

А. Ю. Бушев\*

## **О КРИТЕРИЯХ ОЦЕНКИ РЕШЕНИЙ ДИРЕКТОРОВ КОММЕРЧЕСКИХ ОРГАНИЗАЦИЙ: ОТ ДЕТАЛЬНОЙ РЕГЛАМЕНТАЦИИ К ОЦЕНОЧНЫМ ПОНЯТИЯМ**

*В память о моем учителе, д. ю. н., профессоре В. Ф. Яковлевой (1922–2007)*

Принятие управленческих решений при осуществлении предпринимательской деятельности отличается множеством объективных особенностей, которые влияют на выбор законодателем приемов правового регулирования с целью установления баланса публичных и частных интересов в корпоративных отношениях.

Так, основной интерес предпринимателя — систематическое извлечение прибыли удовлетворяется в условиях значительно большей неопределенности (рискованности) результата, чем интерес, связанный с бытовыми личными потребностями. Более высокая степень неопределенности объясняется, в частности, тем, что чаще всего проявление искомого результата (прибыль) «разнесено» во времени с поведением, нацеленным на этот результат (затраты). В данный период (порой весьма продолжительный) в зависимости от вида деятельности на получение результата может влиять множество разнородных факторов, в том числе находящихся вне сферы контроля предпринимателя.

Еще большей неопределенностью (рискованностью) отличается деятельность по принятию управленческих решений в хозяйственных обществах, в отношении имущества которых существуют несовпадающие интересы множества лиц. Это и интерес акционеров на получение дохода от инвестированных средств, и интерес трудового коллектива на получение стабильной и все более высокой заработной платы, прочих компенсаций, и аналогичный интерес менеджмента, и интерес публичной власти по сбору налогов, иных обязательных платежей, и известный интерес контрагентов, и т. д. Понятно, что в силу ограниченности ресурсов коммерческой организации принять решение, удовлетворяющее в полной мере интерес каждого, едва ли возможно: в отношении любого управленческого решения всегда может быть обнаружен недовольный.

Множественность лиц и интересов, рисковый и конкурентный характер предпринимательской деятельности объясняют отчасти и широкую вариативность возможных управленческих решений. Едва ли возможно выработать на все случаи жизни безупречные формулы и алгоритмы, устанавливающие, каким именно образом следует учитывать многочисленные факторы, влияющие на процесс принятия решений органами управления коммерческих организаций.

Объективная невозможность установления единых детальных правил принятия всех управленческих решений не означает, что публичная власть может оставить

---

\* Бушев Андрей Юрьевич — кандидат юридических наук, доцент кафедры коммерческого права юридического факультета СПбГУ; e-mail: Andrei.Bushev@ipaper.com

© А. Ю. Бушев, 2013

предпринимателя без внимания и вообще отказаться от регулирования. Публичная власть заинтересована в контроле над деятельностью лиц, принимающих решение, с целью создания условий, при которых злоупотребления и совершение ошибок станут для предпринимателя экономически невыгодными. Между тем набор юридико-технических приемов, из которых публичная власть может сделать свой выбор для достижения цели контроля и ограничения в связи с этим частного интереса предпринимателя, является весьма разнообразным.

Попытки установить общие правовые критерии оценки приемлемости управленческих решений для удовлетворения частного и публичного интересов неоднократно предпринимались и в России, и за рубежом. Далее дается краткая характеристика намеченной в российском праве по данному вопросу тенденции, предлагается дополнительный критерий оценки. И публичному, и частному праву известны случаи, когда в интересах публичного порядка необходимо, с одной стороны, предоставить принимающему решение лицу широкую свободу усмотрения, а с другой стороны, во избежание злоупотреблений обеспечить судебный контроль над обоснованностью такого решения. Доказывается, что для сочетания этих целей в сфере предпринимательства целесообразно использование оценочных понятий. Однако для ограничения произвола судебной власти предлагается в качестве дополнительного критерия оценки судом решений предпринимателей применять по аналогии признак очевидности, «явности» неразумности принимаемого решения — критерий «явной очевидности».<sup>1</sup>

Рассмотрим вкратце основные подходы публичной власти к определению критериев оценки управленческих решений, принимаемых хозяйствующим субъектом в различных экономических условиях.

1. Развитие указанных критериев в условиях административно-командной системы управления экономикой происходило под влиянием публичного права. С переходом к рыночной экономике значительно усилилась роль частного права, во многом заменившего ранее принятую методiku. Советский правопорядок, относительно четко сформулировав (преимущественно в нормах уголовного и административного права) признаки недопустимого поведения, устанавливал в то же время для большинства хозяйственных ситуаций алгоритм ожидаемого («правильного») управленческого поведения. В связи с этим степень определенности и надлежащего процесса, и ожидаемого результата при оценке управленческих решений была достаточно высокой.

Становление рыночной экономики, основанной во многом на конкуренции решений и идей, немыслимо без предоставления хозяйствующим субъектам широкой свободы усмотрения, самостоятельности, права ни риск, на ошибку. Вместе с тем сложившаяся ранее практика доминирования публично-правовых методов была перенесена и на новые рыночные условия хозяйствования. Мостик между строгой регламентацией управленческих решений и признанием за руководителем свободы усмотрения был вымощен налоговым правом.

---

<sup>1</sup> «Очевидность» — совершенная ясность, несомненность, бесспорность (см.: *Толковый словарь Ожегова онлайн*: <http://enc-dic.com/ozhegov/Ochevidnyj-21722.html>). Дополнительный признак «явный» призван усилить характеристики определяемого слова («очевидность»), чтобы подчеркнуть их значение для любого лица независимо от его тех или иных индивидуальных особенностей. Очевидность, обладающая в этом смысле объективностью, понятна каждому, а не только лицу, знакомому со всеми обстоятельствами и нюансами дела, она не требует дополнительных доказательств.

2. Налоговые органы в целях удовлетворения имущественного интереса публичной власти — увеличения налоговых платежей приступили к самостоятельной оценке экономической эффективности управленческих решений частных лиц. В частности, оспаривалась целесообразность затрат (понижавших налогооблагаемую базу), если, по мнению публичной власти в лице налоговых органов, таких затрат можно было бы избежать. Например, зачем осуществлять затраты на привлечение специалистов юридической фирмы при наличии юристов в штате организации? Оправданны ли высокие маркетинговые расходы, если востребованность производимого компанией продукта и без того высока? Чем обусловлен выбор конкретного контрагента, если аналогичные услуги можно было бы получить по более низкой цене, и т. п.<sup>2</sup> Бремя доказывания обоснованности затрат возлагалось на налогоплательщика. Государство подвергало сомнению как отдельные предпринимательские решения, так и их совокупность, если результатом бизнес-конструкций (совокупности операций) становилось снижение налоговых выплат.<sup>3</sup>

Очевидно, что такой подход, существенно повышавший риск налоговой ответственности, пагубно сказывался на развитии предпринимательской инициативы, столь необходимой для становления новых экономических условий.

Должна ведь быть и положительная сторона. Избыточная активность публичной власти способствовала скорейшему осознанию порочности такой практики и выработке правовых критериев, сдерживающих произвольность и непропорциональность административно-правового вмешательства в частные отношения. Рассмотрение судами публично-правовых споров позволило выявить критерий, разграничивающий допустимые и недопустимые решения, принимавшиеся частными лицами при совершении гражданско-правовых сделок. Снижение налогового бремени признавалось оптимизацией налоговых платежей, а не уклонением от уплаты налогов при наличии соответствующей деловой цели (например, организация реально действующего представительства на другой территории).<sup>4</sup> При наличии такой экономической задачи коммерческое решение отвечало признаку разумности, даже если, по мнению контролирующих органов, аналогичный хозяйственный результат мог быть получен иным более эффективным способом.<sup>5</sup> Важный шаг в сторону от модели тотального контроля: за

---

<sup>2</sup> См. также: Винницкий Д. В., Савицкий А. И. «Экономическая обоснованность» и «экономическая целесообразность» в российском налоговом праве: Комментарий к Постановлению Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 11 ноября 2008 г. № 7419/07 // Вестник ВАС РФ. 2009. № 6(199). С. 80–89.

<sup>3</sup> Фатхутдинов Р. С. Существо и форма в налоговых отношениях // Там же. 2012. № 9.

<sup>4</sup> «Налоговая выгода не может быть признана обоснованной, если получена налогоплательщиком вне связи с осуществлением реальной предпринимательской или иной экономической деятельности.

При этом следует учитывать, что возможность достижения того же экономического результата с меньшей налоговой выгодой, полученной налогоплательщиком путем совершения других предусмотренных или не запрещенных законом операций, не является основанием для признания налоговой выгоды необоснованной» (Постановление Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды», п. 4. — Тексты упоминающихся в статье законов, судебных и иных актов, принятых публично-правовыми образованиями, содержатся в ИПС «Гарант»).

<sup>5</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 27 мая 2003 г. № 9-П: «...недопустимо установление ответственности за такие действия налогоплательщика, которые хотя и имеют своим следствием неуплату налога либо уменьшение его суммы, но заключаются в использовании предоставленных налогоплательщику законом прав, связанных с освобождением на законном основании от уплаты

предпринимателем закреплена зона неконтролируемого властью усмотрения! Кроме того, обширная судебная практика по спорам с государством способствовала привлечению внимания к критерию добросовестности при принятии управленческих решений частными лицами.<sup>6</sup>

3. Тем временем и судебному, и доктринальному осмыслению была подвергнута и частнопредписанная норма п. 3 ст. 53 ГК РФ, принятая в начальном периоде формирования правовых основ рыночной экономики и устанавливающая следующее общее требование: «Лицо, которое в силу закона или учредительных документов юридического лица выступает от его имени, должно действовать в интересах представляемого им юридического лица добросовестно и разумно. Оно обязано по требованию учредителей (участников) юридического лица, если иное не предусмотрено законом или договором, возместить убытки, причиненные им юридическому лицу».<sup>7</sup>

Прочтение данной нормы вместе с положениями п. 3 ст. 10 ГК РФ о презумпции добросовестности и разумности участников гражданских правоотношений,<sup>8</sup> п. 2 ст. 401 ГК РФ о презумпции вины правонарушителя и др. приводило к различным выводам о содержании и соотношении данных понятий, о распределении бремени доказывания.<sup>9</sup>

В отношении управленческой деятельности руководителей хозяйственных обществ общие положения п. 3 ст. 53 ГК РФ были уточнены в специальных законах — ст. 71 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах», ст. 44 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью». Специальные нормы установили, что руководители хозяйственных обществ «должны действовать в интересах общества, осуществлять свои права и исполнять обязанности в отношении общества добросовестно и разумно... Они несут ответственность перед обществом за убытки, причиненные обществу их виновными действиями (бездействием), если иные основания ответственности не установлены федеральными законами... при определении оснований и размера ответственности должны быть приняты во внимание обычные условия делового оборота и иные обстоятельства, имеющие значение для дела».<sup>10</sup>

---

налога или с выбором наиболее выгодных для него форм предпринимательской деятельности и соответственно — оптимального вида платежа...».

<sup>6</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 12 октября 1998 г. № 24-П, Определение Конституционного Суда РФ от 25 июля 2001 г. № 138-О и др.

<sup>7</sup> Заметим также, что условия привлечения к материальной ответственности руководителя организации регулируются и положениями ст. 277 ТК РФ, согласно которой руководитель организации несет полную материальную ответственность за прямой действительный ущерб, причиненный организации на началах вины (ч. 1), однако в случаях, предусмотренных федеральными законами, расчет убытков осуществляется в соответствии с нормами гражданского законодательства (ч. 2).

<sup>8</sup> В отношении некоторых управленческих решений закон прямо устанавливает исключения. Например, при нахождении организации в состоянии имущественного кризиса согласно п. 4 ст. 10 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (в дальнейшем — Закон о банкротстве) контролирующее должника лицо не отвечает за вред, причиненный имущественным правам кредиторов, *если докажет*, что действовало добросовестно и разумно в интересах должника. Презумпция добросовестности и разумности не применима.

<sup>9</sup> Емельянов В. И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. М., 2002.

<sup>10</sup> Аналогичные ориентиры для свободы принятия решения воспроизведены в последующем для некоторых иных специальных ситуаций управления: в унитарном предприятии (ст. 25 Федерального закона от 14 ноября 2002 г. № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных

Специальные законы подчеркнули необходимость вины как одного из условий привлечения руководителя хозяйственного общества к гражданско-правовой ответственности, введя тем самым дополнительные критерии для оценки управленческих решений. Согласно гражданско-правовой дефиниции вины (ч. 2 п. 1 ст. 401 ГК РФ): «Лицо признается невиновным, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, оно приняло все меры для надлежащего исполнения обязательства».

Кроме того, специальная норма в развитие одного из признаков понятия вины — «условия оборота» предусмотрела дополнительный критерий — «обычные условия делового оборота». Наконец, специальные законы, обязав суды учитывать «иные обстоятельства, имеющие значение для дела», предоставили судам широкое поле дискреции для оценки принимаемых управленческих решений.

В дополнение к оценочным понятиям, наметившим ориентиры границ свободы усмотрения управленца, указанные и иные специальные законы предусмотрели и ряд конкретных частноправовых ограничений (об участии в принятии решений по сделкам, в которых имеется заинтересованность, о совмещении должностей в других организациях, о раскрытии информации об аффилированности, об обязанности обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании банкротом,<sup>11</sup> о достоверности и полноте информации, раскрываемой в проспекте ценных бумаг,<sup>12</sup> и др.). Конечно же, по-прежнему заметными маяками пределов свободы управленческого усмотрения остаются публично-правовые предписания.

4. Установление законодателем в публичном и частном праве критериев, позволяющих отграничить должное поведение управленца по принятию решения от недолжного, укрепляет определенность такой деятельности, служит цели снижения риска злоупотребления и иного произвола, и поэтому, на первый взгляд, поиск и закрепление в законе новых критериев необходимо поддерживать. С другой стороны, недопустима и излишняя детализация, поскольку рискованный и самостоятельный характер предпринимательства диктует необходимость предоставления органам управления коммерческого объединения широкого усмотрения в выборе способов организации своей деятельности. Законодатель «нового времени» отказался от конкретизации условий принятия управленческих решений и обратился преимущественно к оценочным понятиям (добросовестность, разумность, осмотрительность, заботливость и др.).

Такой юридико-технический прием, по мнению Конституционного Суда РФ, позволяет судебной власти, действующей на основе принципов самостоятельности, справедливости, независимости, объективности и беспристрастного правосудия, более эффективно обеспечивать баланс интересов сторон.<sup>13</sup> Применительно к добросовестности,

предприятиях); в случае кризисного управления: «При проведении процедур, применяемых в деле о банкротстве, арбитражный управляющий обязан действовать добросовестно и разумно в интересах должника, кредиторов и общества» (п. 4 ст. 20.3 Закона о банкротстве).

<sup>11</sup> Статья 9 Закона о банкротстве и др.

<sup>12</sup> Статья 22.1 Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг».

<sup>13</sup> *Определение* Конституционного Суда РФ от 16 декабря 2010 г. № 1580-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Лябихова Сергея Михайловича на нарушение его конституционных прав подпунктом 1 пункта 1 статьи 7 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», пунктом 1 статьи 8 и подпунктом 3 пункта 6 статьи 18 Кодекса профессиональной этики адвоката» (см. также *Определение* Конституционного Суда РФ от 2 апреля 2009 г. № 484-О-П).

например, по наблюдению Г. А. Гаджиева, «общепризнанное понятие “*bona fides*” никогда не определялось в законе, “*bona fides*” проявляется как понятие через систему судебных решений».<sup>14</sup>

5. Однако в процессе судебного толкования указанные общие понятия, и ранее отличавшиеся противоречивостью, стали еще более запутанными как в публичном,<sup>15</sup> так и в гражданском праве.<sup>16</sup> Например, добросовестность была отнесена и к субъективной, и к объективной стороне правонарушения (элемент обязанности, добросовестность как тщательность, осмотрительность, принятие необходимых мер, скрупулезность и т. п.).

Так, Верховный Суд РФ указывает, что «приобретатель не может быть признан добросовестным, если к моменту совершения сделки в отношении спорного имущества имелись притязания третьих лиц, о которых ему было известно».<sup>17</sup> В совместном Постановлении пленумов Верховного Суда РФ и ВАС РФ указывается, что приобретатель признается добросовестным, если докажет, что при совершении сделки он не знал и не должен был знать о неправомерности отчуждения имущества продавцом, в частности принял все разумные меры для выяснения полномочий продавца на отчуждение имущества,<sup>18</sup> т. е. обращает внимание на необходимость активных действий для получения знания о притязаниях иных лиц (добросовестен, если «не должен был знать»). В актах ВАС РФ можно найти и такую позицию: добросовестность и разумность «заключаются не только в принятии всех необходимых и достаточных мер для достижения максимального результата от предпринимательской и иной экономической деятельности, но и в надлежащем исполнении публично-правовых обязанностей, возлагаемых на предпринимателя действующим законодательством».<sup>19</sup>

Подлил масла в огонь противоречий и сам законодатель. Например, в ст. 189.6 Закона о банкротстве вина определяется через добросовестность и разумность: некоторые лица, принимающие управленческие решения, «могут быть признаны виновными, если их решения или действия (в том числе превышение полномочий), повлекшие за собой возникновение признаков банкротства, не соответствовали принципам добросовестности и разумности, установленным гражданским законодательством, уставом кредитного кооператива, обычаями делового оборота». Понятно, что терминологически правильнее было бы говорить о привлечении к ответственности, а не о признании виновными. Напомним, что в указанных выше специальных законах о хозяйственных

---

<sup>14</sup> Самойленко О. Б. Интервью с Г. А. Гаджиевым // Юридический справочник руководителя. 2004. № 11.

<sup>15</sup> Белов В. А. К вопросу о недобросовестности налогоплательщика. Критический анализ правоприменительной практики. М., 2006.

<sup>16</sup> Маковская А. А. Основание и размер ответственности руководителей акционерного общества за причиненные обществу убытки // Убытки и практика их возмещения: Сб. ст. / Отв. ред. М. А. Рожкова. М., 2006; Жукова Ю. Д. Распределение бремени доказывания добросовестности и разумности поведения руководителя общества при разрешении споров о привлечении его к ответственности // Право и экономика. 2012. № 2; Власова А. С. Презумпция добросовестности в спорах из корпоративных правоотношений // Закон. 2011. № 3; и др.

<sup>17</sup> Определение Верховного суда РФ от 2 ноября 2010 г. № 5-Впр10-55.

<sup>18</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 10, Постановление Пленума ВАС от 29 апреля 2010 г. № 22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав».

<sup>19</sup> Определение ВАС РФ от 28 января 2011 г. № ВАС-15201/10.

обществах вина, добросовестность, разумность называются в качестве самостоятельных условий привлечения к ответственности.<sup>20</sup>

6. Маятник критериев для оценки управленческих решений устремился к противоположному значению: от детальной регламентации и относительно высокой предсказуемости оценки в советские времена к общим формулировкам, противоречивости понятий и непредсказуемости оценки в новых условиях. Но «хотели как лучше..!». Обе крайности неприемлемы. Одна подавляет фундамент предпринимательства — свободу и самостоятельность, другая — стимулирует произвол, злоупотребления и безответственность.

Следует заметить, что некоторые признаки рассматриваемых критериев «лежат на поверхности», они очевидны для любого, поскольку основаны на здравом смысле. Не нужно быть профессионалом, чтобы понимать, что принятие решения должно во всех случаях быть основано на информации. Чем более важным для дела является принимаемое решение, чем большее количество интересов различных лиц оно затрагивает, тем более достоверной, полной и своевременной должна быть соответствующая информация (постановка диагноза в медицине, разведка при ведении боевых действий, изучение предшествующих работ при научной деятельности и т. д.). Иной подход является явно неразумным.<sup>21</sup> Не случайно многочисленные документы отечественных и международных публично-правовых организаций, предлагающие рекомендации относительно набора и содержания рассматриваемых критериев, исходят из информированности руководителя как одного из основных критериев для признания его деятельности надлежащей.<sup>22</sup>

7. В зарубежном праве экономически развитых государств доминирующее влияние по рассматриваемому вопросу имеет сформулированное американской судебной практикой «правило делового суждения» («*business judgment rule*»)<sup>23</sup>. Презюмируется, что руководитель (директор) надлежаще выполняет свои обязанности («*duty of care*», «*duty of loyalty*» и др.), если не будет установлено наличие одного из критериев,

---

<sup>20</sup> Другой, но не последний пример, подп. 1 п. 1 ст. 8 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», где при определении общих требований к исполнению адвокатом своих обязанностей наряду с разумностью и добросовестностью называется термин «честность». Адвокат, как и управленец, обладает широким усмотрением в выборе среди многочисленных вариантов поведения. Думаю, что честность есть проявление доброй совести и поэтому вполне охватывается понятием «добросовестность». Вероятно, в данном случае под термином добросовестность законодатель подразумевал тщательность.

<sup>21</sup> О межотраслевых правовых принципах процедуры принятия управленческого решения, направленных на снижение рисков ошибки и злоупотребления, см. мои работы: Бушев А. Ю. 1) Публичный порядок в сфере международного торгового оборота // Международное торговое право: Учеб. пособие / Под ред. В. Ф. Попондопуло. М., 2005; 2) Основы управления рисками в праве // Арбитражные споры. 2008. № 3 (43).

<sup>22</sup> *Распоряжение* ФКЦБ от 4 апреля 2002 г. № 421/р «О рекомендации к применению Кодекса корпоративного поведения»; *Рекомендация* Базельского комитета по банковскому надзору «Совершенствование корпоративного управления в кредитных организациях» (Базель, сентябрь 1999 г.); *Доклад* ОЭСР «Корпоративное управление и финансовый кризис. Выводы и новые «наилучшие практики» для содействия внедрению Принципов», 24 февраля 2010 г.; *Письма* ЦБР от 13 сентября 2005 г. № 119-Т, от 6 февраля 2012 г. № 14-Т; и др.

<sup>23</sup> *High Court Case Summaries. Corporations. Keyed to Eisenberg's Casebook on Corporations, 9<sup>th</sup> Edition. USA. Thomson/West. 2006.*

свидетельствующих об обратном. Получение необходимой информации и ее активный анализ — один из таких критериев.

Американские суды, по сути, исходят из того, что в случае соблюдения определенных процедурных требований (во многом основанных на здравом смысле среднего предпринимателя и поэтому являющихся широко распространенными, предсказуемыми, очевидными) оптимальность выбранной альтернативы, эффективность решения являются потенциально более высокими. К таким процедурным требованиям относятся, например, заблаговременное получение и изучение информации, активное истребование дополнительной информации при возникновении сомнений в достоверности или неясности изначально представленной информации, привлечение экспертов для дачи пояснений, заявление о возможном конфликте интересов и т. д.

Один из наиболее детальных и в известном смысле кодифицированных подходов зарубежного законодателя по установлению границ усмотрения бизнес-управленцев проявлен в английском праве. Обобщив многочисленные прецеденты, Закон о компаниях 2006 г. не только закрепил общие обязанности директоров, созвучные американскому и европейскому континентальному праву, но и существенным образом уточнил обязанность по деятельности директора в интересах компании. Принимая решение, директор, в частности, должен учитывать (а) возможные последствия решения в долгосрочной перспективе, (б) интересы трудового коллектива, (в) необходимость развития бизнес-отношений с поставщиками, потребителями и др., (г) влияние деятельности компании на окружающую среду, (д) стремление компании к поддержанию репутации надежного партнера, отвечающего высоким стандартам бизнес-этики, и др.

Многие из этих положений постепенно трансплантируются в российское право.

8. Еще одно усилие отечественного законодателя по поиску критериев оценки решений руководителей коммерческой организации предпринято в связи с разработкой изменений в ГК РФ (в дальнейшем — Проект изменений в ГК или Проект),<sup>24</sup> а также специального закона, предметом которого является уточнение условий привлечения к ответственности членов органов управления хозяйственных обществ (в дальнейшем — Законопроект).<sup>25</sup>

Так, первым пакетом новых норм ГК дополнен положениями о том, что никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения (п. 4 ст. 1); недопустимы действия в обход закона (п. 1 ст. 10).

Следуя этому общегражданскому принципу, при рассмотрении вопроса о привлечении управленца к ответственности должна быть дана оценка законности принятого им решения. Иными словами, при выборе одного из альтернативных решений приоритет должен быть отдан только законному варианту.<sup>26</sup> Выбирая незаконную альтернативу

<sup>24</sup> Проект федерального закона от 3 апреля 2012 г. № 47538-6 принят в первом чтении Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации.

<sup>25</sup> Постановление Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 5 октября 2010 г. № 4183-5 ГД «О проекте федерального закона № 394587-5 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части привлечения к ответственности членов органов управления хозяйственных обществ»».

<sup>26</sup> Сам по себе этот принцип, берущий истоки из канонического права и связанного с ним права справедливости, известный и римскому праву как «*exinjuria jus non oritur*», возражений не вызывает. Очевидно, однако, что в современной правовой инфраструктуре, с известным состоянием ее судебной системы, допускающей взаимоисключающее толкование одних и тех же норм, длительностью процедуры и т. п., применение данного правила в качестве правового принципа может поставить

решения, управленец переступает границу предоставленной ему правопорядком свободы усмотрения.

Норма ст. 53.1 Проекта формулирует правило, в соответствии с которым управленец обязан «возместить убытки, причиненные по его вине юридическому лицу. — Он отвечает, если будет доказано, что при осуществлении своих прав и исполнении обязанностей... действовал [о] недобросовестно или неразумно, в том числе если его действия (бездействие) не соответствовали обычным условиям гражданского оборота или обычному предпринимательскому риску». Как видно из данного положения, Проект в целом сохраняет избранный ранее в ГК подход, укрепляя его большей ясностью.

Законопроект вводит существенные уточнения в упомянутые выше действующие нормы Закона об акционерных обществах и Закона об обществах с ограниченной ответственностью, конкретизируя права и обязанности управленцев, содержание понятий «разумность» и «добросовестность», распределяет бремя доказывания и др.

В частности, предполагается, «что руководитель общества действовал неразумно, если: 1) он принял решение без учета имеющейся у него и (или) представленной ему информации; 2) до принятия решения он не предпринял действий, направленных на получение необходимой для принятия решения информации, которые обычно предпринимаются при сходных обстоятельствах». Своевременное получение полной и достоверной информации вновь рассматривается как ключевой элемент разумности при принятии управленческих решений.

Кроме того, формулируются четыре признака недобросовестности, объединившие в одном определении ее субъективный и объективный элементы.

«Предполагается, что руководитель общества действовал недобросовестно, если:

(1) он действовал при наличии конфликта между его личными интересами и интересами общества, в том числе при наличии заинтересованности в совершении обществом сделки (сделок), о котором не был уведомлен совет директоров (наблюдательный совет) общества; 2) он знал или должен был знать о том, что совершенное им действие (бездействие) и (или) принятое решение, за которое он голосовал, не отвечает интересам общества; 3) он без уважительных причин не исполнял или уклонялся от исполнения возложенных на него обязанностей; 4) его действия (бездействие) и (или) принятое решение, за которое он голосовал, не соответствуют требованиям настоящего Федерального закона, иных федеральных законов, нормативных правовых актов, устава или внутренних документов общества».

Бремя доказывания отсутствия указанных обстоятельств возлагается на руководителей общества. «При отсутствии указанных обстоятельств действия руководителей общества признаются разумными и добросовестными, если не доказано иное».<sup>27</sup> Такой подход, по замыслу разработчиков Законопроекта, вероятно, должен стимулировать руководителей общества не только к определенному поведению, но и к внедрению

---

предпринимателя в еще более затруднительное положение. Вопрос о целесообразности принятия Проекта в предлагаемом варианте, содержащем множество правильных идей, до завершения кардинальной перестройки правовой инфраструктуры (подавление коррупции, повышение профессионализма и независимости судей и т. д.) не входит в предмет данного исследования.

<sup>27</sup> Бойко Т. С., Буркатовский А. А. Критерии ответственности членов органов управления хозяйственных обществ в свете готовящихся изменений в корпоративное законодательство и зарубежного опыта // Закон. 2011. № 5.

и соблюдению таких процедур принятия решения, которые бы обеспечивали в каждом случае сбор и хранение соответствующих достоверных доказательств.

Неоспоримыми преимуществами Проекта изменений в ГК и Законопроекта являются дальнейшее раскрытие рассматриваемых критериев, придание им большей определенности. В то же время усмотрение суда по-прежнему остается излишне широким. Думается, что в отношении критерия разумности, часто понимаемого как рациональность, взвешенность, а также связанных с ним критериев осмотрительности и заботливости необходимо использовать еще одно уточнение. Оно, полагаю, должно применяться в рамках как действующего, так и обновленного законодательства (в случае принятия указанных законопроектов).

9. Праву известны иные ситуации, в которых конкурируют две указанные выше задачи: независимого контроля и предоставления широкого усмотрения лицу, принимающему решение. Совпадающий подход, выработанный как в публичном, так и в частном праве, может быть применен по аналогии в рассматриваемой ситуации.

Так, Европейский Суд по правам человека (ЕСПЧ) при оценке деятельности публичной власти по защите прав и основных свобод человека признает широту усмотрения государства в выборе тех или иных средств защиты, оставляя за собой право сверять контролируемое решение с выработанными ЕСПЧ стандартами. В вертикальных отношениях, например в налоговых, ЕСПЧ исходит из непропорциональности избранного средства (т. е. констатирует правонарушение) в тех случаях, когда оно является явно, очевидно неразумным.<sup>28</sup> При этом само по себе наличие альтернатив решения государством того или вопроса по защите соответствующих прав и свобод, возможно и более эффективных альтернатив, не влечет признания нарушения государством требований Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (в дальнейшем — Конвенция).

Показательным является и толкование уточняющего оценочного критерия «необходимый в демократическом обществе». ЕСПЧ, признавая широту усмотрения государства в выборе средств по ограничению свободы слова, по сути, вновь использует критерий «явной очевидности».<sup>29</sup> Согласно сложившемуся стандарту (критерию) ограничение данной свободы должно быть очевидно «необходимым», т. е. должна существовать «настоятельная социальная потребность» по насущным, актуальным общественным нуждам. Необходимость ограничения должна быть убедительно доказана с учетом всех фактических особенностей соответствующей ситуации. Поэтому одних лишь ссылок государства на необходимость ограничения свободы с целью защиты того или иного публичного интереса явно недостаточно.<sup>30</sup> Например, введение цензуры и иных ограничений в отношении содержания журналистской информации допускается, однако может быть оправдано исключительными обстоятельствами, соображениями

<sup>28</sup> Постановление ЕСПЧ от 23 февраля 1995 г. по делу «Общество с ограниченной ответственностью “Гасус Досьер- унд Фордетекник” против Нидерландов».

<sup>29</sup> Постановление ЕСПЧ от 26 сентября 1995 г. по делу Фогт против Германии // Европейский суд по правам человека: Избр. решения. Т. 2. М., 2000. С. 104–122; Постановление ЕСПЧ от 26 февраля 2009 г. по делу «Кудешкина против России», жалоба № 29492/05. — Перевод, а также комментарии к постановлению главного редактора журнала «Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека» В. А. Портнова опубликованы в журнале № 12(45) 2009.

<sup>30</sup> Human rights files, No. 18. Freedom of expression in Europe. Case-law concerning Article 10 of the European Convention on Human Rights. Updated edition 2007. — Постановления и решения ЕСПЧ, обзоры практики находятся в свободном доступе в сети Интернет: <http://hudoc.echr.coe.int/> (HUDOC).

наивысшего общественного интереса и нуждается в самом обстоятельном и убедительном обосновании.

Примечательна и практика ЕСПЧ по применению ст. 18 Конвенции, которая гласит: «Статья 18. Пределы использования ограничений в отношении прав. Ограничения, допускаемые в настоящей Конвенции в отношении указанных прав и свобод, не должны применяться для иных целей, нежели те, для которых они были предусмотрены». Согласно стандарту оценки ЕСПЧ для вывода о применении «для иных целей» и признания государства, вышедшего за пределы предоставленного ему широкого усмотрения, нарушение должно быть доказано со всей убедительностью, необходимо представить прямые и неопровержимые доказательства так, чтобы все возможные домыслы и сомнения были устранены.<sup>31</sup> Иными словами, факт должен быть очевидным, ясным, не допускающим сомнений в его достоверности.

И для вертикальных отношений (между публичной властью и частным лицом), и для горизонтальных отношений (между частными лицами) важно, чтобы избранный вариант имел какие-то понятные разумные основания (объяснения).<sup>32</sup>

По мнению ЕСПЧ, орган управления государства, решения которого контролируются, находится в гуще событий и более осведомлен о различных сопутствующих решению обстоятельствах, поэтому для учета этих обстоятельств и выбора одной из альтернатив решения он имеет более выгодное положение, чем судья международного суда. Границы усмотрения публичной власти могут раздвигаться в зависимости от контекста, характера права, а также иных обстоятельств, выявленных практикой ЕСПЧ.<sup>33</sup> Одним из таких факторов, предоставляющих государству еще большее усмотрение, является отсутствие консенсуса среди государств — участников Конвенции, т. е. при наличии вариативности решений, когда государства используют разные способы реагирования при схожих фактических обстоятельствах.<sup>34</sup>

Нетрудно обнаружить параллель между, с одной стороны, оценкой деятельности государства, осуществляемой судьями международного органа — ЕСПЧ, часто не являющимися экспертами в национальном праве, находящимися «вдали» от экономической, политической и иной специфики применения права в том или ином обществе, и, с другой стороны, оценкой рассматриваемых управленческих решений. В последнем случае судья не является профессионалом в сфере бизнес-процессов, он далек от реальных условий предпринимательства, хотя, разумеется, может иметь свое мнение и даже сомнение относительно целесообразности выбора той или иной альтернативы деловой цели и способов ее достижения.

Возможное ущемление интересов третьих лиц без их непосредственного согласия, в условиях большой вариативности решений, высокой неопределенности и в то же время при необходимости поощрения принятия решения возникает и в ситуациях

<sup>31</sup> Ковлер А. И. Статья 18 Европейской конвенции по правам человека: есть ли пределы ее толкования? // Права человека. Практика ЕСПЧ. 2012. № 5 (74).

<sup>32</sup> См., напр., постановление ЕСПЧ от 3 апреля 2012 г. по делу «Котов против Российской Федерации» [Kotov v. Russia].

<sup>33</sup> Постановление ЕСПЧ от 25 сентября 1996 г. по делу «Бакли против Соединенного Королевства», § 74.

<sup>34</sup> Постановление ЕСПЧ от 16 декабря 1999 г. по делу «Т. против Соединенного Королевства», § 71–72; Шпильман Д. Сыграть на свободе усмотрения государства. Европейский Суд по правам человека и теория национальной сферы усмотрения: отказ от европейского контроля или его субсидиарность // Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. 2011. № 6 (63).

правомерного причинения вреда (ст. 37–42 УК РФ). Признак явной очевидности, заведомого знания, крайней необходимости и т. п. выступает условием, учитываемым при оценке поведения лица, принявшего соответствующее решение.

Аналогичная логика публичного права («явная очевидность») может быть применена и при оценке судом управленческих решений, принимаемых коммерческой организацией.

10. В частном праве примером использования критерия явной очевидности в условиях конкуренции задач по независимому контролю и признанию широты усмотрения лица, принимающего решение, являются нормы ст. 333 ГК РФ (договорная «неустойка явно несоразмерна»), ст. 428 ГК РФ (договорное условие «явно обременительно») и др. В силу положений ст. 333 ГК РФ: «Если подлежащая уплате неустойка *явно* несоразмерна последствиям нарушения обязательства, суд вправе уменьшить неустойку (курсив мой. — А. Б.)». При этом, как правильно разъяснено в п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 декабря 2011 г. № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации», соразмерность неустойки последствиям нарушения обязательства предполагается. Ранее ВАС РФ обращал внимание на то, что основанием для применения ст. 333 ГК РФ может быть не любая несоразмерность неустойки последствиям нарушения обязательств, а «только явная».<sup>35</sup>

Согласование сторонами договора условия о неустойке основано на принципе свободы договора (ст. 421 ГК РФ), на предоставленном собственнику широком усмотрении совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, не противоречащие закону и иным правовым актам, не нарушающие права и охраняемые интересы других лиц (п. 2 ст. 209 ГК РФ), на самостоятельности предпринимательской деятельности (ст. 2 ГК РФ). Судебный контроль, как неоднократно отмечал Конституционный Суд РФ, не призван проверять экономическую целесообразность решений, принимаемых субъектами предпринимательской деятельности, которые в сфере бизнеса обладают самостоятельностью и широкой дискрецией.<sup>36</sup> В то же время предоставленная суду «возможность снижать размер неустойки в случае ее чрезмерности по сравнению с последствиями нарушения обязательств является одним из правовых способов, предусмотренных в законе, которые направлены против злоупотребления правом свободного определения размера неустойки...».<sup>37</sup>

Итак, вновь отметим, что рисковый характер предпринимательской деятельности, самостоятельность ее осуществления предопределяют необходимость признания за предпринимателем широкого усмотрения по принятию управленческих решений. Исходя из многообразия предпринимательской деятельности, детальная регламентация в законе процедуры принятия решений «на все случаи жизни» едва ли возможна, она может быть, более того, и вредоносна. Российское право отказалось от практики

<sup>35</sup> Обзор практики применения арбитражными судами ст. 333 Гражданского кодекса Российской Федерации (п. 2), Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 14 июля 1997 г. № 17. — Примечательно, что согласно ст. 348 Германского торгового уложения в отношениях между предпринимателями снижение неустойки не допускается. Из этого правила имеет место исключение, основанное на требовании о добросовестности: снижение возможно, но только в случае «вопиющей несоразмерности» (*Principles of European Contract Law. Part I and II. Prepared by the Commission on European Contract Law / Ed. by O. Lando and H. Beale // Kluwer Law Int., The Hague, 2000. P. 456*).

<sup>36</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 24 февраля 2004 г. № 3-П, *определения* Конституционного Суда РФ от 4 июля 2007 г. № 366-О-П, от 19 октября 2010 г. № 1422-О-О.

<sup>37</sup> *Определение* Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2000 г. № 263-О (СПС «КонсультантПлюс»).

детальной регламентации условий принятия решения и, следуя опыту многих стран, развивается по пути установления общих критериев для оценки судом любых управленческих решений (разумность, добросовестность, заботливость, осмотрительность и др.). Понимание этих критериев в российской юриспруденции остается по-прежнему крайне противоречивым. Между тем и публичному, и частному праву известны случаи, когда в интересах публичного порядка необходимо, с одной стороны, предоставить принимающему решение лицу широкую свободу усмотрения, а с другой стороны, во избежание злоупотреблений обеспечить судебный контроль над обоснованностью такого решения. Баланс между различными интересами в аналогичных ситуациях осуществляется путем введения критерия «очевидность», применение которого целесообразно распространить и на оценку управленческих решений. Учитывая многочисленные дефекты отечественной правовой инфраструктуры, данный критерий необходимо усилить дополнительной характеристикой «явная очевидность».

11. Признание широты свободы усмотрения предпринимателя и фиксация некоторых ее границ посредством оценочных критериев соответствуют современным экономическим условиям предпринимательства, способствуют установлению баланса между частными и публичными интересами в корпоративных отношениях. Однако избранный для регулирования тот или иной юридико-технический прием должен также обеспечить соответствие сформированного правового положения ценностям современного общества. Допустимо ли применение оценочных критериев в рассматриваемой ситуации для достижения необходимой определенности правовой нормы и обеспечения в связи с этим верховенства закона?

Как уже отмечалось, директор хозяйственного общества может привлекаться к имущественной ответственности, размер которой может быть весьма существенным, нарушение частноправовой обязанности по управлению может в ряде случаев явиться основанием для возбуждения административного или уголовного преследования. Соответствует ли избранный законодателем прием конституционно-правовому требованию к качеству правовой нормы, к требованию о ее определенности?

Правовая определенность как правовой принцип не упоминается ни в тексте Конституции РФ, ни в тексте Конвенции и является во многом продуктом судебного толкования принципа равенства всех перед законом, законности, принципа справедливости, она рассматривается и как имманентное свойство права.<sup>38</sup>

12. В своих постановлениях Конституционный Суд РФ неоднократно обращал внимание на необходимость определенности правовой нормы, ее ясности, недвусмысленности, единообразного понимания правоприменителем во избежание произвола властей, для обеспечения прав и свобод человека и гражданина.<sup>39</sup> При этом особенно

<sup>38</sup> Боннер А. Т. Проблемы установления истины в гражданском процессе. СПб., 2009; Бондарь Н. С. Правовая определенность — универсальный принцип конституционного нормоконтроля (практика Конституционного Суда РФ) // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 10.

<sup>39</sup> Постановления Конституционного Суда РФ от 25 апреля 1995 г. № 3-П «По делу о проверке конституционности частей первой и второй статьи 54 Жилищного кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданки Л. Н. Ситаловой»; от 18 июля 2008 г. № 10-П «По делу о проверке конституционности положений абзаца четырнадцатого статьи 3 и пункта 3 статьи 10 Федерального закона “О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)” в связи с жалобой гражданина В. В. Михайлова»; от 15 июля 1999 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Закона РСФСР “О Государственной налоговой службе РСФСР” и Законов Российской Федерации “Об основах налоговой системы в Российской

высокое значение свойство определенности правовой нормы приобретает при установлении условий привлечения к ответственности.<sup>40</sup> В то же время Конституционный Суд РФ неоднократно говорил о допустимости содержания в праве оценочных и специальных понятий, терминов, о допустимости их конкретизации судебной практикой.<sup>41</sup>

13. Практика ЕСПЧ также базируется на требовании определенности правовых норм, позволяя и частным лицам, и публичным властям прогнозировать правовые последствия своего поведения.<sup>42</sup> При этом ЕСПЧ исходит из того, что «эти последствия не нуждаются в предвидении с абсолютной уверенностью: опыт показывает, что такая уверенность недостижима».<sup>43</sup> Есть у определенности и обратная сторона, также выявленная ЕСПЧ, но им не приветствуемая, — чрезмерный формализм правоприменения,<sup>44</sup> «юридический пуризм»,<sup>45</sup> применение ранее принятой нормы без учета новых объективных реалий<sup>46</sup> и т. п.

Представляется, что основной целью правовой определенности во всех ее проявлениях является обеспечение предсказуемости последствий основанного на норме поведения. Практика ЕСПЧ содержит многочисленные примеры, когда государство привлекало частное лицо к ответственности даже ретроспективно на основании вновь введенных норм. В таких случаях государство признавалось действовавшим в рамках предоставленной ему Конвенцией дискреции, если частное лицо, совершая оцениваемое

---

Федерации” и “О федеральных органах налоговой полиции”»; от 27 мая 2008 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности положения части первой статьи 188 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки М. А. Асламазян»; и др.

<sup>40</sup> Отметим, что понимание правовой определенности не ограничивается лишь ясностью соответствующей нормы. Другой характеристикой рассматриваемой определенности является разумная стабильность нормативного правила во времени, необходимая, в частности, для поддержания доверия граждан к закону и действиям государства, для учета законных ожиданий частных лиц.

<sup>41</sup> См. упоминавшееся Определение от 16 декабря 2010 г. № 1580-О-О; *Постановление* от 23 января 2007 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 779 и пункта 1 статьи 781 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами общества с ограниченной ответственностью “Агентство корпоративной безопасности” и гражданина В. В. Макеева»; *Постановление* от 20 января 2007 г. № 13-П «По делу о проверке конституционности ряда положений статей 402, 433, 437, 438, 439, 441, 444 и 445 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан С. Г. Абламского, О. Б. Лобашовой и В. К. Матвеева» (см. также: *Кашанина Т. В.* Оценочные понятия в советском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1974; *Лазарев В. В.* Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974; *Залоило М. В.* Понятие и виды правореализационной конкретизации юридических норм // Адвокат. № 11. 2011).

<sup>42</sup> *Постановления* от 15 ноября 1996 г. по делу «Кантони против Франции» [*Cantoni v. France*], от 7 февраля 2002 г. по делу «Е. К. против Турции» [*E. K. v. Turkey*]; и др.

<sup>43</sup> *Постановления* ЕСПЧ от 20 мая 1999 г. по делу «Реквены против Венгрии» [*Rekvényi v. Hungary*]. — См. также: *постановления* от 26 апреля 1979 г. по делу «Сандей Таймс против Соединенного Королевства» (№ 1) [*Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1)*], от 24 марта 1988 г. по делу «Олссон против Швеции» [*Olsson v. Sweden*], от 25 августа 1998 г. по делу «Хертель против Швейцарии» [*Hertel v. Switzerland*].

<sup>44</sup> *Постановление* от 1 апреля 2010 г. по делу «Георгий Николаевич Михайлов против Российской Федерации» [*Georgiy Nikolayevich Mikhaylov v. Russia*], & 56.

<sup>45</sup> *Постановление* от 23 июля 2009 г. по делу «“Сутяжник” против Российской Федерации» [*Sutyazhnik v. Russia*].

<sup>46</sup> Правило «эволюционного (“эволютивного”) толкования» (см.: *Вильдхабер Л.* Переосмысление роли Европейского Суда по правам человека // Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. 2011. № 1(58). С. 18–20).

деяние, могло разумно предвидеть возможность наступления для себя негативных последствий.

Национальные суды вправе отступить от сложившейся практики при наличии уважительных и убедительных причин. Как бы ясно ни было сформулировано правовое положение, в любой системе права всегда существует неизбежный элемент судебного толкования. Точно так же всегда существует потребность в разъяснении сомнительных пунктов и приспособлении к изменяющимся обстоятельствам. Принцип законности не нарушается, когда судебное признание такого развития являлось разумно предсказуемым. Палата лордов приняла прецедент, применение которого в отношении заявителя возлагало на него дополнительную имущественную обязанность ретроспективно в связи с совершенным им преступлением. Ранее, на момент совершения преступления, такая обязанность, согласно действовавшему иному прецеденту Палаты лордов, не возникла.<sup>47</sup> Предсказуемость изменения в понимании судом правовой нормы, т. е. подрыв ее определенности, должна быть именно разумно ожидаемой.

Стандарт разумности для оценки предсказуемости не однороден,<sup>48</sup> хотя он в целом тяготеет к следующей позиции. Рассуждая о широте усмотрения следователя принять решение об аресте обвиняемого, ЕСПЧ отмечает, что для выбора ареста среди других альтернативных способов пресечения необходимо разумное основание. Требование того, «чтобы подозрение формировалось на разумных основаниях, является неотъемлемой частью гарантий от произвольного ареста или заключения под стражу. Того факта, что подозрение является добросовестным, недостаточно. Выражение «разумное подозрение» означает наличие фактов либо информации, которые убедили бы объективного наблюдателя в том, что соответствующее лицо могло совершить преступление».<sup>49</sup> ЕСПЧ, таким образом, применяет тест «объективного наблюдателя», т. е. лица, не вовлеченного в процесс принятия решения и не имеющего возможности непосредственно учесть все нюансы дела. В последующем ЕСПЧ вновь подчеркнул, что «для того, чтобы арест, произведенный на основании разумного подозрения, был оправданным, согласно п. 1 ст. 5 Конвенции, нет необходимости в том, чтобы полиция располагала доказательствами, достаточными для предъявления обвинения в момент ареста или в течение времени нахождения заявителя под стражей... Также нет необходимости в том, чтобы лицу, заключенному под стражу, было предъявлено обвинение либо оно предстало перед судом».<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> Постановление от 12 апреля 2011 г. по делу «Хор против Соединенного Королевства» [*Hoare v. United Kingdom*].

<sup>48</sup> Например, не убеждают аргументы ЕСПЧ о том, что военнослужащий в период проведения боевых действий в 1944 г. мог предвидеть распространение на него специальных норм международного права (в том числе и неопубликованных), а также то, что сроки давности привлечения к ответственности по вменяемому ему правонарушению могут быть восстановлены национальным законом через несколько десятилетий после их истечения (Постановление ЕСПЧ от 17 мая 2010 г. по делу «Кононов против Латвии» [*Kononov v. Latvia*]). Другой аналогичный пример: сомнителен вывод о неспособности менеджмента одного из крупнейших холдингов предвидеть возможность продления судом (на 3,5 месяца) давностного срока привлечения к ответственности в случае активного препятствования проведению налоговой проверки (Постановление ЕСПЧ от 20 сентября 2011 г. по делу «ОАО «Нефтяная компания «ЮКОС» против России» [*ОАО Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*]).

<sup>49</sup> Постановление ЕСПЧ от 30 августа 1990 г. по делу «Фокс, Кемпбелл и Хартли против Соединенного Королевства» [*Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom*].

<sup>50</sup> Постановление от 19 мая 2004 г. по делу «Гусинский против Российской Федерации» [*Gusinskiy v. Russia*].

14. Представляется, что «объективный наблюдатель» может выполнить свою роль по обнаружению разумного основания при условии, что такое основание обладает свойством очевидности, совершенной ясности и в этом смысле объективно.

С учетом сказанного заслуживает поддержки заключение Т. Н. Нешатаевой о том, что «международные суды под принципом верховенства права понимают не принцип законности, сформулированный в позитивном праве, но скорее общий естественно-правовой принцип предсказуемости и справедливости нормативных писаных правил».<sup>51</sup> И еще о предсказуемости. Вспомним, что американское право, сформулировавшее правило делового суждения, оказало существенное влияние на развитие указанных оценочных критериев. В свою очередь, в США формирование норм об условиях привлечения директоров корпораций к ответственности происходило во многом на базе американского деликтного права. При установлении признаков осмотрительности оценивается, в частности, то, мог ли причинитель вреда (директор корпорации) разумно предвидеть возможность наступления негативных последствий.<sup>52</sup> Вновь — возможность предвидеть, предсказать. Та же возможность предвидеть и отношение к возможным последствиям являются ключевыми при установлении вины как условия привлечения к ответственности и по советскому, и по российскому праву.

15. Подведем итог рассуждениям о допустимости использования оценочных понятий в свете требования о качестве правовой нормы, требования об определенности условий привлечения управленца к ответственности, в том числе условия, устанавливающего границы свободы усмотрения по принятию решений. Законодатель должен стремиться к ясности, недвусмысленности, стабильности правовых положений. Такое качество закона обеспечивает предсказуемость последствий основанного на нем поведения.

Предсказуемость реакции со стороны публичной власти является одной из характеристик верховенства закона. Однако достижение полной определенности едва ли возможно. В ряде областей деятельности, в том числе и в сфере предпринимательства, принятие решения зависит от множества факторов и нюансов, необходимости учета изменяющейся ситуации, существенных затруднений в предсказывании результата. В таких случаях решение обычно затрагивает различные интересы, его принятие может потребовать известной скорости и нестандартного подхода.

Требование современного общества об определенности правовой нормы не будет нарушено, если законодатель, учитывая объективные особенности управленческой деятельности, прибегнет к оценочным понятиям, предоставив одновременно судебным органам право контроля.

Именно суд в силу своей независимости и беспристрастности, способности в большей степени, чем законодатель, погрузиться в гущу фактических обстоятельств наилучшим образом приспособлен для осуществления функции контроля. Вместе с тем во избежание судебного произвола такой контроль не может быть безграничным, граница контроля также должна быть предсказуема. Однако складывающаяся в судебной практике сумятица по раскрытию и применению рассматриваемых оценочных критериев, при всей необходимости последних для развития рыночных отношений в России,

<sup>51</sup> *Нешатаева Т. Н.* Уроки судебной практики о правах человека: европейский и российский опыт. М., 2007.

<sup>52</sup> *Vincent R. Johnson.* The role of negligence and due care in American tort law / Пер. на рус. яз. С. А. Белова // Кодекс info. 2004. № 1–2.

может поставить под сомнение соблюдение требования определенности (предсказуема непредсказуемость суда). Выступая в роли стороннего наблюдателя, суд для обеспечения предсказуемости своих оценок должен руководствоваться объективными критериями. Таким критерием, понятным и для суда, и для частных лиц, является критерий «явной очевидности» неразумности управленческого решения. Как и закон, критерий «явной очевидности» является потенциально общеизвестным и поэтому предсказуемым.<sup>53</sup>

Статья поступила в редакцию 20 марта 2013 г.

---

<sup>53</sup> Более подробный вариант данной статьи, включающий, в частности, мнение автора в отношении проекта постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица», см.: Бушев А. Ю. О свободе принятия бизнес-решений и правовых критериях определения ее границ: критерий явной очевидности // Арбитражный споры. 2013. № 3(63). С. 113–132.