

М. А. ФЕДОТОВ

Советник Президента Российской Федерации; Совет при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека, председатель; Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», директор Научно-методического центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности», доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации

К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ «ИНОСТРАННЫЙ АГЕНТ» В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ

Ключевые слова: иностранный агент; некоммерческая организация; правозащитная организация; политическая деятельность; некоммерческая организация, выполняющая функции иностранного агента

Аннотация: Статья посвящена анализу понятия «иностранный агент» («организация, осуществляющая функции иностранного агента»), с позиций российского гражданского, административного и конституционного права. Выявлены проблемы, связанные с формированием данного понятия через использование не имеющих легального определения понятий «иностранный источник», «политическая деятельность» и «функции иностранного агента». Рассмотрено соотношение понятий «некоммерческая организация, осуществляющая политическую деятельность», и «общественное объединение, преследующее политические цели». Проанализированы установленные законодателем исключения из сферы действия понятия «иностранный агент». Выявлены принципиальные отличия агентских отношений от тех отношений, которые складываются на практике между жертвователями, в том числе иностранными, и некоммерческими организациями - получателями добровольных пожертвований. Проанализирована правовая позиция Конституционного Суда РФ относительно недопустимости неопределенных понятий при построении нормативного правового акта, затрагивающего права человека.

«Главная цель правительства, по-видимому, все в большей степени состоит не в том, чтобы дать гражданам законы, которые формируют их поведение, а в том, чтобы запугать их до состояния беспомощности». Лон Фуллер, «Мораль права»

Впервые понятие «иностранный агент» было введено в российскую правовую систему Федеральным законом от 20 июля 2012 г. № 121-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части регулирования деятельности некоммерческих организаций, выполняющих функции иностранного агента»¹. В пояснительной записке к законопроекту его авторы² указывали, что он «подготовлен с целью обеспечения открытости и публичности в деятельности некоммерческих организаций, выполняющих функции иностранного агента, и направлен на организацию должного общественного контроля за работой некоммерческих организаций, осуществляющих политическую деятельность на территории Российской Федерации и финансируемых из иностранных источников».

Хотя данный закон вызвал крайне бурную полемику в российском обществе и даже стал поводом для различных политических заявлений, как внутри страны³, так и за рубежом⁴, однако в рамках данной статьи мы рассмотрим исключительно тезаурус этого нормативного правового акта и место имеющегося в нем набора новых понятий в общей понятийной системе российского права.

Можно согласиться с правовой позицией межрегиональной Ассоциации правозащитных организаций «Агора», которая решила обратиться к Министру юстиции РФ А. В. Коновалову с просьбой разъяснить отдельные положения анализируемого закона, так как «в субъектах РФ территориальные органы могут по-разному применять и толковать этот закон, что приведет к возникновению и обострению конфликтных отношений с НКО». Эксперты Ассоциации просят, в частности, объяснить, что означает в контексте данного закона термин «в интересах» и применимы ли в данном случае положения ГК РФ, регламентирующие «действия в чужом интересе».

Правозащитники отмечают, что закон признает НКО участвующей в политической деятельности, если она «участвует (в том числе путем финансирования) в организации и проведении политических акций», однако нигде не определяет, что именно считать «политической акцией». В качестве одного из признаков политической деятельности закон объявляет «формирование общественного мнения», однако не указывает, по каким признакам определять деятельность, «направленную на формирование общественного мнения». Глава «Агоры» Павел Чиков в интервью газете «Коммерсантъ» отметил: «Должна быть правовая определенность. Многие организации будут просто в пограничном, подвешенном состоянии».

Для построения понятия «некоммерческая организация, выполняющая функции иностранного агента», авторы закона могли бы воспользоваться уже давно существующими в российской правовой системе понятиями «агент» (глава 52 ГК РФ) и «иностранец» (ст. 2 Федерального закона от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»; ст.ст. 1202, 1203 Гражданского кодекса

РФ, ст. 208 Налогового кодекса РФ и т. д.) Однако они предпочли иной путь, а именно, создание новых понятий: «иностраный источник», «политическая деятельность» и «функции иностранного агента» в рамках Федерального закона от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» (далее - ЗоНКО)⁵. Все три понятия - несмотря на серьезную критику со стороны парламентской и непарламентской оппозиции, Общественной палаты РФ, Совета при Президенте РФ по развитию гражданского общества и правам человека и др. - не претерпели никаких изменений по сравнению с первоначальным текстом законопроекта. В новой редакции статьи 2 ЗоНКО появился пункт 6, в котором, собственно, и определены эти понятия:

«Под некоммерческой организацией, выполняющей функции иностранного агента, в настоящем Федеральном законе понимается российская некоммерческая организация, которая получает денежные средства и иное имущество от иностранных государств, их государственных органов, международных и иностранных организаций, иностранных граждан, лиц без гражданства либо уполномоченных ими лиц и (или) от российских юридических лиц, получающих денежные средства и иное имущество от указанных источников (за исключением открытых акционерных обществ с государственным участием и их дочерних обществ) (далее - иностранные источники), и которая участвует, в том числе в интересах иностранных источников, в политической деятельности, осуществляемой на территории Российской Федерации.

Некоммерческая организация, за исключением политической партии, признается участвующей в политической деятельности, осуществляемой на территории Российской Федерации, если независимо от целей и задач, указанных в ее учредительных документах, она участвует (в том числе путем финансирования) в организации и проведении политических акций в целях воздействия на принятие государственными органами решений, направленных на изменение проводимой ими государственной политики, а также в формировании общественного мнения в указанных целях.

К политической деятельности не относится деятельность в области науки, культуры, искусства, здравоохранения, профилактики и охраны здоровья граждан, социальной поддержки и защиты граждан, защиты материнства и детства, социальной поддержки инвалидов, пропаганды здорового образа жизни, физической культуры и спорта, защиты растительного и животного мира, благотворительная деятельность, а также деятельность в области содействия благотворительности и добровольчества».

Нельзя сказать, что критика вовсе не была услышана законодателем, но внесенные в текст изменения коснулись, в основном, исключений из сферы его действия.

Во-первых, изъятия затронули религиозные организации, а также государственные корпорации, государственные компании и созданные ими некоммерческие организации, государственные и муниципальные (в том числе бюджетные) учреждения, объединения работодателей и торгово-промышленных палат (п.п. 4, 6, 7 ст. 1 ЗоНКО⁶).

Во-вторых, были сделаны изъятия из понятия «политическая деятельность». К политической деятельности не относится «деятельность в области науки, культуры, искусства, здравоохранения, профилактики и охраны здоровья граждан, социальной поддержки и защиты граждан, защиты материнства и детства, социальной поддержки инвалидов, пропаганды здорового образа жизни, физической культуры и спорта, защиты растительного и животного мира, благотворительная деятельность, а также деятельность в области содействия благотворительности и добровольчества» (ч. 3 п. 6 ст. 2 ЗоНКО).

Уже сама по себе обширность исключений, казалось, должна была бы навести законодателя на мысль о дефектности сконструированного им понятия «иностраный агент». Особенно, если учесть двусмысленность этих изъятий, из которых следует, например, что религиозные организации и государственные корпорации могут, не заявляя об этом, выполнять функции иностранного агента, то есть, как вытекает из анализируемого закона, осуществлять политическую деятельность на территории Российской Федерации, получая при этом финансирование из иностранных источников.

Применительно к религиозным организациям такое правовое решение порождает, помимо прочего, коллизию с положениями пункта 5 статьи 4 Федерального закона от 26 сентября 1997 г. № 125-ФЗ «О свободе совести и религиозных объединениях»: «В соответствии с конституционным принципом отделения религиозных объединений от государства религиозное объединение <...> не выполняет функций органов государственной власти, других государственных органов, государственных учреждений и органов местного самоуправления; не участвует в выборах в органы государственной власти и в органы местного самоуправления; не участвует в деятельности политических партий и политических движений, не оказывает им материальную и иную помощь»¹. Иными словами, религиозные организации вообще не вправе заниматься политической деятельностью, если понимать ее как участие в деятельности политических организаций - партий и движений. Если так, то зачем нужно было исключать их из числа потенциальных «иностраных агентов»? Но в том то и дело, что пункт 6 статьи 2 ЗоНКО понимает «политическую деятельность» совершенно иначе, гораздо шире не только его содержания в действующем законодательстве, но даже шире его обыденного смыслового поля.

При этом следует иметь в виду, что процессы развития гражданского общества как результата свободной самоорганизации людей взаимно корреспондируют процессам укоренения политической демократии. Согласимся с профессором

Л. И. Якобсоном в том, что «становление реальной демократии скорее следует за становлением гражданского общества, а не наоборот. Вместе с тем в период, когда гражданское общество еще недостаточно зрело (что заведомо не позволяет рассчитывать на зрелость демократического устройства государства), многое зависит от того, как именно функционирует «демократия для привилегированного меньшинства». Если характеру элиты и балансу сил внутри нее адекватна устойчивая политическая конкуренция, ведущаяся в цивилизованных формах и регулируемая соблюдаемыми и относительно стабильными правовыми нормами, - это еще не обязательно зрелая демократия. Судить можно по тому, какие интересы улавливаются политической системой и реально влияют на курс властей. Однако цивилизованная конкуренция внутри элиты не позволяет создавать серьезные препятствия для низовой самоорганизации. Более того, самоорганизующиеся структуры привлекают внимание различных политических группировок, ищущих поддержки и взаимно уравновешивающих притязания на доминирование. Со своей стороны, процесс становления гражданского общества создает все более прочную опору демократическим институтам»⁷.

Обратим внимание также на вопрос о том, какое место заняли понятия «функции иностранного агента», «иностраный источник» и «политическая деятельность» в системе российского законодательства. Согласно общей теории права и, в частности, устоявшимся традициям законодательной техники правовые понятия вводятся не в произвольном порядке, а в соответствии со своей отраслевой принадлежностью. Так, понятие юридического лица вводится именно гражданским законодательством, а не, скажем, законодательством об охране природы, хотя в нем также упоминаются юридические лица.

Можно ли считать само собой разумеющимся, что такие понятия как «функции иностранного агента», «иностраный источник» и «политическая деятельность» относятся исключительно или преимущественно к законодательству о некоммерческих организациях? Разумеется, нет. Однако будем иметь в виду, что само законодательство о некоммерческих организациях входит составной частью в гражданское законодательство, непосредственно соседствуя здесь с законодательством об акционерных обществах, о регистрации юридических лиц и т. д. В свою очередь, гражданское законодательство состоит из ГК РФ и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов, регулирующих имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников (п.п. 1 и 2 ст. 2, п. 2 ст. 3 ГК РФ). При этом любые нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать ГК РФ.

Изложенные выше соображения дают нам основания для трех гипотез:

- понятия «иностраный агент» (т. е. «лицо, выполняющее функции агента иностранного принципала») и «иностраный источник» вполне органично могли бы быть интегрированы в сферу гражданского законодательства, хотя и не через специфическое законодательство о некоммерческих организациях;

- будучи интегрированными в сферу гражданского законодательства через законодательство о некоммерческих организациях, эти понятия должны были бы соответствовать положениям ГК РФ;

- понятие «политическая деятельность» явно не вписывается в ткань гражданского права, поскольку оно касается исключительно публично-правовых отношений.

Еще одно предварительное замечание касается общего вопроса о допустимости неопределенных понятий при построении нормативного правового акта. Конституционный Суд РФ неоднократно отмечал, что «неопределенность содержания правовой нормы не может обеспечить ее единообразное понимание, ослабляет гарантии защиты конституционных прав и свобод, может привести к нарушению принципов равенства и верховенства закона; поэтому самого по себе нарушения требования определенности правовой нормы, влекущего ее произвольное толкование правоприменителем, достаточно для признания такой нормы не соответствующей Конституции Российской Федерации»⁸. Согласно правовой позиции высшего органа конституционного правосудия, «правовая норма должна отвечать общеправовому критерию формальной определенности, вытекающему из принципа равенства всех перед законом и судом (статья 19, части 1 и 2, Конституции Российской Федерации), поскольку такое равенство может быть обеспечено лишь при условии ясности, недвусмысленности нормы, ее единообразного понимания и применения всеми правоприменителями; напротив, неопределенность правовой нормы ведет к ее неоднозначному пониманию и, следовательно, к возможности ее произвольного применения, а значит - к нарушению принципа равенства всех перед законом и судом»⁹.

Аналогичной правовой позиции придерживается и Европейский Суд по правам человека. В решении по делу Крюслен (Kruslin) против Франции 1990 года Европейский Суд отметил, что «доступность закона» является

составной частью его «качества». Закон будет «доступным», если, прежде всего, он «сформулирован достаточно точно, чтобы граждане могли регулировать свое поведение». Отсюда следует, что закон должен соответствовать критерию «предсказуемости», а его формулировки «должны быть достаточно ясными и понятными, с тем чтобы предоставить гражданам необходимую информацию относительно обстоятельств и условий, при которых публичная власть наделяется полномочиями для скрытого вмешательства в осуществление права индивидуума»².

Элемент первый - «иностранный источник»

Рассмотрим понятие «иностранный источник», как оно представлено в части первой пункта 6 статьи 2 ЗоНКО. К числу иностранных источников здесь относятся:

- a) иностранные государства;
- b) государственные органы иностранных государств;
- c) международные организации;
- d) иностранные организации;
- e) иностранные граждане;
- f) лица без гражданства;
- g) лица, уполномоченные иными «иностранными источниками»;
- h) российские юридические лица, получающие денежные средства и иное имущество от иных «иностранных источников» (за исключением открытых акционерных обществ с государственным участием и их дочерних обществ).

Подчеркнем, что нигде более в российском законодательстве перечисленные лица не характеризуются как иностранные источники. В частности, отечественное налоговое законодательство использует близкий по смыслу термин «источники за пределами Российской Федерации». Однако таковыми источниками являются здесь:

- иностранные организации, выплачивающие дивиденды, проценты и страховые выплаты российским налогоплательщикам;
- источники доходов от использования за пределами Российской Федерации авторских или смежных прав;
- источники доходов от сдачи в аренду или иного использования имущества, находящегося за пределами Российской Федерации;
- источники доходов от реализации имущества, находящегося за пределами Российской Федерации;
- источники вознаграждения за выполнение трудовых или иных обязанностей, выполненную работу, оказанную услугу, совершение действий за пределами Российской Федерации;
- источники пенсий, пособий, стипендий и иных аналогичных выплат, полученных налогоплательщиком в соответствии с законодательством иностранных государств;
- источники иных доходов получаемых налогоплательщиком в результате осуществления им деятельности за пределами Российской Федерации¹⁰.

Иными словами, налоговое законодательство связывает понятие «иностранный источник» не только с личным законом физического или юридического лица¹¹, являющегося источником передачи имущества, но и с местопребыванием получателя имущества вне пределов Российской Федерации. Более того, если иностранец - источник дохода имеет место жительства в Российской Федерации, то его личным законом будет российское право (п. 3 ст. 1195 ГК РФ).

Таким образом, можно констатировать, что анализируемый пункт 6 статьи 2 ЗоНКО в вопросе о понятии «иностранных источников» концептуально расходится с налоговым и - что еще важнее - гражданским

законодательством. Поскольку отношения между «иностранным источником» и российской НКО носят гражданско-правовой характер и при этом порождают некоторые административно-правовые отношения с участием государства, постольку можно утверждать, что в подобных случаях налицо гражданско-правовые отношения с участием государства, осложненные иностранным элементом. Следовательно, здесь необходимо руководствоваться положениями статьи 1204 Гражданского кодекса РФ, согласно которой к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, с участием государства применяются общие правила Раздела VI «Международное частное право» ГК РФ, если иное не установлено законом. В данном случае пунктом 6 статьи 2 ЗоНКО как раз установлено иное, что порождает коллизии внутри гражданского законодательства, регулирующего деятельность иностранных граждан и юридических лиц на территории Российской Федерации.

Оправданы ли такие коллизии? Отличительным признаком «иностранного источника» в правовой конструкции, закрепленной пунктом 6 статьи 2 ЗоНКО, является то, что они передают денежные средства и иное имущество российским некоммерческим организациям. Следовательно, понятие «иностранного источника» является здесь не только не универсальным, а, напротив, узко специальным, выполняющим исключительно юридико-техническую функцию. Вот почему оно должно подчиняться общим нормам гражданского права, структуре и архитектонике российской правовой системы.

Исключительно гражданско-правовая природа понятия «иностранного источника» вытекает из того факта, что главным отличительным признаком «иностранного источника» ЗоНКО называет факт передачи денежных средств и иного имущества российской некоммерческой организации. В данном случае налицо гражданско-правовые отношения имущественного характера между источником имущества и российской некоммерческой организацией, а регулирующие эти отношения нормы ЗоНКО носят сугубо гражданско-правовой, а не административно-правовой характер.

Рассматривая формулу «передача денежных средств и иного имущества» именно в гражданско-правовом аспекте, легко увидеть ее явные изъяны. Начать хотя бы с того, что передача имущества может как сопровождаться его отчуждением в пользу третьего лица (в данном случае - российского НКО), так и выражаться лишь в предоставлении этому лицу права пользования, владения или распоряжения этим имуществом при сохранении права собственности у «иностранного источника» (п. 2 ст. 209 ГК РФ). При этом анализируемый пункт 6 статьи 2 ЗоНКО не устанавливает никаких пределов для размера передаваемого имущества. Так, карандаш, случайно (или преднамеренно?) оставленный таджикским трудовым мигрантом в офисе российского НКО, занимающегося «политической деятельностью», автоматически превращает забывчивого гастарбайтера в «иностранного источника», а организацию - в «иностранного агента».

Следует обратить внимание также на тот факт, что согласно российскому гражданскому законодательству основания, формы, условия и т. д. для передачи имущества весьма разнообразны. Передача имущества может быть возмездной и безвозмездной, временной и бессрочной, обусловленной определенными обстоятельствами и т. д. Основанием передачи имущества могут быть не только обязательства по заключенному договору, но также обязательства, вытекающие, например, из возмещения ущерба, компенсации морального вреда, компенсации за нарушение исключительных прав и т. п. Получается, что российская НКО, добившаяся через суд компенсации, например, за нарушение ее исключительного права на служебное произведение, созданное ее работником, автоматически превращается в получателя имущества от «иностранного источника».

Более того, не конкретизировав основания передачи имущества от «иностранного источника» к российскому НКО, законодатель тем самым поставил совершенно неоправданные препятствия на пути не только иностранных инвестиций в так называемый «третий сектор», но и рутинной хозяйственной деятельности некоммерческих организаций. Даже купля-продажа подержанного ноутбука может быть расценена как передача имущества от «иностранного источника» к российской НКО. Причем, если «иностранного источника» продает ноутбук российской некоммерческой организации, то он передает ей имущество, а если покупает ноутбук у неё - передает ей денежные средства. При таком подходе всякое различие между договором купли-продажи и грантовыми соглашениями как договорами пожертвования просто стирается.

На практике, российские некоммерческие организации получают финансирование из реальных (а не законодательно сконструированных) иностранных источников по следующим основным каналам:

- иностранные правительственные или окологovernmentальные учреждения (например, USAID -Агентство США по международному развитию, Goethe-Institut Inter Nationes - немецкий Гёте Институт, некоторые иностранные посольства);

- иностранные частные благотворительные фонды, в том числе получающие гранты от правительственных учреждений (например, The National Endowment for Democracy, NED - Национальный фонд в поддержку демократии, Институт «Открытое общество» - Фонд Сороса, Фонд Форда);

- иностранные некоммерческие организации, являющиеся доверенными операторами грантов, предоставленных другими грантодателями (например, IREX или Internews, которые не только осуществляют собственную программную деятельность, но и предоставляют гранты для реализации проектов другим, в том числе российским НКО)¹²;

международные межправительственные (ЮНЕСКО, ЮНИСЕФ и другие агентства семьи ООН, Совет Европы, ОБСЕ и т. д.), а также неправительственные организации (Международный Красный Крест, Greenpeace, Transparency International и т. д.).

Как отмечается в Докладе об институциональной благотворительности, подготовленном Форумом Доноров в октябре 2011 года, в ближайшей перспективе ожидается продолжение процесса сворачивания активности иностранных и международных фондов на российской территории. Это связано как с последствиями глобального экономического кризиса, так и с тем настороженным отношением к иностранным благотворительным фондам, которое постоянно подчеркивается российскими официальными лицами. С учетом этих и других факторов зарубежные и международные фонды перемещают фокус своей активности с России на другие страны постсоветского пространства, а также на Индию и Китай¹.

Оказываемая финансовая помощь некоммерческому сектору со стороны зарубежных грантодательниц вполне вписывается в действующее российское законодательство, а также соответствует «Основополагающим принципам статуса неправительственных организаций в Европе» (RAP - ONG (2003)⁴), одобренным Комитетом министров Совета Европы 16 апреля 2003 года. В этом документе, в частности, отмечается, что неправительственные организации (НПО) «вправе ходатайствовать о получении финансирования и получать его - в виде денежных средств или товаров - из другой страны, от многосторонних агентств, организаций или частных жертвователей в соответствии с действующими нормами внешнеэкономического и таможенного законодательства»¹³. Как видим, никакого изъятия для финансирования из «иностраных источников» здесь не делается.

Согласно анализируемому пункту 6 статьи 2 ЗоНКО все перечисленные выше по списку, а также еще многие другие, в том числе российские организации и даже физические лица (вспомним пример с таджикским трудовым мигрантом) оказываются в роли «иностраных источников» в случае передачи ими российским НКО любого имущества в любом объеме и по любому из предусмотренных гражданским законодательством оснований. Представляется, что законодатель вовсе не ставил перед собой такую всеобъемлющую цель, а имел в виду исключительно источники иностранных грантов, получаемых российскими НКО для осуществления своей программной деятельности.

Однако на практике крайне редко договоры между «иностранными источниками» и российскими НКО заключаются в форме грантовых соглашений. Причина в том, что понятие «грант» в Гражданском кодексе РФ отсутствует. Вот почему используются, как правило, следующие виды договоров, близких по своему правовому содержанию к грантам: договор пожертвования и договор безвозмездного пользования. В первом случае имущество безвозмездно передается в собственность НКО, а во втором - в пользование НКО. В редких случаях для оформления гранта используются такие виды договоров, как публичный конкурс, целевой заем, договор о совместной деятельности, договор финансовой аренды, договор товарного кредита, франчайзинг, договор подряда и т. д.¹⁴

Договор пожертвования по своему правовому содержанию предельно близок к грантовому соглашению. Статья 582 ГК РФ устанавливает, что пожертвованием признается дарение вещи или права в общеполезных целях. Пожертвования могут делаться гражданам, лечебным, воспитательным учреждениям, учреждениям социальной защиты и другим аналогичным учреждениям, благотворительным, научным и образовательным учреждениям, фондам, музеям и другим учреждениям культуры, общественным и религиозным организациям, иным некоммерческим организациям в соответствии с законом, а также государству и другим субъектам гражданского права, указанным в статье 124 ГК РФ.

На принятие пожертвования не требуется чье-либо разрешения или согласия. Пожертвование имущества юридическим лицам может быть обусловлено жертвователем использованием этого имущества по определенному назначению. При отсутствии такого условия пожертвование имущества гражданину считается обычным дарением, а в остальных случаях пожертвованное имущество используется одаряемым в соответствии с назначением имущества.

Юридическое лицо, принимающее пожертвование, для использования которого установлено определенное назначение, должно вести обособленный учет всех операций по использованию пожертвованного имущества. Если законом не установлен иной порядок, в случаях, когда использование пожертвованного имущества в соответствии с указанным жертвователем назначением становится вследствие изменившихся обстоятельств невозможным, оно может быть использовано по другому назначению лишь с согласия жертвователя, а в случае смерти гражданина-жертвователя или ликвидации юридического лица - жертвователя по решению суда.

Использование пожертвованного имущества не в соответствии с указанным жертвователем назначением или изменение этого назначения с нарушением правил, предусмотренных пунктом 4 статьи 582 ГК РФ, дает право жертвователю, его наследникам или иному правопреемнику требовать отмены пожертвования.

Обратим внимание на то, как расходятся положения статьи 582 ГК РФ с требованиями новой редакции ЗоНКО.

Во-первых, Гражданский кодекс никак не дифференцирует жертвователей в зависимости от их гражданства или юрисдикционной принадлежности юридического лица. Напротив, ЗоНКО ставит иностранных жертвователей в особое положение, вводя для них специальную категорию «иностранный источник».

Во-вторых, Гражданский кодекс позволяет делать пожертвования любым некоммерческим организациям, а ЗоНКО ставит легальность пожертвования со стороны «иностранный источник» в зависимость от регистрации российской НКО в качестве организации, «выполняющей функции иностранного агента».

В-третьих, Гражданский кодекс запрещает требовать чьих-либо разрешений для осуществления пожертвования. Напротив, ЗоНКО требует заранее зарегистрировать российскую НКО в качестве «иностранный агент», если она предполагает в будущем получать пожертвования от «иностранный источник».

В-четвертых, в случае нарушения установленного регистрационного порядка ЗоНКО предусматривает суровые санкции, включая приостановление деятельности НКО, а, следовательно, всех операций, связанных с полученным имуществом, меры административной и уголовной ответственности. В этой ситуации велика вероятность противоречия с требованиями ГК РФ, касающимися обязательности использования пожертвованного имущества по назначению, определенному жертвователем. И это далеко не исчерпывающий перечень возможных коллизий.

Напротив, федеральное налоговое законодательство довольно подробно определяет понятие гранта и даже предоставляет определенные льготы для источников и получателей благотворительных пожертвований. Так, подпункт 1 пункта 1 статьи 219 Налогового кодекса РФ предусмотрел социальные налоговые вычеты для физических лиц, сделавших благотворительные пожертвования. При определении размера налоговой базы налогоплательщик - физическое лицо имеет право на получение социальных налоговых вычетов в сумме доходов, перечисляемых налогоплательщиком в виде пожертвований:

- благотворительным организациям;
- социально ориентированным некоммерческим организациям на осуществление ими деятельности, предусмотренной федеральным законодательством о некоммерческих организациях;
- некоммерческим организациям, осуществляющим деятельность в области науки, культуры, физической культуры и спорта (за исключением профессионального спорта), образования, просвещения, здравоохранения, защиты прав и свобод человека и гражданина, социальной и правовой поддержки и защиты граждан, содействия защите граждан от чрезвычайных ситуаций, охраны окружающей среды и защиты животных;
- религиозным организациям на осуществление ими уставной деятельности;
- некоммерческим организациям на формирование или пополнение целевого капитала.

Указанный вычет предоставляется в размере фактически произведенных расходов, но не более 25 процентов суммы дохода, полученного физическим лицом в налоговом периоде и подлежащего налогообложению.

Логично, чтобы подобные благотворительные пожертвования, сделанные юридическими лицами, также исключались из налогооблагаемой базы при исчислении налога на прибыль. Однако пока такая норма в налоговом законодательстве присутствует в весьма урезанном виде, хотя она могла бы весьма эффективно стимулировать развитие российского «третьего сектора», дополняя средства государственной поддержки отечественных НКО¹⁵.

Применительно к налогам на прибыль организаций статья 251 НК РФ устанавливает доходы, не учитываемые при определении налоговой базы. Сюда относятся, в частности, и гранты как средства целевого финансирования, то есть имущество, полученное налогоплательщиком и использованное им по назначению, определенному источником целевого финансирования. При этом грантами признаются денежные средства или иное имущество в случае, если их передача (получение) удовлетворяет следующим условиям:

а) гранты предоставляются на безвозмездной и безвозвратной основах российскими физическими лицами, некоммерческими организациями, а также иностранными и международными организациями и объединениями по перечню таких организаций, утверждаемому Правительством Российской Федерации, на осуществление конкретных программ в области образования, искусства, культуры, науки, физической культуры и спорта (за исключением профессионального спорта), охраны здоровья, охраны окружающей среды, защиты прав и свобод человека и гражданина, предусмотренных законодательством Российской Федерации, социального обслуживания малоимущих и социально незащищенных категорий граждан;

б) гранты предоставляются на условиях, определяемых грантодателем, с обязательным предоставлением грантодателю отчета о целевом использовании гранта.

Сравнивая формулы, содержащиеся в статьях 219 и 251 НК РФ, легко увидеть характерные отличия.

Во-первых, статья 219 НК РФ предоставляет льготы только физическому лицу, а статья 251 НК РФ - только юридическому.

Во-вторых, в первом случае речь идет о вычетах из доходов грантодателя, а во втором - грантополучателя. В этом смысле льготы, предусмотренные статьей 251 НК РФ, аналогичны тем, что установлены применительно к налогам с физических лиц пунктом 6 статьи 217 НК РФ. Здесь гранты определяются как безвозмездная помощь, суммы которой освобождаются от налогообложения, если они предоставлены налогоплательщику «для поддержки науки и образования, культуры и искусства в Российской Федерации международными, иностранными и (или) российскими организациями по перечням таких организаций, утверждаемым Правительством Российской Федерации».

В-третьих, статья 251 предусматривает льготы только в отношении грантов, получаемых от строго определенной группы юридических лиц, а именно от международных и иностранных организаций, перечень которых устанавливается Правительством РФ. Следовательно, положения статьи 251 поощряют иностранное финансирование российских НКО, но ни в коей мере не стимулируют благотворительные пожертвования со стороны отечественного бизнес-сообщества. В докладе Общественной палаты РФ о состоянии гражданского общества в РФ за 2006 год обращалось внимание на эту проблему и предлагалось искать решение проблемы «не в ограничении допустимых вариантов финансирования экспертной деятельности, а напротив - в диверсификации его источников и, в первую очередь, в усилении государственной грантовой поддержки непредвзятой и компетентной аналитики и регулярном выделении средств на ее осуществление»¹⁶. Включение в налоговое законодательство нормы, устанавливающей льготы для российских организаций - грантодателей, позволило бы многократно увеличить финансовую базу развития некоммерческих организаций, с лихвой заменив и легко вытеснив их финансирование из-за рубежа. Однако этого по каким-то причинам не делается.

Впрочем, не будем забывать, что согласно анализируемому пункту 6 статьи 2 ЗоНКО российские юридические лица легко превращаются в «иностранные источники», если они сами получают средства от иностранных юридических или физических лиц, иных «иностранных источников». К числу таких организаций неминуемо должны быть отнесены не только все российские компании, производящие продукцию на экспорт, но также все экспортно-импортные и вообще все торговые компании, включая организации розничной торговли, поскольку среди их покупателей могут оказаться иностранные граждане. С учетом того, что российская экономика давно уже не отделена никаким «железным занавесом» и является органической частью мировой экономики, особенно после присоединения нашей страны к ВТО, подобная конструкция понятия «иностранные источники» может включить в себя практически весь отечественный бизнес.

На этом фоне четко проявляются противоречия между правовой конструкцией «иностранных источников» и сложившейся в российском налоговом законодательстве системой налоговых льгот для некоторой части таких «иностранных источников». Речь идет о международных и иностранных организациях, гранты (безвозмездная помощь) которых не подлежат налогообложению и не учитываются в целях налогообложения в доходах российских организаций - получателей грантов¹⁷.

Налицо очевидное раздвоение воли законодателя: государство, с одной стороны, предоставляет льготные условия для иностранного финансирования российских НКО, а с другой, - навешивает на грантодателей ярлык «иностранных источников», получение имущества от которых превращает НКО в «организации, выполняющие функции иностранных агентов». Законодатель не пожелал даже сделать вполне логичное в данной ситуации исключение для иностранных и международных организаций, поименованных в Постановлении Правительства РФ от 28 июня 2008 г. № 485 «О перечне Международных и иностранных организаций, получаемые налогоплательщиками гранты (безвозмездная помощь) которых не подлежат налогообложению и не учитываются в целях налогообложения в доходах российских организаций - получателей грантов»¹⁸.

Оценивая эту ситуацию, Общественная палата РФ в своем докладе за 2011 год указывала, что до сих пор «не разрешена проблема расширения списка иностранных и международных грантодающих организаций, гранты которых не облагаются налогом на прибыль. На сегодняшний день в перечень входят только 13 организаций; порядок и основания включения в данный список новых доноров до сих пор не определены, равно как и для перечня российских и иностранных грантодающих организаций, выдающих необлагаемые НДС гранты физическим лицам. Остаётся нерешённым вопрос о введении особого порядка налогообложения некоммерческих организаций (в том числе благотворительных - налогом на прибыль), предполагающего освобождение всех доходов, и, в первую очередь, получаемых в связи с осуществлением предпринимательской деятельности, от указанного налога»¹⁹.

Представляется, что преодолеть подобное раздвоение воли законодателя следовало бы путем объединения понятий «пожертвование» и «грант» с одновременным исключением всеохватного и неопределенного понятия «передача денежных средств и иного имущества». Это потребовало бы, прежде всего, внесения изменений в статью 582 ГК РФ и статьи 217, 219 и 251 НК РФ.

Особо следует сказать о правовых проблемах, связанных с передачей «иностранными источниками» денежных средств или иного имущества российским некоммерческим организациям в качестве вкладов (взносов) при их учреждении, а также в их целевые капиталы (endowment). Поскольку с момента передачи имущества его собственником становится НКО, а гражданский закон обратной силы не имеет (п. 1 ст. 4 ГК РФ), постольку имевшийся в прошлом факт передачи имущества не превращает источник имущества в «иностранный источник», а получившее имущество НКО - в «организацию, выполняющую функции иностранного агента». Следовательно, предъявление каких-либо претензий, основанных на Федеральном законе от 20 июля 2012 г. № 121-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части регулирования деятельности некоммерческих организаций, выполняющих функции иностранного агента», к НКО, получившим имущество от «иностранных источников» до вступления данного закона в силу, является незаконным и необоснованным.

Напротив, в отношении вновь создаваемых целевых капиталов вероятность предъявления таких претензий весьма высока. Так, целевой капитал, создаваемый для финансирования российского общественного телевидения, юридически сконструирован таким образом, что взносы в него могут делать не только российские граждане и юридические лица, но и «иностранные источники».

Согласно Указу Президента РФ от 17 апреля 2012 г. № 455 «Об общественном телевидении в Российской Федерации» Правительство РФ должно учредить автономную некоммерческую организацию "Общественное телевидение России" и «обеспечить формирование целевого капитала организации для финансирования ее деятельности, предусмотрев после создания организации публичный сбор денежных средств в соответствии со статьей 11 Федерального закона от 30 декабря 2006 г. № 275-ФЗ "О порядке формирования и использования целевого капитала некоммерческих организаций"»¹.

Однако федеральное законодательство о целевом капитале, на которое ссылается указ, к моменту его издания не упоминало общественное телевидение в перечне общественно полезных благ, для достижения которых может формироваться целевой капитал. Вот почему его пришлось срочно дополнить²⁰. В результате в нем появилась норма (п. 1 ст. 11), согласно которой некоммерческая организация вправе объявить о публичном сборе денежных средств на пополнение сформированного целевого капитала, а некоммерческая организация, учрежденная Российской Федерацией и созданная для осуществления функций учредителя, редакции и вещателя общероссийского обязательного общедоступного телеканала общественного телевидения, вправе объявить о публичном сборе денежных средств на формирование целевого капитала.

При этом жертвователями, согласно пункту 6 статьи 2 данного федерального закона могут быть любые физические лица или юридические лица, осуществляющие пожертвования некоммерческим организациям на формирование или пополнение целевого капитала посредством передачи в собственность некоммерческих организаций денежных средств, ценных бумаг, недвижимого имущества. Таким образом, нет никаких оснований исключать возможность того, что при публичном сборе денежных средств в целевой капитал «Общественного телевидения России» среди жертвователей не окажется «иностранный источник», относящийся к любой из перечисленных выше категорий от «а» до «h».

Еще один способ проникновения «иностранный источник» в целевой капитал АНО «Общественное телевидение России» - иностранные ценные бумаги, которые также являются имуществом. Согласно статье 15 упомянутого выше федерального закона о целевом капитале, денежные средства, составляющие целевой капитал, могут быть размещены, помимо прочего, в государственные ценные бумаги иностранных государств, облигации и акции иных иностранных эмитентов²¹. Очевидно, что при размещении денежных средств в ценных бумагах происходит - с точки зрения статьи 128 ГК РФ - двусторонняя передача имущества. А учитывая то, что общественное телевидение, безусловно, будет влиять на политику, в том числе через формирование общественного мнения (понятие «политическая деятельность» рассматривается нами ниже), есть настоятельная необходимость либо зарегистрировать АНО «Общественное телевидение России» в качестве

«организации, выполняющей функции иностранного агента», либо в срочном порядке радикально пересмотреть соответствующее законодательство²².

Элемент второй - «политическая деятельность»

Российское законодательство давно и широко использует словосочетание «политическая деятельность», однако впервые дает ему определение в Федеральном законе от 20 июля 2012 г. № 121-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части регулирования деятельности некоммерческих организаций, выполняющих функции иностранного агента». Анализ этого определения дает основания для следующих выводов.

Прежде всего, обратим внимание на то, что данное в пункте 6 статьи 2 ЗоНКО определение распространяется на все некоммерческие организации, кроме политических партий: «Некоммерческая организация, за исключением политической партии, признается участвующей в политической деятельности» и далее по тексту. Отсюда следует весьма странный вывод, что либо политические партии не признаются участвующими в политической деятельности, либо их деятельность не признается политической, либо существуют два разных вида политической деятельности - одна для партий, другая для НКО.

Согласно Федеральному закону от 11 июля 2001 г. № 95-ФЗ «О политических партиях»¹ политическая партия - это общественное объединение, созданное в целях участия граждан Российской Федерации в политической жизни общества посредством формирования и выражения их политической воли, участия в общественных и политических акциях, в выборах и референдумах, а также в целях представления интересов граждан в органах государственной власти и органах местного самоуправления (п. 1 ст. 3). При этом основными целями политической партии являются:

- формирование общественного мнения;
- политическое образование и воспитание граждан;
- выражение мнений граждан по любым вопросам общественной жизни, доведение этих мнений до сведения широкой общественности и органов государственной власти;
- выдвижение кандидатов (списков кандидатов) на выборах Президента Российской Федерации, депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации, в законодательные (представительные) органы государственной власти субъектов Российской Федерации, выборных должностных лиц местного самоуправления и в представительные органы муниципальных образований, участие в указанных выборах, а также в работе избранных органов (п. 4 ст. 3).

Подчеркнем, что ни одна из перечисленных в законе целей не является специфической, присущей только политическим партиям. Даже выдвижение кандидатов на выборах в представительные органы, если речь идет об органах местного самоуправления, не отличает политическую партию от других общественных объединений, образованных в форме общественных организаций или общественных движений²³. Что уж говорить об участии политических партий в формировании общественного мнения, например, через учрежденные ими СМИ, в воспитании населения, в выражении мнений граждан и т. д.

Согласно Федеральному закону от 19 мая 1995 г. № 82-ФЗ «Об общественных объединениях», все общественные объединения, являющиеся юридическими лицами, а не только политические партии, вправе свободно распространять информацию о своей деятельности; участвовать в выработке решений органов государственной власти и органов местного самоуправления; проводить собрания, митинги, демонстрации, шествия и пикетирование; учреждать средства массовой информации и осуществлять издательскую деятельность; представлять и защищать свои права, законные интересы своих членов и участников, а также других граждан в органах государственной власти, органах местного самоуправления и общественных объединениях; выступать с инициативами по различным вопросам общественной жизни, вносить предложения в органы государственной власти и т. д. (ст. 27)¹. При этом ни закон о политических партиях, ни закон об общественных объединениях не объединяют указанные выше виды деятельности понятием «политическая деятельность».

Проведенный выше анализ позволяет заключить: единственное, что отличает цели политических партий от целей всех других общественных объединений, являющихся юридическими лицами, это выдвижение кандидатов на выборах Президента РФ, депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации и региональных законодательных (представительных) органов государственной власти, участие в указанных выборах, а также в работе избранных органов. Отсюда можно сделать вывод, что выдвижение кандидатов на выборах в представительные органы государственной власти, участие в выборах и работе избранных органов является одним из проявлений политической деятельности.

Какие еще виды деятельности можно отнести к политической? Определенный интерес представляют приведенные ниже результаты исследования, проведенного Левада-Центром в июле 2012 года²⁴.

Распределение ответов на вопрос «Как Вы считаете, что из этого списка следует отнести к политической деятельности?»

Таблица 1.

Виды деятельности НКО	%%
Создание политических партий, движений	43
Организация акций (митингов, пикетов, забастовок) под политическими лозунгами (смена власти и т. п.)	41
Организация акций (митингов, пикетов, забастовок) в защиту социальных прав населения	29
Организация акций (митингов, пикетов, забастовок) для решения местных проблем	27
Участие в выборах разного уровня	26
Разработка предложений по совершенствованию государственного устройства	22
Благотворительная помощь различным группам граждан	19
Мониторинг нарушений на выборах различного уровня	18
Разработка предложений по решению различного рода социальных проблем	18
Подъем гражданской активности населения	17
Юридическая защита гражданских прав населения	15
Другое	0
затрудняюсь ответить	12

Если же поискать ответ на вопрос о видах политической деятельности в тех федеральных законах, которые устанавливают ограничения для лиц, замещающих определенные государственные должности, то вырисовывается следующая картина. Так, статья 11 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» устанавливает, что судья Конституционного Суда Российской Федерации не может «принадлежать к политическим партиям и движениям, материально их поддерживать, участвовать в политических акциях, вести политическую пропаганду или агитацию, участвовать в кампаниях по выборам в органы государственной власти и органы местного самоуправления, присутствовать на съездах и конференциях политических партий и движений, заниматься иной политической деятельностью. Он не может также входить в руководящий состав каких-либо общественных объединений, даже если они и не преследуют политических целей».

Хотя в данном случае перечень видов политической деятельности является открытым, однако он позволяет конкретно указать признаки деятельности, относимой к политической. Сюда федеральный конституционный закон включает следующие фактические обстоятельства:

- а) принадлежность к политическим партиям и движениям;
- б) оказание материальной поддержки политических партий и движений;
- в) участие в политических акциях;
- г) проведение политической пропаганды или агитации;
- д) участие в кампаниях по выборам в органы государственной власти и органы местного самоуправления;
- е) участие в работе съездов и конференций политических партий и движений;
- ж) участие в работе руководящих органов политических партий и движений.

Приведенные выше законоположения, правда, оставляют открытыми вопросы о том, что понимать под «политическими акциями», а также под «проведением политической агитации и пропаганды». Ответ может быть найден в законе Российской Федерации от 26 июня 1992 г. № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации», где устанавливается, что судья не вправе «принадлежать к политическим партиям, материально поддерживать указанные партии и принимать участие в их политических акциях и иной политической деятельности»²⁵. Это дает основания поставить знак тождества между юридическими понятиями «политические акции» и «политические акции политических партий». В свою очередь, «проведение политической агитации и пропаганды» должно трактоваться как один из видов политической деятельности политических партий.

При рассмотрении такого вида политической деятельности как политическая агитация и пропаганда следует руководствоваться правовой позицией Конституционного Суда РФ по вопросу о правовом содержании

предвыборной агитации, которая, несомненно, является разновидностью политической агитации. Согласно этой позиции, «критерием, позволяющим различить предвыборную агитацию и информирование, может служить лишь наличие в агитационной деятельности специальной цели - склонить избирателей в определенную сторону, обеспечить поддержку или, напротив, противодействие конкретному кандидату, избирательному объединению. В противном случае граница между информированием и предвыборной агитацией стиралась бы, так что любые действия по информированию избирателей можно было бы подвести под понятие агитации, что в силу действующего для представителей организаций, осуществляющих выпуск средств массовой информации, запрета неправомерно ограничивало бы конституционные гарантии свободы слова и информации, а также нарушало бы принципы свободных и гласных выборов»²⁶.

Как подчеркнул Конституционный Суд РФ в своем постановлении, умысел в качестве необходимого элемента субъективной стороны формального состава такого правонарушения, как незаконная агитация, не может охватывать ее последствия и заключается лишь в осознании прямой цели данного противоправного действия. Именно поэтому не может быть признано агитацией информирование избирателей через средства массовой информации, в том числе об имевших место агитационных призывах голосовать за или против кандидата или о других агитационных действиях, «без выявления соответствующей непосредственно агитационной цели, наличие либо отсутствие которой во всяком случае подлежит установлению судами общей юрисдикции и (или) иными правоприменителями при оценке ими тех или иных конкретных действий как противозаконной предвыборной агитации».

Поскольку политическая агитация и пропаганда могут иметь место не только в период избирательной кампании, постольку правовую позицию Конституционного Суда РФ в отношении предвыборной агитации следует соответствующим образом экстраполировать и на другие периоды²⁷. При таком подходе политическая агитация и пропаганда должны пониматься как деятельность, служащая специальной цели - склонить граждан к поддержке или, напротив, противодействию конкретной политической партии.

Помимо политических партий отечественное законодательство знает еще таких субъектов *sui generis* как «общественные объединения, преследующие политические цели». Подчеркнем, что ни один федеральный закон не определяют понятие «общественные объединения, преследующие политические цели». Отсутствие легального определения контрастирует с обширностью применения этого понятия в отечественном законодательстве, что лишает необходимой правовой определенности целый ряд правовых норм федерального уровня. В частности, Федеральный закон от 30 ноября 2011 г. № 342-ФЗ «О службе в органах внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» признает право сотрудников на создание и участие в деятельности общественных объединений, не преследующих политических целей, в свободное от выполнения служебных обязанностей время, если это не влечет за собой возникновение конфликта интересов (п. 22 ст. 11)²⁸. О каких объединениях идет речь, по каким признакам их можно идентифицировать, в законе не говорится.

В ряде федеральных законов понятие общественного объединения, преследующего политические цели, рассматривается как родовое, включающее в себя как партии, так и другие объединения, преследующие политические цели. Так, Федеральный закон от 17 декабря 1994 г. № 67-ФЗ «О федеральной фельдъегерской связи» гласит: «В федеральной фельдъегерской связи не допускаются создание и деятельность структур политических партий и других общественных объединений, преследующих политические цели» (ч. 2 ст. 4)²⁹. Аналогичную норму находим в Федеральном законе «Об обороне»: «Деятельность политических партий, а также других общественных объединений, преследующих политические цели, а также образование их структур в Вооруженных Силах Российской Федерации, других войсках, воинских формированиях и органах не допускаются» (ч. 1 ст. 24). Та же правовая конструкция используется в Федеральном конституционном законе от 26 февраля 1997 г. № 1-ФКЗ «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации». Здесь говорится: «Уполномоченный не вправе заниматься политической деятельностью, быть членом политической партии или иного общественного объединения, преследующего политические цели» (п. 2 ст. 11)³⁰.

Итак, политические партии - одна из разновидностей общественных объединений, преследующих политические цели. А что же собой представляют другие разновидности? Законодательство об этом умалчивает, однако практика позволяет предположить, что таковыми следует признать примыкающие к политическим партиям молодежные, ветеранские и т. п. организации³¹, а также объединяющие их народные фронты³² и иные политические движения. Если они зарегистрированы в качестве юридических лиц, то могут выдвигать своих кандидатов на выборах в органы местного самоуправления. Если они не зарегистрированы, то их возможности существенно ограничены.

Согласно правовой позиции Конституционного Суда РФ, политические партии не являются единственными действующими лицами на политической арене. Однако они отличаются от других организаций, преследующих политические цели. «В отличие от других объединений, - говорится в постановлении Конституционного Суда РФ по делу о проверке конституционности пункта 3 статьи 9 Федерального закона «О политических партиях», - действующих на политической арене (профессиональных и предпринимательских союзов³³, так называемых групп давления и т. п.), партии, преследуя собственные политические цели, открыто борются за места в

парламенте и правительстве, дающие возможность осуществлять управление государством, а через него - всем обществом. Консолидируя политические интересы граждан, они способствуют формированию политической воли народа»³⁴.

Вопрос об отнесении профсоюзов к категории общественных объединений, преследующих политические цели, лишней раз подчеркивает размытость и запутанность понятий в анализируемой сфере. С одной стороны, профсоюзы могут быть отнесены к данной категории, поскольку Федеральный закон от 12 января 1996 г. № 10-ФЗ «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности» закрепляет право профсоюзов участвовать в выборах органов государственной власти и органов местного самоуправления (п. 2 ст. 15), а участие в выборах, как мы установили, является одним из главных признаков политической деятельности³⁵.

С другой стороны, тот же закон устанавливает, что профсоюзы независимы в своей деятельности от политических партий и других общественных объединений, им не подотчетны и не подконтрольны (п. 1 ст. 5)³⁶. Это, конечно, не мешает профсоюзам заключать соглашения о сотрудничестве с политическими партиями³⁷. Однако, вступая таким образом в союз с одним из участников политической деятельности, профсоюз ставит под сомнение своей статус организации, не преследующей политические цели. За этим должны наступить и другие правовые последствия. Например, Уполномоченный по правам человека в РФ должен немедленно выйти из такого профсоюза. На практике, правда, ничего подобного не происходит, что не умаляет юридическую возможность такого поворота событий.

Сообразуясь с изложенными выше соображениями, заключим, что политическими целями, преследуемыми соответствующими общественными объединениями (включая партии), следует признать обеспечение участия граждан в политической жизни Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований посредством формирования и выражения политической воли своих членов и сторонников в программных и иных документах этих объединений, организации политических акций, проведения политической агитации и пропаганды, участия в выборах и референдумах, а также в работе избранных органов государственной власти и органов местного самоуправления.

В подтверждение данного тезиса сошлемся на правовую позицию Конституционного Суда РФ, согласно которой «принцип политического многообразия реализуется не только через многопартийность, создание и деятельность партий различной идеологической направленности, - иные общественные объединения, не являющиеся политическими партиями, не лишаются права на участие в политической жизни общества». Конституционный Суд РФ считает, что в порядке и пределах, установленных соответствующими федеральными законами, «общественные объединения и при отсутствии статуса политической партии имеют большую часть тех же прав, что и политические партии: право участвовать в подготовке выборов и референдумов, вносить предложения в органы государственной власти и органы местного самоуправления, участвовать в выработке их решений, представлять и защищать свои права, законные интересы своих членов и участников, а также других граждан в органах государственной власти, органах местного самоуправления и общественных объединениях, проводить собрания, митинги, демонстрации, шествия и пикетирование». По мнению Конституционного Суда РФ, установленный частью второй статьи 28 Федерального закона «Об общественных объединениях» запрет на использование слова «политический» в названиях любых общественных объединений, кроме политических партий, не означает их исключения из политической жизни, а имеет целью лишь «обособление статуса политической партии как такой организационно-правовой формы общественного объединения, обязательными целями и задачами которой является участие в политической жизни государства и общества, и направлено на обеспечение восприятия политической партии в качестве особого института представительной демократии, обеспечивающего политическое взаимодействие гражданского общества и государства»³⁸.

Обратим внимание также на то, что, говоря об организациях, преследующих политические цели, законодатель имеет в виду исключительно общественные объединения, то есть только одну разновидность некоммерческих организаций. В свою очередь, общественные объединения могут создаваться в одной из следующих организационно-правовых форм: общественная организация; общественное движение; общественный фонд; общественное учреждение; орган общественной самодеятельности; союз (ассоциация) общественных объединений (ст.ст. 7, 13 ФЗ «Об общественных объединениях»). При этом общественная организация является по закону единственной организационно-правовой формой, основанной на членстве. Следовательно, формула, запрещающая, например, Уполномоченному по правам человека в РФ быть членом общественного объединения, преследующего политические цели, имеет смысл только применительно к общественной организации.

Напротив, пункт 6 статьи 2 ЗонКО говорит не об общественных объединениях, преследующих политические цели, а о некоммерческих организациях, которые участвуют «(в том числе путем финансирования) в организации и проведении политических акций в целях воздействия на принятие государственными органами решений, направленных на изменение проводимой ими государственной политики, а также в формировании общественного мнения в указанных целях».

Вопрос о том, как соотносятся между собой эти понятия, имеет принципиальное значение как для оценки полноты и непротиворечивости правового регулирования в данной сфере, так и для правильного формирования правоприменительной практики.

Во-первых, общественные объединения являются одной из многочисленных форм некоммерческих организаций (п. 3 ст. 2 ЗоНКО), а общественные объединения, преследующие политические цели, - одной из разновидностей общественных объединений. Причем, помимо общественных организаций только некоммерческие партнерства и ассоциации НКО основаны на членстве.

Помимо прочего, вопрос о членстве имеет серьезное значение как при определении правового статуса общественной организации, преследующей политические цели, так и при установлении юридического факта участия той или иной НКО «в организации и проведении политических акций», а также «в формировании общественного мнения». В общественной организации все ее члены должны соблюдать устав, которого, если он предусматривает участие в политической деятельности, оказывается вполне достаточно для признания ее преследующей политические цели. Напротив, у НКО, не имеющей членства, только юридически значимые действия высшего органа управления или исполнительного органа некоммерческой организации могут трактоваться как имеющие значение для установления факта ее участия в политической деятельности. Например, даже если все члены коллегиального органа управления автономной некоммерческой организации или фонда вместе со всеми штатными и внештатными сотрудниками примут участие в публичном мероприятии (митинге, демонстрации), имеющем политическую направленность, то это невозможно будет интерпретировать как участие НКО в политической акции, поскольку отсутствует факт юридически значимых действий органов управления юридического лица. И наоборот, решение органа управления НКО о перечислении денежных средств в избирательный фонд той или иной партии можно рассматривать как участие в политической деятельности, хотя этого может быть недостаточно для признания организации преследующей политические цели.

Приведенный выше пример показывает гипотетически возможную схему финансирования политических партий из-за рубежа, когда некоммерческая организация получает денежные средства в качестве пожертвования от иностранной организации на свою уставную деятельность и далее передает их партии в точно таком же качестве. Однако эта схема давно уже разгадана отечественным законодателем и недвусмысленно запрещена статьей 30 Федерального закона «О политических партиях». Здесь установлено, что не допускаются пожертвования политической партии и ее региональным отделениям не только от иностранных государств, иностранных граждан и юридических лиц, международных организаций и международных общественных движений, но также от «некоммерческих организаций, получавших в течение года, предшествующего дню внесения пожертвования политической партии, ее региональным отделениям, денежные средства либо иное имущество» от иностранных государств и других перечисленных выше источников.

Во-вторых, участие в организации и проведении политических акций, как мы уже смогли убедиться в ходе предшествующего анализа, является лишь одним из признаков наличия у организации политических целей. Другими признаками должны считаться: обеспечение участия граждан в политической жизни Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований посредством формирования и выражения политической воли своих членов и сторонников в программных и иных документах этих организаций, проведение политической агитации и пропаганды, участие в выборах и референдумах, а также в работе избранных органов государственной власти и органах местного самоуправления.

В-третьих, наиболее очевидным признаком организации, преследующей политические цели, является ее участие в выборах в качестве избирательного объединения, выдвигающего своих кандидатов или списки кандидатов. В то же время общественный контроль за выборами никак не может интерпретироваться как политическая акция «в целях воздействия на принятие государственными органами решений, направленных на изменение проводимой ими государственной политики, а также в формировании общественного мнения в указанных целях». Такая трактовка невозможна хотя бы уже потому, что избирательные комиссии не являются государственными органами. Согласно пункту 21 статьи 2 Федерального закона от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», избирательная комиссия - это «коллегиальный орган, формируемый в порядке и сроки, которые установлены законом, организующий и обеспечивающий подготовку и проведение выборов». Кроме того, данный закон наделяет все общественные объединения правом выдвигать своих представителей в состав избирательных комиссий. При этом закон не делает никаких различий между отдельными видами общественных объединений и, в частности, не уточняет, должно ли общественное объединение, имеющее своего представителя в составе избирательной комиссии, считаться преследующим политические цели¹. Поскольку участие в работе избирательных комиссий закон не считает политической деятельностью, а в задачи избиркомов входит контроль за соблюдением избирательных прав граждан, постольку общественный контроль за выборами, осуществляемый представителями средств массовой информации и другими независимыми наблюдателями, также не может рассматриваться как политическая деятельность.

В-четвертых, участие в «формировании общественного мнения» в целях «воздействия на принятие государственными органами решений, направленных на изменение проводимой ими государственной политики», вовсе не тождественно политической агитации и пропаганде. Как указывалось выше, для политической агитации и пропаганды свойственно наличие специальной агитационной цели - склонить аудиторию к поддержке или, напротив, неприятию той или иной политической партии, либо другого общественного объединения, преследующего политические цели. Напротив, формулировка пункта 6 статьи 2 ЗоНКО никак не ассоциирована ни с политическими партиями, ни с иными общественными объединениями, преследующими политические цели. Она предполагает в качестве цели деятельности некоммерческой организации оказание воздействия на выработку и реализацию государственной политики в той или иной сфере.

Рассмотрим в этом контексте Федеральный закон от 28 декабря 2009 г. № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации»¹, в котором есть специальные правовые нормы, определяющие порядок участия специализированных НКО в формировании и реализации государственной политики в области торговой деятельности. При этом речь идет не о закрытом перечне НКО, а о некоммерческих организациях двух типов: а) объединяющих хозяйствующих субъектов, осуществляющих торговую деятельность, и б) объединяющих хозяйствующих субъектов, осуществляющих поставки товаров.

Согласно этому закону, федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере внутренней торговли, в целях согласования общественно значимых интересов хозяйствующих субъектов, осуществляющих торговую деятельность, хозяйствующих субъектов, осуществляющих поставки товаров, привлекает на добровольной основе некоммерческие организации, объединяющие таких хозяйствующих субъектов, к участию в формировании и реализации государственной политики в области торговой деятельности.

Такое участие НКО может выражаться в самых разных формах: участие в разработке проектов нормативных правовых актов Российской Федерации в области торговой деятельности, региональных и муниципальных программ развития торговли; участие в анализе финансовых, экономических, социальных и иных показателей развития торговли на территориях субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, в оценке эффективности применения мер по ее поддержке, в подготовке прогноза развития торговли на территориях субъектов Российской Федерации, муниципальных образований; распространение российского и иностранного опыта в области торговой деятельности; предоставление необходимой информации для формирования и реализации государственной политики в области торговой деятельности; подготовка для органов государственной власти и органов местного самоуправления предложений о совершенствовании торговой деятельности и т. д. (ст. 7).

Очевидно, что некоммерческие организации, на которые распространяется действие Федерального закона «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации», легко могут оказаться «выполняющими функции иностранного агента», поскольку хозяйствующие субъекты, осуществляющие торговую деятельность и поставки товаров, постоянно имеют дело либо с получением товаров, либо с получением денежных средств от «иностраных источников». Следовательно, исходя из буквального толкования положений пункта 6 статьи 2 ЗоНКО, специализированные некоммерческие организации, действующие в сфере торговой деятельности, абсолютно точно попадают в категорию НКО, выполняющих функции иностранного агента.

Представляется, что этот наглядный пример ясно доказывает, что законодатель совершил ошибку в объекте, когда вместо устоявшейся в законодательстве формулы «общественное объединение, преследующее политические цели», применил новую, но крайне неопределенную и противоречивую формулу «некоммерческая организация, имеющая целью оказание воздействия на принятие государственными органами решений, направленных на изменение проводимой ими государственной политики».

Не стоит большого труда доказать, что участие некоммерческих организаций в выработке и реализации государственной политики является обычной формой взаимодействия государства и гражданского общества. При этом, сколько бы ни различались существующие теории гражданского общества, все они так или иначе кристаллизуют «евангельское христианство в секуляризованных социальных и гражданских институтах»³⁹. Одной из наиболее перспективных форм взаимодействия государства и гражданского общества обещает стать система так называемого Открытого правительства. Однако, если не привести понятие «организации, выполняющей функции иностранного агента» в соответствие с устоявшимися институтами, прежде всего, российского гражданского права, то окажется, что значительную часть Открытого правительства составляют представители «иностраных агентов».

Более того, во многих федеральных законах определены конкретные направления участия НКО в выработке и реализации государственной политики. Так, статья 53 Федерального закона от 27 ноября 2010 г. № 311-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации» определяет формы и направления участия в

формировании и реализации государственной политики в области таможенного дела некоммерческих организаций, объединяющих лиц, осуществляющих деятельность, связанную с ввозом товаров в Российскую Федерацию и их вывозом из Российской Федерации, а также лиц, осуществляющих деятельность в сфере таможенного дела⁴⁰. В положениях о министерствах и других федеральных органах исполнительной власти также можно найти нормы о том, что они осуществляют свою деятельность по выработке и реализации государственной политики во взаимодействии с общественными объединениями⁴¹.

Тем более недопустимо дискриминировать некоммерческие организации, участвующие в выработке и реализации государственной политики в установленных законом формах. Напомним, что согласно части 4 статьи 13 Конституции РФ «общественные объединения равны перед законом», а, следовательно, дискриминация кого-либо из них вступает в противоречие с требованиями основного закона. Однако пункт 6 статьи 2 ЗоНКО явно отступает от этого правила, закрепляя неравенство некоммерческих организаций, включая общественные объединения, в зависимости от источников их финансирования. При этом сам по себе факт финансирования НКО из «иностранных источников», как и факт участия таких НКО в «политической деятельности», не является противозаконным. Часть 5 статьи 13 Конституции РФ запрещает создание и деятельность только таких общественных объединений, «цели или действия которых направлены на насильственное изменение основ конституционного строя и нарушение целостности Российской Федерации, подрыв безопасности государства, создание вооруженных формирований, разжигание социальной, расовой, национальной и религиозной розни».

Исправить допущенную законодателем ошибку путем механической замены понятия «некоммерческая организация, имеющая целью оказание воздействия на принятие государственными органами решений, направленных на изменение проводимой ими государственной политики», понятием «общественное объединение, преследующее политические цели» не представляется оптимальным решением. Видимо, есть смысл в рамках реализации крайне актуальной задачи систематизации законодательства о НКО предусмотреть особый правовой режим для некоммерческих организаций, преследующих политические цели. К числу таких НКО должны были бы относиться как основанные на членстве (партии, политические общественные организации, политические клубы в форме некоммерческих партнерств, вовлеченные в политику профсоюзы и т. д.), так и не знающие института членства организации (автономные некоммерческие организации, фонды, учреждения и т. д., систематически участвующие в политической деятельности). При этом главными критериями отнесения этих организаций к числу преследующих политические цели должны быть их ассоциированность с партиями либо самостоятельное участие в выборах.

Впрочем, вряд ли отечественному законодателю в обозримом будущем удастся определить понятие политической деятельности таким образом, чтобы по уровню юридической операциональности оно могло сравниться с понятием предпринимательской деятельности, зафиксированным в ГК РФ: предпринимательская деятельность - «самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке» (ч. 3 п. 1 ст. 2).

Для наглядности сравнения процитируем еще раз пункт 6 статьи 2 ЗоНКО, согласно которому некоммерческая организация признается участвующей в политической деятельности, если она «участвует (в том числе путем финансирования) в организации и проведении политических акций в целях воздействия на принятие государственными органами решений, направленных на изменение проводимой ими государственной политики, а также в формировании общественного мнения в указанных целях»⁴².

Если данное «определение понятия» попытаться проанализировать во взаимосвязи с установленными всё тем же пунктом исключениями из понятия политической деятельности, то складывается парадоксальная картина. Так, воздействие на принятие государственными органами решений «в области науки, культуры, искусства, здравоохранения» не должно считаться политической деятельностью, а то же самое в области, например, образования или, как было показано выше, торговли или таможенного дела - должно. Подобное разделение сфер управления делами государства на «политические» и «неполитические» не имеет ни конституционной основы, ни юридической логики, в особенности, если признать, что в целом гражданское общество «оказывает позитивное и благотворное влияние на политическую систему»⁴³.

В этой связи вновь сошлемся на «Основопологающие принципы статуса неправительственных организаций в Европе» (RAP - ONG (2003)4), одобренные Комитетом министров Совета Европы 16 апреля 2003 года. Здесь предусмотрено, что следует поощрять и приветствовать участие НПО в государственных и квазигосударственных механизмах диалога, консультаций и обменов в целях поиска решений для удовлетворения потребностей общества. Причем, такое участие не должно ни гарантировать, ни исключать выделение государственных субсидий, заключение контрактов или предоставление помощи отдельным НПО или их объединениям. Консультации не должны рассматриваться государственными органами как средство принуждения НПО к принятию своих приоритетов. НПО, в свою очередь, не должны использовать консультации в качестве побудительного мотива для отказа от своих целей, принципов или их компроматации.

Государственные органы вправе работать с НПО в целях достижения целей государственной политики, однако, они не должны предпринимать попыток поглотить или взять НПО под свой контроль. НПО следует также привлекать для консультаций во время работы над законодательством, затрагивающим их статус, финансирование или сферу деятельности.

Чтобы сделать приведенные выше выводы более наглядными, сведем вместе и сопоставим поощряемые государством виды деятельности социально ориентированных некоммерческих организаций (ст. 31.1. ЗоНКО) и виды деятельности НКО, не относящиеся к политической деятельности (п. 6 ст. 2 ЗоНКО).

Таблица 2.

Виды деятельности некоммерческих организаций_

Виды деятельности социально ориентированных НКО (ст. 31.1. ЗоНКО)	Виды деятельности НКО, не относящиеся к политической (п. 6 ст. 2 ЗоНКО)
социальная поддержка и защита граждан	деятельность в области защиты материнства и детства, социальной поддержки инвалидов
подготовка населения к преодолению последствий стихийных бедствий, экологических, техногенных или иных катастроф, к предотвращению несчастных случаев	
оказание помощи пострадавшим в результате стихийных бедствий, экологических, техногенных или иных катастроф, социальных, национальных, религиозных конфликтов, беженцам и вынужденным переселенцам	
охрана окружающей среды и защита животных	деятельность в области защиты растительного и животного мира
охрана и в соответствии с установленными требованиями содержание объектов (в том числе зданий, сооружений) и территорий, имеющих историческое, культовое, культурное или природоохранное значение, и мест захоронений	
оказание юридической помощи на безвозмездной или на льготной основе гражданам и некоммерческим организациям и правовое просвещение населения, деятельность по защите прав и свобод человека и гражданина	
профилактика социально опасных форм поведения граждан	
благотворительная деятельность, а также деятельность в области содействия благотворительности и добровольчества	благотворительная деятельность, а также деятельность в области содействия благотворительности и добровольчества
деятельность в области образования, просвещения, науки, культуры, искусства, здравоохранения, профи-	деятельность в области науки, культуры, искусства, здравоохранения, профилактики и охраны здоровья
лактики и охраны здоровья граждан, пропаганды здорового образа жизни, улучшения морально-психологического состояния граждан, физической культуры и спорта и содействие указанной деятельности	граждан, пропаганды здорового образа жизни, физической культуры и спорта
содействие духовному развитию личности	

При подготовке законопроекта ко второму чтению нами вносилось предложение унифицировать список видов деятельности НКО, поддерживаемых со стороны государства. В качестве исходного пункта предлагалось взять за основу перечень видов деятельности социально ориентированных некоммерческих организаций, установленный в статье 31.1. ЗоНКО. Однако данное предложение было реализовано, как мы теперь видим, далеко не в полной мере, что также сказалось на качестве окончательного текста закона.

В результате возможна ситуация, когда социально ориентированная некоммерческая организация ведет работу по «духовному развитию личности» и, следовательно, вправе рассчитывать на поддержку со стороны органов государственной власти и органов местного самоуправления. Но, поскольку данная НКО получает на эту работу финансирование, в том числе, от «иностраных источников», постольку она должна регистрироваться в качестве организации, «выполняющей функции иностранного агента». Вопрос: вправе ли подобный «иностраный агент» претендовать на поддержку со стороны государства? Раздвоение воли законодателя и в данном случае налицо.

Элемент третий - «функции иностранного агента»

Как это ни удивительно, но пункт 6 статьи 2 ЗоНКО, вводящий понятие «некоммерческая организация, выполняющая функции иностранного агента», ни словом не обмолвился о том, в чем именно состоят функции иностранного агента. Тем самым законодатель не оставляет для добросовестного правоприменителя иного пути кроме как обратиться к тем правовым нормам, которые регулируют агентские правоотношения, то есть правоотношения, возникающие из договора агентирования. Данный вывод подтверждается тем неоспоримым фактом, что законодательство об НКО относится к гражданскому законодательству, которое, в свою очередь, употребляет термин «агент» лишь в двух случаях: а) когда говорит о финансовом агенте применительно к договору факторинга (финансирование под уступку денежного требования) и б) когда ведет речь об агенте как стороне в договоре агентирования. Употребление термина «агент» в других отраслях права (налогом, морском, международном публичном и т. д.) в данном случае значения не имеет, хотя во всех случаях данный термин в большей или меньшей степени синонимичен термину «представитель»⁴⁴.

Как общепризнано в отечественной цивилистике, агентский договор (его также называют договором агентирования, что более соответствует названию главы 52 Гражданского кодекса РФ - «Агентирование») пришел в российскую правовую систему из англосаксонской⁴⁵, хотя в нашей стране и в досоветский период были распространены агентские отношения в сфере торгового права⁴⁶, а в советский - в сфере страхования, где роль агентов выполняли не только сотрудники Госстраха, но и независимые агенты-акквизиторы, хотя коммерческое посредничество считалось таким же преступлением, как и частное предпринимательство.

В процессе экономических реформ естественным образом появилась особая категория хозяйствующих субъектов, которые принимали на себя определенные посреднические функции. В ныне действующем Гражданском кодексе РФ их функционирование регулируется, прежде всего, главой 52 «Агентирование».

Агентские правоотношения, будучи сравнительно новыми для российской цивилистики, являются предметом оживленных научных дискуссий. Некоторые правоведы предлагают считать агентский договор родовой категорией, объединяющей такие виды договоров как договоры поручения, комиссии, транспортной экспедиции и доверительного управления имуществом⁴⁷. Другие, напротив, определяют агентскому договору место в системе посреднических сделок⁴⁸. Третьи, наконец, доказывают, что агентский договор является разновидностью представительского договора, которая отличается от таких известных типов представительства как поручение и комиссия наличием в своем предмете фактических услуг, играющим существенную роль в достижении цели агентского договора и предопределяющим выделение агентирования в самостоятельный вид гражданско-правовых дого-воров⁴⁹.

С учетом появления в российском законодательстве правовых норм об организациях, «выполняющих функции иностранного агента», содержащихся в пункте 6 статьи 2 ЗоНКО, логично возникает вопрос о том, как корреспондируют они общим нормам, регулирующим отношения по договору агентирования и содержащимся в главе 52 Гражданского кодекса РФ.

Согласно статье 1005 ГК РФ, по агентскому договору одна сторона (агент) обязуется за вознаграждение совершать по поручению другой стороны (принципала) юридические и иные действия от своего имени, но за счет принципала либо от имени и за счет принципала. Причем, по сделке, совершенной агентом с третьим лицом от своего имени и за счет принципала, именно агент приобретает права и обязанности. Если же агент совершил сделку с третьим лицом от имени и за счет принципала, то права и обязанности возникают непосредственно у принципала.

Однако, как отмечалось выше, грантовые соглашения между иностранными грантодателями и российскими некоммерческими организациями, как правило, заключаются в форме договора пожертвования, что точно соответствует нормам как гражданского, так и налогового законодательства Российской Федерации. Нам не известно ни одного случая, когда бы грантовое соглашение облеклось в форму агентского договора. Напротив, в грантовых соглашениях, заключаемых правительственными (например, USAID) или межправительственными (например, ЮНЕСКО, Совет Европы) организациями обычно специально оговаривается, что гранто-получатель не является представителем соответствующего государства, его правительства или организации - грантодателя и не пользуется какими-либо иммунитетами, полагающимися такому представителю.

Для разрешения данного очевидного противоречия требуется признать: либо, а) что договор пожертвования является разновидностью договора агентирования, а следовательно, посредническим договором, либо, б) что договор пожертвования является притворным, призванным скрыть договор агентирования. Второй вариант приходится отклонить сразу, поскольку вот уже два десятилетия ежегодно тысячи грантовых соглашений заключаются и исполняются, в том числе между российскими государственными органами и НКО, и при этом никто не ставит вопроса о признании этих договоров притворными, а потому недействительными, ничтожными.

Не более перспективен и первый из предложенных выше вариантов. Договоры пожертвования и агентирования слишком различны по своему правовому содержанию, чтобы пытаться один из них представить

разновидностью другого. Тем более что оба вида договоров не делают никакого различия между российскими и иностранными субъектами гражданских прав, а значит, отечественные НКО, получающие денежные средства или иное имущество от «российских источников», также должны считаться субъектами агентских правоотношений. В свою очередь, подобное признание потребует пересмотреть всю систему налогообложения в некоммерческом секторе, поскольку агентирование является одним из видов коммерческой, предпринимательской деятельности.

Чтобы понять всю бесперспективность попыток подвести грантовые соглашения под договор агентирования, обратим внимание на следующие моменты.

Во-первых, принципиально различны субъекты правоотношений. Субъектами договора агентирования выступают агент и принципал. Напротив, сторонами договора пожертвования являются жертвователь и одаряемый. Причем, в первом случае не имеет значения, являются субъекты правоотношений физическими или юридическими лицами. Во втором случае для физических и юридических лиц установлены разные правила. Так, пожертвование имущества гражданину должно быть, а юридическим лицам может быть обусловлено жертвователем использованием этого имущества по определенному назначению. Кроме того, юридическое лицо, принимающее пожертвование, для использования которого установлено определенное назначение, должно вести обособленный учет всех операций по использованию пожертвованного имущества. На физическое лицо такая обязанность законом не возлагается.

Во-вторых, принципиально различны объекты правоотношений. В договоре агентирования агент обязуется по поручению принципала совершать в его интересах юридические или иные действия, получая за это агентское вознаграждение. Напротив, в договоре пожертвования жертвователь передает одаряемому имущество или права для использования в общепользовательных целях. Вот почему совершенно неприемлемо содержащееся в пункте 6 статьи 2 ЗоНКО положение о том, что организация, получающая имущество от «иностраных источников», действует «в том числе в интересах иностранных источников». Очевидно, что агентские правоотношения предполагают деятельность агента исключительно в интересах принципала. Если же предположить, что интересы принципала совпадают с общепользовательными целями, то деятельность агента теряет коммерческий смысл, а агентский договор - свой каузальный характер.

В-третьих, налицо очевидное различие в том, кто является конечным бенефициаром договора. В случае агентирования это принципал, получающий результат работы агента, и агент, получающий причитающееся ему агентское вознаграждение. В отношениях между грантодателем и грантополучателем никакого агентского или иного вознаграждения не существует: предусматривается лишь покрытие затрат на выполнение работы в общепользовательных целях за счет средств пожертвования.

В-четвертых, агентский договор предполагает наличие не только внутренних - между агентом и принципалом - и внешних правоотношений - между агентом и третьими лицами, но также возможность фактических действий посреднического характера со стороны агента, подчиненных целям агентского договора. Напротив, в договоре пожертвования посреднические функции полностью отсутствуют. Здесь имеет значение факт использования пожертвованного имущества по тому назначению, которое было обусловлено жертвователем и которое соответствует представлениям ГК РФ об общепользовательных целях.

В-пятых, целью агентского договора всегда является экономически целесообразное изменение - посредством действий агента - правового или имущественного положения принципала. В случаях, когда агентский договор оказывается экономически необоснованным, суды, как правило, признают его ничтожным, усматривая его притворность⁵⁰. Напротив, договор пожертвования по своей сути не может преследовать цели получения прибыли. Было бы просто нелепо говорить о его экономической эффективности.

В-пятых, как отмечает профессор Е. А. Суханов, агентский договор «всегда является возмездным и не носит лично - доверительного характера даже при совершении агентом сделок от имени принципала и по его доверенности (что, в частности, и в этом случае исключает возможность одностороннего безмотивного отказа от его исполнения)»⁵¹. Вот почему агентирование, по мнению Е. А. Суханова, в целом ближе к договору комиссии, чем к договору поручения, хотя не может быть сведено ни к тому, ни к другому. Напротив, договор пожертвования всегда носит безвозмездный и лично - доверительный, фидуциарный характер. На это, в частности, указывает его сходство с договором дарения, которое подчеркнуто в пункте 3 статьи 582 ГК РФ.

В-шестых, агентский договор может быть заключен на определенный срок или без указания срока его действия, поскольку он обязывает агента не совершить какое-то одно действие в интересах принципала, а совершать их постоянно⁵². Напротив, договор пожертвования по своей природе является бессрочным. К нему не применяются правила отмены дарения: использование пожертвованного имущества не в соответствии с указанным жертвователем назначением дает право жертвователю, его наследникам или иному правопреемнику требовать отмены пожертвования.

В-седьмых, агентский договор является по своей юридической природе двусторонней, синаллагма-тической сделкой, тогда как договор пожертвования - односторонней сделкой.

В-восьмых, агентский договор относится к кон-сенсуальным сделкам, а пожертвование - к реальным сделкам.

В-девятых, в договоре агентирования лицо по собственной воле принимает на себя функции агента. Напротив, по логике анализируемого пункта 6 статьи 2 ЗоНКО, организация, получающая пожертвование от иностранного грантодателя, обязана признать себя агентом даже в том случае, если жертвователю не признает себя принципалом. При этом никакой состязательной процедуры признания лица агентом не предусмотрено. Тот факт, что организация не считает себя агентом, не имеет - по логике закона - никакого юридического значения. Достаточно того, что соответствующий орган исполнительной власти считает организацию иностранным агентом и на этом основании привлекает ее руководителей и иных лиц к административной и даже уголовной ответственности. В результате наказуемым оказывается не правонарушение, а отказ признать себя тем, кем субъекта считает орган исполнительной власти.

В-десятых, главная обязанность агента - совершать в интересах и за счет принципала сделки и другие юридические, а также фактические действия. Напротив, главная обязанность одаряемого - использование пожертвованного имущества в соответствии с указанным жертвователем назначением и в общепользовательных целях.

Последний тезис особенно контрастно высвечивает дилемму, поставленную перед российскими НКО, получившими грант от «иностранного источника», положениями пункта 6 статьи 2 ЗоНКО: выполнять ли им «функции агента», предусмотренные статьей 1005 ГК РФ, или - функции одаряемого, грантополучателя, предусмотренные статьей 582 ГК РФ? То, что эти функции несовместимы, не

нуждается, видимо, в дополнительных аргументах.

* * *

Представляется, что в контексте пункта 6 статьи 2 ЗоНКО термин «функции иностранного агента» является неадекватным поставленной задаче -обеспечить максимальную прозрачность деятельности отечественных некоммерческих организаций, получающих финансирование из-за рубежа и при этом преследующих политические цели. Для достижения этой вполне законной и обоснованной цели следовало бы сделать, как минимум, следующее.

Во-первых, вместо расплывчатого и всеохватывающего понятия «иностранные источники» использовать куда более точные и операциональные правовые механизмы, почерпнутые из налогового законодательства.

Во-вторых, вместо неопределенного и противоречивого понятия организации, которая «участвует (в том числе путем финансирования) в организации и проведении политических акций в целях воздействия на принятие государственными органами решений, направленных на изменение проводимой ими государственной политики, а также в формировании общественного мнения в указанных целях», использовать устоявшееся, хотя до сих пор не имеющее легального определения понятие «организация, преследующая политические цели».

В-третьих, заменить внутренне противоречивые и юридически не определенные «функции иностранного агента» на обязанности агента иностранного государства или правительства, вытекающие из договора агентирования.

Реализация данного круга предложений неминуемо привела бы к появлению двух самостоятельных правовых режимов:

а) некоммерческой организации, преследующей политические цели и получающей на это финансирование из-за рубежа;

б) агента иностранного государства или правительства.

Правовой режим «а» логично вписывается в законодательство о некоммерческих организациях, а «б» - в структуру главы 52 ГК РФ «Агентирование». Режим «а» может влечь за собой для подпадающей под его действие некоммерческой организации определенные изъятия из общего статуса НКО. Например, представители такой организации не могли бы входить в состав избирательных комиссий. Для них могут быть установлены более строгие правила публичной отчетности и т. д.

Что же касается правового режима «б», то в качестве его носителя, иностранного агента, могло бы выступать любое юридическое или физическое лицо, которое за счет иностранного государства или его правительства (принципала) от его имени и за его счет, либо от своего имени, но за счет принципала, совершает сделки, иные юридические или фактические действия в пользу принципала, получая за это агентское вознаграждение. Не исключается и обязательная регистрация таких лиц в качестве иностранных агентов, их особая отчетность и т. п. При этом важно четко отграничить эту категорию лиц, с одной стороны, от дипломатических и иных агентов, чей статус определен международно-правовыми нормами, а с другой - от представителей иностранных юридических лиц, чей статус установлен российским законодательством⁵³.

Для конструирования правового режима «б» можно было бы использовать пресловутый американский закон FARA (закон США «О регистрации иностранных агентов» от 08 июня 1938 г.)⁵⁴, который часто упоминался, но крайне редко адекватно цитировался в процессе обсуждения проекта Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части регулирования деятельности некоммерческих организаций, выполняющих функции иностранного агента». Одни указывали, что FARA является образцом, по которому был сконструирован российский закон об НКО, «выполняющих функции иностранных агентов». Другие называли анализируемый российский закон «плохой копией» FARA.

Представляется, что обе позиции были ошибочны, поскольку, как показано выше, появившиеся в 2012 г. российские законодательные нормы об НКО, «выполняющих функции иностранного агента», органически противоречат правовому регулированию агентских отношений вообще и не имеют с FARA ничего общего ни по предмету правового регулирования, ни по субъектам, объектам и содержанию возникающих правоотношений⁵⁵. Как отмечается в комментарии, подготовленном вашингтонским Международным центром некоммерческого права (ICNL), существуют многочисленные ключевые различия между основными положениями закона FARA и положениями анализируемого российского закона об НКО - «иностранных агентах».

Во-первых, FARA предполагает наличие четко определенных и не только финансовых взаимоотношений между иностранным принципалом и его агентом. Во-вторых, положения FARA абсолютно неприменимы к лицам или организациям, занимающимся исключительно религиозной, академической или благотворительной деятельностью. В-третьих, положения FARA не ограничиваются некоммерческими организациями и вместо того, чтобы определять тип лиц, подпадающих под его регулирование, исходят из типа действий, которые являются объектом правоприменения¹.

Завершая рассмотрение вопроса о понятии «иностранный агент» в российском праве, вновь обратимся к теме свободы воли законодателя при формулировании правил поведения. Согласимся с известным американским правоведом Лоном Фуллере-ром в том, что «сегодня существует сильная тенденция отождествлять право не с правилами поведения, а с иерархией власти или подчиненности. Эта точка зрения, которая путает лояльность к закону с уважением к существующей власти, легко приводит к заключению, что если судьи, полицейские и обвинители могут нарушать законность, то законодатели - нет, если не считать того, что они могут выходить за явно установленные конституционные ограничения их власти. Тем не менее ясно, что туманное и бессвязное законодательство может сделать законность недостижимой для кого бы то ни было, или по крайней мере недостижимой без неправомочного пересмотра, который сам по себе наносит ущерб законности. ...Пребывание на вершине иерархии подчиненности не освобождает законодательный орган от обязанности соответствовать требованиям внутренней морали права, более того, лишь усиливает эту обязанность»⁵⁶.

Было бы ошибкой думать, что противоречия, занесенные законодателем в правовую систему, остаются без последствий. В одних случаях их разрушительный потенциал накапливается достаточно длительное время, чтобы в конечном итоге кумулятивный заряд сделал свое дело. В других случаях они достаточно быстро создают преграды на пути адекватного правоприменения. Однако не подлежит сомнению, что мораль права, субстанция не подверженная конъюнктурным поветриям, рано или поздно побудит отечественного законодателя пересмотреть понятийный ряд, использованный для конструирования правового статуса некоммерческих организаций, «выполняющих функции иностранного агента».

Список использованных источников:

1. Каляпин И. Правовых определений в этом законе нет // Коммерсантъ Власть. 2012. 6 июл. № 31.
2. Бекбулатова Т. Закон об иностранных агентах написан неразборчиво // Коммерсантъ. 2012. 4 сент. № 164.
3. Кант И. Критика чистого разума. М., 1998.
4. Якобсон Л. И. Будущее гражданского общества: исследование и проектирование // Гражданское общество в России и за рубежом. 2011. № 1.

5. Аузан А. А. Три лекции о гражданском обществе. М.: Полит.Ру, ОГИ, 2006.
6. Геллнер Э. Условия свободы. Гражданское общество и его исторические соперники. М.: Московская школа политических исследований, 2004.
7. Даль Р. Демократия и ее критики. М.: РОС-СПЭН, 2003.
8. Шафранов-Куцев Г. Ф., Давыденко В. А. Гражданское общество и доверие: общее и различное в теоретическом и практическом контекстах // Вестник Тюменского государственного университета. 2011. № 8.
9. Шекова Е. Л. Экономика и менеджмент некоммерческих организаций: Учебное пособие. СПб., 2003.
10. Доклад о состоянии гражданского общества в Российской Федерации (2011 г.). М.: Общественная палата Российской Федерации, 2012.
11. Мамардашвили М. К. Опыт физической метафизики. М.: Прогресс-Традиция, 2009.
12. Ховард М. М. Слабость гражданского общества в посткоммунистической Европе. М.: Аспект-пресс, 2009.
13. Хвалей В. Агентский договор // Закон. 2000. № 6.
14. Шершеневич Г. Ф. Система торговых действий. Критика основных понятий торгового права. Казань, 1888.
19. Шапошников В. В. Агентский договор: Авто-реф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1999.
20. Шаповаленко А. С. Агентский договор в системе посреднических сделок в Российском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-н/Д, 2003.
21. Пак М. З. Агентский договор в гражданском праве Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2006.
22. Суханов Е. А. Агентский договор // Вестник ВАС РФ. 1999. № 12.
23. Фуллер Л. Мораль права. М.: ИРИСЭН, 2007.

Источник: <http://www.internet-law.ru/info/unesco/tom11.htm>