



**ЗАРИПОВ
ВАДИМ
МАРАТОВИЧ**

руководитель
аналитической службы
юридической компании
«Пепеляев Групп»

МОЖНО ЛИ ОСПАРИВАТЬ ПОСТАНОВЛЕНИЯ ПЛЕНУМОВ ВЫСШИХ СУДОВ?

На примере Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 № 53 ставится вопрос о правовой природе постановлений пленумов ВАС и ВС РФ в свете возможности их оспаривания в КС РФ. Автор приводит аргументы в пользу нормативной природы подобных актов.

***Ключевые слова:** понятие нормативного акта, официальное толкование, Пленум Верховного Суда РФ, судебное оспаривание нормативного акта*

1. Повод для дискуссии

Фабула спора в Определениях Конституционного Суда (КС) РФ от 26.11.2018 № 3044-О и от 25.04.2019 № 873-О — весьма типичная для нашего времени, «налоговый» спор, связанная с налоговой неисполнительностью контрагентов.

Нетипичен предмет жалобы в КС — это не только привычные нормы 21-й и 25-й глав Налогового кодекса (НК) РФ, но и положения Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда (ВАС) РФ от 12.10.2006 № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды» (далее — Постановление № 53).

Содержание Определений в отношении обжалуемых норм законов ничем не примечательно. Что же касается Постановления № 53, то, как пишет КС РФ в упомянутом Определении № 3044-О, «будучи актом толкования закона, в силу статьи 125 (часть 4) Конституции Российской Федерации и пункта 3 части пер-



VADIM M. ZARIPOV

Head of Analytical
Department at Pepeliaev
Group

CAN PLENARY RESOLUTIONS OF SUPREME COURTS BE CHALLENGED?

In terms of Plenary Resolution No. 53 of the Russian Supreme Arbitrazh (Commercial) Court dated 12 October 2006, an issue is raised regarding the legal nature of plenary resolutions passed by the Russian Supreme Arbitrazh Court and the Russian Supreme Court, and whether such resolutions can be challenged before the Russian Constitutional Court. The author uses arguments for the regulatory nature of such legal instruments.

Keywords: *definition of regulation, official interpretation, Plenary Session of Russian Supreme Court, challenging regulation in court*

вой статьи 3 Федерального конституционного закона „О Конституционном Суде Российской Федерации“ оно само по себе не может выступать самостоятельным предметом проверки Конституционного Суда Российской Федерации».

Казалось бы, очевидный вывод, ведь граждане и их объединения вправе жаловаться в КС РФ только на законы.

На наш взгляд, вполне можно считать, что, по смыслу Федерального конституционного закона от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», т.е. для целей конституционного нормоконтроля, Постановление № 53 — это закон.

2. Аргументы формального свойства

Формальные доводы хотя и требуют дополнительной проверки, но в совокупности выступают серьезным подтверждением защищаемого тезиса.

2.1. История принятия

Как известно, при подготовке проекта федерального закона о совершенствовании налогового администрирования, практически полностью переписавшего первую часть НК (Федеральный закон от 27.07.2006 № 137-ФЗ), всерьез обсуждалось предложение включить в НК антизлоупотребительные нормы, подобные положениям ст. 10 Гражданского кодекса (ГК) РФ.

В Государственной Думе это предложение было заблокировано, и тогда было принято решение другим способом урегулировать подогретую делом «ЮКОСа» ситуацию с повальным обвинением основных российских налогоплательщиков — организаций и индивидуальных предпринимателей — в недобросовестности. Иного варианта, кроме как принять обязательное для всех арбитражных судов постановление Пленума ВАС РФ, не оставалось. Поэтому, как только весной 2006 г. стало понятно, что поправки в НК РФ внести не получится, началась подготовка разъяснения ВАС РФ.

2.2. Указание разъясняемых норм

Обычно предмет разъяснения указывается в преамбулах пленарных постановлений, например:

— законодательство о заключении и толковании договора (Постановление Пленума Верховного Суда (ВС) РФ от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора»);

— глава 21 НК РФ (Постановление Пленума ВАС РФ от 30.05.2014 № 33 «О некоторых вопросах, возникающих у арбитражных судов при рассмотрении дел, связанных с взиманием налога на добавленную стоимость») и т.д.

В других постановлениях пленумов разъясняемые нормы указываются непосредственно в тексте.

Посмотрим, какие нормы и какого закона упоминаются в Постановлении № 53:

— ст. 65, 71 и 162 Арбитражного процессуального кодекса (АПК) РФ, содержащие общие нормы об обязанности доказывания, а также об исследовании и оценке доказательств;

— п. 1 ст. 45 (сейчас подп. 3 п. 2 ст. 45) НК РФ о судебном порядке взыскания при изменении квалификации сделки, статуса и характера деятельности налогоплательщика;

— ст. 166, 168 и 170 ГК РФ, содержащие нормы о действительности сделок.

Надо заметить, что нормы ГК и НК РФ упоминаются локально в одном лишь п. 8 Постановления только для того, чтобы разграничить их применение в налоговых спорах. Тем более что норму о судебном порядке взыскания при налоговой переквалификации, как и сам п. 8, можно отнести к спящим, как говорят юристы, нормам (хочется надеяться, что не к мертвым).

Можно ли сделать вывод, что процессуальные нормы ст. 65, 71 и 162 АПК составляют предмет разъяснения Пленумом ВАС РФ? Можно ли считать, что из этих норм, пусть даже в совокупности и взаимосвязи, вытекает то, что изложено в тексте Постановления № 53 о понятии налоговой выгоды, деловой цели, ответственности налогоплательщика за контрагента? Если да, то какова глубина и ширина этих уникальных по емкости процессуальных норм — что еще они могут в себе содержать? Соответственно, могут ли налогоплательщики рассчитывать на конституционно-правовую проверку этих норм с учетом смысла, придаваемого им положениями Постановления № 53 как акта официального толкования? Вопросы по крайней мере риторические.

2.3. Последующие действия законодателя

С 2017 г. в НК РФ присутствует ст. 54.1, в которой сказано и про уменьшение налогов, т.е. налоговую выгоду, и про деловую цель, и про ответственность за контрагента. Те же положения, что и в Постановлении № 53. И ни у кого нет сомнений, что это нормы закона.

«Суть изменений заключается в том, что законодателем определены конкретные действия налогоплательщика, которые признаются злоупотреблением правами, и условия, которые должны быть соблюдены налогоплательщиком для возможности учесть расходы и заявить налоговые вычеты по имевшим место сделкам (операциям). Налоговым органам следует учитывать, что статья 54.1 НК РФ не содержит положений о расширении полномочий налоговых органов по сбору доказательственной базы, в связи с чем при применении положений указанной статьи действуют применяемые налоговыми органами законодательно предусмотренные процедуры по сбору, фиксированию и оценке доказательств», — разъяс-



няет Федеральная налоговая служба (ФНС России) нижестоящим органам¹.

Положения статьи про деловую цель и про ответственность за контрагента — это, по мнению ФНС России, материальные, а не процессуальные нормы, не про доказательства и доказывание. Значит, на поставленный выше риторический вопрос можно ответить так: отнюдь не нормы АПК РФ разъяснялись в Постановлении № 53.

Введение в НК РФ ст. 54.1 подтверждает, что ранее имел место законодательный пробел, восполненный Постановлением № 53. В отсутствие федерального закона его положения заменили, по существу, законодательные нормы.

2.4. Правозащитное понимание закона

Как отмечают авторитетные авторы, постепенно Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) пришел к выводу, что понятием «закон», используемым в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (заключена 04.11.1950 в Риме), охватываются как позитивный закон, так и судебная практика². Для целей применения Конвенции понятие «закон» может включать не только акты законодательной власти, но и судебные прецеденты, международно-правовые обязательства, а также ряд вторичных источников, к примеру королевские декреты, чрезвычайные декреты и различные внутренние предписания, основанные на законе³.

Следует подчеркнуть, что сейчас мы обсуждаем не абстрактный вопрос о понятии закона, а процессуальный вопрос о том, могут ли граждане и их объединения рассчитывать на проверку существенно влияющих на их правовое положение юридических актов, проверка которых в ином порядке вряд ли возможна.

2.5. Практика КС РФ

Специалисты соглашаются, что КС РФ понимает закон достаточно широко, притом что «в доктрине конституционного права понятие „закон“ является довольно абстрактным и неоднозначно определяемым»⁴.

Так, КС РФ принимает к рассмотрению жалобы о проверке конституционности постановлений Государственной Думы об амнистии, поскольку они «в системе действующих нормативных правовых актов по своему уровню и материально-правовому содержанию могут быть приравнены только к принимаемым Государственной Думой законам»⁵.

Суд отнес к закону и постановления Правительства РФ, принятые на основе специального делегирующего положения закона.

Даваемое КС РФ толкование «направлено на то, чтобы охватить понятием „закон“ все нормативные правовые акты, которые по своей природе выполняют роль первичного правового регулятора прав и свобод, имеют непосредственную связь с Конституцией и в этом своем значении приравниваются к формальному закону»⁶.

Как мы видим, КС РФ исходит из достаточно широкого понимания закона: в качестве такового можно обжаловать не только то, что прямо именуется законом, и не только то, что принято парламентом.

Например, могут обжаловаться постановления Правительства, принятые на основе законодательного делегирования полномочий, даже если при этом не был применен делегирующий закон⁷. К таким актам относятся также законы и иные нормативные правовые акты бывшего СССР, сохраняющие свое действие

¹ Письмо ФНС России от 31.10.2017 № ЕД-4-9/22123@ «О рекомендациях по применению положений статьи 54.1 Налогового кодекса Российской Федерации».

² См., напр.: *Гаджиев Г.А., Коваленко К.А.* Принцип правовой определенности в конституционном правосудии // Журнал конституционного правосудия. 2012. № 5.

³ См.: *Захаров Н.О.* Ограничение субъективных прав — законность, целесообразность, пропорциональность // Адвокат. 2016. № 8.

⁴ Комментарий к Федеральному конституционному закону «О Конституционном Суде Российской Федерации» (постатейный) / под ред. Г.А. Гаджиева. М., 2012.

⁵ *Казанцев С.М.* Проверка подзаконных нормативных правовых актов Конституционным Судом Российской Федерации // Журнал конституционного правосудия. 2015. № 1.

⁶ *Гриценко Е.В., Розмари В.* Защита прав местного самоуправления средствами конституционного правосудия в России и Германии // Журнал конституционного правосудия. 2015. № 4.

⁷ Постановление КС РФ от 14.05.2009 № 8-П.

после вступления в силу Конституции РФ и регулирующие права и свободы человека и гражданина. Так, в Определении от 02.03.2006 № 16-О⁸ КС РФ пришел к выводу, что нормы, даже если они содержатся в акте, по форме не отвечающем конституционным требованиям, могут применяться, если эти нормы не противоречат Конституции РФ по содержанию.

2.6. Международный опыт

Руководящие разъяснения высших судов распространены на постсоветском пространстве. Что же мы видим у наших казахстанских коллег? Они совершенно не стесняются называть постановления Пленума Верховного суда Республики Казахстан нормативными. Любой может в этом убедиться, посмотрев специальный раздел на официальном сайте ВС РК.

Пора и нам отбросить ложную стыдливость и называть вещи своими именами.

Подготовка и издание постановлений пленумами высших судов — по существу не судебная, а нормотворческая деятельность.

Соответственно, она должна вестись с учетом позиции всех заинтересованных сторон в процедуре, близкой к парламентской, возможно, по модели существующей оценки регулирующего воздействия нормативных актов. Несомненно, это потребует большей открытости и демократизации процедуры подготовки проектов пленарных постановлений ВС РФ.

3. Аргументы содержательного (сущностного) характера

Они более важны, хотя и труднее в доказывании.

3.1. Наличие норм права

Постановление № 53 является актом официального толкования, обладающим нормативными свойствами, потому что содержит нормы права, т.е. правила, обязательные для всех арбитражных судов, а посред-

ством их деятельности — для неограниченного круга налоговых органов и налогоплательщиков.

Здесь логика ровно та же, что и в Постановлении КС РФ от 31.03.2015 № 6-П по делу ОАО «Газпром нефть» о проверке возможности оспаривания разъясняющих писем ФНС России в ВС РФ. Письма ФНС адресованы непосредственно налоговым органам и их должностным лицам; обязательность содержащихся в них разъяснений для налогоплательщиков нормативно не закреплена. Тем не менее КС пришел к выводу, что «поскольку в силу принципа ведомственной субординации территориальные налоговые органы обязаны в правоотношениях с налогоплательщиками руководствоваться исходящими от Федеральной налоговой службы разъяснениями норм налогового законодательства — такие акты опосредованно, через правоприменительную деятельность должностных лиц налоговых органов, приобретают, по сути, обязательный характер и для неопределенного круга налогоплательщиков».

Оставлять случаи появления правовых норм без конституционного нормоконтроля нельзя, так как у государства возникает обходной (теневой) путь установления правовых норм, а это противоречит идее правового государства.

Очевидно, что положения Постановления № 53 не воспроизводят нормы закона, а формулируют новые правовые понятия и определенные правила поведения. В этом смысле можно признать, что Постановление № 53 во многом уникально. Конечно, можно назвать множество постановлений, где пленумы вольно обходятся с содержанием разъясняемых норм, порой намеренно их расширяя или изменяя. И здесь тоже нужен нормоконтроль. Но так, чтобы почти с нуля выстроить целую концепцию, которая стала определяющей в рассмотрении весьма распространенной категории споров, т.е. первичным правовым регулятором, — такого не было и нет, на наш взгляд.

3.2. Регулирование важнейших общественных отношений

Постановление № 53 регулирует наиболее важные общественные отношения в налоговой сфере, что подтверждается широкой практикой принятия — более 100 тыс. ссылок в судебных решениях на этот акт,

⁸ См.: Определение КС РФ от 02.03.2006 № 16-О.



сотни научных и практических публикаций, масса диссертаций и т.п. Постановление действует до сих пор и, несмотря на вступление в силу ст. 54.1 НК РФ, еще довольно долго может применяться.

Фактически Постановление № 53 долгое время выступает основным правовым регулятором определенной группы отношений.

Оно активно применяется судами, и не только арбитражными. Только Судебная коллегия по экономическим спорам ВС РФ в 2018 г. семь (!) раз сослалась на этот документ в своих определениях по многим громким делам⁹. В 2019 г. суды указали это Постановление в своих актах более чем 3700 раз.

3.3. Высшая сила

К определяющим признакам закона теория права относит его высшую (наибольшую после конституции) юридическую силу, обеспечивающую верховенство закона над подзаконными актами¹⁰.

Постановление № 53 обладает высшей силой, поскольку принято судом, возглавлявшим экономическое правосудие судебной ветви власти. Это можно сравнить с делегированными постановлениями Правительства РФ: законодатель в ст. 127 Конституции РФ прямо уполномочил ВАС РФ давать разъяснения, имеющие общеобязательный характер. Важно проследить, насколько правильно это делегированное полномочие используется.

3.4. Несущественные признаки

Остается вопрос с таким признаком закона, который многие теоретики называют «особая, парламентская, усложненная процедура принятия». Опять же, вспоми-

ная уроки дела «Газпром нефти» 2015 г., надо признать, что этот критерий не может быть определяющим.

И субъект, и порядок принятия акта как критерии были отринуты КС РФ в этом деле как слишком формальные, потому что иначе невозможен судебный контроль за органами власти, под видом разъяснений формирующими нормы и таким образом присваивающими себе нормотворческие функции.

Опять же сам КС РФ на примере делегированных постановлений Правительства признал, что субъект принятия — не всегда парламент или референдум.

Определенный порядок принятия — это требование к принятию того, что является по сути законом, а не критерий выделения закона среди других нормативных актов. Точно так же нельзя считать налогом только то, что установлено законом, хотя Конституция говорит о законно установленных налогах: сначала мы выделяем из массы платежей налоги, а затем к тому, что признали налогом, предъявляем обязательное требование его законного установления. Иное — нарушение правил формальной логики.

Под влиянием правовой позиции КС РФ от слишком формального подхода в отношении обязательных разъяснений отказался и Пленум ВС РФ. В п. 3 Постановления от 25.12.2018 № 50 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов и актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами» он разъяснил, что существенными признаками, характеризующими акты, содержащие разъяснения законодательства и обладающие нормативными свойствами, являются издание их органами государственной власти, органами местного самоуправления и иными органами, уполномоченными организациями или должностными лицами, а также наличие в них результатов толкования норм права, которые используются в качестве общеобязательных в правоприменительной деятельности в отношении неопределенного круга лиц.

Таким образом, для признания акта официального толкования подлежащим проверке в том же порядке и тем же судом, что и нормативный акт, достаточно его издания органом государственной или иной публичной власти, а также обязательности разъяснений для неопределенного круга лиц.

⁹ Определения Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 26.01.2018 по делу № А40-128277/2015, от 29.01.2018 по делу № А76-26431/2016, от 06.03.2018 по делу № А27-25564/2015, от 05.04.2018 по делу № А40-176513/2016, от 07.09.2018 по делу № А50-16961/2017, от 27.09.2018 по делу № А40-32793/2017, от 16.10.2018 по делу № А68-10573/2016.

¹⁰ См.: Общая теория государства и права: академический курс в 2 т. / под ред. М.Н. Марченко. Т. 2. Теория права. М., 1998. С. 177; Комаров С.А., Малько А.В. Теория государства и права. М., 2001. С. 314–315; Общая теория права и государства / под ред. В.В. Лазарева. М., 1994. С. 116.


4. Вывод

Постановление № 53, будучи актом толкования закона с нормативными свойствами, в силу ч. 4 ст. 125 Конституции РФ и п. 3 ч. 1 ст. 3 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» может выступать предметом проверки КС РФ.

Оно подлежит проверке исходя из его буквального смысла, а также смысла, придаваемого ему официальным и иным толкованием или сложившейся правоприменительной практикой, а также исходя из его места в системе правовых актов. Тем более что практика, к сожалению, заметно отклонилась от изначального содержания этого документа.

Поскольку КС РФ высказался в том духе, что само по себе Постановление № 53 не может быть самостоятельным предметом обжалования, то во всяком случае оно подлежит проверке во взаимосвязи с законодательными нормами о том, что постановления Пленума ВАС РФ сохраняют силу, пока не отменены, и о том, что на эти постановления могут содержаться ссылки в мотивировочной части решений арбитражных судов, а также во взаимосвязи с нормами ст. 13 Федерального конституционного закона от 28.04.1995 № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации», которая предусматривала полномочия Пленума ВАС РФ, поскольку постановления, изданные в соответствии с этими нормами, продолжают применяться.

По мнению Т.Г. Морщаковой, несмотря на то, что это прямо не оговорено в Конституции РФ, и сейчас КС РФ может проверять постановления пленумов высших судов; называется при этом документ законом или нет, роли не играет¹¹.

Следуя принципу последовательности своим прежним правовым позициям о понятии закона и значении официальных разъяснений, КС РФ должен вернуться к вопросу о возможности проверки им постановлений пленумов высших судебных органов. 

¹¹ Морщакова Т.Г. Прецедент: подсказка или указка: интервью // ЭЖ-Юрист. 2010. № 15.

REFERENCES

Gadzhiev, G.A. (ed.). Annotated Commentary on Federal Constitutional Law “On Constitutional Court of the Russian Federation” [*Kommentariy k Federal'nomu konstitutsionnomu zakonu "O Konstitutsionnom Sude Rossiyskoy Federatsii" (postateynny)*]. Moscow, 2012, available at “ConsultantPlus” Legal Reference System.

Gadzhiev, G.A. and Kovalenko, K.A. “Principle of Legal Certainty in Constitutional Justice” [*Printsip pravovoy opredelennosti v konstitutsionnom pravosudii*]. Journal of Constitutional Justice [*Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya*]. 2012. No. 5, available at “ConsultantPlus” Legal Reference System.

Gritsenko, E.V. and Rosemary, W. “Local Self-Government Rights Protection by Means of Constitutional Justice in Russia and Germany” [*Zashchita prav mestnogo samoupravleniya sredstvami konstitutsionnogo pravosudiya v Rossii i Germanii*]. Journal of Constitutional Justice [*Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya*]. 2015. No. 4. P. 22–38.

Kazantsev, S.M. “Constitutionality Control of Subordinate Normative Legal Acts by the Constitutional Court of the Russian Federation” [*Proverka podzakonnykh normativnykh pravovykh aktov Konstitutsionnym Sudom Rossiyskoy Federatsii*]. Journal of Constitutional Justice [*Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya*]. 2015. No. 1. P. 1–6.

Komarov, S.A. and Malko, A.V. Theory of State and Law [*Teoriya gosudarstva i prava*]. Moscow, 2001, available at “ConsultantPlus” Legal Reference System.

Lazarev, V.V. (ed.). General Theory of State and Law [*Obshchaya teoriya prava i gosudarstva*]. Moscow, 1994, available at “ConsultantPlus” Legal Reference System.

Marchenko, M.N. (ed.). General Theory of State and Law: Academic Course in 2 vol. Vol. 2. Theory of Law [*Obshchaya teoriya gosudarstva i prava: akademicheskii kurs v 2 t. T. 2. Teoriya prava*]. Moscow, 1998, available at “ConsultantPlus” Legal Reference System.

Morshchakova, T.G. “Precedent: A Hint or a Pointer?” [*Pretsedent: podskazka ili ukazka?*]. EJ-Jursit [*EZh-Yurist*]. 2010. No. 15, available at “ConsultantPlus” Legal Reference System.

Zakharov, N.O. “Restrictions of Subjective Rights — Legality, Appropriateness, Proportionality” [*Ogranicheniye sub'yektivnykh prav — zakonnost', tselesoobraznost', proporsional'nost'*]. Advocate [*Advokat*]. 2016. No. 8. P. 53–60.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Vadim M. Zaripov

Head of Analytical Department at Pepeliaev Group (e-mail: info@pgplaw.ru).