

НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ
“ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ”

НАУЧНО-МЕТОДИЧЕСКИЙ ЦЕНТР
“КАФЕДРА ЮНЕСКО ПО АВТОРСКОМУ ПРАВУ
И ДРУГИМ ПРАВАМ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ”

ТРУДЫ ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

№ 3 (том XIV)
2013

Москва



United Nations
Educational, Scientific and
Cultural Organization

Организация
Объединенных Наций по
вопросам образования,
науки и культуры



ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ
НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ



HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS
NATIONAL RESEARCH UNIVERSITY

The UNESCO Chair on copyright
and other intellectual property rights
Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву
и другим правам интеллектуальной собственности



Главный редактор:

М. А. Федотов (Советник Президента Российской Федерации, Председатель Совета при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека, директор Научно-методического центра “Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности”, доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации)

Редакционный совет:

Ю. М. Батурин (член-корреспондент РАН, доктор юридических наук, профессор), **И. Л. Бачило** (доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации), **И. А. Близнец** (доктор юридических наук, профессор), **М. М. Богуславский** (доктор юридических наук, профессор), **Ю. Л. Бошицкий** (кандидат юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Украины), **Э. П. Гаврилов** (доктор юридических наук, профессор), **М. А. Краснов** (доктор юридических наук, профессор), **А. Н. Козырев** (доктор экономических наук, профессор), **В. В. Орлова** (доктор юридических наук, профессор), **М. И. Пастухов** (доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Республики Беларусь), **С. В. Потапенко** (доктор юридических наук, профессор), **И. М. Рассолов** (доктор юридических наук, профессор), **А. П. Сергеев** (доктор юридических наук, профессор), **Л. С. Симкин** (доктор юридических наук, профессор), **В. Н. Синельникова** (доктор юридических наук, профессор), **С. В. Степашин** (доктор юридических наук, профессор), **А. А. Тедеев** (доктор юридических наук, профессор), **И. Г. Шаблинский** (доктор юридических наук, профессор), **С. К. Шайхитдинова** (доктор философских наук, профессор), **С. М. Шахрай** (доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации)

ТРУДЫ ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

НАУЧНЫЙ ЖУРНАЛ
КАФЕДРЫ ЮНЕСКО ПО АВТОРСКОМУ ПРАВУ
И ДРУГИМ ПРАВАМ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

№ 3 (том XIV)
2013

Москва

Научный журнал **“Труды по интеллектуальной собственности”**
зарегистрирован в Федеральной службе по надзору в сфере связи
и массовых коммуникаций.

Свидетельство о регистрации ПИ № ФС77-45963
от 15 июля 2011 г. ISSN 2225-3475.

Учредитель и издатель:

АНО “Творческий Центр ЮНЕСКО”, г. Москва

Адрес редакции:

117279, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 55А, каб. 112.
Тел. +7-499-238-31-39

Адрес для корреспонденции:

119017, г. Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, каб. 221, Кафедра ЮНЕСКО
www.unescochair.ru
unesco.chair.copyright@mtu-net.ru

Издается с 1999 г. (бюллетень “Труды по интеллектуальной собственности” зарегистрирован Госкомпечати России 28 мая 1999 г., свидетельство № 018878). Журнал посвящен актуальным проблемам авторского права, информационного права, прав интеллектуальной собственности. Плата за публикацию материалов в журнале не взимается ни в какой форме. Все представленные материалы в обязательном порядке проходят научное рецензирование. Перепечатка статей без согласия правообладателей запрещена в соответствии с п. 3 ст. 1274 ГК РФ.

Подписные индексы:

Объединенный каталог “Пресса России” - 11287

© Составление.

Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и
другим правам интеллектуальной собственности, 2013.

ОГЛАВЛЕНИЕ

ИННОВАЦИИ И ИНТЕЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ

Федотов М. А. О презумпции независимости прав интеллектуальной собственности от вещных прав 4

Оганесян Р. О. Правовая охрана интеллектуальной собственности в сфере геологического изучения и использования недр: особенности международного сотрудничества 18

Антонова А. В. Правовой режим произведения, перешедшего в общественное достояние 34

ИНФОРМАЦИЯ И ГОСУДАРСТВЕННОЕ УПРАВЛЕНИЕ

Околёснова О. А. Общественные интересы: значение и роль при осуществлении общественного контроля (информационно-правовой аспект) 47

Кожевникова Ю. С. Особенности формирования информационно-правового регулирования отношений по использованию облачных технологий при обработке персональных данных в зарубежных странах 86

Моргун А. В. Особенности некоторых информационно-правовых споров в сфере рекламы 146

ОБСУЖДАЕМ ЗАКОНОПРОЕКТ

Потапенко С. В. Основания компенсации морального вреда за диффамацию 181

ИННОВАЦИИ И ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ

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 (115184, г. Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, к. 221; тел.: (499) 234-31-39; hse@hse.ru)

О ПРЕЗУМПЦИИ НЕЗАВИСИМОСТИ ПРАВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ ОТ ВЕЩНЫХ ПРАВ

Ключевые слова: интеллектуальная собственность; интеллектуальные права; Гражданский кодекс; вещные права

Аннотация: Статья посвящена выявлению актуальных проблем развития права интеллектуальной собственности в Российской Федерации. Основное внимание в статье акцентируется на вопросе о раз-

личении интеллектуальных прав (прав интеллектуальной собственности) и права собственности.

Согласно ст. 1227 ГК РФ интеллектуальные права не зависят от права собственности на материальный носитель (вещь), в котором выражены соответствующие результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации. При этом переход права собственности на вещь не влечет переход или предоставление интеллектуальных прав на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, выраженные в этой вещи, за исключением случая, предусмотренного п. 2 ст. 1291 ГК РФ. Таким образом, законодатель предлагает рассматривать независимость прав интеллектуальной собственности (интеллектуальных прав) от вещных прав как некую презумпцию. В рамках настоящей статьи мы проанализируем эту презумпцию, обратив особое внимание на ее применение в сфере авторского права на произведения изобразительного искусства.

Прежде всего, отметим, что данная презумпция не является принципиально новой для российского законодательства об интеллектуальной собственности. Идея различения объекта исключительных прав и материального носителя, в котором воплощен этот, по терминологии проф. В. А. Дозорцева, интеллектуальный объект, получила закрепление, в частности, в п. 5 ст. 6 Закона РФ № 5351-1 от 10 июля 1993 г. «Об авторском праве и смежных пра-

вах» (далее – ЗоАП)¹, где говорилось: «Авторское право на произведение не связано с правом собственности на материальный объект, в котором произведение выражено». Еще более конкретно данное правило закреплено в п. 6 ст. 3 Закона РФ № 3523-1 от 23 сентября 1992 г. «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» (далее – ЗоПЭВМ)²: «Авторское право на программы для ЭВМ и базы данных не связано с правом собственности на их материальный носитель. Любая передача прав на материальный носитель не влечет за собой передачи каких-либо прав на программы для ЭВМ и базы данных».

Примечательно, что в федеральных законах, касающихся промышленной собственности и средств индивидуализации, аналогичные нормы не встречались. Отсюда можно сделать вывод, что законодатель, формируя Ч.IV ГК РФ и стремясь к максимальной унификации подходов к правовой защите объектов интеллектуальных прав, осуществил генерализацию анализируемой презумпции, присущей исключительно авторскому праву, распро-

¹ Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1242. (утратил силу с 1 января 2008 г. в связи с принятием Федерального закона № 231-ФЗ от 18 декабря 2006 г. «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2006. № 52 (1 ч.). Ст. 5497).

² Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. № 42. Ст. 2325. (утратил силу с 1 января 2008 г. в связи с принятием Федерального закона № 231-ФЗ от 18 декабря 2006 г. «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

странив ее тем самым и на сферу промышленной собственности.

Субъектами правоотношений, возникающих в связи с реализацией анализируемой презумпции, могут быть, с одной стороны, авторы произведений, производители фонограмм и другие правообладатели смежных прав, патентообладатели, правообладатели исключительных прав на товарные знаки и другие средства индивидуализации, а с другой стороны, любые третьи лица. Разумеется, этими третьими лицами могут быть как законные приобретатели материальных носителей, в которых воплощен интеллектуальный продукт, так и нарушители исключительных прав, если речь идет, например, о контрафактных экземплярах.

Обратим внимание также на тот факт, что независимость интеллектуальных прав (прав интеллектуальной собственности) от прав собственности на материальный носитель проявляется в обособленности основных субъектов правоотношений: правообладателей – в отношении объектов интеллектуальной собственности, и собственников – в отношении вещей. Причем, если право собственности и другие вещные права подчиняются правилам Раздела II ГК РФ, то права интеллектуальной собственности – правилам Раздела VII ГК РФ. Это проявляется, например, в вопросе возникновения прав. Так, право собственности может возникнуть в результате изготовления или приобретения вещи, по некоторым иным основаниям (ст.ст. 218–234 ГК РФ). Напротив, интеллектуальные права, например, на произведение, охраняемое авторским правом, возникают только в результате его создания.

Объектами правоотношений, возникающих в связи с реализацией анализируемой презумпции, являются как оригиналы объектов интеллектуальной собственности (рисунки, скульптуры, рукописи, чертежи и т. д.), так и их копии. Например, литературное произведение как объект интеллектуальных прав (прав интеллектуальной собственности) воплощается в любом экземпляре книги, в котором оно напечатано, аудиовизуальное произведение – в любом DVD, на котором оно записано, и т. д. Кроме того, не будем забывать, что к большинству объектов интеллектуальной собственности применим критерий материального воплощения. Так, п. 3 ст. 1259 требует, чтобы произведение было выражено в какой-либо объективной форме.

Анализируя содержание презумпции независимости интеллектуальных прав как прав абсолютных от вещных прав на материальный носитель, можно прийти к следующим выводам.

Во-первых, право на объект интеллектуальной собственности возникает независимо от воли всех остальных субъектов.

Во-вторых, этому абсолютному праву соответствует обязанность всех третьих лиц воздерживаться от действий его нарушающих.

В-третьих, обязанности всех остальных субъектов имеют форму запрещения каких-либо действий, нарушающих абсолютное право правообладателя.

В-четвертых, нарушение абсолютного права может последовать со стороны любого лица.

В-пятых, иск для защиты может быть направлен против каждого лица, нарушающего абсолютное право.

Анализируемая презумпция сопрягается с п. 4 ст. 129 ГК РФ, который появился благодаря Вводному закону¹. Здесь закреплено: «Результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (ст. 1225) не могут отчуждаться или иными способами переходить от одного лица к другому. Однако права на такие результаты и средства, а также материальные носители, в которых выражены соответствующие результаты или средства, могут отчуждаться или иными способами переходить от одного лица к другому в случаях и в порядке, которые установлены настоящим Кодексом». Здесь важен тот факт, что законодатель ставит знак равенства между отчуждением интеллектуальных прав (прав интеллектуальной собственности) и отчуждением материальных носителей (вещей), в которых выражены соответствующие интеллектуальные объекты.

В части отчуждения материальных носителей (вещей) анализируемая презумпция сопрягается с нормами Раздела II ГК РФ «Право собственности и другие вещные права», поскольку ст. 1227 различает интеллектуальные права (права интеллектуальной собственности) и право собственности. Кроме того, она сопрягается со ст. 1291, в которой речь идет об отчуждении оригинала произведения, со ст. 1292, закрепляющей так называемое «право

¹ См.: п. 9 ст. 17 ФЗ № 231-ФЗ от 18 декабря 2006 г. «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

доступа», и со ст. 1293, закрепляющей так называемое «право следования». Только авторы произведений изобразительного искусства имеют два последних дополнительных правомочия – право доступа и право следования. Причем, если принять во внимание, что так называемое «право следования» непосредственно связано с последующим переходом прав собственности на оригинал произведения, то следует признать, что в данном случае затрагиваются положения, содержащиеся в ст. 14^{ter} Бернской конвенции. Данная статья Конвенции признает за авторами и их наследниками неотчуждаемое право долевого участия в каждой последующей продаже оригиналов произведений искусства, а также оригиналов рукописей писателей и композиторов.

Следует подчеркнуть, что во многих случаях материальный объект, в котором воплощен оригинал объекта интеллектуальной собственности, создается его автором, а значит, принадлежит ему как собственнику в соответствии с ч. 1 п. 1 ст. 18 ГК РФ: «Право собственности на новую вещь, изготовленную или созданную лицом для себя с соблюдением закона и иных правовых актов, приобретает этим лицом». Как собственник материального объекта, автор может в дальнейшем свободно распорядиться им: продать, подарить, обменять, заложить и т. д. При этом такое распоряжение материальным носителем как вещью не означает передачи автором каких-либо прав на интеллектуальный объект, выраженный в этой вещи.

Исключение составляют случаи отчуждения оригинала произведений, относящихся, прежде всего,

к изобразительному искусству. Хотя ст. 1291 ГК РФ предусматривает возможность отчуждения оригинала рукописи, однако в современных условиях рукописные произведения сами по себе уже являются редкостью, т. к. значительное число авторов создают свои произведения с помощью персональных компьютеров, а не гусиного пера или даже шариковой ручки.

Принципиальное значение имеет анализируемая презумпция для решения вопроса об исчерпании исключительного имущественного права в отношении интеллектуального объекта. Ст. 1272 связывает исчерпание прав с введением оригинала или экземпляра произведения в оборот путем его отчуждения: «Если оригинал или экземпляры правомерно опубликованного произведения введены в гражданский оборот на территории Российской Федерации путем их продажи или иного отчуждения, дальнейшее распространение оригинала или экземпляров произведения допускается без согласия правообладателя и без выплаты ему вознаграждения, за исключением случая, предусмотренного ст. 1293 настоящего Кодекса».

Особое внимание следует обратить на коллизии, которые могут возникать при применении анализируемой презумпции вкупе с нормами федеральных законов, не относящихся к сфере интеллектуальной собственности (Федерального закона № 77-ФЗ от 29 декабря 1994 г. «Об обязательном экземпляре документов»¹, Федерального закона № 54-ФЗ от 26 мая 1996 г. «О музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федера-

¹ СЗ РФ. 1995. № 1. Ст. 1.

ции»¹, Федерального закона № 125-ФЗ от 22 октября 2004 г. «Об архивном деле в Российской Федерации»² и т. д.) Содержащиеся в этих законах правовые нормы касаются, помимо прочего, оригиналов и копий произведений: рисунков, живописных полотен, скульптур, рукописей, фотографий, фонограмм и т. д. Однако рассматриваются эти оригиналы и копии не с точки зрения регулирования прав интеллектуальной собственности, а почти исключительно с позиций административного права и права вещной собственности.

Отечественной правоприменительной практике иногда приходится сталкиваться со спорами, касающимися смешения прав интеллектуальной собственности и прав собственности при использовании оригиналов интеллектуальных объектов. Например, в 2000 г. публикация в журнале «Караван историй» фотографического произведения фотохудожницы Е. Р. Рождественской, в котором были использованы сюжет и композиция картины М. Врубеля «Царевна-лебедь», вызвала претензии со стороны Государственной Третьяковской галереи. При этом галерея ссылалась на Федеральный закон № 54-ФЗ от 26 мая 1996 г. «О музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации», согласно которому производство печатной продукции с использованием изображений музейных предметов осуществляется с разрешения дирекций музеев (п. 3 ст. 36). Кроме того, галерея указывала: «Таким образом, в случае, если после смерти автора, прошел срок действия авторского

¹ СЗ РФ. 1996. № 22. Ст. 2591.

² РГ. 2004. 27 апр. Фед. выпуск. № 3614.

права (50 лет), и наследниками не были приняты: права охраны права авторства, права на имя и права на защиту репутации автора, после его смерти, данное произведение переходит в общественное достояние, считается собственностью Российской Федерации, и переходит в музейный фонд ВМО «Государственная Третьяковская галерея», которое осуществляет защиту всех вышеуказанных прав авторов произведений изобразительного искусства».

Принципиальное значение для правильного понимания данного спора имеет уяснение различия между произведением живописи как интеллектуальным объектом и музейным предметом. Подчеркнем, что авторское право на произведение никак не связано с его художественными достоинствами. Напротив, музейным предметом считается культурная ценность, качество либо особые признаки которой делают необходимым для общества ее сохранение, изучение и публичное представление (ч. 3 ст. 3 ФЗ «О музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации»). Таким образом, объект авторского права совсем не обязательно является культурной ценностью, а культурная ценность – объектом авторского права.

Право собственности на физический объект (в данном случае – картину), когда речь идет об уникальном экземпляре, не означает обладания авторскими правами на это произведение искусства. Соответственно, отчуждение произведения живописи, в том числе в собственность государства, как и включение его в состав Музейного фонда Российской Федерации не влечет за собой переход иму-

ществленных и личных неимущественных авторских прав. Исключительное имущественное право на воспроизведение произведений искусства, в том числе хранящихся в музеях и включенных в Музейный фонд Российской Федерации, принадлежит исключительно автору или его наследнику. Ни государство, ни музей не имеют права на воспроизведение произведения, а значит, не могут давать разрешения на воспроизведение произведения третьими лицами.

В то же время следует учитывать, что использование музейных предметов, в которых воплощены произведения живописи, могут использоваться лишь с разрешения музеев и в соответствии с правилами ст. 36 ФЗ «О музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации». Данный закон ни в коей мере не затрагивает авторско-правовых отношений, т. к. они не относятся к его предмету регулирования. Анализируя его положения, следует прийти к выводу, что владение, пользование и распоряжение интеллектуальными объектами, являющимися музейными предметами, осуществляется по общим правилам гражданского оборота при соблюдении установленных данным законом ограничений. К числу таких ограничений можно отнести положения, согласно которым передача прав на использование в коммерческих целях воспроизведений музейных предметов и музейных коллекций, включенных в состав Музейного фонда Российской Федерации и находящихся в музеях в Российской Федерации, осуществляется музеями в порядке, установленном собственником музейных предметов и музейных коллекций. Про-

изводство изобразительной, печатной, и другой тиражированной продукции с использованием изображений музейных предметов осуществляется с разрешения дирекций музеев (п.п. 2, 3 ст. 36).

Для правильного понимания положений указанной статьи необходимо точно определить соотношение понятий «музейный предмет» и «изображение музейного предмета». Музейным предметом закон признает культурную ценность, качество либо особые признаки которой делают необходимым для общества ее сохранение, изучение и публичное представление. В свою очередь, культурная ценность – это предмет религиозного или светского характера, имеющий значение для истории и культуры и относящийся к категориям, определенным в ст. 7 Закона РФ № 4804-1 от 15 апреля 1993 г. «О вывозе и ввозе культурных ценностей». Одной из таких категорий являются картины и рисунки целиком ручной работы на любой основе и из любых материалов (п. 4 ст. 7). Следовательно, музейными предметами в данном случае следует считать картины и рисунки целиком ручной работы на любой основе и из любых материалов, имеющие значение для истории и культуры. Именно подлинники полотен, находящиеся в музее, отвечают этим признакам. В то же время репродукции картин, как правило, не могут считаться музейными предметами.

Отсюда следует, что положения ст. 36 ФЗ «О музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации» касаются лишь случаев использования самих музейных предметов в том виде, в каком они находятся в музее (например,

подлинника картины в раме, в определенной экспозиции и т. п.) Естественно, что, когда производится фотосъемка или иным образом закрепляется изображение музейного предмета, необходимо получение предварительного разрешения дирекции музея и возможно взимание платы за предоставление такого рода возможности. Если же используется произведение живописи в отрыве от воплощающего его музейного предмета, то отношения между пользователем и музеем не возникают. Иными словами, если в первом случае используется вещь, то во втором – объект прав интеллектуальной собственности.

Вопрос о различении интеллектуальных прав (прав интеллектуальной собственности) и права собственности решается в зарубежных странах в зависимости от того, какая из сформировавшихся за последние столетия концепций интеллектуальной собственности оказывает наибольшее влияние на национального законодателя в той или иной стране. Например, в испанском законодательстве нормы о так называемом праве следования располагаются в разделе «Иные права». Это объясняется тем фактом, что в данном разделе речь идет не о самом произведении, а о собственности на его оригинал или копию. Тем самым законодатель подчеркивает, что право собственности приобретается в результате продажи оригинала или экземпляра произведения, а не в силу получения разрешения правообладателя на использование произведения. Обратим внимание, что в ст. 1226 право следование также относится к «иным правам».

Уважение права собственности на материальный носитель выражается в зарубежном законодательстве обычно через институты права следования и права на сохранность материального носителя художественного произведения (картины, рисунка, скульптуры, гравюры, литографии, архитектурного произведения). В частности, в законодательстве Бельгии четко оговаривается, что лицо, ставшее обладателем материального объекта, не может его изменять для целей продажи или использования, равно как публично экспонировать измененное произведение. В румынском законе также имеется идентичное обязательство по отношению к произведению со стороны лица, ставшего обладателем материального носителя литературного, музыкального или художественного произведения. Во Франции владелец материального носителя произведения, как правило, располагает правом распоряжаться своим достоянием, в том числе имеет право его уничтожить, однако учитывая, что речь идет об особом виде имущества, судебная практика обычно исходит из того, что владелец материального носителя произведения искусства освобождается от ответственности в случае его разрушения и уничтожения только в случае форс-мажорных или сходных обстоятельств.

Р. О. ОГАНЕСЯН

Российская государственная академия интеллектуальной собственности, аспирант кафедры авторского права, смежных прав и частноправовых дисциплин (117279, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 55а)

**ПРАВОВАЯ ОХРАНА
ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ
В СФЕРЕ ГЕОЛОГИЧЕСКОГО ИЗУЧЕНИЯ
И ИСПОЛЬЗОВАНИЯ НЕДР:
ОСОБЕННОСТИ МЕЖДУНАРОДНОГО
СОТРУДНИЧЕСТВА**

Ключевые слова: охрана интеллектуальной собственности; геологическая информация; изучение и использование недр; международные договоры

Аннотация: В статье подробно рассматриваются особенности регламентации на международном уровне вопросов правовой охраны интеллектуальной собственности в сфере геологического изучения и использования недр.

Анализ международных соглашений, связанных с регулированием различных международных экономических отношений показывает, что правовая регламентация интеллектуальной собственности происходила двумя путями: сначала были разработаны и приняты международные акты, которые закрепляли правила и нормы, сохраняющие некото-

рое равновесие между правами авторов и интересами пользователей интеллектуальной собственности, а в дальнейшем, в результате сотрудничества государств в области геологического изучения и использования недр, и, как следствие, совершенствования системы международных экономических отношений и формирования нового экономического порядка, некоторые международно-правовые нормы, регулирующие вопросы охраны интеллектуальной собственности в сфере геологического изучения и использования недр, были «внедрены» в систему международных соглашений и иных актов, связанных с теми или иными вопросами геологического изучения и использования недр.

Регулирование вопросов охраны интеллектуальной собственности имеет достаточно давнее международное прошлое. Во все времена считалось, что общие правила обязательного характера необходимы для создания стабильной и предсказуемой ситуации, как для авторов, так и для пользователей. Однако в конце XIX в. особо важное значение приобретают вопросы международной охраны интеллектуальной собственности. До XIX в. вопросами охраны авторских прав не занимались на международном уровне, ибо в этом особенно не было нужды, так как технические средства использования произведений ограничивались территорией страны, а коммерческие рынки для последних были ограничены. Однако техническая революция, расширение международного книжного рынка привели к необходимости поставить вопрос о международной охране прав на интеллектуальную

собственность. Развитие экономических отношений между государствами, и как следствие, расширение ввоза капитала и готовой продукции, сопровождавшихся использованием новой технологии и маркировки, отличающей товар, предопределило необходимость заключения в 1883 г. Парижской конвенции по охране промышленной собственности, являющейся одним из основ существующей. Она применяется к промышленной собственности в широчайшем смысле, включая изобретения, промышленные образцы и товарные знаки, полезные модели (вид «маленьких патентов», предусмотренных в законодательстве некоторых стран), фирменные наименования (обозначение, под которыми осуществляется промышленная или коммерческая деятельность), географические указания (указания источника и наименование источника происхождения) и прекращение недобросовестной конкуренции.

Для признания прав иностранных авторов и в свою очередь признания прав отечественных авторов за рубежом стали заключаться двусторонние договоры в сфере авторского права. Так, в 1886 г. была принята Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений, «являющаяся старейшим международным договором, образующим фундамент международной системы охраны авторских прав»¹. В Конвенции преподавались и определялись минимальные стандарты охраны имущественных и личных неимуществен-

¹ Право интеллектуальной собственности: Учебник / Под ред. Близнаца И.А. М.: Проспект, 2010. С. 654.

ных прав авторов литературных и художественных произведений.

В 1891 г. в развитие Парижской конвенции было заключено Мадридское соглашение о международной регистрации знаков. Задачей Мадридского соглашения являлась регистрация международных торговых марок, действительных сразу во многих государствах. В дальнейшем был подписан Мадридский протокол в 1989 г. с целью введения в Мадридскую систему некоторых новых элементов.

Очевидно, не будет ошибкой утверждать, что интеллектуальные произведения не создавались бы и смежные виды деятельности не предпринимались бы, если бы вероятность получения вознаграждения была ничтожной. В течении столетия в международных конвенциях были закреплены правила и нормы, пытающиеся поддерживать некоторое равновесие между правами авторов и интересами пользователей интеллектуальной собственности. Кроме того, в условиях формирования глобальных рынков товаров, в том числе результатов интеллектуальной деятельности, особое значение приобрело сотрудничество государств, направленное на охрану интеллектуальной собственности. Среди международных актов по интеллектуальной собственности, на наш взгляд, следует выделить Всемирную конвенцию об авторском праве 1952 г., Ниццкое соглашение о международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков 1957 г., Конвенцию, учреждающую Всемирную организацию интеллектуальной собственности 1967 г., Локарнское соглашение об учреждении Международной классифи-

кации промышленных образцов 1968 г., Договор о патентной кооперации (РСТ) 1970 г., Страсбургское соглашение (МПК) 1971 г., Договор о законах относительно товарных знаков (ТЛТ) 1994 г. Особо важным является, среди международных актов по интеллектуальной собственности, Соглашение по торговым аспектам интеллектуальной собственности (ТРИПС) 1994 г., охватывающая вопросы, связанные с основными видами интеллектуальной собственности, а также с пресечением недобросовестной конкуренции¹. С одной стороны, принятие данного соглашения и с другой – стремительное распространение новых технологических достижений (новых телекоммуникационных средств, цифровых компьютерных сетей, в том числе Интернета) значительно ускорили работу над проектами новых международных соглашений в области авторского права и смежных прав².

Кроме Соглашения ТРИПС, следует также выделить Всемирную декларацию по интеллектуальной собственности 2000 г., Женевский акт Гаагского соглашения 1999 г., Договор о патентном праве

¹ *Жданов В. А.* Соглашение по торговым аспектам прав на интеллектуальную собственность (ТРИПС) как особый международный договор в праве ВТО. // Европейский журнал социальных наук (European Social Science Journal). 2013. № 9 (т. 1). С. 472-478.

² *Федотов М. А.* Перспективы правового регулирования деятельности в киберпространстве // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2001. № 4. С. 43-52; *Федотов М. А.* К вопросу о концептуальных основах информационного права как права киберпространства. // Вопросы правоведения. 2011. № 3. С. 71-98.

(PLT) 2000 г., иные акты. Также, в рамках сотрудничества Российской Федерации с государствами СНГ страны СНГ в 1993 г. подписали Соглашение о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав, а в 2010 г. республиками Беларусь, Казахстан и Российской Федерации подписан проект Соглашения о единых принципах регулирования в сфере охраны и защиты прав интеллектуальной собственности.

Признание интеллектуальной собственности и ее охрана явились актом крупнейшего научного значения, несомненно, вызывающим всеобщий международный интерес и заметные содержательные перемены практически во всех сферах научных знаний. Охрана интеллектуальной собственности имеет также огромное практическое значение в современном мире, поскольку, в условиях тесных связей государств транспортными и информационными коммуникациями, она может быть эффективной только в том случае, если она предоставляется сразу во многих странах. Следует отметить, что «из ч. 2 ст. 27 Всеобщей декларации прав человека и ст. 15 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. прямо вытекает необходимость защиты моральных и материальных интересов правообладателей интеллектуальной собственности»¹. Отношение к интеллектуальной собственности на международном уровне в связи с научно-техническим прогрессом становится показателем общего состояния правопорядка в государстве.

¹ Международное частное право: Учебник / Под ред. Дмитриева Г. К. М.: Проспект, 2009. С. 298.

С ростом добычи полезных ископаемых, развития межгосударственных экономических отношений было принято ряд международных актов, имеющих важное значение при регулировании тех или иных отношений геологического изучения и использования недр, охраны окружающей среды, ответственности за загрязнение моря нефтью и отходами. Среди таких международных актов можно назвать Конвенцию о территориальном море и прилегающей зоне (1958 г.), Конвенцию о континентальном шельфе (1958 г.), Конвенцию об открытом море (1958 г.), Международную конвенцию по предотвращению загрязнения моря нефтью (1954 г.), Международную конвенцию относительно вмешательства в открытом море в случаях аварийного нефтяного загрязнения (1969 г.), Стокгольмскую декларацию (1972 г.), Конвенцию по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов (1972 г.), Хартию экономических прав и обязанностей государств (1974 г.), Конвенцию о трансграничном загрязнении воздуха на большом расстоянии (1979 г.), Конвенцию по морскому праву (1982 г.), Конвенцию об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте (1991 г.), Декларацию по окружающей среде и развитию (1992 г.), Протокол об изменении Международной конвенции о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения нефтью 1969 г. (1992 г.), Протокол об изменении международной конвенции о создании международного фонда для компенсации ущерба от загрязнения нефтью 1971 г. (1992 г.), Европейскую энергетическую хартию (1991 г.) и Договор к энер-

гетической хартии (1994 г.), Горную хартию государств-участников Содружества Независимых государств (1997 г.), Соглашение о сотрудничестве в области изучения, разведки и использования минерально-сырьевых ресурсов (1997 г.), Соглашение о приграничном сотрудничестве в области изучения, освоения и охраны недр (2001 г.), различные двусторонние межгосударственные и межправительственные соглашения.

Многие из перечисленных международных актов прямо или косвенно предусматривают необходимость применения научных исследований, технологических разработок, нововведений и иных результатов интеллектуальной деятельности при осуществлении целей и задач, предусмотренных соответствующим международным актом. Например, Конвенция по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов (1972 г.), Конвенция о трансграничном загрязнении воздуха на большом расстоянии (1979 г.), Конвенция по морскому праву (1982 г.), Декларация по окружающей среде и развитию (1992 г.), Стокгольмская декларация (1972 г.) содержат принципы, по которым государства должны сотрудничать в сфере обмена научно-техническими знаниями и расширения разработки, адаптации, распространения и передачи технологий, включая новые и новаторские технологии, а национальные и многонациональные научно-исследовательские и опытно-конструкторские работы, связанные с реализацией того или иного международного акта, должны получить поддержку во всех странах. В указанных международных актах также предусмотрена необ-

ходимость поддерживать и содействовать свободному потоку современной научной информации и передачи опыта, с тем чтобы облегчить разрешение проблем, предусмотренных тем или иным актом¹.

На наш взгляд, ведение научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ, которые тесно связаны с интеллектуальным трудом, умственной деятельностью отдельного человека или коллектива, и распространение новых знаний, полученных в результате той или иной формы интеллектуальной деятельности, невозможно без надлежащего регулирования и охраны результатов таких работ. Очевидно, указанные международные акты предполагают определенные правовые механизмы ведения научно-исследовательских, опытно-конструкторских работ и обмена информацией с другими странами. Таковыми правовыми механизмами выступают как раз применимые международные соглашения в области охраны результатов интеллектуальной деятельности.

Как справедливо отмечает В. Ю. Варфоломеева, интеллектуальная собственность служит изначальным толчком, стимулом к дальнейшему развертыванию научно-технического прогресса. Защита прав на интеллектуальную собственность поддерживает стремление к новым открытиям, которые и преобразуют их в итоге в поток иннова-

¹ Горихова А. В. К вопросу о понятии правовой информации. // Европейский журнал социальных наук (European Social Science Journal). 2013. № 8 (т. 1). С. 543-549.

ций¹. Возможно по данной причине при утверждении Хартии экономических прав и обязанностей государств (1974 г.) Генеральной Ассамблеей ООН принимается решение возложения на все государства обязанности сотрудничать в научной и технической областях в целях содействия экономическому и социальному прогрессу всех стран мира, особенно развивающихся стран.

Безусловно, институт интеллектуальной собственности является важной составляющей и отправным пунктом развития научно-исследовательских работ. Однако, на наш взгляд, в феномене научно-техническом прогресса наблюдается также обратный результат: развитие науки и техники заставляют пересматривать многие элементы, взаимодействующие в процессе такого развития, в частности, правовую защиту результатов интеллектуальной деятельности². С ростом добычи полезных ископаемых в XX веке, и в этой связи, развития научной и технической деятельности, направленной на получение и применение новых знаний для решения технологических, инженерных, экономических, социальных и иных задач, новых знаний о геологическом строении недр, закономерностях формирования и размещения по-

¹ Варфоломеева В. Ю. Интеллектуальная собственность в условиях инновационного развития: Монография. М.: Ось-89, 2007. С. 28.

² Оганесян Р. О. Актуальные проблемы гражданско-правового регулирования охраны объектов интеллектуальной собственности в сфере геологического изучения и использования недр. // Европейский журнал социальных наук (European Social Science Journal). 2013. № 8 (т. 2). С. 523-533.

лезных ископаемых, и развитием интеллектуальной деятельности в сфере геологического изучения и использования недр, в актах международного экономического права, связанных с созданием единого энергетического пространства находят «отражение» вопросы охраны интеллектуальной собственности, созданной в сфере геологического изучения и использования недр.

Так, в 1991 г. на Гаагской конференции была одобрена Европейская энергетическая хартия, не имеющая силы договорного источника международного права, а в 1994 г. принят текст Договора к энергетической хартии. Его участниками стали более 50 государств. Европейская энергетическая хартия закрепляла следующие цели и принципы формирования единого энергетического пространства, такие как содействие развитию эффективного энергетического рынка в Европе на основе принципа недискриминации и ориентированного на рынок ценообразования; создание благоприятной обстановки для функционирования предприятий и притока инвестиций и технологий, посредством внедрения рыночных принципов в области энергетики; максимальное обеспечение эффективности производства, преобразования, транспортировки, распределения и использования энергии с тем, чтобы повышать уровень безопасности и сводить к минимуму проблемы окружающей среды. Как и многие другие международные соглашения в области использования природных ресурсов, европейская энергетическая хартия исходит из государственного суверенитета и суверенных прав на энергетические ресурсы и по сути, носит деклара-

тивный характер, предусматривая координацию деятельности сторон в различных отраслях: в области доступа к энергетическим ресурсам и их разработке, в области доступа к рынкам, в области либерализации торговли, в области стимулирования и защиты инвестиций, в области техники безопасности, в области научных исследований, технологических разработок, нововведений и их распространения, в других сферах.

В области научных исследований, технологических разработок, нововведений и их распространения предусматривается обмен технологической информацией и ноу-хау в энергетической и экологической областях, включая обучение, сотрудничество в области технологических и научных разработок и нововведений. Что касается охраны интеллектуальной собственности, предусматривается обеспечение соблюдения международных норм в области охраны промышленной, коммерческой и интеллектуальной собственности.

17 декабря 1994 г. в развитие Европейской энергетической хартии принимается Договор к европейской энергетической хартии. Договором подтверждены известные положения общего международного права о суверенитете и суверенных правах государств в отношении их природных ресурсов; установлены правовые основы развития рынка энергетических материалов и продуктов, в том числе обязательства по уменьшению препятствий конкуренции в энергетическом секторе; меры по облегчению транзита энергетических материалов и продуктов; обязательства по поощрению притока капитала в энергетический сектор, «особенно гос-

ударств-участников, экономика которых находится на переходном этапе». Договор к Энергетической хартии предусматривает обязательства его участников сводить к минимуму вредное воздействие энергетики на окружающую среду.

Договор предусмотрел условие соблюдения законов и нормативных актов, а также охраны прав интеллектуальной собственности при осуществлении целей Европейской энергетической хартии, в частности, при предоставлении доступа к энергетической технологии и ее передаче на коммерческой и недискриминационной основе с целью оказания содействия эффективной торговле энергетическими материалами и продуктами и инвестициям. Также, в соответствии с Договором, интеллектуальная собственность должна охраняться режимом соответствующими положениями применимых международных соглашений об охране прав интеллектуальной собственности, сторонами которых являются соответствующие договаривающиеся стороны Договора. Примечательно, что с подписанием 8 декабря 1991 г. Белоруссией, Россией и Украиной Соглашения о создании Содружества Независимых государств, и в дальнейшем, присоединения к СНГ Азербайджана, Армении, Казахстана, Киргизии, Молдавии, Таджикистана, Туркмении, Узбекистана и Грузии, началась совместная деятельность стран в вопросах формирования и развития общего экономического пространства. В особом режиме здесь находится развитие энергетической политики. Горная хартия государств-участников Содружества Независимых Государств, принятая в Москве в 1997 г., среди основных задач сотрудничества госу-

дарств определяет выявление приоритетных направлений научных исследований, перспективных проектных и опытно-конструкторских разработок, координацию указанных исследований и разработок, финансирование на доленой основе работ, проектов, программ, представляющих взаимный интерес. А Модельный кодекс о недрах и недропользовании для государств участников СНГ, принятый 7 декабря 2002 г. в г. Санкт-Петербурге Постановлением 20-8 на 20-ом пленарном заседании межпарламентской ассамблеи государств-участников СНГ содержит своеобразное обозначение интеллектуальной собственности в сфере недр и недропользовании. Так, в ст. 51 указанного Кодекса говорится, что исключительные права на геологическую и иную информацию (первооткрывательство, реализованные прогнозы) о недрах (интеллектуальная собственность) возникают в случае признания этой информации результатом интеллектуальной деятельности, если это не будет противоречить Кодексу и иным законам.

Таким образом, в результате сотрудничества государств было определено содержание интеллектуальной собственности как совокупности исключительных прав личного и имущественного характера на результаты интеллектуальной, и в первую очередь творческой, деятельности, а также на некоторые иные приравненные к ним объекты, были выработаны основные подходы к правовой охране результатов интеллектуальной деятельности, а глобальное сотрудничество государств в сфере геологического изучения и использования недр породило необходимость определения «возможностей» для

ведения научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ в данной сфере, а также установления основ правовой охраны результатов таких работ, сопровождающихся интеллектуальной деятельностью.

Библиографический список:

1. Право интеллектуальной собственности: Учебник / Под ред. Близнаца И. А. М.: Проспект, 2010.

2. *Жданов В. А.* Соглашение по торговым аспектам прав на интеллектуальную собственность (ТРИПС) как особый международный договор в праве ВТО. // Европейский журнал социальных наук (European Social Science Journal). 2013. № 9 (т. 1). С. 472-478.

3. *Федотов М. А.* К вопросу о концептуальных основах информационного права как права киберпространства. // Вопросы правоведения. 2011. № 3. С. 71-98.

4. *Федотов М. А.* Перспективы правового регулирования деятельности в киберпространстве // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2001. № 4.

5. *Горохова А. В.* К вопросу о понятии правовой информации. // Европейский журнал социальных наук (European Social Science Journal). 2013. № 8 (т. 1). С. 543-549.

6. Международное частное право: Учебник / Под ред. Дмитриева Г. К. М.: Проспект, 2009.

7. *Варфоломеева В. Ю.* Интеллектуальная собственность в условиях инновационного развития: Монография. М.: Ось-89, 2007.

8. *Оганесян Р. О.* Актуальные проблемы гражданско-правового регулирования охраны объектов интеллектуальной собственности в сфере геологического изучения и использования недр. // Европейский журнал социальных наук (European Social Science Journal). 2013. № 8 (т. 2). С. 523-533.

А. В. АНТОНОВА

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», ведущий научный сотрудник Научно-методического центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности», кандидат юридических наук (115184, г. Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, к. 221; тел.: (499) 234-31-39; hse@hse.ru)

ПРАВОВОЙ РЕЖИМ ПРОИЗВЕДЕНИЯ, ПЕРЕШЕДШЕГО В ОБЩЕСТВЕННОЕ ДОСТОЯНИЕ

Ключевые слова: авторское право; общественное достояние

Аннотация: Данная статья рассматривает понятие «общественного достояния» в контексте современного понимания этого термина, учитывая международные новшества и российские реалии.

Общественное достояние – применяемый в сфере авторского права термин, означающий, что произведение не охраняется авторским правом. При этом не имеет значения, почему произведение не пользуется охраной: потому ли, что срок действия авторского права истек, либо произведение никогда не охранялось в стране (некоторые произведения иностранных авторов, впервые опубликованные за рубежом). Произведения, находящиеся в

общественном достоянии, могут свободно использоваться любым лицом без чьего бы то ни было разрешения. Однако должно соблюдаться право авторства, право на имя, а само произведение не должно искажаться. Но в связи с территориальным характером авторского права произведение, находящееся в общественном достоянии в одной стране, может охраняться авторским правом в других странах¹.

Общественное достояние по общему праву относится к собственности или имуществу, которые могут использоваться непосредственно и быть обращены в индивидуальную собственность.

Однако в сфере авторского права общественное достояние имеет другие особенности. С точки зрения срока охраны имущественного права произведения не становятся собственностью государства. Они могут использоваться – воспроизводиться, обнародоваться (представляться, исполняться, выставляться, передаваться в эфир и т. д.) и подвергаться переработке (адаптироваться, переводиться и т. д.) – всяким, но при этом никто не может приобретать на них исключительные права, кроме случаев *внесения в них дополнительного творческого вклада* (случай с переводами) или же *создания на их основе новых произведений (адаптации)*.

Предлагались и другие названия, такие как «свободное использование произведений интеллектуального труда», «общее достояние», «интеллектуальное достояние» или «открытый контент», но возобладало «общественное достояние» (лат.

¹ Энциклопедия юриста, 2005 // <http://dic.academic.ru>

public domain, фр. domaine public), закрепившееся по причине его всеобщего использования.

Когда речь идет о юридической природе общественного достояния применительно к произведениям интеллектуального труда, мнения расходятся:

— для некоторых речь идет о *нормальных условиях* использования произведений интеллектуального труда, которые сообщаются широкой публике и предоставляются в ее распоряжение (даже если автор до этого получил исключительное право на их экономическую эксплуатацию в течение периода охраны, установленного законом);

— для других речь идет о *правовом ограничении* индивидуального права на произведения, которое обосновывается возможностью обеспечения свободного использования продуктов интеллектуального труда для всех; такое ограничение близко к ограничениям, налагаемым в социальных целях на право собственности на имущество.

Важность общественного достояния — исходя из общественных интересов — является многогранной с точки зрения образования, демократических и экономических процессов и свободной конкуренции. Общественное достояние играет ту же роль, что и авторское право в демократическом обществе, где основными целями являются культурное разнообразие и свобода творчества, нововведений и участие в культурной и научной жизни. Мощное и яркое общественное достояние в области культуры и науки является основным элементом общего наследия человечества, и как таковое оно должно быть доступно для всех. Это ключевой стимул для

социально-экономического развития. Следует также охранять достояние от чрезмерной приватизации и посягательств, и оно должно служить сбалансированным противовесом исключительности интеллектуальной собственности.

Ряд стран¹ ввел правовой режим, который называют «оплачиваемое общественное достояние», если воспользоваться французской терминологией.

По мнению *противников* этой системы, обязанность платить за использование произведений, как только прекращается действие имущественных прав автора, сдерживает или во всяком случае затрудняет оборот произведений литературы, музыкальных произведений или произведений искусства, поскольку ведет к повышению цен.

Они приводят доводы в пользу того, что оплачиваемое общественное достояние может послужить предлогом для интеллектуального контроля и скрытой цензуры, как только государство станет рассматривать себя в качестве правопреемника и наследника автора, и заявит свое право на то, чтобы выступать в этом качестве владельцем произведения, требуя, чтобы к нему обращались за разрешением при каждом случае использования произведения; разрешением, которое оно может дать или не дать в зависимости от того, желает ли оно, чтобы некоторые произведения или работы определенного жанра распространялись или не рас-

¹ Алжир, Аргентина, Ватикан, Бенин, Боливия, Буркина-Фасо, Венгрия, Гвинея, Италия, Камерун, Конго, Кот д'Ивуар, Мали, Руанда, Сенегал, Уругвай, бывшая Чехословакия, бывшая Югославия.

пространялись¹. Государственное вмешательство в интеллектуальное творчество может также осуществляться путем адресного использования собранных средств.

Противники этой системы также утверждают, что отчисления, производимые за использование произведений, относящихся к общественному достоянию, могут превратиться в дополнительный налог, который растворится в массе государственных поступлений, или же могут выделяться на общей и неконкретной основе для развития литературы и искусства. Кроме того, государство может произвольно повысить эту сумму, создавая таким образом препятствия для достижения первичной цели института общественного достояния, а именно распространения культуры².

Сторонники режима оплачиваемого общественного достояния полагают, что независимо от занятой позиции использование вышеупомянутых произведений должно всегда быть свободным. Нет необходимости в том, чтобы обращаться за каким-либо разрешением к государству, поскольку такое условие противоречит самому характеру института общественного достояния, потому что государство не заменяет правопреемников автора в сфере обла-

¹ Некоторые из стран, которые приняли платную систему, учредили, хотя это и неправильно, процедуру предоставления предварительного разрешения на использование произведений, ставших общим достоянием (например, Конго, ст. 85; Кот д'Ивуар, ст. 59).

² Антонова А. В. Правовые аспекты права на «доведение произведения до всеобщего сведения». // Европейский журнал социальных наук (European Social Science Journal). 2013. № 8 (т. 2). С. 541-548.

дания экономическими правами на произведение. Общественное достояние в области авторского права не аналогично другим юридическим институтам, таким как государственное достояние или же правонаследие государства в случаях невострегованного наследия или же рассматриваемого в качестве свободного по истечению предусмотренных сроков. В связи с этим сторонники признают, что требования, предусматривающие получение предварительного разрешения у государства на использование произведений, ставших общественным достоянием, способствуют интеллектуальному контролю и скрытой цензуре, однако они указывают, что это условие не имеет ничего общего с системой общественного достояния, неоплачиваемого или оплачиваемого; поэтому в последнем случае только вменяется в обязанность выплата сбора за использование произведений, ставших общим достоянием. Таким образом, это обязательство является налогом, а не встречным удовлетворением прав имущественного характера автора, который умер. Основанием для взимания государством этих сумм является, таким образом, его возможность устанавливать сборы с определенной, свободно осуществляемой экономической деятельности, каковой является эксплуатация пользователями (издателями, импресарио, изготовителями и т. д.) произведений, перешедших в общественное достояние.

Они подчеркивают, что режим оплачиваемого общественного достояния выгоден тем, что он позволяет избежать недобросовестной конкуренции произведений в сфере общественного

достояния с произведениями, созданными в частном секторе, а также позволяет государству получать средства для стимулирования творческой деятельности или же для подпитки системы социального обеспечения авторов¹.

В вопросе о правовой природе этого института конкурируют два подхода: согласно одному из них платное общественное достояние есть продолжение авторского права, согласно другому – инструмент фискального характера, своего рода налог или сбор, взимаемый в интересах развития культуры, или, как его иногда называют, «культурная рента». В такой трактовке платное общественное достояние оказывается одним из инструментов, используемых для финансирования соответствующей деятельности за счет сборов, обеспечиваемых этим институтом. Существует и третий подход, предполагающий сочетание двух первых².

И немного о противоположной стороне платного общественного достояния – это переход в общественное достояние по решению автора, сознательное решение автора перевести свое произведение в общественное достояние, но с определенными условиями.

Creative Commons, сокращённо СС – некоммерческая организация, которая создала бесплатные

¹ *Липчик Д.* Авторское право и смежные права / Пер. с фр.; пред. Федотова М. М.: Ладомир; Издательство ЮНЕСКО, 2002. С. 231–233.

² *Добрынин О. В., Косунова Д. Д., Ларин А. Ю., Леонтьев К. Б., Орлова В. В.* Комментарий к ГК РФ. Части 4 (постатейный): Правовое регулирование отношений в сфере интеллектуальной собственности / Под ред.: Близнец И. А., Ларин А. Ю. М.: Книжный мир, 2008. С. 201.

для использования типовые договоры – свободные и несвободные публичные лицензии, с помощью которых авторы и правообладатели могут выразить свою волю и распространять свои произведения более широко и свободно, а потребители контента легально и более просто пользоваться этими произведениями.

Организация Creative Commons была основана в США в 2001 г. Лоуренсом Лессигом, Хэлом Абельсоном и Эриком Элдредом при поддержке Центра общественного достояния (Center for the Public Domain) и спустя 10 лет, в 2011 г. она насчитывает в составе своей партнёрской сети более 100 организаций в более чем 70 юрисдикциях по всему миру (в том числе представительства, например, в России – «Creative Commons Россия», Украине – «Creative Commons Україна» и Казахстане – «Wikibilim»).

Цель Creative Commons – позволить держателям авторских прав передать некоторые из прав на свои произведения общественности, и в то же время сохранить за собой другие права.

В России пока меньший процент индивидуальных авторов и проектов распространяет свои произведения с использованием лицензий Creative Commons, но число таких произведений уже значительно.

Каждая лицензия помечена определенными символами, которые обозначают основные права, предоставленные лицензией: С указанием авторства (Attribution), Некоммерческая (Non Commercial), Непроизводные произведения (No Derivative Work), С сохранением условий (Share Alike).

А теперь остановимся немного конкретнее на российском законодательстве. Согласно ст. 1282 «произведение переходит в общественное достояние:

1. По истечении срока действия исключительного права произведение науки, литературы или искусства, как обнародованное, так и необнародованное, переходит в общественное достояние.

2. Произведение, перешедшее в общественное достояние, может свободно использоваться любым лицом без чье-либо согласия или разрешения и без выплаты авторского вознаграждения. При этом охраняются авторство, имя автора и неприкосновенность произведения.

3. Перешедшее в общественное достояние необнародованное произведение может быть обнародовано любым лицом, если только обнародование произведения не противоречит воле автора, определенно выраженной им в письменной форме (в записках, письмах, дневниках и тому подобном).

В п. 1 этой статьи указывается, что по истечении срока действия исключительного права произведение, независимо от того, было оно обнародовано или нет, «переходит в общественное достояние».

Такое произведение может свободно (т. е. без получения согласия какого-либо лица) использоваться любым лицом; при этом никакого вознаграждения (возмещения) никому не должно выплачиваться.

Однако при использовании охраняются: авторство, имя автора и неприкосновенность произведения (ст. 1267 ГК РФ).

Произведения, перешедшие в России в общественное достояние, могут охраняться в зарубежных странах. Но для российского законодательства и для использования произведения на территории России это значения не имеет.

Кроме произведений, которые перешли в общественное достояние на территории России в связи с истечением срока действия исключительного права, в России имеются и широко используются произведения, которые авторским правом никогда не охранялись, а потому не могли перейти в общественное достояние «в связи с истечением срока действия исключительного права».

В ст. 28 Закона РФ № 5351-1 от 9 июля 1993 г. «Об авторском праве и смежных правах» содержалась норма: «Произведения, которым на территории Российской Федерации никогда не предоставлялась охрана, также считаются перешедшими в общественное достояние». Однако Федеральным законом от 20 июля 2004 г. № 72-ФЗ эта норма была исключена из Закона 1993 г. и в ст. 1282 ГК РФ она не вошла. Согласно положению предусмотренному в Бернской конвенции, закрепляющей намного более высокий уровень охраны авторских прав. Так, согласно ст. 7 и 18 охране подлежат все произведения, в том числе и впервые опубликованные до момента присоединения к Бернской конвенции, если с момента смерти автора прошло менее 50 лет, а возможные исключения из этого правила ограничены специальными положениями ст. 18 Бернской конвенции. С принятием в 2004 г. изменений данное противоречие было устранено.

Вопрос об обнародовании произведения после смерти автора, когда оно еще не перешло в общественное достояние, урегулирован нормами, содержащимися в п. 3 ст. 1268 ГК РФ.

В п. 3 комментируемой статьи рассматриваются вопросы обнародования произведения после того, как оно перешло в общественное достояние.

Лицо, осуществившее обнародование перешедшего в общественное достояние произведения, приобретает в отношении такого произведения права публикатора (ст. 1337–1344 ГК РФ).

Если же произведение перешло в общественное достояние, так и не будучи обнародованным, то, как указано в п. 3 ст. 1281 ГК РФ, оно может быть обнародовано любым лицом. Очевидно, что таким лицом может быть как гражданин, так и организация. Однако обнародование такого произведения может быть осуществлено лишь в том случае, если оно не противоречит воле автора, определенно выраженной им в письменной форме (завещание, дневники, письма и т. п.) В противном случае такое обнародование будет неправомерным.

Наконец, абз. 2 пункта 3 содержит ссылку на то, что если такое обнародование было правомерным и осуществил его гражданин, то он получает особые (не авторские) права¹.

В общем случае произведение переходит в общественное достояние в России, если с года смерти его автора прошло 70 лет. Если автор работал во

¹ Гаврилов Э. П., Городов О. А., Гришаев С. П. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть четвертая. М.: Проспект, 2007. С. 207–208.

время Великой Отечественной войны или участвовал в ней, то срок охраны авторских прав увеличивается на 4 года (то есть становится 74 года с года смерти автора). Если автор был посмертно реабилитирован после репрессий, то срок охраны прав начинается действовать с 1 января года, следующего за годом реабилитации, и составляет также 70 лет. Все эти правила не применяются в случае, если пятидесятилетний срок действия авторского права или смежных прав истёк к 1 января 1993 г.

Особый класс произведений, созданных в России, также находится в общественном достоянии. Это изображения официальной государственной символики, флагов, денег, орденов, официальных документов России и государств, правопреемницей которых является Россия (СССР).

После вступления в силу части четвертой ГК РФ с 1 января 2008 г. авторское право юридических лиц, возникшее до 3 августа 1993 г., то есть до вступления в силу Закона РФ № 5351-1 от 9 июля 1993 г. «Об авторском праве и смежных правах», прекращается по истечении семидесяти лет со дня правомерного обнародования произведения, а если оно не было обнародовано, – со дня создания произведения.

Ранее в соответствии с п. 3 ст. 28 ЗоАП предусматривалось право Правительства РФ устанавливать особые случаи выплаты специальных отчислений за использование произведений, перешедших в общественное достояние. В настоящее время соответствующие положения в ГК РФ отсут-

ствуют, однако не исключено, что они могут быть внесены в него в дальнейшем¹.

Библиографический список:

1. *Близнец И. А., Леонтьев К. Б.* Авторское право и смежные права / Под ред. Близнеца И. А. М.: Проспект, 2011.

2. *Антонова А. В.* Правовые аспекты права на «доведение произведения до всеобщего сведения». // Европейский журнал социальных наук (European Social Science Journal). 2013. № 8 (т. 2). С. 541-548.

3. *Гаврилов Э. П., Городов О. А., Гришаев С. П.* Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть четвертая. М.: Проспект, 2007.

4. *Добрынин О. В., Косунова Д. Д., Ларин А. Ю., Леонтьев К. Б., Орлова В. В.* Комментарий к ГК РФ. Части 4 (постатейный): Правовое регулирование отношений в сфере интеллектуальной собственности / Под ред.: Близнец И. А., Ларин А. Ю. М.: Книжный мир, 2008.

5. *Дюсолъе С.* Обзорное исследование по авторскому праву и смежным правам и общественному достоянию. ВОИС, 2010.

6. *Липцик Д.* Авторское право и смежные права / Пер. с фр.; пред. Федотова М. М.: Ладомир; Издательство ЮНЕСКО, 2002.

¹ *Добрынин О. В., Косунова Д. Д., Ларин А. Ю., Леонтьев К. Б., Орлова В. В.* Комментарий к ГК РФ. Части 4 (постатейный): Правовое регулирование отношений в сфере интеллектуальной собственности / Под ред.: Близнец И. А., Ларин А. Ю. М.: Книжный мир, 2008. С. 200.

ИНФОРМАЦИЯ И ГОСУДАРСТВЕННОЕ УПРАВЛЕНИЕ

О. А. ОКОЛЁСНОВА

*Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики», аспирант Научно-
методического центра «Кафедра ЮНЕСКО по
авторскому праву и другим правам интеллекту-
альной собственности» (119017, г. Москва, ул. Ма-
лая Ордынка, д. 17; тел.: (499) 238-31-39;
unesco.chair.copyright@mtu-net.ru)*

ОБЩЕСТВЕННЫЕ ИНТЕРЕСЫ: ЗНАЧЕНИЕ И РОЛЬ ПРИ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ ОБЩЕСТВЕННОГО КОНТРОЛЯ (ИНФОРМАЦИОННО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ)

Ключевые слова: общественный контроль; обще-
ственный интерес; общее благо; информационное
законодательство

Аннотация: В статье подробно анализируется
значение и роль общественных интересов в кон-
тексте формирования российского законодатель-
ства об общественном контроле. Особое внимание
уделяется информационно-правовым аспектам
этого правового явления.

Общественные интересы – явление, получившее широкое распространение в отечественном правовом поле, при этом, не имея чётко закреплённого определения. Они являются ключевым понятием в системе общественного контроля как основной критерий его проведения. Но, как и сам общественный контроль, данная категория не нашла должного нормативного закрепления и законодательное определение общественных интересов отсутствует.

Для того чтобы прийти к пониманию понятия «общественных интересов» необходимо проанализировать эволюцию использования понятия «интерес» в правовой науке.

Под интересом понимается причина действий индивидов, социальных общностей, определяющих их социальное поведение. Интересы различают: а) по степени общности (индивидуальные, групповые, общественные); б) по направленности (экономические, политические, духовные); в) по степени осознанности (действующие стихийно и на основе программы); г) по возможности осуществления (реальные и мнимые); д) по отношению к объективной тенденции общественного развития (прогрессивные, реакционные, консервативные); е) по срокам реализации (долгосрочные, среднесрочные, краткосрочные); ж) по характеру субъекта (классовые, национальные, профессиональные)¹.

Интересы являются важнейшей движущей силой как для социально-экономического и духовного

¹ Философский словарь / Под ред. Фролова И. Т. Изд. 6-е, перераб. и доп. М.: Политиздат. 1991. С. 162.

развития общества, так и для творческого развития личностей живущих в нем людей¹.

Интерес играет ведущую роль в возникновении, изменении и прекращении правоотношения. Без явного или предполагаемого интереса не может возникнуть правоотношение. Если проследить использование термина «интерес», например, в первой части Гражданского кодекса РФ, то можно обнаружить, что это понятие употребляется там более пятидесяти раз. Это говорит о признании определяющего значения интереса на нормативном уровне².

Интерес – это определённая потребность в чём-либо. Но потребность и интерес – ни одно и то же, хотя между ними существует неразрывная связь³. Потребность порождает интерес, становясь его содержанием. Интерес выступает в качестве связующего звена между разного рода благами и субъективными правами. Поэтому признание за субъектом права правоспособности есть признание ги-

¹ Гончарова А. Н. Проблема согласования общественных и личных интересов в процессе построения гражданского общества: Монография. Красноярск: Краснояр. гос. ун-т., 2001. С. 78; Крохина Ю. А. Категория «интерес» как системообразующий фактор финансового права. // Вопросы правоведения. 2012. № 2. С. 198-206.

² Ситдикова Р. И. Частный, публичный и общественный интерес в авторском праве // Гражданское право. 2012. № 2. С. 18–20.

³ Грибанов В. П. Интерес в гражданском праве // Советское государство и право. 1967. № 1. С. 49–56.

потетической возможности существования у этого субъекта различных интересов¹.

В отечественной юридической литературе иногда отождествляют интерес и благо. Термин «интерес» употреблялся в науке советского права в смысле выгоды или блага². Но отождествление этих категорий видится неверным, так как любое благо является объектом интереса.

Объективизированная в праве воля есть не что иное, как выражение интересов. Интересы же, выявляемые в познавательном процессе как осознанные общественные потребности, позволяют не только формировать правовые цели и правовые средства их достижения, благодаря интересам в реализацию права реально включаются люди, группы, коллективы, социальные общности, организации³.

Грибанов В. П. полагает, что интерес сочетает в себе субъективный и объективный моменты⁴. Субъективная сторона интереса заключается в психической настроенности субъекта интереса по адресу какого-либо объекта, его устремленности обладать теми или иными объектами окружающей действительности либо познать объекты действительности. Объективная сторона интереса состоит

¹ Богатырев Ф. О. Обязательство с нематериальным интересом. М., 2003.

² Брауде И. Л. К вопросу об объекте правоотношения по советскому гражданскому праву // Советское государство и право. 1951. № 3. С. 57.

³ Тихомиров Ю. А. Публичное право: Учебник. М.: Издательство БЕК, 1995. С. 53.

⁴ Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2000. С. 76.

в некоторой независимости, обособленности интереса от его субъекта¹. То есть интерес не только получает отражение в сознании субъекта, но и существует как факт окружающей нас действительности.

Но далеко не любой интерес может быть положен в основу формирования правоотношений. В законе есть устоявшаяся формула, которая чётко обозначает круг подобных интересов – законные интересы. Но данная формула всегда включает в себя тандем из двух составляющих: «права и законные интересы», из чего следует, что при определении понятия «интерес» мы уже не можем сделать это через понятие прав. Данное противопоставление широко обсуждалось в юридической литературе. Причём существовали мнения, как о розном существовании этих понятий, так и о включении интереса в понятие субъективного права.

Законный интерес часто используется в нормах различных актов, законодатель так и не определил названное понятие².

Категория законного интереса наиболее близко соприкасается с субъективным правом.

Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц,

¹ Богатырев Ф. О. Обязательство с нематериальным интересом. М., 2003.

² Проблемы теории государства и права: Учебное пособие / Под ред. Марченко М. Н. М.: Юрист, 2001. С. 375.

обеспечения обороны страны и безопасности государства¹.

Субъективное право определяется в литературе кратко как вид и мера возможного поведения² или более широко – как создаваемая и гарантируемая государством через нормы объективного права особая юридическая возможность действовать, позволяющая субъекту вести себя определенным образом, требовать соответствующего поведения от других лиц, пользоваться определенным социальным благом, обращаться в случае необходимости к компетентным органам государства за защитой в целях удовлетворения личных интересов и потребностей, не противоречащих общественным³.

В законодательстве к объектам правовой охраны мы можем отнести как субъективные права, так и законные интересы.

С. Н. Братусь исключал из содержания субъективного права интерес, считая его предпосылкой и целью права⁴.

¹ См.: ст. 55 Конституции Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г.) (с учетом поправок, внесенных законами о поправках к Конституции РФ № 6-ФКЗ от 30 декабря 2008 г., № 7-ФКЗ от 30 декабря 2008 г.) // СЗ РФ. 2009. № 4. Ст. 445.

² *Братусь С. Н.* Юридические лица в советском гражданском праве. М.: Юридическое изд-во, 1947. С. 33; *Он же.* Субъекты гражданского права. М.: Гос. изд-во юрид. лит-ры: тип. «Кр. Пролетарий», 1950. С. 11.

³ *Матузов Н. И.* Личность. Право. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1972. С. 145.

⁴ *Братусь С. Н.* Субъекты гражданского права. М., 1950. С. 20.

На обособленность и общих характер интересов как правовой категории указывает так же утверждение о том, что могут существовать юридически защищенные интересы, не будучи в то же время юридически индивидуализированными сферами интересов, т. е. не будучи субъективными правами¹.

А. В. Малько утверждал, что субъективные права и законные интересы – различные правовые дозволенности. Первая представляет собой особую дозволенность, обеспеченную конкретной юридической необходимостью других лиц. Если же правовая дозволенность не имеет либо не нуждается в юридически необходимом поведении других лиц как средстве своего обеспечения, то она не возводится законодателем в ранг субъективного права. Законному интересу противостоит лишь общая юридическая обязанность – уважать его, не нарушать его, поскольку и сам он представляет собой правовую возможность общего характера².

Существует также мнение, что сам по себе законный интерес близок к процессуальному понятию охраняемый законом интерес (законный интерес) и проявляет себя, когда он кем-то нарушен, и факт его нарушения является фактом возникновения охранительного правоотношения. Охраняемый законом интерес – это правовое средство реализа-

¹ *Рожественский А. А.* Теория субъективных публичных прав. М.: печ. А.И. Снегиревой, 1913. С. 26–27.

² Проблемы теории государства и права: Учебное пособие / Под ред. Марченко М. Н. М.: Юристъ, 2001. С. 380–381.

ции и защиты интереса, которое осуществляется не в рамках субъективного права¹.

Гурвич М. А., например, считал, что в отличие от материального субъективного права охраняемый законом интерес (законный интерес) есть выгода, обеспеченная не нормой материального, а охранительной, прежде всего процессуальной, нормой².

На наш взгляд сведение законного интереса к явлению, которое обеспечивается только процессуальной нормой в корне неверно. Сложность категории «законных интересов» заключается в том, что она гарантируется многими способами и средствами, а также нормами как процессуального, так и материального характера.

В. И. Ремнев отмечал, что право гражданина и его законный интерес – не одно и то же. Сущность права гражданина заключается в гарантированной возможности совершать определенные действия, а возможность удовлетворения законного интереса ограничена объективными условиями³. Таким образом, можно сделать вывод, что одним из отличий субъективного права и законного интереса является различная степень их материальной обеспеченности.

¹ Богатырев Ф. О. Интерес в гражданском праве // Журнал российского права». 2002. № 2.

² Гурвич М. А. Гражданские процессуальные правоотношения и процессуальные действия // Труды ВЮЗИ. М., 1965. Т. 3. С. 86.

³ Ремнев В. И. Право жалобы в СССР. М.: Знание, 1982. С. 26.

Н. И. Матузов¹ полагал, что в силу многообразия материальных и духовных интересов граждан государство не в состоянии охватить и закрепить их юридически в качестве субъективных прав, поэтому статус субъективных прав получают только наиболее существенные, общественно значимые, типичные интересы. Поэтому законные интересы позволяют удовлетворять и защищать в юридически легитимном порядке многие вновь появившиеся интересы, которые прямо не закреплены субъективными правами².

Как можно заметить, существуют две формулировки: «законный интерес» и «охраняемый законом интерес». В литературе высказана точка зрения, согласно которой следует различать эти два понятия. Но также есть мнение о тождественности этих понятий.

Так Н. А. Шайкенов рассматривал указанные понятие как часть и целое и утверждал, что все интересы, выраженные в праве, находятся под правовой защитой, и поэтому вполне правомерно рассмотрение их как «охраняемых законом». Охраняемые законом интересы включают в себя как законные, так и юридические интересы. При этом интересы, которые находятся в сфере правового регулирования, но не обеспеченные субъективными правами, целесообразно обозначать термином «законные интересы», а интересы, реализация ко-

¹ Матузов Н. И. Личность. Право. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1972. С. 215.

² Проблемы теории государства и права: Учебное пособие / Под ред. Марченко М. Н. М.: Юрист, 2001. С. 374.

торых обеспечена субъективными правами – «юридические интересы»¹. Здесь на лицо проблема недопонимания содержания понятия «интерес» в праве вообще и отождествления его с благом.

Из анализа ряда статей нормативных правовых актов с использованием вышеуказанных понятий видно, что законодатель не проводит разграничения между ними, а рассматривает их как синонимы.

Р. Е. Гукасян замечает, что термины «охраняемый законом интерес» и «законный интерес» выражают одно и то же понятие, поэтому могут использоваться как равнозначные².

Можно выделить общие черты субъективных прав и законных интересов³: и те и другие обусловлены материальными и духовными условиями жизни общества; содействуют развитию и совершенствованию социальных связей, фиксируя в себе определенное сочетание личных и общественных интересов; имеют диспозитивный характер; выступают в качестве самостоятельных элементов правового статуса личности; представляют собой юридические дозволения; их осуществление связывается в основном с такой формой реализации права, как использование; являются объектами

¹ Шайкенов Н. А. Правовой статус личности и ее интересы // XXVI съезд КПСС и развитие теории права. Свердловск: СЮИ, 1982. С. 105.

² Гукасян Р. Е. Правовые и охраняемые законом интересы // Советское государство и право. М.: Наука, 1973. № 7. С. 113–116.

³ Проблемы теории государства и права: Учебное пособие / Под ред. Марченко М. Н. М.: Юристь, 2001. С. 380.

правовой охраны и защиты, гарантируются государством.

Но наряду с общими чертами между субъективными правами и законными интересами имеются и различия.

Если сущность субъективного права заключается в юридически гарантированной и обеспеченной обязанностями других лиц возможности, то сущность законного интереса – в простой дозволенности определенного поведения. Ему противостоит лишь общая юридическая обязанность – уважать его, не нарушать его, поскольку и сам он представляет собой правовую возможность общего характера. Субъективное право – это возможность, позволяющая субъекту пользоваться благом в границах, строго установленных законом. Законный интерес – тоже известная возможность, позволяющая субъекту пользоваться благом, но уже без таких четких границ дозволенного поведения и возможности требования определенных действий от других лиц.

Н. М. Коркунов отмечал, дозволенное действие может стать правом только тогда, когда будет запрещено совершение всего мешающего дозволенным действиям, потому что только при этом условии будет установлена соответствующая обязанность¹.

Г. Ф. Шершеневич отмечал, что субъективное право есть власть осуществлять свой интерес, но наличность интереса еще не создает права.

¹ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб.: Изд. юрид. кн. магазина Н.К. Мартынова, 1897. С. 124.

Таким образом, законный интерес – это отраженное в объективном праве либо вытекающее из его общего смысла и в определенной степени гарантированное государством простое юридическое дозволение, выражающееся в стремлениях субъекта пользоваться конкретным социальным благом, а также в некоторых случаях обращаться за защитой к компетентным органам в целях удовлетворения своих потребностей, не противоречащих общественным¹.

Понятие «общественный интерес» неоднократно использовалось в законодательных и иных нормативных правовых актах, из чего можно сделать вывод, что общественный интерес является разновидностью законных интересов.

Спектр сфер и общественных отношений, для регулирования которых законодатель использует конструкцию «обеспечение» или «защита общественных интересов», достаточно широк.

Понятие «общественный интерес» неоднократно использовалось в законодательных и иных нормативных правовых актах, из чего можно сделать вывод, что общественный интерес является разновидностью законных интересов.

Прежде всего, общественные интересы затрагиваются при распространении массовой информации, что и обусловило появления данного понятия в соответствующем законодательном акте. В законе РФ «О СМИ» общественные интересы используются как один из критериев закрепления исключений из правила невмешательства в частную

¹ Проблемы теории государства и права: Учебное пособие / Под ред. Марченко М. Н. М.: Юристъ, 2001. С. 376.

жизнь граждан¹. Вносятся разумные законные коррективы в абсолютную защищенность частной жизни граждан².

В обязанности журналиста входит получать согласие (за исключением случаев, когда это необходимо для защиты общественных интересов) на распространение в средстве массовой информации сведений о личной жизни гражданина от самого гражданина или его законных представителей³.

Распространение сообщений и материалов, подготовленных с использованием скрытой аудио- и видеозаписи, кино- и фотосъемки, допускается, если это необходимо для защиты общественных интересов и приняты меры против возможной идентификации посторонних лиц⁴.

Праву журналиста встать на защиту общественных интересов корреспондирует обязанность государственных органов, общественных организаций, должностных лиц предоставлять ему информацию о своей деятельности (ст. 39 Закона РФ «О средствах массовой информации»)⁵. Деятельность гос-

¹ Федотов М. А. Закон о средствах массовой информации: правовые позиции и медийная практика. // Европейский журнал социальных наук (European Social Science Journal). 2012. № 7. С. 490-509.

² Выборы и журналистское расследование / Отв. ред. Дафни Скиллен. М.: Права человека, 2001. С. 76.

³ Ст. 49 Закона РФ № 2124-1 от 27 декабря 1991 г. (с изм.) «О средствах массовой информации» // Российская газета. 1992. 8 февр. № 32.

⁴ Ст. 50.

⁵ Глисков А. А. Тайна частной жизни и общественный интерес // Законодательство и практика средств массовой информации. 1998. № 7. С. 37–38.

ударственных органов, организаций и предприятий, общественных объединений, должностных лиц осуществляется на принципах информационной открытости, что выражается в доступности для граждан информации, представляющей общественный интерес или затрагивающей личные интересы граждан. Так федеральные органы исполнительной власти должны заблаговременно извещать телерадиовещательных компаний о предполагаемом рассмотрении наиболее важных вопросов, представляющих общественный интерес¹.

Журналистика, представляющая общественный интерес, означает предоставление информации по вопросам, которые являются важными и релевантными для широкого круга публики²: обеспечение подотчетности и прозрачности – сбор и предоставление информации, которая даст возможность подвергнуть критическому рассмотрению решения правительства и других организаций в вопросах, касающихся жизни граждан; глобальность – передача сообщений из горячих точек планеты, вопросы изменения климата, например, разоблачение преступного или явно антиобщественного поведения, особенно со стороны общественных деятелей.

Судебная палата по информационным спорам при Президенте РФ отмечает, что журналисты, производящие собственное расследование или освещающие ход следствия по уголовному делу, выполняют профессиональный долг, информируя

¹ Указ Президента РФ № 2334 от 31 декабря 1993 г. (с изм.) «О дополнительных гарантиях прав граждан на информацию» // САПП РФ. 1994. № 2. Ст. 74.

² Редакционные ценности Би-би-си // <http://www.bbc.co.uk>

читателей об обстоятельствах, имеющих общественный интерес¹.

Почти в каждом пункте редакционных правил всех британских газет говорится об общественном интересе. Но при этом данный свод правил не дает ему определения и не уточняет его значения².

Значение общественных интересов также подчёркивается в осуществлении аудиторской деятельности. Профессия аудитора является общественно значимой, что подразумевает признание своей ответственности перед обществом. Это налагает на аудиторов ответственность за соблюдение общественных интересов. На профессиональные стандарты аудита значительное влияние оказывают интересы общества³.

В целях обеспечения общественных интересов в ходе осуществления аудиторской деятельности при уполномоченном федеральном органе создается совет по аудиторской деятельности. Совет по аудиторской деятельности осуществляет функции, необходимые для поддержания высокого профессионального уровня аудиторской деятельности в общественных интересах.

¹ О применении принципа презумпции невиновности в деятельности журналистов (по запросу Центра «Право и средства массовой информации»): Рекомендация Судебной палаты по информационным спорам при Президенте РФ от 24 декабря 1997 г. № 3 (10) // Законодательство и практика средств массовой информации. 1997. Вып. 12 (40). С. 21.

² Редакционные ценности Би-би-си // <http://www.bbc.co.uk>

³ Глава 2. Общественные Интересы, Кодекс этики аудиторов России (одобрен Минфином РФ 31.05.2007 г., протокол № 56) // Бухгалтерский учет. 2007. № 16.

При определении критериев заданий, не связанных с аудитом финансовой (бухгалтерской) отчетности общественно значимых хозяйствующих субъектов, которые подлежат обзорной проверке качества их выполнения, аудиторские организации учитывают характер задания, в том числе насколько оно является предметом общественного интереса.

Наряду с аудитором профессия профессионального бухгалтера также является общественно значимой, что подразумевает признание и принятие на себя обязанности действовать в общественных интересах¹.

Общественные интересы – это интересы, направленные на достижение благих целей, соответствующих общим представлениям нравственности, морали, справедливости, и в нормативных правовых актах, посвящённых регулированию права интеллектуальной собственности понятие «общественный интерес» употребляется в контексте с нравственными понятиями. Правовая охрана в качестве изобретений не предоставляется решениям, противоречащим общественным интересам, принципам гуманности и морали. То же относится и к патентоспособности промышленного образца. Кроме того, в фирменное наименование юридического лица не могут включаться обозначения, противоречащие общественным интересам, а также принципам гуманности и морали. Ч. IV ГК РФ прямо говорит,

¹ Кодекс этики профессиональных бухгалтеров-членов ИПБ России (утв. Решением Президентского совета Института профессиональных бухгалтеров и аудиторов России, Протокол № 09/-07 от 26 сентября 2007 г.)

что не могут быть объектами патентных прав решения, противоречащие общественным интересам, принципам гуманности и морали. В случаях, когда есть предположение, что коммерческие обозначения противоречат общественным интересам, принципам гуманности и морали, может быть назначена экспертиза таких обозначений. Обозначения, состоящие из терминов, противоречащих общественным интересам, принципам гуманности и морали, называют «скандальными» знаками. Если на регистрацию заявлено «скандальное» обозначение, которое обладает различительной способностью и не является ложным или способным ввести в заблуждение, то обозначению может быть предоставлена правовая охрана только в том случае, если заявитель представит убедительное подтверждение того, что значительная часть общества не воспринимает заявляемое обозначение как противоречащее общественным интересам, принципам гуманности и морали.

Кроме того, Гражданский кодекс РФ использует понятие «общественные интересы» и в иных случаях. Например, если в процессе эксплуатации предприятия, сооружения либо иной производственной деятельности причиняет вред, суд вправе обязать ответчика, помимо возмещения вреда, приостановить или прекратить соответствующую деятельность. Суд может отказать в иске о приостановлении либо прекращении соответствующей деятельности лишь в случае, если ее приостановление либо прекращение противоречит общественным интересам. Также ссылка на значение общественных интересов имеется в норме об из-

менение и расторжение договора в связи с существенным изменением обстоятельств – такое изменение допускается по решению суда в исключительных случаях, когда расторжение договора противоречит общественным интересам.

Деятельности такого вида некоммерческих организаций как саморегулируемые также характерно значение общественных интересов.

Национальные объединения саморегулируемых организаций являются общероссийскими негосударственными некоммерческими организациями, объединяющими саморегулируемые организации на основе обязательного членства и создаются в целях соблюдения общественных интересов саморегулируемых организаций соответствующих видов, обеспечения представительства и защиты интересов саморегулируемых организаций соответствующих видов в органах государственной власти, органах местного самоуправления, взаимодействия саморегулируемых организаций и указанных органов, потребителей выполненных работ, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства.

В целях обеспечения общественных интересов, формирования единых подходов к осуществлению оценочной деятельности, выработки единой позиции оценщиков по вопросам регулирования их деятельности, координации деятельности саморегулируемых организаций оценщиков, а также в целях взаимодействия саморегулируемых организаций оценщиков с федеральными органами государственной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами мест-

ного самоуправления и потребителями услуг в области оценочной деятельности саморегулируемые организации оценщиков образуют Национальный совет.

Помимо этого, федеральные органы исполнительной власти, осуществляющие функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере агропромышленного комплекса и рыболовства, в области таможенного дела, в сфере внутренней торговли в целях согласования общественно значимых интересов, привлекают на добровольной основе к участию в формировании и реализации государственной политики представителей субъектов правоотношений в обозначенных сферах. Здесь общественные интересы обозначены как критерий привлечения граждан к участию в управлении делами государства — их праву, гарантированному Конституцией РФ, лежащему в основе общественного контроля.

В ряде случаев на защиту общественных интересов встают представители органов государственной власти. Так прокуроры и иные органы, обращающиеся в арбитражные суды в случаях, предусмотренных законом, в защиту государственных и (или) общественных интересов освобождаются от уплаты государственной пошлины по делам, рассматриваемым в арбитражных судах. При наличии достаточных оснований налоговый орган направляет материалы в органы прокуратуры для рассмотрения вопроса о необходимости обращения в арбитражный суд в защиту государственных и общественных интересов.

Также в целях защиты прав и законных интересов инвесторов федеральный орган исполнительной власти по рынку ценных бумаг вправе обращаться в суд с исками и заявлениями в защиту государственных и общественных интересов и охраняемых законом интересов инвесторов.

Решения по делам, связанным с нарушениями Федерального закона «О естественных монополиях», которые затрагивают общественные интересы, подлежат опубликованию в средствах массовой информации не позднее месяца со дня их принятия.

Обременение, в том числе публичный сервитут, может быть прекращено или их условия могут быть изменены в случае отсутствия или изменения государственного либо общественного интереса в обременении.

Для поддержания баланса независимости судей и удовлетворения общественного интереса к деятельности судов официальные представители судов взаимодействуют с редакциями средств массовой информации и иными заинтересованными лицами. К формам взаимодействия судов с редакциями средств массовой информации, обеспечивающим информирование пользователей информацией о деятельности судов, также относятся¹: оповещение представителей редакций средств массовой информации (журналистов) о предстоящих судебных заседаниях по делам, представляющим обще-

¹ Постановление Пленума ВС РФ № 35 от 13 декабря 2012 г. «Об открытости и гласности судопроизводства и о доступе к информации о деятельности судов» // Российская газета. 2012. 19 дек. № 292.

ственный интерес; опубликование или распространение иным способом в средствах массовой информации сведений о вступивших в законную силу судебных постановлениях по делам, которые приобрели общественный интерес (например, о признании незаконным решения избирательной комиссии о результатах выборов), а также сведений об отмене или изменении судебных постановлений, если ранее они были опубликованы либо иным образом распространены в средствах массовой информации; содействие представителям редакций средств массовой информации (журналистам) в организации проведения видеотрансляции в сети Интернет хода открытого судебного разбирательства и опубликовании информации о проведении такой трансляции по делам, которые вызвали общественный интерес, в средствах массовой информации.

На международном уровне также используется понятие общественного интереса.

Существует ряд соглашений РФ с другими государствами об избежании двойного налогообложения, в частности в отношении преподавателей, научных работников и студентов, положения которых не применяются к вознаграждению, полученному в связи с научным исследованием, проводимым не в общественных интересах, а преимущественно с целью получения частной выгоды лицом или группой лиц¹.

¹ Например, п. 2 ст. 21 Соглашения между Правительством РФ и Правительством Республики Куба от 14 декабря 2000 г. «Об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от уплаты налогов на до-

Каждому, кто законно находится на территории какой-либо Договаривающейся Стороны, принадлежит в пределах этой территории право на свободное передвижение и свободу выбора местожительства. Исключением здесь являются ограничения, установленные в соответствии с законом и обоснованные общественными интересами¹.

В свете проведённого анализа особое удивление вызывает тот факт, что отсутствует нормативно закреплённое определение общественных интересов.

Обратившись к практике Судебной палаты по информационным спорам при Президенте РФ, можно сделать вывод о том, что к общественному интересу относится информация о том, как выполняются должностными лицами их обязанности и соблюдаются ли ими правовые и этические нормы,

ходы и капитал» (вместе с Протоколом от 14 декабря 2000 г.); п. 2 ст. 21 Конвенции между Правительством РФ и Правительством Ливанской Республики от 8 апреля 1997 г. «Об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от налогообложения в отношении налогов на доходы»; п. 3 ст. 18 Договора между РФ и США от 17 июня 1992 г. «Об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от налогообложения в отношении налогов на доходы и капитал».

¹ См.: п. 1 и 4 ст. 22 Конвенции Содружества Независимых Государств о правах и основных свободах человека (заключена в Минске 26 мая 1995 г.) (вместе с «Положением о Комиссии по правам человека Содружества Независимых Государств», утв. 24 сентября 1993 г.) // СЗ РФ. 1999. № 13. Ст. 1489.

информация о деятельности государственных органов власти¹.

Последнее особенно важно ввиду того, что общественные интересы являются ключевым понятием в системе общественного контроля как основной критерий его проведения.

Актуальным также является вопрос соотношения понятий «общественный интерес» и «публичный интерес». Последнее используется законодателем наряду с понятием «общественный интерес», а на практике возникает проблема смешения данных понятий, так как ни первое, ни второе в законе не определены.

Публичный интерес (от англ. public interest) – это признанный государством и обеспеченный правом интерес социальной общности, удовлетворение которого служит условием и гарантией её существования и развития.

Можно предположить, что государство становится выразителем публичного интереса, когда в своей деятельности выражает и соблюдает интересы всех своих граждан (т. е. общественные интересы) и признанный государством общественный интерес реализуется в нормах права².

¹ Решение Судебной палаты по информационным спорам при Президенте РФ от 27 июня 1998 г. № 11 «Об обращении Министра строительства РФ Е. В. Басина в связи с публикацией Ю. Калининой «Золотой теленок» Чеченской республики» // Итоги. 1996. № 2.

² *Салахутдинова Г. И.* «Публичный интерес», «интересы неопределенного круга лиц» и «государственные интересы» как основание для обращения прокурора в суд // *Законность*. 2010. № 12. С. 33; *Савельев А. И.* Проблемы взаимодействия гражданского общества и структур пуб-

Таким образом, встаёт вопрос о соотношении уже трёх понятий: государственный, общественный и публичный интерес.

О. Ю. Кравченко объединяет государственные и общественные интересы в общий публичный интерес¹.

Формулировка «государственные и общественные интересы», по мнению А. В. Кряжкова представляется неточной. В ней заключено, с одной стороны, разделение и, с другой стороны, противопоставление названных групп интересов. Поэтому он видит целесообразным употребление термина «публичные интересы»².

Законодатель почти всегда связывает общественные интересы с государственными, но не отождествляет их³.

А. В. Маслаков отмечает, что и на законодательном уровне публичный интерес выделен в самостоятельную категорию, но государственный ин-

личной власти в системе политической коммуникации. // Европейский журнал социальных наук (European Social Science Journal). 2013. № 7. С. 620.

¹ *Кравченко О. Ю.* Публичные и частные интересы в праве: политико-правовые исследования: Дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2004. С. 76, 143.

² *Кряжков А. В.* Публичный интерес: понятие, виды и защита // Государство и право. 1999. № 10. С. 94.

³ *Тотьев К. Ю.* Публичный интерес в правовой доктрине и законодательстве // Государство и право. 2002. № 9. С. 21.

терес уже общественного, причем данные интересы не являются противоположными¹.

Понятия публичного, государственного и общественного интереса в теории права часто употребляются как тождественные. Ситуация усугубляется также не всегда однозначным употреблением названных терминов в нормативных правовых актах без точного раскрытия их содержания².

Е. В. Храмова считает, что публичный интерес – это собирательная парадигма, которая включает в себя такие разновидности, как государственный и общественный интересы³. При этом последний представляет собой интерес социальных групп и интерес неопределенного круга лиц.

Прилагательное «публичный» широко употребляется в значении «открытый», «гласный». В то же время термин «публичный» применяется и в случаях, когда проявляются властные полномочия государства: публичные отношения, публично-правовые образования и т. д. В результате происходит отождествление понятий «государственный» и «публичный», при котором понятие «общественный» сохраняет особый смысл⁴.

¹ Маслаков А. В. Надзор как процессуальная форма защиты публичного интереса: Дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2009. С. 33.

² Ситдикова Р. И. Частный, публичный и общественный интерес в авторском праве // Гражданское право. 2012. № 2. С. 18–20.

³ Храмова Е. В. Защита публично-правового интереса в арбитражном процессе: вопросы теории и практики: Дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2011. С. 58.

⁴ Тюрина Н. Е. Международная торговля как фактор развития международного публичного права: монография;

Понимание публичного интереса как родового понятия предоставляет возможность выделить государственный интерес и интерес общественный, но не как противоположные категории, а как имеющие общую основу¹. Государственный тогда становится интересом публичным, когда он, во-первых, соответствует праву и, во-вторых, отражает интерес общественный. В свою очередь, общественный интерес становится общественным только тогда, когда не противоречит праву и обеспечивается им. Из чего и следует, что необходимо не просто декларативное применение термина «общественные интересы», а законодательная регламентация его содержания.

О наличии двух видов интересов и их несовпадении свидетельствует и употребление в нормативных правовых актах понятия «государственный» и «общественный» интерес через союз «и» или запятую. Так, например, в п. 2 ст. 19 Конституции Республики Татарстан от 6 ноября 1992 г. провозглашается, что собственность не должна использоваться во вред государственным и общественным интересам, правам, свободам и достоинству человека².

В правовом государстве противоположных общественным интересам государственных интере-

науч. ред. Г.И. Курдюков. Казань: Центр инновационных технологий, 2009. С. 101.

¹ Чугурова Т. В. Процессуальные формы защиты публичных интересов в российском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2007. С. 45.

² Конституция Республики Татарстан // <http://constitution.garant.ru>

сов быть не может. В противном случае получатся отчуждение государства от общества, появление ведомственного, номенклатурного интереса, который будет выдаваться за общепользовательный. Однако правовое государство не может стать выражением интересов узкой группы лиц. Следовательно, выделение государственного интереса как противоположного общественным в рамках правового государства невозможно¹.

Отождествление исследуемых понятий базируется ещё и на семантическом уровне. Не случайно слово «публичный» (от лат. *publicus* – общественный) означает совершающийся в присутствии публики, гласный, общественный, нечастный².

Таким образом, публичный интерес – это обеспеченная и соответствующая праву осознанная потребность социальной общности, обусловленная его конкретным положением³. Можно сделать вывод о том, что публичный интерес как правовая ка-

¹ Смольников Д. И. Публичный интерес в гражданском процессе России // *Мировой судья*. 2012. № 5. С. 19–23.

² Современный словарь иностранных слов. Ок. 20000 слов. М.: Рус. яз., 1992. С. 502.

³ Постановление Конституционного Суда РФ № 20-П от 20 июля 2011 г. «По делу о проверке конституционности положений п. 4 ст. 93.4 БК РФ, ч. 6 ст. 5 ФЗ «О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации в части регулирования бюджетного процесса и приведении в соответствие с бюджетным законодательством Российской Федерации отдельных законодательных актов Российской Федерации» и ст. 116 ФЗ «О федеральном бюджете на 2007 год» в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации» // *Российская газета*. 2011. 12 авг. № 177.

тегория является родовым понятием для общественных и государственных интересов.

В обобщенном виде под публичными интересами в гражданском процессе понимают интерес правосудия, то есть торжество режима законности и укрепление правопорядка¹.

Наряду с понятием «публичный интерес» в правовой науке используется понятие «интересы неопределённого круга лиц». Данное понятие, в попытках приблизиться к пониманию термина «общественные интересы», было включено в текст одного из принципов осуществления общественного контроля.

Понятие «интересы неопределённого круга лиц» в отечественном законодательстве имеет процессуальные корни.

Законодатель не разъяснил понятие «неопределённый круг лиц». За определением этого понятия обратимся к доктрине.

Под защитой неопределённого круга лиц следует понимать защиту общих интересов физических лиц, неперсонифицированного круга, когда установление их точного количества не требуется.

Неопределённый круг – это такой круг лиц, который невозможно индивидуализировать (определить), привлечь в процесс в качестве истцов, решить вопрос о правах и обязанностях каждого из них при разрешении дела².

¹ Нохрин Д. Г. Государственное принуждение в гражданском судопроизводстве: Монография. М.: Волтерс Клувер, 2009. С. 97, 199.

² Салахутдинова Г. И. «Публичный интерес», «интересы неопределенного круга лиц» и «государственные интере-

Под защитой прав неопределённого круга лиц принято понимать защиту общих интересов физических лиц, юридических лиц и их групп, объединений и ассоциаций, когда установление точного количества участников группы не является необходимым условием для судебной защиты¹.

Зачастую термины «публичный интерес» и «интересы неопределённого круга лиц» соотносятся как материально-правовое и процессуально-правовое понятия. В части соотношения указанных выше понятий есть мнение, что для российского законодательства в части защиты неопределённого круга лиц характерна защита только публичного интереса². Прямо в качестве «объекта защиты» публичный интерес называет Т. В. Сахнова³.

Следует также обратиться к практике Верховного Суда РФ, который неоднократно разъяснял, что понятия «значительное число граждан» и «неопределённый круг лиц» не равнозначны⁴. Неопреде-

сы» как основание для обращения прокурора в суд // Законность. 2010. № 12. С. 33.

¹ Кулахметов Ш. Б. Защита прав неопределенного круга лиц в теории цивилистического процесса и действующем АПК РФ // Молодой ученый. 2011. № 2. Т. 2. С. 22–24.

² Ярков В.В. Новые формы исковой защиты в гражданском процессе (групповые и косвенные иски) // Государство и право. 1999. - № 9. С. 34.

³ Сахнова Т. В. Публичный интерес - предмет судебной защиты? // Российский юридический журнал. 1998. № 3. С. 76.

⁴ Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда РФ за третий квартал 2007 г., утв. Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 7 ноября 2007 г.

лённый круг – это такой круг лиц, который невозможно индивидуализировать (определить), привлечь в процесс в качестве истцов, указать в исковом заявлении фамилию, имя, отчество, место жительства каждого из истцов, решить вопрос о правах и обязанностях каждого из них при разрешении дела.

Все нормативные правовые акты, принятые до ГПК РФ 2002 г. без должного теоретического осмысления включили как норму о самой возможности «коллективной» судебной защиты, так и понятия публичного интереса, интереса неопределённого круга лиц и т. п. К сожалению, и новый ГПК РФ, лишь воспроизвёл их, но не дал им определения¹.

В случаях, предусмотренных ГПК РФ и другими федеральными законами, гражданское дело может быть возбуждено по заявлению лица, выступающего от неопределённого круга лиц (ст. 4), тем самым законодатель косвенно открывает ход общественному контролю.

На основании ст. 45 ГПК РФ право защиты неопределённого круга лиц предоставлено прокурору, а на основании ст. 46 – органам государственной власти, органам местного самоуправления, организациям или гражданам в случаях, предусмотренных законом: в случаях, предусмотренных законом, органы государственной власти, органы местного самоуправления, организации или граждане вправе обратиться в суд с заявлением в защи-

¹ Павлушина А. А. Защита публичного интереса как универсальная процессуальная форма // Журнал российского права. 2003. № 6. С. 76–84.

ту прав, свобод и законных интересов других лиц по их просьбе либо в защиту прав, свобод и законных интересов неопределённого круга лиц.

Кроме того, о защите интересов неопределённого круга лиц говорит и закон «О защите прав потребителей». Так, обращаться в суды с заявлениями в защиту прав потребителей и законных интересов отдельных потребителей (группы потребителей, неопределённого круга потребителей). Кроме того, орган государственного надзора, органы местного самоуправления, общественные объединения потребителей (их ассоциации, союзы) вправе предъявлять иски в суды о прекращении противоправных действий изготовителя (исполнителя, продавца, уполномоченной организации или уполномоченного индивидуального предпринимателя, импортера) в отношении неопределённого круга потребителей.

Уполномоченный орган по защите прав субъектов персональных данных имеет право обращаться в суд с исковыми заявлениями в защиту прав субъектов персональных данных, в том числе в защиту прав неопределённого круга лиц, и представлять интересы субъектов персональных данных в суде.

Ещё в римском праве на фоне видовой разнообразия исков (по некоторым оценкам, их было более трёхсот) по характеру защищаемого интереса специально выделялись иски частные (*actiones privatae*) и иски народные (*actiones populares*). При помощи последних защищались общественные интересы, причём обратиться с таким иском мог любой гражданин как представитель государства, яв-

ляясь как бы органом государства, защитником права вообще¹.

Как следует из проведённого выше анализа, в контексте современного отечественного законодательства можно соотнести понятия «защита интересов неопределённого круга лиц» и «осуществление общественного контроля». Поэтому как один из принципов осуществления общественного контроля предлагается принцип признание субъектов общественного контроля представителями неопределённого круга лиц при выступлении в суде в защиту общественных интересов.

Кроме того, целесообразным видится предоставление льгот субъектам общественного контроля при обращении в арбитражные суды по аналогии с положениями ст. 333.37 НК РФ: от уплаты государственной пошлины по делам, рассматриваемым в арбитражных судах, освобождаются прокуроры и иные органы, обращающиеся в арбитражные суды в случаях, предусмотренных законом, в защиту государственных и (или) общественных интересов.

В основе общественных интересов лежат потребности, способствующие социальной справедливости, поскольку социальная справедливость есть такие представления об отношениях, которые способствуют комфортному совместному существованию людей, т. е. способствуют жизни и развитию общества². Реализация общественного интереса предполагает наиболее полное удовлетво-

¹ Салогубова Е.В. Римский гражданский процесс / Под ред. Треушников М. К.; Моск. гос. ун-т им. М. В. Ломоносова. М.: Юрид. бюро «Городец», 1997. С. 84.

² Общественные интересы // <http://sergm.uzoz.ru>

рение общественных потребностей и обеспечение всестороннего развития всех членов общества¹. Общественные интересы присущи обществу в целом². Общественные интересы – это интересы, направленные на достижение благих целей, соответствующих общим представлениям нравственности, морали, справедливости.

Общественные интересы населения, как правило, проявляются: в обеспечении благоприятных условий проживания и ограничении вредного воздействия хозяйственной и иной деятельности на окружающую среду, улучшении экологической обстановки, развитии инженерной, транспортной и социальной инфраструктур городских и сельских поселений и прилегающих к ним территорий и сохранении территорий объектов историко-культурного и природного наследия; в доступе к информации о подготавливаемом, совершаемом или совершенном противоправном деянии; о лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших противоправное деяние; о событиях или действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации; о состоянии здравоохранения, санитарии, демографии, образования, культуры, сельского хозяйства, а также о

¹ Свердлов Г. А. Гражданско-правовые способы сочетания общественных, коллективных и личных интересов: Учеб. пособие. Свердловск: Урал. ун-т, 1980. С. 16.

² Иванова А. А. Специфика изучения политического дискурса в системе «власть-общество» в условиях становления неоконсерватизма в современной России. // Европейский журнал социальных наук (European Social Science Journal). 2013. № 9 (т. 1). С. 458.

состоянии преступности; о чрезвычайных происшествиях и катастрофах, угрожающих безопасности и здоровью граждан, и их последствиях, а также о стихийных бедствиях, их официальных прогнозах и последствиях; о привилегиях, компенсациях и льготах, предоставляемых государством гражданам, должностным лицам, предприятиям, учреждениям и организациям; о фактах нарушения прав и свобод человека и гражданина; о фактах нарушения законности органами государственной власти и их должностными лицами¹.

Общественный интерес в собственно публичной сфере проявляется в разных формах. В самом общем виде соблюдение общественных интересов призвано обеспечить²: незыблемость основ конституционного строя; охрану государственных границ, оборону страны, общественную безопасность; устойчивость организации власти и ее институтов; гарантированную возможность действий общественных институтов; легальное разграничение компетенции органов – по всем уровням; политическую активность граждан.

Отсюда можно сделать вывод, что на общественные интересы напрямую опирается общественный контроль как деятельность по наблюдению, проверке и оценке соответствия деятельности органов государственной власти, органов местного

¹ Андрианова В. В. Реализация права на информацию по запросу (особенности применения) // Законодательство и экономика. 2008. № 8. С. 53–55.

² Тихомиров Ю. А. Публичное право: Учебник. М.: Издательство БЕК, 1995. С. 65.

самоуправления и иных объектов общественного контроля именно общественным интересам.

Общественный контроль осуществляется в целях защиты и обеспечения общественных интересов.

В связи с этим под общественными интересами следует понимать охраняемые Конституцией РФ блага и ценности, в том числе в информационной сфере, связанные с обеспечением безопасности и благополучия граждан, стабильного и устойчивого развития общества.

Библиографический список:

1. *Андрианова В. В.* Реализация права на информацию по запросу (особенности применения) // Законодательство и экономика. 2008. № 8.

2. *Богатырев Ф. О.* Интерес в гражданском праве // Журнал российского права». 2002. № 2.

3. *Богатырев Ф. О.* Обязательство с нематериальным интересом: Автореф. ... канд. юрид. наук. М., 2003.

4. *Братусь С. Н.* Субъекты гражданского права. М.: Гос. изд-во юрид. лит-ры: тип. «Кр. Пролетарий», 1950.

5. *Братусь С. Н.* Юридические лица в советском гражданском праве. М: Юридическое изд-во, 1947.

6. *Брауде И. Л.* К вопросу об объекте правоотношения по советскому гражданскому праву // Советское государство и право. 1951. № 3.

7. Выборы и журналистское расследование / Отв. ред. Дафни Скиллен. М.: Права человека, 2001.

8. *Глисков А. А.* Тайна частной жизни и общественный интерес // «Законодательство и практика средств массовой информации», 1998. № 7.

9. *Гончарова А. Н.* Проблема согласования общественных и личных интересов в процессе построения гражданского общества: Моногр. / Краснояр. Гос. Ун-т. Красноярск, 2001.

10. *Грибанов В. П.* Интерес в гражданском праве // Советское государство и право. 1967. № 1.

11. *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2000.

12. *Гукасян Р. Е.* Правовые и охраняемые законом интересы // Советское государство и право. М.: Наука, 1973. № 7.

13. *Гурвич М. А.* Гражданские процессуальные правоотношения и процессуальные действия // Труды ВЮЗИ. М., 1965. Т. 3.

14. *Иванова А. А.* Специфика изучения политического дискурса в системе «власть-общество» в условиях становления неоконсерватизма в современной России. // Европейский журнал социальных наук (European Social Science Journal). 2013. № 9 (т. 1).

15. *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. СПб.: Изд. юрид. кн. магазина Н. К. Мартынова, 1897.

16. *Кравченко О. Ю.* Публичные и частные интересы в праве: политико-правовые исследования: Дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2004.

17. *Крохина Ю. А.* Категория «интерес» как системообразующий фактор финансового права. // Вопросы правоведения. 2012. № 2.

18. *Кряжсков А. В.* Публичный интерес: понятие, виды и защита // Государство и право. 1999. № 10.

19. *Кулахметов Ш. Б.* Защита прав неопределенного круга лиц в теории цивилистического процес-

са и действующем АПК РФ // Молодой ученый. 2011. № 2. Т. 2.

20. *Маслаков А. В.* Надзор как процессуальная форма защиты публичного интереса: Дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2009.

21. *Матузов Н. И.* Личность. Право. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права. Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1972.

22. *Нохрин Д. Г.* Государственное принуждение в гражданском судопроизводстве: Монография. М.: Волтерс Клувер, 2009.

23. *Павлушина А. А.* Защита публичного интереса как универсальная процессуальная форма // Журнал российского права. 2003. № 6.

24. Проблемы теории государства и права: Учебное пособие / Под ред. Марченко М. Н. М.: Юристъ, 2001.

25. *Ремнев В. И.* Право жалобы в СССР. М.: Знание, 1982.

26. *Рождественский А. А.* Теория субъективных публичных прав. М.: печ. А. И. Снегиревой, 1913.

27. *Савельев А. И.* Проблемы взаимодействия гражданского общества и структур публичной власти в системе политической коммуникации. // Европейский журнал социальных наук (European Social Science Journal). 2013. № 7.

28. *Салахутдинова Г. И.* «Публичный интерес», «интересы неопределенного круга лиц» и «государственные интересы» как основание для обращения прокурора в суд // Законность. 2010. № 12.

29. *Салогубова Е. В.* Римский гражданский процесс / Под ред. М. К. Треушникова; Моск. гос. ун-т

им. М. В. Ломоносова. М.: Юрид. бюро «Городец», 1997.

30. *Сахнова Т. В.* Публичный интерес – предмет судебной защиты? // Российский юридический журнал. 1998. № 3.

31. *Свердлык Г. А.* Гражданско-правовые способы сочетания общественных, коллективных и личных интересов: Учеб. пособие. Свердловск: Урал. ун-т, 1980.

32. *Ситдикова Р. И.* Частный, публичный и общественный интерес в авторском праве // Гражданское право. 2012. № 2.

33. *Смольников Д. И.* Публичный интерес в гражданском процессе России // Мировой судья. 2012. № 5.

34. Современный словарь иностранных слов. Ок. 20000 слов. М.: Рус. яз., 1992.

35. *Тихомиров Ю. А.* Публичное право. Учебник. М.: Издательство БЕК, 1995.

36. *Тотьев К. Ю.* Публичный интерес в правовой доктрине и законодательстве // Государство и право. 2002. № 9.

37. *Тюрина Н. Е.* Международная торговля как фактор развития международного публичного права: монография; науч. ред. Г. И. Курдюков. Казань: Центр инновационных технологий, 2009.

38. *Федотов М. А.* Закон о средствах массовой информации: правовые позиции и медийная практика. // Европейский журнал социальных наук (European Social Science Journal). 2012. № 7.

39. Философский словарь / Под ред. И. Т. Фролова. Изд. 6-е, перераб. и доп. М.: Политиздат. 1991.

40. Храмова Е. В. Защита публично-правового интереса в арбитражном процессе: вопросы теории и практики: Дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2011.

41. Чугурова Т. В. Процессуальные формы защиты публичных интересов в российском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2007.

42. Шайкенов Н. А. Правовой статус личности и ее интересы // XXVI съезд КПСС и развитие теории права. Свердловск: СЮИ, 1982.

43. Ярков В. В. Новые формы исковой защиты в гражданском процессе (групповые и косвенные иски) // Государство и право. 1999. № 9.

Ю. С. КОЖЕВНИКОВА

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», аспирант Научно-методического центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности», научный сотрудник Института проблем правового регулирования (101000, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20, тел. (495) 772-95-90)

ОСОБЕННОСТИ ФОРМИРОВАНИЯ ИНФОРМАЦИОННО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОТНОШЕНИЙ ПО ИСПОЛЬЗОВАНИЮ ОБЛАЧНЫХ ТЕХНОЛОГИЙ ПРИ ОБРАБОТКЕ ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

Ключевые слова: информация; Интернет; облачные технологии; персональные данные; информационно-правовое регулирование; теория информационного права

Аннотация: В статье на основе анализа доктринальных положений современной теории информационного права раскрываются особенности формирования информационно-правового регулирования отношений по использованию облачных технологий при обработке персональных данных в зарубежных странах.

В настоящее время в связи со стремительным развитием Интернета, обусловившем, в частности, возможность функционирования а активного использования облачных информационных систем, обмен информацией в мире стал беспрецедентно проще, быстрее и доступнее. Однако такая динамика потоков информации представляет собой угрозу информационной безопасности¹ в связи опасностью несоблюдения фундаментальных прав личности².

В условиях повседневной масштабной передачи информации посредством информационно-телекоммуникационных сетей, концепция неприкосновенности личности существенно изменилась³. Так, на первый план выходит такой аспект информационной безопасности как, обеспечение конфиденциальности и контролируемости обработки данных⁴.

¹ См. напр.: *Лопатин В. Н.* Информационная безопасность России: дис. ... д-ра юрид. наук. СПб. 2000; *Макаров О. С.* К вопросу о принципах обеспечения информационной безопасности. // Вопросы правоведения. 2013. № 3. С. 192-199; *Никонов С. Б.* Ноополитический аспект трансформации доктрины информационной безопасности. // Европейский журнал социальных наук (European Social Science Journal). 2013. № 4. С. 558-565.

² *Полякова Т. А., Химченко А. И.* Актуальные организационно-правовые вопросы трансграничной передачи персональных данных // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2013. №. 1. С. 113.

³ *Dilemmas of Privacy and Surveillance* / Ed. Gilbert N. London: The Royal Academy of Engineering. 2007. P. 11.

⁴ *Gavison R.* Privacy and the Limits of Law // *Yale Law Review*. 1980. № 89. P. 421.

Зачастую цели и задачи, ставящиеся заказчиком облачной информационной системы перед ее использованием требуют достаточной масштабной обработки персональных данных¹. Причем, невозможность обеспечения этих функций или наличие значительных препятствий либо полностью лишает смысла использование облачной информационной системы, либо не позволяет настраивать эффективные отношения². Отметим, что именно содержательный аспект обработки данных при помощи облачных технологий (в частности, их персональный характер) чаще всего граничит с нарушением основополагающих прав человека – права на неприкосновенность личной жизни, на свободу слова, на свободу распространения информации.

Все риски, связанные с обработкой персональных данных с использованием облачных технологий можно разделить на связанные с отсутствием контроля над данными пользователем и другими лицами, и отсутствием относительно определенной информации о том, как, где и кем данные обрабатываются.

При передаче персональных данных в системы, функционирующие на основе облачных технологий, полномочный субъект перестает иметь исключительный контроль над этими данными и не

¹ *Adrian A.* How much privacy do clouds provide? The Future of Privacy Regulation in Online World // Contemporary Private Law. International Association of IT Lawyers. 2012. P. 158–164.

² *Hoboken V., Joris V. J., Arnbak A., Eijk V.* Cloud Computing in Higher Education and Research Institutions and the USA Patriot Act. Amsterdam: Institute for Information Law of University of Amsterdam. 2012. P. 4.

может предпринять технические и организационные меры, необходимые для обеспечения доступности, целостности, конфиденциальности, прозрачности, изоляции, невредимости и переносимости данных. Отсутствие контроля может проявляться следующим образом. Отсутствие доступа к данным из-за отсутствия совместимости информационных систем выражается если провайдер облачных технологий основывает свою деятельность на запатентованной информационной технологии, для заказчика может оказаться затруднительным копирование и перенос данных и документов в целях использования другой облачной информационной системы.

Отсутствие целостности обуславливается совместным использованием ресурсов в некоторых видах облачных информационных систем (общего пользования). Провайдеры облачных технологий организуют обработку персональных данных при помощи этих вычислительных ресурсов. При этом, данные исходят из широкого круга источников, что допускает возможность возникновения конфликта интересов и противоречия целей.

Персональные данные передаются в другие страны. Законодательством третьих стран может не обеспечиваться адекватного уровня защиты информации, в том числе, персональных данных. Еще одним из видов отсутствия контроля является отсутствие конфиденциальности в условиях возможности запросов правоохранительных органов непосредственно у провайдеров облачных технологий. В частности, персональные данные, обрабатываемые в облачной информационной системе,

могут быть запрошены как правоохранительными органами иностранных государств так и третьих стран, что обуславливает наличие риска того, что данные могут быть раскрыты иностранным правоохранительным органам без соответствующего к тому основания. Также стоит подчеркнуть отсутствие гарантий «невмешательства» в связи со сложностью и динамикой цепи аутсорсинга и партнерства при организации функционирования облачных информационных систем.

Таким образом, использование облачных технологий напрямую затрагивает сферу законодательства о конфиденциальной информации: о персональных данных, о коммерческой тайне, о профессиональной тайне (врачебной, банковской, адвокатской) и пр.¹

В контексте необходимости применения норм Федерального закона № 152-ФЗ от 27 июля 2006 г. «О персональных данных» встает целый ряд практических вопросов, требующих разрешения контрольными и надзорными органами, а также самими провайдерами облачных технологий. Среди них: в чем заключаются обязанности провайдера облачного программного обеспечения при организации обработки пользовательских данных и отличаются ли они от обязанностей провайдера облачной инфраструктуры, при функционировании которой, вообще не осуществляется обработки содержательной информации, а производится предоставление вычислительных технологий; в каком

¹ *Balboni P.* Data Protection and Data Security Issues Related to Cloud Computing in the EU // Tilburg Law School Research Paper. 2010. № 22.

порядке осуществляется лицензирование деятельности по технической защите конфиденциальной информации при использовании облачных технологий, особенно в тех случаях, когда провайдеры и их соисполнители находятся в различных юрисдикциях; какие требования и ограничения предъявляются к провайдерам облачных технологий, а также используемому ими оборудованию в связи с обработкой персональных данных при предоставлении полезных свойств облачных технологий; возможно ли выполнение требований законодательства посредством проведения организационных мероприятий; какие средства защиты персональных данных должны быть использованы при передаче персональных данных по линиям связи (требования к криптографическим средствам защиты и т. д.); какими полномочиями наделены правоохранные органы в отношении данных, принадлежащих пользователям из других стран и т. д.

Специфика обеспечения защиты информации, относящейся к категории ограниченного доступа также зависит от конкретного способа использования облачных технологий, поскольку, как уже указывалось, вид облачной информационной системы определяет объектно-субъектный состав, а также ряд других имеющих юридическое значение характеристик. Вместе с тем, можно вывести ряд принципов и мер правового регулирования данного аспекта правоотношений.

Изменения, связанные с регулированием порядка обработки персональных данных и обеспечением неприкосновенности частной жизни происходят

сейчас во многих государствах¹. Этот вопрос имеет прикладной характер и крайне актуален в контексте специфики использования облачных технологий, подразумевающих трансграничную передачу обрабатываемой информации. Дело в том, что качественным отличием облачных информационных систем от традиционных является колоссальная географическая удаленность вычислительных ресурсов, как от пользователя, так и друг от друга, дублирование обрабатываемой информации и одновременное хранение копий в нескольких центрах обработки данных и пр.²

Среди подходов, которых придерживаются государства при общем регулировании использования персональных данных, встречаются крайние подходы: от максимальной защиты таких данных до почти полного отрицания права на анонимность в сетевых коммуникациях.

При безусловном содержательном сходстве, американский и европейский подходы в правовом регулировании обработки персональных данных в Интернете, и, в частности, облачных информаци-

¹ См.: *Burstein A. J.* Amending the ECPA to Enable a Culture of Cybersecurity Research // *Harvard Journal of Law and Technology*. 2008. № 2, P. 167; *Brenner J.* America the Vulnerable: Inside the New Threat Matrix of Digital Espionage, Crime and Warfare. New York: The Penguin Press, 2011; *Fisher E.* Federal Laws Relating to Cybersecurity: Discussion of Proposed Revisions // *Congressional Research Service*. 2012. № 6.

² *Walker G.* Cloud computing fundamentals: A different way to deliver computer resources // *Developer Works*. 2010. № 12. P. 2.

онных системах, достаточно серьезно разнятся¹. Хотя потребность в разработке межгосударственных нормативных актов существовала и ранее, возникнув сразу же после принятия национальных законов о защите персональных данных в Соединенных Штатах Америки и Европе, сейчас данный вопрос встал наиболее остро, вплоть до развязывания международных скандалов². Игнорируя политические аспекты, стоит заметить о необходимости максимального устранения препятствий в трансграничной передаче данных при условии соблюдения баланса интересов сторон в целях стимулирования развития экономического сотрудничества. В частности, поэтому представляется весьма важным изучение тенденций трансформации национально-го правового регулирования обработки персональных данных, в том числе при использовании облачных технологий.

Среди международных актов, регулирующих вопрос обработки персональных данных, стоит упомянуть такие универсальные правозащитные документы, как Всеобщую декларацию прав челове-

¹ *Dort K. K.* Recent Trends in Cyberspace Law: Data Security and Privacy / Understanding Developments in Cyberspace Law: Leading Lawyers on Analyzing Recent Trends, Case Laws, and Legal Strategies Affecting the Internet Landscape (Inside the Minds) // Aspatore. 2012. P. 139–157.

² См.: *Fleischer M.* Edward Snowden's Disclosures Have Put a Target on the Patriot Act // Take Part. Participant Media. 2013, № 7. P. 1; Official Cloud Security Alliance Snowden/NSA/Patriot Act Survey // Cloud Security Alliance Research News. 2013. № 7.

ка¹ (ст. 12), Международный пакт о гражданских и политических правах² (ст. 17), Основные положения Организации по экономическому сотрудничеству и развитию о защите неприкосновенности частной жизни и международных обменов персональными данными и др.

Таким образом, для обеспечения безопасности облачных информационных систем в плане обработки персональных данных на международном уровне по аналогии используются нормы соглашений, которые имеют универсальный характер или принимались в отношении традиционных информационных систем. Между тем, исходя из содержания аналитических работ западных исследователей и опубликованных решений судов, можно сделать вывод, что уже имеющийся нормативный материал в области информационной безопасности пока не адаптирован органами государственной власти к использованию систем, созданных на основе облачных технологий³.

В отечественной науке также неоднократно поднимался вопрос разрыва между практикой организации сетевых информационных систем и соответствия этой практике реализуемых подходов правового регулирования формирующихся информаци-

¹ Всеобщая декларация прав человека (принята на третьей сессии Генеральной Ассамблеи ООН резолюцией 217 А (III) от 10 декабря 1948 г.) // РГ. 10 декабря 1998 г.

² Международный пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 19 декабря 1966 г.) // Ведомости Верховного Совета СССР. 1976. № 17(1831). Ст. 291.

³ *Gonsalves M. E., Jesus I. A. Security Policies and the Weakening of Personal Data Protection in the European Union. Comparative Private Law. Copenhagen. 2012. P. 40.*

онных правоотношений. При наличии большого массива регулятивных документов, все же констатируется их недостаточность для разрешения объективных проблем¹.

В сложившихся условиях основную правозащитную роль может сыграть регулирование правоотношений в заключаемых субъектами соглашениях. Но в данном случае необходимо учитывать возможность (в большинстве случаев – наличие) конфликта интересов². Кроме того, обеспечение информационной безопасности предполагает значительные финансовые затраты исполнителей, что в отсутствие санкционированной государством обязанности маловероятно³.

Становится очевидным, что наиболее важные условия обработки персональных данных в облачных информационных системах не могут остаться без внимания государства, реализованного в той или иной форме.

Законодательство Соединенных Штатов Америки в сфере защиты персональных данных пред-

¹ *Бачило И. Л.* Методологические проблемы идентификации и правовой поддержки развития социальных сетей. // Информационное общество и социальное государство. Сборн. научн. работ. М.: ИГП РАН, ИПО «У Никитских ворот», 2011. С. 28; *Быстрицкий А.* Свобода и последствия // Эксперт. 2010. № 44. С. 75–77; *Щербаков В.* Пространство виртуальное, борьба реальная // Военно-промышленный курьер. 2010. №. 40. С. 3.

² *Goold B., Lasarus L.* Security and Human Rights. Hart Publishing, Oxford. 2007. P. 1–24.

³ *Liberatore A.* Balancing Security and Democracy, and the Role of Expertise // European Journal on Criminal Policy and Research. Volume 13. P. 114.

ставлено, в том числе, следующими актами: Конституция США (четвертая поправка)¹, Федеральный закон США об управлении информационной безопасности², Закон США о свободе информации³, Закон о неприкосновенности частной жизни⁴, Закон об объединении и укреплении Америки путем создания соответствующих механизмов для предотвращения и пресечения терроризма (Патриотический Акт США)⁵, Закон о защите неприкосновенности частной жизни детей онлайн (15 U.S.C. § 6501–6506; Pub. L. 105–277) 6, Акт о добросовестном кредитовании (FCRA) (15 U.S.C. § 1681b(f)), Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996 (HIPAA) (Pub. L. 104–191) 7,

¹ *Reed A. A.* Fourth Amendment First Principles. *Harvard Law Review* 1994. № 107 (4). P. 757–819;
Amsterdam A. G. Perspectives on the Fourth Amendment. *Minnesota Law Review*. 1974. № 58. P. 349.

² U.S. Federal Information Security Management Act of 2002, Tit. III, E-Government Act of 2002, Pub. L. № 107–296 (Tit. X), 116 Stat. 2259; Pub. L. № 107–347 (Tit. III), 116 Stat. 2946. 44 U.S.C. Ch. 35, Subchapters II and III, codified at 40 U.S.C. §11331, 15 U.S.C. 278g-3, 4.

³ U.S. Freedom of Information Reform Act of 1986, Pub. L. No. 99-570, 5 U.S.C. §552(B)) (1986).

⁴ Privacy Protection Act of 1980 (PPA), Pub. L. No. 96-440, 94 Stat. 1879 (Oct. 13, 1980), codified at 42 U.S.C. §2000aa et seq.

⁵ Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001 (USA PATRIOT Act), Pub. L. № 107–56, 115 Stat. 272 (Oct. 26, 2001) (see 18 U.S.C. §1 nt. and classification tables).

⁶ <http://www.ftc.gov>

⁷ <http://frwebgate.access.gpo.gov>

Gramm-Leach-Bliley Act, Pub. L. 106–102, 113 Stat. 1338.

Первоначально вопросу регулирования информационной безопасности при использовании облачных технологий непосредственное внимание уделялось только в принятых и разрабатываемых государственных стратегиях¹. До недавнего времени в сфере информационной безопасности при использовании облачных технологий не было специализированных национальных правовых актов регулятивного характера². Одним из первых исходящих от публичной власти является документ административного характера – принятое в начале января 2012 г. в рамках Федеральной программы управления рисками и авторизацией Соединенных Штатов Америки Руководство по отбору провайдеров облачных технологий для государственных органов. Помимо прочего, данный документ описывает выбранную правительственную концепцию защиты информации в облачных информационных системах, используемых для обеспечения деятельности органов государственной власти. Также устанавливаются полномочия исполнительных органов власти по реализации программных положе-

¹ *Tene O., Polonetsky J.* To Track or «Do Not Track»: Advancing Transparency and Individual Control in Online Behavioral Advertising. *Minnesota Journal of Law, Science and Technology*. 2018. № 13. P. 281.

² *Toohey T.J.* Piracy, Privacy, and Internet Openness: The Changing Face of Cyberspace Law / Understanding Developments in Cyberspace Law: Leading Lawyers on Analyzing Recent Trends, Case Laws, and Legal Strategies Affecting the Internet Landscape (Inside the Minds). Aspatores. 2012. P. 97–125.

ний, направленных на разработку, внедрение, эксплуатацию и обслуживание облачных информационных систем¹.

Отметим, что данный документ согласован с рекомендациями Национального института стандартов и технологий США. «Рекомендуемые меры безопасности для федеральных информационных систем и организаций, сбои в безопасности которых способны оказать небольшое или умеренное воздействие на деятельность государственных органов»² и «Руководство по применению Концепции управления рисками использования федеральных информационных систем»³ содержат ключевые требования к безопасности информационных систем. Кроме того, к разработке и согласованию проекта Руководства по отбору провайдеров облачных технологий для государственных органов были привлечены заинтересованные государственные и коммерческие субъекты. Публичная власть оценивает данные меры безопасности как основу надлежащего реагирования на уникальные особенности облачных информационных систем, в силу чего, не допускается привлечение к деятельности провайдера облачных технологий отсутствие доказательств проверки и одобрения аккредитованной при Федеральной программы управления

¹ <http://www.gsa.gov>

² (NIST SP 800-53R3: Recommended Security Controls for Federal Information Systems and Organizations) // <http://csrc.nist.gov>

³ NIST SP 800-37 Guide for Applying the Risk Management Framework to Federal Information Systems: A Security Life Cycle Approach) // <http://csrc.nist.gov>

рисками и авторизацией организацией-аудитором предлагаемых им мер безопасности. Особо подчеркнем данную меру реализуемой в Соединенных Штатах Америки реформы защиты персональных данных.

Итак, чтобы получить разрешение на предоставление полезных свойств облачных технологий федеральным органам государственной власти, провайдеры обязаны самостоятельно обеспечивать условия обработки персональных данных и иной информации ограниченного доступа, требуемые вышеуказанными документами.

Причем реализация Федеральной программы управления рисками и авторизацией предполагает освобождение федеральных органов государственной власти от необходимости выработки собственных критериев оценки безопасности обработки данных, тем самым обеспечивая сокращение дублирования усилий по управлению рисками. Единый процесс управления рисками позволит федеральным органам сосредоточить свои усилия по оценке предлагаемых облачных информационных систем на конкретных потребностях этих органов, а также на их специфических требованиях по обеспечению конфиденциальности и безопасности.

Принятие программы потребовало разработки комплекса документов инструктивно-методического характера для ее надлежащей реализации, в частности, Типового плана обеспечения безопасности облачной информационной системы, в котором разъясняется, каким образом требования, связанные с каждой из мер безопасности и установленные в ранее принятых документах,

должны выполняться при использовании облачных технологий. В рамках плана для каждой из мер подробно описаны ответственность и обязанности субъектов формируемых при использовании облачных технологий в государственном секторе отношений (по большей части – провайдера облачных технологий и государственных органов) и порядок установления соответствия деятельности выбранного провайдера требованиям безопасности обработки данных.

Практически в то же время, что и Руководство по отбору провайдеров облачных технологий для государственных органов, 26 января 2012 г., Национальным институтом стандартизации и технологий США были опубликованы Рекомендательные указания по решению проблем безопасности и конфиденциальности информации, хранящейся в общедоступных системах распределенных вычислений¹. Руководство, в отличие от первого документа, адресовано всем вовлеченным в правоотношения субъектам (в первую очередь, пользователям и заказчикам) и содержит анализ потенциальных сложностей, которые могут возникать в процессе обеспечения безопасности и конфиденциальности размещаемых в облачной информационной системе общего доступа данных, а также соответствующие рекомендации для организаций, использующим или предполагающим использование облачных технологий.

Таким образом, в Соединенных Штатах Америки уделяется серьезное внимание защите персональ-

¹ NIST SP 800-144 «Guidelines on Security and Privacy in Public Cloud Computing» // <http://www.nist.gov>

ных данных при их обработке в облачных информационных системах, особенно – в государственных. В целях обеспечения гибкости и эффективности правового регулирования со стороны властей организованы предпосылки для развития системы аудита облачных информационных систем и деятельности провайдеров облачных технологий.

В числе основных европейских актов о персональных данных в указанной сфере стоит выделить: Конвенцию о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г., ст. 8), Закон Сарбейнса Оксли, закон HIPAA (Health Insurance Portability and Accountability Act), Конвенцию о защите личности в связи с автоматической обработкой персональных данных (Страсбург, 28 января 1981 г., с доп. от 15 июня 1999 г.) Директиву Европейского парламента и Совета Европейского Союза № 2002/58/ЕС от 24 октября 1995 г. «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных» (в редакции Регламента Европейского парламента и Совета ЕС 1882/2003 от 29 сентября 2003 г.) Рекомендации Комитета Министров государствам-членам Совета Европы по защите неприкосновенности частной жизни в Интернете (1999. № R (99) 5) Директиву Европейского Парламента и Совета Европейского Союза № 2002/58/ЕС от 12 июля 2002 г. «В отношении обработки персональных данных и защиты конфиденциальности в секторе электронных средств связи» (Директива о конфиденциальности и электронных средствах связи) (в редакции Директивы 2006/24/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС от 15 марта 2006 г., Ди-

рективы 2009/136/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС от 25 ноября 2009 г.), Декларацию Комитета министров о правах человека и верховенстве права в Информационном Обществе от 13 мая 2005 г. (СМ (2005) 56 final).

Таким образом, в европейских странах действуют две основные Директивы, определяющие правовые основы охраны персональных данных¹, которые возможно адаптировать к отношениям, формирующимся при использовании облачных технологий: Директива 95/46/ЕС Европейского Парламента и Совета от 24 октября 1995 г. о правовой охране граждан относительно обработки персональных данных и свободного перемещения таких данных и Директива 2002/58/ЕС Европейского Парламента и Совета от 12 июля 2002 г. об обработке персональных данных и охране частной жизни в сфере электронных коммуникаций (так называемая *e-Privacy Directive*). Директива об электронной конфиденциальности 2002/58/ЕС применяется при обработке персональных данных в связи с предоставлением общедоступных (в том числе, государственных) электронных услуг связи в сетях связи общего пользования. Ее положения также будут актуальны в том случае, если облачные вычисления используются для предоставления таких общедоступных услуг.

Здесь также, как и в отношении законодательства США, можно констатировать, что несмотря

¹ *Tene O., Polonetsky J. Big Data for All: Privacy and User Control in the Age of Analytics. 11th Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property. 2013. Volume 11. P. 239-272.*

на допустимость применения норм вышеуказанных директив к формируемым отношениям, развитие Интернета повлекло модификацию количества и качества обрабатываемых данных, что еще более осложнилось с внедрением облачных технологий. Как заключает Г. Ластовка, «облачные технологии значительно усложнили адаптацию правовых норм»¹.

Европейской Комиссией заранее был обозначен план мероприятий, которые необходимо провести в целях совершенствования нормативно-правового регулирования правоотношений, в том числе, с использованием облачных технологий², согласно которому Европейским союзом 25 января 2012 г. был принят самый большой за последние 17 лет набор регулятивных документов³, связанных с защитой информации, онлайн-рекламой, облачными технологиями и социальными сетями. Фактически Европейским союзом произведена замена действующей Директивы, а не внесены изменения. До начала реформы в вопросах защиты данных были не гармонизированы даже нормы национального законодательства стран-членов Европейского Союза, но ключевой причиной послужила именно необходимость обеспечения защиты прав граждан Европейского Союза в условиях трансграничности пра-

¹ *Lastowka G.* Google's Law. *Brookline Law Review*. 2008. № 1327. P. 73.

² *Gonsavles M. E., Gameiro M. I.* Security, Privacy and Freedom and the EU Legal and Policy Framework for biometrics. *Computer Law and Security Review*. 2012. № 28 (3). P. 322.

³ <http://ec.europa.eu>

воотношений, в которые они вступают, используя информационно-телекоммуникационные сети.

Главное внимание при реформировании уделено принципу распространения действия норм Европейского Союза о безопасности его граждан за пределами территории¹ и условиям обработки персональных данных граждан Европейского Союза иностранными компаниями². Такое внимание к данной проблеме обусловлено, прежде всего, необходимостью устранения правовой коллизии, возникшей после принятия поправок к «Патриотическому Акту США» (U.S. Patriot Act)³ (принятого в скором времени после событий 9 сентября 2001 г. и уже тогда предоставившего американским правоохранительным органам беспрецедентные возможности доступа к информации, обрабатываемой в информационно-телекоммуникационных сетях). Учитывая отсутствие баланса интересов государств, требовалась либо отмена противоречащих европейскому законодательству норм Соединенными Штатами Америки, либо предоставлении европейским гражданам в Соединенных Штатах Америки аналогичных имеющимся у аме-

¹ *Solove D. J.* Nothing to Hide: The False Tradeoff between Privacy and Security. London: Yal University Press. 2011. P. 103–236; *Rubel A. P.* Privacy and the USA Patriot Act: Rights, the Value of Rights, and Autonomy. Law and Philosophy. 2006. № 3.

² *Mantelero A.* The European Right to Be Forgotten. Comparative Private Law. IAITL. 2012. P. 93.

³ <http://epic.org/privacy/terrorism/hr3162.html>

риканских граждан в Европе прав, а также соответствующих полномочий властям¹.

Между США и Европейским Союзом существует соглашение (Safe Harbor Privacy Principles)² согласно которому американские компании, выступая в качестве провайдера в информационных правоотношениях, могут осуществлять передачу данных из своих европейских подразделений при соблюдении ряда условий. Американские компании для получения права обрабатывать личные сведения граждан Евросоюза должны получить сертификат о том, что соблюдают соответствующие принципы, установленные этим же соглашением между Европейским Союзом и Министерством торговли США. И в случае такой передачи данных действует важное правило о том, что на них в любом случае распространяется защита по законодательству той страны, резидентом которой является их владелец. К таковым условиям также относятся уведомление лиц о том, каким образом используются их персональные данные, а также предоставление им прав изменять или удалять такие данные³. Данное уведомление касается других лиц, проживающих в Европейском экономическом пространстве, чьи данные могут получать американские компании при осуществлении деятельности в сфере использования облачных технологий.

¹ *Decker B. R.* The War of Information: The Foreign Intelligence Surveillance Act, Hamdan V. Rumsfeld, and the President's Warrantless Wiretapping Program. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*. Vol. 9. P. 291.

² <http://export.gov>

³ <http://www.zdnet.com>

Однако по условиям Патриотического Акта компании США должны предоставлять обрабатываемую при использовании принадлежащих им вычислительных технологий информацию, вне зависимости от их месторасположения, разведывательным и правоохранительным органам, если они сочтут их использование необходимым в борьбе с террористическими угрозами. В большинстве случаев компаниям запрещено разглашать предоставление данных в рамках таких запросов.

Согласно Патриотическому Акту, государственные органы США имеют право получать доступ к любым персональным данным американских граждан и юридических лиц, хранящихся в США или в любой иной стране мира, без разрешения этих лиц и без уведомления их о таком доступе. Также уполномоченные органы США имеют доступ к любым данным, расположенным на территории США или где-либо в другой стране мира, если их хранение осуществляют американские компании.

Между тем, в самом Европейском Союзе отсутствует единое мнение по поводу выработки политики в условиях сложившейся ситуации¹. В частности, Европейский Парламент (Комитет по экономическим и валютным вопросам и Комитет по гражданским вопросам, юстиции и внутренним делам) указывают, хотя это противоречит действующему на территории союза законодательству, необходимо учитывать объективно сложившееся затруднительное положение американских компа-

¹ *Fletcher N. B., Koslosky D. R. Mission Creep in National Security Law. West Virginia Law Review. 2011. № 114.*

ний, которые вынуждены осуществлять свою деятельность в соответствии с противоречащими друг другу законами США и Европейского Союза¹. Несмотря на это, запланированная Европейской Комиссии реформа правового регулирования обработки данных была проведена в достаточно масштабном объеме. Ее основной целью стало обеспечение должной защиты прав человека в любых условиях, в частности, в связи с появлением новых информационных технологий, включая облачные, и необходимостью свободного безопасного обращения данных².

Для этого были направлены усилия на увеличение прозрачности осуществляемой вовлеченными субъектами деятельности по обработке персональных данных (в целях возможности определения субъектного состава, целей и сроков обработки информации)³, что потребовало законодательного закрепления ряда общих и специальных принципов обработки данных, а также достижения правовой определенности и установления единых норм в отношении всех операторов персональных данных; разработки стандартизированных форм информационных уведомлений о сборе и использовании данных и уведомлений о допущенных нарушениях при обработке сведений. В свою очередь, требует-

¹ <http://www.ispdn.ru>

² *Solove D. J., Hoofnagle C. J.* A Model Regime of Privacy Protection. University of Illinois Law Review. Vol. 2006. № 2.

³ *Schwartz P. M., Solove D. J.* Reconciling Personal Information in the United States and European Union. GWU Legal Studies Research Paper. 2013. № 77.

ся повышение осведомленности заказчиков и пользователей облачных технологий, а также иных лиц, подпадающих под категорию субъектов персональных данных об их правах и об обязанностях операторов данных, осуществляющих деятельность при использовании облачных информационных систем.

Принцип прозрачности также подразумевает обязательное информирование субъекта персональных данных о том, какие данные собираются, для каких целей и в каких случаях они будут передаваться третьей стороне, в том числе, при использовании облачных технологий. Также необходимо донести до субъекта информацию о его правах и о том, в какие органы он может обратиться в случае, если права нарушены. Причем, вводится презумпция приватности «по умолчанию», в рамках которого использование данных для любых других целей, кроме обозначенных, должно допускаться только с установленного согласия субъекта, если иное не предусмотрено законодательством. Бремя доказывания в таком случае ложится на оператора, следовательно не субъекту нужно доказывать, что обработка его данных не законны, а обработчику – что они законны.

Усиление контроля за обработкой персональных данных, в том числе, при использовании облачных технологий, осуществляется в настоящее время с акцентом на упрочение принципа минимизации используемых сведений и обеспечение гарантии ряда пользовательских прав, в том числе, на доступ, исправление, удаление или блокирование информации о частной жизни (в том числе, путем

закрепления сроков ответов на запросы граждан, электронных способов осуществления прав, бесплатности таких способов)¹.

Особое внимание в рамках проведения реформы в вопросе гарантии прав пользователей было уделено так называемому «праву быть забытым» (англ., *the right to be forgotten*)². В соответствии со ст. 6 (е) Директивы 95/46/ЕС, персональные данные должны храниться в форме, которая позволяет идентифицировать субъекты данных, не дольше, чем это необходимо для целей, для которых данные были собраны и для которой они подвергаются дальнейшей обработке. Личные данные, потребность в хранении которых окончилась, должны быть стерты, либо анонимизированы. В случае, если полное уничтожение данных не возможно в силу закона (например, налогового законодательства), доступ к этим данным должен быть заблокирован.

Между тем, долгое время данная норма не являлась фактически действующей при использовании Интернета. Введенное право быть забытым включает в себя обеспечение провайдерами и в целом всеми субъектами на стороне исполнителя возможности удаления персональных данных в полном объеме по окончании необходимости их использования в легальных целях, после отзыва согласия на их обработку, или по окончании срока их

¹ *Schwartz P. M., Solove D. J. Reconciling Personal Information in the United States and European Union. GWU Legal Studies Research Paper. 2013. № 77. P. 9–10.*

² *Mantelero A. The European Right to Be Forgotten. Comparative Private Law. IAITL. 2012. P. 93.*

дозволенного хранения (это право может быть реализовано, например, в случае удаления человеком своего аккаунта в социальной сети – вся размещенная им ранее в социальной сети информация, по его желанию, должна быть полностью удалена)¹. Причем, на подготовительных стадиях реформы особенно подчеркивалось, что субъекты персональных данных должны иметь именно законодательно установленное право, а не просто возможность².

Принцип «портативности данных» должен обеспечиваться возможностью переноса любой информации данных личного характера по требованию соответствующего лица (например, фотографии, список данных и пр.) насколько это технически возможно, без препятствования в этом. Одним из примеров исполнения данного требования является организованная компанией Гугл возможность переноса сведений о пользовательских настройках RSS-журнала «Гугл-ридер» (англ. Google Reader)³ при его закрытии в распознаваемым другими аналогичными программами формате⁴.

Среди специфических принципов обработки данных в силу их особого содержания стоит отметить следующие. В рамках реформы указано о необходимости повышенной защиты конфиденци-

¹ Отметим, что по этому вопросу в Европейском Союзе выработана достаточна объемная прецедентная практика.

² *Korff D., Brown I.* New Challenges to Data Protection – Final Report. European Commission DG Justice: Freedom and Security Report. 2010. P. 109-113.

³ <http://www.google.com>

⁴ <http://googlereader.blogspot.ru>

альных сведений о расовой и этнической принадлежности, политических убеждениях, религиозных или философских верованиях, профсоюзном членстве, здоровье и сексуальной жизни, генетической информации; с условием расширения этого перечня, при необходимости. Геолокационные данные (местоположение субъектов персональных данных) также должны признаваться конфиденциальной информацией. Соответственно, провайдерам облачных технологий необходимо обеспечить безопасность обработки данных при функционировании облачных информационных систем. Передвижения граждан не должны отслеживаться без их явного на то согласия.

Также указано на необходимость прояснения принципов о применимом праве государствами-членами Европейского Союза, а также имплементацию, дальнейшую детализацию норм о защите персональных данных и предоставление единого уровня защиты прав граждан независимо от местонахождения оператора таких данных. Данный принцип обозначен как «обеспечение глобального уровня защиты персональных данных». Причем, особо подчеркивается, что единообразные стандарты защиты конфиденциальности граждан Европейского Союза должны действовать вне зависимости от того, в какой точке мира их персональные данные обрабатываются, где географически расположены вычислительные технологии как элемент облачной информационной системы, провайдер и пр.

Соответственно, каждый провайдер облачных технологий, чья деятельность ориентирована на

заказчика и пользователя из Европейского Союза, должен соблюдать требования законодательства Европейского Союза в полном объеме. В данной связи уполномоченные государственные органы стран-членов Европейского Союза должны быть наделены полномочиями принимать меры против неевропейских провайдеров, нарушающих данный принцип. При этом, произведено усиление ответственности операторов персональных данных за невыполнение или ненадлежащее выполнение их обязанностей.

В сложившихся условиях задан ориентир на пояснение и упрощение условий международной передачи данных, разработку единых принципов международных соглашений о передаче данных, фиксирование стандартов проверки третьих стран на достаточность защиты частной жизни и требование их неукоснительного соблюдения всеми государствами-членами Европейского Союза. Также сделано заключение, о том, что поскольку стандарты, разрабатываемые Европейским Союзом, становятся образцом для многих третьих стран, необходимо их совершенствование, более тесное взаимодействие с третьими странами и международными организациями для повышения глобального уровня защищенности частной жизни и продвижения универсальных принципов.

Несмотря на введение достаточно большого перечня принципов, реализация которых требует принятия мер различного характера, в качестве системного принципа установлено снижение административного бремени, включая гармонизацию и

упрощение существующей уведомительной системы.

На уровне внутригосударственного регулирования особенно подчеркивается потенциал саморегулирования деятельности провайдеров, операторов персональных данных, в частности, внедрения сертификационной системы.

Отдельным блоком можно выделить проведенные реформы в части регулирования порядка получения провайдерами согласия пользователей на сбор информации с помощью файлов «cookies» и аналогичных им инструментов, передающих информацию о статусе сессии посетителя сайта, его местонахождении, предпочтениях и другую информацию пользователей. Субъекты персональных данных и иные заинтересованные лица должны быть осведомлены и о том, что файлы «cookies» способствуют осуществлению контроля, например, посредством учета сведений о хранении, модификации или уничтожении данных, способных квалифицироваться как персональные данные. В таком случае субъект персональных данных должен иметь возможность потребовать прекратить использования таких файлов. Первоначально в 2002 г. на уровне Директив был закреплен принцип, согласно которому владельцы сайтов могли на законном основании получать персональную информацию с помощью файлов cookies до тех пор, пока сам посетитель не уведомит их о своем намерении отказаться от сбора своих персональных данных в рамках посещения конкретного веб-ресурса. В 2009 г. в Директиву 2002/58/ЕС были внесены изменения Директивой 2009/136/ЕС,

вступившей в силу в мае 2011 г., в соответствии с которыми владелец веб-ресурса должен при первой возможности запрашивать у посетителя сайта предварительное согласие на сбор персональных данных и настроек и информировать его о действующих на сайте инструментах сбора информации, к которым относятся, в частности, файлы cookies. Эти нормы в полной мере распространяются и на провайдеров облачных технологий.

Законность обработки данных при предоставлении и использовании полезных свойств облачных технологий зависит от соблюдения вышеперечисленных общих и специальных принципов защиты данных в Европейском Союзе, в силу чего требуется их пояснение и адаптация к специфическим характеристикам отношений. Кроме того, признано необходимым принятие технических и организационных мер для обеспечения адекватного уровня защиты и безопасности данных при использовании облачных технологий.

Все вовлеченные провайдеры облачных технологий должны обеспечить соблюдение принципа конфиденциальности обработки данных. Директива ЕС 95/46 устанавливает в п. 3 ст. 17, что обработка данных силами обработчика должна осуществляться на основе соглашения или нормативного акта, содержащего обязательства обработчика перед оператором и, в частности, оговаривающего, что обработчик будет действовать только в соответствии с указаниями оператора и положениями права, применимого к правоотношениям. Принципы доступа провайдера облачных технологий к

данным должны основываться на ст. 17 Директивы.

Провайдерами, осуществляющими фактическую обработку данных должны приниматься во внимание специфические типовые характеристики облачных технологий и способов их использования и несут ответственность за принятие мер по обеспечению безопасности такой обработки в соответствии с законодательством Европейского Союза и иным правом, подлежащим применению, а также оказывать поддержку и помощь в пользовании заказчиками и пользователями принадлежащими им правами.

Директива 95/46/ЕС обязывает заказчика облачной информационной системы предоставить субъекту персональных данных (который может при этом пользователем или нет) информацию о лицах, собирающих информацию о его личности и целях обработки. Прозрачность обработки данных в облачной информационной системе фактически означает обеспечение возможности получения сведений о всех вовлеченных в ее функционирование субъектах, местах нахождения технических средств, обрабатывающих данные.

Субъект персональных данных должен быть обеспечен любой дополнительной информацией, в том случае, если это необходимо для обеспечения соблюдения его прав. Прозрачность должна быть обеспечена во всех звеньях цепочки соглашений: между субъектами персональных данных и операторами (*заказчиками услуг облачных вычислений*), операторами и генеральными обработчиками (*провайдерами услуг облачных вычислений*), гене-

ральными обработчиками и суб-обработчиками (если таковые имеются). В таком случае заказчик услуг облачных вычислений получит возможность дать оценку законности обработки персональных данных в облаке. Оператор данных должен тщательно оценить предлагаемые провайдерами услуг облачных вычислений условия обработки данных.

Если предоставление полезных свойств облачных технологий требует установки программного обеспечения заказчиком, провайдер облачных технологий должен информировать заказчика об этом обстоятельстве и, в частности, о возможных последствиях с точки зрения безопасности и защиты данных.

Принцип определения и ограничения цели обработки данных включает в себя законность сбора персональных данных только в определенных, явных и законных целях и недопустимость их дополнительной обработки, несовместимой с этими целями (см. ст. 6 (б) Директивы 95/46/ЕС). Заказчиком, который также выступает в качестве оператора, должны быть четко определены цель (цели) обработки до сбора данных от субъекта персональных данных и сообщено субъекту данных о них. Данные не должны обрабатываться в целях, не совместимых с изначально определенными субъектом персональных данных.

Ранее уже упоминалось об эффективности регулирующего воздействия соглашений, заключаемых между субъектами формирующихся отношений при использовании облачных технологий и о такой их особенности, как наличие в большинстве случа-

ев сложной разветвленной цепочки соглашений и суб-соглашений.

Директива 95/46/ЕС предоставляет субъекту данных права доступа, исправления, удаления, блокировки данных (см. ст.ст. 12 и 14). Но при этом, заказчик облачных технологий должен самостоятельно убедиться, что провайдером не организуются технические и организационные препятствия для реализации данных прав, в том числе в случаях обработки данных суб-провайдерами. При этом, рекомендуется, чтобы соглашение об использовании облачной информационной системы предусматривало, что провайдер облачных технологий обязан содействовать реализации прав субъектом данных и обеспечить соблюдение данного требования всеми соисполнителями.

Большинство провайдеров облачных технологий пока не используют стандартные форматы данных и услуг, а также интерфейсы содействия совместимости и переносимости данных между различными информационными системами. Таким образом, если заказчик решает сменить провайдера облачных технологий, это может стать практически невозможно или крайне сложно в силу трудности передачи данных. Несмотря на то, что данный принцип зафиксирован в новой редакции законодательства о защите персональных данных Европейского Союза, заказчику рекомендуется самостоятельно проверить наличие в соглашениях положений, гарантирующих переносимость данных. Кроме того, в интересах заказчика облачных технологий удостоверение в том, что данные уничтожены в случаях такого требования с его стороны

или от лица пользователя. В последнем случае именно он несет ответственность за неисполнение соответствующей обязанности или за не закрепление такой обязанности с провайдером. При этом, в контексте специфических технических характеристик облачных технологий, в частности, что персональные данные могут быть содержаться одновременно в нескольких копиях в территориально удаленных центрах обработки данных, необходимо обеспечить и удостовериться, что каждый экземпляр данных стерт безвозвратно (т. е. включая предыдущие версии, временные файлы и даже фрагменты файла).

Удаление данных, соответствующее принципам безопасности, требует, чтобы либо носители данных были полностью уничтожены или размагничены, или хранимые на них данные были удалены посредством перезаписи. Для перезаписи персональных данных должно использоваться специальное программное обеспечение для перезаписи данных несколько раз в соответствии с согласованными спецификациями. Заказчики услуг облачных технологий при заключении соглашения должны убедиться, что провайдером услуг облачных вычислений обеспечивается такое удаление данных при необходимости, и в самом соглашении имеются четкие правила удаления персональных данных. Тот же принцип должен соблюдаться при заключении соглашений между генеральным провайдером облачных технологий и иными исполнителями.

Любые соглашения между заказчиком облачных технологий и провайдером (а следовательно, и со-

глашения с соисполнителями) должны предоставлять достаточные гарантии в плане технических и организационных мер. Следует подчеркнуть, что даже в тех случаях, когда выстраивается сложный субъектный состав отношения, формирующихся при использовании облачных технологий, где множество лиц влияют на процесс обработки данных, необходимо максимальное достижение ясности в распределении прав и обязанностей по защите данных и ответственности за их возможное несоблюдение.

Дополнительные технические меры, направленные на обеспечение конфиденциальности пользования облачными информационными системами включают модифицированные механизмы авторизации и усиленную аутентификацию (например, двухфакторную аутентификацию). Соглашениями должны предусматриваться обязанности провайдеров облачных технологий, суб-провайдеров и заказчиков, а также их сотрудников, по соблюдению конфиденциальности. Также в разумной мере должны использоваться средства шифрования, в частности, обеспечиваться зашифрованная связь между провайдером облачных технологий и заказчиком. Удаленное администрирование вычислительными технологиями как элементом облачной информационной системы должно также осуществляться только через защищенные каналы связи. Но при этом необходимо учитывать, что это возможно только в случае статичности данных. Если же заказчик планирует не только хранение, но и дальнейшую обработку данных в облачной информационной системе, нужно иметь в виду, что

шифрование не может быть обеспечено при обработке данных (за исключением очень специфических способов использования облачных технологий).

Ст. 17 (2) Директивы 95/46/ЕС возлагает всю ответственность на заказчиков облачных технологий (действующих в качестве контроллеров данных) за выбор провайдера облачных технологий, способного обеспечить соответствующие технические и организационные меры безопасности для защиты данных. В дополнение к основным принципам безопасности, доступности, конфиденциальности и целостности, особое внимание должно быть уделено прозрачности отношений и процесса обработки данных, изоляции, невмешательству третьих лиц, возможности влияния на процесс обработки субъектом персональных данных, подотчетности и портативности.

Обеспечение доступности означает обеспечение возможности своевременного и надежного доступа к личным данным. Серьезными угрозами являются: возможная потеря подключения к сети заказчиком или провайдером облачных технологий, сбой производительности сервера, который может быть вызван вредоносными действиями, такими как отказ в обслуживании. Другими факторами риска являются случайные аппаратные сбои как в сети, так и в обработке данных в облаках и системах хранения данных, сбои питания и другие проблемы инфраструктуры. Оператор должен проверить, приняты ли провайдером облачных технологий разумные меры при возникновении риска сбоев, та-

ких как резервное копирование Интернет ссылок, дублированное хранение и резервное копирование.

Целостность может быть определена как свойство данных: их подлинность и относительная независимость от умышленных или случайных изменений в процессе их обработки, хранения или передачи. Понятие целостности может быть распространено на облачные информационные системы и требует, чтобы при обработке персональных данных в этих системах они оставались неизменными.

Обнаружение изменений в персональных данных может быть достигнуто путем криптографической аутентификации механизмов, таких как кодов проверки подлинности сообщений или подписей. Вмешательство в целостность облачных информационных систем может быть предотвращено или обнаружено средствами обнаружения / предотвращения вторжений системы (IPS / IDS). Это особенно важно в контексте типа открытых сетевых сред, в которых обычно функционируют облачные технологии.

Касательно особенностей регулирования международной передачи данных посредством облачных технологий в Европейском Союзе необходимо отметить следующее. Ст.ст. 25 и 26 Директивы 95/46/ЕС обеспечивают свободную передачу персональных данных в страны, расположенные за пределами Европейского экономического пространства только в случае обеспечения страной получателя достаточного уровня защиты данных. В противном случае конкретные гарантии должны быть созданы силами провайдера и привлекаемых им соисполнителей, который могут иметь как ста-

тус оператора, так и обработчика. Тем не менее, использование облачных технологий чаще всего предполагает полное отсутствие стабильного расположения данных в сети. Данные могут перемещаться и копироваться из одного центра обработки данных в противоположную точку земного шара в считанные минуты. Поэтому заказчики облачных технологий редко имеют возможность в реальном времени знать, где данные находятся, хранятся или передаются. В этом контексте традиционные правовые акты, устанавливающие порядок передачи данных в не входящие в Европейский Союз третьи страны применимы крайне ограниченно.

К тому же ст. 26 Директивы ЕС 95/46 предусматривается ряд исключений из правил обеспечения безопасности данных, а именно, что передача персональных данных в третью страну, не обеспечивающую адекватный уровень защиты, может иметь место в некоторых случаях. В частности, если субъект данных дал свое недвусмысленное согласие на предполагаемую передачу; передача является необходимой для исполнения соглашения между субъектом данных и оператором, или для реализации мер, принятых в ответ на запрос субъекта данных и пр. Проблема в том, что фактически субъект персональных данных может дать такое согласие не понимая возможных последствий или в принципе не заметить это в отсутствие соответствующих акцентов. Также государство-член Европейского Союза может уполномочить передачу или серию передач персональных данных в третью страну, которая не обеспечивает надлежащего уровня защиты, если оператор осуществляет адек-

ватные гарантии в отношении защиты неприкосновенности частной жизни и фундаментальных свобод, и прав частного лица и в том, что касается осуществления соответствующих прав; такие гарантии могут, в частности, проистекать из заключенных соглашений. Тем не менее, в целях обеспечения защиты прав субъекта персональных данных, рекомендован общий принцип применения данной нормы только в случаях, когда передача данных не осуществляется периодически, массово или системно¹. При этом, данный принцип должен быть закреплен в договоре, что снова указывает на необходимость тщательной предварительной оценки условий соглашения об использовании облачной информационной системы. Исходя из такого толкования, рассчитывать на исключения ст. 26 в контексте использования облачных технологий не представляется допустимым.

С точки зрения информационной безопасности облачных информационных систем возникает ряд специфических угроз, таких как потеря управления системами и технологиями, небезопасное или неполное удаление данных, недостаточность данных для аудита.

Кроме того, нормы соглашения «Safe Harbor» имеют ограниченное территориальное действие и, следовательно, не охватывают все варианты передачи данных внутри облачной информационной

¹ Council Regulation (EC) No 2271/96 of 22 November 1996 protecting against the effects of the extraterritorial application of legislation adopted by a third country, and actions based thereon or resulting therefrom, Official Journal L 309, 29/11/1996 P. 0001–0006.

системы. Соответственно, по мнению Рабочей группы, одной только самостоятельной сертификации деятельности провайдера облачных технологий в рамках соглашения «Safe Harbor» не может быть достаточно для обеспечения соблюдения принципов защиты данных в облачной информационной системе. При этом, даже наличие иных видов сертификации не может являться полной гарантией соответствия уровня защиты данных при их обработке в облачной информационной системе принципам защиты данных. Соответственно, такое предварительное удостоверение является ответственностью заказчика. Это особенно важно в контексте необходимости предоставления достоверной информации субъектам данных, понесших ущерб в результате обработки данных¹.

Также, заказчики облачных технологий должны убедиться в соответствии стандартных соглашений об использовании облачных информационных систем национальным требованиям обработки данных. Национальное законодательство может содержать требование определения всех соисполнителей в соглашении, что включает сведения об их местонахождении и пр., а также возможность отслеживания данных. В большинстве случаев провайдерами облачных технологий такие данные не предоставляются по типовым соглашениям. Но в тех случаях, когда это требуется национальным законодательством, формальное соответствие «Safe

¹ Working Document 12/1998: Transfers of personal data to third countries: Applying Articles 25 and 26 of the EU data protection directive, Adopted by the Working Party on 24 July 1998.

Harbor» не может являться основанием для отказа в предоставлении информации.

Ранее было произведено определение специального правового статуса субъектов правоотношений, формирующихся при использовании облачных технологий в случае обработки персональных данных и отмечалось, что при этом формируется дифференцированный круг субъектов. Следует отметить, что решающее значение имеет именно определение субъекта, ответственного за сохранность данных, а также способа проверки исполнения возложенных обязанностей. Другими словами, распределение ответственности между субъектами.

Именно поэтому важно определить и разграничить их правовой статус, концентрируясь исключительно на специфическом для защиты персональных данных наборе прав, обязанностей и ответственности. Ранее уже были обозначены субъекты правоотношений, формирующихся при обработке персональных данных в облачных информационных системах.

Итак, в Европейском Союзе ответственным за получение согласия на обработку персональных данных, в том числе файлов «cookies» является оператор персональных данных (controller), который в соответствии со ст. 2 (d) Директивы 95/46/ЕС определяет цели и средства обработки персональных данных. Им может выступать заказчик облачных технологий, и, в некоторых случаях – пользователь и провайдер (чаще всего именно заказчик облачных технологий определяет конечную цель обработки данных и принимает решение

о возможности передачи данных для такой обработки и делегации всех или части прав и обязанностей внешней организации).

Таким образом, заказчик услуг облачных вычислений несет всю ответственность, которая возлагается на оператора в соответствии с Директивой 95/46/ЕС. При этом он имеет право требовать от провайдера облачных технологий принятия соответствующих методов, технических и организационных мер, которые могут потребоваться для достижения целей оператора.

Когда провайдером предоставляются такие полезные свойства облачных технологий в виде облачного программного обеспечения он также имеет статус обработчика данных согласно Директивы 95/46/ЕС. В том же случае, если провайдер выступает также в качестве обработчика, к нему должны предъявляться дополнительные требования. Следовательно, предварительное согласование ряда особенностей деятельности по обработке данных, которые специфичны для облачных технологий, позволят произвести оператором адекватную оценку рисков.

Следует подчеркнуть, что даже в тех случаях, когда выстраивается сложный субъектный состав отношений, где множество операторов влияют на процесс обработки данных, необходимо максимальное достижение ясности в распределении прав и обязанности по защите данных и ответственности за их возможное несоблюдение. Поскольку, принципы защиты персональных данных не должны быть нивелированы в силу «негативного» конфликта компетенции, когда образуются пробелы и

те или иные права и обязанности остаются «нераспределенными».

Некоторые модели предоставления услуг облачных вычислений предполагают привлечение нескольких субъектов, которые приобретают статус обработчика персональных данных. Также весьма распространенной практикой является привлечение генеральными обработчиками данных суб-обработчиков, которые также получают доступ к персональным данным. В таком случае обработчик данных обязан сделать такую информацию доступной для заказчика (с детализацией услуг, предоставляемых по суб-договору, данными о действующих или потенциальных суб-контрагентах, гарантиях обеспечения положений Директивы ЕС 95/46, которые они представляют провайдеру услуг облачных вычислений).

Суб-обработчиками данных должны приниматься все релевантные обязательства посредством включения в контракт между суб-обработчиком и генеральным обработчиком (провайдером услуг облачных вычислений) данных отсылочной к соглашению с оператором нормы. В таких случаях обязательства и ответственность субъектов, установленные законодательством о защите данных, должны строго соблюдаться, а не терять свое действие в цепочке суб-договоров и аутсорсинга. Именно ясность и четкость положений договоров должна обеспечивать соблюдение прав оператора и, в конечном счете, субъектов персональных данных.

Также, выводится правило несения генеральным обработчиком данных солидарной ответственно-

сти с суб-обработчиком: в случае нарушения последним условий договора и положений законодательства, генеральный подрядчик несет полную ответственность. Подобная оговорка может быть использована в соглашении между заказчиком и провайдером услуг облачных вычислений в том случае, когда планируется привлечение услуг третьих лиц.

Контракт, заключаемый с суб-обработчиком должен соответствовать положениям контракта с оператором. Оператор должен иметь возможность воспользоваться договорными возможностями обработчика данных, которые последний имеет в случае нарушения договора суб-обработчиком. Такая возможность может быть обеспечена следующими способами: непосредственным установлением ответственности суб-обработчика данных перед оператором; посредством создания права выгодоприобретателя – третьей стороны в пользу оператора в контрактах, подписанных между обработчиком и суб-обработчиком (как в договоре, так и в законе – по факту подписания договора).

Именно поэтому, немаловажным является обеспечение прозрачности договорных «цепочек» и обеспечения исполнений обязательств субъектами, или возможности привлечения их к ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение. Применительно к отношениям с использованием персональных данных, ясность и четкость положений договоров должна обеспечивать соблюдение прав оператора и, в конечном счете, субъектов персональных данных.

Любой договор между заказчиком услуг облачных вычислений и провайдером должен предоставлять достаточные гарантии в плане технических и организационных мер. Следует подчеркнуть, что даже в тех случаях, когда выстраивается сложный субъектный состав оказания услуг облачных вычислений, где множество операторов влияют на процесс обработки данных, необходимо максимальное достижение ясности в распределении прав и обязанности по защите данных и ответственности за их возможное не соблюдение.

Учитывая, что самостоятельно заказчику и пользователю крайне сложно установить соответствие облачной информационной системы нормам соглашения «Safe Harbor», целесообразным признано вовлечение экспертных знаний и ресурсов третьих лиц, адекватно оценивающих деятельность в сфере использования облачных технологий посредством проведения аудита, схем стандартизации и сертификации и при необходимости оговаривать дополнительные гарантии с учетом специфики использования облачных технологий.

Поскольку Интернет является глобальной сетью, каждый сайт, который может в сущности представлять собой внешнее выражение облачной информационной системы, независимо от места его регистрации и расположения используемого при его функционировании оборудования, доступен для посещения гражданами любого государства, в том числе, Европейского Союза. Таким образом, крайне актуально стоит вопрос об особенностях определения права, подлежащего применению к отношениям по обработке персональных данных,

формирующимся при использовании облачных технологий. Критерии для этого содержатся в ст. 4 Директивы 95/46/ЕС (необходимо помнить, что данная норма актуально только в том случае, когда отношения связаны с обработкой персональных данных). Согласно данной норме, применимым считается право страны оператора в случае использования оборудования для обработки персональных данных, расположенного в пределах Единого Экономического пространства, или – в любом случае – если провайдер облачных технологий имеет европейскую национальность юридического лица. Рабочей группой, созданной в соответствии со ст. 29 Директивы, был также проанализирован этот вопрос (Мнение 8/2010 о применимом праве)¹. Так, в случае, когда фактором, определяющим применимость законодательства Европейского Союза по месту регистрации оператора или производимых ими действий согласно п. а ст. 4.1. Директивы, вид облачной информационной системы не имеет принципиального значения. Применимым правом в таком случае считается право страны – места нахождения провайдера облачных технологий. В том случае, когда оператор «зарегистрирован» в различных государствах-членах Европейского Союза, и при использовании облачных технологий производится обработка данных на регулярной основе в этих странах, применимым правом будет право каждого из государств-членов Европейском Союзе, в которых эта обработка происходит (п. «с» ст. 4.1). Также в Директиве содер-

¹ Мнение 8/2010 о применимом праве WP 179 // Официальный сайт Рабочей группы: <http://ec.europa.eu>

жится коллизия привязка, согласно которой, даже если соглашение о предоставлении услуг облачных сервисов было подписано не на территории Европейского Союза, сам оператор также может не находиться на территории Европейского Союза, но провайдер облачных технологий находится на территории Европейского экономического пространства, на отношения все равно будет распространяться законодательство Европейского Союза о защите персональных данных.

При выяснении необходимости применения права Европейского Союза о защите персональных данных имеет значение расположение технических средств, используемых при обработке данных. Согласно п. 1 (с) ст. 4 Директивы 95/46/ЕС, посвященному применению национального законодательства о регулировании порядка обработки и использования персональных данных, «национальное законодательство применяется, если оператор данных учрежден не на территории Сообщества и в целях обработки персональных данных использует оборудование, автоматизированное или иное, расположенное на территории указанного государства-участника, если такое оборудование не используется только для целей транзита по территории сообщества». Поскольку оборудование многих иностранных провайдеров с которыми фактически сотрудничают провайдеры облачных технологий, располагается на территории Европейского Союза, вопрос о том, должны ли провайдеры услуг облачных технологий в указанной ситуации соблюдать требования европейского законодательства о персональных данных, представляется бесспорным.

Но окончательный вывод, скорее всего, будет зависеть от характера использования оборудования, расположенного на территории Европейского Союза. В частности, в случае, когда через территорию Европейского Союза осуществляется только транзит данных, а обработки и хранения таковых не происходит, то вопрос применения к формирующимся правоотношениями права Европейского Союза о защите персональных данных нельзя пока решить однозначно. Данный вопрос представляется спорным, однако некоторые исследователи считают необходимым принимать во внимание наличие в Европейском Союзе источника информации об облачной информационной системе: рекламы, локальной информации, иных упоминаний¹.

Использование облачных технологий оказывает существенное влияние на отношения, формирующиеся при обработке персональных данных. Учитывая, что зачастую в них вовлечен дифференцированный круг субъектов, важно определить и разграничить их правовой статус, концентрируясь исключительно на специфическом для защиты персональных данных наборе прав, обязанностей и ответственности. Исходя из проведенного анализа, в Европейском Союзе, в котором данный вопрос наиболее проработан, избран подход, когда ответственность за выбор провайдера облачных технологий (и, таким образом, за последствия, не-

¹ Пылаева Я. Законодательство Европейского Союза и сбор персональной информации владельцами веб-сайтов в России: важные изменения // Лигал Инсайт. 2012. № 7. С. 3.

предусмотренные законом) несет заказчик. Данный субъект определяет конечную цель обработки данных и принимает решение о возможности передачи данных для обработки и делегации всех или части прав и обязанностей внешней организации. Заказчик фактически облачных технологий приобретает статус оператора данных в соответствии с законодательством Европейского Союза. Национальным регуляторам, исходя из этого, необходимо обозначить особенность правового статуса заказчика облачных технологий.

Учитывая данную ситуацию, заказчик должен иметь возможность проведения оценки условий использования облачной информационной системы, аудита.

Именно поэтому, немаловажным является обеспечение прозрачности договорных «цепочек» и обеспечения исполнений обязательств субъектами, или возможности привлечения их к ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение. Прозрачность должна быть обеспечена во всех звеньях цепочки: между субъектами персональных данных и операторами (заказчиками услуг облачных вычислений), операторами и генеральными обработчиками (провайдерами услуг облачных вычислений), генеральными обработчиками и суб-обработчиками (если таковые имеются). Применительно к отношениям с использованием персональных данных, ясность и четкость положений договоров должна обеспечивать соблюдение прав оператора и, в конечном счете, субъектов персональных данных.

Итак, касательно формирования подходов государственного информационно-правового регулирования отношений, формирующихся при обработке персональных данных в облачных информационных системах стоит отметить следующее.

Хотя потребность в разработке межгосударственных нормативных актов существовала и ранее, возникнув сразу же после принятия национальных законов о защите персональных данных в США и Европе, сейчас данный вопрос встал наиболее остро¹.

Развитие отношений, формирующихся в условиях глобальной информационной сети обусловило довольно масштабные изменения иностранного законодательства в сфере защиты персональных данных. Данные принципы и меры действительно применимы к отношениям, формирующимся при обработке персональных данных в облачных информационных системах и достаточно релевантны их специфике. Между тем, национальными регуляторами все же подчеркивается, что при формировании данной категории отношений существует ряд значимых особенностей.

При этом, развитыми государствами применяется ненормативный подход регулирования формирующихся отношений. Признавая и закрепляя ключевые принципы, они отдают приоритет инструментальному правовому регулированию по-

¹ *Кожевникова Ю. С.* Проблемы правового регулирования оборота информации при использовании информационных облачных технологий (облачных вычислений). // Европейский журнал социальных наук (European Social Science Journal). 2013. № 6. С. 511-513.

средством заключения сторонами отношений соответствующего соглашения. При этом, государство «страхует» критически значимые аспекты (такие, как обязанность провайдера в облачных технологиях в дублировании гарантии и условий, оговоренных с заказчиком, в соглашениях с соисполнителями в полном объеме). Кроме того, в целях развития и поддержки субъектов при осуществлении такого инструментального регулирования отношений, органами государственной власти издаются соответствующие документы инструктивного и методического характера как для заказчиков (а в некоторых случаях – и пользователей), так и для провайдеров (их соисполнителей). Эти акты иногда имеют как обязательный (административный характер), например, при регулировании порядка государственных закупок облачных информационных систем. Здесь государство фактически обеспечивает защиту своих интересов, выступая в качестве заказчика облачных технологий в лице органов государственной власти. А иногда – рекомендательный, представляя собой руководство, методику для построения наиболее эффективных отношений, формирующихся при обработке персональных данных в облачных информационных системах самими заинтересованными субъектами.

Субъектам правоотношений, формирующихся при обработке персональных данных в облачных информационных системах необходимо, в свою очередь, соблюдать данные общие и специальные принципы защиты данных.

Но при этом необходимо учитывать, что не все из указанных принципов подкреплены конкретны-

ми мерами по их реализации, а также установлением ответственности за их несоблюдение. В силу чего провайдер облачных технологий и привлекаемые им соисполнители не во всех случаях смогут быть признаны виновными в несоблюдении вышеуказанных принципов: как в случае, если они несут декларативный характер, так и тогда, когда к отношениям подлежит применению иностранное право.

Следовательно, ответственность за согласование все значимых условий обработки данных ложится на заказчика облачной информационной системы, который, при этом, не всегда в силах ее осуществить. Таким образом, остро встает вопрос о внедрении системы сертификации (к примеру, саморегулируемыми организациями), предварительного аудита или прочего аналогичного механизма.

В любом случае, для проведения многофакторной системной оценки условий использования и функционирования облачной информационной системы, провайдеры облачных технологий должны информировать заказчиков о всех значимых аспектах, связанных с обработкой данных в течение действия соглашения об использовании функционирования облачной информационной системы (принцип прозрачности). Заказчик должен быть информирован о всех соисполнителях, способствующих предоставлению полезных свойств облачных технологий, потенциальных местах хранения или обработки данных провайдером и / или его соисполнителями (в частности, в случае их нахождения за пределами соответствующего государства заказчику должна быть предоставлена информация

о технических и организационных мерах, осуществляемых провайдером).

Заказчик, в свою очередь, должен определить цели и принципы обработки данных и убедиться, что данные не обрабатываются в их нарушение. Обязательства в связи с этим должны быть отражены в соответствующих соглашениях (в том числе, посредством установления технических и организационных гарантий) на всех уровнях взаимоотношений.

Отметим, что именно заказчик несет ответственность за обеспечение на уровне соглашения ряда значимых условий, диспозитивно оговоренных в законе, либо не регулируемых в принципе. Это обуславливается тем, что он свободен не вступать во взаимоотношения по использованию облачной информационной системы в принципе. Но в том случае, если им заключено соглашение, презюмируется, что он принимает его условия и возможные последствия.

Перечислим следующие аспекты, которые должны быть оговорены сторонами в соглашении для обеспечения правовой определенности, а также учитываться при проведении оценки рисков, связанных с использованием облачной информационной системы.

Прежде всего, четко должны прописываться предмет и сроки использования облачной информационной системы, а также виды обрабатываемых данных. Желательно установить общую гарантию провайдера облачных технологий того, что обработка данных (в том числе, соисполнителями, если таковые имеются) соответствует действующ-

щим национальным, международным правовым требованиям и стандартам.

Как минимум, необходимо установить обязанность провайдера облачной информационной системы следовать законным инструкциям пользователя и заказчика. В силу чего, необходимо оговорить содержание и форму потенциальных инструкций, которые могут направляться провайдеру, особенно в контексте применимых соглашений об уровне обслуживания (которые должны быть объективными и измеримыми) и соответствующих санкций (финансовых или иных, включая возможность начала искового судопроизводства) в случае их несоблюдения.

Должна быть произведена спецификация мер безопасности, которые провайдер облачных технологий должен обеспечивать в зависимости от потенциальных рисков, обусловленных видом облачной информационной системы, а также содержательных характеристик обрабатываемых данных. Большое значение имеет согласование конкретных технических и организационных мер.

В соглашении рекомендуется конкретизировать условия возвращения и предоставления вновь созданных данных при использовании облачной информационной системы или их уничтожения в связи с чем необходимо установить обязанность провайдера оказывать поддержку заказчикам в осуществлении их прав, в том числе, прав доступа, исправления или удаления своих данных.

Должна быть также оговорена планируемая к реализации политика конфиденциальности. В соглашении лучше прямо установить, что провайдер

облачных технологий не имеет права сообщать данные третьим лицам, даже для целей хранения, если в контракте не предусмотрена такая возможность (в том числе, в виде права привлекать соисполнителей). Это право должно производиться только на основе согласия заказчика, которое может получаться в форме общего положения в соглашении (иногда — при условии установлении требования об информировании заказчика о любых относимых планируемых изменениях с правом возражения против такого изменения или расторжения соглашения).

Оговорка о четком обязательстве провайдера облачных технологий предоставить сведения о всех соисполнителях требуется в силу обеспечения соблюдения принципа прозрачности и может устанавливать, что все заключаемые соглашения между провайдером облачных технологий как генеральным исполнителем и соисполнителями должны соответствовать условиям соглашения с заказчиком (т. е. в том числе, относительно обязанностей). В частности, должно гарантироваться, что все обработчики данных будут действовать по указанию оператора данных. Цепочка ответственности должна просматриваться в договорах, но общая схема должна быть построена в соглашении о пользовании облачной информационной системой.

Среди прочих, стоит согласовать функции провайдера облачных технологий по сообщению заказчику о соответствующих изменениях условий пользования облачной информационной системой, уведомлению заказчика о любом повреждении данных, предоставлению списка мест, в которых данные мо-

гут быть обрабатываться, мониторингу обеспечения безопасности данных, аудиту соответствующих операций по обработке персональных данных, которые выполняются провайдером облачных технологий или соисполнителями; уведомлению о любых фактах направления правоохранными органами требований о раскрытии персональных данных, если иное не установлено законом в целях обеспечения конфиденциальности проводимых правоохранными органами действий.

Помимо соглашений с заказчиками и пользователями, провайдеру облачных технологий необходимо разработать положение для пользователей, содержащее требования к безопасности, положение-политику конфиденциальности — что достаточно широко практикуется уже сейчас.

Итак, проведенный анализ показал, что без выработки специального системного подхода правового регулирования обработки персональных данных при использовании облачных информационных систем в Российской Федерации развитие эффективных и безопасных отношений в указанной

Определение прав, обязанностей и ответственности лиц, модели регулирования их отношений при использовании облачных технологий подробно рассматриваются в других государствах именно в связи с защитой персональных данных. Но эти рекомендации можно рассматривать как универсальные: возможно их применять и при решении иных вопросов, связанных с использованием облачных технологий. Соответственно, необходимо выработать общие рекомендации по защите персональных данных при использовании облачных платформ, обес-

печивающие: с одной стороны, баланс интересов лица, оказывающего услуги, и потребителя услуг, с другой стороны, минимально необходимую степень государственного регулирования (государственное регулирование в данной сфере не должно быть чрезмерным, так как это усложнит процесс вычислений и повысит их стоимость и в итоге негативным образом скажется на рынке соответствующих услуг).

Соглашение с провайдером облачных технологий (с включением дублирующих норм в соглашения между провайдером и соисполнителями) необходимо включить достаточно гарантий с точки зрения технической безопасности и организационных мер (в соответствии со ст. 17 (2) Директивы). Соглашение должно выполнять функцию инструкций заказчика к провайдеру, включая предмет и сроки осуществления действий в сфере обработки персональных данных при использовании облачной информационной системы, объективные и измеримые уровни обслуживания и соответствующие санкции (финансовые или иные), меры обеспечения безопасности, которые должны соблюдаться в зависимости от рисков, связанных со спецификой обработкой и характером данных, в соответствии с требованиями, предъявляемыми применимым правом и в соответствии с более строгими мерами, предусмотренными национальным законодательством заказчика. В случае использования стандартных условий соглашения, провайдеры облачных технологий должны обеспечить их соответствие требованиям защиты данных, а также указание конкретных

технических и организационных мер обеспечения безопасности, и защиты данных провайдером.

Библиографический список:

1. *Adrian A.* How much privacy do clouds provide? The Future of Privacy Regulation in Online World // Contemporary Private Law. International Association of IT Lawyers. 2012.

2. *Amsterdam A. G.* Perspectives on the Fourth Amendment. Minnesota Law Review. 1974. № 58.

3. *Balboni P.* Data Protection and Data Security Issues Related to Cloud Computing in the EU // Tilburg Law School Research Paper. 2010. № 22.

4. *Brenner J.* America the Vulnerable: Inside the New Threat Matrix of Digital Espionage, Crime and Warfare. New York: The Penguin Press, 2011.

5. *Burstein A. J.* Amending the ECPA to Enable a Culture of Cebersecurity Research // Harvard Journal of Law and Technology. 2008. № 2.

6. Dilemmas of Privacy and Surveillance / Ed. Gilbert N. London: The Royal Academy of Engineering. 2007.

7. Cyberspace Law: Leading Lawyers on Analyzing Recent Trends, Case Laws, and Legal Strategies Affecting the Internet Landscape (Inside the Minds) // Aspatore. 2012.

8. *Fisher E.* Federal Laws Relating to Cybersecurity: Discussion of Proposed Revisions // Congressional Research Service. 2012. № 6.

9. *Fleischer M.* Edward Snowden's Disclosures Have Put a Target on the Patriot Act. Take Part. Participant Media. 2013., № 7.

10. *Fletcher N. B., Koslosky D. R.* Mission Creep in National Security Law. *West Virginia Law Review*. 2011. № 114.

11. *Gavison R.* Privacy and the Limits of Law // *Yale Law Review*. 1980. № 89.

12. *Gonsalves M. E., Jesus I. A.* Security Policies and the Weakening of Personal Data Protection in the European Union. *Comparative Private Law*. Copenhagen. 2012.

13. *Gonsavles M. E., Gameiro M. I.* Security, Privacy and Freedom and the EU Legal and Policy Framework for biometrics. *Computer Law and Security Review*. 2012. № 28 (3).

14. *Goold B., Lasarus L.* Security and Human Rights. Hart Publishing, Oxford. 2007.

15. *Hoboken V., Joris V. J., Arnbak A., Eijk V.* Cloud Computing in Higher Education and Research Institutions and the USA Patriot Act. Amsterdam: Institute for Information Law of University of Amsterdam. 2012.

16. *Korff D., Brown I.* New Challenges to Data Protection – Final Report. European Commission DG Justice: Freedom and Security Report. 2010.

17. *Lastowka G.* Google's Law. *Brookline Law Review*. 2008. № 1327.

18. *Liberatore A.* Balancing Security and Democracy, and the Role of Expertise // *European Journal on Criminal Policy and Research*. Volume 13.

19. *Mantelero A.* The European Right to Be Forgotten. *Comparative Private Law*. IAITL. 2012.

20. *Reed A. A.* Fourth Amendment First Principles. *Harvard Law Review* 1994. № 107 (4).

21. *Solove D. J.* Nothing to Hide: The False Tradeoff between Privacy and Security. London: Yal University Press. 2011.

22. *Rubel A. P.* Privacy and the USA Patriot Act: Rights, the Value of Rights, and Autonomy. Law and Philosophy. 2006. № 3.

23. *Solove D. J., Hoofnagle C. J.* A Model Regime of Privacy Protection. University of Illinois Law Review. Vol. 2006. № 2.

24. *Tene O., Polonetsky J.* To Track or «Do Not Track»: Advancing Transparency and Individual Control in Online Behavioral Advertising. Minnesota Journal of Law, Science and Technology. 2018. № 13.

25. *Toohey T. J.* Piracy, Privacy, and Internet Openness: The Changing Face of Cyberspace Law / Understanding Developments in Cyberspace Law: Leading Lawyers on Analyzing Recent Trends, Case Laws, and Legal Strategies 26. Walker G. Cloud computing fundamentals: A different way to deliver computer resources // Developer Works. 2010. № 12.

27. *Бачило И. Л.* Методологические проблемы идентификации и правовой поддержки развития социальных сетей. // Информационное общество и социальное государство. Сборн. научн. работ. М.: ИГП РАН, ИПО «У Никитских ворот», 2011.

28. *Быстрицкий А.* Свобода и последствия // Эксперт. 2010. № 44.

29. *Кожевникова Ю.С.* Проблемы правового регулирования оборота информации при использовании информационных облачных технологий (облачных вычислений). // Европейский журнал социальных наук (European Social Science Journal). 2013. № 6. С. 511-513.

30. *Лопатин В. Н.* Информационная безопасность России: дис. ... д-ра юрид. наук. СПб. 2000.

31. *Макаров О. С.* К вопросу о принципах обеспечения информационной безопасности. // Вопросы правоведения. 2013. № 3.

32. *Никонов С. Б.* Ноополитический аспект трансформации доктрины информационной безопасности. // Европейский журнал социальных наук (European Social Science Journal). 2013. № 4. С. 558-565.

33. *Полякова Т. А., Химченко А. И.* Актуальные организационно-правовые вопросы трансграничной передачи персональных данных // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2013. № 1.

34. *Пылаева Я.* Законодательство Европейского Союза и сбор персональной информации владельцами веб-сайтов в России: важные изменения // Лигал Инсайт. № 7. 2012. С. 3.

35. *Щербаков В.* Пространство виртуальное, борьба реальная // Военно-промышленный курьер. 2010. №. 40.

А. В. МОРГУН

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», аспирант Научно-методического центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности» (119017, г. Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17; тел.: (499) 238-31-39; unesco.chair.copyright@mtu-net.ru)

ОСОБЕННОСТИ НЕКОТОРЫХ ИНФОРМАЦИОННО-ПРАВОВЫХ СПОРОВ В СФЕРЕ РЕКЛАМЫ

Ключевые слова: общественный контроль; общественный интерес; общее благо; информационное законодательство

Аннотация: В статье рассматриваются информационно-правовые проблемы юридической конфликтологии на примере отношений в сфере рекламы. Отдельное внимание уделено анализу регламентации этических стандартов в рекламе в действующем российском законодательстве.

С момента формирования института рекламы вопрос соответствия рекламной информации определенным этическим стандартам стал одним из ключевых. Реклама в СМИ (да и наружная реклама) все чаще становились предметом споров именно из-за несоблюдения этических норм, причем, в процессе разрешения этих споров выяснялось, что

существует целый ряд вопросов, на которые законодатель не в состоянии дать ответ. Правоприменители и суды могли иметь субъективные и полярно противоположные точки зрения на тот или иной термин или образ. Речь идет о ненадлежащей рекламе с использованием бранных слов, непристойных и оскорбительных образов, а также о рекламе в форме некорректных сравнений.

Ниже мы рассмотрим ряд судебных решений: их общей чертой, на наш взгляд, является достаточно ярко выраженная субъективность, произвольность в процессе выбора критериев оценки отдельных слов и выражений – в сущности, в процессе разбора сквернословия. Работа судов сводится, таким образом, к не очень плодотворным эстетико-лингвистическим дискуссиям. Это свидетельствует о том, что информационные споры в сфере рекламы – в частности, в сфере этики рекламы – должны рассматривать органы саморегулирования при соответствующем расширении их полномочий. Это, с одной стороны, ускорило бы выработку критериев – общеприемлемых для рекламного сообщества, а с другой стороны – позволило бы разгрузить суды.

Но сначала рассмотрим коротко ряд проблем, связанных с изменением законодательства в этой части.

Как известно, ФЗ «О рекламе» 2006 г. отказался от понятия «неэтичная реклама». В соответствии с ч. 6 ст. 5 закона «неэтичная реклама» разделилась на следующие категории недобросовестной рекламы:

– реклама с использованием бранных слов, непристойных и оскорбительных образов,

– реклама с использованием сравнений и выражений, в том числе в отношении пола, расы, национальности, профессии, социальной категории, возраста, языка человека и гражданина, официальных государственных символов (флагов, гербов, гимнов), религиозных символов, объектов культурного наследия (памятников истории и культуры) народов Российской Федерации, а также объектов культурного наследия, включенных в Список всемирного наследия.

Важно отметить, что отказ от понятия «неэтичная реклама» сопровождался определенным расширением сферы «неэтичного». В частности, ранее неэтичной признавалась реклама, «порочащая объекты искусства, составляющие национальное или мировое культурное достояние». Согласно же норме действующего закона (п. 6 ст. 5), в рекламе, в частности, не допускается использование непристойных и оскорбительных образов в отношении объектов культурного наследия (памятников истории и культуры) народов Российской Федерации, а также объектов культурного наследия, включенных в Список всемирного наследия. С последним все более или менее ясно – названный список представляет собой перечень конкретных объектов. А вот понятие «объектов культурного наследия, памятников истории и культуры» оказалось весьма расплывчатым.

Это послужило причиной целого ряда споров.

В частности, в мае 2009 г. Экспертный совет по применению законодательства о рекламе при

Управлении ФАС по Республике Коми признал, что реклама пейтбольного клуба в Сыктывкаре, в которой использован образ с самого известного плаката времен Великой Отечественной войны – «Родина-мать зовет!», оскорбляет чувства ветеранов и рекомендовал возбудить дело о нарушении закона о рекламе. Экспертный совет также рассмотрел вопрос о рекламе сыктывкарского такси, в которой был использован образ с плаката времен Гражданской войны «Ты записался добровольцем?». О том, что реклама оскорбляла чувства ветеранов гражданской войны, говорить было трудно. Но некоторые члены совета настаивали на том, что данный плакат широко использовался и во время Великой Отечественной войны. Поэтому совет признал, что реклама с использованием этого образа также оскорбляет чувства ветеранов, и рекомендовал возбудить дело о нарушении законодательства о рекламе по этому факту. Поводом к рассмотрению Экспертным советом всех этих вопросов явились жалобы граждан на неправомерное, оскорбительное использование в рекламе плакатов, которые члены совета признали памятниками истории и культуры¹.

Другим примером является признание судом наличия нарушения ч. 6 ст. 5 закона о рекламе в действиях компании «Гринфилдбанк». Компания разместила рекламу банковского вклада с текстом: «Победа-65» – Сделай свой вклад Победным!». Суд признал, что в данном случае совокупное использование в рекламе слогана «Сделай свой вклад Победным!», а также образа скульптуры «Родина-

¹ <http://www.regions.ru>

мать зовет!» и изображения георгиевской ленты может оскорблять чувства участников Великой Отечественной войны, пожилых людей¹.

Такое толкование понятия «памятники истории», на наш взгляд, можно считать расширительным.

Но наибольшее внимание общественности вызывали информационные споры, связанные с использованием бранных слов, непристойных и оскорбительных образов. Надо сказать, что ранее законодателями была сделана попытка каким-то образом уточнить понятие неэтичной рекламы. В частности, до принятия ФЗ «О рекламе» 2006 г. в Государственную Думу Российской Федерации был внесен законопроект № 305247-3 «О внесении дополнений в ст. 8 и ст. 20 Федерального закона «О рекламе». В нем предлагалось с учетом сложившихся исторических, культурных традиций отнести к неэтичной рекламе, в том числе рекламу, содержащую визуальную информацию в виде показа обнаженного человеческого тела, в том числе, в нижнем белье и (или) прозрачной (полупрозрачной) одежде в целях защиты несовершеннолетних от морального вреда, наносимого показом такого рода рекламы.

Данный подход был, конечно, спорным, но стремление законодателя дать точное определение неэтичной рекламе было вполне объяснимо. Проблема квалификации того или иного рекламного материала в качестве «неэтичного» возникала на всех стадиях рассмотрения информационных споров в связи с ненадлежащей рекламой. В сущно-

¹ Постановление ФАС Московского округа от 19 января 2012 г. по делу № А40-145305/10-106-985.

сти, процесс разрешения указанных споров сводится к определению тех или иных критериев ненадлежащей рекламы с использованием бранных слов, непристойных и оскорбительных образов.

Следует отметить, что разрешение существенного количества споров, связанных с так называемой «неэтичной» рекламой до определенного момента зависело от количества и содержания представляемых сторонами в качестве доказательств экспертных заключений. Предметом спора при этом становилось значение того или иного слова в рекламном материале. На стадии судебного рассмотрения подобных информационных споров экспертные заключения принимаются в качестве доказательств, в соответствии с ч. 1 ст. 26.1 КоАП РФ наравне с остальными доказательствами. Тем не менее, согласно сложившейся практике в процессе рассмотрения информационных споров, в связи с ненадлежащей рекламой, именно экспертным заключениям придавалось особое, решающее значение. В некоторых случаях эти заключения встречали одобрения обеих сторон – поскольку фиксировали очевидные вещи.

Можно, например, вспомнить такую роль заключения в споре по делу № А68-5666/08-439/8 в Тульской области. Основанием для спора послужила публикация компании «С» в газете «Слобода» за 2 июля 2008 г. № 27 на странице 14 в рубрике «Здоровье» рекламного макета «Похудение без диет и без запретов». Так как в слове «похудение» отсутствовала буква «д». УФАС по Тульской области привлекла ООО «С» к административной ответственности, посчитав, что такая произведенная

рекламопроизводителем – ООО «С» реклама свидетельствует о нарушении ими требований ч. 6 ст. 5 ФЗ «О рекламе» и содержит бранное (нецензурное) слово¹.

Согласиться с тем, что это лишь опечатка, Управление антимонопольной службы по Тульской области оказалось готовым лишь с учетом акта экспертизы (согласно экспертного заключения № 47-10/08 от 28 октября 2008 г., данного РОО «Гильдия лингвистов-экспертов по документальным и информационным спорам» в рамках проведенной по назначению суда лингвистической экспертизы, использование в рекламном пакете написания слова «похудение» с пропуском буквы «д» следовало рассматривать как опечатку, которая не могла рассматриваться в качестве обценнизма, то есть бранного слова). В данном случае, экспертное заключение представлялось вполне объективным, поскольку контекст указанной рекламы явно не предполагал наличия бранного слова в рекламной информации.

Отметим, что одним из важных критериев определения ненадлежащей рекламы с использованием бранных слов, непристойных и оскорбительных является именно **контекст** указанной рекламы. В то же время в практике можно встретить случаи, когда суды игнорировали контекст рекламной информации и принимал экспертным оценкам решение.

¹ Постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 7 апреля 2009 г. по делу № А68-5666/08-439/8.

Например, одним из таких спорных решений стало решение Арбитражного суда Республики Саха (Якутия) об отмене постановления УФАС по Республике Саха (Якутия) № 03-118/09Р от 12 августа 2009 г. в отношении ООО «Телемарт Якутск». Последнее осуществляло распространение рекламы следующего содержания: «К нашим ЦЕНАМ вернулся ПОЛНЫЙ ПЕСЕЦ! ПЕСЕЦ ТОЛЩЕ, ЦЕНЫ ТОНЬШЕ! МОБИЛЬНИКИ ЕЩЕ ДЕШЕВЛЕ». В рекламе использовался образ животного (песца), в нижней части которого имеется надпись «цензура». В данном информационном споре примечательно то, что УФАС по Республике Саха (Якутия) на основании пункта 35 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе, утвержденных постановлением Правительства РФ № 508 от 17 августа 2006 г., самостоятельно обратилось к эксперту с просьбой дать заключение на указанный рекламный материал. Эксперты установили наличие устойчивой ассоциации в языковом сознании носителей русского языка, особенно молодого и среднего поколения, слова «песец» с обценной лексикой. В то же время ими было отмечено, что при соответствии указанного слова орфографическим нормам правил русского языка нельзя однозначно утверждать, что само по себе слово «песец» является непристойным и нелитературным словом, бранным словом, поскольку оно может быть употреблено и в значении, не воспринимаемом в качестве оскорбительного.

Несмотря на то, что в экспертном заключении не было однозначной оценки указанного рекламного материала, из экспертизы следует, что использование обценного слова в завуалированной форме и устойчивая ассоциация в языковом сознании носителей русского языка с обценной лексикой нарушает ч. 6 ст. 5 ФЗ «О рекламе». Однако Арбитражный суд Республики Саха (Якутия) дал свою оценку указанному экспертному заключению, указав на то, что в отношении текста рекламы заключение составлено в отрыве от изображения, осуществлено без социологического опроса. Суд также пришел к выводу о том, что Управлением не доказано, что реклама содержит бранные слова, непристойные и оскорбительные выражения и соответственно является ненадлежащей. Хотя на наш взгляд, в данном случае из контекста данного рекламного слогана вытекает его вполне бранный, оскорбительный смысл.

Итак, чаще всего информационный спор выстраивается вокруг контекста рекламной информации. В связи с наличием такого рода решений, возникает вопрос о значении понятия «контекст» рекламной информации.

«Контéкст (от лат. contextus – «соединение», «связь») – законченный отрывок письменной или устной речи (текста), общий смысл которого позволяет уточнить значение входящих в него отдельных слов, предложений»¹.

Такой параметр как «изображение» в основном рассматривается судами как часть контекста, но в

¹ Торсуева И. Г. Контекст // Лингвистический энциклопедический словарь. М.: СЭ, 1990. С. 238–239.

большей степени это касается рассмотрения споров, связанных с рекламой с использованием непристойных образов. В отдельных спорах важным элементом контекста является не только изображение, но и соответствующий видеоряд.

Например, согласно решению Арбитражного суда Республики Хакасия от 09. Февраля 2008 г. по делу № А74-2480/2007-Ф02-760/2008 использование в рекламе визуальных образов и выражения – фразы «как два пальца» и изображения кулака, где большой палец руки находится между указательным и средним, было не признано непристойным и оскорбительным. Как следует из материалов дела, согласно пункту 1.2 договора от 7 августа 2007 г. № 7, заключенному между ИП Н. А. Чувашиной и обществом с ограниченной ответственностью «Хакасское кредитное агентство», предприниматель изготовила рекламный постановочный видеоролик, содержащий печатный текст, закадровый текст, читаемый женским голосом и изображение в виде 12 фрагментов, распространенном на телевизионном канале НТВ. Не принимая оценок лингвистической экспертизы кандидата филологических наук И. Б. Тазминой, указывающей на наличие в рекламе непристойных и оскорбительных образов, сравнений и выражений, суд первой инстанции посчитал, что экспертом не было объяснено, почему изображение кукиша оскорбляет чувства зрителей. С точки зрения суда, ничего оскорбительного в данном изображении не было¹.

¹ Постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 11 марта 2008 г. № А74-2480/2007-Ф02-760/2008.

Возвращаясь к спорам, связанным с ненадлежащей рекламой в связи с использованием бранных слов, стоит отметить, что одним из возможных критериев ненадлежащей рекламы, на которые часто указывают как эксперты, так и суд в подобных спорах является наличие устойчивой ассоциации в языковом сознании носителей русского языка спорного слова с обценной лексикой. Данный критерий, также является ключевым в разрешении споров, связанных с использованием бранных слов, непристойных и оскорбительных образов. В большинстве случаев рекламодатель старается явно не нарушать прямой запрет на использование в рекламе бранных слов, и в тоже время стремится привлечь к рекламному материалу внимание. В одном из экспертных заключений «ассоциация» была обозначена как механизм восприятия индивидом материала, а также указаны такие закономерности и принципы восприятия как: принцип близости, принцип замыкания, принцип фигуры и фона¹.

Этот анализ позволяет сделать вывод о том, что изображение, фон, близость расположения – также являются частью контекста рекламного материала, а соответственно, использование таких критериев как «ассоциативность» и «контекстуальность» в установлении факта ненадлежащей рекламы, очевидно, связаны друг с другом, но в тоже время обладают различной природой.

¹ Решение Арбитражного суда Красноярского края по делу № А33-50/2008-03АП-752/2008 от 16 мая 2008 г. постановление УФАС по Красноярскому краю.

Рассмотрим информационный спор, в основе разрешения которого лежит исключительно принцип «ассоциативности».

ООО «Твинс-Урал» обратилось в арбитражный суд с заявлением о признании незаконными и отмене решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области № 524/08 от 14 января 2010 г. о признании ненадлежащей рекламы зоомагазина «Твинс-Урал»: «все \$уки, как \$уки, а я царица!» распространенную в г. Челябинске. ООО «Твинс-Урал» полагал, что если даже предположить, что было бы написано слово «сука», то, как следует из лингвистической экспертизы, проведенной автономной некоммерческой организацией «СОЮЗЭКСПЕРТИЗА» Торгово-промышленной палаты РФ № 026-21-00011 от 27 июля 2009 г. в контексте рекламного текста применение слова «суки» является профессиональным термином, определяющим пол животного (собаки). По мнению ООО «Твинс-Урал» использование профессиональной лексики в рекламных текстах действующим законодательством РФ не запрещено, а также обращает внимание на то, что значение слова «сука» в словаре Ушакова – «самка домашней собаки, а также вообще из рода собак».

Данный информационный спор является показательным, так как это одно из многочисленных дел, в котором сторона информационного спора заявила в качестве доказательств огромное количество актов лингвистической экспертизы, поддерживающих его позицию. В частности, заключение А. Г. Фатхутдиновой, преподавателя русского и башкирского языков и литературы (т. 1 л. д. 134), в ко-

тором указано, что с точки зрения башкирской филологии и семантики башкирского языка спорная реклама не содержит бранных слов, оскорбительных образов и двусмысленных ассоциаций; заключение Д. С. Скареева, кандидата филологических наук (т. 1 л. д. 140), в котором указывалось, что спорная реклама представляет собой образец эпатажной, но нормативной лексики, так как он не вызывает оскорбительных ассоциаций, не содержит бранных слов и непристойных образов в контексте видеоряда. Благодаря использованию знака доллара данная реклама привлекает и удерживает внимание, вызывает побудительные эмоции и, следовательно, обеспечивает потенциальное действие, необходимое рекламодателю и других. В данном заключении эксперта содержался вывод о том, что слово «\$уки» имеет ребусное написание.

Можно допустить, что подобные экспертные заключения составляются в угоду одной из сторон информационного спора, что делает его разрешение ещё более затруднительным.

Еще раз отметим тут, что споры, связанные с использованием бранных слов и непристойных и оскорбительных образов должны разрешаться на основании таких критериев как «ассоциативность» и «контекстуальность».

Важно, что судебные инстанции в каждом отдельном случае требуют обоснования того или иного критерия в различных формах: наличия в экспертных заключениях оценки изображения, видеоряда как части контекста, либо социологического опроса и экспертного заключения, как под-

тверждения ассоциативности рекламного слогана с обобщенными словами.

Есть немало примеров из судебной практики, когда в качестве одного из доказательств, представленных антимонопольным органом, использовалось экспертное заключение специалиста социологической лаборатории, основанное на данных опроса потребителей рекламы: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 3 мая 2012 г. по делу № А43-23178/2011; Постановление ФАС Поволжского округа от 7 июля 2011 г. по делу № А55-22835/2010; Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 31 января 2011 г. по делу № А63-5935/2010; Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 20 июля 2011 г. по делу № А58-7608/2010¹.

Важно, что социологические опросы могут быть использованы не только как подтверждение ассоциации с бранными словами и наличие оскорбительных образов, но и как подтверждение воздействия, которое может оказать рекламный материал.

Впервые такой параметр как «воздействие и влияние рекламного материала на потребителя рекламы» был приведен в п. 17 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 декабря 1998 г. № 27 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе». Указанный критерий касался оспаривания в суде факта распространения рекламы с нарушением требований Закона в защиту несовершеннолетних.

¹ См.: п. 16 Постановления Пленума ВАС РФ № 58.

Помимо этого данный критерий в совокупности с критерием «ассоциативности» был использован в качестве юридического основания в решении Арбитражного суда Красноярского края по делу № А33-50/2008-03АП-752/2008 от 16 мая 2008 г. Рассмотрим подробнее данное дело. В решении суда было отмечено следующее. В ходе проверки печатных СМИ г. Красноярска на предмет нарушений ФЗ № 38-ФЗ от 13 марта 2006 г. «О рекламе» в журнале «Деловой квартал» № 31 (85) от 3 сентября 2007 г. была выявлена реклама следующего содержания: на белом фоне изображена рыба, над которой расположена надпись: «Вы уху ели?». В левом верхнем углу был расположен текст: «Бар «Самогон» культура питья крепких напитков пр. Мира, 64 тел. 66-02-83». Внизу на рекламном поле надпись «Дни ухи. Рыбная неделя». Словосочетание «вы уху ели» написано по диагонали рекламного поля, заглавные буквы в нем отсутствовали. Начальная буква «у» в выражении «уху ели» расположена ниже остальных букв. При написании данного словосочетания внимание акцентируется на второй части выражения, при быстром прочтении которой слышится бранное слово¹.

Не согласившись с данным судебным решением, ООО «Практика» обратилось с апелляционной жалобой, мотивируя свою позицию следующими доводами: суд необоснованно расширил толкование п. 17 Информационного Письма Высшего Арбитражного Суда № 37 от 25 декабря 1998 г., оценив

¹ Решение Арбитражного суда Красноярского края по делу № А33-50/2008-03АП-752/2008 от 16 мая 2008 г. постановление УФАС по Красноярскому краю.

воздействие рекламы на часть аудитории, а не конкретно на несовершеннолетних, о защите которых идет речь в указанном пункте. По мнению заявителя, в данном случае необходимо было оценивать рекламу по содержанию, а не по воздействию, которое она может оказать.

В поддержку указанной позиции о том, что данный критерий нельзя использовать в качестве основания для судебного решения, следует отметить следующее: «воздействие и влияние рекламного материала на потребителя рекламы» сложно проверить.

Также стоит обратить внимание на тот факт, что воздействие на потребителя рекламы не возможно в отсутствии наличия двух других критериев — «ассоциативности» и «контекстуальности». Так в приведенном информационном споре, так и в подобных спорах, в сущности, предметом спора является не использование в рекламе бранного слова, негативно влияющего на несовершеннолетних потребителей рекламы, а использование сочетания, вызывающего соответствующую ассоциацию: лингвистическая экспертиза от 28 сентября 2007 г., проведенная доктором филологических наук, профессором Т. М. Григорьевой установила, что указанной рекламе бара «Самогон» бранные слова и выражения отсутствуют, но в пределах данной фразы могут возникнуть смысловые ассоциации непристойного содержания, распространять данный опыт рекламирования не следует (л. д. 28–29).

В то же время профессором кафедры философии СибЮИ МВД России, доктором психологических

наук Ю. Г. Паниковой по обращению Красноярского УФАС России проведена психологическая экспертиза указанной рекламы, по результатам которой установлено, что в данной рекламе бара «Самогон» присутствуют бранные слова.

С учетом подобных случаев расхождения экспертных оценок некоторых аспектов рассматриваемого рекламного материала, а иногда и по существу Пленум ВАС РФ в постановлении № 58 от 08 октября 2012 г. «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал следующее. По делам о привлечении лиц к административной ответственности, предусмотренной ст. 14.3 КоАП РФ, за использование ими в рекламе бранных слов, непристойных и оскорбительных образов, сравнений и выражений при решении вопроса об отнесении тех или иных слов к числу бранных или образов, сравнений и выражений к числу непристойных (то есть крайне предосудительных и недопустимых ввиду неприличия) и (или) оскорбительных (то есть способных причинить обиду) специальных знаний, как правило, не требуется¹. Ввиду чего не требуется назначение судом экспертизы, поскольку суд вправе и в силах самостоятельно оценить по своему внутреннему убеждению соответствующие слова, использованные в рекламе на предмет их бранности, непристойности, оскорбительности.

На наш взгляд, данное положение также не является путем решения проблемы. Суды по прежнему

¹ Постановление Пленума ВАС РФ № 58 от 8 октября 2012 г. «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе».

перегружены рассмотрением споров, связанных с использованием бранных слов в рекламе. Хотя регулирование вопросов этичности и пристойности рекламы в большинстве развитых стран осуществляется на уровне саморегулирования: при проведении предварительных экспертиз, путем осуждения рекламы рекламными ассоциациями.

Учитывая перспективу, намеченную Пленумом ВАС России следует обратить особенное внимание на альтернативные механизмы разрешения споров. Речь идет об участии саморегулируемых организаций. В нашей стране сложилась определенная практика саморегулирования, плюсы и минусы которой стоит рассмотреть отдельно. Возможно, именно на это стоило обратить внимание пленуму ВАС России.

Существенная часть споров, которую также можно выделить в отдельную категорию информационных споров и охарактеризовать как сложный и комплексный вид – споры, в связи с ненадлежащей рекламой в форме некорректных сравнений. В соответствии с ч. 2 ст. 5 ФЗ «О рекламе» реклама считается недобросовестной, если содержит некорректные сравнения рекламируемого товара с продукцией других производителей или продавцов. В то же время, п. 3 ч. 1 ст. 14 Федерального закона «О защите конкуренции» гласит, что не допускается некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствующими субъектами.

Таким образом согласно существующей конструкции ст. 5 ФЗ «О рекламе» реклама, являющаяся актом недобросовестной конкуренции в соответствии с антимонопольным законодательством, является отдельным видом недобросовестной рекламой.

Так как признаки недобросовестной рекламы в форме некорректных сравнений и признаки актов недобросовестной конкуренции практически совпадают, возникает также проблема установления состава административного правонарушения. Поскольку нельзя дважды наказать за одно и то же деяние, Пленум ВАС России дал следующее разъяснение: «при разграничении сферы применения названных статей КоАП РФ судам необходимо исходить из того, что если ложные, неточные или искаженные сведения, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации, некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствующими субъектами, находящимися в состоянии конкуренции с указанным лицом, а также иная информация, распространение которой отвечает признакам недобросовестной конкуренции, содержатся в рекламе, то применяется административная ответственность, установленная ст. 14.3 КоАП РФ, а не ст. 14.33 КоАП РФ»¹. В тоже время, если информация, распространение которой отвечает признакам недобросовестной конкуренции, распространяется не только посредством рекламы, но и

¹ Постановление Пленума ВАС России № 58.

другим способом (например, на этикетках товара, в переписке с контрагентами по договорам), лицо подлежит привлечению к административной ответственности на основании ст. 14.33 КоАП РФ.

Казалось бы, проблема квалификации этих двух составов решена, но в тоже время возникает вопрос: зачем выделять недобросовестную рекламу, являющуюся актом недобросовестной конкуренции в качестве самостоятельного вида? Ведь сложившаяся практика показывает, что недобросовестная реклама в форме некорректных сравнений и порочащая честь, достоинство и деловую репутацию недобросовестная реклама, по сути, и является актом недобросовестной конкуренции и подпадает под действие ФЗ «О защите конкуренции».

Возможно, стоит исключить п. 4 ч. 2 ст. 5 ФЗ «О рекламе», так как на практике он не является отдельным основанием для привлечения рекламодателей к ответственности. Ведь все основные признаки недобросовестной конкуренции в рекламе в форме некорректных сравнений уже присутствуют: она является действием хозяйствующего субъекта, которое направлено на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности и противоречит законодательству РФ.

Тем более, существует практика привлечения к ответственности рекламодателей на основании норм ФЗ «О защите конкуренции».

Например, ФАС России на основании п. 3 ч. 1 ст. 14 ФЗ «О защите конкуренции» возбудила административное производство в отношении ООО «Эльдорадо» и ООО «Эльдорадо-Юг», нарушив-

ших запрет на осуществление действий, направленных на недобросовестную конкуренцию в форме распространения рекламных материалов. В частности ООО «Эльдорадо» публично сравнивали свои товары с товарами, предлагаемыми другой коммерческой организацией – ООО «М.Видео Менеджмент». При этом данные сравнения носили некорректный характер, заостряя внимание потребителей рекламы на качестве и ценах товаров, реализуемых ООО «М.Видео Менеджмент»¹.

Реклама в форме некорректных сравнений является одним из инструментов, позволяющим нанести удар по конкуренту, в частности путем формирования негативного впечатления о его продукции. Комиссия ФАС России привлекала к ответственности компанию ОАО «Дека» в связи с распространением ими рекламных роликов кваса «Никола» в эфире ряда телеканалов («Квас – не кола, пей «Николу»!). В решении ФАС было отмечено, что усматривается некорректное сопоставление продукции ОАО «ДЕКА» (кваса) с «колосодержащими» напитками других производителей. Причем «сравнение в рекламе осуществляется не по потребительским характеристикам продукции, а с использованием противопоставления эмоционально-негативного отношения к «колосодержащим» напиткам и позитивного отношения к рекламируемому квасу»².

¹ Негативные сравнения запрещены. ИА «Клерк.ру». // <http://www.klerk.ru>

² Решение Комиссии ФАС РФ по делу о нарушении законодательства о рекламе в отношении ОАО «Дека» (реклама кваса «Никола») от 17 августа 2007 г. № РЦ.08.07.31.

Другой пример – спор между производителями продукции под марками «Радиоли» и «Дарья» в отношении рекламного слогана «От этих радиолек дождешься желудочных колик». В этом рекламном слогане помимо сравнения продуктов конкурентов, мы видим явно негативную характеристику одного из них, а также указание на возможные проблемы со здоровьем в связи с употреблением товара конкурента в пищу. В указанном случае проявляется новый аспект рекламы в форме некорректных сравнений: требование о достоверности рекламы.

Обращая внимание на важность указанного критерия, Пленум ВАС России указал на то, что критерий достоверности информации в вопросе разрешения споров, связанных с рекламой в форме некорректных сравнений должен соблюдаться как в отношении сведений, которые относятся к собственной деятельности (товару) рекламодателя, являющихся объектом рекламирования, так и в отношении тех сведений, которые относятся к деятельности (товару) его конкурентов, объектом рекламирования не являющихся¹. Из этого следует вывод о том, что разрешение информационных споров, связанных с некорректными сравнениями также зависит от достоверности информации, приводимой в рекламе в форме сравнения.

Спецификой определения достоверности рекламной информации в спорах о рекламе в форме некорректных сравнений является установленный также Пленумом ВАС России запрет на проведение сравнений, основанных на несопоставимых

¹ Постановление Пленума ВАС России № 58.

критериях, или неполном сравнение товаров, поскольку это искажает представление о рекламируемом товаре и не позволяет объективно оценить его свойства¹. Критерий достоверности информации в установлении рекламы в форме некорректных сравнений не является единственным. Ведь в рамках большинства информационных споров встает вопрос о том, задевает ли указанное некорректное сравнение деловую репутацию конкурента.

Безусловно, выделение в качестве самостоятельного вида недобросовестной рекламы – рекламы порочащей честь, достоинство или деловую репутацию лица, в том числе конкурента – представляется обоснованным. Отметим, что оно значительно шире такого вида недобросовестной рекламы как рекламы в форме некорректных сравнений.

При определении того, что реклама действительно порочит честь, достоинство или деловую репутацию лица, в том числе конкурента, необходимо убедиться в наличии ряда обязательных признаков.

Согласно п. 7 Постановления Пленума ВС РФ в деле о защите чести, достоинства и деловой репутации решающую роль играют следующие обстоятельства:

- факт распространения ответчиком сведений об истце;
- порочащий характер этих сведений;
- их несоответствие действительности.

Перечисленные обстоятельства, имеющие в силу ст. 152 ГК РФ значение для дела о защите чести, достоинства и деловой репутации, должны быть

¹ Там же.

определены судьей при принятии искового заявления и подготовке дела к судебному разбирательству, а также в ходе судебного разбирательства. При отсутствии хотя бы одного из указанных обстоятельств иск не может быть удовлетворен судом¹.

Верховный Суд РФ не сформулировал определения порочащих сведений, либо их исчерпывающий перечень, ограничившись перечислением лишь некоторых их примеров. Порочащими, в частности, являются сведения, содержащие утверждения о нарушении гражданином или юридическим лицом действующего законодательства, совершении нечестного поступка, неправильном, неэтичном поведении в личной, общественной или политической жизни, недобросовестности при осуществлении производственно-хозяйственной и предпринимательской деятельности, нарушении деловой этики или обычаев делового оборота, которые умаляют честь и достоинство гражданина или деловую репутацию гражданина либо юридического лица².

Учитывая отсутствие в приведенных выше примерах указанных признаков, доказать, что реклама порочит честь, достоинство и деловую репутацию лица бывает достаточно сложно. Ведь в рекламных материалах не всегда есть точное указание на продукцию конкурента.

¹ Кудрявцев М. Честь, достоинство и деловая репутация на весах российской фемиды. // Законодательство и практика масс-медиа. 2005. № 10. С.8

² См.: п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 24 февраля 2005 г.

Характерным примером является спор между ООО «РоСКом» и ООО «Научно-производственное объединение «Конструкторское бюро Кочубея, а также ООО «Экоэффект» (дело № А32-6749/2006-49/193).

ООО «РоСКом» обратилось с иском к указанным лицам в Арбитражный суд Краснодарского края о понуждении прекратить распространение ненадлежащей рекламы, осуществить контррекламу в объеме проведенной ненадлежащей рекламы, восстановить деловую репутацию общества путем опубликования в средствах массовой информации и на сайте в сети «Интернет» опровержений распространенных сведений. По мнению ООО «РоСКом» реклама, распространяемая оппонентами содержала некорректные сравнения рекламируемого сепаратора СЦВ-6 «Колибри» с сепаратором СЦВ-5, производителем которого является общество. Реклама также содержала высказывания, порочащие деловую репутацию истца, и не соответствующие действительности сведения; вводила потребителей в заблуждение относительно рекламируемого товара посредством копирования и подражания аналогичной рекламной продукции, рассылаемой истцом¹. В указанной рекламе содержалась следующая информация: в связи с тем, что СЦВ-6 «Колибри» существенно превосходит своих предшественников СЦВ и СЦВ-5 по таким параметрам, как потеря напора и производительность, на рынке появились подделки сепараторов СЦВ-6 под мар-

¹ Постановление ФАС Северо-кавказского федерального округа от 10 января 2007 г. по делу № А32-6749/2006-49/193.

ками предшественников. Фирмы, реализующие подделки, не знают методики расчета «Колибри» и сепараторов седьмого поколения, методики геометрического и гидродинамического моделирования, следовательно, предприятия рискуют получить оборудование не соответствующее паспортным характеристикам (т. 1, л. д. 9)¹. Как мы видим конкуренты тут не назывались по имени Потребитель, знающий местный рынок, должен был сам догадаться и, вполне возможно угадывал о каком конкуренте идет речь.

Все судебные инстанции единодушно отказались признавать порочащим характер сведений указанных в данном рекламном материале, поскольку в материалах не упоминалось название истца, в сведениях не приводились признаки, позволяющие определить, что речь идет о конкретных компаниях и об осуществляемой ими деятельности.

Казалось бы, зачем пострадавшим от недобросовестной рекламы в форме некорректных сравнений в подобных случаях обращаясь в судебные инстанции квалифицировать действия своих оппонентов как диффамацию.

Тому есть логическое объяснение. Результатом информационных споров, связанных с защитой чести, достоинства и деловой репутации, могут быть самые различные меры ответственности проигравшей стороны:

1) опровержение не соответствующих действительности сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию истца;

¹ Там же.

2) компенсация морального вреда, причиненного истцу публикацией и распространением таких сведений;

3) возмещение убытков, причиненных истцу распространением указанных сведений.

Каждое из перечисленных требований носит самостоятельный характер. Требования о компенсации морального вреда или о возмещении убытков могут быть выдвинуты истцом самостоятельно в дополнение к требованию об опровержении не соответствующих действительности порочащих сведений. Разрешение информационных споров, в связи с ненадлежащей рекламой в форме некорректных сравнений предполагает привлечение лица к административной ответственности. Меры же гражданско-правовой ответственности чаще всего судами не применяются, ввиду того, что доказать причинение потерпевшей стороне убытков крайне трудно.

Очевидно, что для признания рекламы недобросовестной необходимо, чтобы она содержала не просто сравнение, но и противопоставление одного товара другому. Именно сравнение должно в каком-то смысле задевать деловую репутацию конкурента, представляя его продукцию или услугу в негативном свете.

Но иногда в рекламе используется даже не сравнение, а ассоциативная связь, которая должна свидетельствовать в пользу продукции рекламодателя. В подобных случаях необходимо доказать наличие такой ассоциативной связи. Тут снова возникает проблема, связанная с отсутствием отработанных механизмов установления устойчивых ассоциаций

в содержании рекламного материала. В данном случае имеются в виду ассоциации с продукцией конкурента.

Здесь имеет смысл упомянуть спор ООО «Рекитт Бенкизер» с антимонопольной службой по поводу рекламы универсального пятновыводителя «Vanish». Реклама содержала слова «с этими средствами столько вещей испорчено»: видеоряд включал при этом упаковки других производителей. Реклама распространялась в июне – октябре 2007 г. в эфире телеканалов «Первый», «Россия» «REN-TV», «НТВ», «СТС», «5 канал», «СТО»¹.

Решением ФАС России от 20 декабря 2007 г. (по делу № РЦ.08.07.45) данная реклама была признана ненадлежащей, как нарушающая требования п. 1 ч. 2, п. 1 ч. 3 ст. 5 ФЗ № 38 от 13 марта 2006 г. «О рекламе». Суды поддержали позицию ФАС. ООО «Рекитт Бенкизер» в обосновании своей позиции указывало на то, что судами не была дана оценка всем его доводам, касающимся наличия некорректного сравнения в видеоролике, а также тому, что в сознании потребителей отсутствуют устойчивые ассоциации между упаковками средства для стирки (изображенном в рекламном ролике «Vanish») и упаковками средства для стирки «БОС» компании закрытое акционерное общество «Аист», которое обратилось с жалобой в ФАС России.

Данный спор интересен тем, что в отличие от случаев, связанных с оценкой этичности рекламы

¹ Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 1 декабря 2008 г. № КА-А40/11212-08.

суд не принял результаты социологического опроса в качестве доказательства отсутствия ассоциативной связи, а отдал предпочтение экспертному заключению региональной организации союза дизайнеров России, а также экспертному заключению испытательной лаборатории. Оба заключения свидетельствовали о схожести до степени смешения образа из рекламы с образцом логотипа ЗАО «Аист».

ООО «Рекитт Бенкизер» проиграло спор, поскольку судом была установлена ассоциация с продукцией ЗАО «Аист», а также было установлено наличие в рекламном ролике недостоверных сведений о том, что при использовании производимых ЗАО «Аист» товаров для стирки в отличие от использования отбеливателя «Vanish» «цвета могут поплыть» – на основании экспертного заключения № 3 от 7 сентября 2007 г.

Указанный спор также подтверждает, что наличие признания сравнения некорректным зависит также от установления факта недостоверности сведений в отношении продукции конкурента.

В то же время важное значение имеет то обстоятельство, что сторона в ходе спора может доказать свои исключительные права на промышленный образец или товарный знак. Особую роль данное обстоятельство сыграло в споре между ООО «Нестле Россия» и ООО «Юнилевер Русь». Предметом спора была реклама, содержащаяся в телевизионных роликах «Knorr (КНОРР) Душа Обеда Куриный бульон», «Knorr (КНОРР) Душа Обеда Говяжий бульон» и «Knorr (КНОРР) на второе.

Для сочной курицы». В роликах использовалась фраза: «Настоящий вкус. Никакой магии»¹.

Компания Сосьете Продюи Нестле СА (Швейцария) потребовала признать указанную рекламу неадекватной, поскольку являлась правообладателем товарных знаков со словесным элементом «Maggi» и усмотрела недобросовестность в созвучии «Maggi» и фразы «Никакой магии». Товарный знак «Maggi» был признан общеизвестным в Российской Федерации (свидетельство № 50) с 31 декабря 1999 г. в отношении товаров 29-го и 30-го классов МКТУ (супы; бульоны дегидрированные; составы для приготовления бульонов и супов; концентраты бульонные; составы для приготовления вторых блюд; приправы). Однако, с учетом разъяснений, изложенных в пункте 27 совместного Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 26 марта 2009 г. № 5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации», суд пришел к выводу о том, что ООО «Нестле Россия» не обладает правом на судебную защиту прав на товарные знаки «Maggi», поскольку на основании соответствующих лицензионных договоров ему предоставлена неисключительная лицензия.

Впрочем, в указанном споре ООО «Нестле Россия» не удалось также доказать и наличие той самой ассоциативной связи с продукцией конкурента: по результатам различных опросов обществен-

¹ Решение Арбитражного суда города Москвы по делу № А40-64553/2011-26-476.

ного мнения рекламные ролики Knorr не содержали негативной оценки продукции ООО «Нестле Россия». В роликах не демонстрировалось какая-либо иная продукция, кроме продукции Knorr, не показывали какие-либо упаковки, кроме упаковки рекламируемого продукта, не упоминались наименования какой-либо продукции, отличной от рекламируемого продукта, включая продукцию, распространяемую с использованием товарных знаков «Maggi».

С другой стороны нельзя отрицать и наличие споров, в которых рекламодателя привлекали к ответственности лишь на основании наличия указанной ассоциативной связи. В частности, Управление ФАС по Татарстану возбудило дело в отношении ООО «Данон Индустрия» (российская «дочка» Danone, владеющая 18,36% Вимм-Билль-Данн») по признакам нарушения законодательства о рекламе. Основанием для этого стала жалоба, поданная казанским филиалом ОАО «Вимм-Билль-Данн – Продукты Питания» на слоган «Не надейтесь на чудо, пейте Danone», размещенный на ценниках во всех торговых точках, где продается продукция Danone. Как владелец бренда «Чудо», ОАО «Вимм-Билль-Данн – Продукты Питания» посчитал, что ООО «Данон Индустрия» в некорректной форме сравнила производимую и реализуемую ею продукцию с продукцией конкурента: из формы подачи и смысла слогана вытекает негативная оценка товара, выпускаемого ВБД¹.

¹ *Соболев С., Гораяева Ю.* ВБД защищает «Чудо» // Коммерсантъ // <http://www.kommersant.ru>

Интересно, что в данном случае УФАС по Татарстану проигнорировали тот факт, что в соответствии с п. 8 ч. 2 ст. 2 ФЗ «О рекламе» информация, размещенная на ценниках в торговых точках, не является рекламой.

Как мы видим, в этих случаях речь идет в основном о некорректных сравнениях рекламируемой продукции с продукцией вполне конкретных и очевидных конкурентов. В то же время, согласно позиции, представленной в Аналитической записке Федеральной антимонопольной службы РФ по отдельным вопросам применения Федерального закона «О рекламе» от 13 марта 2006 г. норма применяется и «к случаям, когда в рекламе используется сравнение со всеми иными товарами, представленными на данном товарном рынке без упоминания конкретного наименования производителя или продавца»¹.

Данная точка зрения представляется обоснованной. Приведем тут еще один пример из практики.

Арбитражный суд Свердловской области признал недобросовестной следующую рекламу ОАО «СКБ-банк»: «дефицит ликвидных активов у ряда банковских структур вынудил их «попридержаться» обороты своих корпоративных клиентов, докредитовываясь, таким образом, за их счет»².

Распространение данного рекламного материала было расценено как акт недобросовестной конкуренции: рекламная информация, содержит сравнение качества услуг, оказываемых ОАО «СКБ-

¹ <http://www.fas.gov.ru>

² Решение Арбитражного суда Свердловской области по делу № А60-20161/2009-С 9 от 11 июля 2009 г.

банк», с услугами иных банков в части расчетно-кассового обслуживания. Суд посчитал, что таким образом ОАО «СКБ-банк» обращает внимание на проблемы, возникающие у некоторых банков, наименования которых не были указаны. Но в то же время сообщалось, что данные проблемы к ОАО «СКБ-банк» не относятся. И соответственно, данную фразу можно было оценить как сопоставление банка с другими банками, основанное на утверждении о превосходстве данного банка над другими кредитным организациям¹.

Упомянем также спор между ОАО «МОБИЛЬНЫЕ ТЕЛЕСИСТЕМЫ» и ЗАО «ВОТЕК МОБАЙЛ» по поводу рекламы, содержащей слоган «ТЕЛЕ2 всегда дешевле». ЗАО «ВОТЕК МОБАЙЛ» распространил данный слоган с 1 января 2005 г. по 30 июня 2006 г. в газете «МОЁ», в газете «Антенна», на рекламных конструкциях, а также в виде текстовой информации на сайте в Интернете. ОАО «МОБИЛЬНЫЕ ТЕЛЕСИСТЕМЫ» посчитало указанную рекламу недобросовестной в связи с наличием в ней некорректного сравнения с ценми других сотовых операторов и в обосновании своей позиции приобщило к 6 заключений экспертов (экспертное заключение от 3 июня 2003 г. (т. 1 л. д. 27–28), экспертное лингвистическое заключение от 12 апреля 2006 г. (т. 1 л. д. 50–53), экспертное заключение от 25 августа 2006 г. (т. 5 л. д. 10), социологическое исследование от 5 мая 2008 г., заключение комиссии экспертов от 20 мая 2008 г. (т.

¹ Там же.

4 л. д. 35–58), заключение комиссии экспертов от 20 июня 2008 г. (т. 5 л. д. 26–45))¹.

Практически все приведенные ОАО «МОБИЛЬНЫЕ ТЕЛЕСИСТЕМЫ» экспертные заключения ссылались на то обстоятельство, что рекламный слоган «ТЕЛЕ2 всегда дешевле» создает у потребителя рекламы впечатление о наименьшей цене тарифов указанного мобильного оператора и наличия неизменности в данном вопросе.

Тем не менее, суд, несмотря на наличие такого количества письменных доказательств указанной позиции, указал на то, что в данном же случае, в слогане «TELE2 всегда дешевле» не упоминается ни об иных определенных товарах, ни об иных операторах сотовой связи, ни о конкретных юридических лицах, в связи с чем признал указанную рекламу подлежащей.

В качестве критериев, позволяющих определить ненадлежащую рекламу в форме некорректных сравнений можно предложить наличие:

а) в рекламной информации ассоциативной связи с продукцией конкурента либо прямое указание на его продукцию;

б) в рекламной информации недостоверных сведений в отношении продукции конкурента либо продукции рекламодателя;

в) у конкурента исключительных прав на продукцию, в отношении которой нарушено законодательство о рекламе;

г) в рекламной информации сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию лица.

¹ Решение Арбитражного суда Воронежской области по делу № А14-13966-2007511/5 от 9 декабря 2008 г.

Библиографический список:

1. *Торсуева И. Г.* Контекст // Лингвистический энциклопедический словарь. М.: СЭ, 1990.
2. *Кудрявцев М.* Честь, достоинство и деловая репутация на весах российской фемиды. // Законодательство и практика масс-медиа. 2005. № 10.
3. *Соболев С., Гораева Ю.* ВБД защищает «Чудо». // Коммерсантъ // <http://www.kommersant.ru>

ОБСУЖДАЕМ ЗАКОНОПРОЕКТ

С. В. ПОТАПЕНКО

Кубанский государственный университет, заведующий кафедрой гражданского процесса и международного права юридического факультета, доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист РФ, Почетный работник судебной системы РФ (350000, г. Краснодар, ул. Рашилевская, д. 43; тел.: (861) 275-18-03)

ОСНОВАНИЯ КОМПЕНСАЦИИ МОРАЛЬНОГО ВРЕДА ЗА ДИФФАМАЦИЮ

Ключевые слова: проект федерального закона; законодательство; диффамация; моральный вред

Аннотация: В статье рассматриваются проект Федерального закона о внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации (в части основания компенсации морального вреда за распространение не соответствующих действительности сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию личности), подготовленный Советом при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека.

Совет при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека подготовил проект Федерального закона о внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части укрепления гарантий свободы слова и массовой информации, предусматривающий, в частности, нововведения, касающиеся оснований компенсации морального вреда.

В пояснительной записке к законопроекту¹ отмечается, что действующая редакция ст. 1100 ГК РФ устанавливает, что компенсация морального вреда осуществляется независимо от вины причинителя вреда, в частности, в случаях, когда вред причинен распространением сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию. Однако, в соответствии с положениями ст. 151 ГК РФ при определении размеров компенсации морального вреда суд принимает во внимание степень вины нарушителя и иные заслуживающие внимания обстоятельства. Сочетание указанных норм порождает явную правовую неопределенность относительно определения основания и размеров компенсации морального вреда, причиненного распространением не соответствующих действительности порочащих сведений. В связи с этим авторы законопроекта предлагают исключить из перечня оснований безвиновной компенсации морального вреда распро-

¹ Приложение 3 к протоколу заседания Совета при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека № 12 от 14 декабря 2012 г.

странение сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию, изменив соответствующим образом ст. 1100 ГК РФ.

С 1 октября 2013 г. вступил в силу Федеральный закон от 2 июля 2013 г. № 142-ФЗ «О внесении изменений в подраздел 3 раздела I части первой ГК РФ»¹ (далее – Закон № 142-ФЗ), которым меняется само понятие диффамационного деликта, уточняются гражданско-правовые способы и процессуальный порядок защиты чести, достоинства и деловой репутации.

Ст. 152 ГК РФ по-прежнему называется «Защита чести, достоинства и деловой репутации». Однако если прежняя редакция этой статьи включала в себя 7 пунктов, то в новой редакции их стало 11. При этом, если основная формула судебной защиты от классического диффамационного деликта, изложенная в п. 1 ст. 152 ГК РФ новой редакции практически не изменилась: «Гражданин вправе требовать по суду опровержения порочащих его честь, достоинство или деловую репутацию сведений, если распространивший такие сведения не докажет, что они соответствуют действительности», то п. 10 ст. 152 ГК РФ изменил основы диффамационного права. Он закрепил нормативное положение о том, что правила п.п. 1–9 настоящей статьи, за исключением положений о компенсации морального вреда, могут быть применены судом также к случаям распространения любых не соответствующих действительности сведений о гражданине, если такой гражданин докажет несоответствие указанных сведений действительности.

¹ Российская газета. 2013. 5 июл. Фед вып. № 6121 (145).

Таким образом, вводится норма, позволяющая гражданам требовать опровержения любых расхождений с действительностью, а не только не соответствующих действительности и одновременно порочащих сведений.

Если же посмотреть на п. 10 ст. 152 ГК РФ с позиции доктринального подхода, то мы увидим, что меняется само понятие диффамации, лежащее в основе диффамационного права. Так, согласно п. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц»¹ (далее – постановления Пленума № 3), при разрешении споров о защите чести, достоинства и деловой репутации судам следует руководствоваться не только нормами российского законодательства (ст. 152 ГК РФ), но и в силу ст. 1 Федерального закона от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней» учитывать правовую позицию Европейского Суда по правам человека, выраженную в его постановлениях и касающуюся вопросов толкования и применения данной Конвенции (прежде всего ст. 10), имея при этом в виду, что используемое Европейским Судом по правам человека в его постановлениях понятие диффамации тождественно понятию распространения не соответствующих действительности порочащих сведений, содержащемуся в ст. 152 ГК РФ.

¹ Российская газета. 2005. 15 мар.

Исходя из этого, до 1 октября 2013 г. были все основания определять диффамацию как гражданско-правовой деликт, направленный на умаление чести, достоинства и деловой репутации потерпевшего в общественном мнении или мнении отдельных лиц, путем распространения о нем порочащих, не соответствующих действительности сведений фактического характера, являющихся злоупотреблением свободой слова и массовой информации.

С 1 октября 2013 г. с учетом изменений в ст. 152 ГК РФ (Закон № 142-ФЗ), диффамация как гражданско-правовой деликт представляет собой сложный юридический состав, включающий в себя в качестве основного и обязательного элемента распространение о потерпевшем не соответствующих действительности сведений, а в случае, предусмотренном п. 1 ст. 152 ГК РФ такие сведения должны носить еще и порочащий характер.

Соответственно меняется и обязанность доказывания по ст. 152 ГК РФ. По букве и смыслу ч. 1 ст. 152 ГК РФ на лицо, распространившее порочащие сведения возлагается лишь одна обязанность – доказать, что они соответствуют действительности.

Истец же обязан доказать не только факт распространения сведений лицом, к которому предъявлен иск, но и порочащий характер этих сведений. В данном случае действует общее правило, предусмотренное ч. 1 ст. 56 ГПК РФ, и известное еще со времен римского права: «Доказывает тот, кто утверждает». Такой вывод обусловлен также тем, что ч. 1 ст. 152 ГК РФ содержит в себе презумпцию вины причинителя вреда – лица, распростра-

нившего сведения, только в части того, что эти сведения не соответствуют действительности. Порочащий же характер сведений, исходя из этого, обязан доказать истец.

В отличие от этого, по п. 10 ст. 152 ГК РФ обязанность доказывания несоответствия действительности распространенных сведений возлагается на истца. Поэтому, если истец не заинтересован в применении к ответчику такой формы гражданско-правовой ответственности за диффамацию как компенсация морального вреда, а ограничивается, например, требованиями о признании распространенных сведений не соответствующими действительности, об их опровержении и возмещении убытков, то исключительно истец обязан доказать как факт распространения ответчиком спорных сведений, так и их несоответствие действительности.

Однако же такой способ защиты от диффамации как компенсация морального вреда может быть применен судом только в случае, если распространенные сведения не только не соответствуют действительности, но и носят порочащий характер. Подобным образом законодатель придал компенсации морального вреда как форме гражданско-правовой ответственности за диффамацию исключительное значение. И это не случайно, поскольку по делам о защите чести, достоинства и деловой репутации в силу требований ст. 1100 ГК РФ компенсация морального вреда осуществляется независимо от вины причинителя вреда.

В юридической литературе отмечается, что компенсация морального вреда без вины нарушает

принцип единства понятия «вред», поскольку «с одной стороны, компенсация морального вреда подчиняется общим положениям о деликтных обязательствах в части оснований компенсации и ее размера (ст. 1099), а с другой – устанавливаются иные, отличные от общих случаи ответственности»¹. То есть имеет место так называемая объективная (безвиновная) ответственность. Если же речь идет о гражданско-правовой ответственности за диффамацию в форме возмещения убытков, то вина является обязательным условием для возложения такой меры гражданско-правовой ответственности на причинителя убытков. Кстати, законодательство и судебная практика США, касающиеся диффамации, «фактически почти уравниваются с законодательством о гражданских правонарушениях, которое исходит из общего требования, чтобы в действиях ответчика была установлена степень вины, или, по меньшей мере, элемент недобросовестности, прежде чем определять его ответственность за нанесенный истцу ущерб»².

На наш взгляд, виновную ответственность в форме возмещения убытков и безвиновную ответственность в форме компенсации морального вреда за распространение не соответствующих действительности сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию личности следует рассматривать как проявление определенной за-

¹ Ярошенко К. Б. Понятие и состав вреда в деликтных обязательствах // Проблемы современного гражданского права: Сборник статей. М., 2000. С. 339.

² См.: Современное право средств массовой информации в США / Под ред. Рихтера А.Г. М., 1997. С. 53.

конодательной непоследовательности. Как обоснованно отмечает Д. М. Азми, вопрос о безвиновной ответственности в правовом сознании «обычно не связывается с негативной оценкой деятельности причинителя вреда»¹. Получается, что компенсация морального вреда в безвиновном варианте по делам о защите чести, достоинства и деловой репутации не выполняет одновременно воспитательную функцию гражданско-правовой ответственности.

Уже второй десяток лет в действующем законодательстве сохраняется прямое противоречие между ст. 1100 ГК РФ и ст. 62 Закона РФ «О средствах массовой информации»² (далее – Закон о СМИ) под названием «Возмещение морального вреда», в которой записано: «Моральный (неимущественный) вред, причиненный гражданину в результате распространения средством массовой информации не соответствующих действительности сведений, порочащих честь и достоинство гражданина либо причинивших ему иной неимущественный вред, возмещается по решению суда средством массовой информации, а также виновными должностными лицами и гражданами в размере, определяемом судом». Указание на вину должностных лиц и граждан, привлекаемых к компенсации морального вреда, содержащееся в ст. 62 Закона о СМИ про-

¹ Азми Д. М. Концепция безвиновной ответственности: содержание, трактовка, оценка // Законодательство и экономика. 2011. № 7. С. 34.

² Закон РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-І «О средствах массовой информации» (с изменениями и дополнениями) // Ведомости РФ. 1992. № 7. Ст. 300.

тиворечит ст. 1100 ГК РФ. Это еще одно основание для законодательной корректировки ст. 1100 ГК РФ в части безвиновной ответственности в форме компенсации морального вреда за распространение не соответствующих действительности сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию.

Согласно п. 2 ст. 1064 ГК РФ лицо, причинившее вред, освобождается от возмещения вреда, если докажет, что вред причинен не по его вине. Это правило полностью применимо к ответственности за диффамацию в СМИ в форме возмещения убытков, носящей виновный характер. Однако ответственность за диффамацию в СМИ в форме компенсации морального вреда, как уже отмечалось, носит безвиновный характер. Возможно, для того, чтобы такая повышенная ответственность не была безграничной, российское законодательство о СМИ содержит специальный перечень обстоятельств, освобождающих СМИ от ответственности за диффамацию. Их принято называть «привилегированными утверждениями» или «привилегиями»¹. В судебной практике привилегии широко применяются как средства защиты от исков о диффамации к СМИ. Привилегии условно можно разделить на прямо предусмотренные Законом о СМИ и вы-

¹ См.: *Потапенко С. В.* Основания освобождения от гражданско-правовой ответственности за диффамацию в СМИ, предусмотренные российским законодательством // Приоритеты современного экономического развития. Материалы научной конференции: в 3-х частях. Ч. 1 / Под ред. Елецкого Б. Д. и др. Краснодар, 2001. С. 240–248.

текающие из тех или иных норм закона при их толковании и применении в судебной практике. Они лишают диффамационный деликт, являющийся основанием гражданско-правовой ответственности, его важнейшей составляющей – противоправности. Несмотря на причинение вреда потерпевшему распространением в отношении него дискредитирующих сведений, такие действия в плане применения за них юридической ответственности рассматриваются как правомерные или юридически безразличные. Основания освобождения от гражданско-правовой судебной ответственности за диффамацию установлены действующим Законом о СМИ. В силу ст. 57 этого Закона редакция, главный редактор, журналист не несут ответственности за распространение сведений, не соответствующих действительности и порочащих честь и достоинство граждан и организаций, либо ущемляющих права и законные интересы граждан, либо представляющих собой злоупотребление свободой массовой информации и (или) правами журналиста, в шести перечисленных в данной статье случаях. Как тонко подметил М. А. Федотов, «если внимательно вдуматься в суть всех 6 пунктов ст. 57, то легко понять, что их роднит цель – освободить редакцию, редактора, журналиста от ответственности, если за ним нет вины – ни умысла, ни неосторожности»¹. То есть, введя вышеназванные «привилегии», законодатель сделал первый шаг к тому, чтобы фактически частично дезавуировать

¹ Федотов М. А. Законодательство Российской Федерации о средствах массовой информации. Научно-практический комментарий. М., 1999. С. 503.

безвиновную ответственность за диффамацию в СМИ.

Нельзя не отметить, что проблема правовой природы безвиновной ответственности остается до настоящего времени дискуссионной в науке гражданского права, поскольку данный цивилистический феномен противоречит устоявшемуся, «классическому» воззрению на сущность юридической ответственности, а именно что только виновная ответственность является морально оправданной и нравственно ценной¹.

Фактически на такой подход ориентирована и судебная практика. Так, в 15 постановления Пленума № 3 отмечено, что при определении размера компенсации морального вреда судам следует принимать во внимание обстоятельства, указанные в ч. 2 ст. 151 и п. 2 ст. 1101 ГК РФ, и иные заслуживающие внимания обстоятельства. Если не соответствующие действительности порочащие сведения распространены в средствах массовой информации, суд, определяя размер компенсации морального вреда, должен учесть характер и содержание публикации, а также степень распространения недостоверных сведений. При этом подлежащая взысканию сумма компенсации морального вреда должна быть соразмерна причиненному вреду и не вести к ущемлению свободы массовой информации.

Предпоследний абзац п. 15 говорит о том, что требование о компенсации морального вреда мо-

¹ Романец Ю. В. Вина как основание духовной и юридической ответственности // Российская юстиция. 2011. № 4. С. 61–67.

жет быть заявлено самостоятельно, если, например, редакция средства массовой информации добровольно опубликовала опровержение, удовлетворяющее истца. Это обстоятельство должно быть учтено судом при определении размера компенсации морального вреда.

Здесь нельзя не заметить, что добровольное опубликование опровержения и есть фактическое признание вины в диффамационном деликте.

Степень распространения недостоверных сведений зависит от тиража печатного издания, места его распространения, аудитории, для которой предназначена телепередача и т. п. А. М. Эрделевский предлагает ввести понятие презюмируемого морального вреда, то есть страданий, которые должен испытывать некий «средний», «нормально» реагирующий на совершаемые в отношении него неправомерные действия человек. Им предлагается специальная таблица с размерами компенсации презюмируемого морального вреда¹. Например, размер компенсации презюмируемого морального вреда за распространение ложных порочащих сведений в СМИ в этой таблице определен в 36 минимальных заработных плат. Однако, как показали проведенные нами обобщения судебной практики, таблично-арифметический метод исчисления денежной компенсации морального вреда судами реально не применяется. Объясняется это, на наш взгляд, тем, что моральный вред — это неимущественный вред личности, поэтому в

¹ Эрделевский А. М. Моральный вред и компенсация за страдания. Научно-практическое пособие. М., 1998. С. 64.

основе определения размера компенсации морального вреда судом лежат не выраженные вовне объективные факторы, а устанавливаемая судом в каждом конкретном случае степень физических и нравственных страданий каждой конкретной личности, то есть факторы субъективного характера.

Изложенное позволяет сделать вывод, что на размер компенсации морального вреда влияют в основном последствия диффамационного деликта, что, с одной стороны, соответствует принципу полного возмещения вреда, а с другой стороны, противоречит тезису «без вины нет ответственности»¹.

Именно такой подход практически реализуется в судебной практике при компенсации морального вреда по диффамационным спорам. Несмотря на установленную законом безвиновную ответственность, суд, тем не менее, всегда анализирует последствия диффамационного деликта для правильного определения размера компенсации морального вреда. При этом по факту суду практически невозможно уйти от вопроса о вине лица, с которого взыскивается компенсация морального вреда за диффамационный деликт.

Как известно, сама деятельность, в результате которой наступает безвиновная ответственность, не должна носить противоправного характера.

Например, М. М. Агарков, обозначая разграничение правомерного поведения владельца источника повышенной опасности и ответственности этого владельца за вред, причиненный соответ-

¹ *Ровный В.В.* Проблемы единства российского частного права: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Томск, 2000.

ствующим источником, обоснованно указывал: «Само собой разумеется, что эксплуатация железной дороги, трамвая... являются правомерными. Но отсюда не следует, что причинение при этом смерти или увечья либо порча или уничтожение чужого имущества является правомерным»¹.

В отличие от этого диффамационный деликт как основание для компенсации морального вреда – это противоправное деяние. Поэтому компенсация морального вреда за диффамацию – это ответственность точно определенного лица за виновное противоправное деяние.

С учетом приведенных доводов проект Федерального закона о внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации (в части основания компенсации морального вреда за распространение не соответствующих действительности сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию личности), подготовленный Советом при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека, является актуальным, обоснованным и имеющим все основания для законодательной реализации.

Библиографический список:

1. *Ярошенко К. Б.* Понятие и состав вреда в деликтных обязательствах // Проблемы современного гражданского права: Сборник статей. М., 2000.

¹ *Агарков М. М.* Обязательство по советскому гражданскому праву. М., 1940. С. 151.

2. Современное право средств массовой информации в США / Под ред. А. Г. Рихтера. М., 1997.

3. *Азми Д. М.* Концепция безвиновной ответственности: содержание, трактовка, оценка // Законодательство и экономика. 2011. № 7.

4. *Потапенко С. В.* Основания освобождения от гражданско – правовой ответственности за диффамацию в СМИ, предусмотренные российским законодательством // Приоритеты современного экономического развития. Материалы научной конференции: в 3 – х частях. Ч. 1 / Под ред. Елецкого Б. Д. и др. Краснодар, 2001.

5. *Федотов М. А.* Законодательство Российской Федерации о средствах массовой информации. Научно-практический комментарий. М., 1999.

6. *Романец Ю. В.* Вина как основание духовной и юридической ответственности // Российская юстиция. 2011. № 4.

7. *Эрделевский А. М.* Моральный вред и компенсация за страдания. Научно-практическое пособие. М., 1998.

8. *Ровный В. В.* Проблемы единства российского частного права: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Томск, 2000.

9. *Агарков М. М.* Обязательство по советскому гражданскому праву. М., 1940.

ПРАВИЛА ПРЕДСТАВЛЕНИЯ РУКОПИСЕЙ

– журнал публикует материалы по фундаментальным и прикладным проблемам авторского права, информационного права, права интеллектуальной собственности;

– в журнале печатаются материалы, ранее не опубликованные и не предназначенные к одновременной публикации в других изданиях; автор может опубликовать в одном номере журнала не более одного материала; все материалы проверяются на наличие плагиата;

– плата за публикацию материалов не взимается; авторам гонорар не выплачивается;

– элементы издательского оформления материалов включают: сведения об авторах; заглавие материала; подзаголовочные данные; аннотацию; ключевые слова; сведения о языке текста, с которого переведен публикуемый материал; приложения; пристатейный библиографический список; допускается использовать дополнительные элементы издательского оформления; представляются также на английском языке: название статьи, аннотация, ключевые слова, фамилия, имя, отчество автора(ов); отдельно необходимо указать контактный телефон и адрес электронной почты для оперативной связи, адрес с индексом для отправки номера журнала; по выходу журнала каждому автору бесплатно высылается отдельный номер журнала;

– объем материала не должен превышать 1 п. л. (40 000 знаков);

– решение редакционного совета о принятии статьи к печати или ее отклонении сообщается авторам;

– электронные носители и рукописи авторам не возвращаются; рецензии на принятые материалы представляются по запросам авторов;

– аннотации материалов, ключевые слова, информация об авторах будут находиться в свободном доступе

на сайте Кафедры, в системах цитирования на русском и английском языках; через год после выхода номера журнала его полнотекстовая версия будет размещена на сайте Кафедры.

Полный текст Правил представления рукописей авторами размещен на сайте www.unescochair.ru

Учредитель и издатель:
АНО «Творческий центр ЮНЕСКО»
117279, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая,
д. 55А, каб. 112.
Адрес редакции: 117279, г. Москва,
ул. Миклухо-Маклая, д. 55А, каб. 112.
Почтовый адрес: 119017, г. Москва, ул. Малая Ордынка,
д. 17, каб. 221, Кафедра ЮНЕСКО

www.unescochair.ru
unesco.chair.copyright@mtu-net.ru

Подписано в печать 20.09.2013 г.
Сдано в набор 22.09.2013 г.
Формат 60×90 ¹/₁₆. Печать офсетная.
Объем 13 п. л.
Тираж 1000 экз. Заказ 258.
Отпечатано в типографии НОУ «ПМБ ЕГУ».
107031, г. Москва, ул. Рождественка, д. 12.

Свободная цена.

ISSN 2225347-5



9 772225 347000



1 3 0 0 3