

А. Г. БАРИШНІКОВ

*Андрій Григорович Барішніков, доцент
Інституту права імені Володимира Ста-
шиса Класичного приватного університе-
ту, адвокат*

АДМІНІСТРАТИВНИЙ ШТРАФ: КОНЦЕПТУАЛЬНИЙ ПІДХІД ДО ОНОВЛЕННЯ ЗМІСТУ (НА ПРИКЛАДІ БАНКІВСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ)

З розвитком ринкових відносин, переходом до ринкової (ліберальної) економічної моделі, на відміну від адміністративної (централізованої) на сьогодні перед вченими-правознавцями, практиками та законодавчим органом України – Верховною Радою в особі спеціальних комісій постало питання про перегляд концептуальних засад чинного Кодексу про адміністративні правопорушення в рамках Концепції адміністративно-правової реформи, яка на сьогодні є програмно-практичним документом. Це безпосередньо стосується концепцій, які можуть бути покладені в основу нового Кодексу про адміністративні проступки.

Загальні проблеми застосування адміністративного штрафу як виду адміністративного стягнення стали об'єктом дослідження таких провідних вчених науки адміністративного права, як: В. Б. Авер'янов, Д. М. Бахрах, Ю. П. Битяк, В. Л. Коваль, Т. О. Коломоєць, А. Т. Комзюк, Д. М. Лук'янець, Б. М. Лазарев, Л. В. Савченко, І. Л. Честнов, С. М. Скворцов, В. А. Юсупов та ін. Водночас, враховуючи наукові здобутки в даній проблематиці, все ж вимушені констатувати недостатній рівень розробки концептуальних питань адміністративних стягнень у частині визначення підходів щодо обґрунтування їх домірності вчиненим правопорушенням.

Метою цієї статті є аналіз концептуальних засад, пов'язаних із розвитком інституту адміністративних стягнень, зокрема, – розвитку адміністративного штрафу та його застосування на прикладі банківської діяльності, формування власних висновків щодо цього питання.

Перехід до нових форм та методів господарювання, нових підходів до їх правового забезпечення вимагає проведення виваженої та глибоко продуманої державної політики щодо діяльності суб'єктів приватного права. На сьогодні вона включає в себе не лише *дозвільну* діяльність щодо суб'єктів господарювання, а й *контрольно-регулятивну*, на необхідність подальшого вдосконалення якої наголошується в Розділі III, п. 7 Концепції реформи адміністративного права¹.

Наголошуємо, що, у предметному розумінні цієї наукової статті, суб'єктом, який уповноважений здійснювати виконавчо-розпорядчу діяльність (у тому числі – накладати адміністративні стягнення) у сфері банківської діяльності, є Національний банк України (в особі його територіальних управлінь на місцях).

Найрозповсюдженішим видом адміністративних стягнень є штраф. На сьогодні в рамках перегляду концептуальних положень адміністративного законодавства (чинного КУАП України в частині застосування адміністративних стягнень) актуальності набувають питання про принципи, які будуть закладені в основу нового Кодексу про адміністративні проступки². Серед цих питань актуальним є питання про концепції державно-правової політики у галузі встановлення адміністративних штрафів, зокрема, – у сфері банківської діяльності.

Окрім здійснення управлінських функцій, НБУ як орган державного управління наділений контрольними функціями, в рамках яких він може застосовувати примусові заходи впливу адміністративного характеру, серед яких найдієвішим є штраф.

Так, застосування територіальними управліннями НБУ як адміністративними юрисдикційними органами (наділеними відповідними юрисдикційними повноваженнями згідно із законодавством) адміністративної відповідальності відбувається відповідно до

покладених на НБУ як особливий орган державного управління цілей, завдань та повноважень в рамках специфічної сфери його діяльності.

Здійснення контролю за банківською діяльністю допомагає в рамках *вступного* контролю перевірити законність підстав для створення банку, його установ на місцях (філій), відповідність та повноту наданої для реєстрації філії документації встановленим НБУ вимогам, наявність підстав для здійснення операцій (письмових дозволів), допомагає запобігти незаконним діям та прийняттю необґрунтованих рішень.

В рамках *поточного* (оперативного) контролю службою банківського нагляду перевіряється дотримання установою банку (банком) економічних нормативів та вимог до здійснення операцій певного виду. Цей вид контролю може також проводитися службою внутрішнього банківського контролю, в рамках якого проводяться перевірки раціонального використання фінансових ресурсів, що дозволяє запобігти внутрішнім зловживанням. Під час *наступного* (ретроспективного) контролю проводиться перевірка законності фактично здійснених банківських операцій, їх відповідність цільовому призначенню, зазначеному у відповідних первинних документах після завершення господарських операцій і, як правило, по завершенні звітного періоду. Такий контроль може також проводитися як службою внутрішнього банківського контролю, так і службою банківського нагляду територіального управління НБУ. У випадку порушення вимог нормативних актів ця служба має право виносити питання про застосування примусових заходів впливу щодо установи банку на розгляд комісії з питань нагляду при територіальному управлінні НБУ. Серед таких заходів впливу окремим видом є адміністративний штраф.

Таким чином, контрольна діяльність «завершується» притягненням винних (у випадках виявлення допущених порушень) до адміністративної відповідальності, яка «замикає» собою контрольну діяльність НБУ як органу державного управління і на сьогодні потребує вдосконалення в частині як інституціоналізації нових її видів за адміністративні правопорушення, так і вдосконалення існуючих примусових заходів (санкцій) у вигляді перегляду концептуальних підходів, які лежать в основі державної політики в галузі адміністративної штрафонормотворчої діяльності.

З огляду на предметність дослідження це має важливе значення у банківській сфері, та стосується питання перегляду концептуальних підходів до визначення розміру штрафу, який: або залишиться *превентивним* (виховним) з невеликим розміром (в таких випадках кажуть про «відступний» його характер), або набуде концептуально нового наповнення відповідно до загальноприйнятої у розвинутих країнах Європи практики – характеру *стримування*, коли розмір санкції значно вищий за можливу вигоду, яку можна отримати від правопорушення. В Україні поки що це питання в цілому залишається відкритим та дискусійним, потребує його обговорення з відповідним практичним втіленням результатів у положення законодавства.

Серед видів адміністративних стягнень штраф як вид майнового стягнення має найбільше превентивне, виховне та стримуюче значення, однак у кожному конкретному випадку його застосування особливого значення набуває його розмір, який у кінцевому результаті виражає принцип ефективності санкції як засобу забезпечення законності. Не є секретом, що від того, який розмір стягнення покладено на правопорушника за вчинення *правопорушення* (на сьогодні в рамках цього поняття йде мова також про протиправні дії юридичних осіб) чи *делікту* (відповідно ця категорія охоплює фізичних осіб), в кінцевому результаті залежить вплив на свідомість порушника правового примусу (міри впливу).

В рамках перегляду основних положень про види адміністративних стягнень Загальної частини Кодексу про адміністративні проступки (в аспекті практики їх застосування) актуальності набуває питання про вдосконалення найбільш дієвого їх виду, – «майнового стягнення, що має на меті вплив на порушника матеріально» – штрафу³.

У роботах, які були проведені закордонними правознавцями (наприклад, Генрі Стенлі Беккером (Чикаго, США), питання про вірогідність покарання та його розмір, питання вибору між штрафом та ув'язненням [в кримінальному праві – *прим. авт.*] в кінцевому результаті звелись до того, що найприйнятнішими були визнані «середній строк покарання та вірогідність його покладання, взяті в єдності», однак більшість

дослідників вважають, що вірогідність засудження сильніше впливає на злочинців, ніж розмір покарання⁴. Як слушно відмічав свого часу видатний вчений О. Е. Лейст, «якщо головна проблема санкцій – їх відповідність, домірність правопорушенню, то одна з центральних проблем відповідальності – її невідворотність»⁵.

Метою цієї статті не є дослідження ефективності примусових заходів впливу кримінальної відповідальності – це предмет іншої за змістом дискусії, для нас є актуальним питання ефективності саме адміністративних примусових заходів впливу (санкцій) у вигляді штрафу і саме у сфері діяльності банків.

Разом з тим, оскільки йдеться про домірність саме адміністративних санкцій, принциповим є врахування результатів економічного аналізу стримуючого ефекту кримінального покарання взагалі: «щоб покарання мало стримуючий ефект, потенційні злочинці [прим.авт. – правопорушники] повинні мати хоча б деяку інформацію про суворість покарання та її вірогідність за різноманітними злочинами»⁶. В рамках питання домірності санкційного впливу важливим є врахування співвідношення дієвості примусових заходів (стягнень): покарання та штрафу взагалі, – так, Г. С. Беккером⁷ у своїх роботах було неодноразово підкреслено, що тюремне ув'язнення (покарання) має *меншу ефективність* у порівнянні зі *штрафами*⁸.

Відтак, виходячи з наведеного вище, можна сказати, що тенденція, яка існує сьогодні у розвинених європейських країнах – Німеччині, Франції та інших країнах Євросоюзу має позитивні риси саме щодо посилення ролі, змісту та наповнення примусових заходів майновим характером, особливо адміністративних – економічним впливом на порушників.

У зв'язку із зміною «розстановки сил» у сфері власності, переходом від безпосередньо командних методів до опосередкованих правових методів впливу, відбулися зміни у характері взаємовідносин «держава – власник (розпорядник майна)» та відносин «клієнт – виконавець (власник)». У свою чергу, такий «відкат до свободи» вимагає встановлення великої кількості правових підстав для втручання в діяльність суб'єктів господарювання публічних органів контролю (галузевого, міжгалузевого, відомчого), від чого сама діяльність усіх суб'єктів стає унормованою, з чіткими «правилами гри», а контрольна діяльність набуває законного характеру; з обох сторін випадки та можливості «свавілля» зводяться до мінімуму.

Одночасно у зв'язку з забезпеченням самої діяльності суб'єктів права правовими приписами у діяльності набуває характеру *нормативності (інституційності)*, яка взаємопов'язана з *загальнообов'язковістю* норм права. Тобто за умови існування розгалуженої кількості необхідних нормативних актів контрольна діяльність набуває іншого змісту – унормованості, окресленості, законності, а це, у свою чергу, вимагає забезпечення дотримання норми примусовими заходами (у випадках порушення приписів норми) у вигляді встановлення санкцій як кінцевого елемента структури *логічної* правової норми, оскільки без неї норма є «дефектною», неефективною, *leges imperfectae* – «нормою без санкції».

Для досягнення *дієвого* результату правового регулювання засобами адміністративного права на сьогодні питання про відповідність штрафу вчиненому набуває іншого практичного наповнення – саме життя вимагає нових підходів, комплексних розробок у цій галузі. У кожному разі, ті розміри санкцій, які встановлені сьогодні в чинному Кодексі про адміністративні правопорушення України, вже не відповідають реаліям сьогодення й вимагають кардинальних (але виважених, обміркованих) змін.

Це стосується перш за все протиправних діянь, які вчиняються у сфері банківської діяльності (особливо це стосується здійснення банками та їх керівниками ризикових операцій). На сьогодні за типологією (як найбільш укрупненим поділом) виділяють правопорушення, які вчиняються юридичними особами: об'єктивно винне діяння, складне правопорушення, правопорушення з виділеним суб'єктом, комплексне правопорушення, а відповідно – й види адміністративної відповідальності юридичних осіб – комплексна, спільна, субститувальна, триваюча⁹.

Аналіз чинників, які в основному й призводять до банкрутства банків, показує, що в основному такими є здійснення керівництвом банку операцій з високим рівнем ризику і перш за все – активних операцій. Це вимагає здійснення не тільки перегляду об'єктів

адміністративно-правової охорони, а й нових підходів до визначення розміру штрафів за кожний вид правопорушення.

Вимагають оновлення підходи до визначення розміру штрафу (його домірності) за правопорушення банків як юридичних осіб у сфері банківської діяльності у зв'язку з переглядом підходів у праві стосовно відповідальності юридичних осіб, рецепцією принципу «суворої відповідальності» за шкоду, завдану суб'єктом господарювання – юридичною особою вчиненням цивільного правопорушення та принципу «безвинної відповідальності» (які беруть свій початок з часу прийняття Верховним судом Каліфорнії рішення у справі «Грінмен проти влади Юби», 1963 р.).

Виходячи з позиції, яка сприйнята європейською доктриною права стосовно підвищеного ступеню небезпеки протиправного діяння юридичної особи у зв'язку з розвитком індустріальних технологій (створення ризику), відповідно до принципу «суворої відповідальності» (справа «Ріналдс проти Флетчера», вирішеній у Лондонській палаті лордів у 1868 р.), який став домінуючим принципом юридичної відповідальності юридичних осіб в американському судовому праві, на сьогодні в Україні потребують перегляду погляди на розмір адміністративної відповідальності банків як юридичних осіб.

Аналіз адміністративних норм з цього приводу окремих країн Євросоюзу показує, що, наприклад, свого часу за законом ФРН «Про кредитування» було створено спеціальний орган адміністративної влади – Федеральне відомство по нагляду за виконанням законів про кредитування¹⁰. Згідно вказаного закону, Федеральне відомство в межах своєї компетенції було наділено правом застосування штрафних санкцій згідно Закону про виконання адміністративних рішень, які не повинні перевищувати 50 тисяч німецьких марок¹¹.

Іншим прикладом є законодавство Швейцарії, де за наслідками діяльності експертної комісії під керівництвом професора Ульріха Циммерлі (2004 рік) щодо вдосконалення законодавства у сфері нагляду за фінансовим ринком стало вдосконалення системи санкцій та розширення сфери застосування штрафу: порушення у сфері банківської діяльності караються тюремним ув'язненням на термін до трьох років або штрафом у розмірі 1 млн. швейц.фр., менш серйозні порушення – штрафом у розмірі 500 тис. швейц.фр., інші порушення – штрафом у розмірі від 150 тис. до 250 тис. швейц.фр.¹².

Серйозні правопорушення тягнуть заборону професійної діяльності на строк до 5 років; також запроваджено таку спеціальну санкцію, як вилучення прибутку, незаконно отриманого від порушення наглядового законодавства¹³. Застосування вказаних санкцій здійснюється з використанням адміністративних приписів Федерального закону про адміністративний процес (*Act on Administrative Procedure – APA*)¹⁴.

Звісно, при встановленні підвищених розмірів санкційного впливу у вигляді адміністративного штрафу стосовно банків як юридичних осіб необхідно виходити з максимально можливого розміру штрафу, який можна вважати *адміністративним штрафом*, оскільки встановлення більших (за максимально можливим) розмірів адміністративного штрафу знівелює грань між кримінальним та адміністративним штрафом та, відповідно, між адміністративною та кримінальною відповідальністю. Для цього необхідним є врахування положень Розділу Х Кримінального кодексу України («Покарання та його види»), ст. 53 «Штраф», в якій зазначається, що «розмір штрафу... визначається... залежно від тяжкості вчиненого злочину... в межах від тридцяти до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян»¹⁵.

Законодавцем визначено найвищу межу штрафу як додаткового виду кримінального покарання для чіткого відмежування кримінальної відповідальності від адміністративної. Це положення нового Кримінального кодексу України є принципово важливим для розмежування не тільки видів відповідальності, а й відмінних правових режимів та наслідків її застосування.

Сьогодні у рамках сказаного вище набуває актуальності також інший важливий момент: вибір між концепціями та принципами обґрунтування, які буде покладено в основу визначення розміру штрафу в новому Кодексі про адміністративні проступки, оскільки перегляду вимагають не тільки підходи до визначення міри санкції («відносно» визначеної – верхня й нижня межі, і «абсолютно» визначеної), які на сьогодні встанов-

люються *умозбагнено*, й не мають наукового обґрунтування (виходячи з цього й є необхідність прийняття Закону «Про державно-правові експерименти», зазначеного в Концепції адміністративно-правової реформи). Ці питання були досліджені професором Гордоном Таллоком¹⁶, який, зокрема, зазначав свого часу: «ми не можемо вибирати прийнятний для нас метод вирішення проблеми злочинності; в нас є неприйнятний метод *стримування*, який діє, й прийнятний метод, *виправлення*, який (в меншій мірі, поки що) ніколи не працював. За даних обставин ми повинні вибирати – або метод стримування, або більш високий рівень злочинності»¹⁷.

Підсумовуючи сказане вище, необхідно зазначити, що іншим важливим моментом у реалізації штрафу як виду адміністративного стягнення та міри відповідальності, встановленої нормами матеріального права є дотримання правової процедури, яка встановлюється нормами процесуального права. Це дозволяє вести мову про *правовий* примус в повному сенсі, про застосування правових заходів впливу, нормованих, інституціоналізованих, законних у вигляді саме *юридичної* і саме *відповідальності* (оскільки в інших випадках – без збереження процедури ведеться мова не про вид юридичної відповідальності), яка надає особі, котра притягується до неї, можливості захисту, змагальності, що робить примус та відповідну діяльність органів держави *правовим*.

¹ Про Концепцію реформи адміністративного права: Проект постанови Верховної Ради України від 11.09.2000 р. № 6054 (автор законодавчої ініціативи Ю. Єхануров) // Комітет з правової політики Верховної Ради України, Шоста сесія III скликання.

² Кодекс України про адміністративні проступки: Проект Закону України від 26.05.2004 р. № 5558 (суб'єкт законодавчої ініціативи – Кабінет Міністрів України) // Комітет з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності Верховної Ради України.

³ Бахра Д. Н. Административная ответственность. – Пермь, 1966. – С. 105.

⁴ Беккер Г. С. Экономическая теория преступности / Пер. з англ. Ю. В. Латов // Экономическая теория преступлений и наказаний. – 2001. – № 1. – С. 14.

⁵ Лейст О. Э. Санкции по советскому праву (теоретические проблемы). – М., 1981. – С. 97.

⁶ Таллок Г. Сдерживают ли наказания преступность? / Пер. з англ. А. Е. Милин // Экономическая теория преступлений и наказаний. – 2001. – № 1. – С. 31.

⁷ Генрі Стенлі Бекер є професором Чикагського університету, основоположником теорії злочинної та правоохоронної діяльності, лауреатом Нобелівської премії у сфері економіки. Проблема ефективності штрафного впливу була висвітлена ним в роботі «Злочин та покарання: економічний підхід» (1968).

⁸ Беккер Г. С. Экономическая теория преступности / Пер. з англ. Ю. В. Латов // Экономическая теория преступлений и наказаний. – 2001. – № 1. – С. 32.

⁹ Лук'янець Д. М. Інститут адміністративної відповідальності: проблеми розвитку: Монографія. – К., 2001. – С. 92-113.

¹⁰ Про кредитування: Закон Федеративної Республіки Німеччини від 01 січня 1962 р. (із наступними змінами та доповненнями від 22.12.1985 р.) / Пер. з нім. за рахунок коштів, виділених народному депутату України Носову В.В. для здійснення депутатських повноважень, вересень 1997р. – Бібліотека Верховної Ради України. – 55 с.

¹¹ Там само. – Параграф 50.

¹² Згідно Класифікатора іноземних валют та банківських металів, швейцарський франк відноситься до першої групи класифікатора, код валюти – CHF (756); станом на 23.06.2009 року його офіційний обмінний курс до гривні становив: за 100 швейц. фр. – 699,6387 грн.

¹³ Петер Нобель. Швейцарское финансовое право и международные стандарты: Пер. с англ. – М., 2007. – С. 533-534.

¹⁴ Там само. – С. 494-498.

¹⁵ Кримінальний кодекс України: Офіц. видання. – К.: Ін Юре, 2001. – С. 32.

¹⁶ Гордон Таллок є професором економіки та політичних досліджень університету штату Арізона, одним з ведучих сучасних американських економістів, що займаються неоінституціональними дослідженнями; серед найбільш відомих його здобутків є робота по економічній теорії права та злочинності – «Логіка права» (1971).

¹⁷ Tullock G. Does Punishment Deter Crime? // The Economics of Crime. – N.Y.: Cambridge, – 1980. – P. 134.