шляхом сплати безпосередньо кредиторю певної грошової суми готівкою або зарахування її у безготівковій формі на визначений кредитором рахунок. Таким чином, здійснення безготівкового розрахунку спрямоване на вчинення платежу, який припиняє грошове зобов'язання.

На наш погляд, безготівкові грошові розрахункові правовідносини характеризуються наступними ознаками, як і будь-які правовідносини мають свою елементарну структуру: підстави виникнення, зміни та припинення; суб'єкти; предмет; зміст. Відображення саме цих елементів, які у свою чергу становлять ніщо інше як ознаки, у визначенні безготівкових розрахункових правовідносин дозволить зрозуміти їх найбільш специфічні особливості.

*Підставою виникнення безготівкових розрахункових правовідносин є розпорядження клієнта банку на перерахування коштів з одного рахунку на інший рахунок, що відповідає положенням частини 1 статті 1071 ЦК України). Розпорядження або доручення банку слід розглядати як *односторонній правочин*. При цьому волевиявлення клієнта реалізується у вигляді банківського формуляру, яким є певний платіжний документ.*

Безумовно розпорядження клієнта може бути виконано банком при наявності банківського рахунку, який відкривається за умови укладення договору банківського рахунку. Інакше технічно буде не можливо здійснити безготівкову розрахункову операцію.

Таким чином, для здійснення розрахункової операції необхідна наявність:

- а) рахунків платників, що відкриваються на підставі відповідного договору між ними та банком (умова виникнення правовідносин);
- б) доручення (розпорядження) платника (стягувачів) про списання коштів з рахунків (підстава виникнення правовідносини).

Суб'єктами безготівкових розрахункових правовідносин є банк, платник та одержувач, які у конкретних різновидах розрахунків мають свою спеціальну назву (виконуючий банк, платник,

⁴⁵⁵ Безклубий І., Пафук О. Поняття безготівкових розрахункових відносин. Підприємництво, господарство і право. – 2005. № 1. – с. 20.

одержувач, чекодавець, чекодержатель, заявник акредитиву, бенефіціар тощо).

Предметом безготівкових розрахункових правовідносин є грошові кошти. Під час розрахунку між відповідними особами за допомогою "безготівкових грошей", суми яких обліковуються на рахунку у банку, реалізується функція платежа, яка притаманна і "готівковим грошам". При цьому, юридичну природу "готівкових грошей" слід розглядати з точки зору грошей як різновиду речей, а "безготівкові гроші" – у якості об'єкту зобов'язальних прав вимоги.

Слід зауважити, що в юридичній літературі точаться дискусії щодо правової природи грошових коштів, що знаходяться на рахунках. Погляди абсолютно полярні: від визнання грошових коштів на рахунках особливим об'єктом цивільних прав та закінчуючи відкиданням можливості існування взагалі такого роду об'єктів. Дискусійним залишається питання й про те хто є власником грошових коштів, які розміщені на рахунках. Всі ці проблеми мають безпосередній вихід на практику та потребують доктринального та законодавчого вирішення.

Зміст безготівкових розрахункових правовідносин складають права та обов'язки їх суб'єктів, джерелами яких є:

а) договори;

б) законодавчі та нормативно-правові акти України.

Основним обов'язком банку, в силу відносного характеру цих правовідносин, є здійснення дій за дорученням (розпорядженням) платника.

У свою чергу платник має право вимагати від банку вчинення відповідних дій, які той зобов'язаний здійснити в силу договору та положень законодавчих та нормативно-правових актів України.

Права та обов'язки суб'єктів розрахункових відносин можуть змінюватись як кількісно, так і якісно, в залежності від домовленості між суб'єктами та видом розрахунків.

Підсумовуючи доктринальні погляди на безготівкові розрахункові правовідносини та аналізуючи норми статей 1089, 1093, 1099, 1102 ЦК України та інших нормативно-правових актів України, що регулюють розрахункові відносини констатуємо, що *безготівкові розрахункові правовідносини – це цивільно-правові відносини, що виникають на підставі розпорядження платника і передбачають виконання банком зобов'язання щодо переказу певної*

грошової суми, здійснення платежа чи його акцепта на користь одержувача.

Порядок застосування форм розрахунків визначається нормами ЦК України та спеціальними нормами Закону "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні" та нормативно-правовими актами Національного банку України.

Стаття 1088 ЦК містить перелік окремих видів безготівкових розрахунків. Цей перелік не є вичерпним. Зазначається, що при здійсненні безготівкових розрахунків допускаються розрахунки з застосуванням платіжних доручень, акредитивів, розрахункових чеків (чеків), розрахунки за інкасо, а також інші розрахунки, передбачені законом, банківськими правилами та звичаями ділового обороту.

Крім перелічених способів, на практиці, наприклад, використовуються клірингові розрахунки, а також розрахунки за допомогою такого цінного паперу як вексель. Кліринг (англ. "clearing" – розчищати) один з видів безготівкових розрахунків, що ґрунтується на зарахуванні зустрічних вимог і зобов'язань. Сутність кліринга полягає в тому, що рівнозначні суми зустрічних вимог кредиторів і зобов'язань боржників один до одного погашаються, а платежі здійснюються лише на залишок різниці. Законом України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні" кліринг визначається як механізм, що включає збирання, сортування, реконсиляцію та проведення взаємозаліку зустрічних вимог учасників платіжної системи, а також обчислення за кожним з них сумарного сальдо за визначений період часу між загальними обсягами вимог та зобов'язань⁴⁵⁶.

Правове регулювання вексельного обігу здійснюється Законом України "Про обіг векселів в Україні", Законом України "Про цінні папери і фондову біржу", Уніфікованим законом про переказні векселі та прості векселі, який запроваджено Женевською конвенцією 1930 року, Женевською конвенцією 1930 року про врегулювання деяких колізій законів про переказні векселі та прості векселі", Женевською конвенцією 1930 року про гербовий збір стосовно переказних векселів і простих векселів та інших прийнятих згідно з ними актів законодавства України.

⁴⁵⁶ Див.: стаття 1 Закону України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні".

Закон передбачає, що при проведенні переказу ініціатори можуть застосовувати акредитивну, вексельну, інкасову форми розрахунків, а також форму розрахунків за гарантійним зобов'язанням, за чеками з використанням документів на переказ⁴⁵⁷.

Застосування конкретних форм розрахунків, платіжних засобів учасники цивільно-правового обороту визначають у договорі. Умови щодо розрахунків у договорі є найбільш важливими. Враховуючи принцип свободи договору (стаття 627 ЦК України) сторони є вільними у визначенні того платіжного інструмента (засіб певної форми на паперовому, електронному чи іншому виді носія інформації, використання якого ініціює переказ грошей з відповідного рахунка платника) за допомогою якого будуть здійснюватися розрахунки.

Проте законом можуть бути передбачені винятки з цього правила. Так, наприклад, відповідно до статті 22 Закону України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні" клієнт банку має право самостійно обирати види розрахункового документа (крім платіжної вимоги). Платіжна вимога застосовується у випадках, коли ініціатором переказу виступає стягувач або, при договірному списанні, отримувач. Акти цивільного законодавства, що регулюють договірні відносини, як правило, не визначають умову про форму розрахунків як обов'язкову. Відсутність такої умови може розглядатися як опосередкована згода на застосування будь-якої форми розрахунків, що влаштує сторону, яка отримує оплату.

Формою організації безготівкових розрахунків в Україні є платіжна система. Відповідно до Закону України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні" основними елементами платіжної системи є платіжна організація, члени платіжної системи та сукупність відносин, що виникають між ними при проведенні переказу грошей.

Платіжною організацією є юридична особа, яка є власником або одержала право на використання товарного та інших знаків, що ідентифікують належність платіжних карток та інших платіжних інструментів до платіжної системи, і яка визначає правила роботи платіжної системи, а також виконує інші функції щодо забезпечення

⁴⁵⁷ Див.: стаття 4. Там само.

діяльності платіжної системи та несе відповідальність відповідно до закону та договору.

Членом платіжної системи є юридична особа, що на підставі належним чином оформленого права (отриманої ліцензії платіжної системи; укладеного з платіжною організацією платіжної системи договору тощо) надає послуги учасникам платіжної системи щодо проведення переказу за допомогою цієї платіжної системи та відповідно до законодавства України має право надавати такі послуги в межах України. Банки або інші фінансові установи при наявності ліцензії Національного банку України та укладеного з платіжною організацією договору є членами платіжної системи.

Обробка та передача в межах України електронних та паперових документів на переказ, документів за операціями з застосуванням спеціальних платіжних засобів та документів на відкриття можуть здійснюватися за допомогою як внутрішньодержавних, так і міжнародних платіжних систем, що діють в Україні. До внутрішньодержавних банківських платіжних систем належать системи міжбанківських розрахунків, системи масових платежів та внутрішньобанківські платіжні системи.

Система міжбанківських розрахунків призначена для переказу грошей у межах України між банками на виконання зобов'язань їх клієнтів, а також власних зобов'язань цих банків. Система масових платежів призначена для переказу коштів за операціями, що здійснюються юридичними та фізичними особами з застосуванням окремих платіжних інструментів.

Відповідно до статті 9 Закону України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні" банк визначає умови та порядок функціонування власної внутрішньобанківської платіжної системи з урахуванням вимог закону та нормативно-правових актів Національного банку України, з метою забезпечення найбільш сприятливих умов для проведення переказу коштів між його підрозділами.

Внутрішньодержавні небанківські платіжні системи, членами яких в Україні можуть бути інші фінансові установи (наприклад, клірингові установи), мають право здійснювати діяльність, пов'язану з забезпеченням проведення безготівкових розрахунків, виключно після їх реєстрації в Національному банку України та отримання відповідного дозволу Національного банку України.

Порядок реєстрації та отримання внутрішньодержавними небанківськими платіжними системами дозволу на здійснення діяльності, пов'язаної з переказом коштів, визначається Національним банком України.

Розрахунки з застосуванням платіжних доручень

Статтею 1089 ЦК України передбачені загальні положення про розрахунки з застосуванням платіжних доручень. За дорученням платника банк зобов'язується на підставі платіжного доручення переказати певну грошову суму коштів, що розміщені на рахунку платника у цьому банку на визначений платником рахунок фізичної або юридичної особи (одержувача) у цьому чи в іншому банку у строк, встановлений законом або банківськими правилами, якщо інший строк не передбачений договором або звичаями ділового обороту.

У чинному законодавстві України переказ грошей визначається як рух певної суми грошей з метою її зарахування на рахунок отримувача або видачі йому у готівковій формі. Ініціатор та отримувач можуть бути однією і тією ж особою⁴⁵⁸.

Прототипом платіжного доручення були переказний вексель та переказний білет. Термін "переказ" застосовувався в двох значеннях: так називався договір між клієнтом і банком про виплату грошей та документ, за допомогою якого він виконувався. Кредитна установа, що прийняла доручення здійснити переказ, зобов'язувалася сплатити певну суму грошей за рахунок свого контрагента. Контрагент або вносив відповідну відповідну суму готівкою, або вона списувалася з його рахунка. Платіж здійснювався певній особі, якою міг бути сам контрагент або інша особа. В останньому випадку особа, що зазначена у якості одержувача, не набувала права вимоги від кредитної установи щодо здійснення платежу.

За міжнародною класифікацією безготівкові розрахунки поділяються на кредитовий переказ та дебетовий переказ. Розрахунки з застосуванням платіжних доручень відносяться до кредитового переказу.

Сутність кредитового переказу полягає у тому, що платник (дебітор) ініціює переказ коштів у банківській системі шляхом надання банку розпорядження кредитувати рахунок отримувача (кредитора).

⁴⁵⁸ Стаття 1 Закону України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні".

Слід звернути увагу, що для виконання платіжного доручення банком-відправником необхідно два юридичних факта одночасно: надання нового платіжного доручення та надання коштів⁴⁵⁹.

У якості платіжного інструмента використовується платіжне доручення про списання коштів з зазначеного у дорученні рахунка (дебетове списання). Платіжне доручення виконується в межах коштів, що знаходяться на рахунку платника. Договором банківського рахунка сторони можуть передбачити положення про надання клієнту кредиту (стаття 1069 ЦК України), що надається банком надійному клієнту понад його залишок на поточному рахунку в цьому банку в межах заздалегідь обумовленої суми шляхом дебетування його рахунка.

Платіжні доручення застосовуються в розрахунках за товарними і нетоварними платежами:

- за фактично відвантаженою або проданою продукцією (виконані роботи, надані послуги тощо);

- у порядку попередньої оплати – якщо такий порядок розрахунків встановлено законодавством або обумовлено в договорі;

- для завершення розрахунків за актами звірки взаємної заборгованості підприємств, які складені не пізніше строку, встановленого чинним законодавством;

- для перерахування підприємствами сум, які належать фізичним особам (заробітна плата, пенсії тощо), на їх рахунки, що відкриті в банках;

- для сплати податків і зборів (обов'язкових платежів) до бюджетів або державних цільових фондів;

- в інших випадках відповідно до укладених договорів або чинного законодавства. Так, наприклад, якщо відкривається покритий акредитив, депонований у виконуючому банку, який не є банком-емітентом, то заявник, крім заяви, подає до банку-емітента платіжне доручення на перерахування коштів для бронювання їх у виконуючому банку.

Фізичні особи використовують платіжні доручення в разі перерахування коштів зі своїх поточних та вкладних (депозитних) рахунків згідно з режимом використання цих рахунків, що встановлений Інструкцією про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземних валютах, що

⁴⁵⁹ Овсейко С. Кредитовый перевод в законодательстве Республики Беларусь и международно-правовых унификациях. // Банковское право. – 2004. – №1. – с.45.

затверджена постановою Правління Національного банку України від від 12 листопада 2003 року № 492, без будь-яких підтверджувальних документів.

На практиці можуть виникнути відносини, пов'язані з перерахуванням грошових коштів через банк особою, яка не має рахунка в цьому банку. У такому випадку застосовуються положення другого параграфу глави 74 ЦК України, якщо інше не встановлено законом, банківськими правилами або не впливає з суті таких відносин. Так, наприклад, банк може прийняти від фізичної особи грошові кошти готівкою та на підставі платіжного доручення перерахувати їх на рахунок отримувача.

Питання про юридичну природу банківського переказу професор М. Агарков досліджував з точки зору визначення на той час у ЦК договору комісії, але якщо переказ здійснюється безвідплатно та на користь третьої особи таке визначення не підходить⁴⁶⁰. Відомі цивілісти О. Іоффе, С. Ландкоф, К. Флейшиц платіжне доручення розглядали як форму договірної конструкції доручення⁴⁶¹.

В окремих випадках договір банківського рахунку може розглядатися як попередній договір, що передбачає умови щодо подальшого укладення, наприклад договору кредитування рахунку, договору інкасації тощо.

Для розуміння правової природи правочинів за переказом та встановлення моменту виконання грошового зобов'язання слід враховувати строки проведення банківської операції щодо переказу. Строки проведення переказу передбачені статтею 8 "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні". Якщо кошти переказуються одержувачу, рахунок якого знаходиться в іншому банку, ніж рахунок платника, переказ виконується в строк до трьох операційних днів (операційний день – частина робочого дня банку або іншої установи – члена платіжної системи, протягом якої приймаються від клієнтів документи на переказ і документи на

⁴⁶⁰ Див.: Агарков М.М. Основы банковского права. Учение о ценных бумагах. – М., 1994. – с.137.

⁴⁶¹ Див.: Иоффе О.С. Избранные труды: В 4 т. Т. III. Обязательственное право. – СПб.: Издательство "Юридический центр Пресс", 2004. – с.694; Ландкоф С.Н. Чек и жироприказ. – Харьков, 1931. – с.25; Флейшиц Е.А. Расчетные и кредитные правоотношения. – М., 1956. – с.163.

відкликання та можна, за наявності технічної можливості, здійснити їх обробку, передачу та виконання.

Тривалість операційного дня встановлюється банком або іншою установою – членом платіжної системи самостійно та закріплюється в їх внутрішніх нормативних актах). Переказ, що здійснюється в межах одного банку (внутрішньобанківський переказ) виконується в строк, встановлений внутрішніми нормативними актами банку, але не може перевищувати двох операційних днів. Договором банківського рахунка можуть встановлюватися коротші строки, ніж визначені законом.

Крім строків, важливим аспектом, який впливає на визначення характеру правочинів, дії яких спрямовані на здійснення операцій за платіжним дорученням, є розуміння природи грошових коштів, що переказуються. Якщо згадати, що гроші при здійсненні безготівкових розрахунків фізично не передаються, то виникає питання, що є предметом відповідних правочинів?

Відмінність безготівкових розрахунків від розрахунків готівкою лежить у площині співвідношення зобов'язальних та речових прав. Разом з тим така відмінність нівелюється за допомогою певної правової фікції, яка ототожнює зарахування суми грошових коштів шляхом її обліку на відповідному рахунку з переданням коштів у готівковій формі.

Платіжне доручення платника приймається банком до виконання за умови, що сума платіжного доручення не перевищує суми грошових коштів, що облікована на особистому банківському рахунку платника, якщо інше не встановлено договором між платником і банком. Договором банківського рахунка сторони можуть передбачити положення про надання клієнту кредиту (стаття 1069 ЦК України), що надається банком понад його залишок на поточному рахунку в цьому банку в межах заздалегідь обумовленої суми. У такому випадку платіжне доручення приймається банком до виконання за умови, що сума платіжного доручення не перевищує суми ліміту по кредиту, яка у свою чергу облікована на кореспондентському рахунку банку.

Якщо мова йде про переказ грошей у безготівковій формі, то фактично та юридично платіжне доручення є інструментом за допомогою якого реалізується право вимоги платника щодо розпорядження своїми майновими правами. Функція банку як послугонадавача у цьому випадку полягає у тому щоб здійснити

відповідну банківську операцію, яка носить юридико-технічний характер.

Технічний аспект процесу переказу полягає в необхідності банком здійснення обрахування, обліку, відображення сум грошових коштів на відповідних рахунках, а також встановлення, закріплення та відправлення за допомогою електронних засобів певного об'ягу інформації, що містить кількісний та якісний склад щодо грошових сум, спрямованих для їх обліку на рахунок одержувача.

Юридичний характер розрахункової операції щодо переказу коштів у безготівковій формі полягає у тому, щоб відповідно до положень нормативних актів забезпечити своєчасне та, відповідно до розпорядження платника, у повному обсязі зарахування сум грошових коштів, що призначаються для одержувача на його рахунок (якщо рахунки платника та одержувача знаходиться в одному банку) або на кореспондентський рахунок банку одержувача договору (якщо рахунки платника та одержувача знаходиться в різних банках).

Основні умови виконання банком платіжного доручення містяться в статті 1090 ЦК України, відповідно до якої зміст і форма платіжного доручення та розрахункових документів (розрахунковий документ – документ на паперовому носії, що містить доручення або вимогу про перерахування коштів з рахунку платника на рахунок одержувача), що подаються разом з ним, мають відповідати вимогам, встановленим законом і банківськими правилами⁴⁶².

Розрахункові документи складаються на бланках, форми яких визначені Інструкцією про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті. Реквізити розрахункових документів за формами, наведеними в додатках до цієї Інструкції, заповнюються згідно з вимогами, що містяться у відповідних додатках до цієї Інструкції та відповідних її розділів.

Порядок повернення банком клієнту оформлених ним розрахункових документів та супровідних документів визначається в договорі банківського рахунку. При поверненні розрахункового документу банк у день його надходження, має зробити на його зворотному боці напис про причину повернення документа без виконання (з обов'язковим посиланням на статтю закону України,

⁴⁶² Див.: стаття 1090 Цивільного кодексу України.

відповідно до якої розрахунковий документ не може бути виконано, або пункт нормативно-правового акта Національного банку, який порушено) та зазначити дату його повернення (це засвідчується підписами відповідального виконавця і працівника, на якого покладено функції контролера, та відбитком штампа банку).

Якщо на вимогу банку клієнт не надасть документи і відомості, що потрібні для з'ясування його особи, суті діяльності, фінансового стану, або навмисно надасть неправдиві відомості про себе, то банк повертає йому платіжне доручення без виконання. Банк, повертаючи таке платіжне доручення у день надходження, має зробити на його зворотному боці напис про причину повернення документа без виконання (з обов'язковим посиланням на статтю 64 Закону України "Про банки і банківську діяльність" та на відповідний пункт Інструкції) та зазначити дату його повернення (це засвідчується підписами відповідального виконавця і працівника, на якого покладено функції контролера, та відбитком штампа банку).

Якщо банк відмовляє клієнту у виконанні платіжного доручення за операцією, яка містить ознаки такої, що підлягає фінансовому моніторингу, то таке платіжне доручення клієнта банк повертає йому без виконання. Банк, повертаючи таке платіжне доручення у день надходження, має зробити на його зворотному боці напис про причину повернення документа без виконання (з обов'язковим посиланням на частину 2 статті 7 Закону України "Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом" та на відповідний пункт Інструкції) та зазначити дату його повернення (це засвідчується підписами відповідального виконавця, відповідального працівника, який приймає рішення щодо віднесення операції клієнта до операцій, які підлягають фінансовому моніторингу, та відбитком штампа банку).

У разі відмови виконати розрахунковий документ, оформлений клієнтом іншого банку чи органу державного казначейства, банк у день надходження документа має зробити на його зворотному боці напис про причину повернення документа без виконання (з обов'язковим посиланням на статтю закону України, відповідно до якої розрахунковий документ не може бути виконано, або пункт нормативно-правового акта Національного банку, який порушено), зазначити дату його повернення (це засвідчується підписами відповідального виконавця і працівника, на якого покладено функції

контролера, та відбитком штампа банку) і не пізніше наступного робочого дня надіслати цей розрахунковий документ у банк чи орган державного казначейства, від якого він надійшов.

Напис про причину повернення без виконання платіжної вимоги стягувача на примусове списання, стягнення коштів засвідчують підписами керівник (його заступник) і головний бухгалтер (його заступник) банку або філії. У відділенні цей напис засвідчує підписом його керівник (у разі його відсутності – уповноважений працівник).

Банк не має права робити виправлення у платіжному дорученні клієнта, якщо інше не встановлено законом або банківськими правилами. Так, пунктом 24 розділу II Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті банк платника може робити в розрахункових документах виправлення реквізитів у разі:

- часткового виконання розрахункового документа;
- зміни з ініціативи банку платника (у зв'язку з реорганізацією банку, зміною в банку системи обліку, виконанням банком вимог нормативно-правових актів Національного банку) номера рахунку платника, назви та коду банку платника.

Важливим аспектом при здійсненні безготівкових розрахунків є визначення моменту виконання грошового зобов'язання за платіжним дорученням. Банк, що прийняв платіжне доручення платника, повинен перерахувати відповідну грошову суму банку одержувача для її зарахування на рахунок особи, визначеної у платіжному дорученні.

Порядок проведення безготівкових розрахунків операцій передбачає, що банк платника приймає платіжне доручення до виконання протягом десяти календарних днів з дати його виписки. День оформлення платіжного доручення не враховується. Банк приймає до виконання платіжне доручення від платника за умови, що сума цього платіжного доручення не перевищує суму, яка є на його рахунку. Платіжні доручення платника у разі відсутності або недостатності коштів на його рахунку банк приймає лише тоді, якщо порядок приймання та виконання таких платіжних доручень передбачено договором між банком та платником.

При перерахуванні грошових коштів банк платника може робити переказ через кореспондентські рахунки банку, який обслуговує отримувача. Банки здійснюють переказ з кореспондентських

рахунків інших банків – своїх клієнтів у межах залишку грошей на цих рахунках, крім випадків надання обслуговуючим банком кредиту банку-клієнту.

Статтею 31 Закону України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні" передбачено порядок завершення переказу при неможливості виплати суми переказу. У разі неможливості здійснення банком одержувача виплати суми переказу, що має бути сплачена у готівковій формі, через неявку одержувача протягом тридцяти робочих днів з дня надходження цієї суми, банк одержувача зобов'язаний протягом трьох робочих днів переказати суму переказу ініціатору. У разі неможливості здійснення банком одержувача виплати суми переказу через неявку одержувача протягом тридцяти робочих днів з дня надходження цієї суми ця банківська установа зобов'язана протягом трьох робочих днів ініціювати переказ відповідної суми на адресу ініціатора.

Для виконання переказу грошових коштів на рахунок, визначений у дорученні, банк платника має право перерахувати кошти через третій банк (виконуючий банк), в якому знаходиться кореспондентський рахунок банку одержувача.

На вимогу клієнта банк повинен негайно інформувати його про виконання платіжного доручення. Порядок оформлення та вимоги до змісту повідомлення про виконання банком платіжного доручення встановлюються законом, банківськими правилами або договором банківського рахунка.

Часткове або повне припинення грошового зобов'язання можливе лише за умови належного його виконання. Загальна норма ЦК України передбачає, що боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок, а кредитор – прийняти виконання особисто, якщо інше не встановлено договором або законом, не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту⁴⁶³. Але виконання грошового зобов'язання на підставі платіжного доручення має свої особливості, які полягають у необхідності залучення обслуговуючих банків, вчинення певної кількості правочинів, встановлення місця виконання, що тим самим виходить за межі загальних правил.

Питанням, у який момент платіж визнається виконаним переймалися ряд дослідників. Так К. Флейшиц моментом здійснення

⁴⁶³ Частина I статті 527 Цивільного кодексу України.

платежа визнавала момент, коли сума платіжу надійшла на рахунок постачальника. Та обставина, що платник акцептував платіжну вимогу, що не дорівнює платежу, якщо після акцепту гроші за платіжною вимогою не зараховані на рахунок постачальника.

Та все ж відповідальність платника за платіж повинна визнаватися припиненою в момент, коли сума платіжної вимоги списана з рахунка платника. Платник зробив все для нього обов'язкове та можливе в цілях цього списання, сума, що списана вибула з складу майна, яке знаходиться в розпорядженні платника. Зарахування на рахунок постачальника суми акцептованої платіжної вимоги, списаної з рахунка платника, лежить поза сферою відносин платника з банком, воно – у сфері відносини між банком і постачальником⁴⁶⁴.

Такий підхід необґрунтовано встановлює розбіжність між моментом виконання зобов'язання та моментом, коли боржник перестає нести відповідальність за його виконання перед кредитором.

На думку Л. Новосолової більш вірним здається підхід, що пов'язує припинення відповідальності боржника перед кредитором за грошовим зобов'язанням з моменту, коли переказ коштів відносно кредитора став кінцевим і він набув права вимоги виплати грошової суми відносно банку⁴⁶⁵.

Ряд вчених моментом виконання грошового зобов'язання вважають момент зарахування суми платежу на кореспондентський рахунок банку одержувача. Так О. Васьковський зазначає, що якщо банк платника з моменту зарахування коштів на рахунок банку отримувача вважається таким, що належним чином виконав переказ, то платника слід таким, котрий належним чином виконав свій обов'язок перед контрагентом з грошового зобов'язання. Тому цілком виправдано буде висновок, що моментом виконання грошового зобов'язання, розрахунки за яким здійснюються у безготівковому порядку, є момент зарахування суми платежу на кореспондентський рахунок банку отримувача коштів⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ Флейшци Е.А. Расчетные и кредитные правоотношения. – М., 1956. – с.123.

⁴⁶⁵ Новосёлова Л.А. Проблемы гражданско-правового регулирования расчётных отношений: Автореферат ... дис.докт.юрид.наук. 12.00.03. – М., 1997. – с.24.

⁴⁶⁶ Васьковський О.В. Там само. – с.84.

Л. Ефімова вказує на те, що кредитовий переказ представляє собою серію пов'язаних між собою правочинів різної правової природи. Він починається з моменту списання коштів з рахунка платника та вважається завершеним з моменту зарахування суми на рахунок одержувача платежу. Проте до зарахування грошей на кореспондентський рахунок банку одержувача коштів і прийняття ним суми переказ здійснюється в межах договорів комісії та субкомісії. Банк, який зараховує суму, що переказується на кореспондентський рахунок банку одержувача коштів, здійснює односторонній правочин з передання безготівкових грошей представнику одержувача коштів. В момент зарахування суми, що переказується на рахунок банку одержувача зобов'язання банку платника перед платником та банкопосередника перед банком платника слід вважати належним чином виконаним. Одночасно припиняється грошове зобов'язання платника перед одержувачем коштів. З моменту прийняття банком одержувача платежу суми настає завершальна фаза кредитового переказу – зарахування коштів на рахунок одержувача платежу. Вона проходить в межах договору банківського рахунка та являє собою односторонній правочин, що спрямований на виконання договору банківського рахунка між одержувачем коштів – володільцем рахунка та його банком⁴⁶⁷.

Якщо сторони основного договору (наприклад, купівлі-продажу) мають свої поточні рахунки в різних банках, то безумовно при здійсненні між ними безготівкових розрахунків кожен з банків, що їх обслуговують несуть відповідальність лише перед своїм клієнтом щодо належного проведення відповідної операції (банк платника здійснює переказ суми грошових коштів на кореспондентський рахунок банку одержувача, а банк одержувача – операцію щодо обліку на поточному рахунку одержувача грошової суми, переказаної на його кореспондентський рахунок). Хоч на перший погляд, будь-яких вимог до банку одержувача щодо неналежного виконання ним зобов'язання платник не може пред'явити, та насправді платник до настання дати валютування⁴⁶⁸ може

⁴⁶⁷ Ефімова Л.Г. Там само. – с.385.

⁴⁶⁸ Дата валютування – зазначена платником у розрахунковому документі або в документі на переказ готівки дата, починаючи з якої гроші, переказані платником отримувачу, переходять у власність отримувача. До настання дати валютування сума переказу обліковується в обслуговуючих отримувача банку або в установі –

відкликати кошти, які до зарахування на рахунок отримувача (одержувача) обліковуються в банку, що обслуговує отримувача. Лист про відкликання коштів платник подає до свого банку, який того самого дня надає банку отримувача вказівку про повернення коштів. Банк отримувача, одержавши цю вказівку, цього самого дня перераховує кошти з відповідного рахунку на той самий рахунок у банку платника, з якого вони надійшли, якщо на час надходження вказівки кошти не зараховані на рахунок отримувача, та повідомляє отримувача про відкликання коштів платником⁴⁶⁹.

Також свою увагу слід звернути на норму закону, що встановлює загальний порядок завершення переказу. Переказ вважається завершеним з моменту зарахування суми переказу на рахунок отримувача або її видачі йому в готівковій формі. Банк, що обслуговує отримувача, зобов'язаний зарахувати суму переказу на рахунок отримувача в операційний день, дата якого збігається з датою валютування⁴⁷⁰.

Так само, як і одержувач до банку платника. Кредитор за основним договором може пред'являти вимоги щодо виконання грошового зобов'язання безпосередньо до свого контрагента, а щодо зарахування коштів у безготівковій формі на поточний рахунок – до банку, що обслуговує цей рахунок. Здійснення переказу суми грошових коштів за розпорядженням платника на користь одержувача та зарахування її на кореспондентський рахунок банку одержувача вважається належним чином виконаним зобов'язанням лише тоді, коли сторони домовились про це. Моментом повного або часткового припинення грошового зобов'язання боржника перед кредитором вважається момент зарахування суми грошових коштів на поточний рахунок одержувача.

Якщо сторони основного договору мають свої поточні рахунки в одному банку то їх розрахункові відносини регулюються дещо інакше. Внутрішньобанківський переказ здійснюється в порядку визначеному правилами банку. Проте моментом погашення грошового зобов'язання буде також момент зарахування суми

членів платіжної системи. (Стаття 1 Закону України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні").

⁴⁶⁹ Пункт 3.4 Інструкція про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, затверджена Постановою Правління Національного банку України від 21.01.2004 року № 22. // Офіційний вісник України. – 2004. – №13. – ст.110.

⁴⁷⁰ Див.: стаття 30 Закону України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні".

грошових коштів на поточний рахунок одержувача. Таким чином ризик неналежного виконання розрахункового зобов'язання банком покладається на платника.

Слід погодитись з думкою Л. Єфімової стосовно того, що безготівкові розрахункові відносини ґрунтуються на певній кількості пов'язаних один з одним цивільними правочинами. Насамперед здійснення розрахункових операцій банку, як правило, спрямовано на виконання в певній частині чи в повному обсязі грошового зобов'язання його клієнта перед контрагентом за основним договором (наприклад, купівлі-продажу, поставки, оренди, підряду тощо). Для використання в якості засобу платежу грошових коштів у безготівковій формі при виконанні зобов'язання за основним договором необхідною умовою є укладення особою договору банківського рахунку. Але зміст договору банківського рахунку не передбачає всіх тих зобов'язань, що можуть виникнути в зв'язку з розпорядженнями клієнта. Тому ті односторонні або двосторонні правочини, що пов'язані з розрахунками за участі банку розглядаються як самостійні, хоча й в межах договору банківського рахунку. Самостійність таких правочинів викликана: особливим суб'єктним складом учасників розрахункових відносин; спеціальним порядком надання доручень, їх виконання, припинення; застосуванням наряду з положеннями договору банківського рахунку норм спеціальних законів та підзаконних актів у тому числі імперативних норм, а також звичаїв і правил ділового обороту.

За здійснення операції з виконання платіжного доручення клієнта відповідає банк. У разі невиконання або неналежного виконання платіжного доручення клієнта банк несе відповідальність відповідно до правил встановлених главою 51 ЦК України, тобто на загальних підставах цивільно-правової відповідальності за порушення зобов'язання. Враховуючи положення статті 528 та 618 ЦК України, банк платника відповідає перед своїм клієнтом і в тому випадку, якщо платіжне доручення не виконано з вини виконуючого банку, який залучений до здійснення розрахунків. Спори, пов'язані з здійсненням банками переказу, розглядаються у судовому порядку. При розгляді спору в суді за ініціативою платника, виконуючий банк може бути залучений у справі як другий відповідач. Проте, в договорі банківського рахунку сторони можуть передбачити, що відповідальність у разі невиконання або неналежного виконання

платіжного доручення клієнта несе безпосередньо банк, який виконує відповідну операцію.

Положення щодо відповідальності банків при здійсненні переказу передбачені також статтею 32 Закону України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні". У разі порушення банком, що обслуговує платника, встановлених Законом строків виконання доручення клієнта на переказ цей банк зобов'язаний сплатити платнику пеню в розмірі 0,1 відсотка суми простроченого платежу за кожний день прострочення, що не може перевищувати 10 відсотків суми переказу, якщо інший розмір пені не обумовлений договором між ними.

У разі невиконання або неналежного виконання платіжного доручення у зв'язку з порушенням правил розрахункових операцій виконуючим банком відповідальність може бути покладена судом на цей банк. Даною нормою судом покладено відповідальність на банк, що порушив порядок розрахунків. Для того, щоб з'ясувати стан виконання доручення та виявити можливе порушення клієнт має право на отримання відповідної інформації. Відповідно до статті 32 Закону України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні" банк ініціатора зобов'язаний на вимогу ініціатора письмово повідомити про стан виконання його доручення, що міститься у відповідному документі на переказ.

У випадку помилкового переказу грошових коштів, що відбувся внаслідок порушення правил розрахункових операцій, банк несе відповідальність відповідно до норм глави 51 ЦК України та правил статті 32 Закону України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні".

Слід зазначити, що в разі помилкового переказу суми переказу на рахунок неналежного одержувача, що стався з вини банку, цей банк-порушник зобов'язаний негайно після виявлення помилки переказати за рахунок власних коштів суму переказу одержувачу. Інакше одержувач має право у встановленому законом порядку вимагати від банку-порушника ініціювання переказу йому суми переказу за рахунок власних коштів, сплати пені в розмірі 0,1 відсотка суми простроченого платежу за кожний день прострочення починаючи від дати завершення помилкового переказу, яка не може перевищувати 10 відсотків суми переказу. Одночасно банк-порушник зобов'язаний після виявлення помилки негайно

повідомити неналежного одержувача про здійснення помилкового переказу і про необхідність ініціювання останнім переказу еквівалентної суми грошей в цей банк протягом трьох робочих днів від дати надходження такого повідомлення. Форма повідомлення банку про здійснення помилкового переказу встановлюється Національним банком України.

У разі переказу банком-порушником за рахунок власних коштів суми переказу отримувачу та своєчасного повідомлення неналежного одержувача про здійснення помилкового переказу, а також своєчасного переказу неналежним одержувачем суми переказу цьому банку банк-порушник залишає цю суму у власному розпорядженні. При цьому, у разі порушення неналежним одержувачем зазначеного триденного строку, банк-порушник має право вимагати від неналежного одержувача повернення суми переказу, а також сплату пені в розмірі 0,1 відсотка суми простроченого платежу за кожний день, починаючи від дати завершення помилкового переказу до дня повернення грошей включно, яка не може перевищувати 10 відсотків суми переказу.

При здійсненні помилкового переказу з рахунка неналежного платника, що стався з вини банку, цей банк зобов'язаний переказати відповідну суму грошей з рахунка платника на рахунок неналежного платника, а також сплатити неналежному платнику пеню у розмірі процентної ставки, що встановлена цим банком по короткострокових кредитах, за кожний день, починаючи від дня помилкового переказу до дня повернення суми переказу на рахунок неналежного платника, якщо інша відповідальність не передбачена договором.

У разі переказу з рахунка платника без законних підстав, за ініціативою неналежного стягувача, з порушенням умов доручення платника на здійснення договірної списання або внаслідок інших помилок банку повернення платнику цієї суми здійснюється у встановленому законом судовому порядку. При цьому банк, що списав гроші з рахунка платника без законних підстав, має сплатити платнику пеню у розмірі процентної ставки, що встановлена цим банком по короткострокових кредитах за кожний день, починаючи від дня переказу до дня повернення суми переказу на рахунок платника, якщо інша відповідальність не передбачена договором.

Розрахунки за акредитивом

Незважаючи на досить складну в конструктивному відношенні процедуру здійснення безготівкових розрахунків за допомогою акредитива, запровадження цієї форми розрахунків є таким, що максимально сприяє належному виконанню грошового зобов'язання.

Концепцією, що адекватно відображує складні правові зв'язки банків і клієнтів при здійсненні розрахунків за акредитивом, може стати концепція складного розрахункового зобов'язання. Аналіз правової доктрини показує, що праву відомі випадки, коли загальним зобов'язанням пов'язані особи, права та обов'язки яких виникають з різних підстав (зобов'язання перевезення вантажів залізницею, лізингові зобов'язання).

При здійсненні банками та їх клієнтами розрахунків за акредитивом, правочини та правовідносини, що виникають на їх підставі мають суттєве значення саме в якості юридичних фактів, які в своєму юридичному складі є підставою виникнення складного розрахункового зобов'язання⁴⁷¹.

Ефективність акредитивної форми пояснюється рядом наступних чинників: можливістю залученням до участі в розрахункових відносинах не тільки банки, що обслуговують рахунки сторін основного зобов'язання, а й інші банки, які беруть на себе відповідні гарантії щодо належного виконання розрахунків; наявністю свободи вибору одержувачем платежу виконуючого банка; застосуванням системи як односторонніх так і двосторонніх цивільних правочинів.

Суб'єктний склад розрахункових відносин за акредитивом містить як мінімум чотирьох зобов'язальних учасників – платника (заявника або акредитиводавця), банка-емітента, виконуючого банка та бенефіціара (одержувача коштів).

Мета розрахункової операції та кількісний склад її учасників впливають на зміст та правову природу правочину, що забезпечує правове регулювання відносин при здійсненні акредитивної форми розрахунків.

Акредитив (нім. "Der Akkreditiv" – повноваження на будь-які дії) розглядається як зобов'язання банка-емітента (банк, який відкрив акредитив), що виникло на підставі доручення клієнта-платника, провести платіж на користь одержувача грошових коштів або визначеної ним особи – бенефіціара (особа, якій призначений платіж

⁴⁷¹ *Полин Д.В.* Правовое регулирование расчетов по аккредитиву в торговом обороте: Автореферат ... дис. канд. юрид. наук. – М., 2002. – с.20.

або на користь якої відкрито акредитив). При цьому, банк-емітент може доручити проведення відповідного платежу іншому (виконуючому) банку.

Термін "акредитив" ще ототожнюють з поняттям "документарний акредитив", який найчастіше використовується в експортній торгівлі у якості засобу оплати за товари. Юристи Великої Британії визначили його як "джерело життєвої сили міжнародної торгівлі"⁴⁷².

Підхід до визначення акредитиву серед науковців є досить неоднозначний. Так, Я. Кунік розглядає акредитив як наказ банку покупця банку постачальника сплачувати рахунки постачальника за відвантажений товар або надані послуги на умовах, передбачених у акредитивній заяві покупця⁴⁷³. За таким визначенням автор вибудовує конструкцію, що містить декілька правочинів, а саме: основний договір між постачальником та покупцем, заява покупця свому банку щодо емітування акредитиву в межах договору банківського рахунка, розпорядження банка-емітента здійснити платіж банку виконавцю, яке розглядається як односторонній правочин.

Під акредитивом Г. Ухтуев розуміє договір, за яким банк, на підставі заяви свого клієнта, бере на себе зобов'язання відкрити на користь іншої особи (бенефіціара) кредит за умови надання товаророзпорядчих документів⁴⁷⁴. Зазначене розуміння акредитиву охоплюється змістом договірною зобов'язання, яке формується під впливом природи кредитування. Разом з тим запровадження елементів кредитування при здійсненні акредитивної форми розрахунків може бути епізодичним за умов відкриття непокритого акредитива.

Документарний акредитив Б. Козольчик визначає як формальну та певну обіцянку, що містить в собі абстрактне зобов'язання акцептувати тратту або платіжну вимогу у випадку фактичного виконання його умов⁴⁷⁵. Це визначення наближає акредитив до такого цінного паперу як вексель. Так само як вексель пред'явлений акредитив підлягає безумовній оплаті. Проте відповідно до чинного

⁴⁷² Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. Пер. с англ. – М.: Юрид. лит., 1993. – с.200.

⁴⁷³ Куник Я.А. Кредитные и расчетные отношения в торговле. – М., 1970. – с.16.

⁴⁷⁴ Ухтуев Г.А. Банковское право. – М., 1990. – с.57.

⁴⁷⁵ Див.: Kozolchuk B. Documentary credit and the American Law. – N.-Y., 1973. – P.723.

законодавства України акредитив не визнається цінним папером і таким чином не може самостійно обертатись у цивільному обороті як об'єкт речового права.

Розглядається акредитив також як документ, в якому банк, за рахунок покупця дає продавцю формальне свідоцтво своєї готовності дозволити йому (продавцю) пред'являти до себе трати, на певних умовах і зобов'язується, що всі такі трати будуть сплачені⁴⁷⁶. Є думка, що акредитивом є платіжне доручення, що супроводжується певними умовами⁴⁷⁷.

Акредитив є досить складним розрахунковим платіжним інструментом. Співвідношення правової природи акредитива та договору відображено в Уніфікованих правилах та звичаях для документарних акредитивів. Акредитив визначається як будь-який правочин, як би він не був названий або позначений, згідно з яким банк (банк-емітент), діючи на прохання і на підставі інструкцій клієнта (заявника) або від свого імені:

(I) повинен провести платіж третій особі (бенефіціару) або його наказу, або акцептувати і сплатити переказні векселі (тратти), виставлені бенефіціаром, або

(II) уповноважує інший банк провести такий платіж або акцептувати і сплатити переказні векселі (тратти), або

(III) уповноважує інший банк неогоціювати проти передбачених документів при дотриманні строків та умов акредитива⁴⁷⁸.

Відповідна норма міжнародних правил містить конструктивно ті правові дії, які складають зміст акредитиву-правочину. Зобов'язання, яке за таких умов виникає містить елементи, що характерні для договору доручення, на користь третьої особи, гарантії, поруки, акцепту та інших правочинів. За дорученням та відповідно до інструкцій приказодавця банк-емітент повинен самостійно провести платіж на користь одержувача (бенефіціара), чи за його наказом – третій особі, або доручити іншому банку (виконуючому) здійснити такий платіж. При цьому, банк-емітент

⁴⁷⁶ William C. Hillman Basic UCC Skills Article 5 and Article 9. Practicing Law Institute. – N.-Y., 1987. – P.17.

⁴⁷⁷ Фрей Л.И. Организация и техника работы иностранных банков. – М., 1994. – с.138.

⁴⁷⁸ Стаття 2 Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів у редакції 1993 р., публікації МТП № 500.

вчиняє дії від свого імя, або від імені наказодавця акредитиву, проте завжди за дорученням та за рахунок останнього.

Досить важливим принципом виконання акредитива є його незалежність від основного договору. Акредитив за своєю природою являє правочин, відокремлений від договору купівлі-продажу або іншого контракту, на якому він може базуватися, і банки жодною мірою не пов'язані й не зобов'язані займатися такими контрактами, навіть, якщо в акредитиві є які-небудь посилання на такий контракт. З огляду на зазначений принцип необхідно констатувати, що грошове зобов'язання платника за основним договором також не можна ототожнювати з грошовим зобов'язанням банку-емітента перед платником, яке виникає з правочину щодо відкриття та виконання акредитиву.

Отже, установа банку, що оплачує, акцептує й сплатила тратти або негоціює та/або повністю виконує будь-які інші зобов'язання по акредитиву, не є предметом позовних вимог заявника, заснованих на його угоді з банком-емітентом або бенефіціаром. На бенефіціара ні в якому разі не поширюються договірні відносини між банками або між заявником і банком-емітентом⁴⁷⁹.

У зазначеній статті Уніфікованих правил та звичаїв поняття акредитиву як правочину посилюється за допомогою сутності акредитиву через його природу. Правила вказують той обсяг обов'язків яким наділяється на вимогу заявника банк-емітент у зв'язку з вчиненням акредитиву.

Інструкцією про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, що затверджена Постановою Правління Національного банку України від 21.01.2004 року № 22 акредитив визначається як договір, що містить зобов'язання банку-емітента, за яким цей банк за дорученням клієнта (заявника акредитива) або від свого імені проти документів, які відповідають умовам акредитива, зобов'язаний виконати платіж на користь бенефіціара або доручає іншому (виконуючому) банку здійснити цей платіж⁴⁸⁰. Але можна помітити, що основні елементи цього визначення не вміщуються в межі одного договору.

Запропанований огляд позицій на визначення акредитиву не дає можливості його однозначного тлумачення. Аналіз наведених

⁴⁷⁹ Стаття 3. Там само.

⁴⁸⁰ Пункт 1.4. Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті від 21.01.2004 року № 22.

визначень є не достатнім для того щоб спробувати зробити самостійний погляд на цю правову категорію. Для цього слід також звернути увагу на правову природу правочинів, що вчиняються з застосуванням документарних акредитивів, яка в свою чергу має досить широку палітру теоретичних конструкцій.

Ряд авторів підгрунтям відносин за правочином між клієнтом-платником та банком-емітентом стосовно пред'явлення акредитиву вважали *договір комісії*⁴⁸¹. При цьому конструкція договору комісії є одним з елементів договору банківського рахунку та існує самостійно, де клієнт-платник виступає у ролі комітента, а банкомітент є комісіонером. У такому випадку зобов'язання щодо здійснення платежу за основним договором (наприклад, купівлі-продажу) залишаються за боржником і не дає можливості пред'явлення позову до банку. Хоча окремі елементи комісії присутні при виконанні такого роду зобов'язань, проте правовою природою договору комісії не охоплюється вся системи правочинів, що вчиняються за акредитивною формою розрахунків.

Появі теорії *договору доручення* або мандату завдячують британцям Гаттеріджу и Меграу (Gutteridge and Megrah)⁴⁸². Зміст цієї теорії полягає в тому, що клієнт-платник (довіритель) доручає своєму банку (повіреному) вчинення ряду дій від імені та за рахунок клієнта-платника. Це дії, що пов'язані з отриманням товаророзпорядчих документів, здійсненням платежів тощо.

Слабким місцем даної теорії є те, що незважаючи на певну незалежність зобов'язань банку, за наявності обману зі сторони наказодавця, банк може оскаржити дійсність самого акредитиву. Тим більш, що суди йдуть шляхом обмеження відповідальності банків перед наказодавцем.

Німецька судова практика також вважає акредитив договором доручення (параграф 662 Німецького Цивільного Укладення), а підтвердження акредитива банком розглядається як підтвердження боргу (параграф 780 НЦУ)⁴⁸³.

⁴⁸¹ Див.: Агарков М.М. Основы банковского права. Учение о ценных бумагах. – М., 1994. – с.143; Ефимова Л.Г. Там само. – с.490; Ландкоф С.Н. Торговые сделки. – Харьков, 1929. – с.166.

⁴⁸² Див.: Gutteridge and Megrah The Law of Bankers commercial credits. – London, 1955. – P. 21.

⁴⁸³ Алибуттасва Д.М. Понятие и правовая природа аккредитивной формы расчетов. // Право: Теория и Практика. – 2003. – № 7. – с.26.

Концепція *договору поруки* підтримується Харфілдом⁴⁸⁴. Підґрунтям цієї концепції є загальні риси, що об'єднують акредитив з банківськими гарантіями. Наближення цих двох конструкцій може розглядатися лише у контексті прийняття на себе банком грошового зобов'язання щодо здійснення платежу за умови представлення відповідних документів.

Теорія "*договору цесії*" виходить з того, що імпортер, передає експортеру в порядку цесії свої платіжні вимоги до банку, який відкрив акредитив. Критики відмічають, що ця теорія не пояснює ряд обставин: по-перше, умовний характер зобов'язання банку по акредитиву, строковість акредитива; по-друге, повної незалежності платіжних зобов'язань банку перед експортером від зобов'язань інших сторін, що служать підставою платіжних зобов'язань банку. Теорія цесії особливого розповсюдження не отримала⁴⁸⁵.

Автори⁴⁸⁶ теорії акредитиву як *самостійної* правової конструкції *sui generis* дотримуються тієї позиції, що жодна з існуючих цивільно-правових конструкцій не має цілісної інтерпретації всієї сукупності відносин з акредитиву, який об'єднує в собі елементи договору доручення, договору поруки, цесії, договору на користь третьої особи, кредитного договору тощо. Множинність суб'єктів акредитивних відносин, особливості економічних цілей, переплітання елементів різних юридичних інститутів перетворюють акредитив в складний інститут сучасного банківського права на розвиток якого все більший вплив роблять специфічні форми та методи участі системи банків⁴⁸⁷.

Численна кількість підходів до визначення акредитива та його правової природи на доктринальному рівні викликає не узгодженість та багатOVERсійність поняття досліджувальної категорії. Так, наприклад, на думку Н. Агафонової поняття

⁴⁸⁴ Див.: Колесник В.Б. Правовые основы аккредитивной формы безналичных расчетов // Правовые аспекты межбанковских расчетов. Сборник статей по банковскому праву. – Киев, 1994. – с.35-37.

⁴⁸⁵ Алибуттаева Д.М. Там само. – с.27.

⁴⁸⁶ Див.: Волков Л.Б. Документарное инкассо и аккредитивы в расчетах с развивающимися странами и развитыми капиталистическими странами // Валютные отношения во внешней торговле СССР. Под ред. А.Б. Альшулера. – М., 1968. – с.157; Новоселова Л.А. Проблемы гражданско-правового регулирования расчетных отношений: Автореферат ... дис. докт. юрид. наук. 12.00.03. – М., 1997. – с.85.

⁴⁸⁷ Волков Л.Б. Там само. – с.157.

акредитиву може вживатися в наступних значеннях: форма безготівкових розрахунків, банківська угода, платіжне зобов'язання банку, розрахунковий документ та валютна цінність⁴⁸⁸.

Складність приведення до єдиного цілого всього розмаїття визначень акредитива полягає в необхідності розмежування публічно-правового та приватно-правового регулювання розрахункових відносин. Правила, що закріплюють певні форми та умови проведення розрахунків за допомогою акредитива, містяться у нормативних актах Національного банку України та зазвичай носять імперативний характер. Однак суть акредитивної операції, спрямованої на погашення грошового зобов'язання лежить у площині відносин, що регулюються цивільним правочином. Запропонований Національним банком України механізм проведення банківських операцій відіграє лише допоміжну роль у регулюванні розрахункових відносин. Допоміжний характер відповідних імперативних норм стосується не лише основного договору, на підставі якого виникає певне грошове зобов'язання, але й тих правочинів, метою яких є належне виконання цього грошового зобов'язання.

На практиці термін акредитив вживається у своєму популярному розумінні як платіжний або розрахунковий документ. Проте таке значення не відображає основних ознак цього поняття, хача й є наближеним до вказаного у ст. 1088 ЦК виду безготівкових розрахунків.

Чи можна розглядати акредитив як розрахунковий документ? На це запитання слід відповісти негативно, оскільки лише один з його елементів, а саме заява про відкриття акредитиву містить ознаки документа на паперовому носії. Разом з тим цієї заяви недостатньо для здійснення платежу. Вона є лише певною формою прояву волевиявлення платника, що ініціює запровадження механізму переказу та зарахування грошових коштів на рахунок одержувача. Для належного виконання акредитива та погашення платежу важливими є дії банків, які в свою чергу здійснюються під умовою пред'явлення відповідних документів від одержувача. Таким чином акредитив не обмежується змістом категорії „розрахунковий документ“.

⁴⁸⁸ Агафонова Н.В. Правовий режим акредитиву як форми безготівкових розрахунків: Автореферат ... дис. канд. юрид. наук. 12.00.07. – К., 2002. – с. 13.

Акредитив з точки зору банківського операційного інструментарію може розглядатися як засіб проведення безготівкових розрахунків шляхом здійснення платежу спрямованого на погашення грошового зобов'язання. Юридичний зміст і сутність поняття відповідного засобу можуть бути розкриті через аналіз системи взаємопов'язаних цивільних правочинів, що вчиняються суб'єктами розрахункових відносин.

Для акредитива характерною є природа подвійного зобов'язання банку-емітента. З однієї сторони, банк-емітент на підставі договору банківського рахунку приймає на себе зобов'язання щодо виконання доручення клієнта відкрити акредитив перед платником грошових коштів, з іншої сторони, впровадження дій спрямованих на виконання платежу за акредитивом, породжують грошове зобов'язання банку-емітента перед одержувачем.

Важливим елементом акредитивних відносин є їх акцесорний характер. Хоча при здійсненні акредитиву правочини, що вчиняються, є самостійними, проте їх дії спрямовані на забезпечення належного виконання розрахунків за основним договором між платником і одержувачем коштів.

Обравши акредитивну форму розрахунків сторони основного договору повинні узгодити наступні умови здійснення платежу: строк дії та порядок розрахунків за акредитивом; найменування банку-емітента; вид акредитива та особливості його виконання; спосіб повідомлення одержувача коштів про відкриття акредитива; перелік документів, що надає одержувач коштів у банк для списання грошової суми акредитива; строк надання документів після відвантаження товару, надання послуг, або виконання робіт; вимоги до оформлення документів, що надає одержувач коштів.

Зазначені умови є необхідними оскільки вони відображаються у заяві платника, що адресується банку-емітенту для відкриття акредитиву. Заява про відкриття акредитива складається за формою, що міститься у додатку до Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті. Акредитив вважається відкритим лише після того, як буде здійснено відповідні бухгалтерські записи за рахунками та надіслано повідомлення бенефіціару про відкриття та умови акредитива. При цьому, дата виконання платіжних доручень, наданих разом із заявою, і дата повідомлення бенефіціара мають збігатися.

У залежності від покриття акредитиву поділяються на покриті (забезпечені шляхом депонування певної грошової суми) та

непокриті (гарантовані). Покриття означає попереднє надання в розпорядження виконуючого банку (банка-кореспондента) коштів (покриття) в сумі акредитива на строк дії зобов'язання з умовою можливого використання цих коштів для виплат по акредитиву. У разі відкриття покритого акредитива, депонованого у виконуючому банку, який не є банком-емітентом, то платник, крім заяви, подає до банку-емітента платіжне доручення на переказ коштів для бронювання їх у виконуючому банку. Банк-емітент перераховує кошти заявника на аналітичний рахунок "Розрахунки за акредитивами" у виконуючому банку та повідомляє його про умови акредитива. У разі відкриття покритого акредитива, депонованого в банку-емітенті, платник подає заяву та платіжне доручення на переказ коштів з свого поточного рахунку на аналітичний рахунок "Розрахунки за акредитивами" у банку-емітенті.

При відкритті непокритого акредитива банк-емітент гарантує виконуючому банку оплату за акредитивом при тимчасовій відсутності коштів на рахунку платника за рахунок банківського кредиту. Тим самим виконуючий банк має право вимоги до банка-емітента щодо списання суми акредитива. За наявності між банками кореспондентських відносин акредитив може відкриватися у виконуючому банку шляхом надання йому права списання суми акредитива з кореспондентського рахунка банка-емітента, який ведеться виконуючим банком.

На думку Л. Єфімової, за розрахунками у порядку непокритого, непідтвердженого акредитива односторонніми угодами є: дія банку-емітента з виставлення акредитива, дія одержувача платежу з надання виконуючому банку документів, що відповідають умовам акредитива, з метою одержання платежу, а також дія банку-емітента зі здійснення платежу або акцепту дисконту переказного векселя проти надання бенефіціаром відповідних документів⁴⁸⁹. Слід погодитися з таким твердженням, оскільки та чи інша зазначена дія вчиняється за власним волевиявленням відповідного суб'єкта поза межами будь-якої договірної конструкції акредитиву.

Умови відкриття та виконання акредитивів є критерієм їх поділу на відкличні та безвідкличні. На бланку акредитива повинно бути чітко зазначено до якого виду він належить (відкличний або

⁴⁸⁹ *Ефімова Л.Г.* Там само. – с.328.

безвідкличний). При відсутності такої позначки акредитив вважається безвідкличним.

Відкличний акредитив може бути змінений або анульований банком-емітентом у будь-який час без попереднього повідомлення одержувача (бенефіціара) (наприклад, у разі недотримання умов, передбачених договором, дострокової відмови банком-емітентом від гарантування платежів за акредитивом). Відкликання акредитива не створює зобов'язань банку-емітента перед одержувачем грошових коштів.

Відносини за акредитивом, що виникають між акредитиводавцем і банком-емітентом, між останнім і виконуючим банком, відокремлені від того правочину між платником і одержувачем коштів, на підставі якого здійснюються розрахунки. Відокремлений, самостійний характер відносин по акредитиву за участю банків виражається у тому, що ні банк-емітент, ні інші банки, що беруть участь в розрахунках не повинні перевіряти відповідні умови, на підставі яких відкривається акредитив, умовам договору між постачальником і покупцем, а також вказівок платника про зміну умов відкличного акредитива (достроковому закритті акредитива та т.п.) умовам договору з одержувачем коштів⁴⁹⁰.

Інструкцією про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті передбачено, що всі розпорядження про зміни умов відкличного акредитива або його анулювання заявник може надати бенефіціару тільки через банк-емітент, який повідомляє виконуючий банк, а останній – бенефіціара. Виконуючий банк не має права приймати розпорядження безпосередньо від заявника акредитива (за винятком, якщо банк-емітент є виконуючим банком). Якщо виконуючий банк не є банком-емітентом, то зміна умов відкличного акредитива або його анулювання відбуваються тільки після отримання від виконуючого банку відповідного повідомлення, яким підтверджується те, що до часу зміни умов або анулювання акредитива документи за акредитивом не були подані.

Документи за акредитивом, що відповідають умовам акредитива та надані бенефіціаром і прийняті виконуючим банком до отримання останнім повідомлення про зміну умов або анулювання акредитива, підлягають оплаті. Відповідно до Інструкції про безготівкові

⁴⁹⁰ Новоселова Л.А. Денежные расчеты в предпринимательской деятельности. – М.: Учебно-консультационный центр „ЮрИнфоР“, 1996. – с.73.

розрахунки в Україні в національній валюті у разі здійснення платежу виконуючим банком до отримання повідомлення про зміну або анулювання акредитива проти документів, які за зовнішніми ознаками відповідають умовам акредитива, банк-емітент зобов'язаний надати відшкодування виконуючому банку, який уповноважений на здійснення платежу. Статтею 8 Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів передбачено, що відкличний акредитив може бути змінений або анульований банком-емітентом у будь-який момент без попереднього повідомлення бенефіціара. Проте банк-емітент зобов'язаний:

- надати відшкодування іншому банку, уповноваженому ним на здійснення платежу по пред'явленню, акцепті або неогоціації по відкличному акредитиву, за будь-який платіж, акцепт або неогоціацію, проведені цим банком до одержання ним повідомлення про зміну або ануляцію, проти документів, які за зовнішніми ознаками відповідають умовам акредитива;

- надати відшкодування іншому банку, уповноваженому ним на здійснення платежу з розстроченням по відкличному акредитиву, якщо цей банк до одержання ним повідомлення про зміну або ануляцію прийняв документи, які за зовнішніми ознаками відповідають умовам акредитива.

Безвідкличний акредитив не може бути анульований або змінений без згоди одержувача грошових коштів. Для бенефіціара безвідкличний акредитив є найбільш гарантованим платіжним інструментом, який забезпечує платіж за поставлені ним товари або надані послуги.

Відповідно до Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті безвідкличний акредитив – це тверде (гарантоване) зобов'язання банку-емітента сплатити кошти в порядку та в строки, визначені умовами акредитива, якщо документи, що передбачені ним, подано до банку, зазначеного в акредитиві, або банку-емітента та дотримані строки та умови акредитива. Умови акредитива є дійсними для бенефіціара, поки він не повідомить про згоду на внесення змін до них банку, який авізував (повідомив) йому ці зміни. Бенефіціар має письмово повідомити про погодження або відмову щодо внесення змін. Прийняття часткових змін не дозволяється. Бенефіціар може достроково відмовитися від використання акредитива.

На прохання банку-емітента виконуючий банк може підтвердити безвідкличний акредитив шляхом прийняття додатково до зобов'язання банку-емітента зобов'язання провести платіж відповідно до умов акредитива.

Безвідкличний акредитив, підтверджений виконуючим банком, не може бути змінений або анульований без згоди виконуючого банку. Підтвердження безвідкличного акредитива означає прийняття виконуючим банком додаткового до зобов'язання банку-емітента самостійного зобов'язання щодо здійснення платіжу у відповідності з умовами акредитиву.

Оскільки акредитив є зобов'язанням спрямованим на проведення платежів, то відтак умови акредитива є умовами виконання цього грошового зобов'язання. Для виконання акредитива одержувач грошових коштів подає до виконуючого банку документи, які передбачені умовами акредитива, що підтверджують виконання всіх умов акредитива. При цьому, банки повинні дотримуватися принципу дотримання суворої відповідності документів. Банки зобов'язані перевіряти всі, передбачені акредитивом, документи з розумною старанністю з тим, щоб упевнитися, що за зовнішніми ознаками вони відповідають строкам та умовам акредитива. Акредитив має містити лише ті умови, які банк може перевірити документально. Реквізити, що передбачені формою заяви, є обов'язковими (крім реквізиту "Додаткові умови"), і тому в разі відсутності одного з них акредитив не відкривається і заява повертається заявнику без виконання. Якщо перелік документів не вміщується на бланку заяви, то заявник акредитива подає його окремим додатком, кількість примірників якого має відповідати кількості примірників заяви. Оригінал цього додатка підписується уповноваженими особами та скріплюється відбитком печатки заявника акредитива. Відповідність передбачених документів за зовнішніми ознаками строкам та умовам акредитива визначатиметься встановленими міжнародними банківськими звичаями відповідно до Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів. Документи, не передбачені в акредитиві, не перевіряються банками. Одержавши такі документи, вони повертають їх особі, що надала такі документи, або передаватимуть, їх не беручи на себе відповідальності. Виконуючий банк має розумний строк, що не перевищує 7 банківських днів з

наступного дня після прийняття документів, для перевірки документів і ухвалення рішення про їх прийняття чи повернення, а також для повідомлення відповідного рішення особі, що надала документи.

Якщо акредитив передбачає умови без зазначення документів, що подаються у відповідності з ними, банк вважає ці умови невказаними і не розглядає їх. У цьому випадку виконання акредитива не провадиться.

Якщо виконуючий банк відмовляє у прийнятті документів, які за зовнішніми ознаками не відповідають умовам акредитива, він повинен негайно повідомити про це одержувача грошових коштів і банк-емітент з визначенням причин відмови. Відповідно до статті 14 Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів, одержавши документи, виконуючий банк, що діє від їхнього імені, повинен вирішити, виключно на основі самих документів, чи відповідають вони за зовнішніми ознаками строкам та умовам акредитива. Якщо документи за зовнішніми ознаками не відповідають строкам та умовам акредитива, виконуючий банк може відмовити у прийнятті цих документів. Якщо виконуючий банк вирішив відмовити у прийнятті документів, він повинен негайно сповістити про це за допомогою телетрансмісійного повідомлення, або, якщо це неможливо, іншим прискореним шляхом, не пізніше, як за сім банківських днів з дня, наступного після прийняття документів. Таке повідомлення надсилається банку, від якого одержані документи, або бенефіціару, якщо документи одержані безпосередньо від нього. У такому повідомленні мають бути вказані всі розходження, через які банк відмовляє в прийнятті документів.

Якщо банк-емітент, одержавши прийняті виконуючим банком документи, вважає, що вони не відповідають за зовнішніми ознаками умовам акредитива, він має право відмовитися від їх прийняття і вимагати від виконуючого банку суму, сплачену одержувачеві грошових коштів з порушенням умов акредитива, а по непокритому акредитиву відмовитися від відшкодування сплачених сум.

За акредитивною формою розрахунків місцем платежу є виконуючий банк, в якому, як правило, знаходиться рахунок одержувача коштів з акредитива (бенефіціара). В залежності від умов договору, на підставі якого здійснюються платежі з акредитива, одержувачем коштів може бути і сам кредитор, і

значена ним особа. Відповідно, місцем платежу буде або банк, де рахунок відкритий кредитору, або банк, де відкритий рахунок зазначеної ним особи⁴⁹¹.

Щодо прийняття виконання платежу, то слід зазначити, що це може зробити як сам бенефіціар, так і особа, якій він відступив право вимоги одержання коштів. Разом з тим, відступлення права бути стороною по акредитиву не допускається, якщо інше не обумовлено в ньому.

На підтвердження того, що акредитив не є договором варто звернутися до норми статті 1098 ЦК України, яка передбачає не припинення, закінчення або розірвання акредитиву, а його закриття. У всіх аккредитивах, а точніше в заяві на відкриття акредитиву, обов'язково має передбачатися дата закінчення строку і місце подання документів для платежу. Дата, яку зазначено в заяві, є останнім днем для подання бенефіціаром до оплати реєстру документів за акредитивом та документів, передбачених умовами акредитива. Банки мають здійснювати контроль за строком дії акредитива, який зазначений у заяві. Підстави, за яких закривається акредитив, передбачені статтею 1098 ЦК України. Акредитив закривається у разі: спливу строку дії акредитива; відмови одержувача грошових коштів від використання акредитива до спливу строку його дії, якщо це передбачено умовами акредитива; повного або часткового відкликання акредитива платником, якщо таке відкликання передбачене умовами акредитива.

Про закриття акредитива виконуючий банк повідомляє банк-емітент.

Відповідно до Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті у день закінчення строку дії акредитива, кошти за яким заброньовані у виконуючому банку, останній в кінці операційного дня меморіальним ордером списує кошти з аналітичного рахунку "Розрахунки за акредитивами" та перераховує в банк-емітент на рахунок, з якого вони надійшли. Банк-емітент зараховує одержані кошти на рахунок заявника акредитива та списує відповідну суму з відповідного позабалансового рахунку, що призначений для обліку акредитивів.

Виконуючий банк одночасно з закриттям акредитива негайно повертає банку-емітентові невикористану суму покритого

⁴⁹¹ Новоселова Л.А. Там само. – с.141.

акредитива. Банк-емітент повинен зарахувати повернені суми на рахунок платника, з якого депонувалися грошові кошти.

У розділі VIII Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті зазначено, що про закриття непокритого акредитива в зв'язку з закінченням строку його дії виконуючий банк надсилає повідомлення банку-емітенту електронною поштою або іншими засобами зв'язку, що передбачені договором між банками, та списує суму акредитива з відповідного позабалансового рахунку, що призначений для обліку акредитивів. Після отримання повідомлення про закриття акредитива банк-емітент списує відповідну суму з відповідного позабалансового рахунку, що призначений для обліку акредитивів.

Враховуючи вищезазначене пропонуємо наступне узагальнене визачення акредитиву.

Акредитив – це комплексний юридико-технічний засіб здійснення платежу під умовою пред'явлення документів, що складається з системи послідовних взаємопов'язаних самостійних правочинів, вчинення яких передбачає проведення банківських операцій, спрямованих на виконання грошового зобов'язання платника за основним договором на користь бенефіціара (одержувача).

Слід зазначити, що в основі розрахункових відносин за акредитивом лежить грошове зобов'язання банку. У деяких випадках невиконання банком доручень клієнта щодо виконання акредитиву може бути кваліфіковане як прострочення виконання грошового зобов'язання, що, як наслідок, тягне за собою застосування спеціальних мір відповідальності, передбачених статтею 1097 ЦК України.

Специфіка розрахункових відносин при виконанні акредитива може передбачати залучення виконуючого банка. У такому випадку банк-емітент, відповідно до статті 618 ЦК України, відповідає за порушення зобов'язання залученим ним банком, на який покладено виконання акредитива (стаття 528 ЦК України), якщо договором або законом не встановлено відповідальність безпосереднього виконавця. Саме таких два винятки з загального правила міститься у статті 1097 ЦК України, якою передбачена відповідальність виконуючого банка. Так, у разі необґрунтованої відмови у виплаті або неправильної виплати грошових коштів за акредитивом

внаслідок порушення виконуючим банком умов акредитива виконуючий банк несе відповідальність перед банком-емітентом.

При порушенні умов акредитива, як правило, платник звертає свої вимоги до банку-емітента, оскільки вони знаходяться в договірних відносинах. Проте Цивільним кодексом передбачено, що в разі порушення виконуючим банком умов покритого акредитива або підтвердженого ним безвідкличного акредитива відповідальність перед платником може бути за рішенням суду покладена на виконуючий банк.

Розрахункові правочини за інкасовими дорученнями

При розрахунках за інкасовими дорученнями (за інкасо) банк-емітент вчиняє ряд дій (здійснює банківську операцію з інкасування) з метою одержання від платника платежу та (або) акцепту платежу (згода на оплату або гарантування оплати документів) на користь свого клієнта.

Умови застосування та порядок здійснення розрахунків за інкасовими дорученнями встановлюються законом, банківськими правилами та звичаями ділового обороту. При укладені договору на виконання розрахунків за інкасовим дорученням сторони можуть передбачити положення, які містяться в Уніфікованих правилах по інкасо, що розроблені міжнародною торговельною палатою (м. Париж, публікація МТП № 322)⁴⁹². Таким чином, правила будуть обов'язковими для виконання сторонами, якщо інше не обумовлено імперативними нормами чинного законодавства України.

Природа правовідносин за інкасо може бути пояснена лише в межах конструкції складного розрахункового зобов'язання за участі стягувача, платника, банків, що їх обслуговують, а також за можливої участі банка-посередника.

Інкасову операцію банк здійснює за дорученням та за рахунок клієнта. Відповідно до Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті інкасування (інкасо) це здійснення банком за дорученням клієнта операцій з розрахунковими та супровідними документами з метою одержання платежу або передавання розрахункових та/або супровідних документів проти платежу, або передавання розрахункових та/або супровідних

⁴⁹² Перевод с английского по Инструкции Внешторгбанка СССР № 1 от 25 декабря 1983 года о порядке совершения банковских операций по международным расчетам. – М., 1986.

документів на інших умовах⁴⁹³. У цьому визначенні запропонована загальна схема здійснення банківських операцій та порядок документообігу платіжних засобів.

Інкасове доручення супроводжується визначенням договором певним переліком розрахункових документів, документів, що підтверджують відвантаження товару, його вартість, документи на виконання робіт або надання послуг. Банк повинен перевіряти відповідність реквізитів та фактичних даних розрахункових документів з тими, що містяться в інкасовому дорученні. Якщо виконуючий банк помічає відсутність певного документа або певний документ за зовнішніми ознаками не відповідає інкасовому дорученню, банк відповідно до частини 1 статті 1100 ЦК України повинен негайно повідомити про це особу, яка надала інкасове доручення. У разі неусунення зазначених недоліків банк зобов'язаний повернути документи без виконання. Строк на усунення недоліків може бути передбачений договором, але він не може перевищувати терміну прийняття до виконання відповідного розрахункового документа, який встановлюється банківськими правилами.

На думку Н. Яхниної, інкасове доручення хозоргана Держбанку не договір, а односторонній правочин, який є обов'язковим для виконання банком в силу того, що за договором розрахункового рахунка банк прийняв на себе загальний обов'язок виконувати всі доручення свого клієнта⁴⁹⁴. Цю позицію не поділяла К. Флейшиц, яка зазначала, що не односторонній правочин, яким, безперечно, є пред'явлення на інкасо банку платіжної вимоги, зобов'язує установу банку виконувати інкасове доручення постачальника. Його зобов'язує до цього договір розрахункового рахунку, який встановив його загальний обов'язок виконувати доручення держателя розрахункового рахунка за сумами цього рахунка⁴⁹⁵.

Протилежність позицій двох відомих авторів можна пояснити тим, що здійснення інкасування передбачає вчинення ряду правочинів за участю банків та їх клієнтів. Підставою для проведення такої банківської операції є договір доручення (стаття 1000 ЦК України) між одержувачем коштів і банком-емітентом на проведення

⁴⁹³ Пункт 1.4. Там само.

⁴⁹⁴ Яхнина Н.А. Правоотношения социалистических организаций при акцептной форме расчетов: Автореферат ... дис. канд. юрид. наук. – М., 1951. – с.16.

⁴⁹⁵ Флейшиц Е.А. Расчетные и кредитные правоотношения. – М., 1956. – с.114.

інкасування, який укладається на виконання договору банківського рахунка. Проте, при здійсненні інкасування банком-емітентом можуть бути залучені інші банківські установи, що передбачає вчинення ряду односторонніх та двосторонніх правочинів.

Зобов'язання щодо виконання розрахунків за інкасо, окрім певних договорів, ґрунтується на односторонніх правочинах, про що зазначають ряд авторів. Так, Я. Кунік зазначає, що з правових позицій платіжна вимога, висловлюючи волевиявлення лише одержувача грошей – кредитора, є одностороннім право чиним, пов'язаним з договором банківського рахунка⁴⁹⁶. Професор Л. Ефімова стверджує, що за розрахунками у порядку інкасо односторонніми розрахунковими правочинами є: акцепт платником пред'явлених йому для платежу розрахункових і комерційних документів, списання виконуючим банком коштів з рахунку платника; зарахування банком-посередником (ЦБ РФ) інкасованих сум на кореспондентський рахунок банку одержувача платежу; зарахування банком одержувача платежу інкасованих сум на рахунок одержувача платежу⁴⁹⁷.

За банківськими правилами розрахунки в порядку інкасо здійснюються на підставі платіжної вимоги-доручення (розрахунковий документ, що містить вимогу одержувача безпосередньо до платника сплатити суму грошей та доручення платника банку, що його обслуговує, здійснити переказ визначеної платником суми грошей з свого рахунка на рахунок одержувача), платіжної вимоги (розрахунковий документ, що містить вимогу стягувача або при договірному списанні отримувача до обслуговуючого платника банку здійснити без погодження з платником переказ визначеної суми грошей з рахунку платника на рахунок одержувача). Зарубіжні банки на інкасо приймають різні грошові та товарно-розрахункові документи: векселі, чеки, акції, облігації, заставні тощо.

Особливість інкасових операцій у внутрішніх розрахунках полягає у тому, що документи, виставлені на інкасо, спрямовуються банком стягувача банкам платників найчастіше за умови між ними кореспондентських відносин. Тим не менш банківські правила

⁴⁹⁶ Кунік Я.А. Кредитные и расчетные отношения в торговле. – М., 1970. – с.138.

⁴⁹⁷ Ефимова Л.Г. Там само. – с.328.

покладають на банки стягувачів обов'язок приймати подібні доручення⁴⁹⁸.

Банк-емітент, який одержав інкасове доручення, має право залучати для його виконання інший банк (виконуючий банк). Зміст договору доручення на виконання інкасо між банком-емітентом та виконуючим банком є тотожним до договору доручення між одержувачем коштів і банком-емітентом на проведення інкасування (за умови, якщо між цими сторонами відсутній договір банківського рахунка). Дія банку щодо ініціювання списання коштів з рахунка платника розглядається як односторонній правочин, а вже здійснення операції з переказу коштів на кореспондентський рахунок банка-емітента відбувається на підставі зазначеного договору.

Інструкція про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті передбачає, що банк, повертаючи розрахунковий документ у день його надходження, має зробити на його зворотному боці напис про причину повернення документа без виконання (з обов'язковим посиланням на статтю закону України, відповідно до якої розрахунковий документ не може бути виконано, або/та розділ/пункт нормативно-правового акта Національного банку, який порушено) та зазначити дату його повернення (це засвідчується підписами відповідального виконавця і працівника, на якого покладено функції контролера, та відбитком штампа банку). Напис про причину повернення без виконання платіжної вимоги стягувача на примусове списання, стягнення коштів засвідчують підписами керівник (його заступник) і головний бухгалтер (його заступник) банку/філії. У відділенні цей напис засвідчує підписом його керівник (у разі його відсутності – уповноважений працівник).

Банк платника подає документи своєму клієнту у тій формі, в якій вони одержані, за винятком банківських відміток і написів, необхідних для оформлення інкасової операції. Так, наприклад, банк платника на всіх примірниках прийнятих розрахункових документів і на реєстрах обов'язково заповнює реквізити "Дата надходження" і "Дата виконання", засвідчуючи їх підписом відповідального виконавця та відбитком штампа банку. На документах, прийнятих банком після закінчення операційного часу, крім того, ставиться штамп "Вечірня". Банк не має права робити виправлення в

⁴⁹⁸ Новоселова Л.А. Там само. – с.100.

розрахунковому документі клієнта, за винятком випадків, обумовлених нормативно-правовими актами Національного банку.

Документи, що підлягають оплаті при їх поданні (платіжна вимога-доручення, платіжна вимога), виконуючий банк зобов'язаний подати до платежу негайно з отриманням інкасового доручення.

Якщо документи підлягають оплаті в інший строк, виконуючий банк повинен для одержання акцепту платника подати документи для акцепту негайно з отриманням інкасового доручення, а вимогу платежу має здійснити не пізніше, ніж у день настання строку платежу, визначеного у документі. Платіжна вимога-доручення, що надійшла до банку платника оплачується платником у порядку акцепта. При згоді повністю або частково оплатити платіжну вимогу-доручення платник оформлює її підписами осіб, що уповноважені розпоряджатися рахунком і відбитком печатки на всіх екземплярах, які передає до обслуговуючого банку.

Банківськими правилами передбачена часткова оплата платіжних вимог. Факт списання банком коштів з рахунку клієнта та їх зарахування на рахунок оформляється меморіальним ордером за формою, яка міститься у додатках до цієї Інструкції. Дата складання меморіального ордера має відповідати даті списання коштів з рахунку платника. Меморіальний ордер засвідчується підписами відповідального виконавця банку, який його оформив, і працівника, на якого покладено функції контролера, та відбитком штампа банку. Меморіальний ордер, що оформлений для перерахування коштів на рахунки клієнтів-одержувачів (фізичних та юридичних осіб), які відкриті в інших банках, засвідчується підписами керівника (його заступника) і головного бухгалтера (його заступника) банку або підписами уповноважених згідно з внутрішніми нормативними документами банку осіб. В інкасовому дорученні може бути передбачена умова щодо прийняття часткових платежів за наявності спеціального дозволу одержувача. Якщо такий дозвіл відсутній, то відповідно до статті 529 ЦК України, одержувач може не приймати від платника виконання його зобов'язання частинами.

Одержані (інкасовані) суми негайно передаються виконуючим банком у розпорядження банку-емітента, який повинен зарахувати ці суми на рахунок клієнта. Виконуючий банк має право відрахувати з інкасованих сум належні йому кошти як оплату банківських послуг

та провести відшкодування витрат та (або) видатків, що були ним понесені при здійсненні відповідної операції.

Обов'язком банків (виконуючого банка та банка-емітента) є інформування одержувача коштів про хід виконання інкасового доручення. Це з однієї сторони, зумовлено тим, що банки є представниками одержувача, а з іншої сторони, для одержувача важливо знати чи погашене платником грошове зобов'язання. Адже в даному випадку не застосовується загальна норма статті 532 ЦК України щодо місця виконання грошового зобов'язання, яка передбачає, що таким місцем є місцезнаходження кредитора. При розрахунках за інкасовими дорученнями сутність праввідносин передбачає, що місцем погашення грошового зобов'язання є місцезнаходження представника одержувача, тобто виконуючого банка або банка-емітента (якщо він самостійно виконує функції виконуючого банка).

Таким чином, з моменту списання суми боргу за поставлений товар, надані послуги або виконані роботи з рахунка платника погашається його грошове зобов'язання перед одержувачем платежу. Якщо платіж та (або) акцепт не були отримані, у строк передбачений договором платник вважається таким, що прострочив виконання свого зобов'язання (стаття 612 ЦК України). При цьому, виконуючий банк повинен негайно повідомити банк-емітент про причини неплатежу або відмови від акцепту. Банк-емітент повинен негайно повідомити про це клієнта, запитавши у нього вказівки щодо подальших дій.

У разі неотримання вказівок щодо подальших дій у строк, встановлений банківськими правилами, а якщо він не встановлений, – у розумний строк виконуючий банк має право повернути документи банку-емітентові.

Послуги банка щодо проведення розрахунків за допомогою інкасо є відплатними, розмір яких залежить від виду операції. На практиці розрізняють декілька видів інкасових операцій:

- просте (чисте) інкасо – операція, відповідно до якої, банк зобов'язується отримати гроші від третьої особи на підставі платіжної вимоги, яка не супроводжується комерційними документами;

- документарне (комерційне) інкасо – операція, відповідно до якої, банк зобов'язується пред'явити третій особі, отримані від свого

клієнта документи, як правило, товаророзпорядчі, і видати їх цій особі тільки проти платежу або проти акцепту платежу.

У разі коли інкасове доручення містить у собі вказівку, що винагорода банка-емітента за здійснення операцій з інкасо повинна бути віднесена на рахунок платника, а платник відмовляється її сплатити, виконуючий банк може передати документи проти платежу або акцепту без інкасування відповідної суми винагороди, якщо тільки інкасове доручення прямо не передбачає, що відмова від права на таку винагороду не може мати місця. Якщо в оплаті суми винагороди по інкасо відмовлено, виконуючий банк зобов'язаний інформувати відповідно банк-емітент. У такому випадку суму винагороди банк-емітент може віднести на рахунок клієнта і відповідно до договору банківського рахунка одержати з суми виручки, яку отримав останній по завершенню інкасових розрахунків.

Розрахунки з застосуванням розрахункових чеків

До системи платіжних засобів, що використовуються у безготівкових розрахунках, відноситься чек. Незважаючи на поширення в сучасних умовах торговельного обороту застосування платіжних карток, чеки відіграють значну економічну роль у зменшенні кількості необхідних для обігу готівкових грошових коштів.

Інструкцією про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті передбачено, що розрахункові чеки використовуються у безготівкових розрахунках юридичних та фізичних осіб з метою скорочення розрахунків готівкою за отримані товари, виконані роботи та надані послуги.

Звертаючись до природи чека, Г. Шершеневич визначав чек як заснований на договорі письмовий наказ банку здійснити сплату пред'явнику документа за рахунок сум, що числяться в банку за тим, хто видав чек. За своєю юридичною природою чек наближений до переказного векселя⁴⁹⁹. Це підтверджував і Л. Лунц, який також відповідав на питання чи мають чек і вексель значення грошових знаків і чи можна юридично прирівняти платів шляхом векселя та чека до платежу грошима? Він зазначив, що за всіма правовими системами вексель та чек передаються шляхом або на заміну

⁴⁹⁹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. II: Товар. Торговые сделки. – М.: "Статут", 2003. – с.428 – 429.

грошового платежу, або для отримання грошового платежу, але ніколи не в якості грошового платежу⁵⁰⁰.

Традиційно у країнах континентального права чек є різновидом цінних паперів. Така позиція відображена у ЦК РФ. Чеком визнається цінний папір, ничим не обумовлене розпорядження чекодавця банку здійснити платіж зазначеної в ньому суми чекодержателю⁵⁰¹. Закріплення за чеком титулу цінного паперу дає можливість використовувати його не лише як платіжний засіб у системі безготівкових розрахунків, а також як об'єкт речового права.

У Великій Британії чек розглядається як різновид переказного векселя, що виписаний банку для сплати на вимогу. Поряд з тим, що чек є обіговим інструментом, це також і мандат, яким клієнт наділяє свій банк правом і дає йому наказ заплатити чекодержателю, та предмет власності, "майно у вимогах". Властивість чека виступати як мандат пояснює доволі поширену практику, коли клієнти виписують „чеки" на власні банки до виплати "готівкових" або "зарплати". Для банку чеки залишаються законними наказами заплатити зазначену суму з рахунка клієнта⁵⁰².

Відповідно до статті 1102 ЦК України розрахунковим чеком (чеком) є документ, що містить нічим не обумовлене письмове розпорядження власника рахунку (чекодавця) банку переказати вказану в чеку грошову суму одержувачеві (чекодержателю). Законодавством України чек не визнається цінним папером. Чеки використовуються тільки для безготівкових перерахувань з рахунку чекодавця на рахунок одержувача коштів.

Законодавством окремо не передбачено укладення спеціального договору, який міг би регулювати безготівкові розрахункові відносини за допомогою чека. Дійсність чека як документа не може залежати від наявності чи відсутності чекового договору. Професор С. Ландкоф зазначав, що зобов'язання банку оплачувати чек не є результатом особливого договору або договору названого чековим, подібно до того, як зобов'язання трасата не є результатом особливого

⁵⁰⁰ Луцц Л.А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. – М.: Статут 1999. – с.290.

⁵⁰¹ Статья 877 Гражданского кодекса Российской Федерации. Части первая и вторая. Официальный текст. – М.: Издательско-торговая фирма КОДЕКС, 1996. – с.346.

⁵⁰² Полфреман Д., Форд Ф. Основы банковского дела. – М.: ИНФРА-М, 1996. – с.315 – 316.

вексельного договору. Зобов'язання банку-платника за чеком, якщо воно останнім визнається, є результатом договору поточного рахунка⁵⁰³. Банківською практикою не вироблена єдина позиція щодо конструктивного оформлення чеково-розрахункових відносин. Підґрунтям цих відносин може бути як договір банківського рахунку так і чековий договір. При цьому, чековий договір не є додатковим до договору банківського рахунку, адже ці два договори розглядаються як самостійні.

Запровадження платежів чеками передбачено за умови безготівкових розрахунків. Банківськими правилами передбачена заборона юридичним особам здійснювати обмін розрахункового чека на готівку та отримувати здачу з суми чека готівкою. Проте фізичні особи можуть обмінювати розрахунковий чек на готівку або отримувати здачу з суми розрахункового чека готівкою, але не більше, ніж 20 відсотків від суми цього чека.

Абстрактний характер чека пропонується розуміти наступним чином. Властивість абстрактності характеризує взаємовідносини кредитора з боржником. Боржником по чеку є чекодавець, кредитором – чекодержатель. Якщо платник необґрунтовано відмовить в оплаті чека, він відповідає перед клієнтом (чекодавцем) за порушення умов укладеного договору. Що стосується чекодержателя, то він звертає свої вимоги безпосередньо до чекодавця (зобов'язаній особі, що поставила свій підпис на чекові), а не до банку⁵⁰⁴.

Розрахункові правовідносини з використанням чеків мають свої конструктивні особливості. Платником за чеком може бути лише банк, в якому чекодавець має грошові кошти на рахунку, якими він може розпоряджатися. Прийняття банком на себе зобов'язання по оплаті чека може виникати на підставі договору банківського рахунку або відповідно до чекового договору (договору на обслуговування розрахункових чеків), який доповнює відносини між банком та клієнтом щодо застосування чеків при здійсненні розрахунків.

Відкликання чека до спливу строку для його подання не допускається. Інструкцією про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті передбачено, що розрахунковий чек з чекової

⁵⁰³ Ландкоф С.Н. Торговые сделки. Теория и практика. – Харьков. 1929. – с.262.

⁵⁰⁴ Беляева О.А. Правовое регулирование чекового обращения в Российской Федерации: Автореферат ... дис. канд. юрид. наук.12.00.03. – М., 2002. – с.12.

книжки пред'являється до оплати в банк чекодержателя протягом 10 календарних днів (день виписки розрахункового чека не враховується). Строк дії чекової книжки – один рік, розрахункового чека, який видається фізичній особі для одноразового розрахунку, – три місяці з дати їх видачі. День оформлення чекової книжки або розрахункового чека не враховується. Розрахункові чеки, виписані після зазначеного строку, вважаються недійсними і до оплати не приймаються. Строк дії невикористаної чекової книжки може продовжуватися за погодженням з банком-емітентом, про що він робить відповідну відмітку на обкладинці чекової книжки (у правому верхньому куті), яка засвідчується підписом головного бухгалтера і відбитком штампа банку.

Відносини між чекодавцем та чекодержателем регулюються відповідним цивільно-правовим договором (купівлі-продажу, підряду тощо). При цьому чек є самостійним зобов'язанням, незалежним від основного. Видача чека не погашає грошового зобов'язання, на виконання якого він виданий. Грошове зобов'язання продовжується до моменту оплати чека платником. З моменту оплати чека платником грошове зобов'язання по основному договору погашається.

Порядок та умови використання чеків встановлюються Цивільним кодексом України, законами України "Про Національний банк України", "Про банки і банківську діяльність", "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні", іншими законодавчими актами України, та нормативно-правовими актами Національного банку України, зокрема, Інструкцією про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, що затверджена Постановою Правління Національного банку України від 21.01.2004 року № 22. При укладенні договору на виконання розрахунків за інкасовим дорученням сторони можуть передбачити положення, що містяться у Додатку №1 до Женевської конвенції, що встановлює Уніфікований закон про чеки 1931 р., які будуть обов'язковими для виконання сторонами, якщо інше не буде обумовлено імперативними нормами чинного законодавства України.

Розрахунковий чек обов'язково має містити всі реквізити, що передбачені його формою та додатком 8 до Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, і заповнюється від руки (кульковою ручкою, чорнилом темного

кольору) або з використанням технічних засобів (місяць видачі та сума розрахункового чека мають зазначатися словами). Чек, в якому відсутній будь-який з реквізитів або до якого внесені виправлення, замість підпису використовується факсиміле, є недійсним.

Форма чека та порядок його заповнення встановлюються законом і банківськими правилами. Розрахункові чеки виготовляються на замовлення банку Банкотно-монетним двором Національного банку чи іншим спеціалізованим підприємством на спеціальному папері з дотриманням усіх обов'язкових вимог, передбачених Інструкцією про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, за зразком, затвердженим Національним банком. Розрахункові чеки (додаток 5 Інструкції) брошуруються у чекові книжки по 10, 20, 25 аркушів. Розрахункові чеки, що використовуються фізичними особами для здійснення одноразових операцій, виготовляються як окремі бланки, їх облік банки ведуть окремо від чекових книжок. Розрахункові чеки та чекові книжки є бланками суворого обліку.

Банком-платником оплачується чек за рахунок грошових коштів чекодавця. Кошти, за рахунок яких проводяться платежі, можуть знаходитися на рахунку чекодавця, з якого списуються банком при оплаті по чеку. Чековим договором може бути передбачено депонування грошових коштів для покриття платежів по чеку або банк-платник може надати кредит за рахунок якого покриваються чекові платежі.

Порядок та умови бронювання грошових коштів на рахунок для розрахунків із застосуванням чеків встановлюються банківськими правилами. Так, відповідно до Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті для гарантованої оплати розрахункових чеків чекодавець бронює кошти на окремому аналітичному рахунку "Розрахунки чеками" відповідних балансових рахунків (далі – аналітичний рахунок "Розрахунки чеками") у банку-емітенті. Для цього разом з заявою на видачу чекової книжки чекодавець подає до банку-емітента платіжне доручення для перерахування коштів на аналітичний рахунок "Розрахунки чеками" (фізична особа може подавати заяву про перерахування коштів за відповідною формою на перерахування коштів з її рахунку або вносити суму готівкою). Чекову книжку на ім'я чекодавця (фізичної особи) банк-емітент видає на суму, що не перевищує залишок

коштів на рахунку чекодавця. Один або кілька розрахункових чеків на ім'я чекодавця (фізичної особи) банк-емітент може видати на суму, що не перевищує залишок коштів на рахунку чекодавця, або на суму, що внесена ним готівкою.

Чек підлягає оплаті платником за чеком за умови подання його до оплати у строк, встановлений банківськими правилами. Відповідно до положення Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті розрахунковий чек з чекової книжки пред'являється до оплати в банк чекодержателя протягом 10 календарних днів (день виписки розрахункового чека не враховується).

Платник за чеком повинен пересвідчитись усіма можливими способами в справжності чека, а також у тому, що пред'явник чека є уповноваженою особою. Приймаючи розрахунковий чек до оплати за товари (виконані роботи, надані послуги), чекодержатель, відповідно до Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, перевіряє:

- відповідність його встановленому зразку;
- правильність заповнення;
- відсутність виправлень;
- відповідність суми корінця чека сумі, зазначеній на самому чеку;
- строк дії;
- достатність залишку ліміту за чековою книжкою для оплати чека;
- наявність на ньому чіткого відбитка штампа або печатки банку та даних чекодавця (прізвища, ім'я, по батькові – фізичної особи, даних документа, що засвідчує цю особу).

Після цього чекодержатель встановлює особу пред'явника розрахункового чека за документом, що її посвідчує. Після зазначеної перевірки чекодержатель відриває (відрізає) розрахунковий чек від корінця, ставить на звороті чека та корінці календарний штамп і підписує цей чек, а також робить відмітку у відомості про прийняті до оплати розрахункові чеки. Розрахунковий чек, оформлений з порушенням вимог банківських правил, до оплати не приймається. Банк чекодержателя зобов'язаний перевірити заповнення реквізитів реєстру чеків згідно з вимогами встановленими банківськими правилами та своєчасність пред'явлення їх до оплати.

Збитки, завдані у зв'язку з оплатою підробленого, викраденого або втраченого чека, покладаються на платника за чеком або чекодавця – залежно від того, з чийої вини вони були завдані.

Якщо чекодавець і чекодержатель обслуговуються в одному банку, то після перевірки правильності заповнення реквізитів розрахункових чеків і реєстру чеків банк на підставі першого примірника реєстру чеків списує кошти з відповідного рахунку чекодавця та зараховує їх на рахунок чекодержателя. У разі здійснення клієнтами різних банків розрахунків чеками банк чекодержателя приймає чеки з реєстром чеків і разом з другим та третім примірниками цього реєстру інкасує їх до банку-емітента. У цьому разі кошти на рахунок чекодержателя зараховуються банком, що його обслуговує, тільки після отримання їх від банку-емітента. Подання чека до банку чекодержателя на інкасо для одержання платежу вважається поданням чека до платежу. Прийняті на інкасо розрахункові чеки обліковуються за відповідним позабалансовим рахунком групи "Документи та цінності, що прийняті і відіслані на інкасо". Останній примірник реєстру чеків повертається чекодержателю з відміткою про оплату, якщо клієнти обслуговуються в одній установі банку, або з відміткою про дату прийняття його на інкасо, якщо клієнти обслуговуються в різних банках.

Умови інкасування розрахункових чеків повинні зазначатися в договорі банківського рахунку. На підставі договору банківського рахунку банк чекодержателя зобов'язаний прийняти чеки та провести їх інкасування, тобто за дорученням клієнта пред'явити їх для оплати платнику у порядку, встановленому статтею 1100 ЦК України.

Оформлення чека на спеціальному бланку є одним з засобів захисту від оплати підробного чеку. Бланк з чекової книжки є свідченням того, що чекодавець дійсно має поточний рахунок у відповідному банку. Зробивши перевірку чеків на їх відповідність нормативним актам Національного банку України, банк-платник на підставі першого примірника реєстру чеків списує кошти з рахунку чекодавця та перераховує їх на рахунок чекодержателя. Зарахування коштів за інкасованим чеком на рахунок чекодержателя провадиться після одержання платежу від платника, якщо інше не передбачено договором між чекодержателем і банком. Обов'язком банку в якому обслуговується чекодержатель, є зарахування коштів на рахунок чекодержателя, як тільки вони поступили на кореспондентський рахунок банку від банка-платника.

Банк-платник може відмовитися від оплати розрахункового чека, якщо:

- чек або реєстр чеків заповнено з порушенням вимог цього розділу або є виправлення, замість підпису стоїть факсиміле;
- чек виписаний чекодавцем на суму, більшу, ніж заброньована на аналітичному рахунку "Розрахунки чеками".

У разі відмови за цих причин оплатити розрахунковий чек банк-платник викреслює цей чек з реєстру чеків, виправляє загальний підсумок і не пізніше наступного робочого дня надсилає його до банку чекодержателя. Одночасно банк-платник повідомляє електронною поштою банк чекодержателя про причини неоплати розрахункового чека.

Банк чекодержателя, отримавши розрахунковий чек і повідомлення про причини неоплати цього чека, списує суму реєстру чеків з відповідного позабалансового рахунку групи "Документи та цінності, що прийняті і відіслані на інкасо" та повертає розрахунковий чек чекодержателю з зазначенням причин його неоплати. Чекодержатель повинен повідомити чекодавця про неплатіж протягом двох робочих днів, наступних за днем вчинення протесту або рівнозначного акта.

Особа, що не надіслала повідомлення у зазначений строк, не втрачає своїх прав. Вона відшкодовує збитки, які можуть статися внаслідок неповідомлення про несплату чека. Розмір відшкодовуваних збитків не може перевищувати суми чека.

Наслідки несплати чека передбачені статтею 1106 ЦК України. Банк-платник несе відповідальність перед чекодержателем у разі безпідставної відмови щодо оплати чека. У цьому випадку чекодержатель має право пред'явити позов до суду з вимогою оплати суми чека. Крім вимоги щодо оплати чека, чекодержатель має право вимагати від банку-платника відшкодування витрат, пов'язаних з одержанням оплати, а також процентів у відповідності з частини 2 статті 625 ЦК України.

Позов чекодержателя до банку-платника може бути пред'явлений протягом одного року з дня закінчення строку пред'явлення чека до оплати. Якщо разом з банком-платником солідарно несе відповідальність інший банк (наприклад, банк-аваліст), то регресні вимоги за позовами зобов'язаних осіб погашаються протягом одного року з дня, коли відповідна зобов'язана особа задовольнила вимогу, або з дня пред'явлення до цієї особи позову чекодержателя.

4. Окремі банківські правочини в кредитних операціях

4.1. Кредитний договір

Банківська система України шляхом надання кредитів організовує та обслуговує рух фінансового капіталу, забезпечує його залучення, акумуляцію та перерозподіл у ті сфери виробництва та обігу, де виникає дефіцит грошових коштів. Для кредиту велике значення має така його економічна характеристика як зворотній рух вартості.

Історично поняття кредиту та позики ґрунтуються на запровадженому римськими юристами латинському терміні *mutuum*, частково синонім *creditum*, позика, передача родових речей (особливо грошей) позичальнику з тим, щоб той через деякий час повернув таку ж кількість речей того ж роду та такої самої якості.

Кредит (лат. *creditum* – позика – від *credo* – вірю, довіряю), надання грошей або товарів у борг (користування на строк на умовах повернення) и, як правило, зі сплатою відсотка. Виступає як банківський и комерційний. Особлива форма кредиту – міжнародний кредит⁵⁰⁵.

Основними джерелами формування *банківських кредитних ресурсів* є власні кошти банків; залишки на розрахункових та поточних (валютних) рахунках; залучені кошти юридичних та фізичних осіб на депозитні рахунки на вимогу та строкові; міжбанківські кредити та кошти, одержані від випуску цінних паперів. Принцип здійснення діяльності банку в межах реально залучених ресурсів, вимагає створення відповідних договірних конструктивних форм, що могли б забезпечувати належне регулювання кредитних відносин з використанням певного інструментарію – банківських операцій.

Економічне обґрунтування поняття кредиту досить часто розглядається через призму форми руху позичкового капіталу⁵⁰⁶. Проте такий суто економічний підхід не виображає юридичної сутності цього поняття. Тим більш, що кредитні відносини не завжди пов'язані з рухом грошових коштів. Так наприклад, відносини, що пов'язані з відстрочкою платежу за поставлений товар, факторингові операції, андеррайтинг тощо не містять дій

⁵⁰⁵ Див.: Большой энциклопедический словарь. <http://www.Academic.ru>.

⁵⁰⁶ Антонов Н.Г., Пессель М.А. Денежное обращение, кредит и банки. – М.: Финстатинформ, 1995. – с.21.

щодо надання коштів, але передбачають виникнення зобов'язання спрямованого на погашення зобов'язання шляхом сплати певної грошової суми.

Оскільки надання кредиту є специфічною формою грошових відносин, що відокремилася в міру розвитку процесу обміну, воно має свої особливості, пов'язані з безперервністю процесу відтворення (точніше – з безперервністю зміни форм вартості валового національного продукту в процесі його руху)⁵⁰⁷.

Незважаючи на досить складні, сучасні правові конструкції, що належним чином забезпечують регулювання кредитних правовідносин, надзвичайно важливим моральним та соціальним явищем залишається ступінь довіри кредитора до боржника. При цьому, кредитор розуміє, що "ідеального" позичальника не існує і ризик у кредитних відносинах – не другорядний фактор. Кредитний ризик характеризується ймовірністю несплати позичальником основного боргу та відсотків, які належить сплатити у терміни, визначені кредитним договором.

Кредит як соціальне явище – це вияв довіри, правова сутність якої найбільш точно виражається через поняття послуги (кредитної послуги). Кредит можна охарактеризувати як поведінку особи, яка може бути як активною (передача грошей), так і пасивною (відстрочка або розстрочка як утримання від реалізації грошової вимоги). В результаті надання кредиту як послуги відсутній матеріалізований результат (збільшення активів чи заміна одного виду іншим), оскільки сума грошей надається на засадах повернення такої ж суми. Періодичне вчинення такої поведінки по наданню кредитних послуг охоплюється поняттям кредитної діяльності або кредитування⁵⁰⁸.

Представники економічної науки досить образно зазначають, що система кредитування базується на трьох "китах": 1) суб'єктах кредиту; 2) забезпеченості кредиту; 3) об'єктах кредитування. Можна скільки завгодно маневрувати організаційними основами, технологією кредитних операцій, але в будь якій системі ці три базові елементи зберігають своє значення, практично визначають "обличчя" кредитної

⁵⁰⁷ *Васюренко О.В.* Банківський менеджмент: Посібник. – К.: Видавничий центр "Академія", 2001. – с.153.

⁵⁰⁸ *Лепех С.М.* Кредитний договір. Дисертація ... канд. юрид. наук – Львів, 2004. – с.74.

операції, її ефективність⁵⁰⁹. Таке, на перший погляд, довільне трактування кредиту з економічної точки зору має свій сенс, тим більше, що кожний з зазначених елементів у правовому аспекті характеризує особливості відповідної банківської послуги.

Я. Кунік говорить, що в тих випадках, коли власником (в економічному розумінні) цінностей, що надаються в кредит залишається особа, яка їх передала, а особа, яка отримала ці цінності, стає їх юридичним власником, зобов'язаним повернути таку ж кількість тих самих речей відносини, що виникли будуть кредитними правовідносинами за своєю економічною сутністю та за своїм юридичним змістом⁵¹⁰.

Кредитний договір регулює кредитні відносини між різними учасниками цивільного обігу. На відміну від позики коло кредитодавців (кредиторів) за кредитним договором обмежується банківськими та іншими фінансовими установами.

Відповідно до Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" фінансовою установою визнається юридична особа, яка відповідно до закону надає одну чи декілька фінансових послуг та внесена до відповідного реєстру у порядку, встановленому законом. До фінансових установ належать банки, кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії та інші юридичні особи, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг⁵¹¹.

Правовий статус та особливості діяльності зазначених установ регламентуються відповідними законодавчими актами (законами України "Про Національний банк України" від 20 травня 1999 р., "Про банки і банківську діяльність" від 7 грудня 2000 р., "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" від 12 липня 2001 р., "Про кредитні спілки" від 20 грудня 2001 р., "Про платіжні системи та переказ грошей в Україні" від 5 квітня 2001 р.,

⁵⁰⁹ Див. Банковское дело: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. О.И. Лаврушина. – М.: Финансы и статистика, 2000. – с.243.

⁵¹⁰ Куник Я.А. Правовые проблемы кредитования государственной торговли в СССР: Автореферат ... дис. докт. юрид. наук. – М., 1970. – с.8.

⁵¹¹ Див.: Стаття 1 Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг".

"Про страхування" від 1 квітня 1996 р., "Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)" від 15 березня 2001 р., "Про фінансовий лізинг" від 11 грудня 2003 р., "Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю" від 19 червня 2003 р., "Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати" від 19 червня 2003 р.). Позичальниками у кредитному договорі можуть виступати як юридичні, так і фізичні особи.

Як правило, терміни "кредит", "кредитна операція", "кредитування" вживаються як рівнозначні за своїм змістом і відображають одночасно дві сторони одного явища: для кредитодавця відповідна операція означає розміщення тимчасово вільних коштів, на умовах повернення тієї ж суми, з точки зору позичальника мова йде про залучення ним коштів з правом їх розпорядження.

У Законі України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" зазначено, що фінансовим кредитом є кошти, які надаються у позику юридичній або фізичній особі на визначений строк та під певні проценти⁵¹². Поняття банківського кредиту визначається, як будь-яке зобов'язання банку надати певну суму грошей, будь-яка гарантія, будь-яке зобов'язання придбати право вимоги боргу, будь-яке продовження строку погашення боргу, яке надано в обмін на зобов'язання боржника щодо повернення заборгованої суми, а також на зобов'язання на сплату процентів та інших зборів з такої суми⁵¹³.

На відміну від інших кредитодавців банк, як правило, надає грошові кошти, що не належать йому на праві власності. Це кошти, що залучені банком від його клієнтів. Більш того, банківський кредит обтяжений правами вимоги з боку клієнтів банку (у випадку ліквідації банку ці вимоги включаються в ліквідаційну масу).

Предметом кредитного договору, як правило (за винятком комерційного кредиту), є грошові кошти (кредит). Особливістю кредитного договору є те, що гроші, які є предметом кредитного договору можуть надаватись у національній та іноземній валюті; у готівковій та безготівковій формі. Це в свою чергу впливає на характер кредитних правовідносин, метою яких є виникнення та належне виконання грошового зобов'язання.

⁵¹² Див.: Стаття 1 Там само.

⁵¹³ Див.: Стаття 2 Закону України "Про банки і банківську діяльність".

У цивільно-правовому розумінні категорія "кредит", на думку професора В. Вітрянського, розглядається як вид позикового зобов'язання, за яким одна сторона зобов'язується надати другій стороні грошову суму або відповідну кількість речей, що визначаються родовими ознаками, а остання – повернути в установлений строк конкретну грошову суму або таку ж кількість речей того ж роду та якості⁵¹⁴. Таким чином на думку відомого цивіліста категорія "кредит" лежить у площині зобов'язальних відносин.

Враховуючи закріплене на законодавчому рівні значення кредиту, слід розглянути цю категорію у так званому вузькому та широкому розумінні.

У вузькому значенні під поняттям кредит можна розглядати, з одного боку, певну суму грошових коштів, що банк зобов'язується надати позичальникові в розмірі і на умовах, передбачених кредитним договором і яка підлягає поверненню разом з відсотками, що нараховуються на неї. З іншого боку, кредит – це отримана позичальником від банку на підставі кредитного договору грошова сума, яка у тому ж самому розмірі підлягає поверненню разом з нарахованими на неї відсотками.

У широкому розумінні кредит – це правовідносини кредитодавця (банка або іншої фінансової установи) та позичальника в зв'язку з виникненням, виконанням, забезпеченням виконання та припиненням грошових зобов'язань за кредитним договором. Такі відносини називаються кредитними правовідносинами. Об'єктом кредитних правовідносин можуть виступати гроші як особливий різновид речей або майнові права, що пов'язані з переказом суми кредиту у безготівковій формі.

Як кредитні операції Закон розглядає операції щодо розміщення залучених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик; організацію купівлі та продажу цінних паперів за дорученням клієнтів; здійснення операцій на ринку цінних паперів від свого імені (включаючи андеррайтинг); надання гарантій і поручительств та інших зобов'язань від третіх осіб, які передбачають їх виконання у грошовій формі; придбання права вимоги на виконання зобов'язань у грошовій формі за

⁵¹⁴ Вітрянский В.В. Кредитный договор: понятие, порядок заключения и исполнения. – М.: Статут, 2005. – с.11.

поставлені товари чи надані послуги, приймаючи на себе ризик виконання таких вимог та прийом платежів (факторинг); лізинг⁵¹⁵.

Проте не всі зазначені банківські операції регулюються кредитним договором, окремі з них оформлюються відповідними цивільними правочинами (наприклад, договорами андеррайтингу, факторингу, лізингу, таким одностороннім правочином як гарантія тощо). Спрощений підхід законодавця до ототожнення кредитних операцій з правочинами спрямований на уніфікацію та популяризацію термінологічних значень, що у свою чергу є не завжди доцільним з огляду на розуміння суті відповідних категорій. Про розмежування банківської операції та правочину більш детально розглядалось у першому розділі.

Положеннями Закону України "Про банки і банківську діяльність" передбачені ряд заборон і обмежень, що стосуються умов здійснення окремих кредитних операцій. Так, банкам забороняється прямо чи опосередковано надавати кредити для придбання власних цінних паперів. Використання цінних паперів власної емісії для забезпечення кредитів можливе лише з дозволу Національного банку України. Банк зобов'язаний при наданні кредитів додержуватися основних принципів кредитування, у тому числі перевіряти кредитоспроможність позичальників та наявність забезпечення кредитів, додержуватися встановлених Національним банком України вимог щодо концентрації ризиків. Банк не може надавати кредит під процент, ставка якого є нижчою від процентної ставки за кредитами, які бере сам банк, і процентної ставки, що виплачується ним по депозитах. Виняток можливий лише у випадку, коли при здійсненні такої операції банк не матиме збитків. Банк має право видавати бланкові (без забезпечення) кредити за умов додержання економічних нормативів⁵¹⁶.

Термін кредитування може розглядатися у контексті реалізації банком своєї діяльності шляхом вчинення певних дій щодо надання відплатної кредитної послуги (послуги з надання кредиту). Зміст правових дій, що співвідноситься з терміном кредитування, має своє наповнення в залежності від специфіки послуги та особливостей правового оформлення відносин між кредитором та позичальником. Залежно від мети, яку для себе ставить послугоодержувач (позичальник), учасники кредитування оберають

⁵¹⁵ Див.: статті 47, 49 Закону України "Про банки і банківську діяльність".

⁵¹⁶ Див.: стаття 49 Там само.

форму договірної конструкції. Досягнення поставленої мети шляхом виконання умов відповідного правочину реалізується за допомогою такого банківського інструментарію яким є кредитні операції.

Питання правової природи кредитного договору є одним із найбільш дискусійних у науці цивільного права. Ні за радянських часів, ні сьогодні дослідники цієї проблематики не можуть дійти єдиної точки зору, і тут варто зауважити, що складність визначення цілісного підходу зумовлена не лише суб'єктивним баченням та розумінням тих чи інших правових явищ, але й різною оцінкою практики укладення і виконання кредитних договорів, особливістю "грошей", як об'єкта кредитних правовідносин, участю банківських установ як специфічних суб'єктів права.

При дослідженні правової природи кредитного договору необхідно враховувати економічні теорії кредиту які в певній мірі впливають на формування та розвиток кредитних відносин. Ознайомлення правознавців з натуралістичною теорією кредиту, основоположниками якої були класики політичної економії А. Сміт, Д. Рікардо, А. Тюрго, Дж. Міль та капіталотворчою – яку розробив англійський економіст Дж. Ло та підтримали Г. Маклеод, Й. Шумпетер, А. Ган, Дж. Кейнс, надасть можливість з'ясувати економічну сутність кредитних правовідносин.

Основні постулати натуралістичної теорії кредиту:

- об'єктом кредиту є натуральні, тобто не грошові, матеріальні цінності;

- кредит – це рух натуральних благ і тому ці блага є лише способом перерозподілу існуючих у даному суспільстві цінностей;

- позиковий капітал ототожнюється з реальним капіталом;

- кредит виконує пасивну роль, а банки – це скромні посередники.

Представники натуралістичної теорії трактували кредит як засіб перерозподілу матеріальних цінностей у натуральній формі, не визнаючи ролі банків у створенні кредиту⁵¹⁷.

Нівелювання ролі банків при формуванні кредитного капіталу закріплювало за *натуралістичною теорією* догму, що кредит не створює реального капіталу, залежить від розвитку виробництва, а також від розміру позикового відсотка та від коливань і динаміки прибутку.

⁵¹⁷ Гроші, банки та кредит: у схемах і коментарях: Навчальний посібник / За ред. Б.Л. Луціва 2-ге видання. – Тернопіль: Карт-бланш. 2000. – с.144.

За концепцією *капіталотворчої теорії* кредит ототожнювався з грошми і багатством. Кредит може створювати багатство і капітал, а банки є творцями капіталу, а не простими посередниками. Капіталотворча теорія отримує подальший розвиток у теорії монетаризму (М. Фрідман, А. Бернс, О. Файт та інші), згідно з якою основними інструментами регулювання економіки є зміни грошової маси і процентних ставок, що дає змогу застосовувати кредитну рестрикцію чи експансію⁵¹⁸. Слід зазначити, що саме через призму цієї економічної концепції на законодавчому рівні закріплюється правова категорія кредита.

Сталі наукові теорії значним чином впливають на формування та розвиток сучасних економічних відносин. Відсутність єдиної думки на рівні теорії неминує призводити до розбіжностей і конфліктів у практиці, до неоднозначного тлумачення і застосування норм чинного законодавства судовими органами. Залежно від відповіді на питання, якою є та має бути юридична природа кредитного договору, можливим буде вирішення цілого ряду похідних проблем, як-то: загальне формування конструкції договору, характер і межі дій учасників праввідносин, зміст кредитного зобов'язання, відповідальність за невиконання та неналежне виконання обов'язків сторін тощо.

Аналізуючи погляди науковців на правову природу кредитного договору, варто зауважити, що при аргументації тієї чи іншої точки зору дослідники, будучи представниками свого часу і своєї держави, використовували норми чинного на той час національного законодавства, практику розгляду судових спорів, певною мірою пануюче праворозуміння. Адже не завжди подібні на перший погляд висновки базувались на єдиних вихідних матеріалах. З огляду на це, узагальнюючи найбільш відомі позиції, можна виділити декілька підходів до визначення правової природи кредитного договору.

На думку М. Агаркова, С. Вільнянського, В. Вітрянського, Л. Єфімової, Р. Карімулліна, В. Коссака, Є. Осіпова, К. Флейшиц⁵¹⁹,

⁵¹⁸ див.: Там же – с.145.

⁵¹⁹ Див.: Агарков М.М. Основы банкового права. – М., 1929. – с.58; Вильнянский С.И. Кредитно-расчеты правоотношения и финансовый контроль. – Харьков, 1955. – с.43; Витрянский В.В. Кредитный договор: понятие, порядок заключения и исполнения. – М.: Статут, 2005 – с.57; Ефимова Л.Г. Банковские сделки. Комментарий законодательства и арбитражной практики. – М.: Юридическая фирма "КОНТРАКТ", "ИНФРА-М", 2000. – с.240; Каримуллин Р.И.

кредитний договір є різновидом договору позики. При цьому, М. Агарков⁵²⁰, аналізуючи положення статті 218 – 219 Цивільного кодексу РСФСР 1922 року, розглядав кредитний договір в якості одностороннього попереднього договору, за яким банк – майбутній кредитор зобов'язується надати позичальнику у майбутньому певну суму коштів на умовах позики. Будучи попереднім договором про позику, кредитний договір за таких обставин визнається консенсуальним, а з моменту фактичної передачі коштів позичальнику укладеним вважається договір позики, оскільки останній є реальним. У випадку невиконання банком свого обов'язку по наданню грошових коштів у позику, він зобов'язаний відшкодувати іншій стороні попереднього договору заподіяні збитки. Запропонована професором М. Агарковим конструкція кредитного договору в якості попереднього договору про позику знайшла свого часу підтримку, і положення цієї конструкції було реалізовано у статтях 113 – 114 Основ цивільного законодавства Союзу СРСР та республік від 31 травня 1991 року⁵²¹.

Особливу увагу слід приділити правовій позиції Л. Єфімової, яка за результатами порівняльного аналізу статей про позику та кредит нового Цивільного кодексу Російської Федерації робить висновок про те, що кредитний договір є консенсуальним різновидом договору позики. Як вважає автор, наявність лише однієї, відмінної від договору позики ознаки – ознаки консенсуальності, не дає підстав для виокремлення кредитного договору у самостійний вид. На її думку кредитний договір є комерціалізованим консенсуальним різновидом договору позики⁵²².

Права и обязанности сторон кредитного договора по российскому и германскому праву. – М.: "Статут", 2001. – с.12-13; *Коссак В.М.* Іноземні інвестиції в Україні (цивільно-правовий аспект). – Львів: Центр Європи, 1996. – с.96; *Осипов Е.Б.* Гражданско-правовые договоры с участием банков: Автореферат ... дисс.канд.юрид.наук. – Алматы, 1997. – с.18; *Флейшшиц Е.А.* Расчетные и кредитные правоотношения. – М., 1956. – с.213-218.

⁵²⁰ Див.: *Агарков М.М.* Основы банковского права. Учение о ценных бумагах – М.: Бек. 1994. – с.82.

⁵²¹ Див.: Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик № 2211-1 от 31.05.1991 г. // Ведомости ВС СССР. – 1991. – № 26. – Ст.733.

⁵²² *Ефимова Л.Г.* Там же.

Таку ж позицію відстоював коментатор Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Вестерманн⁵²³. Разом з тим у Цивільному укладенні Німеччини стосовно положень про позику відбулись певні зміни, які в свою чергу були зумовлені Директивою Європейського Парламенту та Ради від 16 лютого 1998 р. "Щодо приведення у відповідність правових і адміністративних норм держав-членів про споживчій кредит". За договором позики позикодавець зобов'язується надати в розпорядження позичальника грошову суму в узгодженому розмірі. Позичальник зобов'язується сплатити проценти та в строк виконання повернути надану позику⁵²⁴. На прикладі законодавства Німеччини ми бачимо об'єднання споживчого кредиту в одному інституті позики. Відповідне поєднання обумовлює особливий предмет, яким є лише гроші та консенсуальний, двосторонньо зобов'язаний характер договору позики. За таких ознак безумовно юридичною природою кредитних правовідносин є договір позики.

Розглядаючи кредитний договір як різновид позики, Є. Осіпов зазначав, що особливості цього договору виявляються у специфічному суб'єктному складі сторін: позикодавцем є банк або інша фінансова організація, що має ліцензію на здійснення цієї операції⁵²⁵.

Висновок щодо співвідношення договорів позики грошей та кредитного договору, полягає у тому, що ці два договори втілюють в законодавстві таку форму кредиту як позика. Договір позики опосередковує передачу особистих грошей позикодавця на засадах повернення такої ж суми, а кредитний договір – передачу залучених кредитодавцем грошей на засадах повернення такої ж суми⁵²⁶.

У дискусії щодо співвідношення позики та кредиту залучені досить потужні наукові сили. Проте остаточне розв'язання цієї проблеми можливе лише в перспективі. З точки зору законодавця спроба об'єднання зазначених у главі 71 ЦК України трьох договірних конструкцій обумовлена спільною правовою природою

⁵²³ Див.: *Westermann // Münchener Kommentar zum BGB. Band 4: Schuldrecht. Besonderer Teil. 3. Aufl. München, 1997. § 607 RdNr 7.*

⁵²⁴ Див.: § 488 Гражданское уложение Германии – Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz: Ввод. Закон к Гражд. уложению; Пер. с нем.: Науч. редакторы – А.Л. Маковский [и др.]. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – с.116.

⁵²⁵ *Осіпов Е.Б.* Там же. – с.18.

⁵²⁶ *Лепех С.М.* Кредитний договір: Дисертація ... канд. юрид. наук. – Львів. 2004. – с.74 – 75.

позики. Про відокремлення позики від банківського вкладу зазначалося у попередньому розділі.

Зрозуміти те, чи кредитний договір є різновидом позики, чи навпаки, чи зазначені договори є самостійними, можна лише за умови дослідження окремих правових ознак договірних конструкцій, що розглядаються.

У статті 1046 ЦК України з незначними редакційними змінами надається визначення договору позики, що містилось раніше у статті 374 ЦК УРСР 1963 р.

Самостійний характер договору позики обумовлений наявністю суттєвих ознак, що відрізняють його від інших цивільно-правових договорів. Правила по договору позики застосовуються до кредитних зобов'язань, якщо інше не визначено положеннями про кредитний договір і не суперечить самій суті відповідних зобов'язань. Проте правило частина 2 статті 1054 ЦК України не свідчить про те, що кредитний договір є різновидом договору позики. Така відсилочна норма є формою вираження принципу аналогії закону та спрямована на уніфікацію, якщо не тотожних за суттю, то подібних текстуально правових норм.

Метою позики є набуття права власності на родові речі. З огляду на це отримавший речі у власність, особа набуває абсолютного права розпорядження ними на свій розсуд і позикодавець не зможе вимагати тіж самі речі назад, наприклад у разі несплати процентів. На предмет позики поряд з іншим майном, що належить позичальнику, може бути звернуто стягнення за його зобов'язаннями.

Договір позики належить до групи реальних договорів і відповідно вважається укладеним з моменту передачі грошей або інших речей, що визначені родовими ознаками. Будь-яка обіцянка надати у майбутньому позику, момент підписання договору, або вказівка у договорі на строк, протягом якого відбудеться передача об'єкту позики, не мають юридичного значення.

З моменту передачі грошей або речей, що є предметом позики, позичальник стає їх власником. Саме з цього моменту договір вважається укладеним. Договір позики є одностороннім договором. Позикодавець за договором набуває лише права, позичальник – обов'язки. Під час виконання договору реалізується право вимоги позикодавця щодо повернення суми позики або певної кількості речей того ж роду та такої ж якості та зобов'язання позичальника щодо

повернення позикодавцеві такої ж суми грошових коштів (суми позики) або такої ж кількості речей того ж роду та таєї ж якості.

Дія, що складає зміст позикового зобов'язання, полягає в поверненні того ж роду та тієї ж якості речей. Суб'єктивно суттєві умови договору виражаються в зобов'язанні позичальника повернути суму позики. Суттєвою ознакою, що характеризує правову природу цього договору, є те, що він вважається укладеним з моменту передачі грошей та інших речей.

Об'єктом позикових відносин можуть бути грошові кошти або інші речі, визначені родовими ознаками. Родові ознаки речей, що передаються у позику, характеризуються ознаками, визначеними у статті 184 ЦК України. Речі, визначені індивідуальними ознаками, не можуть бути предметом позики.

Термін "гроші" розглядається у контексті готівкових коштів, тобто грошових знаків національної валюти України – банкнот і монет. Відповідно до статті 192 ЦК України грошова одиниця України – гривня виконує функцію законного платіжного засобу. Позика грошових коштів може бути здійснена також в іноземній валюті. Відносини позики іноземної валюти та валютних цінностей на території України повинні відповідати вимогам Декрету Кабінету Міністрів України "Про систему валютного регулювання і валютного контролю" від 19.02.1993 р. та положенням іншого валютного законодавства України.

У літературі не розгорталась дискусія стосовно питання щодо так званих "безготівкових коштів" як об'єкта позики. Можливість такої позики не заперечувалася. Проблема повставала лише навколо моменту надання безготівкової позики.

Як зазначає О. Кривенда, цілком логічним для безготівкової позики має бути висновок, що передача таких грошей здійснюється шляхом перерахування їх на рахунок позичальника, а відтак і договір такої позики має вважатися укладеним з моменту зарахування коштів на рахунок позичальника. У зв'язку з цим моментом надання безготівкових позик є дата зарахування коштів на рахунок позичальника⁵²⁷.

⁵²⁷ Кривенда О.В. Правова характеристика договору позики. / У книзі 2 Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О.В. Дзера (керівник авт. кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. – 2-е вид., допов. перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Кн. 2. – с.351.

Проте передання в позику грошових коштів у безготівковій формі не відповідає положення норми статті 1046 ЦК України. Оскільки позичальник отримує гроші або інші речі, визначені родовими ознаками у власність, то для того, щоб не порушувати зазначене правило, за договором позики повинні передаватися готівкові гроші, які саме і є об'єктом речового права.

Якщо врахувати, що грошові кошти у безготівковій формі розглядаються у контексті права вимоги, то безперечно їх не можна ототожнювати з речами. Об'єктом так званої "безготівкової позики" могли б бути дії позикодавця, спрямовані на розпорядження банку щодо переказу певної грошової суми на рахунок позичальника. Оскільки об'єкт таких відносин регулювався б інститутом зобов'язального права, категорія власності, як один з основних елементів правової природи позики була б неприйнятною. Таким чином, з огляду на визначення договору позики, що міститься в статті 1046 ЦК України, у власність позичальнику можуть бути передані гроші лише у готівковій формі.

З моменту одержання у власність грошей у позичальника виникає зобов'язання щодо повернення тієї ж суми грошей та сплати процентів, якщо це передбачено договором. При цьому, право позикодавця передбачає лише вимогу повернення коштів, яка не ототожнюється з набуттям їх у власність, що дає можливість запровадження різних форм розрахунків при здійсненні яких припиняється грошове зобов'язання.

Частина 2 статті 1048 ЦК України визначає перелік випадків, у яких проценти за договором позики не нараховуються, тобто договір позики є безвідплатним. Умова договору позики про відплатність є недійсною, якщо він укладений між фізичними особами на суму, яка не перевищує п'ятдесятикратного розміру неоподаткованого мінімуму доходів громадян, і не пов'язаний із здійсненням підприємницької діяльності хоча б однією із сторін. Так само недійсною є умова про одержання винагороди позикодавцем за передані речі, визначені родовими ознаками.

Умови відплатності за договором позики встановлюються сторонами. Якщо інше не передбачено законом або договором позики, позикодавець має право на одержання від позичальника процентів від суми позики у розмірах і в порядку, передбачених договором. Коли в договорі не визначений розмір процентів, їх

розмір встановлюється на рівні облікової ставки Національного банку України. Якщо сторонами не встановлено домовленості щодо строків виплати процентів, позичальник зобов'язаний щомісячно виплачувати проценти до дня повернення позики. Сума процентів, що сплачує позичальник відповідно до умов договору може бути перерахована на рахунок позикодавця. З моменту зарахування відповідної суми припиняється грошове зобов'язання у частині сплати процентів.

Обов'язком позичальника є дії спрямовані на повернення позикодавцеві позику (грошові кошти у такій же сумі або речі, визначені родовими ознаками, у такій самій кількості, такого ж роду та такої ж якості, що були передані йому позикодавцем) у строк та в порядку, встановлені договором. Порядок повернення суми позики (щомісяця, певними частками, іншим способом) визначається договором. Правила про строки повернення повернення позики носить диспозитивний характер і застосовуються у тих випадках, коли порядок і строки повернення суми позики не визначені в умовах договору. У випадках, коли строк повернення позики договором не встановлено, або цей строк визначений моментом пред'явлення вимоги, позика має бути повернена позичальником протягом тридцяти днів від дня пред'явлення позикодавцем вимоги про це, якщо інше не встановлено договором.

Якщо інше не передбачено договором позики, сума безпроцентної позики, може бути повернена позичальником достроково. У випадку, коли у договорі процентної позики відсутні умови, щодо дострокового повернення суми позики, таке повернення можливе лише за згодою позикодавця.

Зобов'язання позичальника повернути суму позики вважається виконаним у момент передання позикодавцеві речей, визначених родовими ознаками, або зарахування грошової суми, що позичалася, на банківський рахунок останнього. Розпорядження позичальника на списання коштів з власного поточного рахунку з метою їх переказу для погашення позики не є підставою для припинення його зобов'язання перед позикодавцем. Списання грошових коштів з рахунку позичальника не звільняє його від відповідальності за повернення суми позики, якщо ці кошти не надійшли на рахунок позикодавця.

Обмежень за колом суб'єктів договір позики не має. Універсальний характер цього договору зумовлений можливістю

участі в ньому будь-яких учасників цивільних відносин, що зазначені у статті 2 ЦК України. Банк як юридична особа в договорі позики може виступати в ролі як позикодавця так і позичальника. Проте слід уточнити, що у банку не має підстав використовувати зазначену договірну конструкцію при здійсненні ним безпосередньо банківської діяльності у відповідності до ліцензії НБУ. В переліку банківських операцій, що закріплені у Законі України "Про банки і банківську діяльність" відсутня така операція як позикова, хоча та ж сама стаття містить положення яке передбачає, що банк має право здійснювати інші угоди згідно із законодавством України⁵²⁸.

Банк може прийняти рішення щодо надання позики (в тому числі безвідплатної) лише в межах власних активів (наприклад, отриманого прибутку), а не залучених коштів клієнтів. Таке рішення вправі прийняти орган управління банку, якому відповідно до статуту надані такі повноваження.

Оформлення договору позики, в якому може брати участь банк, здійснюється відповідно до загальних правил про форму правочинів, встановлених нормами статей 205 – 209 ЦК України та спеціальних положень закріплених у статті 1047 ЦК України.

Якщо позикодавцем є банк, письмова форма є обов'язковою, незалежно від суми позики. Письмова форма застосовується також, у випадках, коли банк є позичальником, оскільки договір позики не може бути виконаний повністю в момент його укладення. Недодержання письмової форми договору позики не має наслідком його недійсність, але позбавляє сторони права, у випадку виникнення судового спору посилатися у підтвердження факту позики на свідчення свідків.

На підтвердження укладення договору позики та його умов, у тому числі і договір позики між громадянами на суму, що не менш як у десять разів перевищує встановлений законом розмір неоподатковуваного мінімуму доходів громадян, може бути представлена розписка позичальника або інший документ (наприклад, розрахунковий або товаророзпорядчий документ, письмове прохання позичальника про відстрочку повернення отриманих грошей або речей, листи та інші), який посвідчує передання йому позикодавцем визначеної грошової суми або

⁵²⁸ Див.: стаття 47 Там само.

визначеної кількості речей. У випадку спору рішення суду може ґрунтуватися на свідченнях свідків, якщо сума позики не перевищує встановлений законом розмір неоподатковуваного мінімуму доходів громадян у десять разів, а також, якщо сума позики, що не менш як у десять разів перевищує встановлений законом розмір неоподатковуваного мінімуму доходів громадян, виникла в наслідок кількох позикових правочинів, кожен з яких не перевищує зазначеної межі.

Правила статті 1050 ЦК України щодо наслідків порушення договору позичальником носять відсилочний характер. Якщо позичальник своєчасно не повернув грошові кошти, які є предметом договору позики, то згідно загальних норм статті 625 ЦК України, він не звільняється від відповідальності за неможливість виконання ним грошового зобов'язання. При цьому, позичальник, який прострочив виконання грошового зобов'язання, на вимогу позикодавця повинен сплатити суму боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення, а також три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом. Відповідальність позичальник за несвоєчасне повернення речей, визначених родовими ознаками, передбачає сплату неустойки (штраф, пеня), яка відповідно до статті 549 ЦК України може бути сплачена позичальнику у вигляді грошової суми, що обчислюється у відсотках, або передана у вигляді іншого майна. Предметом неустойки може бути як рухоме так і нерухоме майно.

Право на неустойку виникає незалежно від наявності у позикодавця збитків, завданих невиконанням або неналежним виконанням позичальником своїх зобов'язань. При цьому, проценти на неустойку не нараховуються. Якщо предметом неустойки є грошова сума, її розмір встановлюється договором або актом цивільного законодавства. Розмір неустойки, встановлений законом, може бути збільшений у договорі. Сторони можуть домовитися про зменшення розміру неустойки, встановленого актом цивільного законодавства, крім випадків, передбачених законом. Розмір неустойки може бути зменшений за рішенням суду, якщо він значно перевищує розмір збитків, та за наявності інших обставин, які мають істотне значення.

Сплата суми неустойки або передання іншого майна не звільняє позичальника від виконання свого обов'язку в натурі. Сплата (передання) неустойки не позбавляє позикодавця права на відшкодування збитків, завданих невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання по договору позики. Слід також враховувати положення статті 617 ЦК України, яка передбачає, що позичальник звільняється від відповідальності за порушення зобов'язання, якщо доведе, що це порушення сталося внаслідок випадку або непереборної сили. Не вважається випадком, зокрема, недодержання своїх обов'язків контрагентом позичальника, відсутність на ринку товарів, потрібних для виконання зобов'язання, відсутність у боржника необхідних коштів.

Сума неустойки нараховується від дня, коли речі мали бути повернуті, до дня їх фактичного повернення позикодавцеві, незалежно від сплати процентів, належних йому відповідно до статті 1048 ЦК України "Проценти за договором позики".

У тих випадках, коли умовами договору передбачено повернення позики частинами (з розстроченням), то в разі порушення позичальником строку повернення чергової частини, позикодавець має право вимагати дострокового повернення частини позики, що залишилася, та сплати процентів, належних йому відповідно до статті 1048 ЦК України. Позичальник повертає проценти за весь строк, що встановлений у договорі, якщо про це у договорі є домовленість сторін.

Банк, що виступає у ролі позичальника, має право у судовому порядку оспорити договір позики на тій підставі, що грошові кошти фактично насправді не були одержані ним від позикодавця або були одержані у меншій кількості, ніж встановлено договором. При цьому оспорити договір позичальник може і в тому випадку коли ним видана розписка.

При укладенні договору позики сторони повинні дотримуватися вимог статті 1047 ЦК України, щодо його форми, оскільки правовим наслідком щодо недотримання письмової форми позбавляє суд у своєму рішенні використовувати свідчення свідків для підтвердження того, що гроші насправді не були одержані позичальником від позикодавця або були одержані у меншій кількості, ніж встановлено договором. Виняток з цього правила складають випадки, коли договір був укладений під впливом обману, насильства, зловмисної

домовленості представника позичальника з позикодавцем або під впливом тяжких обставин.

Умова про забезпечення повернення позики не є істотною або необхідною для договору даного виду. Позика може надаватися і без забезпечення. Проте, якщо забезпечення, передбачене договором, позикодавець набуває додаткових прав. У випадку невиконання позичальником обов'язків, передбачених договором позики, щодо забезпечення повернення позики (наприклад, неможливість укладення договору поруки, застави або не надання гарантії та інше), а також у разі втрати або погіршення його умов за обставин, за які позикодавець не несе відповідальності (наприклад, банкрутство поручителя, знецінення об'єкта застави або цінних паперів, що були у заставі), позикодавець за загальним правилом (якщо інше не встановлено договором) має право вимагати від позичальника дострокового повернення позики та сплати процентів, належних йому відповідно до статті 1048 цього Кодексу. Тобто, позикодавець має право на одержання від позичальника процентів від суми позики, якщо інше не встановлено договором або законом. Розмір і порядок одержання процентів встановлюються договором. Якщо договором не встановлений розмір процентів, їх розмір визначається на рівні облікової ставки Національного банку України. Проценти не сплачуються, якщо договір позики укладений між фізичними особами на суму, яка не перевищує п'ятдесятикратного розміру неоподаткованого мінімуму доходів громадян, і не пов'язаний із здійсненням підприємницької діяльності хоча б однією із сторін, а також у випадку передачі позичальникові речей, що визначені родовими ознаками.

До умов щодо забезпечення виконання зобов'язання позичальником застосовуються правила статті 579 ЦК України про заміну предмета застави. Так, при загибелі предмета застави, вилученні його з цивільного обігу або якщо заставодавця на законних підставах позбавлено права власності на предмет застави, наслідки, передбачені коментованою статтею, можуть настати лише у випадку, коли заставодавець відмовився поновити або замінити його рівноцінним майном, якщо він не позбавлений цього права умовами договору застави.

Новація боргу у позикове зобов'язання повинна здійснюватися з дотриманням вимог статті 604 ЦК України, що регулює особливості

припинення зобов'язання за домовленістю сторін. За домовленістю сторін борг, що виникає з договорів купівлі – продажу, найму майна або з інших підстав (так зване первісне зобов'язання), може бути замінений позиковим зобов'язанням (новим зобов'язанням). Новація не допускається щодо зобов'язань про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, про сплату аліментів та в інших випадках, передбачених законом.

У випадку заміни боргу договором позики зміст та форма позикового зобов'язання провадиться з додержанням вимог про новацію і здійснюється у письмовій формі, якщо його сума не менш як у десять разів перевищує встановлений законом розмір неоподатковуваного мінімуму доходів громадян, а у випадках, коли позикодавцем є юридична особа, незалежно від суми.

Отже, як ми бачимо, основні ознаки та особливості застосування договірної моделі позики мають дещо споріднені з кредитним договором правові елементи.

Проте, представники іншої точки зору на правову природу кредитного договору, зокрема, І. Гуревич, О. Іоффе, Є. Компанієць, Е. Полонський, О. Макогон, Ю. Чалий, Р. Юсупов⁵²⁹ та інші⁵³⁰ вважають, що *кредитний договір є самостійним договором* в системі договорів цивільного права і кредитні зобов'язання не слід ототожнювати з зобов'язаннями, що виникають на підставі договору позики.

Відстоюючи "самостійність" кредитного договору, О. Іоффе писав, що кредитний договір неприпустимо розглядати в якості різновиду договору позики так само, як не можна вважати поставку

⁵²⁹ Див.: Гуревич І.С. Очерки советского банковского права. – Л., 1959. – с.40-55; Иоффе О.С. Обязательственное право. – М., "Юридическая литература". 1975. – с.672 – 673; Компанієць Е.С., Полонський Э.Г. Применение законодательства о кредитовании и расчетах. – М., 1967. – с.69; Макогон А.Н. Правовой анализ конструкций договоров займа и кредита. // Юридический аналитический журнал. – 2003. – № 3(7) – с.106-114; Чалий Ю.І. Договір банківського кредиту та правові засоби забезпечення поворотності кредитних грошей: Автореферат дис ... канд. юрид. наук.12.00.03. – Х., 1997. – с.10; Юсупов Р.З. К вопросу о понятии кредитного договора как самостоятельной договорно-правовой конструкции в российском праве. // Юридический аналитический журнал. – 2001. – № 1(1) – с.43 – 44.

⁵³⁰ Див.: Гражданское право / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Т.2 – с.434 – 437.

різновидом купівлі-продажу чи підряд на капітальне будівництво різновидом звичайного підряду⁵³¹.

За допомогою категорій родового і видових "самостійність" кредитного договору відстоювали Є. Компанієць та Е. Полонський, які вважали, що узагальнюючим родовим поняттям для усіх правовідносин, пов'язаних з наданням (передачею, використанням і поверненням) грошових коштів чи інших речей, визначених родовими ознаками, на умовах повернення є поняття кредитних правовідносин. Юридичними формами існування таких правовідносин, на їх думку, є відносини, що виникають з договору позики, відносини, що виникають з планових актів в сфері банківського кредитування та договору банківської позички та ін.

При порівнянні договору позики з кредитною угодою В. Трутень вказує на те, що у римському праві *mutuum* було різновидом *credutum*, причому дане родо-видове співвідношення і досі зберігається в українському цивільному праві, але, звичайно, в іншому значенні. Всі двосторонні угоди, які є зобов'язаннями чи відносинами, побудованими на довірі, можна класифікувати за даною підставою на такі, які за своєю природою завжди є кредитними (насамперед договір позики, а також – позички, поставки, майнового найму, схову тощо), та такі, які можуть бути кредитними за певних умов (договори купівлі-продажу, міни, підряду тощо). Останні договори, які виконуються під час їх укладення, не містять елемента довіри чи кредиту. Проте даний момент матиме місце в протилежному разі, коли ці договори виконуватимуться через певний проміжок часу⁵³².

Концепція самостійності кредитного договору зумовлена як власне правовою природою кредитного договору, так і цілим рядом обставин, які вказують на складність кредитних відносин і специфіку їх правового регулювання.

За загальним правилом складовими структури кредитного договору є об'єкт, суб'єкти і зміст кредитного зобов'язання.

⁵³¹ Див.: *Иоффе О.С.* Там же. – с.672 – 673.

⁵³² Див. *Трутень В.В.* Договір позики як кредитна угода // Зобов'язальне право: теорія і практика. Навч. посібн. для студентів юрид. вузів і фак. ун-тів / О.В.Дзера, Н.С. Кузнецова, В.В. Луць та інші; За ред. О.В.Дзера. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – с.637 – 638.

На відміну від договору позики, матеріальними об'єктами якого визнаються речі, визначені родовими ознаками, об'єктом договору банківського кредиту є виключно грошові кошти, як в національній, так і в іноземній валюті. Гроші, як речі замінні, також характеризуються родовими ознаками, однак, якщо у позиці поряд з грішми, об'єктами договору можуть бути і інші речі, то для договору банківського кредиту тільки гроші визнаються правомірним об'єктом. Гроші як об'єкт цивільних правовідносин характеризуються особливим статусом і відмінною від інших речей, визначених родовими ознаками, економічною та відповідно правовою природою. Так, наприклад, від того в якій формі здійснюється обіг грошових коштів (у готівковій чи безготівковій формі) залежить порядок розрахунків та умови виконання кредитного зобов'язання. Саме особливий характер даного об'єкту породжує наукову дискусію навколо питання передачі грошових коштів кредитором позичальнику та їх повернення.

За суб'єктним складом кредитні відносини визначаються тим, що одним із учасників таких відносин обов'язково має бути банківська установа. У договорах про позику грошей банківські установи також вправі приймати участь, однак якщо для позики такий суб'єкт допускається, то для договору банківського кредиту – вимагається⁵³³.

Лише банки в силу специфіки здійснюваної ними підприємницької діяльності вправі встановлювати проценти в якості плати за наданий кредит. Якщо для договору позики умова про проценти є альтернативною, то для кредитного договору така умова є істотною, необхідною для закріплення.

Також для кредитного договору істотною визнається умова про строк повернення кредиту, а для договору позики така умова не є обов'язковою і при її відсутності сторони керуватимуться загальними положеннями про строк виконання зобов'язання.

За визначенням Ю. Чалого за договором банківського кредиту банк-кредитодавець зобов'язується надати певну суму грошей (кредит) у власність кредитодержувача, кредитодержувач зобов'язується прийняти кредит, повернути його у визначений договором строки, виплатити банку проценти, а також

⁵³³ Безклубий І.А., Сидоренко О.В. Правова природа кредитного договору. // Науковий вісник Чернівецького університету. – 2002. – с.41 – 45.

використовувати кредитні кошти на умовах цільової їх спрямованості та забезпеченості, якщо інше не буде встановлено договором⁵³⁴.

Дослідження питання правової природи кредитного договору зумовлює необхідність звернення уваги на істотні умови такого договору. У літературі, присвяченій питанням цивільно – правового регулювання кредитного договору, вказується на п'ять істотних умов: цільове використання, забезпеченість, платність, повернення та строковість.

Історія виникнення і нормативного закріплення істотних умов кредитного договору у країнах колишнього СРСР починається з 30-х років. Постановою ЦВК та РНК СРСР від 30 січня 1930 року "Про кредитну реформу" взаємне комерційне кредитування господарюючими організаціями було заборонено і введено пряме банківське кредитування. За радянських часів сучасні істотні умови кредитного договору визнавалися принципами кредитування. Дотримання цих принципів всіма господарюючими суб'єктами, а це: 1) повернення кредиту у визначений строк (строковість); 2) цільове використання; 3) забезпеченість; 4) кредитування по мірі фактичного виконання плану; давало Держбанку можливість реалізації державного плану кредитування, який затверджувався Радою Міністрів. Зобов'язання Держбанку та підприємств з приводу кредитування першим другого виникало лише на підставі кредитного плану, який на той час був основною формою перерозподілу державного фонду оборотних засобів. Плановий характер надання кредитів зумовлював і плановість його повернення, а звідси і поява принципу строковості. Наслідком несвоєчасного повернення кредитних коштів одним позичальником могло бути ненадання кредиту іншому госпрозрахунковому органу, тому за допомогою способів забезпечення поновлювався кредитний фонд. Інші умови: цільового використання та повернення також були обумовлені плановістю кредитування, однак тут слід вказати на зміст та значення цих принципів за часів радянського періоду.

Державний банк СРСР, будучи стороною у договорі кредитування, характеризувався особливим правовим становищем, яке визначалось його подвійним правовим статусом. В особі

⁵³⁴ Чальїй Ю.И. Договор банковского кредита и правовое средства обеспечения возвратности кредитных денег: Диссертация ... канд. юрид. наук. – Харьков, 1997. – с.49.

Державного банку як органу державного управління держава здійснювала контроль за всією господарською діяльністю соціалістичних організацій, тому, вступаючи у договірні відносини з підприємствами, контролюючи цільове використання кредитних коштів, Держбанк не лише переслідував мету забезпечення власних інтересів як госпрозрахункової організації, а й виконував функції державного нагляду та контролю за дотриманням фінансової дисципліни всіма соціалістичними організаціями в державі. Саме тому науковці радянського періоду вказували на порушення принципу рівності учасників договірних відносин у сфері кредитування, оскільки правова становище Держбанку завжди була визначальним для його контрагентів, а при порушенні договірних відносин у дію могли вступати методи адміністративного впливу. Під умовою цільового використання кредитних коштів та правом Держбанку перевірки дотримання цієї вимоги фактично приховувався державний контроль за господарською діяльністю госпорганів, за напрямками витрачання ними державних коштів, і як наслідок – правові санкції різного правового характеру.

Сьогодні на особливості банківського кредитування у контексті співвідношення відповідних норм ЦК та ГК України щодо визначення істотних умов договору звертає свою увагу Національного банку України⁵³⁵.

⁵³⁵ У другому реченні частини 2 статті 345 ГК України зазначається, що у кредитному договорі передбачаються мета, сума і строк кредиту, умови і порядок його видачі та погашення, види забезпечення зобов'язань позичальника, відсоткові ставки, порядок плати за кредит, обов'язки, права і відповідальність сторін щодо видачі та погашення кредиту. Така норма викликала на практиці двозначне тлумачення. Іноді вважають, що в даному випадку йдеться про істотні умови кредитного договору. Інші вважають, що в даному випадку не йдеться про істотні умови кредитного договору.

Одночасно, відповідно до положень частини 1 статті 638 ЦК України та частини 2 статті 180 ГК України, істотними умовами цивільно-правового договору є умова про предмет договору; умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду; усі інші умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди. Крім того, відповідно до частини 3 статті 180 ГК України, при укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору.

Отже, істотними умовами кредитного договору як господарського договору, відповідно до закону, є умови про предмет, ціну та строк його дії.

У інших випадках, зокрема щодо умов, що наведені в частині 2 статті 345 ГК України (зокрема, мета кредиту, умови і порядок його видачі та погашення, види

Погоджуючись з висновком фахівців Національного банку України, варто підкреслити, що істотними є ті умови договору, які визнані такими за законом або необхідні для договорів даного виду, а також всі ті умови, щодо яких за заявою однієї з сторін повинно бути досягнуто згоди.

Основними ознаками кредиту є строковість, платність і зворотність. Надання безпроцентних кредитів допускається, як виняток, у випадках прямо передбачених законом. Враховуючи ці ознаки, істотними умовами кредитного договору, що визначені законом, є предмет, сума кредиту, строк повернення, розмір процентів.

Проценти за користування кредитними коштами нараховуються з моменту зарахування кредитних коштів на рахунок позичальника, а не з моменту укладення договору або дати, з якої кредитодавець зобов'язаний був надати грошові кошти. Це правило обумовлене тим, що проценти на суму кредиту сплачуються за час реального користування грошовою сумою.

На кредитні відносини поширюються положення § 1 про позику, якщо нормами цього параграфу для них не встановлюється особливе регулювання або інше не впливає із суті кредитного договору.

За згодою кредитодавця та позичальника, в договорі можуть бути передбачені умови щодо цільового характеру кредитування, договірної списання, права банку видавати наказ про примусову оплату боргового зобов'язання у разі несвоєчасного погашення кредиту або відсотків за його користування.

забезпечення зобов'язань позичальника, порядок плати за кредит, обов'язки, права і відповідальність сторін щодо видачі та погашення кредиту), то відсутні підстави вважати їх істотними умовами кредитного договору виходячи із наступного.

Структурно-системний аналіз положень ГК України свідчить, що законодавець прямо зазначає перелік істотних умов того чи іншого господарського договору, наприклад, частина 3 статті 272, частина 1 статті 284, частина 2, і 3 статті 297, частина 5 статті 318 ГК України. Аналогічний підхід застосовується і в положеннях ЦК, зокрема, перелік істотних умов договорів прямо визначається, наприклад, у статтях 695, 982, 1035 ЦК України.

Враховуючи вищевикладене, можна вважати, що істотними умовами кредитного договору як господарського договору відповідно до закону є умови про предмет, ціну, строк його дії, а також усі інші умови, щодо яких за заявою хоча б однією із сторін має бути досягнуто згоди. // Див.: Лист юридичного департаменту Національного банку України "Про деякі питання застосування Цивільного кодексу України в банківській діяльності" від 18.08.2004 р. № 18-111/3249-8378.

Дискусія стосовно того, чи є істотною умова щодо цільового використання кредитних коштів може бути завершена, якщо звернути увагу на те, що вона по суті обмежує права як позичальника так і кредитодавця. Так, позичальник, отримавши від банку кредитні кошти, вправі так розпорядитися ними, як того потребує його підприємницька діяльність. Він не може і не повинен бути пов'язаний умовами кредитного договору про використання кредитних коштів лише на заздалегідь визначені цілі, оскільки підприємницька діяльність – діяльність, пов'язана з рядом ризиків, і не завжди отримання прибутку і своєчасний розрахунок з кредиторами залежить від волі позичальника. Обов'язок цільового використання кредитних коштів у певних випадках може бути навіть перешкодою своєчасного розрахунку з банком, оскільки за таких умов позичальник не в змозі спрямувати кредитні кошти на більш перспективні і прибуткові проекти. Більше того, якими є реальні механізми перевірки банком дотримання позичальником вимоги цільового використання кредитних коштів, і чи саме в цьому, а не в своєчасному розрахунку банк є більше зацікавленим.

При наданні послуги з кредитування важливим аспектом у діяльності банку є намагання мінімізувати ризики неповернення суми кредиту за допомогою певних правових способів.

Під способом забезпечення кредиту слід розуміти конкретне джерело погашення боргу, юридичне оформлення права кредитора на його використання, організацію контролю банку за достатністю даного джерела⁵³⁶. У своїй діяльності банки, як правило, застосовують традиційні способи забезпечення кредитного зобов'язання. Новим ЦК України запроваджується стаття яка передбачає відповідно до закону або договору встановлення інших видів забезпечення виконання зобов'язання⁵³⁷.

Так аналізуючи певні аспекти укладення договору страхування несвоечасного повернення кредиту А. Ковальчук зазначає, що страхувальник має право за згодою застрахованої особи передбачити в договорі умову про виплату страхової суми іншій особі, зокрема банку, від якого він одержав кредит. Таким чином, крім необхідності перевірки відповідності умов договору чинному законодавству,

⁵³⁶ Оплачко Л. Способи забезпечення кредитного договору // Право України. – 2002. – №11. – с.49.

⁵³⁷ Див.: стаття 546 Цивільного кодексу України.

господарський суд повинен з'ясувати, чи є в договорі умова про виплату страхової суми банку, що надав кредит. При відсутності цієї умови у банку немає підстав вимагати від страховика сплати суми неповернутого позичальником кредиту та відсотків⁵³⁸.

На рівні адміністративних заходів Національного банку України зобов'язує банки додержуватись вимог щодо концентрації ризиків. Законом України "Про банки і банківську діяльність" встановлена імперативна норма, за якою банк зобов'язаний при наданні кредитів додержуватись основних принципів кредитування, у тому числі перевіряти кредитоспроможність позичальників та наявність забезпечення кредитів⁵³⁹. Проте цією нормою не встановлено, що забезпеченість кредиту є істотною умовою кредитного договору. Якщо сторони, наприклад, досягли згоди щодо забезпечення кредиту заставою, банк, відповідно до зазначеної норми, зобов'язаний перевірити наявність предмету застави. Забезпеченість виконання кредитного зобов'язання так само як і цільовий характер використання кредитних коштів можуть розглядатися істотними умовами договору якщо сторони дійшли згоди про це.

Питання правового титулу грошей, на якому вони закріплюються у позичальника також заслуговує на свою увагу при дослідженні правової природи кредитних відносин. У юридичній літературі радянського періоду деякі автори, відстоюючи "самостійність" кредитного договору, на перше місце, як найбільш важливе, ставили те, що за договором банківського кредиту, на відміну від договору позики, об'єкт договору не переходить у власність від кредитодавця до кредитодержувача.

На обґрунтування такої позиції наводились два аргументи: 1) банківська позичка за деякими виключеннями видається не готівкою, і відповідно, право власності на відповідні грошові знаки у кредитодержувача (як державної, так і кооперативної організації) виникнути не може; 2) в договорі між Держбанком і державною організацією, як і взагалі у договорах між держорганами, перехід права власності неможливий в силу єдності суб'єкта права державної соціалістичної власності. Останній аргумент, дійсно є незаперечним,

⁵³⁸ Ковальчук А. Правові колізії в законодавчому забезпеченні кредитної діяльності. // Право України. – 2003. – № 5. – с.64.

⁵³⁹ Див.: стаття 49 Закону України "Про банки і банківську діяльність".

куди б і кому не передавалося майно, за часів існування соціалістичної власності воно не змінювало свого власника.

А. Бабаскін вважає, що грошові кошти за кредитним договором банк надає у користування, а за депозитним договором кошти надаються в управління⁵⁴⁰.

Однак, чи можна говорити лише про користування грішми. Право користування грішми незалежно від того, у якій формі – готівковій чи безготівковій воно здійснюється завжди пов'язане з їх витрачанням. Особа від свого імені вступає у договірні відносини, вона розраховується цими коштами за передане майно, виконані роботи, надані послуги. Витрачаючи гроші, фактично вирішує їх юридичну долю, особа розпоряджається ними. Таким чином, право користування грішми тісно пов'язане з правом розпорядження, і за таких обставин присутніми є всі правомочності власника: володіння, користування та розпорядження. Чи можна за таких обставин говорити про те, що гроші передаються лише у користування. На нашу думку, відповідь має бути негативною, якщо у користування передаються грошові кошти і суб'єкт такого користування вступає у зобов'язанні від свого імені і у власних інтересах, то за таких обставин у набувача таких грошей виникає не право користування, а право власності.

Висновок про те, що за кредитним договором грошові кошти переходять до позичальника не на титулі користування, а на титулі власності не може заперечувати думки про самостійний характер кредитних зобов'язань. Перехід грошових коштів за кредитним договором у власність позичальника жодним чином не означає, що кредитний договір є різновидом договору позики, оскільки останній ніби-то теж передбачає перехід права власності від позикодавця до позичальника. Оскільки ознака переходу права власності на об'єкт договору притаманна більшості цивільних договорів, вона не вказує на спорідненість всіх цивільних договорів, а лише характеризує правовий режим майна, який є об'єктом того чи іншого зобов'язання.

Проте така констатація не може бути прийнята остаточно.

Звертаючи увагу на відмінності об'єктів позики та кредиту, як правило, деякі автори вказують на той аспект, що об'єктом кредиту можуть бути лише грошові кошти, а об'єктом позики окрім грошей

⁵⁴⁰ Див.: Бабаскін А.Ю. Кредитний договір / Договір у цивільному і трудовому праві. Довідник. Ч. 1. – К. 2000. – с.210.

можуть бути також інші речі, визначені родовими ознаками. Враховуючи таку незначну відмінність робиться висновок, що кредит є різновидом позики.

Існує також позиція, що предметом кредитного договору можуть бути лише гроші. При цьому більшість кредитів надаються в безготівковій формі, тобто предметом кредитних відносин стає право вимоги, а не гроші у вигляді грошових купюр (речей). Таким чином, предметом кредитного договору є безготівкові гроші ("грошові кошти"), тобто право вимоги, а не речі⁵⁴¹. Такий підхід дещо звужує можливість запровадження банківських послуг з кредитування. Хоча акцентування на такій формі кредитування як "безготівкові гроші" дає поштовх до необхідності визначити правову природу відповідного об'єкту.

Як влучно зазначив В. Вітрянський, теоретична проблема як раз і полягає в тому, що так звані безготівкові грошові кошти є за своєю правовою природою зобов'язальними *правами* вимоги до банку (а не речами), в принципі не можуть бути передані у *власність* позичальника⁵⁴².

При розгляді особливостей безготівкового кредитування деякі автори звертають свою увагу на відповідність кредитних та розрахункових відносин. Так, О. Орлюк наголошує, що кредит має самостійне значення. Якщо метою правовідношення є лише надання цінностей, що повинні бути повернені (як правило, із процентами), – це кредитні правовідносини. Якщо, навпаки, між моментом передачі цінностей та їх еквівалюванням з'являється розрив у часі внаслідок угоди між сторонами або відповідної організації системи розрахунків, таке відношення має кредитні елементи, але не є кредитним. Але і в тому, і в іншому випадку правовідношення, яке виникло, тягне за собою і грошові розрахунки⁵⁴³. За думкою Н. Рассказової, кредит може бути наданий тільки шляхом зарахування суми на рахунок позичальника або зазначеної ним особи, оскільки на її думку категорія грошові кошти, які слід розглядати обмежено:

⁵⁴¹ Див.: Суханов Е.А. Договори займа, кредита и финансирования под уступку денежного требования. / В кн. Гражданское право. В 2 т. Т. II. Полутом 2: Учебник / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2000. – с.225.

⁵⁴² Вітрянський В.В. Там само. – с.50.

⁵⁴³ Орлюк О. Деякі питання теорії кредитних правовідносин // Науковий вісник Чернівецького університету. – 1999. – Випуск 48. Правознавство. – с.83.

як гроші, що враховані на банківських рахунках⁵⁴⁴. Можна говорити про деякі аспекти співвідношення безготівкового кредитування та розрахунків, проте основним зобов'язанням буде кредитне, а здійснення операцій щодо зарахування або переказу коштів по рахунках сторін кредитного договору носить акцесорним характер.

Досить цікавою є позиція Г. Шемшученко, який позико-кредитні відносини розглядає як акт комерційного продажу грошових коштів. При цьому такий продаж є тимчасовим, тобто перехід права власності на відповідні кошти обумовлюється часовими межами їх повернення⁵⁴⁵. Цю позицію підтримує О. Шаповалова, проте, на її думку, це акт не тимчасового продажу грошових коштів, а назавжди, тому, що право власності не може бути обмежене строком. Позичальник як власник запозичених грошових коштів має право розпоряджатися цими коштами, Але у нього є зобов'язання сплатити позикодавцю через деякий час плату за отриманий товар (позику), яка складається із суми отриманої позики й процентів як прибутку позикодавця⁵⁴⁶.

Запропонована позиція змодельована з так званого правочину РЕПО, за яким вчиняється продаж цінних паперів із зобов'язанням їх викупу за раніше встановленою ціною через певний час. Така договірна конструкція щодо цінних паперів, які з економічної точки зору розглядаються як предмет додаткової вартості капіталу, досить вдало запроваджується на фондовому ринку. За своєю природою договір купівлі-продажу із зобов'язанням зворотнього викупу ювілейних монет, що знаходяться в обігу, виконують функцію платіжного засобу та є індивідуально-визначеними речами може розглядатися через призму кредитної операції. Проте звичайні гроші, що виконують насамперед функції платежу та еквіваленту вартості товару та віднесені до родових речей не можуть бути об'єктом купівлі-продажу хоча б з точки зору економічної доцільності.

На думку Р. Карімудліна, з зарахуванням суми кредиту на рахунок позичальника в останнього не виникає право власності на річ, як це

⁵⁴⁴ *Рассказова Н.Ю.* Договори в банковской практике: Учебное пособие. – СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского университета экономики и финансов, 1998. – с.109.

⁵⁴⁵ Див.: *Шемшученко Г.Ю.* Банківський кредит у системі кредитних відносин. // Держава і право. – 2001. – Вип. 10. – с.318.

⁵⁴⁶ *Шаповалова О.* Кредит як власність позичальника // Право України. – 2004 – № 10. – с.90.

відбувається при її врученні готівкою. Разом з тим різниця в речово-правовій кваліфікації того або іншого засобу набуття кредиту не впливає на його кінцевий економічний та зобов'язально-правовий ефект. Інтерес позичальника направлений не на те, щоб стати власником відомої кількості грошових знаків, а на те, щоб у його розпорядженні була певна грошова сума. Саме тому її зарахування на рахунок стає можливим прирівняти до передачі права власності на грошові знаки⁵⁴⁷. Відповідне судження адекватно відповідає системі економічних інтересів як кредитодавця так і позичальника.

На нашу думку питання правового титулу грошей, на якому вони закріплюються у позичальника може бути вирішене шляхом встановлення правового способу виконання банком грошового зобов'язання. Сторони визначають порядок передачі певної грошової суми у той чи інший спосіб. У разі отримання кредиту готівкою позичальник набуває права власності на відповідну грошову суму, у той час як кредитодавець набуває права вимоги до позичальника щодо передання у строк визначений договором такої ж грошової суми у власність. За умовами безготівкового кредитування банк зобов'язаний переказати кошти на рахунок позичальника, який, у свою чергу, набуває права вимоги до банку, в якому обслуговується (це може бути банк, що надав кредит) щодо розпорядження кредитними коштами облікованими на його рахунку. При цьому зазначені кошти не є власністю позичальника, вони відображені на кореспондентському рахунку банку, що його обслуговує. У позичальника відсутні речові права, якими наделяється власник. Здійснення розпорядження кредитними коштами у безготівковій формі відбувається в межах зобов'язальних відносин.

Отже основна відмінність договору позики від кредитного договору за предметом полягає в тому, що позичальник одержує грошові кошти в позику завжди готівкою і набуває при цьому права власності на них; за кредитним договором позичальник може набутти права власності на готівкові кошти або одержати кредит у вигляді облікованої грошової суми на його рахунок з набуттям права вимоги до банку, в якому заходиться цей рахунок щодо розпорядження ними.

Характеризуючи правову природу кредитного договору, не можна обійти увагою одне з найбільш складних і дискусійних

⁵⁴⁷ Каримуллин Р.И. Права и обязанности сторон кредитного договора по российскому и германскому праву. – М.: "Статут", 2001. – с.20 – 21.

питань, яке певною мірою є визначальним у характеристиці кредитного договору як такого, що має досить суттєву відмінність від договору позики. Питання, яке має глибоке теоретичне, і важливе практичне значення, стосується моменту виникнення прав та обов'язків сторін кредитного договору. Проте, у юридичній літературі питання "реальності" чи "консенсуальності" кредитного договору є дискусійним.

За радянських часів воно піднімалося неодноразово⁵⁴⁸, і висновки науковців, які наполягали на "реальності" кредитного договору, базувались на аналізі процедури його укладання. Зокрема, зазначалось, що зміст договору між банком і клієнтом визначається трьома документами: заявою про видачу позички, правилами банку, на які є посилання у заяві, строковим зобов'язанням. Прийняття заяви госпоргану про видачу кредиту і підпис банку на такій заяві не визнавалось в якості оферти і акцепту. Лише реальне надання банком кредиту, на думку ряду вчених, було підставою виникнення кредитних відносин між банком і позичальником.

Першою на консенсуальний характер кредитного договору вказала К. Флейшиць⁵⁴⁹. Проаналізувавши порядок укладання договору банківської короткострокової позички, вона прийшла до висновку про те, що, договір може бути визнаний укладеним не в момент зарахування позички на розрахунковий рахунок госпоргану, а в момент оформлення керуючим установою Держбанку резолюції за заяві про дозвіл на видачу позички. Надпис керуючого банком на заяві про згоду на видачу позички, вважала К. Флейшиць, не можна не розглядати як прийняття банком пропозиції укласти договір, оферти, що міститься в заяві госпоргану про видачу йому позички. Якщо вважати, що видача позички – "виконання", то вона може бути виконанням лише укладеного договору. Свій висновок К. Флейшиць не змогла підтвердити судовою практикою розгляду спорів між позичальниками і Держбанком, що і було покладено в основу заперечень її опонентами.

⁵⁴⁸ Див.: Гражданское право, Ч. II. Юриздат. – М., 1938 – с.362; Гражданское право, Т. I. Юриздат. М., 1944. – с.192; *Вильнянский С.И.* Лекции по советскому гражданскому праву. – Харьков, 1958 – с.319; Гражданское право, Т. II. М., Госюриздат, 1951 – с.250.

⁵⁴⁹ *Флейшиц Е.А.* Кредитные и расчетные правоотношения. – М., 1959. – с. 215.

Критикуючи К. Флейшиць, Є. Компанеєц⁵⁵⁰ і І. Гуревич⁵⁵¹ писали про те, що будь-яке цивільно-правове зобов'язання повинно бути пов'язане з будь-якою цивільно-правовою санкцією на випадок його невиконання. Невдача банківської позички не тягне за собою цивільно – правової відповідальності Держбанку, оскільки це не передбачено жодним нормативно-правовим актом, і саме тому, на їх думку, немає і не може бути практики притягнення Держбанку до відповідальності у формі відшкодування підприємству збитків, понесених через ненадання чи несвоєчасне надання банком позички. Підпис банку, як вважав І. Гуревич, носить внутрішній характер, він не звернений до позичальника, контрагент може і не знати про акцепт його оферти, і саме тому кредитний договір є договором реальним, таким, що породжує певні права і обов'язки у його сторін з моменту фактичного надання кредиту.

Наведені І. Гуревич та Є. Компанеєц аргументи для заперечення консенсуальності кредитного договору, автори даної статті вважають недостатніми. Більше того, за умов рівності усіх форм власності і рівності сторін по договору такі аргументи несприйнятні, оскільки при здійсненні операцій по кредитуванню банківські установи не наділяються особливим статусом для визначення відповідальності. Загальні норми цивільного права, наявність договору є достатніми підставами для притягнення банку до відповідальності за невиконання чи неналежне виконання взятих на себе договірних зобов'язань, наявність спеціальної норми не вимагається.

У зв'язку з відсутністю визначення поняття "кредитний договір" до прийняття нового ЦК України, важко було зрозуміти, яким же є кредитний договір на думку законодавця: чи це договір, за яким сторони набувають прав та обов'язків з моменту передачі грошей позичальнику, чи це договір за яким права та обов'язки сторін виникають з моменту досягнення згоди по всіх істотних умовах. Однак, відсутність нормативного визначення не перешкоджала сторонам врегулювати зазначене питання безпосередньо у кредитному договорі.

Норма статті 1054 нового ЦК України, що містить визначення кредитного договору розв'язала дискусію стосовно моменту

⁵⁵⁰ Компанеєц Е.С., Полонский Э.Г. Применение законодательства о кредитовании и расчетах. – М., 1967. – с.69.

⁵⁵¹ Гуревич И.С. Очерки советского банковского права. – Л., 1959. – с.40 – 55.

виникнення прав та обов'язків сторін договору на користь його консенсуальності.

Разом з тим у літературі можна віднайти думку, що кредитний договір є реальним, тобто вважається укладеним із моменту передачі грошей позичальникові, якщо сторони в договорі не обумовили надання кредиту настанням яких-небудь інших умов⁵⁵². Проте такий підхід не відповідає положенням нового ЦК України.

Порядок відмови від надання або одержання кредиту встановлений статтею 1056 ЦК України. Кредитодавець може відмовитися від надання позичальникові передбаченого договором кредиту частково або в повному обсязі в окремих випадках. Одним з таких випадків є порушення процедури визнання позичальника банкрутом. Відповідно до статті 11 Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" від 14.05.1992 р. (у новій редакції від 30 червня 1999 р.) процедура визнання позичальника банкрутом розпочинається з моменту винесення суддею ухвали про порушення провадження у справі про банкрутство, в якій зазначається про прийняття заяви до розгляду, введення процедури розпорядження майном боржника, призначення розпорядника майна, дату проведення підготовчого засідання суду та інші елементи процедури.

До інших обставин, які явно свідчать про те, що наданий позичальникові кредит своєчасно не буде повернений, можна віднести, наприклад, ненадання документальної звітності по договору, незадовільну структуру балансу позичальника тощо.

На відміну від кредитодавця позичальник вправі відмовитися від одержання кредиту частково або в повному обсязі незалежно від будь-яких умов, але це право може бути реалізоване лише до отримання суми кредиту. Сума кредиту вважається отриманою з моменту зарахування коштів у безготівковій формі на рахунок, що належить позичальникові, або з моменту отримання позичальником готівки у касі кредитодавця. Приймавши рішення про відмову від

⁵⁵² *Оплачко Л.П.* Поняття кредитного договору за законодавством України. Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції. 29-30 квітня 2004 р., м. Харків. – К.: Академія правових наук України, НДІ приватного права і підприємництва, НДІ інтелектуальної власності, Національна юридична академія ім. Ярослава Мудрого, 2004. – с.352.

одержання кредиту, позичальник зобов'язаний повідомити про це кредитодавця до передбаченого договором строку його надання, якщо інше не встановлено договором або законом.

Невиконання позичальником передбачених договором обов'язків щодо цільового використання кредиту передбачає виникнення у кредитодавця права відмовитися від подальшого кредитування позичальника за договором. Відмову у наданні кредиту слід розглядати як підставу для розірвання договору у повному обсязі або частково відповідно до частини 3 статті 651 ЦК України.

Встановлення відповідальності банку за несвоєчасне надання кредиту, так само, як і встановлення відповідальності позичальника за відмову в отриманні кредиту не обмежується жодною нормою права, тому сторони вправі встановлювати те, що не заборонено.

Умова про відповідальність є виправданою з практичних міркувань, оскільки позичальник, уклавши кредитний договір, покладається на те, що необхідні для реалізації певного бізнес-проекту грошові кошти будуть отримані ним від банку вчасно, він укладає контракти і не шукає додаткових джерел фінансування. Відмова ж банку від надання кредиту у визначений в договорі термін у встановленому розмірі, може потягнути за собою матеріально невігідні наслідки для такого позичальника, який, фактично не будучи винним, змушений буде відшкодувати збитки, сплачувати неустойку своїм контрагентам. Так само і банк, резервуючи кошти для позичальника, вправі поставити питання про відшкодування збитків, заподіяних відмовою позичальника від їх прийняття, оскільки зазначені кошти могли бути надані іншій особі, і банк отримав би за них певні відсотки.

На відміну від договору позики кредитний договір має укладатися у письмовій формі, незалежно від суми кредиту. Якщо кредитний договір містить умову про заставу нерухомого майна, а також в інших випадках, встановлених законом, такий договір підлягає нотаріальному посвідченню та реєстрації в порядку, передбаченому законом (стаття 577 ЦК України).

Недотримання сторонами письмової форми тягне за собою недійсність кредитного договору. Такий договір вважається нікчемним. У цьому разі визнання правочину недійсним судом не вимагається. Правові наслідки недійсності такого договору передбачені статтею 216 ЦК України.

Не можна погодитись з тим, що розпорядження голови правління банку про надання кредиту на підставі поданої позичальником заяви, носить внутрішній характер, оскільки кредитний договір від імені банку підписується керівником або іншою уповноваженою особою, і сторони чітко обумовлюють строки і порядок надання кредиту. Заява позичальника про надання кредиту базується на кредитному договорі і на погоджених у ньому умовах. Так, позичальник, який вказав у заяві більший розмір кредиту чи іншу валюту коштів, не отримує кредит від банку на заявлених умовах, оскільки на це немає згоди іншої сторони, на це немає згоди банку, сторони кредитного договору про такі умови не домовлялися. Подання заяви і її підпис керівника банку може розглядатися як дотримання письмової форми договору.

Таким чином, аналіз лише певних аспектів кредитного договору дає можливість зробити висновок про те, що кредитний договір – самостійний договір в системі цивільних зобов'язань. Розвиток економічних відносин призводить до зростання класичних кредитних конструкцій та створення нових форм і механізмів кредитування. Зрозуміло, що сучасний кредитний договір не вміщується у тісні межі правового регулювання відносин позики. Постійне нагадування про наявність певних подібних ознак не сприяє самостійному розвитку, а лише стримує формування відносин у сфері кредитування.

Правильне розуміння і належна оцінка правової природи кредитного договору необхідне, в першу чергу, з теоретичної точки зору, оскільки кожний правовий інститут, навіть якщо він створюється і розвивається не завдяки правовій нормі, а завдяки практиці, повинен отримати належну юридичну кваліфікацію, що відповідає його істинному змісту. Завдяки визначенню кредитного договору як самостійного договірного зобов'язання в системі цивільних договорів і дослідженню з об'єктивних теоретичних позицій, можливим буде наукове обґрунтування проблемних питань практичного характеру.

За своєю юридичною природою кредитний договір – це самостійне зобов'язання, оскільки регулюється відокремленим масивом правових норм, оскільки потребує присутності особливого суб'єкта права – банківської установи, стосується мобілізації та розміщення виключно грошових коштів. На відміну від договору позики, кредитний договір

має розширене істотне наповнення, де визначальною є умова про оплатність послуг банку за надання кредиту.

Взаємні права та обов'язки сторін кредитного договору виникають з моменту досягнення згоди по всіх істотних умовах, і сторона, що не виконала чи неналежним чином виконала взяті на себе обов'язки зобов'язана відшкодувати заподіяні збитки. З огляду на це, на особливу увагу у кредитному договорі заслуговує питання відповідальності позичальника за несвоєчасне повернення кредитних коштів, а саме правомірності встановлення підвищених відсотків за користування кредитними коштами. Складність відносин, що виникають при кредитуванні банківськими установами господарюючих суб'єктів усіх форм власності, ще раз підтверджує той факт, що кредитний договір заслуговує на самостійне існування в системі цивільних договорів.

Враховуючи зазначені особливості кредитного договору за участі банка можна спробувати окреслити його основні ознаки.

Банківський кредитний договір це самостійний, консенсуальний, двосторонній, відплатний, строковий договір, за яким банк зобов'язується надати фінансову послугу з надання грошових коштів (кредиту) позичальникові у спосіб передбачений договором, а останній, набувши відповідно право власності або право вимоги щодо розпорядження кредитом, зобов'язаний у визначений строк повернути кредит та сплатити винагороду за надану послугу у вигляді процентів.

Комерційний кредит

Юридична природа комерційного кредитування характеризується можливістю авансування, попередньої оплати, відстрочення або розстрочення оплати товарів, робіт або послуг.

Комерційний кредит – це просто відстрочення виконання будь-якого зобов'язання за основним договором (купівлі-продажу, підряду тощо). Зрозуміло, що, на відміну від грошового кредиту чи позики, комерційний кредит похідний від головного зобов'язання і, по суті, є однією з умов його виконання⁵⁵³.

⁵⁵³ Див.: Майданик Р.А., Кривенда О.В. Відмежування позики від суміжних правових конструкцій. / У книзі 2 Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О.В. Дзера (керівник авт. кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. 2-е вид., допов. перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2004.- Кн. 2. – с.342.

Особливість комерційного кредитування полягає в тому, що правовим діям однієї сторони, зумовленим переданням у власність грошових коштів або речей, які визначаються родовими ознаками, кореспондуються правові дії другої сторони по передачі товару, виконанню робіт або наданню послуг. Суб'єктами комерційного кредитування можуть виступати будь – які юридичні особи та фізичні особи – підприємці. На відміну від надання позики або банківського кредиту комерційне кредитування не може бути оформлене як самостійна договірна конструкція. Здійснюється комерційне кредитування в межах відповідного зобов'язання з реалізації товарів, виконання робіт або надання послуг. Так, наприклад, на виконання зобов'язань за договором купівлі-продажу, комерційний кредит може бути наданий покупцем продавцю у формі авансу або попередньої оплати товарів і навпаки – продавцем покупцю шляхом відстрочення або розстрочення оплати товарів. При цьому товар, що передається продавцем покупцеві, може належати до категорії як родових, так і індивідуально визначених речей.

Зобов'язання комерційного кредиту не має форми окремого договірного правовідношення, а виникає в тих цивільно-правових договорах (не торкаючись їх суті), виконання яких пов'язане з передання у власність іншій стороні грошових сум або інших речей, визначених родовими ознаками, за тією умовою, що одна з сторін такого договору здійснює виконання контрагенту нібито в кредит, з відстрочкою передбаченого договором зустрічного виконання зі сторони цього контрагента⁵⁵⁴.

До комерційного кредиту застосовуються положення відповідних статей ЦК України, що регулюють відносини за кредитним договором та договором позики, якщо інше не встановлено положеннями про договір, з якого виникло відповідне зобов'язання, і не суперечить суті такого зобов'язання. Цією нормою встановлюється правило про те, що надання комерційного кредиту можливе лише у зв'язку з виконанням певного зобов'язання.

Міжнародний кредит

У вітчизняних підприємств досить часто виникає необхідність купувати обладнання і техніку в розвинених країнах, що зумовлює потребу в валюті. З іншого боку, для іноземних держав і

⁵⁵⁴ *Витрянский В.В.* Кредитный договор: понятие, порядок заключения и исполнения. – М.: Статут, 2005. – с.11.

підприємств надання позик іншим державам та закордонним підприємствам хоч і більш ризикована справа, але прибуток, який передбачається отримати, буде значнішим, ніж від розміщення коштів у своїй державі. Необхідність кредитних відносин пов'язана з об'єктивним перерозподілом матеріальних і грошових потоків, що виникають в процесі відтворення суспільного продукту: в одних галузях суспільного господарства здійснюється вивільнення коштів, в інших – виникає потреба в них.

У діяльності фінансово-кредитних інститутів в міжнародних відносинах поряд з політичними, економічними, соціальними та іншими аспектами важливу роль відіграють юридичні конструкції. Україна знаходиться на шляху координальних змін в економіці. При цьому поступово реалізуються плани по реформуванню національного законодавства і створення умов для участі у міжнародній фінансовій сфері. Сформована банківська система України має певне підґрунтя для реалізації даних планів.

Міжнародний кредит – це надання коштів у грошово-валютній формі, що розміщуються на міжнародному та національному ринках позикового капіталу за допомогою банків. Однією з важливих характеристик сучасних зовнішньоекономічних зв'язків є розширення сфери міжнародного кредитування, перетворення світового ринку позикових капіталів у головний елемент міжнародних економічних відносин.

Міжнародний ринок позикових капіталів – це система відносин з приводу акумуляції та перерозподілу позикового капіталу між країнами, що є сукупністю кредитно-фінансових закладів і фондових бірж, які надають позики і кредити міжнародним контрагентам. Цей ринок не тільки продовжує швидко зростати, а характеризується постійною зміною структури і вдосконаленням механізму.

В умовах значного розвитку міжнародного кредитування слід звернути увагу на стійку тенденцію до міжнародної уніфікації послуг у фінансовій сфері та інтеграції банківських установ до світових інформаційних (Reuters), фінансових (SWIFT) та економічних (Організація з економічного співробітництва та розвитку, Європейський банк реконструкції та розвитку) мереж. У системі цих мереж відбувається здійснення поточних розрахунків, проведення клірингових операцій за кореспондентськими рахунками, переказ

капіталів у формі інвестицій, залучення депозитів, розміщення кредитів, купівля-продаж цінних паперів тощо.

Важливим аспектом міжнародного фінансування є умови кредитування. Одним з поширених видів кредитування у сфері міждержавного співробітництва останнім часом стало надання кредитів на підставі компенсаційних угод. Мова йде про угоди, якими передбачається отримання від західних банків кредитів строком, як правило, на 10-15 років. За рахунок вказаних кредитів оплачуються товари, які закупаються в цих же країнах для спорудження великих об'єктів. Відшкодування вартості поставок проводиться за рахунок експорту продукції створених об'єктів. Уряди також забезпечують гарантії кредитів (наприклад, ЄБРР і МБРР надає кредити в основному під урядові гарантії) і страхування кредиторів, які фінансують експорт. У випадку надання "експортних кредитів" встановлюються нижчі відсоткові ставки, ніж на ринках приватного капіталу. Більш того, між великими індустріальними державами іноді відбуваються експортно-кредитні війни, особливо у зв'язку з реалізацією сільськогосподарської продукції, незважаючи на спроби Організації економічного розвитку і співробітництва регулювати відсоткову ставку і програми фінансування експорту⁵⁵⁵.

Функціонування кредитного механізму створює умови для розвитку економіки України і розширення економічних зв'язків з іншими країнами на основі взаємної вигоди. Важко переоцінити роль кредитів, які отримує Україна від міжнародних кредитних організацій (Світовий банк, Міжнародний банк реконструкції та розвитку, Європейський банк реконструкції і розвитку, Міжнародний валютний фонд).

Разом з тим Україна бере активну участь у короткостроковому кредитуванні. Так, наприклад, "Меморандумом про порозуміння між кабінетом Міністрів України та Урядом Королівства Іспанії щодо фінансового співробітництва" ратифікованого 11.07.97 р. передбачено, що Іспанською Стороною висловлюється намір надати в розпорядження Української Сторони короткострокові кредити, тобто з терміном погашення не більше 360 днів (один фінансовий рік), максимальною сумою 25 млн. доларів США, які спрямовуватимуться на фінансування експорту іспанських товарів та послуг. Фінансування здійснюватиметься шляхом комерційних

⁵⁵⁵ Фолсом Р.Х., Гордон У.М., Спаногл Дж.А. Международные сделки. – М., 1996. – с.113.

кредитів, які надаватимуться іспанськими фінансовими установами та страхуватимуться Іспанською компанією страхування експортних кредитів (ІКСЕК).

Можливість запровадження, у наведеному прикладі, міжнародного кредитування так чи інакше буде орієнтуватися на привато-правові основи юридичної природи кредитного договору, які за законодавством Іспанії та України є тотожними. Кредитний договір за законодавством Іспанії розглядається як двосторонній договір, за яким банк зобов'язується надати у розпорядження клієнта певну кількість грошей на певний строк, а клієнт зобов'язується повернути зазначену суму банку та сплатити комісійні та інші проценти⁵⁵⁶.

Кабінет Міністрів України гарантує погашення основної суми кредиту, відсотків та комісійних за кредитами згідно з умовами окремих кредитних угод, які буде укладено. Кожна з угод забезпечуватиметься гарантіями Кабінету Міністрів України.

При вирішенні колізій у кредитних відносинах застосовується принцип автономії волі щодо вибору права. Доктрина автономії волі як вирішальний фактор у виборі права, що застосовується до зобов'язальних відносин, знайшла відображення в абсолютній більшості законодавчих актів різних країн у сфері міжнародного приватного права. Ідея про те, що договір повинен регулюватися правом, обраним сторонами (причому цей вибір може бути як ясно висловленим, так і таким, що мається на увазі, або впливати з обставин справи), втілена у законодавстві про МПрП Швейцарії, Італії, Румунії та інших країн⁵⁵⁷.

Певні елементи кредитного ризику, зумовили необхідність об'єднати зусилля учасників світового грошового ринку для вироблення узгоджених підходів для регулювання праввідносин. Розроблені міжнародні нормативні документи можна поділити таким чином.

Перша категорія спрямована на спрощення порядку ведення транскордонної господарської діяльності. У цій категорії можна знайти угоди про технічні стандарти, стандартизовані контракти (генеральні угоди), кодекси поведінки, гармонізовані правила

⁵⁵⁶ Див.: Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие / Под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. – М., 2004. – с.433.

⁵⁵⁷ Див.: *Кисіль В.І.* Міжнародне приватне право: питання кодифікації. – К.: Україна, 2000. – с. 265-266.

бухгалтерського обліку й розкриття інформації, домовленості стосовно здійснення міждержавних платежів і велику кількість договорів, які регулюють фінансові послуги в цілому. До технічних стандартів можна віднести стандарти передачі інформації в мережі SWIFT (скорочено, повна назва – "the Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications", Організація світових міжбанківських телекомунікацій, заснована в 1973 р. і підтримувана фінансовими інституціями в усьому світі). Відносини між SWIFT і користувачами системи SWIFT регулюються у договірному порядку, а поскільки правила SWIFT інкорпорується до міжбанківських договорів, вплив SWIFT на гармонізацію умов таких контрактів був і залишається значним. До кодексів належної поведінки відносяться прийняті у 1995 р. у Нью-Йорку Принципи і правила щодо оптових трансакцій на фінансовому ринку. Такі кодекси, визначаючи "найкращу" практику в таких галузях, як фінансові ресурси учасників (аналог загальнообов'язкових вимог Національного банку України щодо обов'язкових резервів українських банків), політику і процедури, які застосовуються при веденні бізнесу, самий механізм надання фінансових послуг, зокрема і кредитування, відносини між учасниками, є рекомендаційними за своєю юридичною силою. І все ж таки до них треба ставитися з великою увагою, бо в США було задоволено кілька позовів довіритель до повірених-банків у зв'язку з неврахуванням ступеню кредитного ризику, визначеного з урахуванням положень кодексів "найкращої" поведінки⁵⁵⁸.

Безумовно, слід враховувати той факт, що якщо англо-американська правова доктрина зосереджена перш за все на суті фінансових операцій, які проводяться, то європейське законодавство робить наголос на правовій формі того, що відбувається. Стандарти бухгалтерського обліку і розкриття інформації також мають серйозний вплив саме на міжнародне кредитування. Ці уніфіковані правила є визначальними при встановленні терміну кредитів (коротко-, середньо- чи довгострокові), кредитного ризику, перевірки фінансових документів позичальника. Зараз визнаними у світі є дві системи стандартів бухгалтерського обліку – GAAP (Generally Accepted Accounting Principles – Загальноприйняті принципи бухгалтерського обліку) та IAS (International Accounting

⁵⁵⁸ William R. White. International agreements in the area of banking and finance: accomplishments and outstanding issues. – Basle, Bank for international settlements, 1996. – p.8-9.

Standards – міжнародні бухгалтерські стандарти). Перші діють в США, в той час як другі – в країнах Європи.

Уніфіковані правила розкриття фінансової інформації приймалися неодноразово (1994 р. – підкомітетом Фішера постійного комітету по Євровалюті, 1995 р. – Базельським комітетом по нагляду за банківською діяльністю, 1996 р. – Міжнародним інститутом фінансів), наголошуючи на необхідності розкриття не тільки кредитного ризику, а й ефективності управління ним. І хоча банки й інші фінансово-кредитні інституції спочатку не зреагували на ці заклики, потім потреба грошового ринку у відкритій інформації змусила їх надавати про себе більш повні відомості, надання "симетричної" інформації про позичальника в міжбанківському спілкуванні є загальноприйнятою банківською практикою.

Наступна категорія актів, направлена на врегулювання питання щодо того, законодавство якої країни буде застосовуватися у випадку виникнення проблем з платоспроможністю позичальника. Як наслідок, були створені гармонізовані умови кредитних договорів, що мало позитивний вплив і на боржників, як на слабшу сторону в договорі. Почасти кредитори обирали для договорів тільки ті умови і той правопорядок, який їм найбільше підходив. Домовленість між певним колом кредиторів щодо застосування єдиних договірних умов спростило життя багатьом позичальникам. Особливо такий підхід характерний для міжнародних фінансових організацій (Загальні умови, які поширюються на кредитні і гарантійні угоди для моно валютних кредитів МБРР від 30 травня 1995 р., Умови фінансування малих та середніх підприємств ЄБРР від 20 жовтня 2000 р.).

Якщо приватна ініціатива відіграє значну роль у вищезгаданих угодах, то договори другої категорії, спрямовані на розвиток конкуренції у банківській і фінансовій сфері, що є прерогативою держави. Причина полягає в публічно-правовому характері норм антимонопольного законодавства і валютного контролю. Серед прикладів конвенцій, які б стосувалися фінансового сектору – Женевські вексельні і чекові конвенції і Конвенція ООН з міжнародної купівлі-продажу товарів, Кодекси ОЕСР (Організація з економічного співробітництва і розвитку) про рух капіталів та про поточні "невидимі" операції. Та такий "конвенційний" шлях виявився важким для країн, і тому більш успішним виявився напрямок розробки

модельних законів. Тут насамперед слід згадати Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародні кредитові перекази від 14 травня 1992р. Важливе значення мають Директиви Ради Міністрів ЄС як обов'язкові до впровадження в національне законодавство членами ЄС (про конкретні директиви мова піде пізніше, серед визначальних – Директива Ради Міністрів ЄС "Про координацію законів, правил та адміністративних положень, що регулюють організацію і ведення бізнесу кредитних організацій" від 12.12.1977 р.).

Угоди, які мають на меті забезпечити фінансову стабільність, особливо транснаціональних банків, відносяться до третьої категорії. Вони визначають розміри обов'язкового резервування для банків, максимальний розмір кредитного ризику, умови і обмеження щодо надання кредитів інсайдерам і пов'язаним особам.³ Ці договори розробляються під егідою Базельського комітету з банківського нагляду, Банку міжнародних платежів, Постійного комітету ЄС з євровалюти та іншими і мають публічний характер, а тому лежать поза увагою відповідного дослідження, хоча не враховувати обмеження, які накладаються на проведення міжнародного кредитування вказаними міжнародними документами, неможливо.

Щодо національного законодавства різних країн, то необхідно відмітити, що до кредитних угод застосовуються загальні норми цивільного і торгового права (у країнах, яким в силу історичної традиції притаманний дуалізм приватного права), діяльність банків у галузі кредиту регулюється багатьма спеціальними актами різної юридичної сили.

Публічно-правові норми, які приймає центральний банк у межах його компетенції можуть не стосуватися безпосередньо міжнародного кредитного договору, укладеного комерційним банком, але таким чином можуть вплинути на його прибутковість, легкість проходження певних формальних процедур (наприклад, закупівлі валюти), що фактично унеможливають його виконання.

Джерелом правового регулювання є також положення, які містяться в статутах банків, інструкції, що видаються самим банком, а також чисельні формуляри, що використовуються в банківській практиці для оформлення банківських угод. Щодо стандартних форм, то треба зазначити, що саме у країнах англосаксонського права вони набули великого значення. В разі виникнення у суду сумнівів щодо наявності чи дійсності певної умови, що міститься у

договорі, перевага віддається типовій формі перед умовами, про які була домовленість між сторонами поза формуляром (справи Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd і Titford Property Co. Ltd. v. Cannon Street Acceptances Ltd.)⁵⁵⁹.

Досить важливим аспектом правового регулювання кредитних відносин є загальноприйнята банківська практика, на яку посилаються закони всіх країн. У Законі України "Про банки і банківську діяльність" зазначається, що банки в Україні можуть використовувати кредитові платіжні інструменти, що застосовуються у міжнародній банківській практиці. Мова йде про звичаї у міжнародній банківській практиці⁵⁶⁰. Прикладом цих норм можуть бути, Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів від 01.01.1993 р., Уніфіковані правила по інкасо від 01.01.1979 р., Уніфіковані правила по договірним гарантіям в редакції 1978 р. Такі звичаї є джерелом правового регулювання в тому випадку, якщо вони певним чином схвалені державою чи застосовуються на практиці.

Розвиток міжнародних кредитних відносин великою мірою залежать від юридичного комплексу публічно-правових норм і обмежень, а також належного функціонування договірних конструкцій, що регламентуються нормами приватного права.

Вексельне кредитування

Одним з ефективних, але досить складних фінансових інструментів, що застосовується банківськими установами є вексельне кредитування. Сутність вексельного кредиту полягає в тому, що відстрочення сплати грошей надається на умові використання в кредитних відносинах векселя.

У спеціальній літературі вексельне кредитування ототожнюється з банківською операцією з врахування (дисконту) векселів і видачі позичок до запитання під забезпечення векселів⁵⁶¹. Під поняттям позики до запитання розуміється особливий вид кредитування який називається онкольним кредитом.

Серед інших, банки можуть здійснювати кредитні операції – операції, що супроводжуються наданням або залученням грошових

⁵⁵⁹ Див.: Вишнеvский А.А. Банковское право Англии. – М., 2000. – с.207.

⁵⁶⁰ Див.: стаття 51 Закону України "Про банки і банківську діяльність".

⁵⁶¹ Банківське право України: Навч. посібник / За заг. ред. А.О. Селіванова. – К.: "Ін Юре". – с.204.

коштів проти векселів або під забезпечення векселями. При цьому кредитні операції поділяються на активні (врахування векселів, надання кредитів під заставу векселів) та пасивні (переврахування придбаних векселів, одержання кредитів під заставу векселів).

Надання банком кредитів під заставу векселів – один з видів вексельного кредиту. Зокрема М. Скотарь, О. Качан, зазначають, що до вексельного кредиту відноситься операція банку по видачі позички до запитання під забезпечення векселів⁵⁶².

Проте існують і інші точки зору з цього приводу. Так, В. Белов зазначає, що під заставу векселів зовсім не обов'язково повинен надаватися кредит по спеціальному позичковому (активному поточному) рахунку до запитання. Цілком можливо прийняття в заставу векселів з видачею традиційного кредиту (одночасно всієї суми) за простим позичковим рахунком на строк, а не на вимогу⁵⁶³.

Надання кредиту банком під заставу векселів здійснюється на загальних принципах банківського кредитування. Особливістю цього виду кредитування є порядок надання, зберігання та реалізації застави, якою є векселі.

Прийняття векселів у заставу банк здійснює на підставі укладеного з векселедержателем-позичальником договору застави, в якому також встановлюється місце зберігання заставлених векселів. На векселях пред'явник зобов'язаний виконати заставний або передавальний іменний чи бланковий індосамент, навіть якщо останній індосамент бланковий або на пред'явника. Вид індосаменту встановлюється договором застави. Банку надається право вимагати, щоб позичальник вчинив саме передавальний індосамент.

За заставним індосаментом банку передаються права на пред'явлення до платежу та одержання платежу за векселем; на здійснення протесту в разі несплати чи часткової оплати векселя; на звернення з позовом про стягнення належної суми платежу до зобов'язаних за векселем осіб.

Банки можуть надавати надійним клієнтам спеціальні кредити строком до запитання (онкольні кредити) під заставу векселів.

⁵⁶² Див.: Банківське право України: Навч. посібник / За заг. ред. А.О.Селіванова. – К.: "Ін Юре", 2000 та Качан О.О. Банківське право: Навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2000.

⁵⁶³ Див.: Белов В.А. Практика вексельного права. – М.: Учебно-консультационный центр "ЮрИнфоР", 1998. -с.181.

Вексель може бути переданий у заставу згідно з відповідним договором шляхом: здійснення заставного індосаменту і передаванням його заставо держателю; здійснення іменного індосаменту на користь заставодержателя чи бланкового індосаменту та передаванням векселя на зберігання у депозит державної нотаріальної контори, приватного нотаріуса чи банку; здійснення іменного чи бланкового індосаменту і передаванням векселя заставодержателю; простого передавання векселя на зберігання в депозит державної нотаріальної контори, приватного нотаріуса чи банку без вчинення на користь заставодержателя будь-якого індосаменту; простого передавання векселя на зберігання заставодержателю без вчинення на його користь будь-якого індосаменту.

Договір надання кредиту під заставу векселів може містити положення, що стосуються специфіки застави, зокрема такі, як право банку при потребі звертати на погашення боргу суми, що надходять в оплату прийнятих у заставу векселів; право банку дозволяти позичальнику за його ініціативою замінювати одні векселі до строку їх оплати іншими.

Звернення стягнення на заставлені векселі у разі неналежного виконання позичальником своїх зобов'язань за кредитом банк здійснює у порядку, передбаченому договором застави та чинним законодавством. Звернення банком стягнення на заставлені векселі може бути здійснене шляхом пред'явлення векселя до платежу зобов'язаній особі, якщо вексель одержаний за заставним або передавальним індосаментом; продажу, якщо вексель одержаний за передавальним індосаментом.

В практиці банківської діяльності найбільш поширеними серед кредитних операцій є врахування векселів. Врахування векселів належить до одного з видів вексельного кредиту.

Операція банку по врахуванню векселів (дисконтна операція) полягає в тому, що банк надає векселедержателю кредит, купуючи у нього вексель до настання строку платежу за ціною, яка є меншою за вказану на векселі на розмір врахування (дисконту). Звідси випливає, що враховані можуть бути лише векселі, які мають строк.

Врахування векселів є формою кредитування банком послугоодержувача (позичальника) шляхом придбання векселя до настання строку платежу за ним зі знижкою (дисконтом) за грошові кошти з метою одержання прибутку від погашення векселя в повній

сумі. Враховуючи вексель, банк тим самим надає векселедержателю-пред'явнику строковий кредит. Як правило, можуть бути враховані векселі, з тексту яких є можливість точно визначити строк платежу,

Кредит у формі врахування векселів надається шляхом: переказу на поточний рахунок пред'явника у строк, встановлений у договорі про врахування; оплати кредиторської заборгованості пред'явника за умови подання документів, що підтверджують наявність такої заборгованості. У цьому разі банк перераховує кошти на поточний рахунок відповідного кредитора пред'явника у порядку, встановленому чинним законодавством та нормативними документами Національного банку України.

До різновидів врахування належить безоборотне врахування і врахування з реверсом, які відрізняються від звичайного врахування порядком і обсягом відповідальності векселедержателя-пред'явника.

Безоборотне врахування – це врахування, за якого пред'явник векселя вибуває з числа зобов'язаних за векселем осіб, що здійснюється шляхом вчинення пред'явником в тексті індосаменту безоборотного застереження або шляхом передавання банку векселя пред'явником без вчинення індосаменту, якщо останній індосамент бланковий або на пред'явника. Банкам доцільно використовувати цей різновид врахування у разі врахування короткострокових векселів при безумовній впевненості в кредитоспроможності платника за векселем або можливості переврахувати (продати) вексель.

Врахування з реверсом – різновид врахування, за якого пред'явник дає банку позавексельне зобов'язання викупити враховані векселі до настання строку їх оплати або при настанні чи ненастанні певних обставин. Від звичайного врахування цей різновид врахування відрізняється тим, що платіж за векселем виконує не безпосередньо зобов'язана за векселем особа – платник, а пред'явник, який підписує реверс і викупує вексель. Реверс – це письмове зобов'язання пред'явника викупити векселі до настання їх строку або при настанні чи ненастанні певних обставин. Банкам рекомендується використовувати цей різновид врахування у разі врахування довгострокових векселів – при ймовірності підвищення процентних ставок на ринку та при сумнівах у кредитоспроможності платника за векселем або можливості переврахувати вексель. Тут важливо, щоб не виникало сумнівів щодо платоспроможності особи, яка підписує реверс.

В російській науковій літературі виділяють ще так званий векселедавницький кредит. Вексель випишується не тільки самим боржником (тобто позичальником в кредитних правовідносинах), а й банком. Під векселедавницьким кредитом прийнято розуміти угоду між кредитором та позичальником про видачу першим кредиту останньому шляхом передачі або підвищення ліквідності обумовлених договором векселів.

Такий вид кредиту обґрунтовує російський вчений А. Макєєв в своїй науковій статті. Проте він зазначає, що висновок про право на існування операції векселедавницького кредиту можна зробити лише аналізуючи зміст конкретних договорів, які оформлюють дані операції⁵⁶⁴.

Ще одним з можливих способів використання векселів в кредитних правовідносинах можна зазначити видачу векселів на погашення заборгованості за кредитом та відсотками за ним. Проте протягом певного часу можливість використання векселів у відносинах між банком та позичальником за кредитним договором не знаходила однозначної відповіді.

Обґрунтування співвідношення договору вексельного кредитування та кредитного договору надає В. Вітрянський. Він зазначає, що договір про вексельне кредитування за своїм предметом та змістом не вкладається не тільки в рамки "виду" (кредитний договір), але й "типу" (позикове зобов'язання), проте за цими рамками ми повинні констатувати безперечну подібність зазначеного договору з кредитним договором, відмінності між ними виявляються у предметі зобов'язання на стороні кредитора: за кредитним договором кредитор зобов'язаний вчинити дії з надання позичальнику грошових коштів, що складають суму кредиту, а за договором про вексельне кредитування – дії з видачі векселів, сумарний номінал яких також складає (в силу угоди сторін) суму кредиту⁵⁶⁵.

Визначним у даному відношенні є рішення Верховного Суду України, прийнятого щодо спору між АКБ "Мрія", ВАТ "Житомирдерев" та виробничо-торгівельної асоціації "Житомирдерев".

⁵⁶⁴ Див.: Макєєв А. Когда вексель лучше денег // Экономика и жизнь – 1994. – № 41. – с. 19.

⁵⁶⁵ Витрянский В.В. Там само. – с. 219.

Згідно фабули зазначеної справи ВАТ "Житомердерев" звернулося до гарбіттражного суду із позовом до АКБ "Мрія" та виробничо-торгівельної асоціації "Житомирдерев" про визнання недійсним векселя, виданого виробничо-торгівельною асоціацією "Житомирдерев" на користь АКБ "Мрія" на погішення заборгованості за кредитом та відсотками за ним.

ВАТ "Житомердерев" обґрунтовував свої позовні вимоги тим, що при видачі векселів відповідачі порушили Постанову Кабінету Міністрів України "Про затвердження Правил виготовлення і використання вексельних бланків", статті 26, 62 ЦК УРСР 1963 року, Закону України "Про підприємства в Україні" та Положення про переказний і простий вексель.

Розглянувши доводи сторін Верховний Суд України прийшов до висновку про те, що враховуючи те, що кредитування належить до послуг, які надаються банками, видача векселів на погашення заборгованості за кредитом та відсотками за ним є оплатою за надані послуги, що відповідає вимогам закону. З огляду на зазначене Верховний Суд України визнав безпідставність визнання попередніми судовими інстанціями недійсною видачу векселя⁵⁶⁶.

Враховуючи зазначені аспекти вексельного кредитування, можна зробити певні висновки.

По-перше, не слід розглядати в якості вексельного кредиту будь-які кредитні відносини, в яких тим чи іншим чином використовуються векселі. Тому, відповідно до існуючої думки українських науковців, до вексельного кредиту слід відносити певні операції банків з векселями, як то врахування векселів та надання кредитів під забезпечення векселями. Такі операції регулюються чинним законодавством України в галузі банківської справи та належать до активних кредитних операцій банків з цінними паперами.

По-друге, дещо суперечливою виявляється думка з приводу того, що поряд з врахуванням векселів, вексельним кредитом є тільки надання кредиту на вимогу під забезпечення векселів. Адже ні законодавство, ні практика не встановлюють такого обмеження. За таких умов на практиці може запроваджуватися не лише онкольний кредит (кредит на вимогу), але й класична форма строкового кредиту.

⁵⁶⁶ Див.: Господарське судочинство в Україні: Судова практика. Застосування законодавства про банківську діяльність / Відп. ред. І.Б. Шицький. – К.: "Видавничий Дім "Ін Юре", 2005. – с.239 – 246.

4.2. Договір факторингу

Реалії сучасних економічних відносин ставлять перед учасниками господарської діяльності значне коло питань. Цивільно – правові договори, є найбільш важливим та дієвим інструментом в розв'язанні таких питань. Уміння оперувати цим інструментом завжди дає плідні результати.

Останнім часом велика увага приділяється правочинам, що регулюють перехід права вимоги і переведення боргу у договірному зобов'язанні до третіх осіб. До групи цих правочинів поряд з договорами новації, цесії, форфейтингу тощо, можна віднести договір факторингу (фінансування під відступлення права грошової вимоги).

Проблеми переходу прав кредиторів і зокрема фінансування під відступлення права грошової вимоги досліджували такі науковці як В. Белов, Л. Єфімова, А. Комаров, О. Кот, О. Ломідзе, Л. Новоселова, В. Почуйкін, І. Спасибо-Фатеева, Л. Чеговадзе та інші.

Відображення у ЦК України норм, що регулюють факторингові відносини породжує ряд теоретичних та практичних питань щодо співвідношення інституту факторингу з спорідненими до нього цесією, новацією тощо.

Юридичну природу договору факторингу складає цесія (*cessio*). Витоки регулювання зазначених відносин слід шукати в римському праві.

Стародавнє право квіритів не передбачало заміни сторони у зобов'язанні. Зобов'язання (*obligatio*) належало виключно учасникам правовідносин і не могло бути передане третім особам.

З часом у системі класичного римського права з'явилися різні способи заміни сторін у зобов'язанні. Передумовою виникнення цього інституту була юридична конструкція, що передбачала так званий процесуальний спосіб передачі зобов'язання третій особі. При здійсненні судочинства за формулярним процесом, особа, якій хотіли передати своє право вимоги по зобов'язанню ставала мандатарієм кредитора у процесі (*procuratio ad litem*); до того ж такий представник на відміну від звичайного мандатарія, що діє в інтересах третьої особи, називався *procurator in rem suam*, тобто він

мав право залишити на свою користь все що стягнуто від боржника, не давши звіту своєму довірителю⁵⁶⁷.

Подальший шлях римського приватного права в напрямку формування інституту заміни сторін у зобов'язанні і передачі зобов'язання був складним і тривалим, від новації, яка передбачала укладання декількох правочинів, до цесії – більш мобільного способу.

Цесія як класичний правовий інструмент, що розроблявся не одним поколінням юристів Риму, знайшов своє відображення в нормах цивільного права багатьох інших країн світу.

Сучасне трактування цього інституту істотно не відрізняється від позиції юристів Стародавнього Риму. Проте, слід наголосити на тому, що в англо – саксонській системі права розвиток інституту цесії, головним чином, пов'язаний з правом справедливості (law of equity). У відповідності з правом справедливості передача права вимоги визнається як судами, так і законом. За загальним правом (common law) цесія вважається такою, яка відбулась лише після повідомлення боржника. Така система права не передбачає суворого дотримання конкретної форми договору, крім випадків окремо визначених у законі. Заміна боржника у зобов'язанні в англо – саксонській системі права відбувається за допомогою інституту новації, який передбачає припинення старого зобов'язання і виникнення нового – того ж самого змісту і з тим же кредитором, що і попереднє, але з новим боржником.

Континентальною системою права передбачено, що цесіонарій і цедент набувають прав і обов'язків з моменту укладення угоди про цесію. Так, О. Кот зазначає, що цесія, передусім, передбачає наявність волевиявлення первісного кредитора в формі укладення угоди з новим кредитором про передачу права. Перехід прав кредитора до третіх осіб на підставі закону на відміну від цесії відбувається незалежно від волі первісного кредитора. Провідне значення надається правовій нормі та юридичному факту, настання якого ініціює реалізацію правової норми про перехід права⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ *Нерсесов Н.О.* Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. М.: Статут (в серии "Классика российской цивилистики"), 1998. - С.286.

⁵⁶⁸ *Кот О.О.* Уступка вимоги: доктрина, законодавство та практика.// Вісник Вищого арбітражного суду України. – 2000. – № 4(12). – с.133 – 137.

По відношенню до третіх осіб і боржника цесія є дійсною з моменту повідомлення боржника про те, що вона відбулась. Цесія здійснюється у тій самій формі, що і правочин, в силу якого відбувається передача права вимоги.

Є підстави визнати, зазначає В. Почуйкін, що в двосторонні зобов'язальних договорах кредитор може відступити своє право вимоги (зобов'язання в узькому розумінні) новому кредитору у відповідності загальними правилами про відступлення права вимоги, зберігаючи при цьому інші права вимоги, що вите кают із договору, залишаючись зобов'язаним у тих зобов'язаннях, де він є боржником⁵⁶⁹.

Сучасний ускладнений характер окремих цивільно-правових відносин, особливості платіжної системи і торгового обігу, підвищення ролі банківських установ при наданні фінансових послуг у цілому, призводять до необхідності звернути увагу на договірну конструкцію інституту факторингу. Як і інші договірні зобов'язання факторинг, у достатній мірі, складний цивільно-правовий інструментарій, яким необхідно вміти професійно оперувати.

Виникнення факторингових операцій історично пов'язують з створенням у Великій Британії в XVII столітті фінансової установи – Будинку факторів (House of Factors). У той час великі європейські торгові доми мали свої представництва в колоній-факторії, що очолювали фактори (торгові посередники по збуту товарів на незнайомих іноземним виробникам ринках). Перед фактором, що знав товарний ринок, платоспроможність покупців, закони і торговельні порядки даної країни, ставилися задачі пошуку надійних покупців, збереження і збуту товару, а також наступного інкасування торгового виторгу.

Велика кількість факторингових компаній виникла наприкінці XIX століття в США. Вони були агентами "дель-кредере" німецьких і англійських постачальників одягу і текстилю, а в силу великих відстаней між населеними пунктами в Америці і розходжень у законодавствах різних штатів надавали послуги місцевим виробникам. (Del credere agent – торговий агент, що гарантує оплату всіх товарів, що він продає від імені свого принципала, якщо його клієнт виявиться неплатоспроможним. Як компенсацію ризику

⁵⁶⁹ *Почуйкин В.В.* Уступка права требования: основные проблемы применения в современном гражданском праве России. – М.: Статут, 2005. – с. 203.

неплатежу він стягує додаткову комісійну винагороду.) З ростом факторингових компаній до перерахованих вище послуг додалась функція фінансування постачальника.

На початку 60-х років почалася експансія американських товаровиробників у Західну Європу, що призвело до активізації діяльності європейських факторингових компаній. Уже на середину 60-х років були створені дві найбільші факторингові асоціації: IFG (International Factors Group) і FCI (Factors Chain International). Обсяг факторингових операцій неухильно зростає, збільшувалась кількість факторингових компаній, що працюють як на внутрішньому, так і на міжнародному ринках. Цей процес продовжується і досі. Факторингова асоціація нараховує 61 факторингову компанію з 35 країн світу. На її членів падає четверта частина всіх факторингових операцій.

Основні положення норм, що регулюють відносини фінансування під уступку грошової вимоги, ґрунтуються на світовому досвіді з урахуванням міжнародних правил. Зокрема, Конвенція Юнідруа по міжнародним факторним операціям (Огтава, 28.05.1988 р.) регулює контракти по факторним операціям и переходу права вимоги.

Уперше поняття факторингу в законодавстві України з'являється у ст. 3 Закону України "Про банки і банківську діяльність" від 20.03.1991р., де визначено, що факторинг – це придбання права вимоги з поставки товарів і надання послуг, прийняття ризику виконання таких вимог та інкасація цих вимог⁵⁷⁰. На практиці тривалий час ця договірна конструкція використовувалась у більшості випадків як цесія, відступалась тільки прострочена дебіторська заборгованість. Факторингове обслуговування носило характер разових угод без забезпечення комплексу страхових, інформаційних, облікових, консалтингових та інших послуг.

Закон України "Про податок на додану вартість" від 03.04.1997 р. визначає факторинг як операцію з переуступки першим кредитором прав вимоги боргу третьої особи другому кредитору з попередньою або наступною компенсацією вартості такого боргу першому кредитору⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ Див.: Закон України "Про банки і банківську діяльність" від 20.03.1991р. / Відомості Верховної Ради УРСР. № 25. 1991. Ст. 281.

⁵⁷¹ Закон України "Про податок на додану вартість" від 03.04.1997 р. / Відомості Верховної Ради України. № 21. 1997. Ст. 156.

У Постанові НБУ "Про заходи щодо реалізації Програми реформування бухгалтерського обліку та звітності Національного банку України і комерційних банків України" від 21.11.1997 р. N 388 пояснюється, що факторинг – це різновид торговельно-комісійної операції, яка поєднується з кредитуванням оборотного капіталу клієнта⁵⁷². В основі операцій факторингу лежить купівля компанією – фактором (банком) рахунків-фактур клієнта на певних умовах. Слабка нормативна база, відсутність спеціальної літератури та практичного досвіду не давали можливості банківським установам комплексно на належному професійному рівні надавати цей вид фінансових послуг.

З прийняттям нового Цивільного кодексу України з'явилась можливість формування факторингових відносин у відповідності з нормами національного законодавства. За договором факторингу (фінансування під відступлення права грошової вимоги) одна сторона (фактор) передає або зобов'язується передати грошові кошти в розпорядження другої сторони (клієнта) за плату, а клієнт відступає або зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги до третьої особи (боржника)⁵⁷³.

При наданні факторингових послуг банком слід враховувати особливості спеціальної процедури. Так, співробітництво з банком по факторингу не покладає на клієнта (постачальника) зобов'язання про відкриття поточного рахунка в цьому банку. Для постачальника відкривається спеціальний рахунок на балансовому рахунку банку "Розрахунки по факторинговим, форфейтинговим операціям", куди в майбутньому надійдуть платежі боржників (дебіторів) за поставкою. Для відкриття такого рахунку від постачальника не потрібне надання будь-яких довідок і т.п., як при відкритті, наприклад, депозитного рахунка. Фінансування і перерахування залишків коштів може здійснюватися у будь-який банк, що буде зазначений у договорі про факторингове обслуговування поставки товарів (послуг). У межах договору постачальник має можливість

⁵⁷² Постанова НБУ "Про заходи щодо реалізації Програми реформування бухгалтерського обліку та звітності Національного банку України і комерційних банків України" від 21.11.1997 р. N 388.

⁵⁷³ Стаття 1077 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 року, N 435-IV // Офіційний вісник України, 2003, N 11 (28.03.2003), ст. 461.

передавати фактору нових контрагентів – дебіторів і здійснювати на їх адресу поставку.

Для прийняття банком на факторингове обслуговування поставок на адресу нового дебітора клієнту необхідно надати ксерокопію договору поставки, коротку інформацію про покупця і повідомити його про відступлення права вимоги. Повідомити боржника може і фактор, але одержання повідомлення від постачальника є більш логічним і психологічно вірним. Деякі постачальники перед ухваленням рішення про перехід на факторингове обслуговування турбуються про те, що робота банку по стягненню боргу може відбитися на взаємовідносинах з власними клієнтами. Насправді, конфлікт між клієнтом і дебітором у першу чергу невігідний банку, тому що його винагорода залежить від обороту постачальника. Для покупця змінюються лише реквізити платіжного доручення, більш того, постачальник, що використовує факторинг, має можливість розширити асортимент товарів, надавати більш довгі відстрочки платежу, за рахунок одержуваного від фактора фінансування.

У більшості випадків клієнт (постачальник) у край зацікавлений у скороченні строків платежів, викликаних постачаннями на умовах відкритого рахунка. Факторингове обслуговування – найкоротший шлях до рішення цієї проблеми, тому що фактор має можливість виплачувати авансовий платіж у розмірі від 50% до 90% від суми акцептованого рахунка – фактури в день передачі йому документів по поставці. Відсоток фінансування залежить від платіжної дисципліни боржника. Решта суми перераховується клієнту після одержання платежу від боржника, за винятком комісійної винагороди фактора, що, як правило, складається з плати за обслуговування і плати за фінансування. Факторингове обслуговування з правом регресу до клієнта знижує ризики фактора, але в той же час тягне за собою зменшення комісійної винагороди.

Слід відзначити важливість інформаційної складової факторингового обслуговування. При взаємодії клієнта і банку по факторингу останній бере на себе облік продаж постачальника і відстеження платіжної дисципліни дебіторів. Обсяги інформації між клієнтом і фактором можуть бути чималі, один великий постачальник може мати декілька сотень покупців.

Основні передумови застосування факторингу сьогодні такі: недостатня платоспроможність підприємств; наявність кредитних

ризиків; значна дебіторська заборгованість; зростання неплатежів; розпорядження іноземних клієнтів на купівлю товару по відкритих рахунках.

Головна мета факторингового обслуговування – інкасування дебіторських боргів своїх клієнтів і одержання належних їм платежів. Ця послуга може надаватися фактором клієнту як без фінансування, так і з фінансуванням:

- у першому випадку клієнт факторингової компанії (банку), відвантаживши продукцію, пред'являє рахунки своєму покупцю через фактора, завдання якого одержати на користь клієнта платіж у строки згідно із договором (зазвичай – 30 – 120 днів);

- у другому випадку факторингова компанія купує рахунки фактури у клієнта на умовах негайної оплати 80 – 90% вартості відвантаження, тобто авансує обіговий капітал свого клієнта (дисконтування рахунків-фактур)⁵⁷⁴.

Коло учасників фінансування під відступлення права грошової вимоги є обмеженим. Сторонами у договорі факторингу є фактор і клієнт. Клієнтом у договорі факторингу може бути фізична або юридична особа, яка є суб'єктом підприємницької діяльності. Фактором може бути банк або фінансова установа, а також фізична особа – суб'єкт підприємницької діяльності, яка відповідно до закону має право здійснювати факторингові операції. Таким чином, суб'єктний склад договору фінансування під відступлення права грошової вимоги, окреслюється виключно межами підприємницької діяльності.

При здійсненні підприємницької діяльності фактор (факторингова компанія, банк) як правило, здійснює наступні чотири операції:

1. Оцінка кредитоспроможності (Фактор робить оцінку кредитоспроможності клієнта. На основі аналізу фінансового стану визначає ризик, розміри і строки для надання фінансування).

2. Покриття кредиту (За результатами оцінки кредитоспроможності фактор з'ясовує, чи можна застрахувати кредит на підставі очікуваного від клієнта рівня замовлень. Після цього надається кредит на погоджену суму і строк. Після надання

⁵⁷⁴ Внукова Н.М. Основи факторингу: Навчальний посібник – К.: Товариство "Знання", КОО, 1998. – с. 174.

кредиту фактор приймає на себе кредитний ризик і забезпечує клієнту своєчасне надходження грошових коштів на рахунок).

3. Фінансування (Фактор надає аванс під встановлений відсоток від суми по рахунках, виставленим відповідним клієнтам по наданому кредиту).

4. Ведення книги продаж (Фактор може взяти на себе ведення книги продаж, де відслідковується дебіторська заборгованість. У цьому випадку факторингова компанія паралельно здійснює оцінку кредитоспроможності клієнтів).

Предметом договору факторингу може бути право грошової вимоги, строк платежу за якою настав (наявна вимога), а також право вимоги, яке виникне в майбутньому (майбутня вимога). На відміну від цесії, за допомогою якої іншій особі може бути передане будь-яке право (вимога) кредитора, предметом фінансування під відступлення права грошової вимоги, може бути тільки грошова вимога, тобто вимога про передачу грошей в оплату поставлених товарів, виконаних робіт, наданих послуг. Наприклад, будівельна організація не може передати банку в обмін на наданий кредит вимогу до торгової фірми про поставку будівельних матеріалів, необхідних для будівництва.

За думкою Л. Новосолової правочини відступлення можуть бути відірвані від основи, проте це не означає, що основи в них нема або ця основа у всіх випадках не повинна братися до уваги⁵⁷⁵.

Грошова вимога, що є предметом договору факторингу, повинна бути визначена в договорі таким чином, щоб його можна було відрізнити від аналогічних вимог, що не є предметом фінансування під відступлення права грошової вимоги. Вимоги можуть бути ідентифіковані в договорі факторингу з посиланням на визначені, наприклад, у договорі поставки, зобов'язання по розрахунках за товар. Якщо з договору встановити конкретні відступлені вимоги неможливо, може бути зроблений висновок про те, що сторони не визначили предмет договору факторингу і останній не може вважатися укладеним. За цесією відступлення вимоги може бути поширено на всі права клієнта.

Необхідно зазначити, що за договором факторингу допускається передача як грошової вимоги, термін платежу по якій вже настав

⁵⁷⁵ Новоселова Л.А. Сделки уступки права (требования) в коммерческой практике. Факторинг. 2-й завод. – М.: Статут, 2004. – с. 46.

(існуюча вимога), так і права на одержання коштів, що виникнуть у майбутньому (майбутня вимога). При грошовій вимозі у майбутньому фактору важливо звернути увагу на те, що до нього право вимоги переходить лише після виникнення права на одержання з боржника конкретних коштів. До настання зазначеного моменту клієнт залишається суб'єктом відповідної вимоги, тобто стороною за договором. У цьому зв'язку клієнт зобов'язаний виконати всі обов'язки, що лежать на ньому. Якщо передання права грошової вимоги обумовлене певною подією, воно вважається переданим з моменту настання цієї події. У цих випадках додаткове оформлення відступлення права грошової вимоги не вимагається.

Принцип свободи договору дає його учасникам можливість вільно узгоджувати свої економічні інтереси, а також визначити перелік юридично значимих дій, необхідних для досягнення ділової мети домовленості⁵⁷⁶.

Зміст договору факторингу складають права і обов'язки фактора і клієнта. З моменту фінансування клієнта фактор набуває права грошової вимоги, на всі суми, які він одержить від боржника на виконання вимоги. Клієнт не відповідає перед фактором, якщо одержані ним суми є меншими від суми, сплаченої фактором клієнту.

Якщо відступлення права грошової вимоги факторові здійснюється з метою забезпечення виконання зобов'язання клієнта перед фактором, фактор зобов'язаний надати клієнту звіт і передати суму, що перевищує суму боргу клієнта, який забезпечений відступленням права грошової вимоги, якщо інше не встановлено договором факторингу.

Якщо сума, одержана фактором від боржника, виявилася меншою від суми боргу клієнта перед фактором, який забезпечений відступленням права вимоги, клієнт зобов'язаний сплатити факторові залишок боргу.

Клієнт відповідає перед фактором за дійсність грошової вимоги, право якої відступається, якщо інше не встановлено договором факторингу. Грошова вимога, право якої відступається, є дійсною, якщо клієнт має право відступити право грошової вимоги і в момент відступлення цієї вимоги йому не були відомі обставини, внаслідок яких боржник має право не виконувати вимогу. Клієнт не відповідає за невиконання або неналежне виконання боржником грошової

⁵⁷⁶ Див.: *Чеговалдзе Л.* Факторинг – сделка под уступку имущественного права. / Хазайство и право, 2001, № 12. – с.55.

вимоги, право якої відступається і яка пред'явлена до виконання фактором, якщо інше не встановлено договором факторингу.

Наступне відступлення фактором права грошової вимоги третій особі не допускається, якщо інше не встановлено договором факторингу. При спеціальній умові у договорі факторингу про наступне відступлення права грошової вимоги, воно здійснюється відповідно до норм, передбачених ЦК України.

Боржник зобов'язаний здійснити платіж факторові за умови, що він одержав від клієнта або фактора письмове повідомлення про відступлення права грошової вимоги факторові і в цьому повідомленні визначена грошова вимога, яка підлягає виконанню, а також названий фактор, якому має бути здійснений платіж. Боржник має право вимагати від фактора надання йому в розумний строк доказів того, що відступлення права грошової вимоги факторові справді мало місце. Якщо фактор не виконає цього обов'язку, боржник має право здійснити платіж клієнту на виконання свого обов'язку перед ним. Виконання боржником грошової вимоги факторові звільняє боржника від його обов'язку перед клієнтом.

Якщо фактор пред'явив боржнику вимогу здійснити платіж, боржник має право пред'явити до заліку свої грошові вимоги, що ґрунтуються на договорі боржника з клієнтом, які виникли у боржника до моменту, коли він одержав повідомлення про відступлення права грошової вимоги факторові. Боржник не може пред'явити факторові вимоги до клієнта у зв'язку з порушенням ним умови про заборону або обмеження відступлення права грошової вимоги.

У практичній діяльності не виключені ситуації, при яких боржник з будь-яких причин не зацікавлений у зміні свого кредитора. Сторони можуть встановити умови обмеження відступлення вимоги по зобов'язанню, у якому особистість кредитора має для боржника істотне значення. При цьому цесія без згоди боржника не допускається. Проте, за факторингом подібне правило не застосовується. Договір факторингу є дійсним незалежно від наявності домовленості між клієнтом та боржником про заборону відступлення права грошової вимоги або його обмеження. У цьому разі клієнт не звільняється від зобов'язань або відповідальності перед боржником у зв'язку із порушенням клієнтом умови про заборону або обмеження відступлення права грошової вимоги.

Грошова вимога, що є предметом відступлення, визнається дійсною, якщо клієнт має право на її передачу і на момент відступлення йому не відомі обставини, унаслідок яких боржник вправі не виконувати цю вимогу. Тим самим, перед відступленням права вимоги фактору клієнт повинний перевірити відповідність закону та іншим правовим актам грошової вимоги, що уступається, переконатись у дієздатності боржника на момент виникнення вимоги, відповідності волі боржника, вираженої в зобов'язанні, його дійсній волі, а також дотриманні інших норм Цивільного кодексу про дійсність угод.

Разом з тим потрібно пам'ятати, що відповідаючи за дійсність предмета відступлення за договором факторингу, клієнт не несе відповідальності за невиконання чи неналежне виконання боржником відступленої вимоги. Проте у договорі факторингу клієнт і фактор можуть передбачити спеціальну умову про можливість застосування до клієнта заходів відповідальності за невиконання чи неналежне виконання боржником своїх зобов'язань.

Як було зазначено вище, грошова вимога може бути відступлена фактору в обмін на надані кредитні ресурси, а також для забезпечення виконання будь – якого зобов'язання. Оскільки фактором найчастіше є банківська установа, логічно припустити, що маються на увазі зобов'язання, що виникли швидше за все за кредитним договором. У зв'язку з цим права фінансового агента на суми, отримані від боржника, будуть різними. Так, якщо за умовами договору факторингу фінансування клієнта здійснюється шляхом купівлі в нього фактором грошової вимоги, то агент здобуває право на всі суми, що він одержить від боржника у виконання вимоги. При цьому клієнт не несе відповідальності перед фактором за те, що отримані ним суми виявилися менше ціни, за якою фактор придбав вимогу.

У відносинах факторингу тісно зв'язані між собою не тільки сторони договору фінансування з відступлення грошової вимоги (фактор і клієнт), але і боржник по зобов'язанню перед клієнтом (первісним кредитором). Зокрема, у випадку порушення клієнтом своїх обов'язків за договором, укладеним з боржником, боржник не має права вимагати від фактора повернення сум, уже сплачених йому за відступленою грошовою вимогою, якщо боржник має право одержати ці суми безпосередньо від клієнта. Боржник, який має право одержати безпосередньо від клієнта суми, сплачені факторові

за відступленою грошовою вимогою, має право вимагати повернення цих сум фактором, якщо фактор не виконав свого зобов'язання передати клієнтові грошові кошти, пов'язані з відступленням права грошової вимоги, або передав клієнтові грошові кошти, знаючи про порушення клієнтом зобов'язання перед боржником, пов'язаного з відступленням права грошової вимоги.

Дослідження питання правової природи фінансування під відступлення права грошової вимоги потребує проведення порівняльного аналізу юридичних ознак окремих, близьких за змістом до факторингу інститутів.

До групи договорів про надання послуг В. Луць відносить і факторинг. Він зазначає, що у деяких з договорів про надання послуг можуть міститись елементи інших договорів, тому такі договори розглядаються як змішані⁵⁷⁷.

Дійсно, факторингові відносини можуть виникати з метою забезпечення виконання зобов'язання клієнта перед фактором, а зобов'язання фактора за договором факторингу, як правило, передбачають надання клієнтові послуг, пов'язаних із грошовою вимогою, право якої він відступає. Складна конструкція факторингу, може поєднувати у собі елементи договорів позики, кредиту, депозиту, договору оплатного надання фінансових послуг та інші.

На думку В. Белова фінансування під відступлення права грошової вимоги є абстрактною угодою на відміну від уступки права вимоги, яка є каузальною. Він розглядає факторинг як комплексний договір, елементом якого є цесія. Підставою цесії є отримання цедентом грошей від цесіонарія на строковій і зворотній основі⁵⁷⁸.

На відміну від В. Белова, Л. Єфімова визнає цей договір каузальною угодою, оскільки виконання фінансування під відступлення права грошової вимоги однією з сторін залежить від зустрічного представлення іншої⁵⁷⁹.

Є. Суханов розглядає договір факторингу як різновид позико-кредитних операцій, в яких зобов'язання фінансового агента передати

⁵⁷⁷ Луць В.В. *Контракти у підприємницькій діяльності: Навч. посібник.* – К.: Юрінком Інтер, 1999. – с. 560.

⁵⁷⁸ Белов В.А. *Факторинг (юридическая природа и соотношение со смежными сделками) // Бизнес и банки.* 1998. № 30. – с. 4-7.

⁵⁷⁹ *Єфімова Л.Г. Банковские сделки. Комментарий законодательства и арбитражной практики.* М.: Юридическая фирма "Контракт", "ИНФРА – М", 2000. – с. 320.

гроші (надати фінансування) будується за моделлю договору позики, або моделлю кредитного договору. Відступлення грошової вимоги, що здійснюється у межах цього договору, у будь – якому варіанті виконує роль способу забезпечення виконання зобов'язань клієнта перед фінансовим агентом⁵⁸⁰. Якщо припустити, що фінансування (термін фінансування носить економічний характер і не має свого відображення у чинному законодавстві України. – *примітка автора – І.Б.*) за договором факторингу передбачає передачу фактором у власність клієнту певної грошової суми, так само як за договором позики або кредиту, то можна погодитись з такою точкою зору, але лише в певній частині. За договором позики (кредиту) позичальник зобов'язується повернути таку ж суму грошей. У договорі факторингу повернення грошової суми здійснюється не клієнтом, а його боржником і при цьому грошова сума за вимогою не завжди співпадає з сумою фінансування.

За висновком Л. Єфімової договір факторингу є самостійною цивільно-правовою конструкцією, мета якої – надати клієнту грошові кошти у власність з зобов'язанням повернення у вигляді відповідних перерахувань від відступлених прав вимоги⁵⁸¹. Така позиція є слушною, але перед тим як дати власні висновки слід відзначити певні відмінності цієї від договору факторингу.

Відносини за договором фінансування під відступлення грошової вимоги здійснюються у підприємницькій діяльності, в той час як застосування цієї можливо у різних сферах життєдіяльності

Уступка належних кредитором прав може бути здійснена за угодою (уступка вимоги) та на підставі закону. Факторингові відносини ґрунтуються винятково на договорі. Предметом цієї є безпосередньо уступка права вимоги, яка може мати будь-який характер. Предметом факторингу є фінансування (кредитування) однієї особи іншою у рахунок відступлення останньою грошової вимоги цієї особи до третьої сторони, при цьому вимога повинна бути тільки грошовою, а також інших дій (наприклад, надання послуг по інкасуванню дебіторської заборгованості своїх клієнтів).

⁵⁸⁰ Комментарий части второй Гражданского кодекса Российской Федерации. Для предпринимателей. М.: Фонд "Правовая культура", 1996.- с.168.

⁵⁸¹ *Ефимова Л.Г.* Банковские сделки. Комментарий законодательства и арбитражной практики. М.: Юридическая фирма "Контракт", "ИНФРА – М", 2000. – с. 263.

Якщо цесія є оплатною, кошти передаються новим кредитором первісному кредитору в оплату придбаного майнового права.

Факторинг передбачає іншу послідовність правових дій: грошова вимога або відступається в обмін на передані кошти або передається як засіб забезпечення виконання зобов'язань за іншим договором. За цесією уступається право, що у момент укладення угоди вже належить кредитору на підставі зобов'язання. Договір факторингу може передбачати як відступлення дійсної вимоги, так і відступлення вимоги, що виникне в майбутньому.

Сторонами у цесії можуть бути будь-які особи. Фактором (однією з сторін договору факторингу) може бути банк, або інша фінансова установа, що має ліцензію на здійснення діяльності такого типу.

Законом або договором може бути передбачено, що без згоди боржника уступка права вимоги не можлива. Відступлення грошової вимоги на умовах фінансування не вимагає згоди боржника, будь-яка заборона або обмеження на відступлення грошової вимоги визнаються недійсними. Переуступка права вимоги після укладення цесії допускається незалежно від наявності спеціальної домовленості сторін. Подальше відступлення грошової вимоги фактором іншому фінансовому агенту можливе лише за наявності домовленості між сторонами про це. За цесією повернення новим кредитором попередньому кредитору сум, отриманих від боржника, не передбачена. Фактор при визначених обставинах зобов'язаний повернути отримані від боржника грошові суми своєму клієнту.

Визначення у законодавстві поняття договору факторингу дає можливість зробити висновок про реальний, чи консенсуальний характер зобов'язання. Реальним і відповідно одностороннім договор факторингу визнається при виникненні юридичного факту, за яким фактор передає грошові кошти, а клієнт відступає факторові своє право грошової вимоги до третьої особи (боржника). Договір фінансування під відступлення права грошової вимоги вважається консенсуальним і відповідно двостороннім у випадку, якщо фактор зобов'язується передати грошові кошти в розпорядження другої сторони (клієнта) за плату, а клієнт зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги.

Правочин спрямований на фінансування під відступлення права грошової вимоги формує відносини складовими елементами яких є дії з відчуження та передачі майнових прав.

Таким чином, договір факторингу є самостійним, консенсуальний, двостороннім, відплатним цивільним правочином з надання фактором комплексних послуг із фінансування клієнта грошовими коштами під зобов'язання відступлення його права грошової вимоги до боржника.

4.3. Договір лізингу

Як свідчить світова практика досить активну участь у лізингових відносинах на боці лізингодавця беруть банки. При цьому банки, як правило, беруть участь в задоволенні попиту на ринку лізингових послуг у таких формах.

По-перше, банки беруть непряму участь у лізингових відносинах надаючи кредити лізингодавцям або ж беруть участь у їх капіталі (наприклад, створення філіалів лізингових компаній). Як свідчить зарубіжний досвід саме за рахунок банківських кредитів формується 75 % всіх ресурсів лізингодавців⁵⁸².

По-друге, банки можуть брати участь в лізингових відносинах, у якості лізингодавців, виступаючи не як кредитор інших лізингодавців, а безпосередньо як особа, що набуває право власності на річ, яка в наступному передається на умовах договору лізингу в тимчасове володіння та користування певному лізингоодержувачу.

Основними перевагами банків над іншими юридичними особами – лізингодавцями враховуючи вітчизняні реалії розвитку лізингу полягають в наступному:

а) банки, на відміну від звичайних лізингодавців, як правило, мають достатні фінансові активи для реалізації будь-яких лізингових проектів;

б) як правило, банки вже організаційно оформлені;

в) для проведення банками лізингових операцій потрібно лише виділення в їх структурі спеціального відділу, в склад якого мають ввійти працівники з певним досвідом банківської роботи та ознайомлені із специфікою даних операцій.

Таким чином, лізинг є одним з перспективних напрямків вкладення банками власних та залучених коштів з метою отримання від цього певного прибутку.

⁵⁸² Див.: Букато В.И., Львов Ю.И. Банки и банковские операции в России. – М., 1996. – с. 262.

Підкреслимо, що саме в банківському законодавстві України вперше було згадано про такий вид діяльності банків як лізингові операції. Так, відповідно до положень Закону України "Про банки і банківську діяльність" від 20 березня 1991 року, банки можуть виконувати таку банківську операцію як придбання за власні кошти засобів виробництва для передачі їх в оренду (лізинг)⁵⁸³.

У новій редакції Закону України "Про банки і банківську діяльність" від 7 грудня 2000 року передбачено, що банк має право здійснювати таку операцію (угоду) як лізинг (п. 7 частини 2 статті 47).

Водночас, як свідчить аналіз законодавства України та практики здійснення банками України лізингових операцій, існують ряд правових перепон, що стримують розвиток лізингових відносин у банківській діяльності.

Деяким проблемним питанням правового регулювання присвятили вітчизняні та зарубіжні дослідники, зокрема, І. Якубівський, А. Барабаш, С. Корольов, Ю. Серкова тощо.

Згідно статті 47 ч. 2 п. 7 Закону України "Про банки і банківську діяльність" банк має право здійснювати лізингові операції. Для цього банку достатньо мати банківську ліцензію.

На думку деяких дослідників в законодавстві існують положення, які стримують діяльність банків у якості лізингодавців.

Так, А. Барабаш вважає, що однією із причин непоширення лізингових угод в банківській діяльності є заборона банкам здійснення торгових операцій, до яких згідно з чинним законодавством прирівнюються посередницькі. При цьому автор вважає, що враховуючи це "банк не має права набувати у власність майно, навіть, з метою його подальшої передачі в лізинг"⁵⁸⁴.

На думку І. Якубівського, не має підстав вести мову про заборону банкам набувати у власність майно для подальшої його передачі в користування за договором лізингу⁵⁸⁵.

На наш погляд обмеження, що містяться в ч.1 статті 48 Закону України "Про банки і банківську діяльність" не розповсюджуються

⁵⁸³ Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 25. – ст. 281.

⁵⁸⁴ Барабаш А. Правове регулювання лізингу в банківській діяльності (проблемні питання) // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 5. – с. 27.

⁵⁸⁵ Див.: Якубівський І.Є. Окремі питання здійснення фінансового лізингу банками // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2002. – № 2. – с. 156.

на положення ч.2 статті 47 цього Закону. Названі обмеження стосуються інших угод (правочинів), які банк має право здійснювати згідно із законодавством України (ч.6 статті 47 Закону України "Про банки і банківську діяльність"). Слід враховувати також те, що лізинг є своєрідним поєднанням в рамках єдиного, тривалого правовідношення окремих елементів інших відносин (купівлі-продажу, послуг, найму тощо). Тому коли річ купується з метою наступної передачі у користування лізингоодержувачу масмо лізингові правовідносини (точніше, виконання окремого етапу цих правовідносин), а не правовідносини купівлі-продажу.

Думається, що проблема полягає в іншому. Справа в тому, що лізингові відносини не завжди припиняються викупом предмета лізингу лізингоодержувачем. Інколи таке майно повертається лізингодавцю. І саме тут виникає проблема подальшої долі такого майна (речі), особливо коли лізингодавцем є банк, оскільки тут мають місце не лізинг, а звичайна купівля-продаж.

В даному випадку дійсно існують певні обмеження щодо відчуження повернутої речі іншій особі в контексті заборони банкам здійснювати торгівлю. Відповідно до статті 1 Закону України "Про ліцензування певних видів господарської діяльності" від 1 червня 2000 року (із змінами і доповненнями), торгівля – будь-які операції, що здійснюються за договорами купівлі-продажу, міни, поставки та іншими цивільно-правовими договорами, які передбачають передачу прав власності на товари. Якщо сприйняти саме дане визначення торгівлі та застосувати його за аналогією до терміну "торгівля" про який йдеться у Законі України "Про банки і банківську діяльність", то банк не зможе продати таку річ. Тому як варіант виходу з ситуації, що склалася рекомендується банкам у договорах лізингу із своїми клієнтами (лізингоодержувачами) визначати умову, згідно якої у разі закінчення строку користування, предмет лізингу переходить у власність останнього або ним же викупується за залишковою вартістю.

Водночас, пропонується внести відповідні зміни до Закону України "Про банки і банківську діяльність" чи Закону України "Про фінансовий лізинг", передбачивши спеціальне правило, згідно якого банк мав би право продати чи іншим чином здійснити відчуження предмета лізингу, який йому повернув лізингоодержувач.

На думку деяких дослідників ч.3 статті 48 Закону України "Про банки і банківську діяльність" створює істотні перешкоди для здійснення операцій лізингу з нерухомим майном, оскільки зазначеною нормою встановлено, що банк може мати у власності нерухоме майно загальною вартістю не більше 25 відсотків капіталу банку⁵⁸⁶.

На наш погляд встановлення такого роду обмежень лежить за межами цивільно-правового регулювання та стосується скоріш за все фінансового чи адміністративного права та обумовлюється функціями банку та запобіганням підвищення ризиків при укладенні та виконанні правочинів із нерухомими речами.

Ще однією проблемою, яка негативно впливає на розвиток лізингових відносин за участі банків у якості лізингодавців є певна неузгодженість між нормами ГК України та Закону України "Про фінансовий лізинг" в частині використання банками коштів для придбання предмета лізингу. Згідно ч.1 статті 351 ГК України "банки мають право придбавати за *власні кошти* засоби виробництва для передачі їх у лізинг". Натомість у п.1 ч.1 статті 10 Закону України "Про фінансовий лізинг" лізингодавець має право інвестувати на придбання предмета лізингу як власні, так і залучені та позичкові кошти. Водночас, ч.1 статті 10 Закону України "Про інвестиційну діяльність" визначає, що таке власні, позичкові та залучені кошти.

Така розбіжність очевидна і не може бути пояснена тим, що нібито норми п.1 ч.1 статті 10 Закону України "Про фінансовий лізинг" є спеціальними по відношенню до норм ч.1 статті 351 ГК України, які є загальними. На нашу думку все з точністю до навпаки. Тому, формально для придбання предмета лізингу банк має право, згідно чинного законодавства України, використовувати виключно власні кошти, тобто прибуток, амортизаційні відрахування, відшкодування збитків від аварій, стихійного лиха, грошові нагромадження і заощадження громадян, юридичних осіб тощо (ч.1 статті 10 Закону України "Про інвестиційну діяльність"). Проте, виходячи із цих же мотивів, банкам заборнено використовувати в якості джерела придбання предмета лізингу облігаційні позики; банківські та бюджетні кредити; кошти,

⁵⁸⁶ Якубівський І.Є. Окремі питання здійснення фінансового лізингу банками // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2002. – № 2. – с.158.

одержані від продажу акцій; пайові та інші внески громадян і юридичних осіб.

Що цікаво відзначити, встановлення такого роду обмежень щодо джерел коштів для набуття права власності на предмет лізингу окрім суто економічного аспекту містить і юридичний. Як свідчить зарубіжна та вітчизняна практика лізингової діяльності, ця формальна вимога дає підстави податковим органам ставити питання про незаконність такого роду операцій із відповідними правовими наслідками⁵⁸⁷.

На наш погляд такого роду обмеження невинновданно як із економічних, так із суто юридичних міркувань обмежують можливості придбання банками речі з метою наступної передачі у користування певному лізингоодержувачу на умовах договору лізингу, у порівнянні із іншими лізингодавцями. Враховуючи це пропонується виключити із ч.1 статті 351 ГК України слова "за власні кошти", що дозволить у певній мірі зняти перепони для здійснення банками лізингових операцій.

На сьогодні чинне законодавство містить декілька нормативно-визначених понять лізингу: лізинг як вид господарської діяльності (стаття 292 ГК України); лізинг як різновид договірних зобов'язань (стаття 806 ЦК України та стаття 1 Закону України "Про фінансовий лізинг" від 11 грудня 2003 року); лізинг як господарська операція (стаття 1 Закону України "Про оподаткування прибутку підприємств")⁵⁸⁸.

У частині 1 статті 806 ЦК України визначено, що за договором лізингу одна сторона (лізингодавець) передає або зобов'язується передати другій стороні (лізингоодержувачеві) у користування майно, що належить лізингодавцю на праві власності і було набуте ним без попередньої домовленості з лізингоодержувачем (прямий лізинг), або майно, спеціально придбане лізингодавцем у продавця (постачальника) відповідно до встановлених лізингоодержувачем специфікацій та умов (непрямий лізинг), на певний строк і за встановлену плату (лізингові платежі).

⁵⁸⁷ Газман В.Д. Закон о лизинге: финансовые и правовые вопросы // Консультант. – 2002. – № 18. – с. 74.

⁵⁸⁸ Детальний аналіз законодавчих визначень поняття лізингу див.: Різник В. Поняття лізингу в законодавстві України // Лізинг в Україні: інформаційно-аналітичний бюлетень. – 2005. – № 2. – с. 11 – 13.

У частині 1 статті 292 ГК України, згідно якої лізинг – це господарська діяльність, спрямована на інвестування власних чи залучених фінансових коштів, яка полягає в наданні за договором лізингу однією стороною (лізингодавцем) у виключне користування другій стороні (лізингоодержувачу) на визначений строк майна, що належить лізингодавцю або набувається ним у власність (господарське відання) за дорученням чи погодженням лізингоодержувача у відповідного постачальника (продавця) майна, за умови сплати лізингоодержувачем періодичних лізингових платежів.

Визначення фінансового лізингу встановлене у статті 1 Закону України "Про фінансовий лізинг", згідно якого фінансовий лізинг – це вид цивільно-правових відносин, що виникають з договору лізингу.

За договором фінансового лізингу лізингодавець зобов'язується набути у власність річ у продавця (постачальника) відповідно до встановлених лізингоодержувачем специфікацій та умов і передати її у користування лізингоодержувачу на визначений строк не менше одного року за встановлену плату (лізингові платежі).

Також визначення фінансового лізингу передбачене у підпункті 1.18.2 пункту 1.18. статті 1 Закону України "Про оподаткування прибутку підприємств". Згідно з ним, фінансовий лізинг (оренда) – господарська операція фізичної або юридичної особи, яка передбачає відповідно до договору фінансового лізингу (оренди) передання орендарю майна, що підпадає під визначення основного фонду, придбаного або виготовленого орендодавцем, а також усіх ризиків та винагород, пов'язаних з правом користування та володіння об'єктом лізингу.

Поряд із цим, наводяться критерії, яким має відповідати договір лізингу, щоб у цілях оподаткування певні правовідносини кваліфікувалися як фінансовий лізинг. При цьому, для того, щоб правовідносини вважалися фінансовим лізингом, достатньо, щоб у договорі лізингу містилася щонайменше одна із таких умов:

- об'єкт лізингу передається на строк, протягом якого амортизується не менше 75 відсотків його первісної вартості за нормами амортизації, визначеними статтею 8 цього Закону, та орендар зобов'язаний придбати об'єкт лізингу у власність протягом строку дії лізингового договору або в момент його закінчення за ціною, визначеною у такому лізинговому договорі;

- сума лізингових (орендних) платежів з початку строку оренди дорівнює або перевищує первісну вартість об'єкта лізингу;

- якщо у лізинг передається об'єкт, що перебував у складі основних фондів лізингодавця протягом строку перших 50 відсотків амортизації його первісної вартості, загальна сума лізингових платежів має дорівнювати або бути більшою 90 відсотків від звичайної ціни на такий об'єкт лізингу, діючої на початок строку дії лізингового договору, збільшеної на суму процентів, розрахованих, виходячи з облікової ставки Національного банку України, визначеної на дату початку дії лізингового договору на весь його строк;

- майно, яке передається у фінансовий лізинг, є виготовленим на замовлення лізингоотримувача (орендаря) та після закінчення дії лізингового договору не може бути використаним іншими особами, крім лізингоотримувача (орендаря), виходячи з його технологічних та якісних характеристик.

Зазначені нормативно-правові визначення лізингу розроблялися з врахуванням міжнародно-правового досвіду. Зокрема, на міжнародному рівні визначення лізингу було закріплене в положеннях Конвенції УНІДРУА "Про міжнародний фінансовий лізинг".

Критерії (ознаки) договору фінансового лізингу встановлені у п. 1 – 2 статті 1 Конвенції про міжнародний фінансовий лізинг.

"Ця Конвенція регулює договори фінансового лізингу, що описані в пункті 2 цієї статті, у яких одна сторона (лізингодавець):

а) укладає відповідно до специфікації іншої сторони (лізингодавця) договір (договір поставки) з третьою стороною (постачальником), відповідно до якого лізингодавець придбає комплектне обладнання, засоби виробництва та інше обладнання (обладнання) на умовах, погоджених лізингоодержувачем у тій мірі, в якій вони торкаються його інтересів, та

б) укладає договір (договір лізингу) з лізингоодержувачем, надаючи йому право користування обладнанням взамін на виплату періодичних платежів".

Система нормативно-правового регулювання зобов'язань, що виникають на підставі укладення договору лізингу, з огляду на зміст норм частини 2 статті 806 ЦК України, частини 6 статті 292 ГК України та частини 1 статті 2 Закону України "Про фінансовий лізинг", побудована таким чином, що у тій частині, що поряд з

нормами про договір лізингу субсидіарно (додатково) застосовуються положення про найм (оренду), купівлю-продаж, поставку⁵⁸⁹.

Отже, лізинг можна визначити як договірні зобов'язальні відносини, що виникають на підставі договору лізингу, які у подальшому реалізуються із залученням інших цивільно-правових конструкцій (наприклад, договору купівлі-продажу предмета лізингу та правочину про відступлення права вимоги) та врегульовуються нормами деяких цивільно-правових інститутів договірного права.

Як і будь-який цивільно-правовий договір, договір лізингу вважається укладеним, "якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору" (абзац перший частини 1 статті 638 ЦК України).

По-перше, для того щоб договір лізингу вважався укладеним, а звідси обов'язковим для виконання сторонами (стаття 629 ЦК України), потрібно щоб він був укладений між належними сторонами.

При цьому слід підтримати твердження деяких авторів, які стверджують про різницю між поняттями "сторони договору лізингу" та "суб'єкти лізингу"⁵⁹⁰, де сторонами договору лізингу є особи, між якими відбувається узгодження істотних умов договору лізингу, а суб'єктами лізингу – особи, які на різних беруть участь на стадіях розвитку (динаміки) зобов'язань із договору лізингу (лізингові зобов'язання).

На відміну від попередньої редакції Закону України "Про лізинг" від 16 грудня 1997 року, згідно якої суб'єктами (у тому числі сторонами договору лізингу) лізингу можуть бути виключно суб'єкти підприємницької діяльності (стаття 3), законодавець дещо по іншому підійшов до врегулювання даного аспекту лізингових відносин.

Зокрема, згідно абзацу другого статті 3 Закону України "Про фінансовий лізинг" лізингодавцем має право бути лише юридична

⁵⁸⁹ Про колізії у нормативно-правовому регулюванні лізингу згідно норм чинного законодавства України та шляхи їх розв'язання див: *Різник В.С.* Проблемні питання законодавчого регулювання лізингових відносин в Україні (цивільно-правовий аспект) // *Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки.* – 2005. – Вип. 27. – с. 371 – 377.

⁵⁹⁰ *Кравчук Н.Р.* Лизинговые отношения как предмет гражданско-правового регулирования // *Актуальные проблемы гражданского права.* – М.: Статут, 2000. – с. 208-209.

особа. Тобто, стороною договору лізингу не мають права виступати фізичні особи (у тому числі суб'єкти підприємницької діяльності). Що ж стосується лізингоодержувача та продавця (постачальника) предмета лізингу, то законодавець в цілому залишив підхід, який був передбачений у Законі України "Про лізингу", за винятком того, що відсутня така конститутивна ознака, як необхідність наявності у таких осіб статусу суб'єкта підприємницької діяльності (абзац третій та четвертий статті 3 Закону України "Про фінансовий лізинг").

Певною новелою є норма абзацу четвертого статті 3 Закону України "Про фінансовий лізинг", згідно якої суб'єктами лізингу можуть бути інші юридичні або фізичні особи, які є сторонами багатостороннього договору лізингу.

У той же час, згідно положень статті 806 ЦК України та статті 292 ГК України сторонами договору лізингу є лише лізингодавець та лізингоодержувач. Водночас, згідно норм частини 2 статті 1 Закону України "Про фінансовий лізинг" важко визначитися з тим хто є сторонами договору фінансового лізингу (договору лізингу). Крім того у нормах статті 3 цього Закону допускається укладення "багатостороннього договору лізингу".

Більш оптимальним все ж вбачається той підхід, згідно якого договір лізингу є двостороннім цивільно-правовим договором, сторонами якого є лізингодавець та лізингоодержувач. Такий підхід є досить зручним з огляду на необхідність в деяких випадках оперативного внесення змін та доповнень до умов договору лізингу. Проте за наявності значної кількості сторін такого договору можуть виникати різного роду конфліктні ситуації, наприклад, щодо незгоди продавця предмета лізингу зі строками поставки такого предмета лізингу лізингоодержувача.

По-друге, визнання договору лізингу укладеним напряму залежить від форми волевиявлення його сторін.

Спеціальне правило щодо форми договору лізингу встановлено у частині 1 статті 6 Закону України "Про фінансовий лізинг", згідно якої договір лізингу має бути укладеним у письмовій формі. Договір лізингу може бути оформлений як окремим документом, так і шляхом обміну листами між потенційним лізингодавцем та лізингоодержувачем. Слід відзначити, що законодавець не передбачив правових наслідків на випадок порушення вимог щодо форми договору лізингу. Водночас важко уявити укладення

договору лізингу в усній формі, оскільки це не сприятиме жодним чином стабільності договірних стосунків між його сторонами через відсутність задокументованого волевиявлення з приводу певних аспектів стосунків між ними.

По-третє, договір лізингу вважатиметься укладеним в тому разі коли усі його істотні умови були погоджені між сторонами⁵⁹¹.

Відповідно до вимог абзацу другого частини 1 статті 638 ЦК України істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявкою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

Загальні вимоги до предмета договору лізингу регламентовані нормами статті 807 ЦК України, частини 3 статті 292 ГК України та статті 3 Закону України "Про фінансовий лізинг".

Загальне визначення предмета договору лізингу зводиться до того, що ним може бути неспоживна річ, визначена індивідуальними ознаками, віднесена відповідно до законодавства до основних фондів (частина 1 статті 807 ЦК України, частина 2 статті 292 ГК України та частина 1 статті 3 Закону України "Про фінансовий лізинг").

Таке визначення предмета лізингу в цілому відповідає визначенню предмета договору оренди (частина 1 статті 760 ЦК України), за винятком такої характеристики як віднесення речі до основних фондів згідно законодавства України.

Крім того, законодавець встановив заборону на укладення договорів лізингу з приводу деяких об'єктів цивільних прав.

Зокрема, відповідно до частини 2 статті 807 ЦК України не можуть бути предметом договору лізингу земельні ділянки та інші природні об'єкти, а також інші речі, встановлені законом. У свою чергу, згідно частини 5 статті 292 ГК України не можуть бути об'єктами лізингу земельні ділянки, інші природні об'єкти, а також цілісні майнові комплекси державних (комунальних) підприємств та їх структурних підрозділів.

Що ж стосується частини 2 статті 3 Закону України "Про фінансовий лізинг", то законодавець фактично об'єднав зазначені

⁵⁹¹ Про проблемні аспекти визначення кола істотних умов договору лізингу див.: *Різник В.С.* Істотні умови договору лізингу: законодавство, доктрина та правозастосовна практика // Вісник Національного банку України. – 2003. – № 12. – с. 42-45.

норми ЦК та ГК України та визначив, що не можуть бути предметом лізингу земельні ділянки та інші природні об'єкти, єдині майнові комплекси підприємства та їх відокремлені структурні підрозділи (філії, цехи, дільниці).

Також істотні умови договору лізингу визначені у частині 2 статті 6 Закону України "Про фінансовий лізинг"⁵⁹², згідно якої істотними умовами договору лізингу є: предмет лізингу; строк, на який лізингоодержувачу надається право користування предметом лізингу (строк лізингу); розмір лізингових платежів; інші умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

З цього приводу слід відмітити, що зазначені умови в цілому відтворюють норми абзацу другого частини 1 статті 638 ЦК України, а також частини 3 статті 180 ГК України, згідно якої при укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору.

Стосовно строку лізингу слід відзначити, що згідно частини 3 статті 6 Закону України "Про фінансовий лізинг" строк лізингу визначається сторонами договору лізинг відповідно до вимог цього Закону. Йдеться про те, що сторони договору лізингу в будь-якому разі мають зважати на визначення договору лізингу, встановлене у частині 2 статті 1 цього Закону, згідно якого строк лізингу має становити не менше одного року.

Що ж стосується умови про розмір лізингових платежів, то її погодження слід здійснювати з дотриманням вимог статті 16 Закону України "Про фінансовий лізинг". У нормах цієї статті визначені складові лізингових платежів, що можуть стати предметом домовленості між сторонами договору лізингу: суму, яка відшкодовує частину вартості предмета лізингу; платіж як винагороду лізингодавцю за отримане у лізинг майно; компенсацію відсотків за кредитом; інші витрати лізингодавця, що безпосередньо пов'язані з виконанням договору лізингу.

На підставі укладення договору лізингу виникають договірні зобов'язальні відносини, що мають свій зміст, який розкривається через права та обов'язки їх суб'єктів.

⁵⁹² Для порівняння частиною 1 статті 7 Закону України "Про лізинг" передбачалося 14 істотних умов, які сторони мали узгодити для того, щоб договір лізингу вважався укладеним.

Перш за все, для того щоб передати річ у користування лізингодавець, не будучи її власником на момент укладення договору лізингу, зобов'язаний придбати її у відповідного продавця (постачальника). Але для того щоб виконати цей обов'язок йому необхідно знати яку річ та у якого продавця (постачальника) йому слід придбати. З цього приводу п. 1 частини 1 статті 11 Закону України "Про фінансовий лізинг" встановлено правило згідно якого лізингоодержувач має право обирати предмет лізингу та продавця або встановити специфікацію предмета лізингу і доручити вибір лізингодавцю. Таким чином, законом забороняється вибір продавця лізингодавцем. Йому дозволяється обирати річ, але по заздальгідь визначеній специфікації. Причому таке правило не можна змінити так як воно назване безпосередньо в законі.

На практиці застосовується лише два варіанти набуття у власність лізингодавцем речі: шляхом купівлі-продажу або виготовлення речі. При укладенні договору купівлю-продажу на виконання умов договору лізингу, коли предметом лізингу є нерухомість, банки мають дотримуватися публічно-правових обмежень, передбачених у нормі частини 3 статті 48 Закону України "Про банки і банківську діяльність", згідно якої банк може мати у власності нерухоме майно загальною вартістю не більше 25 відсотків капіталу банку⁵⁹³.

Як показує світовий досвід класичний лізинг передбачає те, що передачу речі лізингоодержувачу здійснює безпосередньо її продавець (постачальник). Це правило відображено в більшості законодавчих актів зарубіжних країн та міжнародно-правових актах. Натомість у п. 1 частини 2 статті 10 Закону України "Про фінансовий лізинг" зазначено, що лізингодавець зобов'язаний у передбачені договором строки надати (у частині 2 статті 1 цього Закону йдеться про передачу предмета лізингу) предмет лізингу у стані, що відповідає його призначенню та умовам договору.

В Законі України "Про фінансовий лізинг" дозволено використовувати у лізингових відносинах сублізинг. Під сублізингом розуміється вид піднайому предмета лізингу, у відповідності з яким лізингоодержувачем за договором лізингу

⁵⁹³ Якубівський І.Є. Окремі питання здійснення фінансового лізингу банками // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2002. – № 2. – с. 156-157.

передає третім особам (лізингоодержувачам за договором сублізингу) у користування за плату на погоджений строк у відповідності з умовами договору сублізингу предмет лізингу, отриманий раніше від лізингодавця за договором лізингу (абзац 1 ч. 1 статті 5). В той же час вноситься принципово нове правило, яке не притаманне відносинам піднайму, у відповідності до якого у разі передачі предмета лізингу в сублізинг право вимоги до продавця (постачальника) переходить до лізингоодержувача за договором сублізингу. Мається на увазі те, що правила, що закріплені в частині 1 статті 808 ЦК України розповсюджуватимуть свою дію й на відносини між продавцем (постачальником) та лізингоодержувачем за договором сублізингу.

Також встановлено більш жорсткіше у порівнянні із загальними положеннями про найм (оренду) правило про те, що у разі передачі предмета лізингу в сублізинг обов'язковою умовою договору сублізингу є згода лізингодавця за договором лізингу, що надається в письмовій формі (частина 2 статті 5 Закону України "Про фінансовий лізинг"). В цьому випадку мається на увазі істотність такої умови для договору сублізингу.

До договору сублізингу застосовуються положення про договір лізингу, якщо інше не передбачено договором лізингу. Мається на увазі те, що істотними умовами договору сублізингу є умови про предмет лізингу, строк, на який лізингоодержувачу надається право володіння та користування предметом лізингу (строк лізингу); розмір лізингових платежів. В той же час, сторони договору сублізингу мають право передбачити інші правила, а ніж ті, що викладені в договорі лізингу.

Питання викупу предмета лізингу після закінчення строку лізингу врегульоване положеннями частини 2 статті 777 ЦК України.

В нормах статті 7 Закону України "Про фінансовий лізинг" врегульовані питання відмови від договору лізингу. Фактично, в даному випадку мова йдеться про одностороннє розірвання договору лізингу. Тому для правильного розуміння та використання на практиці, ці положення необхідно використовувати поряд із положеннями ЦК України.

Зокрема, слід мати на увазі, що у відповідності до положень статті 806 ЦК України, до договору лізингу застосовуються загальні положення про найм (оренду). В той же час, відносини між

лізингодавцем та лізингоодержувачем стосовно користування предметом договору лізингу є аналогічними до відносин між наймодавцем та наймачем. Звідси до відносин між лізингодавцем та лізингоодержувач можуть застосовуватися правила статті 782 ЦК України, у відповідності до якої лізингодавець має право відмовитися від договору лізингу і вимагати повернення речі, якщо лізингоодержувач не вносить плату за користування річчю протягом трьох місяців підряд. У разі відмови лізингодавця від договору лізингу договір є розірваним з моменту одержання лізингоодержувачем повідомлення лізингодавця про відмову від договору.

Водночас, згідно частини 2 і 3 статті 7 Закону України "Про фінансовий лізинг" встановлено дещо інші правила. Перш за все, лізингодавець має право відмовитися від договору лізингу та вимагати повернення предмета лізингу від лізингоодержувача у безспірному порядку на підставі виконавчого напису нотаріуса, якщо лізингоодержувач не сплатив лізинговий платіж частково або у повному обсязі та прострочення сплати становить більше 30 днів. Очевидно, що дане правило доречно конкретизувати в умовах договору лізингу. Адже, якщо буквально тлумачити зазначене правило може виникнути ситуація, коли лізингоодержувач стабільно сплачуватиме по 1 гривні лізингових платежів, а в той же час не допускати прострочення. І дане правило застосувати буде не можливо. Тому в договорі слід чітко прописувати дане питання. А саме, можна встановлювати допустимі частки сплати лізингових платежів, наприклад, 80% лізингових платежів. В той же час, може бути встановлено, що дані заходи будуть застосовані до лізингоодержувача, якщо той не сплатить 100% суми лізингових платежів. Тому навіть сплата 90% суми лізингових платежів та наявність прострочення даватиме право лізингодавцю відмовитися від договору лізингу.

В частині 3 статті 7 Закону України "Про фінансовий лізинг" встановлено дещо інші правила, а ніж передбачене частини 2 статті 782 ЦК України. Зокрема, відмова договору лізингу є вчиненою з моменту, коли інша сторона дізналася або могла довідатися про таку відмову.

Частина 1 статті 7 Закону України "Про фінансовий лізинг" встановлює правила відмови від договору лізингу з боку лізингоодержувача. Так, лізингоодержувач має право відмовитися від договору лізингу в односторонньому порядку, письмово

повідомивши про це лізингодавця, у разі якщо прострочення передачі предмета лізингу становить більше 30 днів, за умови, що договором лізингу не передбачено іншого строку. Слід мати на увазі, що ЦК України не містить аналогії даному правилу.

В той же час, нормами статті 766 ЦК України передбачені інші правила на випадок не передання лізингоодержувачу речі.

Отже, можна відмітити те, що положення про відмову від договору лізингу відрізняються від загальних положень про найм (оренду). Постає питання, чи не суперечать дані положення нормам ЦК України? На це слід дати негативну відповідь.

По-перше, у відповідності до положень частини 3 статті 807 ЦК України, особливості окремих видів і форм лізингу встановлюються законом, що і зроблено.

По-друге, одностороння відмова від договору допускається положеннями частини 3 статті 615 та частини 3 статті 651 ЦК України.

Слід звернути особливу увагу й на положення статей 10 та 11 Закону України "Про фінансовий лізинг". Особливо на частину 3 статті 10 та частину 4 статті 11 Закону України "Про фінансовий лізинг", якими дозволяється розширювати, а інколи й змінювати права та обов'язки суб'єктів лізингу. Це дозволить учасникам лізингових відносин з використанням принципу свободи договору лізингу максимальним чином враховувати свої інтереси при здійсненні лізингових операцій.

Відповідно до частини 2 статті 8 Закону України "Про фінансовий лізинг", якщо сторони договору лізингу уклали договір купівлі-продажу предмета лізингу, то право власності на предмет лізингу переходить до лізингоодержувача в разі та з моменту сплати ним визначеної договором ціни, якщо договором не передбачене інше.

Як ми можемо спостерігати, на відміну від чинного Закону, законодавець не передбачає обов'язкового викупу предмета лізингу лізингоодержувачем. Тепер це його права, а не обов'язок. У той же час, новий Закон не дає відповіді на питання, чи може лізингоодержувач до закінчення строку користування викупити предмет лізингу? Проте враховуючи свободу вибору конкретних моделей взаємовідносин самими учасниками лізингу, що базується на відповідних положеннях Закону України "Про фінансовий лізинг", зокрема, частина 2 статті 7, частина 3 статті 10 та частина 4 статті 11, на практиці це питання може бути вирішено, шляхом

включення до договору лізингу відповідних положень, якими було б врегульовано порядок набуття права власності на річ лізингоодержувачем.

Досить часто при здійсненні лізингових операцій у банки не зацікавлені у поверненні предмета лізингу від лізингоодержувача, що викликається різного роду суб'єктивними та об'єктивними факторами. З огляду на сказане досить цікавим, на нашу думку, було б розглянути можливість використання у таких випадках розповсюджених у світовій практиці здійснення лізингових операцій договорів про зворотній викуп предмета лізингу продавцем (постачальником). Окремі аспекти використання зазначеної договірної конструкції вже розглядалися в дослідженнях Є. Павлодского, Ю. Серкової і С. Корольова⁵⁹⁴.

С. Корольов наступним чином розкриває механізм застосування договору про зворотній викуп предмета лізингу продавцем (постачальником): "Для мінімізації ризиків орендодавця постачальник та покупець-орендодавець укладає договір про зворотній викуп майна. У цьому договорі постачальник бере на себе зобов'язання викупити майно у орендодавця після його вилучення від орендаря у випадку порушення умов договору лізингу. Відповідальність за вилучення та повернення покладене на орендодавця, хоча за погодженням це може бути покладене на постачальника. По закінченню демонтажу обладнання постачальник вивозить його, як правило, для наступної реалізації. Після перепродажу обладнання постачальник виплачує орендодавцю виручку від продажу за вирахуванням витрат на демонтаж, зберігання, перевезення обладнання та комісію постачальника за повторну реалізацію. Сторони також можуть передбачити й інші способи визначення вартості викупленого майна та порядок розрахунків"⁵⁹⁵.

У свою чергу, Ю. Серкова пропонує закріпити на рівні законодавства положення про зворотній викуп лізингового майна

⁵⁹⁴ Павлодский Е.А. Соглашение лизингодателя с продавцом об обратном выкупе // Право и экономика. – 2001. – № 5. – с. 75-78; Серкова Ю.А. Договор лизинга по российскому и зарубежному праву. Автореферат ... дис. кан. юрид. наук. 12.00.03. – Казань, 2002. – с. 8; Корольов С. Нужны новые подходы к лизинговому законодательству // Хозяйство и право. – 2001. – № 9. – с. 123.

⁵⁹⁵ Корольов С. Нужны новые подходы к лизинговому законодательству // Хозяйство и право. – 2001. – № 9. – с. 123.

продавцем у випадку дострокового розірвання договору лізингу з вини лізингоодержувача наступного змісту: "Лізингодавець має право вимагати від продавця лізингового майна включити у договір купівлі-продажу умову про обов'язковий зворотній викуп лізингового майна продавцем у випадку невиконання або неналежного виконання зобов'язань за договором лізингу лізингоодержувачем. якщо таке порушення зобов'язань носить суттєвий характер якщо строк експлуатації (амортизації) майна вплив не більше ніж на шістдесят процентів"⁵⁹⁶.

Використання такого способу забезпечення викликане недосконалістю вітчизняного законодавства та відсутністю вторинного ринку обладнання. Особливо це стосується банків, які покликані здійснювати операції з фінансовими активами, а не з товарами. В контексті вітчизняного правового поля такі відносини є цілком доречними та можуть використовуватися, за умови детального та послідовного опрацювання із урахуванням інтересів суб'єктів лізингу.

Отже, деякі проблемні аспекти, що стосуються діяльності банків на боці лізингодавців у лізингових відносинах все ж є стримуючими факторами у розвитку лізингових відносин в Україні. Водночас реалізація запропонованих законодавчих та практичних заходів, на наш погляд, могли б сприяти розвитку лізингових відносин за участі банків в Україні.

Важливим аспектом лізингових відносин є відповідальність за порушення зобов'язань, у зв'язку з чим для врегулювання зазначених питань статтею 808 ЦК України встановлені спеціальні правила.

Якщо відповідно до договору непрямого лізингу вибір продавця (постачальника) предмета договору лізингу був здійснений лізингоодержувачем, продавець (постачальник) несе відповідальність перед лізингоодержувачем за порушення зобов'язання щодо якості, комплектності, справності предмета договору лізингу, його доставки, заміни, безоплатного усунення недоліків, монтажу та запуску в експлуатацію тощо.

Якщо вибір продавця (постачальника) предмета договору лізингу був здійснений лізингодавцем, продавець (постачальник) та лізингодавець несуть перед лізингоодержувачем солідарну відповідальність за зобов'язанням щодо продажу (поставки) предмета договору лізингу. У

⁵⁹⁶ Серкова Ю.А. Договор лізинга по російському и зарубешному праву. Автореферат ... дис.кан.юрид.наук.12.00.03. – Казань, 2002. – с. 8.

такому разі лізингоодержувач має право звернутися з відповідними вимогами до зазначених осіб на власний розсуд.

Зазначений договір фінансового лізингу має додатково характеризуватися наступними ознаками:

а) лізингоодержувач визначає обладнання та обирає постачальника, не беручи до уваги у першу чергу досвід та думку лізингодавця;

б) обладнання придбає лізингодавець у зв'язку з договором лізингу, який, та постачальник проінформований про це, укладений або має бути укладеним між лізингодавцем та лізингоодержувачем; та

в) періодичні платежі, що підлягають виплаті за договором лізингу, розраховуються зокрема, з урахуванням амортизації або її суттєвої частини вартості обладнання.

Таким чином, на основі вищевикладеного пропонуємо наступне визначення договору лізингу: *договір лізингу – це домовленість між лізингодавцем та лізингоодержувачем, відповідно до якої лізингодавець зобов'язується придбати річ (предмет договору лізингу) у продавця (постачальника) згідно вказівок і специфікацій лізингоодержувача (якщо договором не передбачено інше) та за визначену плату (лізингові платежі) передати її у строкове користування лізингоодержувачу.*

Це визначення дає підстави зробити висновок про те, що договір лізингу є консенсуальним, відплатним та строковим цивільно-правовим договором.

Наукове видання

БЕЗКЛУБИЙ Ігор Анатолійович

БАНКІВСЬКІ ПРАВОЧИНИ: ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ

Монографія

Оригінал-макет виготовлено Видавничо-поліграфічним центром "Київський університет"



Підписано до друку 25.07.05. Формат 60x84^{1/16}. Вид. № 683. Гарнітура Times. Папір офсетний.
Друк офсетний. Наклад 500. Ум. друк. арк. 23,6. Зам. № 25-2766.

Надруковано у Видавничо-поліграфічному центрі "Київський університет"

01601, Київ, б-р Т. Шевченка, 14, кімн. 43,

☎ (38044) 239 3222; (38044) 239 3172; факс (38044) 239 3128.

e-mail: vydav_polygraph@univ.kiev.ua

<http://vpc.univ.kiev.ua>

Свідоцтво внесено до Державного реєстру ДК № 1103 від 31.10.02.