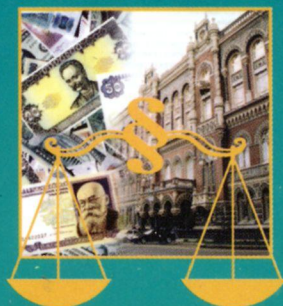


X62 2.011
0-06

О. П. Орлюк

ТЕОРЕТИЧНІ ПИТАННЯ БАНКІВСЬКОГО ПРАВА і БАНКІВСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА



О. П. Орлюк

**ТЕОРЕТИЧНІ
ПИТАННЯ
БАНКІВСЬКОГО
ПРАВА
і БАНКІВСЬКОГО
ЗАКОНОДАВСТВА**

Київ
Юрінком Інтер
2003

Рецензенти:

Кузнєцова Н. С., доктор юридичних наук, професор,
академік АПрН України;

Кубко Є. Б., доктор юридичних наук,
член-кореспондент АПрН України,
провідний науковий співробітник Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України

Орлюк О. П.

О-66 Теоретичні питання банківського права і банківського
законодавства. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — 104 с.

ISBN 966-667-092-5

У монографії автор намагається теоретично осмислити проблеми визначення категорій «банківське право» і «банківське законодавство» та встановити їх співвідношення. Здійснюється ґрунтовний аналіз джерел банківського права та шляхи його розвитку. Визначено місце, яке займає банківське законодавство у системі законодавства України. Також розглядаються проблеми, що виникають у правозастосовчій практиці у сфері банківської діяльності та шляхи їх подолання.

Розраховано на викладачів та студентів юридичних та економічних навчальних закладів, працівників банківського сектору та читачів, що цікавляться проблемами банківського права.

ББК 67.304.2

© Орлюк О. П., 2003

© Художнє оформлення
Юрінком Інтер, 2003

ПЕРЕДМОВА

При створенні банківської системи перед Україною постала проблема розробки національного банківського законодавства. Перехід країни до ринкових відносин у сфері організації та функціонування народного господарства вимагає, в свою чергу, приведення банківського законодавства у відповідність з потребами ринкової економіки. Водночас, враховуючи інтеграційні процеси, пов'язані зі здійсненням банківської діяльності, неможливість нормального розвитку кредитно-фінансових установ у відриві з міжнародним грошово-фінансовим ринком, національне банківське законодавство повинно створюватися на базі основних принципів, вироблених міжнародною банківською практикою, накопиченим досвідом правового регулювання в зазначеній сфері. Потреба в гармонізації банківського законодавства України та зарубіжних країн виникає, в першу чергу, через зв'язки між вітчизняними та іноземними банками, які постійно розвиваються.

І теоретики, і практики в галузі банківської діяльності погоджуються з думкою, що створення повноцінного банківського законодавства є запорукою належного управління економікою держави, побудови механізму сучасної кредитної системи України та якісно впливає на формування правової держави.

На сьогоднішній день банківська система України функціонує на основі цілісної системи нормативно-правових актів, які визначають терміном «банківське законодавство». У наукових працях під банківським законодавством переважно розуміють систему нормативних актів, що охоплює норми, які регулюють діяльність банків та інших кредитно-фінансових інститутів, а також їх відносини з клієнтами (відносини при встановленні структури й функцій кредитно-банківської системи, здійсненні основних банківських операцій, питання правового регулювання розрахункових, кредитних, валютних відносин та операцій з цінними паперами, а також організацію банківського контролю за господарською та фінансовою діяльністю підприємств, організацій).

Фактично, банківське законодавство являє собою сукупність законів та підзаконних нормативних актів, що забезпечують правове регулювання банківських відносин. Це значний масив різних за юридичною силою, формою і сферою дії нормативних актів, які мають визначену ієрархічну систему. В свою чергу, система банківського законодавства — це сукупність законів та підзаконних нормативних актів, тобто сукупність джерел права, форма вираження правових норм. Систематизоване законодавство значною мірою виключає можливість для неправильного або свавільного застосування правових норм, є передумовою для того, щоб всі суб'єкти відносин дотримувалися правових норм.

При визначенні правових засад регулювання банківської діяльності одним із теоретичних напрямів дослідження є встановлення співвідношення між поняттями «банківське законодавство» і «банківське право». При цьому слід пам'ятати, що право як зумовлений компонент культурного розвитку суспільства та необхідний політичний (юридичний) інструмент державного управління існує не тільки в правосвідомості. Критерієм його об'єктивності є, передусім, система відносин, в які люди вступають не лише тому, що вони свідомо їх обрали, а й тому, що цього вимагають реальні умови суспільного життя¹.

Метою цієї монографії і є теоретичне дослідження категорій «банківське право» та «банківське законодавство», місця банківського законодавства в системі права України, а також онтологічно-правових форм та гносеологічних аспектів банківської діяльності.

¹ Селіванов В., Діденко Н. Діалектика приватного та публічного в правовому регулюванні // Право України. — 2001. — № 11. — С. 15–21.

Розділ I

БАНКІВСЬКЕ ПРАВО І БАНКІВСЬКЕ ЗАКОНОДАВСТВО: СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ

ГЛАВА 1

Теоретичне розуміння категорії «банківське право»

Право — це особлива форма соціального регулювання, що має певне цільове спрямування. Однією з основних цілей права є сприяння досягненню діалектичної взаємодії об'єктивно обумовлених соціальних інтересів (як приватних, так і публічних) у процесі їх реалізації у будь-якій формі соціальної взаємодії. Такою формою соціальної взаємодії може виступати держава, тобто йдеться про існування державно-організованого суспільства. Правові норми, в свою чергу, є засобами реалізації соціальних цілей¹.

У сучасній правовій науковій літературі існує певна проблема щодо визначення банківського права — це правовий інститут чи галузь права, який характер цього правового утворення — чи є воно комплексним? Слід зауважити, що ця дискусія не є новою тенденцією й має певне теоретичне підґрунтя.

Ще М. М. Агарков у своїх лекціях зазначав, що під терміном «банківське право» можна розуміти сукупність юридичних норм, які регулюють організацію та діяльність банків (кредитних установ). До організації та до діяльності кредитних установ мають застосовуватися норми, які регулюють майновий обіг взагалі, та норми, безпосередньою метою яких є врегу-

¹ Див., наприклад на підтвердження такої позиції: *Неновски Нено*. Право и ценности / Под ред. д. ю. н. В. Р. Зорькина. — М., 1987. — С. 189; *Ehrlich E. Gesetz und lebendes Recht*. — Berlin: Duncker und Humblot, 1986. — Р. 93.

лювання тих або інших питань банківського права. Тобто банківське право, в основному, являє собою спеціальний розділ торгівельного права, присвячений банкам¹.

Цілий ряд авторів відносить банківське право суто до фінансового права, або банківське законодавство — лише до внутрішньогалузевого законодавства, яке є складовою фінансового законодавства². І. С. Гуревич вважає банківське право підгалуззю фінансового права. Однак навряд чи можна погодитися з такою думкою. Поль Марі Годме так визначав предмет фінансового права: «Фінансове право — галузь публічного права, предметом якого є норми, які регулюють державні фінанси»³. При цьому автор цілком справедливо підкреслює публічний характер фінансового права в країні, що має розвинуту ринкову економіку. Вже в кінці XIX ст. фінансове законодавство виділилося з адміністративного права в самостійну галузь права, яка доповнювала інші галузі публічного права: конституційне право, звідки вона вилучила частину (бюджетне право), і адміністративне право, з яким також тісно пов'язана (місцеві фінанси, фінансова юрисдикція, організація управління фінансами). Виникає питання: чи можна, виділяючи банківське право, обмежитися лише питаннями, що мають відношення до фінансового права? Певна річ, не можна заперечувати величезну роль адміністративно-правових та фінансово-правових норм у складі банківського законодавства, але це зовсім не означає, що можна вилучити з його меж норми приватного права, тобто норми, що регулюють самі основи банківської діяльності.

Лоуренс Фрідмен зазначав про зростання публічного права в США, що, на його думку, тісно пов'язано зі зростанням адміністративної держави. Вважають, що це стосується не тільки американського права, однак немає підстав розглядати банківське право суто як підгалузь фінансового права.

Представники теорії господарського права довгий час обстоювали позицію, відповідно до якої банківське право є невідокремленою складовою частиною господарського права як самостійної галузі права. Зокрема, І. А. Тинчук розглядає позич-

¹ Агарков М. М. Основы банковского права: Курс лекций. — М., 1994. — С. 12—14.

² Див., зокрема: Гуревич И. С. Очерки советского банковского права. — Л., 1959. — С. 12—14; Хропанюк В. Н. Теория государства и права / Под ред. профессора В. Г. Стрекозова. — М., 1998. — С. 298.

³ Годме П. Финансовое право. — М., 1978. — С. 9.

ки, а також відносини з кредитування як складову частину системи господарських зобов'язань. М. Л. Коган також вважає, що відносини, в яких беруть участь банки, є господарсько-правовими. Слід зазначити, що наведено думки 70-х рр. ХХ ст., тобто дореформеного періоду, тому в основу виділення господарського права як самостійної правової галузі було закладено співвідношення організаційно-планових та майнових елементів у сфері соціалістичного виробництва.

К. Гавальда і Ж. Стуфле вважають банківське право самостійною галуззю права¹. Однак ми вважаємо за доцільне погодитися з позицією Л. Г. Єфімової, яка зазначає, що суспільні відносини, що певною мірою регулюються банківським правом, не можна визнати настільки своєрідними, щоб вони могли становити предмет окремої галузі права. Л. Г. Єфімова зазначає, що термін «банківське право» застосовується до сукупності нормативних актів, що регулюють порядок організації і діяльності кредитних установ Росії, головним чином банків, а також порядок здійснення ними банківських операцій². На наш погляд, зазначений підхід приводить до небезпеки змішування галузі права і галузі законодавства, бо під банківським правом Л. Г. Єфімова розуміє банківське законодавство.

Г. А. Тосунян спочатку обстоював таку саму позицію, оскільки зазначав, що «сукупність юридичних норм, якими регулюється створення і діяльність кредитних організацій, в першу чергу банків, а також тих норм, що регламентують банківські операції, не є ні галуззю, ні підгалуззю права, оскільки вона не відповідає критеріям галузі права, визнаним в нашій юридичній науці. У ній відсутні специфічні, тільки їй притаманні предмет і метод правового регулювання». Тому її, цю сукупність юридичних норм, автор розглядає лише як «комплексну галузь законодавства»³.

Однак уже в наступній своїй праці він дещо змінив свій погляд і зазначає, що є цілком правомірним розглядати банківське право як комплексну галузь законодавства, яка поступо-

¹ Гавальда К., Стуфле Ж. Банковское право: учреждения, счета, операции, услуги. — М., 1996. — С. 7.

² Ефимова Л. Г. Банковское право: Учебное и практическое пособие. — М., 1994. — С. 4–5.

³ Тосунян Г. А. Банковское дело и банковское законодательство в России: опыт, проблемы, перспективы. — М., 1995. — С. 197–200.

во переростає в галузь права, розуміючи під ним, з одного боку, сукупність цивільно-правових норм, які регулюють товарно-грошові відносини, що складаються при здійсненні банками та іншими фінансовими інститутами, які виконують банківські операції, діяльності в кредитно-банківській сфері, а з іншого боку, сукупність адміністративно-правових норм (або точніше — фінансово-правових норм), які регулюють управління державними фінансами з боку суб'єктів банківської системи¹. Як комплексна галузь законодавства, банківське законодавство являє собою похідне структурне утворення в системі законодавства і включає норми різних галузей права.

М. І. Піскотін, у свою чергу, вважає, що банківське право слід розглядати як самостійну комплексну галузь права². І зазначає, що розрізнення в даному випадку галузі законодавства і галузі права є штучним і може лише затемнити суть справи.

Ще одна особливість. Окремі акти банківського законодавства одночасно належать і до інших галузей законодавства. Так, в американській літературі з банківського права при розгляді проблем правового регулювання деяких банківських операцій окремо аналізуються Закон про захист споживчого кредиту та Закон про споживчий лізинг. У німецькій літературі особливо підкреслюється роль іпотечного кредиту в галузі житлового будівництва. Тобто зазначене законодавство належить як до банківського, так і до законодавства про захист прав споживачів.

Можна констатувати, що проблема визначення суті банківського права, певною мірою, обумовлена наявним тривалим спором у теорії права щодо виділення нарівні з традиційними галузями права також і таких, що мають комплексний характер. При вивченні даного питання слід, у першу чергу, зупинитися на положеннях, розроблених теорією держави і права, як основоположною правовою наукою, що визначає загальні підвалини побудови всіх інших галузей права. Якщо йти від цілого до часткового, то у визначенні місця галузі та інституту права слід виходити з такого.

¹ *Госунян Г. А.* Банковская система России: Настольная книга банкира: Книга 1. — М., 1995. — С. 126.

² Див.: *Пискотин М. И.* Об учебном курсе «Основы банковского права РФ» // Государство и право. — 1996. — № 1. — С. 107–108.

Право можна і слід розглядати як систему. Система як філософська категорія — це певне цілісне явище, що складається з частин (елементів), які взаємопов'язані та взаємодіють. Як цілісне неможливе без його складових, так і окремі складові не можуть виконувати самостійні функції поза системою. При характеристиці права саме як частини цілої системи цілком справедливо можна стверджувати, що право являє собою органічно ціле правове явище, а не довільний набір правових норм. В. М. Хропанюк зазначає, що система права характеризується об'єктивністю¹. Вона не може створюватися за суб'єктивним уявленням людей, оскільки обумовлена системою суспільних відносин, що реально існує.

У системі права норми є єдиними та взаємопов'язаними. Вони не можуть функціонувати ізольовано. Будь-який структурний елемент, вилучений з системи права, втрачає системні функції і, як наслідок, соціальну значимість. «Лише взяті в сукупності такі характеристики права, як його зміст, засоби впливу, форми вираження, процедури, засоби забезпечення, а також система інформування щодо правових норм, дозволяють провести розмежування між цим регулятором та соціальними нормами ...суспільства, між правом та іншими регуляторами (моральними, груповими тощо), які діють в суспільстві»².

Систему права слід розглядати як багатогранне правове явище, що складається з неоднакових за своїм змістом та обсягом структурних елементів. Саме такі структурні елементи, починаючи з норм права, які, в свою чергу, утворюють інститути та галузі права, і створюють систему права як цілісне явище. С. С. Алексєєв зазначає, що «норма, взята окремо, поза зв'язком з іншими нормами, не може регулювати суспільні відносини. Системність — найважливіша властивість права як регулятора суспільних відносин — в окремої норми відсутня»³. Поділ системи на окремі складові структурні елементи пояснюється значним різноманіттям суспільних відносин, які вона відображає і регулює.

Будь-яка система передбачає два основних компоненти, поперше, структуру — відособлення та «набір» порівняно само-

¹ Хропанюк В. Н. Теория государства и права: Учебное пособие для высших учебных заведений / Под ред. профессора В. Г. Стрекозова. — М., 1998. — С. 289.

² Теория государства и права / Под ред. А. Б. Венгерова. — Выпуск 1. — М., 1993. — С. 76.

³ Алексєєв С. С. Теория государства и права. — М., 1985. — С. 278.

стійних елементів у межах певного єдиного загального цілого (процесу, явища), і, по-друге, взаємодію елементів структури. При цьому структура являє собою стійку єдність елементів, закон їх зв'язку, який виражає упорядкування, стійкість відносин; структура забезпечує збереження цілісності, єдності явища як системи, створює її каркас. Єдність елементів, у свою чергу, передбачає їх взаємодію між собою, що є засобом існування системи. Завдяки взаємодії кожний елемент набуває своєрідних якостей, що притаманні для системи в цілому. Його існування поза системою неможливе¹. Це твердження є одним із базових при визначенні об'єктивних причин існування права як системи.

Фактично, система права — це його внутрішня побудова, яка полягає в єдності та узгодженості правових норм, які діють в державі, і разом з тим у розподілі права на порівняно самостійні частини². При цьому загальнообов'язковість та єдність юридичних норм не можуть будуватися лише на логічному зв'язку, на власній структурі права, а визначаються зовнішніми зв'язками права з економікою та політичною структурою, державою. Тобто, можна цілком погодитися із С. О. Комаровим, який зазначає, що структурність права своїм корінням сягає сфери соціальних структур, має кінцеве обґрунтування поза правом³. Закономірність обумовленості права економікою повинна втілитися як внутрішня узгодженість права, що є якістю права в цілому, а не будь-яких окремих її ланок. Ця узгодженість юридична, вона характеризує внутрішню організацію права.

Системність суспільних відносин надає праву відповідні системні якості, обумовлює його структурну побудову. Теорія права визначає основним елементом системи права галузь права. Вважається, що це найбільш широке об'єднання правових норм, які регулюють різноманіття певного виду суспільних відносин. На відміну від інших структурних елементів

¹ Радько Т. Н. Методологические вопросы познания функций права. — Волгоград, 1974. — С. 78; Комаров С. А. Общая теория государства и права: Учебник. — М., 1998. — С. 272—273.

² Див., напр.: Рабинович П. М. Основи загальної теорії права та держави. — Бородянка, 1993. — С. 76—80; Хропанюк В. Н. Знач. праця. — С. 290; Поленина С. В. Система права и система законодательства в современных условиях // Правоведение. — 1987. — № 5. — С. 29—36.

³ Комаров С. А. Знач. праця. — С. 276.

системи права галузь має певну автономію: вона може самостійно функціонувати в загальній системі права.

Галузь права — це порівняно самостійний підрозділ системи права, який складається з правових норм, що регулюють якісно специфічний вид суспільних відносин¹. С. О. Комаров розуміє під галузями права сукупність правових норм, які регулюють однорідні суспільні відносини². Можна говорити, що галузь права є відокремленою сукупністю юридичних норм, інститутів, що регулюють однорідні суспільні відносини. Вона відображає більш високий рівень системоутворюючих зв'язків, характеризується певною цілісністю, автономністю³.

Будь-яка галузь права має самостійний предмет і метод (методи) правового регулювання. Фактично, це основні елементи, за якими можна відгалужувати окремі правові галузі в системі права. Якщо під предметом правового регулювання можна розуміти фактичні відносини людей, які об'єктивно потребують правового опосередкування, то метод являє собою сукупність прийомів юридичного впливу на поведінку людей, які відпрацьовані внаслідок тривалого людського спілкування. Власне, за допомогою методів здійснюється правове регулювання якісно однорідних, відокремлених суспільних відносин. Деякі теоретики вважають, що метод правового регулювання об'єднує об'єктивні й суб'єктивні моменти й має щодо предмета додатковий (процесуальний) характер та є юридичним критерієм виділення галузей права⁴. В теорії права існує позиція, згідно з якою предмет і метод правового регулювання становлять галузевий юридичний режим регулювання суспільних відносин.

Як уже зазначалося, галузі права розмежовують, у першу чергу, за предметом правового регулювання, під яким розуміють якісно однорідний вид суспільних відносин, на який впли-

¹ Алексеев С. С. Об отраслях права // Советское государство и право. — 1972. — № 3. — С. 10–17; Хропанюк В. Н. Зазнач. праця. — С. 292.

² Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. — СПб., 1894. — С. 298–302; Комаров С. А. Зазнач. праця. — С. 274; Киримова Е. А. Система современного российского права: Понятие и проблемы развития // Правоведение. — 1997. — № 4. — С. 166–168.

³ Теория государства и права: Учебник для вузов. — 2-е изд. / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. — М., 2000. — С. 325.

⁴ Див., зокрема: Хропанюк В. Н. Зазнач. праця. — С. 295; Теория государства и права / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. — С. 326.

вають норми певної галузі права. Як зазначає професор В. Д. Перевалов, для цих відносин характерні такі риси: 1) це життєво важливі для людини та її об'єднань відносини; 2) це вольові, цілеспрямовані (розумні) відносини; 3) це стійкі, такі, що повторюються, та типові відносини; 4) це відносини поведінки, за якими можна здійснювати зовнішній контроль (наприклад юрисдикційними органами)¹.

Можна стверджувати, що предмет правового регулювання є головною, об'єктивною підставою для розподілу правових норм за галузями права. Однак предмету правового регулювання як єдиного критерію для виділення суспільних відносин в окрему галузь права недостатньо. Наукова дискусія, що тривала в 1940—1950 роках, аргументовано це підтвердила².

Метод правового регулювання визначається предметом, тому що саме конкретний зміст виду суспільних відносин і впливає на обрання спеціальних засобів юридичного впливу.

До елементів методу правового регулювання відносять:

— характер загального юридичного положення суб'єктів, тобто правоздатність, дієздатність, компетенцію, відносини між собою (підлеглість, супідрядність, рівноправність);

— характер підстав виникнення, зміни або припинення правовідносин, тобто юридичних фактів (договір, рішення суду за цивільною справою, вирок за кримінальною справою, що є підставою для виникнення кримінально-виконавчого правовідношення, акти дії);

— характер юридичних наслідків для суб'єкту права (позитивні, негативні, штраф, стягнення, пеня тощо)³.

При регулюванні суспільних відносин використовують різні методи: імперативний (характерний для публічних галузей права) і диспозитивний (характерний для приватних галузей), альтернативний і рекомендаційний, заохочення та покарання. Їх застосування залежить від змісту відносин, бачення законодавця, правозастосовної практики, що склалася, рівня правової культури населення. Враховуючи той факт, що саме

¹ Теория государства и права / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. — С. 326.

² Див., зокрема: *Братусь С. Н.* О предмете советского гражданского права // Сов. государство и право. — 1940. — № 1. — С. 36—39; *Халфина Р. О.* К вопросу о предмете и системе советского финансового права // Вопросы советского административного и финансового права. — М., 1952. — С. 193—195.

³ *Комаров С. А.* Зазнач. праця. — С. 274.

суспільні відносини виступають як головний об'єктивний (матеріальний) критерій поділу права на галузі та інститути, можна говорити, що саме структура цих відносин, їх тип, рід, вид переважно й обумовлюють структурні та змістові параметри норми, інституту, галузі та права в цілому.

При характеристиці галузей права слід також згадати таке поняття, як юридичний режим, під яким розуміють особливу, цілісну систему регулятивного впливу, яка характеризується специфічними прийомами регулювання — особливим порядком виникнення та формування змісту прав та обов'язків, їх здійснення, специфікою санкцій, способів їх реалізації, а також дією єдиних принципів, загальних положень, що поширюються на цю сукупність норм. Кожна галузь права з юридичного боку характеризується в правовій системі саме таким режимом регулювання¹.

Межі між окремими галузями права є досить умовними. Можна стверджувати, що не існує галузей права єдиної правової системи, які були б абсолютно ізольовані одна від одної. Однак і нині досить актуальним залишається поділ галузей права на публічні та приватні. Публічне право як право організації державного управління вимагає від тих, до кого воно застосовується, свідомо сприяти загальним інтересам. Водночас приватне право дозволяє окремим людям прагнути досягти своїх індивідуальних цілей і спрямоване лише на встановлення таких обмежень індивідуальних дій, внаслідок яких ці дії сприяли б загальним інтересам.

Слід зауважити, що питання поділу галузей права на публічні та приватні досліджували не лише представники юриспруденції. Ф. А. Хайек, член Британської академії та лауреат Нобелівської премії з економіки 1974 р., а також академік і професор провідних наукових закладів, у своїх працях з політичної філософії свого часу зазначав, що відмінність між універсальними правилами гідної поведінки та правилами організації державного управління тісно пов'язана з відмінністю між приватним і публічним правом. Однак щодо проведення належної межі між приватним і публічним правом немає загальної згоди. За сучасного розвитку подій простежується дедалі більша тенденція до стирання цієї межі — з одного боку, через звільнення органів державного управління від додержання загальних правил гідної поведінки, а з іншого боку, через підкорення поведінки приват-

¹ Алексеев С. С. Теория права. — Харьков, 1994. — С. 105.

них осіб та організацій спеціальним цілеспрямованим правилам або навіть наказам чи дозволам адміністративних органів¹.

Отже, наявність у суспільстві публічного і приватного права як характерної особливості реальної правової форми суспільного життя, складових механізму правового регулювання і водночас як певних абстракцій є не вигадкою деяких юристів, а результатом історичного розвитку суспільних відносин².

Слід зазначити, що правова наука має тривалу історію дослідження критеріїв поділу галузей на приватні та публічні. Свого часу Л. І. Петражицький у своїй праці 1910 р., присвяченій розгляду питань теорії права та держави, зазначав, що вищий поділ юридичних наук повинен виходити не з поділу права на приватне та публічне і взагалі не з поділу права на види та різновиди, а з поділу наукових тез, що встановлюються різними науками, які стосуються права, щодо предметів їх вивчення за природою таких тез (відповідних суджень)³.

У світлі всього зазначеного слід згадати фінанси, оскільки саме сфера фінансів вимагає проведення складного, однак дуже важливого розмежування між витратами і визначенням способу належного розподілу податкового тягаря поміж різними суб'єктами. У фінансах закони, що застосовуються, мають помітне відбиття державної політики і можуть дещо відрізнятись від суто «юридичних» законів. Основний акт у сфері фінансів — закон про державний бюджет — це не викладення правил гідної поведінки, а план дій певної організації (держави), яка надає повноваження конкретним учасникам фінансових відносин щодо мобілізації, розподілу або використання фондів коштів. Свого часу як одну з передумов для виділення окремої галузі права була названо політичну зацікавленість держави в самостійному регулюванні комплексу суспільних відносин, що становлять єдність⁴. І якщо мати на увазі зна-

¹ Хайєк Ф. А. Право, законодавство та свобода: Нове викладення широкіх принципів справедливості та політичної економії: В 3 т. / Пер. з англ. Н. Комарова. — К., 1999. — Том 1. Правила та порядок. — С. 181.

² Селіванов В. Розмежування і взаємодія публічного і приватного права в системі права України // Право України. — 1996. — № 12. — С. 30–33; Селіванов В., Діденко Н. Діалектика приватного та публічного в правовому регулюванні // Право України. — 2001. — № 11. — С. 15–21.

³ Петражицький Л. И. Теория права и государства. — СПб., 2000. — С. 508.

⁴ Дембо Л. И. О принципах построения системы права // Сов. государство и право. — 1956. — № 8. — С. 91; Пискотин М. И. Советское бюджетное право (основные проблемы). — М., 1971. — С. 48.

чення фінансів для виконання державою своїх завдань і функцій, то заперечень щодо запропонованої тези виникати не повинно. Однак це не означає, що, розглядаючи значення фінансів для функціонування держави, слід кардинально розмежовувати бюджетне, податкове, банківське право, відносно в сфері державного кредиту тощо.

Особливості, що відрізняють профілюючі (фундаментальні) галузі права, розкривають їх значення як ядра системи права, полягають у тому, що вони охоплюють такі види суспільних відносин, які за своїм глибинним економічним, соціально-політичним змістом вимагають якісно нового, відмінного за специфікою правового регулювання і тому обумовлюють основні, типові особливості юридичного інструментарію. Саме тому основні (фундаментальні) галузі вичерпно концентрують генеральні юридичні режими, групові методи правового регулювання.

Однак правові системи, що складаються завдяки інтенсивній та багатогранній кодифікаційній роботі, характеризуються досить своєрідним явищем — наявністю вторинних комплексних утворень у структурі права. Норми, що входять до комплексних утворень, не пов'язані єдиним методом та механізмом регулювання, вони включаються до основних галузей. Ці норми залишаються за своїми вихідними даними в головній структурі, в основних (фундаментальних) галузях, відповідно на них поширюються загальні положення відповідних основних галузей. Вони входять і до вторинної структури, залишаючись при цьому нормами адміністративного, цивільного, трудового права тощо.

Комплексність може бути притаманна, зокрема, окремим правовим інститутам. Прикладом може бути такий правовий інститут, як нотаріальне право, який поєднує в методах правового регулювання риси як публічного, так і приватного права. З одного боку, для правового регулювання нотаріату притаманним є метод імперативності та державного регулювання, характерний для конституційного та адміністративного права, з іншого боку — метод диспозитивності, залучений з цивільного права.

За допомогою цих методів забезпечується виконання головної функції правового інституту — в межах своєї ділянки суспільних відносин даного виду або роду забезпечувати ціле,

① Алексеев С. С. Теория права. — Харків, 1994. — С. 109.

порівняно закінчене регулювання. Можна стверджувати, що інститут права являє собою відокремлену групу юридичних норм, які регулюють суспільні відносини конкретного виду. Від галузі права він відрізняється, передусім, обсягом регулювання, оскільки регулює не всю сукупність якісно однорідних суспільних відносин, а один лише їх різновид.

Як зазначає А. А. Козловський, інститут права — це «логічно узгоджена система норм, тому він не тільки не сприймає суперечливі цій системі норми, але сам породжує норми, логічно необхідні для заповнення його прогалин. З одного боку, це позитивна риса права, в якій проявляється його здатність до саморозвитку, з іншого — на певному етапі розвитку це призводить до деякого гносеологічного консерватизму права, до випадків несприйняття ним нових форм відносин, які стихійно формуються в суспільстві»¹. Інститут права є тільки першим досить значним системним утворенням (якщо не брати до уваги саму норму права щодо її системності), найбільш наближений до соціальної реальності, постійно контактує з нею і змушений постійно у нормативній формі реагувати на всі відповідні соціальні новації. Правові інститути можуть бути галузевими та міжгалузевими (комплексними)²

Однак, якщо комплексність характерна для інституту права, це не означає, що вона переноситься автоматично на всю правову галузь. Галуззю права може бути визнано лише такий підрозділ, який у межах права в цілому має риси окремого елемента. Деякі автори схиляються до тези, що основними підрозділами права є група його галузей і група комплексних утворень³.

Комплексні утворення створюються на підставі інтегрованого підходу до регулювання окремих груп суспільних відносин. У комплексних утвореннях виражено інтеграцію норм основних галузей в єдиній за змістом та цілями сфері діяльності.

Фактично, норми права структурно відокремлені в окремих нормативних актах. У них є специфічні принципи, за-

¹ Козловський А. А. Гносеологічна трансформація права // Науковий вісник Чернівецького університету: Збірник наук. праць. — Вип. 48: Правознавство. — Чернівці, 1999. — С. 9.

² Теория государства и права / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Первалова. — С. 325.

³ Це, зокрема, А. В. Мицкевич, В. П. Мозолин, И. Ф. Казьмин. Див.: Сурилов А. В. Теория государства и права. — Киев—Одесса, 1989. — С. 222.

гальні положення, певні юридичні засоби, які надають тій чи іншій сукупності правових норм особливих якостей. Однак, як цілком справедливо зазначають В. В. Лазарєв та С. В. Липень, в них немає методу правового регулювання, який об'єднував би всі юридичні особливості в одне ціле. Отже, юридичний режим регулювання (тобто сукупність предмету та методу правового регулювання) не матиме самостійного значення, але матиме певну специфіку. З урахуванням цього комплексні галузі права не виділяють, це просто відповідні галузі законодавства¹.

Однак не можна заперечити той факт, що в окремих роботах юристів-науковців є позиція щодо наявності комплексних галузей права. При цьому їх, зазвичай, називають «вторинними», враховуючи ту обставину, що норми будь-якої комплексної галузі є одночасно і нормами конституційного, адміністративного, кримінального, земельного та інших галузей, тобто основних галузей права². Одним із засновників теорії комплексних галузей права є В. К. Райхер, який аналізував відносини, що виникають у сфері страхової діяльності, і вважав, що в межах системи права слід розглядати дві категорії галузей — основні та комплексні³. Таку позицію підтримали, хоч і не одразу, і не одноголосно. Деякі науковці, зокрема доктор юридичних наук О. С. Іоффе, пізніше відмовилися від концепції комплексних галузей права.

Визначають, що норми комплексного утворення за іншим предметом і за іншими, хай не головними, юридичними особливостями, вторинно, ніяким чином не порушуючи архітекtonіки основних галузей і не виключаючи з їх складу жодної норми, об'єднуються в особливу спільність. Тобто юридичні норми, що входять до комплексних утворень, залишаються за своїми висхідними моментами в головній структурі, в основних галузях і на них поширюються загальні положення відповідних галузей.

Однак все ж таки це особлива юридична цілісність, відмінність якої полягає не в специфічних галузевих предметі,

¹ Лазарєв В. В., Липень С. В. Теория государства и права: Учебник. — М., 1998. — С. 228—229.

² Див., напр.: Сурилов А. В. Теория государства и права. — С. 222; Алексеев С. С. Теория государства и права. — С. 287.

³ Райхер В. К. Общественно-исторические типы страхования. — М.—Л., 1947. — С. 186.

методах і механізмі регулювання, а в деяких особливих принципах, загальних положеннях, окремих специфічних прийомах регулювання, які є свідченням існування спеціального, хоч і не видового юридичного режиму. Отож, у кінцевому підсумку, норми комплексного утворення можна і слід розподіляти за окремими основними галузями права, однак залишити, замкнути їх лише в межах таких галузей не можна. Правове регулювання кредитних і розрахункових відносин досліджують фінансове, цивільне, господарське право — в кожній галузі з урахуванням своїх правових режимів, однак у межах банківського права ця сфера банківської діяльності набуває своїх характерних нюансів та особливостей, що сприяє покращенню якості правового регулювання суспільних відносин в обраній сфері.

На підтвердження такої позиції можна навести положення професора С. С. Алексєєва щодо наявності процесу подвоювання (а в деяких випадках і потроювання) структури права, що повністю узгоджується з філософськими уявленнями щодо можливості об'єктування того чи іншого явища в кількох перекреслених структурах, щодо існування ієрархії структур¹.

Слід погодитися з доктором юридичних наук П. С. Пацурківським, який зазначає, що «концепція, яка розглядала систему права як об'єктивну реальність, не одержала в свій час достатнього і послідовного розвитку в працях більшості юристів-фінансистів, дослідженнях представників інших галузевих наук правознавства. Більше того, деякі положення цієї концепції стали тлумачитись спрощено і навіть перекручуватись, підмінятись по суті іншими. За цих умов стара концепція системи права як системи навчальних дисциплін, яка сповідує довільну побудову системи права, зберегла свої позиції»².

Наприклад, досить часто ототожнюють окрему галузь права та учбову дисципліну, в межах якої вивчаються правовідносини в конкретній галузі. Однак викладення окремого навчального курсу чи спецкурсу не тягне автоматичного утворення галузі права. Якщо читаються спецкурси з вексельного права, нотаріату, проблем правового статусу кредитних установ тощо, це не означає, що слід розглядати як окремі галузі науки вексельне право або нотаріальне право.

¹ Алексєєв С. С. Теория права. — Харьков, 1994. — С. 110.

² Пацурківський П. С. Правові засади фінансової діяльності держави: проблеми методології. — Чернівці: ЧДУ, 1997. — С. 11–12.

Прибічниками ідеї щодо розгляду банківського права як окремої галузі права є представники російських наукових кіл, зокрема, доктори юридичних наук Г. А. Тосунян, А. Ю. Вікулін, А. М. Екмалян. 1999 р. вони випустили підручник «Банківське право Російської Федерації. Загальна частина» за редакцією академіка Б. Н. Топорніна¹, в якому висунули та достатньо переконливо обґрували положення про те, що банківське право — це самостійна галузь російського права, яка має комплексний характер. Слід зазначити, що прізвища цих авторів відомі в наукових колах представників фінансового та адміністративного права. Вони мають серйозні праці, на яких відбувалося становлення банківського права як навчальної дисципліни не тільки в Росії, а й в інших країнах СНД. Згаданий підручник також свідчить про проведення глибокого і комплексного аналізу правових норм РФ.

У зазначеній праці як обставини, що тягнуть за собою необхідність виділення банківського права у самостійну галузь права, вказано такі:

1) наявність суспільної потреби та державного інтересу в самостійному правовому регулюванні такої галузі, обумовлене особливою значимістю банківської системи для здійснення та успішного завершення економічної реформи;

2) наявність самостійного предмету правового регулювання, обумовлене чітким виділенням специфіки суспільних відносин, що регулюються даною галуззю;

3) потреба в особливому методі правового регулювання;

4) наявність або потреба в особливих (спеціальних) джерелах права;

5) конституційне та (або) законодавче закріплення принципів даної галузі права;

6) наявність специфічної (притаманної лише даній галузі права) системи понять та категорій.

Відповідно, банківське право як галузь права становить сукупність норм, що регулюють відносини, які виникають у процесі побудови, функціонування та розвитку банківської системи країни, в тому числі в процесі регулювання банківської діяльності з боку центрального банку та інших органів дер-

¹ Тосунян Г. А., Вікулін А. Ю., Екмалян А. М. Банковское право Российской Федерации: Общая часть: Учебник / Под общ. ред. акад. Б. Н. Топорнина. — М., 1999.

жавної влади, а також союзів та асоціацій кредитних організацій¹.

Ми не ставимо за мету розпочати дискусію щодо кожного переліченого чинника для відокремлення банківського права як галузі права, оскільки це не є основним завданням нашого дослідження. В цілому, погоджуючись із зазначеним переліком як базою для галузевого відокремлення, слід зазначити, що його не можна однозначно екстраполювати на суспільні відносини в сфері банківської діяльності. Сучасні науково-теоретичні розробки не створили поки що реальних підстав для заснування нових галузей права у великій кількості, оскільки такі методологічні підходи потягнуть за собою утворення все нових і нових галузей відповідно до тих правових інститутів, що вже існують. Хоча повністю відкидати зазначений підхід було б абсолютно помилково.

В Україні серед науковців-юристів, що досліджують теоретичні питання банківського права, можна назвати Є. В. Карманова, В. Л. Кротюка, А. О. Селіванова тощо. В своєму навчальному посібнику з банківського права України Є. В. Карманов зазначав, що в умовах формування на Україні ринкових відносин банківське право створюється як галузь права на межі фінансового та цивільного права. Банківське право — це галузь права, яка являє собою систему правових норм, що регулюють суспільні відносини в процесі організації та функціонування банківської системи України з метою задоволення потреб громадян та держави². Однак не зрозуміло тоді, чому автор обмежується лише нормами фінансового та цивільного права, хоч і не можна не визнати їх як галузі, що містять значну кількість норм у сфері банківської діяльності. Не менш важливими повинні бути і норми адміністративного та господарського права. А сучасна політична ситуація в галузі боротьби з відмиванням грошей, набутих незаконним шляхом, зовсім в іншу площину виводить кримінальне право щодо визначення його ролі в правовому регулюванні банківської діяльності.

Певним підтвердженням висловленої позиції може бути і положення, викладене в Науково-практичному коментарі до Банківського кодексу Республіки Беларусь, в якому зазначається

¹ Тосунян Г. А., Викулин А. Ю., Екмалян А. М. Зазнач. праця. — С. 17–20.

² Карманов Є. В. Банківське право України: Навчальний посібник. — Харків, 2000. — С. 28.

ся, що цивільно-правове регулювання банківської діяльності має свої особливості. Головна особливість полягає в широкому поширенні імперативних норм, при регулюванні банківської діяльності це підриває цивільно-правову природу. Ці норми засновані на рівноправності, автономії, самостійності та свободі поведінки учасників майнових та пов'язаних з ними особистих немайнових відносин, що виникають у процесі здійснення банківської діяльності, в першу чергу договірних відносин. Зокрема, Банківський кодекс РБ (ст. 22) встановлює, що договори між банками і клієнтами є публічними договорами та договорами приєднання, якщо інше не передбачено правилами банків.

Важливою особливістю регулювання відносин між банками і клієнтами є те, що на банки покладено певні публічні функції у відносинах з клієнтами (функції агентів валютного контролю, контролю за проведенням касових операцій, контролю за цільовим використанням наданих кредитів тощо). Це створює певну нерівність у відносинах банків і клієнтів. Однак, як зазначають дослідники, навіть ці публічні функції банків мають своєю підставою цивільно-правові відносини: зазначені функції здійснюються щодо клієнтів, що перебувають з банками в договірних та інших цивільно-правових відносинах.

Заслуговує на увагу позиція М. В. Карасьової, яка вважає, що управління з боку центрбанку за діяльністю комерційних банків та грошові відносини, що виникають на цій підставі, не можна розглядати як фінансову діяльність держави. По-перше, відносини всередині банківської системи не є фінансовими, оскільки фінансова система відокремлена від банківської. Зокрема, сучасна економічна наука стоїть на позиції, що фінансова і банківська системи порівняно автономні одна від одної, банківське кредитування не є частиною фінансової системи (хоч існує цілий ряд управлінських відносин негрошового характеру між центрбанком і комерційними банками)³. Внаслідок цього в процесі управління банківською системою з боку центрального банку грошові (фінансові) фонди не утворю-

¹ Научно-практический комментарий к Банковскому кодексу Республики Беларусь: В 2-х кн. / В. В. Жуков, Д. А. Калимов, В. И. Киблов и др. — Минск, 2002. — Кн. 1. — С. 12.

² Карасева М. В. Финансовое правоотношение. — М., 2001. — С. 18—19.

³ Общая теория финансов. — М., 1995. — С. 32; Финансы. — 1993. — № 3. — С. 20—21.

ються. По-друге, через це управлінська діяльність центробанку із залучення грошових коштів від комерційних банків не спрямована безпосередньо на покриття державних витрат у ході реалізації соціально-економічних, оборонних та інших програм. Управлінська діяльність центробанку, в тому числі й та, в ході якої виникають грошові відносини, є лише способом, методом грошово-кредитного регулювання.

Однак, як зазначає М. В. Карасьова, центральний банк РФ все ж здійснює фінансову діяльність держави. Він бере участь у збиранні, розподілі та використанні фінансових ресурсів держави, коли виконує свої зобов'язання з операцій з федеральним бюджетом та державними позабюджетними фондами, з бюджетами суб'єктів Російської Федерації та місцевими бюджетами, а також операції з обслуговування державного боргу. Центральний банк РФ здійснює фінансову діяльність і тоді, коли проводить емісію грошових знаків та оперативне керівництво грошовою системою (в межах ст. 75 Конституції РФ та ст. 29 Закону РФ «Про внесення змін та доповнень до Закону РРФСР «Про Центральний банк РРФСР (Банк Росії)». Отже, фінансова діяльність держави становить частину компетенції центрального банку.

Однак є підстави не погоджуватися з деякими висновками автора. Зокрема, відповідно до Закону «Про Національний банк України» (ст. 5) та поточних законів про Державний бюджет, перевищення доходів над видатками НБУ повинно бути перераховано до Державного бюджету¹. Тим більше, що в останні два роки законодавство взагалі встановлювало чіткі розміри таких відрахувань. Відповідно, НБУ

¹ Закон України «Про Національний банк України» від 20 травня 1999 р. № 679-XIV // Відомості Верховної Ради. — 1999. — № 29. — Ст. 238 (з наступними змінами); Закон України «Про Державний бюджет України на 2000 рік» від 17 лютого 2000 р. № 2120-III // Відомості Верховної Ради. — 2000. — № 14–16. — Ст. 121 (з наступними змінами та доповненнями). Стаття 13 закріплює, що НБУ в 2000 році вносить перевищення кошторисних доходів над кошторисними видатками Національного банку України до Державного бюджету України в обсязі 500 тис. гривень. Порядок перерахування зазначених платежів визначається спільним рішенням Міністерства фінансів України і Національного банку України; Закон України «Про Державний бюджет України на 2001 рік» від 7 грудня 2001 р. № 1458-III // Відомості Верховної Ради. — 2001. — № 2–3. — Ст. 10 (з наступними змінами). Стаття 8 закріплює також суму перерахування в розмірі не менш як 500 тис. гривень.

бере участь у такому напрямі фінансової діяльності держави, як мобілізація ресурсів, в тому числі при проведенні своєї господарської діяльності, залучаючи фінансові ресурси банківського сектору. Отже, не доцільно обмежувати участь центробанку в фінансовій діяльності держави винятково обслуговуванням рахунків бюджетної системи, що передбачено Бюджетним кодексом України¹.

У працях у сфері банківської діяльності досить часто ототожнюють поняття банківське право і банківське законодавство, намагаючись довести тезу щодо утворення нової галузі права. Однак не слід свідомо підміняти поняття «галузь права» і «галузь законодавства», як і класичні наукові критерії виділення галузі права і галузі законодавства, суто суб'єктивними конструкціями. Кожна норма права може належати тільки до однієї галузі права, як і будь-які суспільні відносини, які є предметом лише однієї, чітко визначеної галузі права. Тобто, «галузі права відрізняються між собою настільки ж об'єктивно, наскільки об'єктивно відрізняються між собою види суспільних відносин, що регулюються цими галузями»².

Якщо питання щодо наявності комплексної галузі права є дискусійним, то існування комплексної галузі законодавства не викликає сумнівів. Ця позиція є загальновизнаною та підтверджується об'єктивними підставами. При цьому слід виходити, знову ж таки, з теоретичних засад у визначенні понять «галузь законодавства» та «система законодавства».

Система законодавства складається внаслідок видання правових норм, закріплення їх в офіційних актах та систематизації цих актів. Вона має складну структуру. Найчастіше під системою законодавства розуміють сукупність нормативно-правових актів, в яких об'єктивуються внутрішні змістові та структурні характеристики права. У цих межах вони існують самостійно, бо мають свою специфіку, власні тенденції розвитку. О. С. Лисенкова, аналізуючи галузеву структуру системи законодавства, доходить висновку, що в основі принципу її будови лежить диференціація саме нормативних приписів, а не нормативно-правових актів. Під таким кутом зору поняття «система законодавства» визначають як єдність взаємопов'язаних нормативних приписів, які відображають зміст право-

¹ Бюджетний кодекс України. Прийнятий 21 червня 2001 р. № 2542-III // Відомості Верховної Ради. — 2001. — № 37—38. — Ст. 189.

² Пацурківський П. С. Знач. праця. — С. 41.

вих норм, що різняться за виконанням чітко визначених функцій у регламентації суспільних відносин і об'єднані в нормативних актах¹.

Теоретики виділяють залежно від підстав (критеріїв) кілька видів систем законодавства: горизонтальну, вертикальну, федеративну, комплексну².

Горизонтальна (галузева) побудова системи законодавства обумовлена предметом правового регулювання — фактичними суспільними відносинами. На підставі цього критерію відокремлюють галузі законодавства, що відповідають галузям системи права (конституційне право — конституційне законодавство, трудове право — трудове законодавство тощо).

Вертикальна (ієрархічна) побудова відображає ієрархію органів державної влади та нормативно-правових актів за їх юридичною силою.

Федеративна побудова системи заснована на двох критеріях — федеративній структурі держави та колі повноважень суб'єктів федерації у сфері законодавства. Така побудова притаманна, певна річ, для країн, які мають федеративний державний устрій.

Комплексні утворення в системі законодавства складаються залежно від об'єкта правового регулювання та системи державного управління. До них належать природоохоронне, транспортне законодавство, нормативні акти, що визначають правове положення окремих соціальних груп (молоді, жінок, ветеранів).

Структура системи законодавства являє собою внутрішню організацію впорядкованих нормативно-правових актів, яка полягає в їх узгодженості та розподілі на галузі й інститути законодавства. Структуру системи законодавства можна класифікувати за такими критеріями:

- предметом правового регулювання (галузева);
- юридичною силою актів (субординаційна);
- особливостями форми державного устрою (державно-організаційна)³.

¹ Лисенкова О. С. Система законодавства України: структурно-функціональна характеристика: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2001. — С. 5.

² Див., напр.: Теория государства и права / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. — С. 327–328.

³ Див., зокрема: Скакун О.Ф. Теория государства и права: Учебник. — Харьков, 2000. — С. 276.

Як уже зазначалося, система права будується не за довільним уявленням людей, а на підставі об'єктивної дійсності. З одного боку, норми права — це продукт суб'єктивної, свідомовольової діяльності правотворчих органів. *Dura lex, sed lex* (Закон суворий, але це закон). З іншого, норми права стають природним елементом системи права лише у разі об'єктивного відображення потреб суспільного життя, встановлюючи максимальну міру свободи та справедливості в соціальних відносинах. Отже, жодний правотворчий орган не може довільно, на свій розгляд, віднести видану ним норму права до тієї чи іншої галузі права.

До побудови системи законодавства застосовується інший критерій, бо при її формуванні значне місце відводиться суб'єктивному чиннику, наявність якого пояснюється, в першу чергу, потребою правової практики, необхідністю враховувати форми людського спілкування, що змінюються. При цьому не слід забувати про таку якість людини, як властивість помилятися — *Errare humanum est*. Законодавець зобов'язаний враховувати об'єктивні потреби суспільного життя в своїй суб'єктивній правотворчій діяльності, однак він не вільний змінювати зміст правових норм, які регулюють певний галузевий вид суспільних відносин.

Зазначимо ще раз, система права — це внутрішня форма права, його будова за галузями та інститутами. Система законодавства, в свою чергу, — це зовнішня форма права, система нормативно-правових актів, в яких галузі та інститути права знайшли своє вираження. Внутрішня та зовнішня форми нерозривно пов'язані й не можуть існувати одна без одної. Будь-яка галузь права виражена в певній системі нормативно-правових актів. Водночас системи нормативно-правових актів виражають не лише розподіл норм права за галузями, а й комплексність норм різної правогалузевої належності і міжгалузеві зв'язки. Отже, як вважають правознавці, систему права і систему законодавства не слід ні протиставляти, ні ототожнювати: вони діалектично пов'язані¹.

Специфічною рисою правового регулювання суспільних відносин є той факт, що, зазвичай, більшість сфер діяльності людей пов'язані з багатьма різновидами соціальних зв'язків. Тому майже неможливо знайти настільки ізольовану сферу

¹ Комаров С. А. Зазнач. праця. — С. 284.

суспільного життя, щоб у ній домінував лише один вид суспільних відносин, що є предметом регулювання лише однієї галузі права. Сфера суспільних відносин, яку організовує певна правова галузь, постійно відчуває на собі вплив інших самостійних соціальних утворень. У процесі функціонування вони взаємодіють між собою і неминуче сприяють чи, навпаки, гальмують реалізацію галузевими нормами свого прямого соціального призначення¹.

М. Рейснер у своїй праці, присвяченій дослідженню теорії права, зазначав, що між суб'єктивним і об'єктивним правом існує реальний зв'язок². Такий погляд вже був присутній у теоретичних дослідженнях³ і знайшов своє подальше відображення в наступних наукових розробках.

Існує погляд, що виключає можливість відображення галузей права в галузях законодавства, про відсутність «чистих» галузей законодавства, які б містили норми лише однієї галузі права. Вводять у науковий обіг поняття «зони тяжіння» законодавчого акта і зазначають, що один і той самий акт може бути в зоні тяжіння кількох галузей права. Чинником, що ускладнює проблему співвідношення між галузями права і галузями законодавства, визначають наявність так званих суміжних інститутів права, які мають риси, притаманні кільком галузям права⁴.

На сьогоднішній день серед тенденцій розвитку системи права можна назвати процес поступового накопичення нормативного матеріалу та розподіл його за структурними блоками (інститутами, галузями). Тенденція до уніфікації зазначених блоків дає підстави для підвищення ефективності правового регулювання. При цьому такий процес тягне за собою утворення нових інститутів (банківське, податкове право).

¹ Див., зокрема: *Козловський А. А.* Знач. праця. — С. 10.

² *Рейснер М.* Право. Наше право. Чужое право. Общее право. — Л.—М., 1925. — С. 271.

³ Див., наприклад: *Кузнецов К. А.* Теория права. — Вып. первый. — Одесса, 1918. — С. 97. В свою чергу, В. С. Соловйов вбачав у праві не панування певного одного принципу, індивідуального або суспільного, а їх рівновагу. — *Яценко А. С.* Философия права Соловьёва. — СПб., 1912. — С. 43.

⁴ Таку позицію має *Поленіна С. В.* Див.: *Сурилов А. В.* Теория государства и права. — С. 225.

Однак тенденції вдосконалення законодавства пов'язують зі створенням нових комплексних галузей законодавства (зокрема, банківського законодавства, приватизаційного, податкового тощо), що є значним чинником впливу на реальне вирішення економічних та соціальних питань. У зв'язку із вдосконаленням законодавства, яке тягне за собою зменшення розриву між чинним правом та зміненими суспільними відносинами, система законодавства наближається до власного ідеалу — до системи права, від чого все чіткішою стає відповідність останньої системи системі суспільних відносин¹.

Враховуючи все вищевикладене, є підстави для теоретичного осмислення понять «банківське право» та «банківське законодавство». Банківське право — це сукупність різнорідних норм, що регулюють організацію кредитної системи й діяльність банків. Банківське право не є ні підгалуззю, ні основною галуззю права. Це комплексне утворення, що має свій специфічний правовий режим (однак не видовий). Коло суспільних відносин, що регулюються банківським правом, з одного боку, достатньо вузьке, щоб бути предметом регулювання основної галузі, а з іншого — не має єдності та своєрідності. Відповідно у банківського права немає і власного методу як необхідної ознаки «класичної» галузі права. Відносини комерційних банків з центральним банком, як правило, будуються за схемою влади — підпорядкування, тобто використовують метод владних приписів. А відносини самих банків із клієнтами та один з одним засновані, переважно, на юридичній рівності сторін, тобто в цих відносинах переважає цивільно-правовий метод (хоч і не завжди в чистому вигляді). Однак правовий режим, притаманний саме відносинам у сфері банківської діяльності, відокремлює, певною мірою, цю сферу від таких галузей, як фінансове, адміністративне, цивільне, господарське право.

Водночас термін «банківське право» давно й стійко увійшов у професійну мову, в першу чергу, практичних робітників, і тому навряд чи слід від нього відмовлятися. Так само, навряд чи є підстави не використовувати цей термін при вивченні курсу банківського права як навчальної дисципліни.

¹ Пацурківський П. С. Місце фінансового права в системі права // Науковий вісник Чернівецького університету: Збірник наук. праць. — Вип. 48: Правознавство. — Чернівці: ЧДУ, 1999. — С. 36.

Місце банківського законодавства в системі права України

Законодавство економічно розвинених країн — це досить значний масив нормативних актів, що містять як питання регулювання структури банківської системи в цілому, побудови її складових елементів — кредитно-фінансових установ, так і організації та регулювання діяльності таких органів. Враховуючи сучасний рівень розвитку товарно-грошових відносин, можна цілком правильно стверджувати, що банківська, кредитна та грошова системи є невід'ємною, органічною частиною загальнопов'язаних суспільних відносин. К. Гавальда та Ж. Стуфле зазначали, що банківське право складається з правил, що закріплюють статус підприємств, які займаються «торгівлею грошима», та підприємств, що сприяють їх діяльності. Тобто це право професійне. Його специфіка є невід'ємною від особливостей професії, основоположні характеристики якої і певні засоби стійкі щодо політичних, економічних та технологічних змін¹.

Саме на банківську, кредитну та грошову системи покладено роль ланки, що зв'язує сучасний господарський механізм, забезпечує розвиток економіки країн у цілому. На сучасному етапі не можна говорити про те, що зазначені системи можуть функціонувати відокремлено, у межах однієї держави. Національні фінанси є складовою ланкою міжнародного фінансового грошово-кредитного ринку.

Враховуючи такий системоутворюючий взаємозв'язок, на банківське законодавство покладається завдання більш або менш адекватно виразити внутрішню суть банківської системи, забезпечити її стабільність, і водночас мати можливість достатньо гнучко реагувати на постійні зміни. Вирішенню такого складного завдання сприяє кілька основних чинників. З одного боку, це поступова гармонізація національного законодавства, в першу чергу, в європейське законодавство. З іншого боку, це своєрідність правового регулювання самих банківських відносин всередині країни, коли імперативне регулювання з боку центрального банку або іншого органу державної

¹ Гавальда К., Стуфле Ж. Банковское право. — М., 1996. — С. 11.

влади поєднується з наданням широкої волі щодо здійснення господарської діяльності суб'єктам банківської діяльності.

Банківське законодавство повинно забезпечити на належному рівні регулювання банківських правовідносин, які мають цілу низку особливих ознак. Зокрема, для банківських правовідносин притаманним є наявність спеціального суб'єкта — банку або кредитної організації та спеціального об'єкта — фінансових інструментів (грошей у безготівковому та готівковому вигляді, цінних паперів, валютних цінностей). У банківських правовідносинах завжди прямо або опосередковано бере участь держава. І ще одна риса — відсутність вільного вибору в сторін щодо визначення форм правовідносин та правил їх реалізації, — що дає підстави стверджувати про наявність імперативного методу правового регулювання в зазначених суспільних відносинах.

Підставами для виникнення, зміни або припинення банківських правовідносин є правові норми, що містяться у законодавчих актах, підзаконних актах (в першу чергу, це нормативні акти центрального банку); адміністративних актах (зокрема, ліцензії на банківські операції); договорах або угодах кредитно-фінансових установ як між собою, так і з клієнтами (юридичними та фізичними особами).

Аналізуючи нормативно-правову базу, можна визначити цілу низку особливостей, що характерні саме для банківського законодавства. По-перше, йдеться про міжгалузевий характер законодавства, що регулює банківську діяльність. Не викликає заперечень той факт, що до складу норм у сфері банківської діяльності відносять норми публічного (конституційне, фінансове, адміністративне, господарське, кримінальне) та приватного (цивільне, цивільно-процесуальне) права. Отже, можна говорити про комплексність банківського законодавства.

Є різні підходи, за якими здійснюють класифікацію системи законодавства. Зокрема, можна навести класифікацію, за якою до системи законодавства належать такі основні види галузей законодавства:

1. Галузеве законодавство, що містить норми, які регулюють істотно визначений вид суспільних відносин, що є предметом однієї галузі права. У даному випадку система законодавства збігається з галуззю законодавства (кримінальне, сімейне законодавство тощо).

2. Внутрішньогалузеве законодавство, що містить норми підгалузі або інституту права, які регулюють різновид галузе-

вих суспільних відносин (авторське законодавство в межах галузі цивільного законодавства).

3. Комплексне законодавство, що містить норми кількох галузей права, які регулюють різні за своїм видовим змістом суспільні відносини, що становлять порівняно самостійну сферу суспільного життя (господарське, транспортне законодавство). Предметом регулювання комплексних галузей законодавства, на відміну від галузей права, є не вид, а сфера суспільних відносин, яка об'єднує різні їх види. Биступаючи предметом регулювання норм декількох галузей права, вони разом із тим характеризуються певною єдністю, обумовленою близькістю цілей та завдань людської діяльності. Єдність та взаємопроникнення галузевих груп суспільних відносин визначають спільність та взаємозв'язок норм права, що їх регулюють¹.

Якщо брати до уваги саме банківське законодавство, то воно, безперечно, належить до комплексного законодавства. При цьому слід зазначити, що в умовах переходу до ринкової економіки країни континентального права створюють цілі комплексні масиви законодавства, що містить норми різних галузей права (у галузі транспорту, інформатики, сільського господарства, освіти тощо). Можливість існування таких комплексних масивів досліджували ще за радянських часів відомі науковці, зокрема, С. М. Братусь, П. Б. Євграфов, В. К. Кайзер, О. А. Красавчиков, С. С. Алексєєв та ін.

Наступною особливістю банківського законодавства є значна кількість нормативно-правових актів у сфері банківської діяльності. При цьому кількість законів, безпосередньо пов'язаних із зазначеною сферою, є незначною. В економічно розвинених країнах (зокрема, Німеччині, США, Великобританії, Франції) налічується до двох десятків законів, що регулюють банківську діяльність. Водночас кількість нормативних актів, що видають центральні банки або інші уповноважені державні органи, становить кілька сотень. Вважають, що на рівні законодавчого регулювання держава не може так швидко реагувати на динамічні зміни у сфері грошово-кредитної системи, на відміну від оперативного прийняття підзаконних нормативних актів. Отже, основний масив банківського законодавства представлений відомчими актами (в Україні це акти Національного банку України, який наділений повноваженнями в галузі нормотворчості).

¹ Хропанюк В. Н. Теория государства и права. — М., 1999. — С. 296—298.

Якщо система права — це внутрішня форма права, його будова за галузями та інститутами, то система законодавства, в свою чергу, — зовнішня форма права, система нормативно-правових актів, в яких галузі та інститути права знайшли своє вираження. При цьому внутрішня та зовнішня форми нерозривно пов'язані, вони не можуть існувати одна без одної. Система права і система законодавства є діалектично пов'язаними, вони не повинні ні протиставлятися, ні ототожнюватися.

Коли ми говоримо про правові джерела, якими представлено галузь права, то маємо на увазі наявність декількох нормативних актів, що утворюють систему за двома критеріями:

- за предметним змістом суспільних відносин, врегульованих конкретним нормативним актом. У такому вигляді нормативні акти в сукупності становлять галузь законодавства;
- за юридичною силою актів, які належать до конкретної галузі права. У такому розумінні вони становитимуть галузь права системою актів, що не суперечать галузі.

Якщо виходити із зазначеного твердження, то галузь законодавства буде найбільш близькою за своєю структурою до галузі права лише в тому разі, якщо її буде представлено актами однієї юридичної сили (законами), при цьому число таких актів буде досить обмеженим. Однак, як свідчить практика розвитку нормативно-правового регулювання, така ситуація є неможливою. По-перше, зазвичай, сукупність суспільних відносин, які належать до певної галузі права, не можна врегулювати одним чи двома законодавчими актами через значний обсяг та різноманіття. По-друге, в регулюванні суспільних відносин участь бере цілий ряд державних органів, які наділені функціями нормотворчості, і завдяки цій функції впливають на регулювання певних правовідносин. Якщо виходити з цих критеріїв, то взагалі неможливо навести приклад галузі права, яка б збігалася з галуззю законодавства. Сам об'єктивний зміст галузі права не дозволяє їй регулюватися єдино декількома законами без наявності будь-яких інших нормативних актів.

Наприклад, С. О. Комаров наводить кілька причин, з яких галузь права і галузь законодавства не можуть збігатися:

- через накопичення значної кількості нормативно-правових актів у кожній галузі права періодично виникає необхідність їх систематизації. Звідси впливає існування актів поточних і кодифікованих, які більш або менш повно відображають структуру галузі права;

— система законодавства орієнтована не лише на систему права, а й на форму державного устрою¹.

На підтвердження цього положення можна навести практику США, де поряд з федеральним законодавством існує і законодавство штатів. Результатом спільної дії влад є те, що закони штату й федеральні закони часто співіснують і можуть застосовуватися в різних аспектах однієї справи. Якщо розташувати джерела законотворення у США в порядку зменшення їх впливу та важливості, то ця ієрархія матиме такий вигляд: 1) федеральна Конституція; 2) федеральні законодавчі акти, договори та правила судового розгляду; 3) федеральні адміністративні положення; 4) федеральне загальне право; 5) конституції штатів; 6) законодавчі акти штатів і правила судового розгляду; 7) адміністративні положення штатів; 8) загальне право штатів. Зрозуміло, що кожен рівень такої ієрархії містить не тільки закон, встановлений відповідними законодавчими органами, а й законотворчість, прийняту на основі прецедентних судових рішень. Якщо два джерела права одного рівня ієрархії суперечать один одному, то перевагу надають положенню, яке запроваджено пізніше².

Якщо для системи права первинним елементом є правова норма, структуру якої створюють гіпотеза, диспозиція та санкція, то для системи законодавства — стаття нормативно-правового акту, яка не обов'язково повинна містити всі три структурні елементи правової норми.

Характерною рисою для нормативно-правових актів є те, що вони, зазвичай, містять норми різних галузей права, і, отже, регулюють різні за змістом види суспільних відносин. У такому разі можна стверджувати, що певний нормативно-правовий акт не може мати єдиного предмету та методу правового регулювання. В цілому, слід погодитися з положенням професора П. С. Пацурківського, який зазначає, що предметний підхід і структурний аналіз змісту права та законодавства є головним для пізнання об'єктивної структури права, створення на підставі цього її ідеального образу (побудови структури права) та вираження її в законодавстві³.

¹ Комаров С. А. Зазнач. праця. — С. 143.

² Бернхем В. Вступ до права та правової системи США: Пер. з англ. — К., 1999. — С. 45.

³ Пацурківський П. С. Сучасні проблеми правопізнання. — Чернівці, 2000. — С. 71.

Повертаючись до питання нормативного регулювання банківської діяльності, слід, передусім, зупинитися на особливостях застосування методів правового регулювання. Як уже зазначалося, методами правового регулювання банківських відносин є методи, характерні для публічних та приватних галузей права, тобто імперативний і диспозитивний. Вони поєднують у собі, з одного боку, обов'язковість регулювання з боку держави, видання державних приписів та можливість застосування державного примусу, а з іншого — рівність сторін у банківських відносинах.

А. О. Селіванов зазначає, що, «обираючи ту чи іншу форму нормативно-правового акта, який видається від імені держави уповноваженим суб'єктом, мається на меті вирішити такі важливі завдання:

- посилити характер прямої дії банківського законодавства;
- узгодити норми банківського законодавства з нормами інших галузей законодавства;
- обмежити втручання держави у сферу приватних інтересів комерційних банків, визначених законами;
- обмежити надто ризикову банківську діяльністю у ринковій економіці, яка ґрунтується на вільній конкуренції;
- забезпечити стабільність та надійність банківської системи в Україні (методами встановлення нормативів достатності капіталу, ліквідності балансу комерційного банку та розміру ризику на одного позичальника, страхування банківських депозитів та іншими);
- розробити пакет нових законів, які мають регламентувати банківську діяльність в Україні з урахуванням міжнародних норм та звичаїв, що прийняті у банківській практиці зарубіжних країн»¹.

Обираючи форми, в яких повинна міститися правова норма, не слід забувати і про так звані «перманентні проблеми права». До них, передусім, належить проблема узгодження між собою різноманітних інститутів і службових функцій, з яких складається правова система, а також двозначність і непевність, пов'язані з тією обставиною, що правові норми та інститути, як правило, слугують численним цілям. Як спосіб розв'язання першої проблеми пропонують забезпечити жорстку підпорядко-

¹ Банківське право України: Навч. посібник / А. М. Жуков, А. Ю. Іоффе, В. Л. Кротюк, В. В. Пасічник, А. О. Селіванов та ін.; За заг. ред. А. О. Селіванова. — К., 2000. — С. 28—29.

ваність усієї правової системи з відповідальністю кожного її рівня безпосередньо вищому. Розв'язати другу проблему, з одного боку, легше, а з іншого, — значно складніше, бо слід усунути невизначеність, встановивши для кожної правової норми та кожного правового інституту одне-єдине чітко окреслене призначення.

Правові норми — це правила процесуального та матеріального права, обов'язкові для виконання як самими адміністративними органами, так і тими, хто підпадає під їх юрисдикцію. Як приклад вирішення питання розробки та прийняття правових норм можна навести позицію законодавства європейських країн. Зокрема, згідно з Актом про адміністративні процесуальні норми (ФРН) розробка правових норм може бути формальною або неформальною, але більш поширеним є процес неформальної розробки правових норм. З цією метою Акт про адміністративні процесуальні норми передбачає процедуру повідомлення та коментування¹. Передусім, Федеральний орган має опублікувати у «Федеральному реєстрі» (щоденному урядовому виданні) повідомлення про розробку певної правової норми та її проект з проханням надсилати коментарі щодо останнього. Через якийсь час він публікує останній варіант правового акта. У передмові до цього акта орган повинен зазначити, які є коментарі до акта, а також на підставі чого і з якою метою створено цю правову норму.

Адміністративні органи визначають так звані «норми тлумачення». Як правило, останні стосуються правових актів, що вже існують. Йдеться про застосування правових норм до конкретних фактів у відповідних категоріях справ загального типу. Норму тлумачення вважають неправомірною, якщо вона встановлює фактично нові вимоги². При розгляді суперечок, застосовуючи певні правові норми до конкретних фактів, визначають, насамперед, права та обов'язки сторін у суперечці. У широкому значенні вирішення суперечки здійснюється кожного разу, коли адміністративний орган вживає заходів не у формі застосування нормативного акта.

¹ Kennecott Copper Corp. V. Environmental Protection Agency, 462 F. 2d 846 — 1972, D.C.Cir.

² Галлиган Дж. Д. Неофіціальна розробка правових норм // Адміністративна юстиція в нових європейських демократіях. — К., 2000. — С. 195.

Тлумачення норм права давно є предметом дослідження науковців і пов'язане з наявними проблемами, що виникають при застосуванні правових норм¹. Зокрема, йдеться про те, що норми права мають загальний і абстрактний характер, коло їх дії поширюється на значну кількість суб'єктів та ситуацій. З іншого боку, вони реалізуються в конкретних діях осіб у конкретних випадках. Тобто існує потреба деталізувати та розкрити зміст норми права, що виражена в загальній та абстрактній формах, і, таким чином, наблизити цей зміст до конкретних дій суб'єкта та конкретної ситуації. До обставин, що тягнуть за собою необхідність тлумачення норм, відносять також певну мовно-логічну зовнішню форму правової норми, її юридичну форму, що включає в себе застосування спеціальних юридичних термінів (або термінів), які не мають аналогів у звичайній мові. Фактично, саме тлумачення правових норм «є ефективним і єдиним засобом правильного й глибокого пізнання дійсного змісту правових норм». В цілому, тлумачення розглядають як інтелектуально-вольову діяльність суб'єктів, яка має об'єктивний і суб'єктивний характер, спрямована на з'ясування та роз'яснення волі законодавця, матеріалізованій у нормі права, а також результати цієї діяльності².

Однак, повертаючись до практики неофіційної розробки правових норм, прийнятої європейським законодавством, слід зупинитися на такому. Неофіційна розробка правових норм означає прийняття адміністративним органом норм, якими вони керуються при здійсненні своїх повноважень. Неофіційні правові норми, як правило, розробляє орган влади для управління іншим органом. Зокрема, міністр може сформулювати директиви, якими повинні керуватися установи або органи управління. Неофіційні правові норми, звичайно, не мають обов'язкових властивостей закону, однак точний статус таких неофіційних правових норм може варіюватися від однієї юрисдикції до іншої.

¹ Тихомиров Ю. А. Теория закона. — М., 1982; Черданцев А. Ф. Толкование права // Общая теория государства и права: Академический курс в 2-х т.; Недбайло П. Е. О толковании советских законов // Доклады и сообщения Львовского университета, 1957. — Вып. 7. — Ч. 2.; Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. — М., 1961; Радомир Лукич. Методология права. — М., Прогресс, 1981. — С. 204—210; Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. — М., 1974. — С. 13—15.

² Власов Ю. Л. Проблемы тлумачення норм права. — К.: ІДП ім. В. М. Корецького НАНУ, 2001. — С. 14.

Не можна провести чітку лінію між офіційними та неофіційними правовими нормами, однак допоможуть ідентифікувати неофіційні правові норми такі критерії:

— право розробляти неофіційні правові норми притаманне адміністративному органу, а не спеціально надане йому вищестоящим законом;

— процедури для розробки неофіційних правових норм залишені на розгляд адміністративного органу, а не визначені вищестоящим законом. Внаслідок неофіційна розробка норм, ймовірно, відбувається за допомогою неофіційних процедур;

— зокрема, неофіційні правові норми часто розроблятимуть за відсутності юридичних вимог дати повідомлення або консультуватися з зацікавленими сторонами, хоч неофіційні консультації, ймовірно, мають місце;

— неофіційні правові норми, зазвичай, є об'єктом перевірки вищестоящим органом, таким, як парламент або міністерство, перш ніж вони наберуть чинності;

— неофіційні правові норми часто не публікуються і не стають широко відомими¹.

Неофіційні правові норми найбільш типові при використанні права на розсуд адміністративного органу. Вони будуть частково продуктом всеосяжного планування та частково результатом вдосконалення. Вони можуть приймати різні форми, залежно від чинників, які беруть до уваги: політична заява, неофіційні та неформальні директиви, заяви про намір, керівні вказівки або навіть обов'язкові норми. При цьому адміністративні органи не завжди повинні підтверджувати, що вони створили неформальні правові норми, і може статися так, що одержати доступ до їх змісту буде важко. Однак встановлено, що установи на практиці мають тенденцію розробляти неофіційні правові норми.

Чому стільки уваги приділяють питанню неофіційної розробки правових норм? Бо важко знайти галузь повноважень, в якій би такі директиви не розробляли. І підстави абсолютно зрозумілі — директиви дають можливість більш розумного планування; вони полегшують внутрішню організацію там, де рішення розробляє низка посадових осіб; вони допомагають дістати більшу узгодженість у рішеннях, що виробляються. І діяльність того самого банку (центробанку) в сфері управління нічим не відрізняється від інших галузей діяль-

¹ Галлиган Дж. Д. Зазнач. праця. — С. 598—599.

ності в питанні неофіційної розробки таких норм, про що йтиметься далі.

Однак, у першу чергу, при аналізі банківського законодавства, слід зупинитися на нормативно-правових актах центробанку та вимогах, що висувають при їх розробці, прийнятті та державній реєстрації. При розробці та прийнятті нормативно-правових актів у сфері банківської діяльності ініціюючий орган (НБУ) повинен додержуватися певних чинним законодавством вимог.

Зокрема, відповідно до наказу Міністерства юстиції України від 26 листопада 1997 р. № 74/5, яким затверджено Порядок проведення державної реєстрації відомчих нормативних актів та включення їх до Єдиного державного реєстру нормативних актів у Міністерстві юстиції України¹, на державну реєстрацію подають акти Національного банку України, які регулюють правовідносини, суб'єктами яких є фізичні особи (п. 2.1). Нормативні акти подають на державну реєстрацію не пізніше 5-денного терміну після їх затвердження відповідним органом. Управління державної реєстрації відомчих нормативних актів проводить правову експертизу нормативних актів, тобто перевіряє їх відповідність чинному законодавству.

Мініюст України проводить правову експертизу проектів нормативно-правових актів, у тому числі постанов НБУ, на підставі Методичних рекомендацій щодо проведення правової експертизи проектів нормативно-правових актів, схвалених постановою колегії Мініюсту України від 21 листопада 2000 р. № 41. Завданнями правової експертизи проекту нормативно-правового акту є:

- об'єктивне й повне дослідження поданого на розгляд експертів проекту відповідно до предмета експертизи виходячи із загальносупільних та загальнодержавних інтересів, засад побудови правової системи;

- розроблення у разі необхідності пропозицій щодо внесення до проекту або інших пов'язаних з ним нормативно-правових актів необхідних змін і доповнень;

- підготовка обґрунтованого експертного висновку зі всебічною оцінкою проекту нормативного правового акта.

Термін державної реєстрації нормативно-правових актів становить 10–15 робочих днів. У певних випадках його може бути подовжено за рішенням керівництва Мініюсту, але не більш

¹ Офіційний вісник України. – 1997. – № 50. – С. 313.

як на 10 робочих днів. Нормативні акти, зареєстровані відповідно до Указу Президента України «Про державну реєстрацію нормативних актів міністерств та інших органів державної виконавчої влади» та постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про державну реєстрацію нормативних актів міністерств та інших органів державної виконавчої влади», підлягають включенню до Єдиного державного реєстру нормативних актів. Згідно з п. 5.4 зазначеного наказу, для включення до Єдиного державного реєстру передають також нормативні акти Національного банку України, які не підлягають державній реєстрації: супровідний лист за підписом начальника управління, дві завірені копії акта, одна з яких у перекладі на російську мову, дискету з текстами цих актів, яку після перевірки в Управлінні систематизації повертають Національному банку.

Після включення нормативного акта до Єдиного державного реєстру і присвоєння йому реєстраційного коду Управління систематизації передає нормативний акт для опублікування в «Офіційному віснику України».

Постановою колегії Міністерства юстиції України від 27 березня 1998 р. № 3 затверджено Рекомендації з питань підготовки, державної реєстрації та обліку відомчих нормативно-правових актів, які застосовуються, у тому числі, й до актів НБУ¹. Зазначені рекомендації застосовуються при підготовці нормативних актів, які:

- зачіпають соціально-економічні, політичні, особисті та інші права, свободи й законні інтереси громадян, проголошені й гарантовані Конституцією та законами України, встановлюють новий або змінюють, доповнюють чи скасовують організаційно-правовий механізм їх реалізації;

- мають міжвідомчий характер, тобто є обов'язковими для інших міністерств, органів виконавчої влади, органів господарського управління і контролю, а також підприємств, установ і організацій, що не належать до сфери управління органу, який видав нормативний акт, та незалежно від форм власності.

Враховуючи положення ст. 56 Закону України «Про Національний банк України», обидва пункти можуть бути застосовані до його актів.

¹ Нормотворча діяльність: Збірник нормативно-правових актів та методичних рекомендацій. — К., 2001. — С. 181—201.

Управлінську діяльність здійснюють шляхом видання розпорядчих документів, вид яких (наказ, постанова, розпорядження, рішення) визначається актами законодавства та положеннями (статутами) про них. Розпорядчий документ — це акт, що його видає державний орган у процесі здійснення ним виконавчо-розпорядчої діяльності з метою виконання покладених на нього завдань відповідно до наданої компетенції.

Відповідно, розпорядчий документ НБУ — це акт центрального банку, що він видає в процесі здійснення виконавчо-розпорядчої діяльності з метою виконання завдань у сфері грошово-кредитної політики, здійснення валютного контролю, банківського регулювання та банківського нагляду відповідно до компетенції, наданої йому Законом України «Про Національний банк України».

Нормативно-правові акти (положення, інструкції, правила тощо) повинні затверджуватися розпорядчим документом органу, що видав акт.

Положення — це нормативно-правовий акт, що встановлює структуру і функції будь-якого органу, або визначає порядок будь-якої діяльності. Наприклад, Положення про Кваліфікаційну комісію Національного банку України з питань сертифікації аудиторів, тимчасових адміністраторів та ліквідаторів банківських установ та Положення про сертифікацію аудиторів банківських установ, затверджені Постановою Правління НБУ № 271 від 16 липня 2001 р. (zareєстровано в Мінюсті України 9 серпня 2001 р. за № 661/5852).

Інструкція — це нормативно-правовий акт, який встановлює порядок застосування актів законодавства, прийнятих органами вищого рівня, або власних актів, а також порядок здійснення будь-якої діяльності. Наприклад, Інструкція про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, затверджена Постановою Правління НБУ від 29 березня 2001 р. № 135 (zareєстровано в Мінюсті України 25 квітня 2002 р. за № 368/5559).

Правила — це звід правових норм, що регламентують діяльність певної галузі виробництва чи окремих видів діяльності. Наприклад, Правила здійснення операцій на міжбанківському валютному ринку України, затверджені постановою Правління НБУ від 18 березня 1999 р. № 127 (зі змінами) (zareєстровано в Мінюсті України 18 березня 1999 р. за № 171/3464).

Текст нормативно-правового акта повинен містити аргументовану інформацію, викладену стисло, грамотно, зрозумі-

ло та об'єктивно, без повторень та вживання слів і зворотів, які не мають змістового навантаження. Структура проекту повинна забезпечити послідовний розвиток теми правового регулювання, а також правильне розуміння та застосування нормативного акта, що складається. Текст проекту викладається державною мовою, однозначною, чіткою та зрозумілою термінологією. Якщо якийсь термін має різні значення, то з тексту повинно бути зрозуміло, яке з них застосовується у даному акті. Кожний пункт проекту повинен містити, як правило, одну правову норму.

За потреби міністерства видають спільні нормативно-правові акти. Такі можливості передбачені і для НБУ, який у межах компетенції, встановленої нормами статей 52 та 56 Закону «Про Національний банк України», має право видавати спільні акти з урядом держави.

Слід зазначити, що застосування уніфікованого підходу до порядку розробки, прийняття та державної реєстрації нормативно-правових актів є характерним для будь-яких правових систем. Наприклад, відповідно до Закону Болгарії про адміністративну процедуру 1979 р. Болгарії (з поправками), адміністративний акт повинен бути виданий у письмовій формі й містити: 1) назву органу, що видає його; 2) назву акту; 3) фактичні й правові підстави для його видання; 4) частину, яка містить вказівки, що встановлюють права та обов'язки, спосіб та межовий термін їх здійснення, що встановлюється для вищестоящего адміністративного органу; 5) перед яким органом і в який термін цей акт може бути оскаржено; 6) дату видання, підпис особи, що видає акт, і зазначення його посади. Якщо орган колективний, акт повинен бути підписаний головою чи секретарем органу (ст. 15)¹.

Характеризуючи місце банківського законодавства в системі законодавства України, слід також звернути увагу на процеси адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, що відбуваються в межах інтеграції України до ЄС. 16 червня 1994 р. у Люксембурзі Україна підписала Угоду про партнерство та співробітництво з Європейськими Співтовариствами (Європейським Союзом). Угода була ратифікована Верховною Радою України 10 листопада 1994 р. та набула чинності 1 березня 1998 р. після ратифікації 15 дер-

¹ Административная юстиция в новых европейских демократиях. — К., 2000. — С. 605–606.

жавами — членами ЄС. Ця Угода містить взаємні зобов'язання, які покликані забезпечити динамічний розвиток двосторонньої торгівлі та інвестицій і закладають основу для широкого економічного, фінансового, соціального та культурного співробітництва. 25 вересня 1995 р. Україна приєдналася до Статуту Ради Європи 1949 р.¹

Слід також зазначити і про приєднання України до Європейської конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 р. та протоколів до неї. Можна згадати статтю 1 Першого протоколу до Конвенції, яка є, власне, єдиною, що захищає економічні права людини². В ній зазначається, що кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений свого майна, інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права. Попередні положення, однак, ніяким чином не обмежують право держави запроваджувати такі закони, які, на її думку, необхідні для здійснення контролю за використанням майна відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків або інших зборів чи штрафів. Ці положення закладено до Конституції України, зокрема в статтях 41, 42 і 67. У сфері банківської діяльності ці норми застосовуються при захисті прав і законних інтересів клієнтів банківських установ, при додержанні банківської таємниці, при здійсненні НБУ та комерційними банками заходів щодо боротьби з відмиванням грошей, набутих незаконним шляхом, при здійсненні процедури банкрутства банківських установ тощо.

Відповідно до Стратегії інтеграції України до ЄС, адаптація законодавства України передбачає реформування її правової системи та поступове приведення у відповідність з європейськими стандартами й охоплює приватне, митне, трудове, фінансове, податкове законодавство тощо³. Для координації

¹ Закон України «Про приєднання України до Статуту Ради Європи» від 31 жовтня 1995 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 38. — Ст. 287.

² Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2Ю, 4Ю, 7 та 11 до Конвенції» // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 40. — Ст. . 263.

³ Затверджено Указом Президента України від 11 червня 1998 р. № 615/98 із змінами і доповненнями, внесеними Указом Президента України від 12 квітня 2000 р. № 587/2000 // Офіційний вісник України. — 1998. — № 24. — Ст. 870; 2000. — № 39. — Ст. 1648.

діяльності в сфері гармонізації законодавства України з нормами та стандартами ЄС при Президентові України як консультативно-дорадчий орган у 2000 р. було створено Національну раду з питань адаптації законодавства України до законодавства ЄС¹.

Основними завданнями Національної ради є:

- підготовка пропозицій щодо:

- виконання зобов'язань України стосовно зближення чинного і майбутнього законодавства України з законодавством Європейського Союзу, передбачених Угодою про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами;

- визначення пріоритетних напрямів розвитку законодавства України з урахуванням норм і стандартів Європейського Союзу;

- забезпечення координації здійснюваних органами державної влади заходів щодо адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, сприяння їх взаємодії у цій сфері;

- здійснення моніторингу адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу;

- забезпечення аналізу й узгодження проектів законів та інших нормативно-правових актів у пріоритетних сферах адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу.

На виконання рішень Президента України Кабінет Міністрів України схвалив Концепцію адаптації законодавства України до законодавства ЄС², в якій, зокрема, зазначалося, що адаптація законодавства проводиться з метою розвитку національного законодавства у напрямі його зближення із законодавством ЄС та забезпечення високого рівня підготовки в Україні проектів актів законодавства, а також створення правової бази для інтеграції України до ЄС. До пріоритетних сфер законодавства, які охоплюються проце-

¹ Про Національну раду з питань адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу. Затверджено Указом Президента України від 30 серпня 2000 р. № 1033/2000 (із змінами і доповненнями, внесеними Указом Президента України від 11 грудня 2000 р. № 1329/2000) // Офіційний вісник України. — 2000. — № 35. — Ст. 1481.

² Постанова Кабінету Міністрів України від 16 серпня 1999 р. № 1496 // Офіційний вісник України. — 1999. — № 33. — Ст. 1735.

сом адаптації, належать ті сфери, від зближення яких залежить зміцнення економічних зв'язків України та держав — членів ЄС і які регулюють відносини, пов'язані з підприємницькою діяльністю, захистом конкуренції, банкрутством, захистом прав інтелектуальної власності, митним регулюванням, транспортом та зв'язком, стандартами і сертифікацією. Отже, банківське законодавство слід розглядати як один з пріоритетних напрямів процесу адаптації законодавства України до законодавства ЄС.

Серед завдань адаптації банківського законодавства України до законодавства ЄС є врахування міжнародних стандартів в сфері фінансової та банківської діяльності, зокрема, ключових принципів банківського нагляду (BIS), принципів роботи з цінними паперами (IOSCO), ключових принципів страхової діяльності (IAIS), міжнародних стандартів аудиту (IFAC), ключових принципів платіжних систем системного значення (CPSS), 40 рекомендацій щодо відмивання грошей FATF¹. При розробці національного законодавства повинні також враховуватися стандарти в сфері макроекономічної політики, зокрема, Кодекс належної практики щодо прозорості монетарної та фінансової політики (IMF); принципи та керівні положення для ефективних систем вирішення питань неплатоспроможності та захисту прав кредиторів (WB); принципи корпоративного управління (OECD) тощо.

Як приклад можна навести значення фінансових стандартів у сфері банківського нагляду. Такі стандарти, розроблені Базельським комітетом, забезпечують об'єктивну оцінку внутрішньої системи з боку наглядових органів та офіційних органів і дозволяють порівняти її зі встановленим критерієм. Стандарти надають наглядовим органам корисний інструмент для обговорення дій з політиками. Детальна оцінка впровадження Ключових принципів банківського нагляду дозволяє визначити головні недоліки фінансового нагляду, напрямок і часовий

¹ На виконання рекомендацій Верховною Радою України 28 листопада 2002 р. було прийнято Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом». На вимогу міжнародних фінансових організацій з метою зняття з України санкцій, встановлених FATF, 6 лютого 2003 р. ВРУ прийняла Закон України «Про внесення змін до деяких законів України з питань запобігання використанню банків та інших фінансових установ з метою легалізації (відмивання) доходів» // Урядовий кур'єр. — 2002. — № 47.

графік для вдосконалення банківського нагляду¹. А все разом сприяє спілкуванню з міжнародними фінансовими установами і глобальними ринками та залученню іноземних інвесторів до національної банківської системи та економіки країни в цілому.

Слід зазначити, що процес інтеграції до ЄС та адаптації національного законодавства до європейського відбувається не лише в Україні, а й у більшості постсоціалістичних держав. Наприклад, як стверджує професор Г. В. Петрова, чинне російське банківське та податкове право в цілому узгоджуються з вимогами міжнародних стандартів, умовами, що випливають із Статуту Міжнародного валютного фонду, двосторонніх та багатосторонніх договорів, укладених РФ з іноземними державами щодо недопущення подвійного оподаткування та в галузі банківського співробітництва².

У цілому завершення бюджетної реформи, забезпечення незалежності НБУ, створення системи ефективного нагляду за фінансовим сектором дозволять Україні наблизитися до макроекономічної стабільності, використовуючи досвід, фінансову та технічну допомогу ЄС. Розширення кола членів Європейського валютного союзу збільшить макроекономічну стабільність ЄС, що позитивно, в свою чергу, вплине на Україну.

Отже, можна підсумувати, що банківське законодавство — це комплексне законодавство, предметом регулювання якого є суспільні відносини в сфері банківської діяльності. Банківське законодавство України належить до пріоритетної сфери законодавства, яка підлягає адаптації в межах інтеграції України до Європейського Союзу.

¹ Див., наприклад: *Кардона Мішель*. Фінансові стандарти в новій глобальній фінансовій архітектурі // Україна, фінансовий сектор: Нова стратегія реформ. — К., червень 22–23, 2001.

² *Петрова Г. В.* Налоговое право: Учебник для вузов. — М., 1997. — С. 117.

Розділ II

ДЖЕРЕЛА БАНКІВСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УКРАЇНІ

ГЛАВА 3

Онтологічно-правові форми організації банківської діяльності

Банківське законодавство — це система всіх упорядкованих певним чином нормативно-правових актів, що регулюють відносини у сфері банківської діяльності. Як уже зазначалося, банківське законодавство є зовнішньою формою банківського права, що відображає його внутрішню сутність (структуру).

Формування банківського законодавства в Україні пов'язують з прийняттям 20 березня 1991 р. Закону Української РСР «Про банки і банківську діяльність»¹. Він був прийнятий на підставі Декларації про державний суверенітет України та Закону «Про економічну самостійність Української РСР» і означав ліквідацію державної монополії на банківську справу, ліквідацію, роздержавлення та акціонування спеціалізованих державних банків, що функціонували на території Української республіки, а також створення та розвиток комерційних банків. Паралельно ліквідовували централізовану систему вертикального підпорядкування всіх банківських установ центру (спочатку на рівні республіканської контори Державного банку СРСР, а в цілому — і Державного банку СРСР). В статті 1 зазначеного Закону закріплювалося виняткове право України на створення власної банківської системи («Українська РСР самостійно організовує банківську систему»), а також визначалася дворівнева структура банківської системи у вигляді Національного банку України та комерційних банків, у тому числі Зовнішньоекономічного банку Української РСР, Ощад-

¹ Відомості Верховної Ради УРСР. — 1991. — № 25. — Ст. 281.

ного банку Української РСР, республіканських та інших комерційних банків різних видів і форм власності.

Закон «Про банки і банківську діяльність» був введений у дію постановою Верховної Ради УРСР і набирає чинності з 1 травня 1991 року¹. Український республіканський банк Держбанку СРСР, Український республіканський банк державного комерційного промислово-будівельного банку «Укрпромбудбанк», Український республіканський банк Ощадного банку СРСР, Український республіканський банк Зовнішекономбанку СРСР з їх мережею, обчислювальними центрами, всіма активами, пасивами, а також Українське республіканське управління інкасації Держбанку СРСР з підпорядкованою йому мережею установ та організацій оголошувалися власністю України. На базі Українського республіканського банку Держбанку СРСР було створено Національний банк України.

На центральний банк держави покладался обов'язок розробити до 1 травня 1991 р. проект Статуту, визначити структуру і чисельність центрального апарату, підпорядкованої мережі установ, до 15 квітня 1991 р. разом із Радою Міністрів внести у Верховну Раду України пропозиції щодо розміру та джерел формування статутного фонду Національного банку України. До 1 листопада 1991 р. НБУ був зобов'язаний встановити порядок видачі ліцензій на здійснення операцій в іноземній валюті в Україні та за кордоном і переглянути всі видані ліцензії на здійснення цих операцій; провести перереєстрацію всіх розташованих на території республіки банків, їх філіалів та інших кредитних установ. У протилежному випадку зазначені кредитні установи вважалися такими, що не діють.

Прийняття цього закону започаткувало новий етап у розвитку банківської справи в країні. Кредитно-банківську систему поряд із положеннями загального законодавства було забезпечено спеціальним банківським законом, і це, безперечно, створило нові реальні можливості для розвитку банківського сектору — одного з найважливіших елементів ринкової економіки.

Слід зазначити, що процес прийняття банківського законодавства в Україні відбувався фактично паралельно з рефор-

¹ Постанова Верховної Ради Української РСР «Про порядок введення в дію Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 20 березня 1991 року № 873-XII // Відомості Верховної Ради Української РСР. — 1991. — № 25. — Ст. 282.

муванням цієї сфери в Російській Федерації, що свідчило про проведення чергового етапу масштабного реформування кредитної системи. Верховна Рада РРФСР прийняла 2 грудня 1990 р. закони РРФСР «Про Центральний банк РРФСР (Банк Росії)» і «Про банки і банківську діяльність в РРФСР»¹. Цікаво, що трохи пізніше (22 грудня 1990 р.) були прийняті Закони СРСР «Про Державний банк СРСР» та «Про банки і банківську діяльність»². Однак прийняття зазначених нормативних актів вже не могло більш-менш помітно вплинути на діяльність кредитно-банківської системи Радянського Союзу, оскільки саме з кінця 1990 — початку 1991 рр. почався процес формування самостійних банківських систем радянських республік, які поступово оголошували про свою незалежність.

Банківські установи поступово почали набувати нормативно-правову базу, яка закладала підстави для здійснення економічних реформ і в сфері банківської діяльності. І провідне місце в процесі реформування займав саме Національний банк як центральний банк держави, що має функції державного управління банківською діяльністю. Саме центробанк, в першу чергу, зітнувся з необхідністю розробки нормативно-правових джерел у сфері створення та функціонування банківських установ, які започатковували свою діяльність в Україні.

Загалом дослідження джерел банківського права має як теоретичне, так і практичне значення. При дослідженні проблем нормативно-правового забезпечення банківської діяльності, в тому числі питань їх розробки та прийняття, повинні чітко реалізовуватися принципи, притаманні правовій державі — верховенство Конституції; чітка ієрархія нормативно-правових актів, що містять норми банківського права; співвідношення норм загального та спеціального законодавства; екстраполяція міжнародних банківських стандартів на норми права в сфері банківської діяльності в Україні.

Якщо говорити про поняття «джерело права», то його широко не досліджено, як, наприклад, галузь права, систему права, систему законодавства тощо. Це поняття (окремо або в контексті іншого предмету дослідження) розглядали С. Ф. Кечекьян, Г. Ф. Шершеневич, С. С. Алексєєв, Д. А. Каримов,

¹ Ведомости Верховного Совета РСФСР. — 1990. — № 27. — Ст. 356, 357.

² Ведомости Верховного Совета СССР. — 1990. — № 52. — Ст. 1154, 1155.

С. Л. Зівс та ін¹. Є сенс погодитися з концепцією Г. Н. Муромцева, згідно з якою джерело права — це спосіб визнання соціальних норм як обов'язкових, обумовлений характером правозрозуміння певного суспільства². Базуючись на загальнотеоретичному визнанні джерела права, його можна застосовувати і до визначення правових джерел окремих галузей та інститутів, в тому числі й до банківського. Зокрема, російська правова школа розглядає джерела банківського права як систему його зовнішніх форм, в яких містяться норми, що регулюють відносини, які виникають в процесі побудови, функціонування та розвитку банківської системи Російської Федерації, зокрема, в процесі регулювання банківської системи з боку Банку Росії та інших органів державної влади, а також союзів та асоціацій кредитних установ³.

Якщо говорити про нашу правову систему, то в Україні в правовому полі банківської справи нині діє Конституція України, нове законодавство, що відповідає конституційним нормам, а також частина старого законодавства. Ієрархічна структура нормативно-правової системи та системи законодавства визначається Конституцією, яка наділяє органи державної влади та органи місцевого самоврядування різним ступенем нормотворчої компетенції і таким чином визначає безпосередньо юридичну силу нормативно-правових актів.

Основні джерела банківського права можуть бути викладені в такій послідовності:

- Конституція України;
- загальні закони;
- спеціальні закони;
- укази Президента України та постанови Кабінету Міністрів України;
- нормативні акти Національного банку України;
- локальні акти кредитно-фінансових установ;

¹ О понятии источника права // Учен. записки МГУ. — Кн. 2. — М., 1946. — Вып. 116. — С. 3; Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). — М., 1995. — С. 36; Алексеев С. С. Общая теория права. — Т. 1. — М., 1981. — С. 315; Зивс С. Л. Источники права. — М., 1982. — С. 22–23.

² Теория права и государства / Под ред. Г. Н. Манова. — М., 1995. — С. 22–23.

³ Тосунян Г. А., Викулин А. Ю., Экмалян А. М. Банковское право Российской Федерации: Общая часть. — М., 1999. — С. 128.

- міжнародні правові акти, звичаї та стандарти;
- банківські правила та звичаї.

Це стандартна ієрархія нормативно-правових актів, що впливає з принципів побудови правової держави. Її підтримує більшість науковців, які досліджують відносини в галузі банківської діяльності¹. Хоча не можна стверджувати, що цей перелік є єдино вірним та вичерпним. Наприклад, у Республіці Беларусь відповідно до ст. 2 Банківського кодексу до джерел банківського законодавства відносять також нормативно-правові акти НБ РБ, що приймаються останнім разом із Урядом РБ або за його дорученням — спільно з республіканськими органами державного управління на підставі та на виконання Банківського кодексу².

Банківське законодавство є системним. Цю рису, поряд з іншими характеристиками, йому надають правила ієрархії норм, що містяться в правових актах. Використання цих правил дозволяє у разі виникнення колізій між нормативно-правовими актами надати перевагу одному нормативно-правовому акту щодо іншого. Різні правила ієрархії нормативних правових актів зводяться до правил вертикальної та горизонтальної ієрархії.

Аналізуючи окремі джерела банківського права, слід зупинитися на таких основних моментах.

Основоположним джерелом банківського права, як і будь-якого іншого правового інституту або галузі права, є **Конституція України**. Як зазначає С. Шевчук, конституція в умовах ліберально-демократичного режиму не тільки визначає компетенцію вищих державних органів, а й намагається обмежити державну владу та надати універсальному державному примусу більш передбачуваного та мінімально необхідного для досягнення чітко визначених державних цілей характеру. Конституція гарантує конституційні права та свободи, удосконалює державний механізм, робить його ефективнішим³. Конституція має

¹ Див., наприклад: *Ефимова Л. Г.* Банковское право. — М., 1994; *Тосуньян Г. А.* Банковское дело и банковское законодательство в России: опыт, проблемы, перспективы. — М., 1995; *Олейник О. М.* Основы банковского права. — М., 1997.

² Научно-практический комментарий к Банковскому кодексу Республики Беларусь. — Кн. 1. — С. 14–15.

³ *Шевчук С.* Основы конституційної юриспруденції. — К., 2001. — С. 132.

найвищу юридичну силу, закріплює основоположні принципи та норми правового регулювання найважливіших суспільних відносин. Всі інші нормативно-правові акти приймаються (видаються) на підставі та відповідно до Конституції.

Конституція як Основний Закон держави, встановлюючи основні принципи організації банківської справи в Україні, закладає конституційні основи банківського права:

1) закріплює основну мету діяльності центрального банку держави — забезпечення стабільності національної грошової одиниці (ст. 99);

2) визначає загальнодержавне значення та статус актів, що регулюють банківські відносини, — виключно законами України встановлюються засади створення і функціонування фінансового, грошового, кредитного та інвестиційного ринків, статус національної валюти, а також статус іноземних валют на території України (ч. 2 ст. 92);

3) визначає особливий статус Національного банку України як центрального банку держави, встановлюючи особливості формування його керівних органів; надаючи статус конституційного органа Раді НБУ, яка займається розробкою Основних засад грошово-кредитної політики (пункти 18, 19 ст. 85; пункти 13, 29 ст. 106; ст. 100);

4) встановлює виключну та паритетну компетенцію Верховної Ради України та Президента України щодо формування Ради НБУ (п. 19 ст. 85; п. 13 ст. 106);

5) встановлює обмеження публічної влади в сфері банківської діяльності, закріпивши положення, що органи державної влади та місцевого самоврядування діють лише на підставі, в межах та у спосіб, передбачений Конституцією (ч. 2 ст. 19);

6) закріплює персональну відповідальність Голови НБУ як вищої посадової особи центробанку (п. 18 ст. 85; ч. 2 ст. 99);

7) визначає права та обов'язки, а також гарантії їх забезпечення для учасників банківських правовідносин, які не можуть бути обмежені актами в галузі банківської діяльності (зокрема, право власності, право на підприємницьку діяльність, право на інформацію тощо) (статті 34, 41, 42);

8) включає Національний банк України до складу суб'єктів законодавчої ініціативи, підтверджуючи цим роль та місце центрального банку в системі органів державної влади держави (ст. 93).

Як зазначає професор А. О. Селіванов, розглядаючи роль і значення конституційних принципів (яких він налічує шість)

для розвитку банківського права, важливо уявити їх реальну цінність. Вони дають можливість взаємоузгоджувати елемент банківської структури через механізм правового регулювання. Поняття конституційного принципу охоплює загальнофінансові та специфічно-юридичні засади організації функціонування банківської системи України. Тому можна стверджувати, що конституційні принципи банківського права мають самостійне значення і є не лише ідеями, вимогами, що висуваються в Основному Законі до банківського права як системи, а й мають регулятивне значення, оскільки стимулюють процес банківського правоутворення¹.

Конституція України має найвищу юридичну силу (ч. 2 ст. 8). Відповідно всі акти суб'єктів банківського права повинні відповідати Основному Закону. Акти або їх положення, що суперечать букві або духу Конституції, є не чинними. Згідно зі ст. 56 Конституції кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень. Згідно зі ст. 60 Конституції ніхто не зобов'язаний виконувати явно злочинні розпорядження чи накази. За віддання і виконання явно злочинного розпорядження чи наказу настає юридична відповідальність. При обґрунтованій відмові від виконання неконституційного акту чи його положень, що перебувають у провадженні компетентних органів, не наставатиме юридична відповідальність. Отже, встановлюється верховенство Конституції.

Конституція є також актом безпосередньої дії (ч. 3 ст. 8), тобто принципи та норми Основного Закону можуть регулювати конкретні суспільні відносини, у тому числі в сфері банківської діяльності, якщо вони стосуються предмета конституційного регулювання. Будь-яке обмеження регулятивної дії норм Конституції є протизаконним, а винні в цьому органи та посадові особи державної влади й місцевого самоврядування, інші суб'єкти несуть юридичну відповідальність².

¹ Банківське право України: Навч. посіб. / За заг. ред. А. О. Селіванова. — С. 39—40.

² Див., зокрема: *Сугоняко О., Кампо В., Жуков А.* Конституція і розвиток банківської діяльності: актуальні правові проблеми // Вісник НБУ. — 2000. — червень. — С. 26.

Положення ч. 2 ст. 8 Конституції про те, що закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй, ще раз підтверджує той факт, що Конституція є базою для розробки та прийняття банківського законодавства держави. Хоч слід, певною мірою, погодитися з думкою І. Д. Сліденка, який зазначає, що «навіть найкраща конституція марна, якщо вона існує лише на папері. Саме тому на перший план виходить питання її реалізації. Особливо актуальним це питання є для посттоталітарних держав, які лише стали на шлях демократії»¹.

Особливого значення набуває включення НБУ до суб'єктів законодавчої ініціативи, оскільки це дає можливість центрбанку самостійно, не залежачи від інших гілок влади, спрямовувати політику держави на досягнення стабільності національної грошової одиниці. Слід зауважити, що наділення центрбанку правом законодавчої ініціативи не є поширеною практикою. Відповідно до Конституції Французької Республіки 1958 р., до суб'єктів законодавчої ініціативи належать лише депутати та прем'єр-міністр (ст. 39). Конституція Казахстану 1995 р. передбачає право законодавчої ініціативи тільки за депутатами і урядом (ст. 61.1). У США та Великобританії такими суб'єктами є тільки депутати².

Фактично, Основний закон конституційно закріпив автономний статус Національного банку України в структурах влади. Вперше на нього було покладено головну функцію — забезпечення стабільності національної валюти, а, отже, — і купівельної спроможності на споживчому ринку. Власне, центрбанк відповідає не лише за стабільність гривні, а й за стабільність споживчих цін, що є надзвичайно важливим для підвищення життєвого рівня населення.

Слід також наголосити, що вперше Конституція головного банкіра країни визначила не як Голову Правління (тобто керівника колективного органу), а як Голову банку України, підкресливши цим його особисту відповідальність за зазначену ділянку роботи.

Отже, в Конституції України 1996 року з урахуванням світового досвіду та змін, що сталися в нашій державі, було визна-

¹ Сліденко І. Д. Тлумачення Конституції України: питання теорії і практики в контексті світового досвіду. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Одеса, 2001. — С. 1.

² Див.: Кривенко Л. Т. Верховна Рада України. — К., 1997. — С. 31.

чено найважливіші аспекти діяльності Національного банку України як центральної ланки та керівного органу грошово-кредитної та валютної системи країни.

Важливе місце серед джерел банківського права належить законам, що мають загальне значення для здійснення підприємницької діяльності, встановлення загальних засад права власності, визначення правових підстав та порядку здійснення цивільно-правових угод тощо. Застосування норм загальних законів пояснюється тим, що кредитно-фінансові установи (в першу чергу це стосується банківських установ) розглядаються національним законодавством як суб'єкти підприємницької діяльності і, відповідно, підпадають під стандартні норми в галузі підприємницької діяльності. До таких загальних законів можна віднести закони України «Про господарські товариства», «Про підприємництво», «Про цінні папери і фондову біржу», «Про власність», Цивільний кодекс України, Кримінальний кодекс України тощо.

Зазначені акти встановлюють загальні вимоги щодо організаційно-правових форм кредитно-фінансових установ; загальні засади використання фінансових інструментів, які є об'єктами банківських правовідносин; загальні правила щодо укладення цивільно-правових договорів та угод (форми, умови, порядок укладання); загальні підстави відповідальності в сфері банківської діяльності.

Щодо дії норм Кримінального кодексу України в галузі банківської діяльності, то це пояснюється передусім можливістю застосування кримінальної відповідальності за здійснення злочинів, пов'язаних з незаконною банківською діяльністю (порушення порядку зайняття підприємницькою діяльністю, фіктивне підприємництво, шахрайство з фінансовими ресурсами, розголошення комерційної таємниці тощо)¹. З 1 вересня 2001 р. набрав чинності новий Кримінальний кодекс України², в якому слід особливо зазначити розділ 7 «Злочини у сфері господарської діяльності». Розширено склад злочинів, в тому числі у сфері банківської діяльності. Зокрема, норми статті 200 КК України розглядають незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами до-

¹ Див.: Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Відп. ред.: В. І. Шахун, С. С. Яценко. — К., 1999.

² Затверджений Законом України від 5 квітня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 25—26. — Ст. 131.

ступу до банківських рахунків, обладнанням для їх виготовлення. У статті 199 КК конкретизуються злочини, пов'язані з виготовленням, зберіганням, придбанням, перевезенням, пересиланням, ввезенням в Україну з метою збуту або збут піддроблених грошей, державних цінних паперів чи білетів державної лотереї. Виділено окремо злочини, пов'язані з шахрайством з фінансовими ресурсами (ст. 222 КК). Змінено підхід законодавця до валютних операцій шляхом підвищення уваги держави до операцій, що здійснюються з валютними цінностями. Зокрема, можна назвати статті 207 КК України («Ухилення від повернення виручки в іноземній валюті») та 208 («Незаконне відкриття або використання за межами України валютних рахунків»). Особливої уваги в умовах проведення Україною політики щодо входження до Європейського Співтовариства та міжнародних фінансових організації набуває боротьба з відмиванням грошей, набутих незаконним шляхом. Новацією є введення в КК України ст. 209 («Легалізація (відмивання) грошових коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом»).

Аналіз міжнародної банківської практики свідчить про можливість застосування кримінальної відповідальності за злочини в сфері банківської діяльності. Зокрема, Кримінальний кодекс РФ передбачає кримінальну відповідальність за здійснення злочину, пов'язаного з незаконною банківською діяльністю, оскільки це порушує положення Федерального закону «Про банки і банківську діяльність», пов'язане зі встановленими правилами здійснення діяльності банків РФ. Незаконна банківська діяльність полягає у здійсненні банківських операцій без реєстрації або спеціального дозволу (ліцензії) у разі, якщо така ліцензія обов'язкова, або з порушення умов ліцензування, якщо це діяння спричинило значні збитки громадянам, організаціям або державі, або поєднано з одержанням доходу у великому розмірі (ст. 172 КК РФ)¹.

В умовах наростання боротьби з тероризмом, наркобізнесом, корупцією, в тому числі й у фінансовому секторі, під егідою FATF поступово змінюються і національні законодавства країн, які раніше були прикладом непорушного додержання банківської таємниці. Зокрема, Швейцарське кримінальне укладення превалює над цивільними правами в частині

¹ Див., зокрема: *Эриашвили Н. Д.* Банковское право: Учебник для вузов. — М., 1999. — С. 11.

банківської таємниці, визначаючи для банкірів межу, за якою закінчується обов'язок з її додержання на рівні підозри в підготовці або здійсненні економічних злочинів та операцій з легалізації (відмивання) грошей. У таких умовах навіть просте мовчання працівника фінансової установи може бути розцінено судом як злочинна дія, оскільки доведення факту володіння інформацією про такі злочини допускається за об'єктивними фактами (зокрема, передбачається, що банківський клерк не може не знати про такі факти за своїми функціональними обов'язками)¹.

У міжнародній практиці в регулюванні діяльності банківських установ можуть застосовуватися також норми законів, що прямо не стосуються підприємництва. Наприклад, особливості організації та діяльності польових установ Банку Росії, не пов'язаних із банківською діяльністю, визначаються федеральними законодавчими актами з питань оборони, безпеки та проходження військової служби в Російській Федерації (військовим законодавством), а також нормативними актами Президента РФ та вищих органів військового управління².

Однак визначальне місце в правовому регулюванні банківської діяльності належить, звичайно, **спеціальним законам**. В Україні до 2001 р. їх було два — Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 20 травня 1991 р. та Закон України «Про Національний банк України» від 20 травня 1999 р.

Спеціальні банківські закони займають провідне місце в системі джерел права, що пояснюється такими ознаками:

1) їх приймають лише вищий представницький орган держави (хоча згідно зі ст. 74 Конституції України потенційно допускають прийняття законопроектів і шляхом проведення всеукраїнського референдуму, оскільки заборона на проведення референдуму стосується лише законопроектів з питань податків, бюджету та амністії);

2) вони мають вищу юридичну силу щодо інших підзаконних нормативно-правових актів, які не повинні суперечити законам;

¹ Див.: Современные оффшорные технологии управления корпоративными финансами. Аналитический обзор группы экспертов FORTIS // Фортис. Журнал финансового менеджмента. — 2002. — № 1. — С. 64.

² Гейвандов Я. А. Центральный банк Российской Федерации: юридический статус, организация, функции, полномочия. — М., 1997. — С. 12.

3) вони регулюють основоположні засади створення та діяльності банківських установ, проведення банківських операцій та побудови банківської системи держави;

4) їх норми, засновані на Конституції України, є первинними і повинні деталізуватися в підзаконних нормативно-правових актах (в першу чергу актах НБУ);

5) прийняття законів супроводжується додержанням спеціальної законодавчої процесуальної процедури.

Аналіз зарубіжного законодавства свідчить, що в країнах з розвинутою економікою банківське законодавство налічує близько 10–12 спеціальних законів, які визначають правовий статус центрального банку, банківської системи в цілому та окремих кредитно-фінансових інститутів, зокрема, правовий статус комерційних банків. Також на законодавчому рівні врегульовується, як правило, порядок банкрутства кредитно-фінансових установ, що пояснюється складністю самої процедури банкрутства та необхідністю вирішення проблем щодо повернення залучених коштів клієнтів. На рівні закону визначаються загальні засади правового статусу позабанківських кредитно-фінансових установ, які входять до складу кредитної системи країни та здійснення окремих банківських операцій. Наприклад, у Франції існує законодавство про комерційні короткострокові цінні папери та чеки, закон від 28 грудня 1966 р. про договірні процентні ставки, закони від 10 січня 1978 р. та від 13 липня 1979 р. про споживчий кредит, закон від 2 січня 1981 р. про передачу боргових зобов'язань¹.

США відрізняються високо розвинутою системою законодавчих актів про банки і банківську діяльність. Фахівці нараховують їх понад 300, виділяючи Закон про діяльність національних банків 1864 р., Закон про Федеральний резерв 1913 р., Закон Едджа 1919 р. про зовнішні операції банків, Закон Макфеддела 1927 р. про діяльність іноземних банків, Закони про фінансову діяльність 1933 і 1935 рр., Закон про кредитування власників житла 1933 р., Закон про злиття банків 1960 і 1968 рр., Закон про достовірність інформації в кредитуванні 1968 р., Закон про рівні кредитні можливості 1974 р., Закон про міжнародні операції 1978 р. Основні положення банківських законів включені до Зведення законів (розділ 12 «Банк і банківська

¹ Current Legal Issues Affecting Central Banks, Volume I. — 1992, p.4; Доморацкая Э. И., Маклаков В. В. Государство и экономика во Франции. — М., 1981. — С. 57–58.

діяльність»). Вони стосуються контролю за грошовим обігом, національних банків, системи федерального резерву, оподаткування, зарубіжної банківської діяльності¹.

Банківське законодавство Німеччини орієнтоване на лібералізацію правового регулювання. Універсальні банки діють м'якше, ніж у США. Серед банківських законів можна виділити Закон про Німецький федеральний банк (1957 р.), Закон про кредитну справу (1976, 1985 рр.), Закон про Німецький кооперативний банк (1975 р.), Закон про Німецький компенсаційний банк².

Як свідчить практика, досить часто саме на законодавчому рівні вирішуються питання здійснення основних базових банківських операцій — залучення коштів (депозити) юридичних та фізичних осіб; розміщення залучених коштів на власний ризик кредитно-фінансової установи (тобто активні операції — кредитування, лізинг тощо), а також здійснення обслуговування рахунків клієнтів (розрахункові операції). Певною мірою такий шлях є виправданим, бо забезпечує можливість сталих правовідносин у галузі банківської діяльності — на відміну від країн, де ці питання вирішуються шляхом нормотворчості центральних банків, які єдині наділені правом закріплювати на нормативно-правовому рівні питання здійснення банківських операцій.

В Україні відповідно до Закону України «Про Національний банк України» саме на центральний банк країни покладено повноваження визначати порядок організації та здійснення банківської діяльності. Отже, банківські операції здійснюються відповідно до положень та інструкцій, затверджених постановами Правління НБУ. Певна річ, це тягне за собою можливість частого внесення змін до зазначених нормативних актів.

Зокрема, якщо Положення НБУ «Про кредитування» або Інструкція «Про безготівкові розрахунки в господарському обороті України» зазнали з моменту прийняття до 2001 року (коли почався кардинальний етап реформування банківського законодавства для приведення його у відповідність з прийнятою новою редакцією Закону «Про банки і банківську діяльність» від 7 грудня 2000 р.) незначної кількості змін, то Інструкцію

¹ Основы законодательства капиталистических стран о банковской системе. — М., 1992. — С. 46—49.

² World Economic Survey. — New-York: UN, 1993. — 260 pp.

НБУ «Про порядок відкриття рахунків в національній та іноземній валюті» або Положення «Про порядок створення і реєстрації комерційних банків» можна наводити як приклади актів, які постійно підпадали під корегування з боку центрального банку. Говорити про стабільність діяльності комерційних банків (які й так перебувають під постійним пресингом через коливання фінансових інструментів) за таких умов досить складно.

На жаль, як свідчить практика, сучасний стан регулювання банківської справи в Україні не є досконалим і не відповідає повністю стандартам регулювання банківської діяльності в Європейському Співтоваристві, встановленим директивами Ради ЄС та рекомендаціями Базельського комітету з банківського нагляду.

Хоча слід відзначити прогрес у вирішенні зазначеної проблеми. Позитивним явищем є реформування спеціального банківського законодавства, що відбувалося протягом 1999–2002 рр. У Доповненні до додатку V до Угоди про партнерство і співробітництво між Україною і ЄС, підписаної 16 червня 1994 р., було зазначено, що протягом перехідного періоду, що не перевищує п'яти років з дати підписання цієї Угоди, Україна може продовжувати застосовувати положення деяких законодавчих актів, зокрема Декрету Кабінету Міністрів «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» і Закону «Про банки і банківську діяльність». Підписання такого доповнення фактично означало, що Україна взяла на себе зобов'язання привести у відповідність вказані законодавчі акти в сфері банківського регулювання до вимог європейського законодавства¹

19 листопада 1998 р. у своєму посланні до Верховної Ради України Президент запропонував прискорити прийняття Закону «Про Національний банк України».

21 грудня 1998 р. група депутатів (С. В. Буряк, Б. В. Губський, О. С. Єльяшкевич, С. В. Кривошия, А. К. Станков, В. І. Суслов, І. О. Юшко) внесли до парламенту проект Закону про Раду Національного банку України². Запропонований законопроект визначав статус Ради Національного банку України,

¹ Див., зокрема: Методично-нормативний посібник з питань адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу. — К., 2000. — С. 23.

² Проект Закону про Раду Національного банку України. Реєстраційний № 2321 від 21 грудня 1998 р.

правові основи розробки нею основних засад грошово-кредитної політики України та здійснення контролю за їх виконанням, а також порядок формування Ради Національного банку України, її функції, повноваження та порядок їх здійснення, в тому числі порядок застосування положень, викладених у п. 19 ст. 85, ст. 100, а також п. 12 ст. 106 Конституції України. Слід погодитися із позицією директора Юридичного департаменту НБУ В. Л. Кротюка який зазначав, що прийняття цього акту, який передбачає створення автономного державного органу з питань грошово-кредитної політики, не узгоджується з основними принципами функціонування центрального банку, суперечить світовій практиці законодавчого регулювання питань грошово-кредитної політики і не враховує положення Конституції України¹. Тому є показовим, що зазначений законопроект не пройшов через парламент, на відміну від законопроекту, що визначав правовий статус центрального банку держави.

Стрімкий розвиток банківської системи вимагав окремого акту, поряд з існуючим Законом «Про банки і банківську діяльність», який підвищував би відповідальність центробанку держави за забезпечення монетарної стабільності, чітко окреслював би його статус, місце і роль у суспільстві. Процедура прийняття Закону «Про Національний банк України» була довготривалою і складною. Законопроект виносили не один раз на розгляд парламенту, і кожного разу викликала активна дискусія. На засіданні Верховної Ради України 12 травня 1999 р. народний депутат І. О. Юшко, який представляв у другому читанні законопроект, зазначив, що підготовка законопроекту до другого читання зайняла понад півроку. В Комітет з питань фінансів та банківської діяльності надійшло понад 600 поправок, 360 з яких було враховано. Ціла низка положень цього законопроекту викликала серйозні дискусії на концептуальному рівні, як у робочій групі, так і в комітеті². Особливу увагу було приділено питанням незалежності центробанку від інших органів державної влади та порядку управління центробанком. Фактично, жодна гілка влади не виявляла бажання ділитися своїми владними функціями, тим більше в сфері

¹ Кротюк В. Конституційно-правове регулювання статусу Національного банку України і гарантії його незалежності // Право України. — 1999. — № 4. — С. 21–26.

² Стенограма 54-го засідання Верховної Ради України від 12 травня 1999 р.

управління грошима. Тут можна навести вислів І. Канта: «З усіх сил, підпорядкованих пануючій владі, сила грошей, певно, найнадійніша».

При розробці законопроекту було опрацьовано світовий досвід діяльності центральних банків держав, в першу чергу з унітарним режимом. Особливу увагу було приділено Закону Іспанії «Про автономію Банку Іспанії», прийнятому в 1994 році урядом Іспанії. Експерти Світового банку вважають цей акт зразком законодавчого акту, найкраще сумісним із законами Європейського Союзу. Згідно з положеннями цього закону, Банк Іспанії є спеціальною інституцією, підпорядкованою уряду в загальних рамках, однак він має повну автономію у сфері монетарної політики для того, щоб краще захищати мету цінової стабільності, визначену в самому законі. Термін «автономія» у назві закону означає три моменти: 1) уряд не може мати заборгованості перед Банком Іспанії, оскільки це позбавить банк його ініціативи щодо грошової емісії; 2) Банку Іспанії не дозволяється отримувати прямі інструкції від уряду щодо проведення банком монетарної політики; 3) автономія вимагає, щоб термін роботи керуючого банком був досить довгим і приводи для його звільнення були чітко визначені¹.

Прийнятий 20 травня 1999 р. Закон України «Про Національний банк України» визначив правовий статус центрального банку, закріпив його завдання та функції, визначив межі компетенції, порядок проведення банківського регулювання та банківського нагляду. Європейські експерти після проведення науково-технічних експертиз цього акту дійшли висновку, що український закон про центробанк відповідає європейським стандартам щодо визначення незалежності центробанку та його ролі в проведенні грошово-кредитної політики і може бути прикладом для інших європейських країн, які повинні ще привести своє національне законодавство у відповідність з європейськими банківськими директивами.

Протягом 1999–2000 рр. за ініціативою USAID було розроблено законопроекти, що визначили правовий статус комерційних банків та позабанківських кредитно-фінансових установ. Зокрема, в червні 1999 р. в Пущі-Озерній було проведено семінар за темою: «Закон про комерційні банки та його роль в забезпеченні умов ефективної банківської діяльності в

¹ Гетьман В. П., Килимник Ю. В. Національний Банк у системі влади. — К., 1997. — С. 20–21.

Україні» під егідою ВРУ, НБУ, Світового банку та USAID. У жовтні 2000 р. в Києві відбувся семінар, на якому розглядали законопроект «Про кредитування».

У червні 1999 року на розгляд Верховної Ради було подано законопроект «Про банки і банківську діяльність». Його прийняття вбачалося надзвичайно важливим для забезпечення якісного і всебічного законодавчого врегулювання проблем, що стояли перед банківською системою країни. В основу законопроекту було закладено систематизований підхід щодо регулювання створення, діяльності, реорганізації та ліквідації банків, організації банківської системи в цілому та взаємозв'язку її окремих елементів. Законопроект розроблявся з урахуванням положень Закону України «Про Національний банк України», чинного законодавства України, а також міжнародних стандартів, методів та практики регулювання банківської справи.

Прийняття Верховною Радою України нової редакції Закону України «Про банки і банківську діяльність» 7 грудня 2000 р. стало довгоочікуваним актом як для банкірів, так і клієнтів кредитно-фінансових установ. Первісна редакція цього закону, яку було прийнято ще в 1991 р., заклала підвалини побудови банківської системи незалежної держави, однак вже давно не виконувала покладені завдання і не могла забезпечити належного рівня правового регулювання відносин, що склалися в сфері банківської діяльності, попри значну кількість змін, яких вона зазнала.

У новій редакції Закону «Про банки і банківську діяльність» було вирішено такі питання:

- запроваджено розширений системний підхід до побудови банківської системи (якщо раніше банківська система складалася з центрального банку та комерційних банків, то тепер вона включає в себе також і державні та кооперативні банки);
- конкретизовано визначення понять банківської діяльності, банківських операцій та угод;
- визначено поняття універсальної та спеціалізованої банківських установ;
- встановлено загальні вимоги щодо створення та організації забезпечення діяльності кредитно-фінансових установ;
- врегульовано на рівні закону порядок державної реєстрації та ліцензування банків;
- визначено порядок формування власного, в тому числі статутного капіталу банківських установ;

- встановлено правовий режим основних банківських операцій;
- вдосконалено порядок банківського регулювання та банківського нагляду з боку центрального банку держави;
- визначено процедуру санації, реорганізації, банкрутства та ліквідації кредитно-фінансових установ.

Кардинальним кроком стало закріплення на рівні закону поняття банківської таємниці. Певна річ, є нонсенсом відсутність правового закріплення цього поняття протягом 10 років, коли була утворена і почала функціонувати вітчизняна банківська система. Хоч банківська діяльність по своїй суті нерозривно пов'язана зі збереженням банками інформації щодо фінансового стану своїх клієнтів. Немає сенсу говорити про проблему щодо збереження банківської таємниці, яку не можуть позитивно вирішити останніми роками комерційні банки, що опиняються постійно між Національним банком України та державною податковою службою в сфері надання великих обсягів інформації за рахунками клієнтів. Саме ця сфера відносин між НБУ та ДПС викликає постійні нарікання з боку кредитно-фінансових установ. Зокрема, 25 січня 2001 р. наказом № 23 ДПА України скасовано наказ ДПАУ № 415 від 27 серпня 1998 р. «Про порядок надання органам державної податкової служби установами банків інформації про наявність та рух коштів на рахунках клієнтів (на вимогу) та інформації про здійснення разових грошових операцій у великих розмірах», який становив ту непереборну проблему у взаємовідносинах між НБУ та ДПАУ.

Відповідно до вищезазначеного закону до банківської таємниці відносять:

- 1) відомості про стан рахунків клієнтів, у тому числі стан кореспондентських рахунків банків у Національному банку України;
- 2) операції, які були проведені на користь чи за дорученням клієнта, здійснені ним угоди;
- 3) фінансово-економічний стан клієнтів;
- 4) системи охорони банку та клієнта;
- 5) інформацію про організаційно-правову структуру юридичної особи—клієнта, її керівників, напрями діяльності;
- 6) відомості щодо комерційної діяльності клієнтів чи комерційної таємниці, будь-якого проекту, винаходів, зразків продукції та іншу комерційну інформацію;
- 7) інформацію щодо звітності по окремому банку, за винятком тієї, що підлягає опублікуванню;

8) коди, що використовуються банками для захисту інформації (ст. 60 Закону).

Чітко закріплено порядок розкриття банківської таємниці на вимогу державних органів. Це можна розглядати як позитивний чинник у взаємовідносинах між банками та податковими органами, які реально мають можливість впливу на діяльність комерційного банку, блокуючи його кореспондентський рахунок (відповідно до чинного законодавства процедура ця нічим не відрізняється від блокування рахунку фізичної або юридичної особи в банку), і обмежуючи цим можливість здійснення останнім банківської діяльності в нормальному режимі.

Відповідно до норм ст. 59 вищезазначеного закону забороняється накладати арешт на кореспондентські рахунки банку або зупиняти операції за цими рахунками. Арешт на майно або кошти банку, що є на його рахунках, а так само арешт на кошти та інші цінності юридичних або фізичних осіб, що є в банку, накладається виключно за санкціонованою прокурором постановою слідчого, за постановою державного виконавця у випадках, передбачених законами України, або за рішенням суду. Хоча слід мати на увазі, що банки повинні запобігати легалізації грошей, набутих злочинним шляхом. Тобто проблема збереження банківської таємниці має й зворотній бік.

На сьогоднішній день рано говорити про те, що проблема в сфері зберігання банківської таємниці є вирішеною, особливо враховуючи винятково фіскальний характер діяльності податкової служби. Однак можна зазначити, що закладено принаймні законодавчі підстави для подальшої взаємодії між банківськими та податковими органами.

Знову ж, у ст. 62 згаданого закону зазначається, що особи, винні в порушенні порядку розкриття та використання банківської таємниці, несуть відповідальність згідно із законами України. Це проблема вітчизняної нормотворчості — значна кількість відсилкових норм. Якщо розглядати конкретну ситуацію, то в чинному законодавстві України немає норм, які б встановлювали відповідальність за порушення саме банківської таємниці. В тому самому Кримінальному кодексі України згадується лише комерційна таємниця (статті 231, 232). Отже, реально проблему застосування відповідальності при чинному законодавстві навряд чи може бути вирішено.

Якщо розглядати **укази Президента** як джерело банківського права, то, зокрема, Є. В. Карманов зазначає, що такими

указами можуть бути лише ті, «які містять норми банківського права, тобто норми, які спрямовані на регулювання банківських відносин». І наводить як приклад Указ Президента України від 12 червня 1995 р. № 436 «Про застосування штрафних санкцій за порушення норм з регулювання обігу готівки»¹. Є. В. Карманов включає до складу джерел банківського права і постанови уряду.

Щодо регулювання банківських відносин актами Президента України, то слід погодитися із цим твердженням, однак зауважити, що з 1999 р., коли припинили діяти перехідні положення Конституції України, акти Президента отримали більш концептуальне спрямування. Як приклад можна навести Указ Президента України «Про заходи щодо зміцнення банківської системи України та підвищення її ролі у процесах економічних перетворень» від 14 липня 2000 р. № 891/2000, в якому глава держави визначив шляхи реформування банківського законодавства та завдання центробанку для зміцнення банківської системи України, підвищення її ролі у процесах економічних перетворень, поліпшення правових та організаційних умов її функціонування².

Слід зазначити про акти Президента, відповідно до яких здійснюється процедура призначення та зняття з посади членів Ради НБУ. Такі повноваження Президент дістав за Конституцією України та Законом «Про Національний банк України». Наділений зазначеною компетенцією, Президент має можливість впливати на грошово-кредитну політику, що здійснюється центробанком держави начебто на незалежних засадах. Крім зазначеного, відповідно до ст. 7 Закону України «Про банки і банківську діяльність» Президент України призначає сім членів наглядової ради державного банку шляхом прийняття відповідного Указу.

Характеризуючи акти Президента (укази та розпорядження), слід зазначити, що вони не повинні суперечити Конституції та законам України і мають пріоритетне значення щодо інших підзаконних актів. Такі акти приймає Президент України в межах своїх повноважень, що визначені ст. 106 Конституції і не можуть бути передані іншим особам або органам. Однак нормотворча компетенція глави держави є вужчою, порівняно, наприклад, з компетенцією Президента РФ, який упов-

¹ Карманов Є. В. Банківське право України: Навчальний посібник. — С. 26.

² Офіційний вісник України. — 2000. — № 29.

новажений приймати укази не лише на підставі законів, а й за їх відсутності (ст. 80 Конституції РФ). Це так зване делеговане законодавство означає обов'язок Президента РФ у разі відсутності закону приймати нормативні правові акти для забезпечення норм Конституції до прийняття федеральних законів¹.

Відповідно до Перехідних положень Конституції Президент України протягом трьох років після набуття нею чинності мав право видавати схвалені Кабінетом Міністрів України і скріплені підписом Прем'єр-міністра укази з економічних питань, не врегульованих законами, з одночасним поданням відповідного законопроекту до Верховної Ради України, однак у даний час такі його повноваження припинено.

Щодо **актів Кабінету Міністрів України** як джерел банківського права, то їх слід розглядати з урахуванням таких особливостей. Згідно зі ст. 116 Конституції України уряд забезпечує проведення фінансової, цінової, інвестиційної та податкової політики тощо; розробляє програми економічного розвитку України. Відповідно до ст. 117 Конституції Кабінет Міністрів України в межах своєї компетенції видає постанови і розпорядження, які є обов'язковими до виконання. Однак відповідно до ст. 52 Закону України «Про Національний банк України» центральний банк підтримує економічну політику Кабінету Міністрів України, якщо вона не суперечить забезпеченню стабільності грошової одиниці України. Згідно зі ст. 53 зазначеного Закону не допускається втручання органів законодавчої та виконавчої влади або їх посадових осіб у виконання функцій і повноважень Ради Національного банку чи Правління Національного банку інакше, як у межах, визначених цим Законом. Отже, можна зробити висновок, що у разі прийняття урядом акту, який суперечитиме виконанню центробанком своїх завдань у сфері забезпечення стабільності національної валюти, останній має право не виконувати таке розпорядження уряду. Такі повноваження центробанку є однією з істотних ознак його незалежності.

Викликає подив позиція О. О. Качана, який у навчальному посібнику «Банківське право» поряд із законами України, указами Президента України, постановами ВРУ зазначає, що до складу джерел банківського права слід віднести також закони

¹ Конституція РФ. Коментарий / Под ред. Б. А. Топорнина, Ю. М. Батуріна, Р. Г. Орехова. — М., 1994.

та постанови Автономної Республіки Крим, положення та інструкції фінансово-кредитних органів (Міністерства фінансів України, Національного банку України, Державної податкової адміністрації)¹. Слід зауважити, що це твердження викликає певні сумніви.

Передусім, йдеться про незалежний статус Національного банку України, який, відповідно до Закону України «Про Національний банк України» від 20 травня 1999 р. видає нормативно-правові акти з питань, віднесених до його повноважень, що є обов'язковими для суб'єктів банківських правовідносин. Крім того, відповідно до норм, закладених ст. 53 зазначеного Закону, «не допускається втручання органів законодавчої та виконавчої влади або їх посадових осіб у виконання функцій і повноважень ради Національного банку чи Правління Національного банку інакше, як в межах, визначених цим Законом».

Якщо базуватися на цій нормі, то незрозуміло, яким чином органи законодавчої чи виконавчої влади АРК, або Міністерство фінансів України, або Державна податкова служба України можуть видавати нормативні акти, обов'язкові для виконання Національним банком України, якщо останній є підзвітним лише Верховній Раді України і не розглядається взагалі як підконтрольний комусь орган. Або автор має на увазі спільні акти уряду та центробанку (тоді їх саме так і слід зазначати в переліку джерел), або він має на увазі норми права, встановлені тією самою ДПА в сфері контролю за нарахуванням і справлянням податків (тоді це норми не банківського права, а податкового — просто учасниками податкових відносин є банківські установи). Однак не можна будь-які відносини, де беруть участь банки, відносити до банківських відносин. Якщо банк орендує приміщення або закупляє офісне обладнання для забезпечення власної діяльності, то такі відносини регулюватимуться нормами цивільного та господарського права, а не банківського.

Щодо актів автономії, то слід зазначити таке. Україна є унітарною державою і має дворівневу банківську систему (як, зокрема, і бюджетну). Згідно з ч. 2 ст. 92 Конституції України виключно законами України встановлюються Державний бюджет України і бюджетна система України; система оподаткування, податки і збори; засади створення і функціонування

¹ Качан О. О. Банківське право: Навч. посібник. — К., 2000. — С. 12.

фінансового, грошового, кредитного та інвестиційного ринків; статус національної валюти, а також статус іноземних валют на території України; порядок утворення і погашення державного внутрішнього і зовнішнього боргу; порядок випуску та обігу державних цінних паперів, їх види і типи. Згідно з ч. 2 ст. 135 Конституції України нормативно-правові акти Верховної Ради АРК та рішення Ради міністрів АРК не можуть суперечити Конституції і законам України та приймаються відповідно до Конституції України, законів України, актів Президента України і Кабінету Міністрів України та на їх виконання. В статті 137 Конституції України, де визначаються питання, з яких АРК здійснює нормативне регулювання, жодні відносини в сфері банківської діяльності не зазначаються. Навпаки, в п. 4 ст. 138 Конституції України закріплено, що розроблення, затвердження та виконання бюджету АРК здійснюється на основі єдиної податкової та бюджетної політики України. Отже, АРК не наділена спеціальними повноваженнями в сфері регулювання банківських відносин.

Слід зазначити, що і в державах з федеративним устроєм компетенція окремих суб'єктів федерації саме в сфері банківської діяльності має певні обмеження. Наприклад, як зазначає Н. М. Бородіна, територіальні установи Банку Росії не повинні підпорядковуватися та звітувати навіть представницьким органам влади суб'єктів РФ та муніципальних утворень, на відміну від Центрального банку РФ, який підзвітний Державній Думі РФ¹.

Далі автор зазначає, що «в умовах різкого підвищення в останнє десятиріччя самостійності республік у складі РФ, представницькі органи влади деяких з них робили спроби різною мірою закріпити в своїх правових актах незалежність національних банків, що перебувають на їх територіях, від Центрального банку РФ та підпорядкування їх республіканським органам державної влади, а також наділити їх повноваженнями, що є неприйнятними територіальним підрозділам Банку Росії». Автор говорить про недопустимість такого положення, і з ним можна повністю погодитися, оскільки такі дії впливають на загальний курс грошово-кредитної політики, яку проводить центральний банк, і, відповідно, на стабільність національної валюти.

¹ Бородіна Н. М. Правовое регулирование деятельности территориальных учреждений Центрального банка Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 2000. — С. 10—11.

Не є зрозумілим також твердження О. О. Качана, який зазначає, що «серед джерел банківського права, окрім традиційних нормативних актів, слід назвати і банківське правове мислення, яке базується на економіко-фінансових потребах банківської діяльності та формує оцінку ефективності та об'єктивності правових норм і в значній мірі коригує загальні ділові звичаї країни». В теорії держави та права немає такого джерела галузі права або галузі законодавства як «правове мислення». Це ані норма права, ані стаття нормативно-правового акта. Яким чином правове мислення, що «базується на економіко-фінансових потребах», яке є суто суб'єктивним явищем, можна розглядати як правове джерело? Далі ми розглядатимемо банківські звичаї, але це жодним чином не можна віднести до «банківського правового мислення».

Конституція, закони, декрети Кабінету Міністрів України та укази Президента належать до законодавчих актів, а разом із іншими нормативно-правовими актами — до актів законодавства. Слід також зазначити, що поряд із вертикальною ієрархією нормативно-правових актів, які розглядаються, слід говорити і про наявність горизонтальної ієрархії. Науковці відносять до основних правил горизонтальної ієрархії такі:

- пріоритет кодексів над іншими законами;
- пріоритет Цивільного кодексу над іншими кодексами і законами в частині цивільного права;
- пріоритет нового нормативно-правового акту над раніше прийнятим. У разі колізії між нормативно-правовими актами, що мають однакову юридичну силу і якщо жоден з них не суперечить акту з більш високою юридичною силою, діють положення акту, прийнятого пізніше;
- пріоритет програмних законів над іншими законами (якщо такі закони передбачені національним законодавством. Зокрема, відповідно до ст. 104 Конституції РБ програмний закон — це закон, що приймається в силу Конституції з питань про основні напрями внутрішньої та зовнішньої політики, про воєнну доктрину)¹;
- пріоритет нормативно-правового акту, прийнятого органом, спеціально уповноваженим на прийняття такого акту;
- пріоритет спеціального закону над загальним. Загальні правила слід розглядати як субсидіарні, тобто які застосовуються у разі, якщо спеціальні правила не передбачають певного рішення.

¹ Научно-практический комментарий к Банковскому кодексу РБ. — Кн. 1. — С. 19.

Розглядаючи джерела банківського права, обов'язково слід зупинитися на **нормативних актах центрального банку**. Відповідно до ст. 56 Закону України «Про Національний банк України» НБУ видає нормативно-правові акти з питань, віднесених до його повноважень, які є обов'язковими для органів державної влади і органів місцевого самоврядування, банків, підприємств, організацій та установ незалежно від форм власності, а також для фізичних осіб.

Формою нормативно-правових актів НБУ є постанови Правління НБУ, інструкції, положення, правила, які, відповідно, затверджуються Постановами Правління НБУ. При цьому зазначені акти не можуть суперечити законам України та іншим законодавчим актам і не мають зворотної сили, крім випадків, якщо вони згідно з законом пом'якшують або скасовують відповідальність. Обов'язковою умовою для вступу в юридичну силу нормативно-правового акту НБУ є його державна реєстрація в Міністерстві юстиції України.

Відповідно до чинного законодавства нормативно-правові акти НБУ можуть бути оскаржені. Наприклад, згідно із ч. 3 ст. 16 Господарського процесуального кодексу справи у спорах, в яких відповідачем є Національний банк України, розглядає господарський суд міста Києва¹ (на відміну від попередньої редакції Арбітражного процесуального кодексу, в ст. 14 якого зазначалося, що справи, в яких однією із сторін є Національний банк України, є підсудними Вищому арбітражному суду).

При цьому на зазначені спори не поширюються вимоги щодо доарбітражного (досудового) врегулювання господарських спорів (ч. 5 ст. 5 ГПК України). Для визнання таких спорів підвідомчими арбітражним судам слід додержуватися двох основних вимог: ці акти державних та інших органів, підприємств та організацій не відповідають законодавству; вони порушують права та охоронювані законом інтереси підприємств та організацій (ст. 2 ГПК України).

Щодо інших державних органів, які могли б визнавати недійсними акти НБУ, то, аналізуючи норми Закону України «Про Конституційний Суд України», слід зробити висновок, що до юрисдикції Конституційного Суду не належать спори

¹ Господарський процесуальний кодекс України (із наступними змінами та доповненнями, в редакції Закону України № 2539-III від 21 червня 2001 р.) // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 6. — Ст. 56.

щодо оскарження незаконності нормативних актів Національного банку України (статті 13 та 14 Закону)¹.

З іншого боку, в межах здійснення вищого нагляду за держанням законів України прокурор має право винести протест на акт, що суперечить закону (відповідно до статті 21 Закону України «Про прокуратуру»). Протест приносить прокурор, його заступник до органу, який його видав, або до вищестоящего органу. У такому самому порядку приноситься протест на незаконні рішення чи дії посадової особи.

Слід зазначити, що, виходячи з аналізу норм цього Закону, принесення протесту належить до повноважень саме прокурорів, а не прокурора АРК або Генерального прокурора України (статті 10, 11). Протест прокурора зупиняє дію опротестованого акта і підлягає обов'язковому розгляду відповідним органом або посадовою особою у десятиденний строк після його надходження. Про наслідки розгляду протесту в цей самий строк повідомляється прокурору. У разі відхилення протесту або ухилення від його розгляду прокурор може звернутися з заявою до суду про визнання акта незаконним. Заяву до суду може бути подано протягом п'ятнадцяти днів з моменту одержання повідомлення про відхилення протесту або закінчення передбаченого законом строку для його розгляду. Подання такої заяви зупиняє дію правового акта².

Нормативні акти центрального банку публікуються в «Віснику Національного банку України» або іншому визначеному законом органі. «Вісник Національного банку України» почав виходити у світ з 1995 року, з травня 1996 року — додаток до «Вісника», в якому публікують законодавчі та нормативні акти з питань банківської діяльності. Видано збірники нормативних актів НБУ, починаючи з 1992 р.

При цьому періодично виникають проблеми з таким актом центрального банку, як листи та телеграми. За своєю правовою природою вони не підпадають під поняття нормативного акту. Відповідно, на них не можуть поширюватися вимоги, встановлені законодавством щодо державної реєстрації або можливості оскарження. Фактично, листи і телеграми є формою доведення інформації до відома суб'єктів банківської си-

¹ Закон України «Про Конституційний Суд України» від 16 жовтня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 49. — Ст. 272.

² Закон України «Про прокуратуру» від 5 листопада 1991 р. (з наступними змінами та доповненнями) // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 53. — Ст. 793.

стеми. Можна тільки погодитися з думкою Г. А. Тосуняна, який зазначає, що «видання телеграми, що містить правові норми, суперечить самому поняттю «нормативний акт», якому притаманна не лише можливість видання лише спеціально уповноваженим органом, а й існування як офіційного документа у визначеній законом формі»¹.

Окреме місце в системі джерел банківського права займають міжнародні правові акти й звичаї. Не останню роль у визначенні місця зазначених актів відіграє потреба стандартизації та уніфікації актів у сфері банківської діяльності. Особливе значення міжнародних актів серед правових джерел передбачено, в першу чергу, нормами Конституції України (стаття 9), відповідно до якої чинні міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою Україною, є частиною національного законодавства України.

О. М. Олейник визначає три групи міжнародних актів:

1) правила здійснення окремих видів банківських операцій (Уніфіковані правила по інкасо, Уніфіковані правила й звичаї для документарних акредитивів, про електронний перевід коштів). Їх дія поширюється на всіх учасників автоматично без спеціальних посилань. Якщо сторони не хочуть їх застосовувати, це повинно бути відповідно відображено в договорі;

2) дво- або багатосторонні конвенції, що діють на території країн, що їх підписали (Женевська конвенція про переказний і простий вексель, Конвенція про чеки);

3) міжнародні банківські стандарти, які розробляє Міжнародна організація по стандартизації (ISO), в яку на правах комітет-членів входять аналогічні національні організації. Стандарти являють собою сукупність технічних вимог щодо оформлення банківських документів, додержання яких має правове значення, оскільки вони використовуються в міжнародній банківській практиці (щодо підписів офіційних осіб, уповноважених підписувати банківські документи, переводу коштів за банківськими чеками)².

Серед міжнародних договорів слід особливо виділити Угоду про Міжнародний валютний фонд 1945 р.; Угоду про Міжнародний банк реконструкції та розвитку 1945 р.; Угоду про

¹ Тосунян Г. А. Банковское дело и банковское законодательство в России: опыт, проблемы, перспективы. — М., 1995. — С. 212.

² Олейник О. М. Основы банковского права: Курс лекций. — М., 1997. — С. 61–62.

Міжнародну фінансову корпорацію 1956 р.; Женевські вексельні конвенції 1930 р.; Конвенцію ООН про незалежні гарантії та резервні акредитиви 1995 р. тощо.

До міжнародних джерел банківського права можна також віднести стандарти, встановлені Базельським комітетом, а також деякі з 40 принципів у галузі банківської діяльності, що вироблені FATF у сфері боротьби з легалізацією грошей, набутих незаконним шляхом. Зокрема, Базельська угода, розроблена Базельським комітетом з банківського нагляду та регулювання, визначає питання зближення систем банківського регулювання щодо виміру капіталу та стандартів, які поширюються на власний капітал кредитно-фінансових установ.

Зазначимо також про розробку міжнародних домовленостей, які прямо стосуються певних міжнародних банківських операцій. Зокрема, Оттавські конвенції від 28 травня 1988 р. про міжнародний лізинг та міжнародний факторинг, підготовлені Інститутом уніфікації приватного права (UNIDROIT). Значна кількість норм Оттавської конвенції УНІДРУА про міжнародний факторинг стали нормами внутрішнього законодавства про факторинг.

Не перший рік перед банківським законодавством України стоїть завдання уніфікації (гармонізації) імперативних норм (в першу чергу норм, що визначають правовий статус кредитно-фінансових установ, здійснення банківського регулювання та банківського нагляду з боку НБУ) з вимогами європейського банківського законодавства. Слід зазначити, що прийняття в останні роки спеціальних банківських законів стало помітним кроком уперед у здійсненні процесу адаптації та уніфікації українського законодавства до європейського.

Як зазначає А. О. Селіванов, основна відмінність між законодавством Європейського Союзу і національним законодавством держав — членів Європейського Союзу полягає в тому, що, як правило, на рівні Європейського Союзу немає законів, а є лише директиви, які стосуються конкретних юридичних сфер і мають бути виконані за допомогою національного законодавства. При цьому більшість директив щодо банківської діяльності було прийнято на підставі п. 2 ст. 57 Договору про Європейську Економічну Співдружність, що передбачає свободу започаткування і здійснення незалежної професійної діяльності. При цьому директиви гармонізують конкретні питання законодавства шляхом встановлення мінімальних стандартів, які перебувають посередині між нормами держави-члена

з найвищим рівнем регулювання і держави-члена з найнижчим рівнем регулювання¹.

Зокрема, Перша та Друга банківські координаційні директиви спрямовані на координацію законів, положень та адміністративних заходів щодо діяльності кредитних установ. Директива власних фондів встановлює вимоги щодо власного фонду для кредитних установ. Директива банківського коефіцієнта платоспроможності визначає необхідний коефіцієнт платоспроможності для кредитних установ. Директива великої незахищеності передбачає нагляд і контроль за великими ризиками кредитних установ. Друга консолідаційна директива нагляду формулює принципи нагляду за діяльністю кредитних установ на консолідованій основі. Директива гарантії вкладів визначає умови захисту інвесторів та вкладників.

Приписи ЄС впливають не лише на постсоціалістичні країни. Як зазначають К. Гавальда та Ж. Стуфле, статус Банку Франції та функціонування кредитних установ у теперішній час підпадають під сильний вплив приписів Ради Європейського союзу. Готуються також деякі директиви щодо відносин з клієнтурою (кредитні картки, споживчий кредит тощо)².

До наступної групи джерел банківського права належать **локальні акти банківських установ**. Доктор юридичних наук О. Г. Мурашин, досліджуючи місце актів прямого народо-владдя у правовій системі, водночас визначив деякі загальні вимоги до локальної підсистеми регулювання, що можуть бути застосовані й у контексті локальних актів у сфері банківської діяльності: легітимність; функціональна повнота; внутрішня узгодженість; конструктивна операціональність, тобто наявність у локальному механізмі адекватних процедур і регламентів³. Локальні нормативно-правові акти — це акти, дію яких обмежено межами однієї або кількох організацій.

Відповідно до чинного законодавства, передусім, Законів «Про банки і банківську діяльність» і «Про господарські товариства», банки створюються у формі акціонерного товариства

¹ Банківське право України: Навч. посібник / Кол. авт.: А. М. Жуков, А. Ю. Іоффе, В. Л. Кротюк, В. В. Пасічник, А. О. Селіванов та ін.; За заг. ред. А. О. Селіванова. — К., 2000. — С. 29.

² Гавальда К., Стуфле Ж. Банковское право. — М., 1996. — С. 18.

³ Мурашин О. Г. Акты прямого народо-владдя у правовій системі: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. — К., 2001. — С. 19.

або товариства з обмеженою відповідальністю, а також кооперативних банків. Отже, всі вони є статутними установами. Тобто свою діяльність банки повинні здійснювати на підставі затверджених і зареєстрованих у встановленому законодавством порядку статутів. Такі статuti є локальними актами для банківських установ, які нормативно визначають цілі та предмет діяльності конкретного банку, від яких відхилятися без зміни статуту заборонено. Фактично, статут визначає межі спеціальної правоздатності банківської установи як юридичної особи.

Стаття 16 Закону «Про банки і банківську діяльність» зазначає перелік інформації, яка повинна обов'язково міститися в статуті банку. Якщо статут не відповідатиме чинному законодавству, Національний банк України як орган державного управління, що має виключні повноваження в сфері державної реєстрації банківських установ, повинен відмовити в державній реєстрації.

Саме в статуті визначатиметься перелік банківських операцій, якими збирається займатися банк. У статуті буде також вирішено, до якого виду належить банк — державний, кооперативний або комерційний (хоча з останньої редакції Закону «Про банки і банківську діяльність» випало таке поняття, як «комерційний» банк). У межах статуту також визначатиметься, працюватиме банк як універсальний або спеціалізований. За чинним законодавством банк набуває статусу спеціалізованого банку в разі, якщо більше 50 відсотків його активів є активами одного типу, а спеціалізованого ощадного банку — якщо більше 50 відсотків його пасивів є вкладками фізичних осіб.

Ще одним локальним актом у сфері діяльності банківських установ є банківська ліцензія, яка, власне, є дозволом Національного банку на здійснення банківської діяльності. Будь-який банк має право здійснювати банківську діяльність тільки після отримання банківської ліцензії. Без отримання банківської ліцензії не дозволяється здійснювати одночасно діяльність із залучення вкладів та інших коштів, що підлягають поверненню, і надання кредитів, а також вести рахунки. Особи, винні в здійсненні банківської діяльності без банківської ліцензії, несуть кримінальну, цивільну чи адміністративну відповідальність згідно із законами України (ст. 19 Закону «Про банки і банківську діяльність»).

Згідно з Положенням НБУ «Про порядок видачі банкам ліцензії на здійснення банківських операцій» від 6 травня 1998 р.

передбачалося 30 видів банківських операцій, які потребують отримання банківських ліцензій.

Відповідно до нової редакції Закону «Про банки і банківську діяльність» кількість ліцензованих операцій значно зменшилася; деякі з них потребують отримання письмового дозволу НБУ (зокрема, перевезення валютних цінностей та інкасація коштів, довірче управління коштами та цінними паперами за договорами з юридичними та фізичними особами, операції з валютними цінностями, емісія власних цінних паперів тощо).

Наприклад, згідно з п. 2.1 Положення про порядок видачі банками банківських ліцензій, письмових дозволів та ліцензій на виконання окремих операцій¹, на підставі банківської ліцензії банки мають право здійснювати такі 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;

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

Якщо відповідну ліцензію буде отримано, банк зможе ряд операцій здійснювати на її підставі, без отримання додаткових дозволів (зокрема, це лізинг, послуги з відповідального зберігання та надання в оренду сейфів для зберігання цінностей та документів; випуск банківських платіжних карток і здійснення операцій з використанням цих карток тощо).

Для здійснення ряду інших банківських операцій (зокрема, операцій з валютними цінностями, в тому числі неторговельних; ведення кореспондентських рахунків тощо) банк окрім банківської ліцензії повинен отримати від НБУ письмовий дозвіл.

Встановлення зазначеного спрощеного режиму ліцензування є позитивним зрушенням і дозволяє мінімізувати забюрократизованість у відносинах між центробанком і банківським сектором держави.

До локальних актів банківських установ належать також акти, що встановлюють правила обслуговування клієнтів (положення про кредитування, правила відкриття та ведення рахунків). Зокрема, як приклад локального акта можна назвати

¹ Затверджене Постановою Правління НБУ № 275 від 17 липня 2001 р. (zareestrovano в Мінюсті України від 21 серпня 2001 р. за № 730/5921).

договір про відкриття і ведення депозитного рахунку, який укладається між банком та клієнтом і є обов'язковим для виконання для обох сторін. Особливістю цього договору є те, що його умови розробляє банк, а клієнт лише погоджується з ними, підписуючи такий договір. У цивільному праві такі договори дістали назву договорів приєднання.

Наступну групу локальних актів становлять положення про окремі служби всередині самої банківської установи — положення про юридичну службу, положення про відділ кредитування (або кредитний комітет), положення про ревізійну комісію тощо.

До локальних актів слід також віднести нормативні акти, які визначають статус філій та представництв банківських установ. Такі положення визначають правовий статус філії або представництва банку, визначають межі їх компетенції та питання взаємовідносин між самим банком та відокремленим підрозділом.

Г. А. Тосунян, А. В. Вікулін та А. М. Екмалян відносять до джерел банківського права також акти союзів і асоціацій кредитних організацій та акти Конституційного Суду РФ¹.

Щодо першого виду, то банківське законодавство України передбачає створення банківських об'єднань, в тому числі банківських корпорацій, банківських та фінансових холдингових груп та банківських спілок і асоціацій. Однак у законодавстві немає вказівки щодо конкретних видів нормативно-правових актів, які можуть приймати зазначені суб'єкти банківських правовідносин. Якщо розглядати компетенцію банківської корпорації, яка відповідно до ст. 10 Закону «Про банки і банківську діяльність» створюється з метою концентрації капіталів банків — учасників корпорації, підвищення їх загальної ліквідності та платоспроможності, а також забезпечення координації та нагляду за їх діяльністю, то вона централізовано виконує такі функції:

- 1) виконання розрахунків як серед членів корпорації, так і за її межами;
- 2) операції на ринках грошей і капіталів;
- 3) встановлення та ведення кореспондентських рахунків (у національній та іноземних валютах);
- 4) моніторинг кредитних ризиків;

¹ Тосунян Г. А., Вікулін А. Ю., Екмалян А. М. Банковское право РФ: Общая часть. — М., 1999. — С. 133—135.

5) розробку та прийняття загальних для членів банківської корпорації правил і процедур виконання операцій та внутрішньої звітності;

6) формування зовнішньої звітності;

7) внутрішній аудит.

Зрозуміло, що в межах своєї компетенції корпорація має право приймати підзаконні нормативно-правові акти, які матимуть обов'язкову силу для учасників корпорації в межах, визначених її статутом.

Також, відповідно до ст. 13 зазначеного Закону, з метою захисту та представлення інтересів своїх членів, розвитку міжрегіональних та міжнародних зв'язків, забезпечення наукового та інформаційного обміну і професійних інтересів, розробки рекомендацій щодо банківської діяльності банки мають право створювати неприбуткові спілки чи асоціації. Такі неприбуткові об'єднання наділені компетенцією приймати акти, однак вони не можуть бути обов'язковими для членів банківських асоціацій (спілок), оскільки останні є договірними об'єднаннями банків і не мають права втручатися у діяльність банків — членів асоціації (спілки).

Отже, зазначені акти банківських об'єднань можна розглядати як джерела банківського права, однак вони мають досить обмежене поле дії (фактично, їх можуть розглядати як локальні) — в межах правовідносин, що виникають між учасниками (членами) банківського об'єднання.

Водочас неприбуткові банківські об'єднання можуть впливати на процес законотворчої діяльності шляхом розробки проєктів законодавчих актів, що регулюють відносини в сфері банківської діяльності, а також пропозицій з удосконалення чинного законодавства та подання таких пропозицій до суб'єктів законодавчої ініціативи, які безпосередньо зможуть їх заявити в парламенті. Як приклад можна навести роботу Асоціації «Київський Банківський Союз» (КБС), до якої вже влітку 2002 р. входило 38 фінансово-кредитних установ країни, зокрема банки «Аваль», «Авторитет», «АЖИО», «Аллонж», «Аркада», «ВаБанк», «Київ», «Кредитпромбанк», «Мрія», «Славутич», «Трансбанк», «Український кредитно-торговий банк», «Укринбанк», «Укргазбанк», «Укрсоцбанк», «Фінанси і кредит», «МКБ» «Правекс-Інвест» тощо.

За словами її президента Л. Чернівецького, КБС у співробітництві з НБУ та АУБ братиме активну участь у вдосконаленні банківського законодавства. «Ми плануємо залучити до

роботи в наглядовій раді КБС до десяти авторитетних народних депутатів, і активно лобювати у Верховній Раді законопроекти, які сприяли б розвитку банківської системи країни, а також підтримуватимемо керівництво НБУ та його зусилля, спрямовані на стабілізацію грошової системи України зокрема, і економіки в цілому»¹. Членство в асоціації не є закритим, учасником може стати будь-яка кредитно-фінансова установа, яка має відповідну позицію на фінансовому ринку і бажання будувати українську банківську систему за європейським зразком.

Можна також згадати Українську національну іпотечну асоціацію, яку було створено у 2002 р. за участі 20 банків та ряду інвестиційних і юридичних компаній. Президентом обраний колишній міністр фінансів України І. Мітюков². Асоціація розробляє закони та поправки до чинної нормативної бази для полегшення роботи банків з іпотечного кредитування та випуску довгострокових зобов'язань. Нова структура також досліджуватиме ринок нерухомості в регіонах. До асоціації збираються також вступити і державні структури — Мінфін, Мінагрополітики, Мінекономіки, Пенсійний фонд і Держкомітет по земельних ресурсах. УНІА не є банківським об'єднанням в розумінні чинного законодавства, однак її діяльність також спрямовано на створення нових правових норм у сфері банківської діяльності.

Щодо актів Конституційного Суду України як джерела банківського права, то слід зазначити таке. Головним завданням Конституційного Суду відповідно до ст. 147 Конституції України та Закону «Про Конституційний Суд України» є гарантування верховенства Конституції як Основного Закону держави на всій території України. На виконання цього завдання Конституційний Суд вирішує питання про відповідність законів та інших правових актів Конституції і дає офіційне тлумачення Конституції та законів України.

Як уже зазначалося, Конституційний Суд не розглядає справи щодо конституційності правових актів НБУ (ст. 150 Конституції України, ст. 13 Закону «Про Конституційний Суд України»). До його компетенції належить вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність): 1) законів та інших правових актів Верховної Ради України;

¹ Бизнес. — 2002. — № 23(490). — С. 15.

² За матеріалами Агенції «Українські новини» // Бизнес. — 2002. — № 23(490).

2) актів Президента України; 3) актів Кабінету Міністрів України; 4) правових актів Верховної Ради АРК, а також офіційне тлумачення Конституції України та законів України. За зверненням Президента України або уряду Конституційний Суд України дає висновки про відповідність Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносять до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість.

Рішення та висновки Конституційного Суду рівною мірою є обов'язковими для виконання. Невиконання рішень та недотримання висновків Конституційного Суду тягнуть за собою відповідальність за законом¹. Тож можна погодитися з думкою Б. С. Ебзеєва про те, що всі рішення Конституційного Суду є джерелами права і мають матеріально-правову силу закону². Тобто, певною мірою, акти Конституційного Суду України можна віднести до джерел банківського права на рівні законодавчих актів, що регулюють загальні засади банківської діяльності.

У банківській діяльності також певне місце займають **банківські правила та звичаї**. Зазвичай, вони не закріплюються на рівні правового акту, і пов'язані із турботою банку щодо забезпечення інтересів його клієнтів. Банківська практика, вироблена в економічно розвинених країнах, закріплює банківські правила і звичаї в певні умовні акти, які називають стандартами банківської діяльності, що передбачають мінімальний обсяг і якість послуг, яким повинна відповідати діяльність усіх банків. Такі стандарти притаманні для законодавства Канади, Великобританії, Японії. Вони, переважно, стосуються визначення строків надання послуг, розгляду скарг клієнтів, виплати відсотків, обміну валюти, видачі гарантій тощо.

Для визнання правила або звичаю ділового обігу необхідними вважають такі умови:

1) правило поведінки повинно бути таким, що склалося, тобто достатньо постійним і визначеним;

2) воно повинно застосовуватися широко, а не мати вузькоспеціальний, приватний характер;

¹ Шемшученко Ю. С., Мурашин Г. О. Конституційний Суд України. — К., 1997. — С. 18.

² Эбзеев Б. С. Толкование Конституции Конституционным Судом РФ: теоретические и практические проблемы // Государство и право. — 1998. — № 5. — С. 7.

3) сфера застосування правила обмежена підприємницькими відносинами;

4) воно не повинно бути передбачене законодавством;

5) зміст звичайного правила не повинен суперечити моралі¹.

У Франції, зокрема, звичаї та професійна практика утворюють правове джерело у відносинах між професійними учасниками фінансового ринку. При цьому зміст звичаїв може визначатися у разі спору шляхом експертного висновку, який видає президент Французької асоціації банків. Для деяких операцій звичаї та практику кодифіковано працівниками професійних органів. Зокрема, Палата міжнародної торгівлі виробила єдині правила та практику документарного акредитиву й положення про касові надходження. Також можна назвати Правила клірингових палат, які використовує Банк Франції при встановленні своїх відносин з банками, що звертаються до нього з проханням про рефінансування. В такому разі центробанк використовує техніку типових контрактів, умови яких встановлені за згодою із професіоналами. Французька асоціація банків розробила Декларацію про основні банківські послуги².

В Україні банківських правил і звичаїв на рівні прийнятих стандартів немає. Тобто кожний банк сам для себе вирішує процедурні питання обслуговування клієнтів (наприклад обслуговування VIP-клієнтів). Певною мірою це питання обговорювалося в Асоціації українських банків, хоч поки що немає реальних підстав для закріплення зазначених процедур на рівні стандартів.

К. Гавальда та Ж. Стуфле зазначали, що банківське право складається з правил, що закріплюють статус підприємств, які займаються «торгівлею грошима», та підприємств, що сприяють їхній діяльності. Тобто це право професійне. Його специфіка пов'язана з особливостями професії, основоположні характеристики якої й певні засоби стійкі щодо політичних, економічних та технологічних змін³.

Окреме місце займають міжнародні банківські звичаї. За загальним правилом їх застосування відбувається у разі, якщо

¹ Тосунян Г. А., Викулин А. Ю., Эжмалян А. М. Банковское право Российской Федерации: Общая часть. — М., 1999. — С. 137.

² Исторический очерк Банка Франции. Специальное издание Банка Франции: Пер. с фр. — М., 1996. — С. 48–52.

³ Гавальда К., Стуфле Ж. Банковское право. — М.: Финстатинформ, 1996. — С. 11.

здійснюється операція із нерезидентом. Міжнародні банківські звичаї виконують кілька функцій. По-перше, вони є додатковим джерелом права і застосовуються у разі, якщо немає норм, що регулюють відповідні суспільні відносини, як у будь-яких правових актах, так і в умовах зобов'язання між сторонами (тобто є засобом поповнення відсутніх норм). По-друге, міжнародний банківській звичай є засобом тлумачення умов певного зобов'язання.

Міжнародні уніфіковані правила є зведенням міжнародних звичаїв. У міжнародному праві систематизацією міжнародних звичаїв займається, зокрема, Міжнародна торговельна Палата (МТП). Для банківської діяльності найбільш важливими серед них є:

— Уніфіковані правила по інкасо (публікація МТП 1995 р. № 522);

— Уніфіковані правила для міжбанківського рамбурсування по документарних акредитивах (публікація МТП 1995 р. № 525);

— Форс-мажорні обставини (публікація МТП 1985 р. № 421 (Е));

— Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів (публікація МТП 1993 р. № 500), а також ці самі Правила для електронного використання разом з новою практикою (публікація МТП 2001 р. № 500/2 і № 5000/3);

— Уніфіковані правила за договорними гарантіями (публікація МТП 1978 р. № 325);

— Уніфіковані правила для гарантій на першу вимогу (публікація МТП 1992 р. № 458);

— Уніфіковані правила проведення телетрасмісійного обміну торговими даними (публікація МТП 1992 р. № 452);

— Міжнародна практика резервних зобов'язань (публікація МТП 1998 р. № 590) тощо.

Однак міжнародні уніфіковані правила, на відміну від звичаїв, мають писаний характер, можуть застосовуватися як обов'язкові правила в передбачених законодавством випадках. Крім того, враховуючи писаний характер таких правил, сторони можуть домовлятися про їх застосування шляхом посилання на ці правила в договорі, внаслідок чого вони будуть обов'язковими для сторін.

Міжнародні банківські стандарти в широкому розумінні — це також аудиторські та бухгалтерські стандарти, що розробляють міжнародні аудиторські та бухгалтерські організації. Особливого значення набувають міжнародні стандарти фінан-

сової звітності (МСФО), що їх розробляє Комітет з міжнародних стандартів фінансової звітності (КМСФО). Можна згадати такі стандарти, як МСФО № 30 «Розкриття інформації у фінансовій звітності банків та аналогічних фінансових інститутів», МСФО № 39 «Фінансові інструменти: призначення та оцінка» тощо.

Стандарти, що їх виробляє Міжнародна організація по стандартизації (МСО), стосуються переважно автоматизованих та електронних систем, що використовуються в банківській діяльності, а також документів, що в них застосовуються. Наприклад, ІСО-77810 «Ідентифікаційні картки — фізичні характеристики», ІСО-7812 «Ідентифікаційні картки — система нумерації та процедура реєстрації ідентифікаторів емітентів».

Особливе місце серед інших міжнародних правових актів займають документи Базельського комітету з банківського нагляду Банку міжнародних розрахунків (м. Базель, Швейцарія). Значну кількість актів українського законодавства було уніфіковано відповідно до документів Базельського комітету, в першу чергу — відповідно до Базельських основних принципів ефективного банківського нагляду — публікація № 30 від 1997 р. Можна також назвати Базельську угоду щодо зближення систем банківського регулювання щодо зміни капіталу та стандартів, що поширюються на капітал, публікація № 4 від 1988 р.; Принципи управління ризиками при електронних банківських послугах, публікація № 82 від 2001 р.; Принципи управління кредитними ризиками, публікація № 75 від 2000 р.; Принципи управління ризиками процентних ставок, публікація № 29 від 1997 р.; Мінімальні стандарти нагляду за міжнародними банківськими групами та їх трансграничними установами, публікація № 10 від 1992 р. За період з 1982 р. Базельський комітет видав понад 80 публікацій у сфері банківської діяльності¹.

Підсумовуючи, можна дати таке визначення джерел банківського права — це система його зовнішніх форм, що регулюють суспільні відносини в сфері створення та функціонування банківської системи України, здійснення банківських операцій, а також організації та здійснення регулювання Національним банком, органами державної влади та банківськими об'єднаннями.

¹ Научно-практический комментарий к Банковскому кодексу РБ. — Кн. 1. — Минск, 2002. — С. 29—30.

Проблеми застосування норм банківського права та перспективи розвитку банківського законодавства

У цій главі ми розглянемо окремі особливості застосування нормативно-правових джерел, що регулюють відносини в сфері банківської діяльності, актів, їх недоліки та перспективи вдосконалення банківського законодавства України.

Зупинимось на Законі України «Про Національний банк України» й розглянемо лише певні норми, які не узгоджені з чинним законодавством України або за своїм змістом не можуть вирішити на практиці поставлені законом завдання.

Нормативно-правовий акт, який регулює правовий статус органу державної влади, повинен визначити межі компетенції посадових осіб такого органу, а також види та міру відповідальності за порушення чинного законодавства (в тому числі шляхом перевищення своєї компетенції або виходу за межі закону). Вітчизняне законодавство досить часто містить відсилкові норми до загальних нормативно-правових актів (зокрема, КпАП України, КК України тощо). Однак, якщо проаналізувати норми основного законодавчого акту, що визначає правовий статус НБУ (Закону України «Про Національний банк України»), ми побачимо, що саме питання відповідальності не прописано чітко. Те саме стосується й інших законів, які регулюють статус інших органів державної влади. Крім того, межі компетенції центробанку (і в першу чергу його керівних органів) є досить розмитими, що також ускладнює встановлення факту перевищення посадових обов'язків службовцем банку та необхідність застосування відповідальності.

Фактично, в Законі є тільки три статті, які тією чи іншою мірою згадують про застосування відповідальності, і то вони мають досить суперечливий характер. Наприклад, ч. 7 ст. 13, містить положення, що членам Ради Національного банку забороняється розголошувати державну, банківську або службову таємницю, яка стала їм відома у зв'язку із здійсненням ними їх повноважень відповідно до Регламенту. Однак, поперше, члени Ради НБУ згідно з ч. 14 ст. 10 Закону здійсню-

ють свої функції на громадських засадах, тобто вони не належать до посадових осіб центробанку. По-друге, положення ст. 13 містить лише заборону розголошувати інформацію певного виду, однак не визначає відповідальність за розголошення такої інформації. Зокрема, в п. 6.8 розділу VI Регламенту Ради НБУ зазначено, що члени Ради НБУ несуть персональну відповідальність за прийняті ними в межах своєї компетенції рішення, підготовлені, завізовані чи підписані документи, збереження секретної та конфіденційної інформації відповідно до чинного законодавства¹. Однак, аналізуючи чинне законодавство України, ми доходимо висновку, що за тих обставин, за яких члени Ради НБУ обрані до зазначеного органу і працюють в ньому, вони можуть бути хіба-що відкликані з Ради парламентом або Президентом відповідно до адресності призначення.

У пункті 8 ст. 19 закріплено, що Голова НБУ одноособово несе відповідальність перед Верховною Радою України та Президентом України за діяльність Національного банку. Тут виникає питання, по-перше, як узгодити компетенцію Ради НБУ, рекомендації якої мають, фактично, обов'язковий характер, і одноособову відповідальність Голови НБУ, який є членом зазначеного колегіального органу і за процесуальними ознаками не може впливати на прийняття рішення Радою НБУ. По-друге, яку відповідальність законодавець мав на увазі — дисциплінарну, цивільно-правову, адміністративну чи кримінальну? Фактично, виникає колізія — відповідальність може наставати за дії, за які відповідальність може наставати за формальними ознаками, однак немає такого складу правопорушення, як суб'єктивна вина, оскільки Голова НБУ, підписуючи нормативні акти Правління НБУ згідно зі своїми посадовими обов'язками, може бути змушений виконувати рішення колегіального органу (Ради НБУ), з якими він не погоджується. Звичайно, на сучасному етапі діяльності центробанку це питання має чисто теоретичний характер, однак ситуація може коли-небудь з гіпотетичної перетворитися на реальну, а норм права, які б дійсно могли врегулювати зазначену колізію, немає. Тим більше, що в Конституції України (ч. 2 ст. 60) зазначено, що за віддання і виконання явно злочинного розпорядження чи наказу настає юридична відповідальність.

¹ Регламент Ради Національного банку України. Затверджено рішенням Ради НБУ від 22 грудня 2000 р. № 4. — К., 2000. — 13 с.

Ще одна підстава для застосування юридичної відповідальності, однак уже для службовців НБУ, вказана в ст. 66 Закону України «Про Національний банк України», в якій йдеться про заборону розголошення останніми інформації, що становить службову таємницю або має конфіденційний характер і стала відома їм у зв'язку з виконанням службових обов'язків, і в разі припинення роботи в Національному банку, крім випадків, передбачених законодавством України. Відповідно до ст. 64 зазначеного Закону службовці Національного банку є державними службовцями, і до них застосовуються норми Закону України «Про державну службу».

Однак у Законі «Про державну службу» закріплено особливості дисциплінарної відповідальності державних службовців (ст. 14), що застосовується за невиконання чи неналежне виконання службових обов'язків, перевищення своїх повноважень, порушення обмежень, пов'язаних з проходженням державної служби, а також за вчинок, який ганьбить його як державного службовця або дискредитує державний орган, в якому він працює¹. І в такому разі до службовців, крім дисциплінарних стягнень, передбачених чинним законодавством про працю України, можуть застосовуватися такі заходи дисциплінарного впливу, як попередження про неповну службову відповідність та затримка до одного року у присвоєнні чергового рангу або у призначенні на вищу посаду. У разі порушення законодавства про державну службу особи, винні у такому порушенні, несуть цивільну, адміністративну або кримінальну відповідальність згідно з чинним законодавством (ст. 38). Отже, законодавець знову використовує відсильну норму.

Щодо застосування цивільної відповідальності, то її може бути застосовано до державного службовця як до фізичної особи за спричинення матеріальної або моральної шкоди на загальних підставах, визначених нормами ЦК України. Згідно зі ст. 14 КпАП України посадові особи підлягають адміністративній відповідальності за адміністративні правопорушення, пов'язані з недодержанням встановлених правил у сфері охорони порядку управління, державного і громадського порядку, природи, здоров'я населення та інших правил, забезпечення виконання яких належить до їх службових обов'язків. Скла-

¹ Закон України «Про державну службу» від 16 грудня 1993 р. № 3723-XII (із наступними змінами та доповненнями) // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 52. — Ст. 490.

дом злочину, передбаченого ст. 232 КК України, є розголошення комерційної таємниці. Відповідно умисне розголошення комерційної таємниці без згоди її власника особою, якій ця таємниця відома у зв'язку з професійною або службовою діяльністю, якщо воно вчинене з корисливих чи інших особистих мотивів і завдало істотної шкоди суб'єкту господарської діяльності, карається штрафом від двохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, або виправними роботами на строк до двох років, або позбавленням волі на той самий строк.

Отже, стверджувати, що в українському банківському законодавстві виписана на належному рівні відповідальність посадових осіб, є недоречним.

Слід зауважити, що проблема виписування правових норм, що встановлюють відповідальність центробанку, стоїть не лише перед вітчизняним законодавством. У РФ згідно з ч. 2 ст. 34 Закону «Про Центральний банк РФСР (Банк Росії)» центральний банк несе відповідальність за невиконання своїх обов'язків за угодами в порядку, встановленому законодавством РФСР. І можна погодитися з позицією доктора юридичних наук Г. А. Тосуняна, який зазначає, що в такому формулюванні цю норму статті застосувати на практиці досить проблематично, а також що «норми спеціального банківського законодавства Росії часто не узгоджуються з нормами конституційного, адміністративного, цивільного, кримінального, фінансового та податкового законодавства»¹.

Як приклад країни, де посадове право у центробанку зайняло помітне місце, можна навести Федеративну Республіку Німеччину та її Федеральний банк. Окрім Закону про Федеральний банк ФРН, його статуту, можна назвати і Статут персоналу Федерального банку ФРН, і Закон про статус федеральних службовців, і Федеральну дисциплінарну постанову тощо (не кажучи вже про десятки актів, які регулюють питання навчання, підвищення кваліфікації, забезпечення необхідних умов на робочому місці, фінансування витрат на відрядження, премії, підвищення окладів тощо)².

Відповідно до Закону про статус федеральних службовців (§ 61) державний чиновник, навіть після закінчення право-

¹ Тосунян Г. А. Банковское дело и банковское законодательство в России: опыт, проблемы, перспективы. — М., 1995. — С. 149.

² Посадове право у Федеральному банку ФРН: В 3 ч. — К., 1998.

відносин з державною установою, повинен зберігати таємницю щодо інформації, яка стала йому відома під час службової діяльності¹. Це не стосується повідомлень у службовому листуванні чи фактів, що є загальнодоступними або за своїм значенням не потребують збереження таємниці. Однак незмінним залишається обумовлений законом обов'язок державного чиновника давати свідчення про злочини, а також у разі загрози для безпеки вільного демократичного суспільного ладу дбати про його збереження. Відповідно до § 78 цього закону, якщо державний чиновник навмисно або через грубу недбалість порушує свої обов'язки, він має компенсувати збитки, що були заподіяні внаслідок цього порушення, працедавцю, завдання якого він виконував. Якщо збитки спричинили кілька чиновників разом, вони несуть відповідальність як солідарні боржники. Термін давності для пред'явлення претензій становить три роки з моменту, коли працедавець отримав відомості про збитки та особу, яка повинна їх відшкодовувати, незалежно від цих відомостей, за десять років з моменту скоєння вчинку.

Ще в 1995 р. професор Є. А. Павлодський зазначав, що для правового регулювання економічної сфери важливе значення має розвиток банківського законодавства². Його позиція не втратила актуальності й сьогодні.

В Україні немає цілої низки необхідних законів, які повинні регулювати відносини в сфері банківської діяльності. Йдеться про законодавчі акти, які визначають правовий режим основних банківських операцій — кредитування, в тому числі іпотечного та споживчого, валютних операцій, безготівкових розрахунків тощо. На відміну від таких країн, як Франція, США, Японія тощо, Україна в сфері законодавчого регулювання пішла дещо іншим шляхом і включила до Закону «Про банки і банківську діяльність» не тільки правові засади функціонування банківських установ на території України, порядок здійснення банківських операцій, а й порядок створення, реєстрації, ліцензування діяльності, реорганізації та ліквідації банків, в тому числі шляхом банкрутства.

У НБУ періодично виникає ситуація, коли прийняття спеціального банківського законодавства запізнюється, натомість існує

¹ Закон ФРН про статус державних службовців в редакції від 27 лютого 1985 р. // Посадове право у Федеральному банку ФРН. — Ч. 1. — К., 1998. — С. 43, 53.

² Див.: Павлодский Е. А. Обзор законов о банках и банковской деятельности стран — членов СНГ // Право и экономика. — 1995. — № 3–4.

правовий вакуум, в якому центробанку не залишається робити нічого іншого, як заповнювати такий вакуум своїми нормативно-правовими актами. Фактично, така ситуація примушує НБУ розвивати свою нормотворчу діяльність з питань, що входять до його компетенції, однак які ще не врегульовано законодавством.

Це, в свою чергу, часто спричиняє невдоволення банківських установ, які змушені виконувати приписи центробанку, оскільки вони є обов'язковими, якщо прийняті в межах його компетенції. Однак через те, що компетенцію центробанку не завжди чітко виписано, досить важко на практиці встановити межі її перевищення. З іншого боку, прийняття нової редакції Закону «Про банки і банківську діяльність» дозволило відрегулювати багато прогалин, що існували в законодавчому регулюванні, та зняти напругу у відносинах між різними ланками банківської системи.

Прийняття рамкового Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» чітко обмежило компетенцію НБУ суто елементами банківської системи, виключивши з його поля діяльності позабанківські кредитно-фінансові установи. Слід зазначити, що центробанк сам був зацікавлений у відповідних діях законодавця, оскільки не вбачає доцільності та не має наявних можливостей для здійснення якісного регулювання і нагляду за діяльністю кредитно-фінансових установ, крім банків. Тим більше, що в перспективі Україна має реальні підстави сформулювати достатньо сильний і незалежний ринок позичкових капіталів саме з представників небанківського кредитно-фінансового сектору.

Г. А. Тосунян зазначає, що монополізм у будь-якій сфері діяльності рано чи пізно призводить до стагнації, а відсутність конкуренції завжди позбавляє стимулів до вдосконалення. «В сфері управління монополізм — це сприятливий ґрунт для безконтрольності та суб'єктивізму, можливість прийняття будь-якого рішення незалежно від того, обґрунтовано воно чи ні, правильне чи помилкове»¹. З таким висновком можна, загалом, погодитися. Часто комерційні банки, незадоволені рішеннями НБУ, посилаються саме на монопольне становище центробанку. Однак слід зауважити таке. По-перше, НБУ в Україні ще тільки набирає досвіду (зокрема і його юридичні служби), і має суб'єктивне право на помилку, якщо він її в подальшому

¹ Тосунян Г. А. Банковское дело и банковское законодательство в России: опыт, проблемы, перспективы. — С. 146.

може виправити. По-друге, будь-яке регулювання, особливо коли йдеться про участь держави в цьому процесі, викликає незадоволення осіб, на яких спрямовано дію регулюючих заходів. Це є об'єктивним явищем.

Як зазначають науковці, досліджуючи питання організації та діяльності соціальних систем, «навколишнє організаційне середовище може впливати... до такої міри, що відбувається ліквідація системи, розпад її елементів»¹. Як негативні чинники називають, в тому числі, податкову політику, фінансове регулювання, зміни в законодавстві тощо та інші чинники, що належать до навколишнього середовища.

Перед центробанком зажди стоять завдання, які часто мають протилежний напрям. З одного боку, центробанк повинен створити сприятливі умови для діяльності банківських установ на території країни з метою створення стабільного функціонування кредитно-банківської системи. З іншого боку, його діяльність спрямована, в першу чергу, на підтримку стабільності національної валюти, що також досягається не завжди популярними для банків заходами, оскільки центробанк може використовувати адміністративні заходи. Третім напрямом, що важливий для центробанку, є зацікавленість потенційних клієнтів у банківських послугах, і залучення таким чином додаткового вільного капіталу для розвитку ринку позичкових капіталів. Перелік завдань, що стоять перед банком держави, можна продовжувати досить довго.

І, нарешті, немає жодних гарантій, що за умов створення іншого органу (державного) інтереси банків не постраждають, а якість його дій та прийнятих рішень буде на належному рівні. Тим паче, що створення нового органу адміністрування потягне за собою додаткові (причому значні) витрати з Державного бюджету на утримання його апарату, в чому також Україна поки не зацікавлена.

Якщо аналізувати сучасний стан банківського законодавства, можна зазначити, що в багатьох випадках воно має характер прямої дії. На відміну від інших сфер правового регулювання, банківське законодавство, в цілому, не можна обвинуватити в тому, що воно не забезпечує однозначного тлумачення норм, обмежується в багатьох випадках їх декларуванням, не дає чіткого механізму їх реалізації.

¹ Введение в теорию государственно-правовой организации социальных систем / Под общ. ред. Е. Б. Кубко. — К., 1997. — С. 52.

Сучасне банківське законодавство України має деякі особливі ознаки. Наприклад, попри поступовий процес прийняття законів у сфері банківської діяльності, для банківської справи і досі характерна багаторівневість правового регулювання з превалюванням підзаконних нормативних актів. Таке явище має як позитивні, так і негативні наслідки. З одного боку, відсутність громіздкої процедури узгодження актів через законодавчу діяльність парламенту дозволяє центральному банку динамічно реагувати на зміни, що відбуваються як в економіці країни, так і всередині самої банківської системи. З іншого боку, комерційні банки не застраховані від надлишкового адміністрування центробанку (на що вони скаржаться останніми роками) та прийняття нормативних актів, що погіршуватимуть стан банківського сектору.

Негативним моментом є також відсутність офіційного опублікування багатьох нормативно-правових актів центробанку. Їх опублікування в журналі «Вісник Національного банку України» та в щомісячному статистичному бюлетені відбувається, зазвичай, із запізненням. Однак наявність спеціальних друкованих видань дозволяє центробанку реалізувати принцип гласності, передбачений положеннями ст. 68 Закону України «Про Національний банк України». Відповідно до ч. 1 зазначеної статті центробанк з метою забезпечення гласності з питань банківської діяльності та статистики платіжного балансу публікує в друкованих органах Верховної Ради України та Кабінету Міністрів України щорічний і кварталні баланси Національного банку, а також видає щомісячний статистичний бюлетень та журнал «Вісник Національного банку України».

Слід також згадати, що на сьогоднішній день у країні є декілька електронних довідникових правових баз, послугами яких можуть скористатися без зайвих проблем будь-які клієнти. Довідкові правові системи дозволяють вирішити такі важливі завдання:

- отримувати максимально вичерпну інформацію з правової проблеми, яка цікавить;
- підтримувати актуальність інформаційного банку даних шляхом відслідкування змін у законодавстві;
- одержувати відповіді з проблемної ситуації;
- встановити та підтримувати взаємозв'язок між документами в інформаційному банку;

● мати гарантії від прийняття помилкового рішення з проблемного питання¹.

Однак, знову ж таки, користувач відповідної довідкової системи стикається з можливими складнощами: по-перше, нормативно-правовий акт може бути включено до змісту системи із запізненням (хоч і не з таким, як у друкованому виданні); по-друге, немає гарантій, що всі нормативно-правові акти будуть включені до даної довідкової системи (оскільки обов'язковість такого включення не передбачено чинним законодавством України); і, по-третє, розміщення тексту відповідного акту НБУ в електронній базі не відповідає в повному обсязі терміну «оприлюднення»².

На акти НБУ не поширюються вимоги Указу Президента України «Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності»³, оскільки останній спрямовує свою дію ~~єдино на акти Верховної Ради України, Президента України та Кабінету Міністрів України.~~ Саме зазначені акти повинні не пізніше як у 15-денний строк після їх прийняття у встановленому порядку і підписання бути оприлюдненими державною мовою в офіційних друкованих виданнях, до яких належать «Офіційний вісник України», «Відомості Верховної Ради України», газета «Урядовий кур'єр». В окремих випадках вони можуть бути також офіційно оприлюднені через телебачення і радіо. Необхідною умовою для офіційного оприлюднення нормативно-правових актів є їх включення до Єдиного державного реєстру нормативних актів та присвоєння реєстраційного коду.

З іншого боку, нормативно-правові акти центробанку відповідно до ч. 3 ст. 56 Закону України «Про Національний банк

¹ Див., зокрема: Казанцев С. Я., Згадай О. Э. Компьютерные справочные правовые системы в юридической практике // Проблемы юридической техники: Сборник статей / Под ред. д. ю. н. В. М. Баранова. — Нижний Новгород, 2000. — С. 256—263.

² За словником іншомовних слів: *публічний* (від лат. publicus) — суспільний, народний) — відкритий, гласний, суспільний; *публікація* (від лат. publico — оголошую всенародно) — вміщення оголошення, твору в пресі, передача по радіо, телебаченню для загального відома; те, що надруковано. Див.: Словник іншомовних слів / За ред. чл.-кор. АН СРСР О. С. Мельничука. — К., 1974. — С. 560.

³ Указ Президента України «Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності» від 10 червня 1997 р. № 503/97 (із змінами, внесеними згідно з Указами Президента № 1327/97 від 4 грудня 1997 р. та № 1235/98 від 10 листопада 1998 р.).

України» підлягають обов'язковій державній реєстрації в Міністерстві юстиції України та набирають чинності відповідно до законодавства України. Така реєстрація в органах юстиції відбувається на підставі Указу Президента України «Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади»¹. Враховуючи особливості правового статусу НБУ як особливого центрального органу державного управління, а також те, що діяльність НБУ в сфері банківського регулювання може зачіпати права та законні інтереси громадян, вимога обов'язкової реєстрації нормативно-правових актів НБУ через Міністерство юстицію є цілком виправданою. Згідно з п. 3 зазначеного Указу нормативно-правові акти набувають чинності через 10 днів після їх реєстрації, якщо в них не встановлено пізнішого строку надання їм чинності. Перед Міністерством юстиції України було поставлено завдання визначити порядок інформування громадян, підприємств, установ та організацій про такі нормативно-правові акти, зокрема, шляхом їхнього опублікування, а також широкого інформування громадян через засоби масової інформації.

Крім спеціальних видань центробанку, його нормативно-правові акти досить часто публікуються в інших засобах масової інформації, що мають чітко виражений пропідприємницький характер, зокрема, «Галицькі контракти», «Бізнес», «Інвестиційна газета» тощо.

Іншою проблемою, яка стоїть перед банківським законодавством України, є невідповідність деяких документів, прийнятих центробанком, вимогам, які висуваються до нормативних актів (йдеться про листи та телеграми НБУ).

Можна зазначити як позитивний чинник, що Закон України «Про банки і банківську діяльність» в редакції від 7 грудня 2000 р. вирішив цілу низку проблем щодо приведення банківського законодавства до європейських стандартів. Зокрема, вже на законодавчому рівні врегульовано основні засади у визначенні адекватності капіталу банку та його співвідношення з порядком формування статутного фонду. Розширено перелік осіб, які підпадають під нагляд центробанку. До суб'єктів банківського регулювання і нагляду поряд із банками і їх структурними підрозділами тепер відносять і афілійованих та спо-

¹ Указ Президента України «Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади» від 3 жовтня 1992 р. № 493/92 (із змінами, внесеними згідно з Указом Президента № 493/98 від 21 травня 1998 р.).

ріднених осіб, а також власників істотної участі в статутному фонді банку. Фактично, введено консолідований підхід до контролю за діяльністю банків, відповідно до якого наглядові повноваження Національного банку України поширюються не лише на банки, а й на осіб, які мають безпосереднє відношення до діяльності банку як акціонери—власники істотної участі, споріднених осіб та осіб, в яких банк має участь, а також до керівників і службовців банку.

Слід зазначити, що такий підхід є типовим для західних банківських законодавств, однак досі не застосовувався в Україні. Хоча поняття спорідненої особи (під назвою — «пов'язана») було введено в законодавство України з 1995 р., коли в чинність вступив Закон України «Про оподаткування прибутку підприємств», в якому визначалося поняття таких осіб (п. 1.26 ст. 1) та особливості оподаткування операцій з пов'язаними особами¹.

Закріплено високий рівень кваліфікаційних вимог до акціонерів і керівництва банків. Паралельно встановлюються жорсткі вимоги щодо підтримання банками та їх акціонерами нормативів відповідності капіталу банку. Застосування консолідованого підходу у визначенні кола осіб, на яких можуть бути спрямовані регулювання та нагляд центробанку вже з позицій спеціального банківського законодавства, спрямоване на запобігання всім чинникам негативного впливу на фінансові показники банків та створення додаткових гарантій захисту інтересів клієнтів банків. Зокрема, НБУ з 2002 р. почав вимагати від банків подання інформації про фінансовий стан засновників, що мають істотну участь, та звіряти подані дані з інформацією, наданою податковою службою. З'ясувалося, що певні неузгодженості вже існують.

Запроваджено механізм ліцензування банків на підставі єдиної банківської ліцензії на основні види банківських операцій. Таким чином ліквідовано чинну раніше практику, коли кількість ліцензованих центробанком видів банківських операцій згідно з його нормативними актами майже вдвічі перевищувала перелік таких операцій, встановлений законом.

До позитивних рис Закону «Про банки і банківську діяльність» можна також віднести той факт, що на рівні саме законодавчого акту визначено загальні засади реорганізації бан-

¹ Закон України «Про оподаткування прибутку підприємств». Введений в дію Постановою ВРУ № 335/94-94 від 28 грудня 1994 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 4. — Статті 28, 29.

ківських установ та створення банківських об'єднань, що є кроком уперед, оскільки раніше комерційні банки повинні були спиратися не на спеціальне банківське законодавство, а на загальні норми права, що врегульовували процес зміни організаційно-правових форм, зокрема, на Закон України «Про підприємства в Україні». Це, зазвичай, створювало явні труднощі при проведенні процесу концентрації банківського капіталу та утворення потужних банківських установ або банківських об'єднань.

Було також ліквідовано прогалину, що існувала протягом 2000 р., щодо можливості проведення процедури банкрутства банківської установи, оскільки з 1 січня 2000 р., з моменту набрання чинності норм Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»¹, згідно з ч. 2 ст. 5 Закону особливості провадження у справах про банкрутство банків регулюються законом про банки і банківську діяльність. А до прийняття останнього в редакції від 7 грудня 2000 р. процедуру банкрутства в банківському законодавстві не було виписано взагалі.

Однак прийнята до того моменту процедура банкрутства банківських установ на загальних підставах через арбітражний суд, що її застосовували до всіх суб'єктів господарської діяльності, не виправдала себе. Йдеться не лише про те, що при банкрутстві банків істотних втрат зазнають його клієнти, і це не кращою мірою впливає на рівень довіри клієнтури до банківської системи країни в цілому. До банків завжди існує підвищений публічний інтерес щодо їхньої платоспроможності, оскільки це структури, що оперують чужим капіталом. І вирішення проблем з неплатоспроможністю банків повинно здійснюватися під контролем компетентної наглядової інстанції, а в банківській системі такою компетентною інстанцією є саме центробанк.

Відтепер спеціальний банківський закон визначає порядок та організаційно-правові засади тимчасового управління банком, здійснення заходів з його фінансового оздоровлення, а також порядок та правові наслідки ліквідації банку. Процедуру банкрутства банку може ініціювати та здійснювати орган, що виконує функції банківського нагляду, і реалізувати через

¹ Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про банкрутство» від 30 червня 1999 р. № 784-XIV // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 42—43. — Ст. 378.

механізм тимчасового управління банком і можливої подальшої ліквідації банку.

На законодавчому рівні визначено систему нагляду за банківськими установами та порядок застосування заходів впливу до порушників. Нормативно закріплено підходи до формування пруденційних вимог до банків, нагляд за банками на консолідованій основі, зобов'язання банків щодо застосування до них заходів впливу тощо. Причому якщо базу проведення банківського нагляду було закладено в 1999 р. після прийняття закону про центробанк, то з моменту прийняття останньої редакції Закону «Про банки і банківську діяльність» вона дістала подальший розвиток і розширення, оскільки було чітко виписано види відповідальності за порушення банківського законодавства та заходи відповідальності.

Ще одним чинником, який наближує Україну до європейських стандартів, стало прийняття 5 квітня 2001 р. Закону «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні»¹. Статтею 67 Угоди про партнерство і співробітництво між Україною і ЄС визначено, що включення України до загальноприйнятих систем взаємних розрахунків є одним із пріоритетів співробітництва між Україною і ЄС в фінансовій та банківській сферах. Якщо раніше нормативні акти НБУ, Державного казначейства України, якими регулювалися відносини в сфері безготівкових розрахунків, в тому числі міжбанківських та в сфері бюджету, не враховували новітніх банківських технологій, то нині є всі підстави вважати, що поставлені цілі досягнуто. В прийнятому Законі визначено статус документа в електронному вигляді та врегульовано порядок електронного документообігу, що супроводжує переказ грошових коштів. Визначено також порядок проведення розрахунків за допомогою платіжних карток і функціонування систем телекомунікаційного зв'язку.

Створено підстави для здійснення переказу грошових коштів, описано кожен з його етапів: процедуру ініціювання переказу, проведення міжбанківського переказу, порядок його завершення. Закладено нормативні підстави для врегулювання питань, пов'язаних із захистом інформації та порядком надання інформаційних послуг. Визначено відповідальність кож-

¹ Закон України «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» від 5 квітня 2001 р. № 2346 // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 29. — Ст. 137.

ного з суб'єктів, що беруть участь у проведенні переказу грошових коштів. Встановлено порядок здійснення контролю за переказом грошових коштів. Фактично, є реальні підстави стверджувати, що за своїми технічними можливостями та за рівнем законодавчого регулювання діяльність платіжних систем в Україні відповідає міжнародним стандартам.

Одним із зауважень, яке висловлювали представники Світового банку та європейського співтовариства, є відсутність в Україні спеціального законодавства, що запобігає використанню банківської системи з метою легалізації коштів, набутих злочинним шляхом (відмивання грошей). Сьогодні Рада Європи додержується 40 рекомендацій Групи з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (FATF) у вимогах всім країнам, що є членами Ради, вважати кримінальним злочином відмивання грошей, а також одержання доходу, пов'язаного зі злочинною діяльністю. Національне законодавство країн-учасниць ЄЕС істотно модифікувалося за останні декілька років у рамках цих рекомендацій (зокрема в Швейцарії угода діє щодо всіх злочинів)¹. Україна, яка ставить перед собою мету ввійти з часом до Ради Європи, звичайно, повинна привести вітчизняне законодавство до прийнятих стандартів.

Статті 63–65 глави 11 Закону України «Про банки і банківську діяльність» містять норми, що спрямовані на запобігання легалізації грошей, набутих злочинним шляхом. Визначено поняття легалізації таких коштів, встановлено заборону банкам вступати у договірні відносини з анонімними особами. Встановлено обов'язок ідентифікації всіх осіб, які здійснюють значні та/або сумнівні операції. При цьому значними є операції, якщо безготівкові розрахунки за угодами на суми, що перевищують еквівалент 50 тис. євро, або угоди з готівкою на суму, що перевищують еквівалент 10 тис. євро за офіційним курсом гривні до іноземної валюти, встановленим Національним банком України. До сумнівних відносять операції, що мають такі ознаки:

1) операція здійснюється за незвичних або невиправдано заплутаних умов;

2) операція не є економічно виправданою або суперечить законодавству України.

¹ Modern off-shore technologies of corporate financial management // Fortis Financial Management Journal, 2002. — № 1. — p. 68.

Метою цієї статті не є критика зазначених норм, оскільки ця дискусія йде на сторінках вітчизняних інформаційних видань з моменту прийняття даного закону. Йдеться лише про те, що Україна заклала певне підґрунтя для розробки й прийняття спеціального законодавства в сфері запобігання легалізації грошей, набутих злочинним шляхом.

Слід зауважити, що Кабінет Міністрів України в червні 2002 р. подав до парламенту проект Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) надходжень, одержаних злочинним шляхом», який повинен регулювати відносини у сфері запобігання та протидії запровадженню в легальний обіг надходжень, одержаних злочинним шляхом, і боротьби з фінансуванням тероризму¹. Цей закон був прийнятий 28 листопада 2002 р. Верховною Радою України, однак вже в лютому 2003 р. зазнав істотних змін. Фінансовому моніторингу відтепер підлягають операції, якщо сума, на яку вони проводяться, дорівнює чи перевищує 80 тис. грн. або дорівнює чи перевищує суму в іноземній валюті, еквівалентну 80 тис. грн. (як готівкою, так і в безготівковому порядку)².

Певної уваги заслуговує і правове забезпечення регулювання правовідносин, пов'язаних зі збереженням банківської таємниці та порядку розкриття конфіденційної інформації щодо клієнтів банку. Як уже зазначалося, до прийняття нової редакції Закону «Про банки і банківську діяльність» у чинному законодавстві України взагалі не було поняття «банківська таємниця». В той же час, попри законодавче закріплення інформації та відомостей, що становлять банківську таємницю, та закріплення процесуального порядку її отримання уповноваженими органами, проблема її збереження залишається актуальною.

Зокрема, державні органи (державна податкова служба, органи з боротьби з організованою злочинністю, судові органи) мають можливість отримати зазначену інформацію за додержання процесуальних вимог, встановлених законодавством. І досі залишається не врегульованою до кінця система відповідальності службовців банку, які при вступі на посаду підписують зобов'язання щодо збереження банківської таємниці, і

¹ Проект Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) надходжень, одержаних злочинним шляхом». — Сектор реєстрації законопроектів ВРУ, № 1156-1 від 14 червня 2002 р.

² Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 1. — Ст. 2.

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. Вище вже було проаналізовано норми чинного законодавства щодо встановлення цивільної, адміністративної та кримінальної відповідальності за розголошення інформації, що становить банківську (комерційну) таємницю, однак, як було зазначено, чинне законодавство України містить норми, що суперечать одна одній, або залишають прогалини в порядку застосування юридичної відповідальності.

Також залишається невирішеною проблема невідповідності нинішній ситуації валютного регулювання. Методи валютного регулювання та валютного контролю, визначені Декретом Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю», прийнятого ще в 1993 р. не забезпечують належним чином експортно-імпорتنі операції в умовах економічного розвитку, який спостерігався в країні останні декілька років. На відміну від багатьох інших фінансових нормативно-правових актів зазначений декрет не зазнавав частих змін, однак і ті, що були, свідчать про вплив поточної валютної кон'юнктури на позицію держави. Необхідно прийняти новий законодавчий акт, який би визначив нові підходи у створенні засад із забезпечення стабільної валютної політики, можливості застосовувати гнучкі засоби регулювання в умовах нестабільної економічної ситуації, а також вільний доступ учасників зовнішньоекономічної діяльності до ринку валютних ресурсів.

Поки що згідно з Декретом питання використання резидентами України валютної виручки та вільного доступу резидентів до валютного ринку не врегульовані на рівні, що відповідає вимогам вільної ринкової економіки, яку намагається будувати держава. І на сьогоднішній день можна вже говорити про можливість такого вільного доступу на відміну від необхідності поєднання центробанком ринкових та адміністративних методів регулювання у підтриманні національної валюти, що слід залишити на тому рівні, який нині встановлений. Зокрема, з лютого 2003 р. НБУ проголосив політику лібералізації в сфері валютних відносин, в т. ч. шляхом скасування обов'язкового продажу іноземної валюти з експортно-імпортними операціями.

Певні нарікання викликає також існуюча система валютного контролю, яка є досить забюрократизованою і не сприяє

розвитку валютного ринку та росту валютних надходжень. Хоча в цьому питанні стикаються інтереси, переважно, двох органів — центрального банку, який використовує відповідні інструменти при здійсненні грошово-кредитної політики, та державної податкової служби, яка намагається будь-яким чином збільшити надходження до бюджетів, не зупиняючись при цьому на виборі методів, які б сприяли розвитку підприємництва.

Слід також згадати положення ст. 69 Угоди про партнерство і співробітництво України із ЄЕС, згідно з якою Україна зобов'язалася вжити заходів у напрямі поступового зближення своєї валютно-грошової політики з політикою європейської валютної системи, що також має знайти законодавче відображення. Враховуючи те, що з 2002 р. в обіг введено нову європейську валюту — євро, тобто відбувся процес уніфікації та об'єднання національних валютних ринків провідних європейських держав, наша країна дістала додаткові позитивні можливості для проведення своєї політики в сфері валютних відносин та приведення її до міжнародних стандартів.

Ще одним напрямом реформування банківського законодавства є прийняття ряду законів у розвиток положень закону «Про банки і банківську діяльність», що стосуються окремих специфічних сфер банківської діяльності. Йдеться про закони, що повинні врегульовувати порядок здійснення окремих банківських операцій — кредитування, відкриття та обслуговування рахунків, порядку здійснення валютних операцій тощо. Неодноразово висловлювалися пропозиції щодо прийняття окремого законодавчого акту, який би регулював правовідносини, що пов'язані з банківською таємницею, хоч на сучасному етапі, враховуючи діяльність податкової служби України та вимоги FATF, які наша держава вимушена виконувати, немає реальних підстав для прийняття вищезазначеного закону.

Виправданим кроком стало прийняття Закону України «Про фонд гарантування вкладів фізичних осіб», який створив механізм гарантування вкладів фізичних осіб у банки. В Законі були закріплені основні засади функціонування Фонду, внаслідок чого він перетворився з пасивної структури щодо перерозподілу зібраних банками коштів на орган, який може й хоче активно впливати на забезпечення стабільності банківської системи. До 2001 року регулювання діяльності Фонду здійснювалося лише на рівні підзаконних актів відповідно до Указу Президента України від 10 вересня 1998 р. № 996/98 «Про

заходи щодо захисту прав фізичних осіб — вкладників комерційних банків України», Положення про Фонд гарантування вкладів фізичних осіб, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України та Національного банку України від 21 січня 1999 р. № 70 та Постанови НБУ № 8 від 11 січня 2001 р. «Про затвердження Положення про порядок відшкодування Фондом гарантування вкладів фізичних осіб коштів вкладникам банків у разі їх ліквідації» (зі змінами, внесеними згідно з Постановою № 239 від 26 червня 2001 р.).

В Україні й досі немає спеціального правового регулювання питань внутрішнього та зовнішнього (іноземного) інвестування банківської сфери. Нашу державу й так не можна визначити як країну зі сприятливими умовами для інвестування, а банківська діяльність створює додаткові фактори ризиків. Нині ці відносини регулюються нормами загальних законів, зокрема положеннями законів України «Про режим іноземного інвестування», «Про інвестиційну діяльність», «Про господарські товариства», які врегульовують правовий режим інвестування в банки та управління банком на загальних засадах без врахування специфіки операцій, притаманних банкам. Однак враховуючи, що суб'єктів банківської діяльності досить важко обвинуватити у вивезенні капіталів за кордон при залученні іноземних інвестицій (як на цьому досить часто зупиняють увагу при намаганні інвестувати виробництво, або вкласти кошти у нерухомість, або у страховий сектор тощо), вбачається за доцільне на рівні законодавства забезпечити сприятливі умови для залучення інвестицій у банківський сектор економіки. В зазначеному акті слід також закріпити систему гарантій інвесторам від можливих збитків, завданих внаслідок інфляційних процесів, фінансових ризиків, незважених дій державних органів тощо, тобто тих форс-мажорних обставин, які супроводжують банківську діяльність. В Україні нині залишилося 7 представництв іноземних банків. Керівництво «Кредіт-Ліоне» в Україні на конференції у 2001 р. зазначало, що за попередній рік банк залучався до чотирьох процесів за участю Антимонопольного комітету України, в яких задоволення сторони отримали порівну. І це, зазвичай, не створює додаткових сприятливих умов для залучення іноземних капіталів в Україну.

ПІСЛЯМОВА

Підсумовуючи, можна зазначити, що банківське законодавство України стоїть на шляху поступового та кардинального реформування.

Банківське законодавство — це комплексне законодавство, предметом регулювання якого є суспільні відносини в сфері банківської діяльності. Банківське законодавство України належить до пріоритетної сфери законодавства, яка підлягає адаптації законодавства в межах інтеграції України до Європейського Союзу.

Сучасні тенденції вдосконалення законодавства пов'язують зі створенням нових комплексних галузей законодавства (зокрема, банківського, приватизаційного, податкового тощо), що є значним чинником впливу на реальне вирішення економічних і соціальних питань. У зв'язку із вдосконаленням законодавства, яке тягне за собою зменшення розриву між чинним правом та зміненими суспільними відносинами, система законодавства наближається до власного ідеалу — до системи права, від чого все чіткішою стає відповідність останньої системи системі суспільних відносин.

Банківське право, в свою чергу, являє собою сукупність різнорідних норм, що регулюють організацію кредитної системи й діяльність банків. Банківське право не є ні підгалуззю, ні основною галуззю права. Це комплексне утворення, що має свій специфічний правовий режим (однак не видовий). Коло суспільних відносин, що регулюються банківським правом, з одного боку, досить вузьке, щоб бути предметом регулювання основної галузі, а з іншої — не має єдності та своєрідності. Відповідно банківське право не має власного методу як необхідної ознаки «класичної» галузі права. Відносини комерційних банків з центральним банком, зазвичай, будуються за схемою влади — підпорядкування, тобто використовується метод владних приписів. А відносини самих банків із клієнтами та один з одним засновані, переважно, на юридичній рівності сторін, тобто в цих відносинах переважає цивільно-правовий метод (хоч і не завжди в чистому вигляді). Однак правовий

режим, притаманний саме відносинам у сфері банківської діяльності, відокремлює цю сферу від таких галузей, як фінансове, адміністративне, цивільне, господарське право.

Термін «банківське право» давно й стійко увійшов до професійного мовлення, в першу чергу, практичних робітників, і тому навряд чи слід від нього відмовлятися. Так само навряд чи є підстави не використовувати зазначений термін при вивченні курсу банківського права як навчальної дисципліни.

Прийняття законів, що визначають правовий статус Національного банку України та окремих інститутів банківської системи, а також режим здійснення банківської діяльності, є фактом, що засвідчує закріплення нових підходів з управління грошово-кредитною системою держави в ринкових відносинах, сприяє закріпленню демонополізації банківської системи в цілому, а також забезпеченню її стабільності та захисту інтересів клієнтів — юридичних та фізичних осіб. Поступово здійснювана гармонізація національного банківського законодавства в законодавство Європейського Співтовариства, розробка та вдосконалення банківських правил та стандартів — все це сприятиме залученню грошових коштів населення та підприємств до кредитної системи, зміцненню ринку позичкових капіталів, а відповідно до цього — і фінансової стабільності держави в цілому.

ЗМІСТ

ПЕРЕДМОВА	3
РОЗДІЛ I. Банківське право і банківське законодавство: співвідношення понять	5
Глава 1. Теоретичне розуміння категорії «банківське право»	5
Глава 2. Місце банківського законодавства в системі права України	28
РОЗДІЛ II. Джерела банківського законодавства в Україні.....	45
Глава 3. Онтологічно-правові форми організації банківської діяльності	45
Глава 4. Проблеми застосування норм банківського права та перспективи розвитку банківського законодавства.....	83
ПІСЛЯМОВА	101

Наукове видання

Олена Павлівна Орлюк

**ТЕОРЕТИЧНІ ПИТАННЯ
БАНКІВСЬКОГО ПРАВА
І БАНКІВСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА**

Шеф-редактор
КОВАЛЬСЬКИЙ В. С., кандидат юридичних наук

Юрінком Інтер — редакція наукової та навчальної літератури

Редактор *О. Г. Пазюк*
Комп'ютерний набір *Л. М. Сисосва*
Комп'ютерна верстка *О. М. Коваленко*
Художнє оформлення *М. П. Черненко*

Підписано до друку 10.04.2003. Формат 84x108/32. Папір офсетний № 1.
Друк офсетний. Гарн. Petersburg. Умовн. друк. арк. 5,46. Обл.-вид. арк. 5,57.
Наклад 1000 прим. Зам. № 3-962 Ціна договірна.

Оригінал-макет виготовлено комп'ютерним центром СП «Юрінком Інтер»

(Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої
продукції — серія ДК № 19 від 20.03.2000.)

З питань придбання літератури звертатися до видавництва «Юрінком Інтер»
за адресою: 04209, Київ-209, вул. Героїв Дніпра, 31-б; тел. 411-64-03

Віддруковано в ЗАТ «Віпол» ДК № 15.
03151, м. Київ, вул. Волинська, 60.