

**ТРУДЫ
ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ
СОБСТВЕННОСТИ**

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

**№ 3-4
Том XXXIV**

Москва
2019

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 и издателя:

109028, Москва, Б.Трехсвятительский пер., 3;
тел.: +7495-772-9590 # 23017; email: mfedotov@hse.ru
www.unescochair.ru

Издается с 1999 г. (бюллетень «Труды по интеллектуальной собственности» зарегистрирован Госкомпечати России 28 мая 1999 г., Свидетельство № 018878). Журнал посвящен актуальным проблемам авторских, смежных, культурных и информационных прав, правового регулирования киберпространства, правового обеспечения развития технологий искусственного интеллекта.

Плата за публикацию материалов в журнале не взимается ни в какой форме. Все представленные материалы в обязательном порядке проходят научное рецензирование.

Перепечатка материалов против воли правообладателей запрещена в соответствии с п. 3 ст. 1274 ГК РФ.

В соответствии с Соглашением об учреждении Кафедры ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности авторы статей, опубликованных в научном журнале «Труды по интеллектуальной собственности», несут ответственность за выбор и представление мнений, которые не обязательно совпадают с мнением ЮНЕСКО и не являются мнением Организации или Кафедры ЮНЕСКО.

При подготовке журнала использована СПС «КонсультантПлюс».

Подписные индексы:

Объединенный каталог «Пресса России» - 11287

ОГЛАВЛЕНИЕ

12.00.00. Юридические науки

ИНФОРМАЦИЯ. КИБЕРПРОСТРАНСТВО. ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

Потапенко С.В., Пащенко И.Ю. Цифровые права и информация в системе современного гражданского оборота 5

Федотов М.А. К 30-летию Закона СССР «О печати и других средствах массовой информации» 20

Дискин И.Е. Дискуссия по Закону о СМИ: заметки ин- ституционалиста 61

Сапронов Д.Ю. Правовая эволюция общеевропейского регулирования защиты персональных данных 83

Борисов М.А. Право на забвение: доктрина, регулирова- ние, правоприменение 89

ФИНАНСЫ И ПРАВО

Ошманкевич Е.Р. Банковский надзор за соблюдением требований информационной безопасности в Россий- ской Федерации и в Китайской Народной Республике 119

ПРАВА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Каминская Е.И., Штодина Д.Д. Место идей в сфере ав- торско-правовой охраны (опыт России в зарубежном контексте) 147

Семенова Е.В. Проблемы взаимодействия договорно- го статута и статута исключительного права на приме- ре лицензионных соглашений в области интеллектуаль- ной собственности 164

ABSTRACTS

199

CONTENTS

12.00.00. Juridical sciences

INFORMATION. CYBERSPACE. HUMAN RIGHTS

Sergey V. Potapenko, Ilya Yu. Pashchenko Digital rights and information in the system of modern civil turnover 5

Mikhail A. Fedotov Dedicated to 30th anniversary of the Soviet Media Law 20

Iosif E. Diskin Discussion on Media Law: notes by institutionalist 61

Dmitriy Yu. Sapronov Legal evolution of the pan-European regulation of personal data protection 83

Mikhail A. Borisov The right to be forgotten: doctrine, legal regulation and enforcement 89

FINANCE AND LAW

Ekaterina R. Oschmankevich Banking Supervision of Compliance with Information Security Requirements in the Russian Federation and in the People Republic of China 119

INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

Elena I. Kaminskaya, Darja D. Shtodina Presence of ideas in copyright (Russian law and practice taken in international context) 147

Ekaterina V. Semenova Licensing Agreements: Lex Contractus and Lex Loci Protectionis Interaction 164

ABSTRACTS

199

ИНФОРМАЦИЯ. КИБЕРПРОСТРАНСТВО. ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

ПОТАПЕНКО Сергей Викторович

Кубанский государственный университет, декан юридического факультета, заведующий кафедрой гражданского процесса и международного права, доктор юридических наук, профессор (350000, Краснодарский край, г. Краснодар, ул. Рашиповская, 43; тел.: +7918-262-4650; email: potapenkosv@yandex.ru)

ПАЩЕНКО Илья Юрьевич

Избирательная комиссия Краснодарского края, главный консультант аппарата (350000, Краснодарский край, г. Краснодар, ул. Гимназическая, 30; тел.: +7 928 442 50 65, email: ilpa@mail.ru)

ЦИФРОВЫЕ ПРАВА И ИНФОРМАЦИЯ В СИСТЕМЕ СОВРЕМЕННОГО ГРАЖДАНСКОГО ОБОРОТА

Ключевые слова: информация, гражданское законодательство, гражданский оборот, интеллектуальная собственность, услуги, объекты гражданских прав, цифровые права, цифровая экономика.

Аннотация. В статье «Цифровые права и информация в системе современного гражданского оборота» исследуются вопросы правового регулирования информации в частноправовых отношениях.

Современные технологии активно проникают в сферу общественной жизни человека и порождают новые явле-

ния действительности. Зачастую они не получают должного и своевременного правового регулирования. Отсутствие регулирования по отдельным аспектам порождает неуверенность участников гражданского оборота, что препятствует совершению определенных сделок с информацией. Недостаточное регулирование является препятствием на пути построения в Российской Федерации «цифровой экономики», которая уже сегодня определяет порядка пяти процентов внутреннего валового продукта.

Авторами исследуется юридическая природа информации в системе гражданско-правового регулирования. Отмечается, что информация, исключенная из перечня объектов гражданских прав в Гражданском кодексе Российской Федерации, на практике находит различные проявления. Рассмотрены отдельные формы проявления информации в сфере интеллектуальной собственности, оказания услуг. На основе примеров делается вывод о том, что данные сферы не являются ее исчерпывающим проявлением в системе гражданского оборота.

Проанализированы результаты развития современных информационных технологий, которые позволяют рассматривать информацию в качестве самостоятельного и полноценного объекта гражданских правоотношений. Предлагается обозначить информацию в гражданском законодательстве в качестве объекта гражданских прав, отразив ее специфические признаки и пределы в гражданском обороте, расширив регулирование информационных процессов в частях первой и второй ГК РФ.

Отдельное внимание уделено законопроекту, в котором предлагается ввести в законодательство понятие «цифровых прав» в качестве разновидности «исключительных прав».

Современное общество живет в эпоху кардинально-го перестроения всех общественных отношений, ког-

да информация приобретает первоочередное значение в различных областях жизни человека, в том числе и в праве. Информатизация выступает наиболее современной и актуальной формой упорядочения различных общественных процессов. Усиливается тенденция перехода формы совершения действий из материальной плоскости в электронную, а виртуальные действия приобретают не только значение фактов и носят все более привычный характер, но и находят свое постепенное нормативное закрепление.

Российское законодательство весьма «сдержанно» регулирует частноправовые процессы, связанные с информатизацией общественной жизни. Учитывая устремленность развитых государств на построение цифровой экономики, которая уже сегодня определяет темпы развития внутреннего валового продукта и определяет механизмы совместного потребления (обмениваться эффективнее, чем покупать и владеть)¹, многие из них уже демонстрируют дальновидный подход к обеспечению правового регулирования информационной среды.

В настоящий период законодательные подходы напоминают лишь «пробу пера», но многие из них вызывают настоящую заинтересованность, поскольку достигают определенного успеха. Например, законодатели Европейского союза, Сингапура, Великобритании, Японии, Беларуси начали уверенное выстраивание цифровой политики в области регулирования информационных технологий, которое приносит им первые экономические эффекты. Подход российских властей в отношении регулирования сложных технических и информационных процессов всегда был консервативен, что можно обусловить лишь правовыми традициями государства, стремящегося обеспе-

¹ Талапина Э. В. Право и цифровизация: новые вызовы и перспективы // Журнал российского права. 2018. № 2. С. 11.

чить регулирование отношений по мере их развития в практике гражданского оборота и выявления пробелов, а также компенсацией судебной практикой и обычаями делового оборота².

В настоящее время становится все более очевидной трансформация права на информацию. Традиционное юридическое понимание информации, как совокупности данных и сведений, отходит на второй план в связи со стремительным развитием информационных технологий. Если в определенный исторический момент право на информацию воспринималось в качестве декларативной нормативной установки, расширяющей и защищающей свободу и достоинство личности³, то в настоящий период возникает потребность в его ином понимании, которое диктует развивающийся гражданский оборот.

Право на информацию, как право реального действия, подразумевающее возможность переработки полученных сведений в определенных целях, если и не получило должного юридического оформления, то несмотря ни на что уверенно вошло в юридическую практику (к примеру, сделки с так называемыми «большими данными» о пользователях различных сервисов, агрегаторов и информационных систем). Подобный подход к информации, как к объекту потребления, давно является привычным для многих участников гражданского оборота. Все сложности развития частноправовых отношений требуют соответствующего юридического переосмысления: пересмотра не просто стремительно устаревающих конструкций, а дополнения и выработки новых механизмов реального действия.

² Лазарев Я. Цифровая среда – новое поле для гражданского права // ЭЖ-Юрист. 2016. № 19.

³ Мирских И.Ю., Мингалева Ж.А. К вопросу о правовом регулировании информации в условиях информационной экономики // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2017. № 38. С. 432.

Дискуссионной на протяжении многих лет в цивилистике остается проблема отнесения информации к объектам гражданских прав⁴. Исключение информации из перечня объектов гражданских прав в статье 128 ГК РФ видится достаточно спорным решением, которое уже сегодня в новых экономических и политических реалиях не выдерживает никакой критики. Примечательно, что в основном действующем источнике информационного права, а именно в Федеральном законе от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» информация рассматривается в качестве объекта гражданских правоотношений, тогда как в ГК РФ, как важнейшем регуляторе частноправовых отношений — нет. Парадокс ситуации объясняется некогда различными подходами авторов законодательных инициатив к информации в отраслях гражданского и информационного права.

Примечательно, что исключение информации из перечня объектов гражданских прав преследовало цель определения места информации в системе базовых категорий гражданского права. С 2008 года в редакциях ст. 128 ГК РФ уже не было упоминания информации. В последующем появляются научные работы, в которых информация рассматривается через призму правового регулирования интеллектуальной собственности⁵ (включая базы данных)⁶ и результатов работ и оказания услуг.

⁴ Городов О.А. О нетрадиционных объектах гражданских прав // Правоведение. 2013. № 6. С. 99.

⁵ Карцхия А. Цифровой императив: новые технологии создают новую реальность // ИС. Авторское право и смежные права. 2017. № 8. С. 20.

⁶ Инюшкин А.А. Информация в системе объектов гражданских прав и ее взаимосвязь с интеллектуальной собственностью на примере баз данных // Информационное право. 2016. № 4. С. 7.

Классическая учебная литература по гражданскому праву или не рассматривает информацию вовсе в общем курсе цивилистики, или рассматривает ее в качестве содержания обязательства обязанного лица, поэтому объектом правоотношения являются конкретные действия (в результате которых передается и распространяется информация)⁷.

Безусловно, в отношениях по оказанию консультативных и информационных услуг информация выступает в качестве определенной цели, а не самостоятельного обособленного предмета. Тем не менее, в результате оказания услуги (совершения определенных действий или при осуществлении определенной деятельности) возникает объективированный результат, который находит свое воплощение в форме передаваемой и получаемой информации, как правило, на материальном носителе. Многие риэлтерские услуги на рынке недвижимости нашли свое воплощение в качестве услуги по передаче информации с настолько разнообразной спецификой, что во многих ситуациях подобные договоры можно отнести к непоименованным в гражданском законодательстве.

Услуги сами по себе выступают отражением определенной деятельности, но их результат, хоть неразрывно и связан с процессом, все же имеет определенный итог. Например, аудиторская услуга имеет результат в виде аудиторского заключения, медицинская – улучшение состояния здоровья путем приема лекарств по назначению врача. В данном случае имеется объективированный итог, который находит свое воплощение в передаче информации, которая хранится на определенном носителе и порождает последующие юридические факты по воле лиц.

⁷ Бабаев А.Б., Бабкин С.А., Бевзенко Р.С., Белов В.А., Тарасенко Ю.А. Гражданское право. Актуальные проблемы теории и практики. Т.1. Под ред. В.А. Белова. М., 2015.

По другой версии, развиваемой в науке, информация существует в качестве объективированного материального носителя, который является вещью⁸. Однако данный подход вызывает обоснованные споры по поводу того, что материальный носитель является лишь внешним способом хранения информации, с которого ее можно удалить или на котором ее можно подвергнуть трансформации и изменениям. Фактически, информацию на материальном носителе можно сравнить со зданием на земельном участке. Ценность земельного участка во многом может зависеть от того, какой объект строительства на нем находится. Данный довод вполне справедлив и к информации, поскольку ее ценность будет определяться, исходя из ее качественного наполнения, которой требуется материальный носитель для сохранения и распространения. Тем не менее, по нашему мнению, юридически соединять воедино информацию, как определенную материю в ее идеальном состоянии, и материальный носитель в качестве вещи, не представляется правильным.

Видится, что можно провести некую аналогию с теми конструкциями, которые предложены в части четвертой ГК РФ в отношении интеллектуальной собственности. Так, результаты интеллектуальной деятельности для восприятия должны быть выражены в объективной форме, которая достигается посредством материализации (это не относится, к примеру, к исполнению в реальном времени). Материализация заключается в фиксации нематериального объекта на материальном носителе⁹. Подобные механизмы можно было бы при-

⁸ Лобанов Г.А. Информация как объект гражданского права // Научно-техническая информация. Сер. 1. Организация и методика информационной работы. 1999. № 6. С. 8.

⁹ Рожкова М.А. О некоторых вопросах оборота исключительных прав и материальных носителей объектов интеллектуальной собственности // Журнал российского права. 2014. № 9. С. 6.

менить по отношению к информации, что закрепило бы ее использование в гражданском обороте.

В связи с этим можно отметить, что на уровне регулирования интеллектуальной собственности существуют реально действующие механизмы, которые могут использоваться по отношению к информации, так как она также отражает нематериальную природу и имеет идеальный характер.

Тем не менее, некогда исключение информации из объектов гражданских прав подразумевало то, что не любая информация может быть таковой, а лишь определенная. Примечательно, что любой объект нематериальной природы может рассматриваться в качестве определенной совокупности информации. При этом информация может сводиться не только к этим объектам, но и к другим формам. Позиция о том, что информация является сведениями об объектах гражданских прав, но не объектом фактических гражданских правоотношений¹⁰, не всегда отвечает действительности.

Действительно, ГК РФ обозначил границы гражданско-правового регулирования информации в Части четвертой, закрепив определение информации в авторском праве. Однако информация в авторском праве вряд ли будет подходить под те объекты, которые не являются результатом интеллектуальной деятельности. Информацией об авторском праве в ст. 1300 ГК РФ признается любая информация, которая идентифицирует произведение, автора или иного правообладателя, либо информация об условиях использования произведения, которая содержится на оригинале или экземпляре произведения, приложена к нему или появляется в связи с сообщением в эфир или по кабелю либо доведением такого произведения до всеобщего сведения, а так-

¹⁰ Маркина М.В., Березин Д.А. Информация // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2015 № 9. С. 24.

же любые цифры и коды, в которых содержится такая информация.

Мало того, что у участников оборота такая формулировка вызывает глубочайшее непонимание, так и для юристов актуален вопрос о ценности и сущности подобных сведений. Аналогичное по структуре определение содержится в отношении информации о смежных правах. Попытки выразить информацию через категории интеллектуальной собственности в настоящий период стремительно устаревают с развитием технологического прогресса.

Примечательно, что интеллектуальная собственность является отражением определенной информации, но у нее есть своя четкая и вполне определенная специфика, раскрываемая через законодательно определенные признаки. Однако все зафиксированное в гражданском законодательстве многообразие результатов интеллектуальной деятельности не позволяет отразить различные многогранные проявления информации в современных общественных процессах с учетом уровня развития социума. Примерами ранее неизвестных современной юридической науке форм трансформации информации можно назвать «большие данные», блокчейн, виртуальную и дополненную реальность, нейронные сети, искусственный интеллект и т.д.

Отмечается, что недостаточно исследована их сущность и природа¹¹. Все эти категории не только не вписываются в парадигму интеллектуальной собственности, поскольку их невозможно отождествить ни с одним из объектов соответствующего перечня, но они по своей природе не являются результатом творческого мышления и формируются без сознательного участия в этой деятельности человека, поскольку раз-

¹¹ Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н. Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 1. С. 85.

виваются без воли на это лица, а лишь посредством программных алгоритмов.

Заслуживающей особое внимание является позиция, согласно которой не оспариваются возможности применения вещного права и интеллектуальной собственности для регулирования отношений в сфере обращения информации. Предлагается одновременное использование возможностей этих институтов права для защиты информации¹². В тоже время в определенных обязательственных отношениях у информации появляются дополнительные свойства ее защиты. Все это отражает широту не только информации, как объекта правоотношений, но и ее многогранный характер в гражданском обороте, а также отсутствие реально упорядочения.

Возникновение новых явлений реального мира, которые имеют идеальную, нематериальную, виртуальную природу, позволяет говорить о потребности их обобщения в рамках определенной категории. Это обобщение не только позволит эффективно обозначить пределы правового регулирования, но внесет ясность в систему гражданских правоотношений.

Перечисленные новые категории являются различным отражением информации, однако они не возникают в силу интеллектуальной деятельности, не являются результатом оказания услуг и не выступают в качестве самостоятельного объекта обязательственного правоотношения. Еще сложнее обстоит вопрос с определением их вещной характеристики, поскольку, например, в категории блокчейн собственник технологии не просто отсутствует, его невозможно установить в силу специфики получаемой информации, отсутствуют и посредники¹³.

¹² Бачило И.Л., Лопатин В.Н., Федотов М.А. Информационное право. СПб., 2001.

¹³ Федотова В. В., Емельянов Б. Г., Типнер Л. М. Понятие блокчейн и

Потребность правового регулирования информации в гражданских правоотношениях возникает в силу того, что информация уже является объектом реальных, а не номинальных гражданских отношений. Особенно наглядно это демонстрируется в последних примерах судебной практики. Так называемые «большие данные», т.е. совокупность определенных сведений различного характера, стали самостоятельным предметом частноправовых отношений между юридическими лицами в деле № А40-18827/17¹⁴. Уже 29 января 2018 г. Решение Арбитражного суда города Москвы от 12 октября 2017 г. было отменено, а к рассматриваемым категориям выработан кардинально отличающийся подход в апелляционной инстанции¹⁵. В будущем это приведет к выстраиванию судебной практики, которая не имеет под собой даже четкого фундаментального нормативного регулирования.

Полагаем, что информацию в определенном виде логично обозначить в ГК РФ в качестве объекта гражданских прав, отразив ее специфические признаки и пределы в гражданском обороте, расширив регулирование информационных процессов в частях первой и второй ГК РФ. Гражданское право подразумевает определенное экономическое обоснование отношений, отражает их материальную сторону. В условиях стремления к построению современной цифровой экономики регулирование информации может выступить новым сигналом для развития отрасли.

Новую волну интереса к информации в системе гражданских правоотношений обозначил законопро-

возможности его использования // European Science. 2018. № 1. С. 41.

¹⁴ Дело № А40-18827/2017 // [Электронный ресурс] URL: <https://kad.arbitr.ru>

¹⁵ Дело № 09АП-61593/2017 // [Электронный ресурс] URL: <https://kad.arbitr.ru>

ект № 424632-7 «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации», инициаторами которой стали депутаты Государственной Думы Федерального Собрания Вячеслав Володин и Павел Крашенинников.¹⁶ Законопроект предусматривал ряд новаций для гражданского законодательства, которые призваны стать первым шагом на пути законодательного вхождения Российской Федерации в цифровую экономику посредством внедрения новых механизмов в систему частноправовых отношений.

В систему объектов гражданских прав предлагалось включить цифровые права, под которыми понимались бы особые имущественные права - то есть права, которые будут иметь свою определенную специфику, но в тоже время содержать свойства объектов права собственности в части их передачи одним лицом другому лицу.

Введение цифрового права, как особого имущественного права, открывает масштабные возможности для участников гражданского оборота. Например, в законопроекте дополнение п. 4 ст. 454 ГК РФ после слов «имущественных прав» словами «, в том числе цифровых прав» фактически легализует куплю-продажу в отношении цифровых денег, больших данных и других форм воплощения информации.

Таким образом, достигается еще более стремительное закрепление тенденции приравнивания значения и оборота прав к вещам в ГК РФ, которое намечилось в сфере гражданского оборота в последнее десятилетие¹⁷. Поскольку цифровые права можно отчуждать

¹⁶ Федеральный закон от 18.03.2019 № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» - «Собрание законодательства РФ», 25.03.2019, № 12, ст. 1124.

¹⁷ Джабаева А.С. Имущественное право как объект гражданского оборота // Сибирский юридический вестник. 2003. № 3. С. 30.

на условиях купли-продажи, а де-факто приравнять к вещам, то к такому объекту возможно применение вещного права. Цифровое право в качестве особого имущественного права будет являться полноценным объектом гражданских прав.

В настоящий период на основе тех положений, которые имелись в проекте закона, невозможно оценить в полной мере предлагаемые изменения. Необходимо четко понимать те конкретные общественные отношения, которые стремятся урегулировать авторы инициативы. Определенные вопросы вызывает используемая в проекте терминология, поскольку без подзаконных актов и технического регулирования будет трудно установить все элементы целостной системы. Например, использование слов «уникальный доступ к цифровому коду или обозначению» видится нам в качестве идентификатора для доступа к децентрализованной информационной системе. Не менее актуальна будет уточненная характеристика такого идентификатора. С точки зрения цивилистики возникает научный интерес к тому, будет ли такой идентификатор личным или на предъявителя, кто сможет им воспользоваться и в какой форме он будет зафиксирован.

Несмотря на появляющуюся критику в отношении конструкции, у нее присутствует определенный потенциал. Безусловно, в актах требуется расшифровка того, что является «цифровым кодом», а что - «цифровым обозначением». В любом случае, даже цифровой код и обозначение – это определенный набор символов, т.е. сведения, фактически являющиеся информацией. Авторы проекта завуалировано используют значение информации, называя ее кодом или обозначением. Это объяснимо с позиции того, что сама по себе информация слишком многогранна.

В законопроекте цифровые права получают специфическое определение, которое отражает весьма упорядоченный набор сведений¹⁸. Однако законодатель упорно обходит упоминание информации в данном контексте. Тем не менее, информация в гражданском обороте все равно будет находить новые формы воплощения в связи с развитием технологий, а помимо цифровых прав могут появляться иные способы ее отражения.

В законопроекте появляется новый договор - предлагается в кодекс включить ст. 783.1 ГК РФ, посвященную особенностям договора об оказании услуг по предоставлению информации. Объектом данного договора будут являться сведения определенного характера¹⁹. Но разве эти сведения подходят под что-либо, предложенное в новой трактовке ст. 128 ГК РФ? Остается только «иное имущество», под которым и может скрываться информация, имеющая значение и ценность для участников только определенных гражданских правоотношений в отдельных случаях.

¹⁸ Действующая редакция статья 141.1 «Цифровые права» ГК РФ гласит: «Цифровыми правами признаются названные в таком качестве в законе обязательственные и иные права, содержание и условия осуществления которых определяются в соответствии с правилами информационной системы, отвечающей установленным законом признакам. Осуществление, распоряжение, в том числе передача, залог, обременение цифрового права другими способами или ограничение распоряжения цифровым правом возможны только в информационной системе без обращения к третьему лицу».

¹⁹ Действующая редакция статьи 783.1 «Особенности договора об оказании услуг по предоставлению информации» ГК РФ гласит: «Договором, в силу которого исполнитель обязуется совершить действия по предоставлению определенной информации заказчику (договор об оказании услуг по предоставлению информации), может быть предусмотрена обязанность одной из сторон или обеих сторон не совершать в течение определенного периода действий, в результате которых информация может быть раскрыта третьим лицам».

Библиографический список:

1. *Городов О.А.* О нетрадиционных объектах гражданских прав // Правоведение. 2013. № 6.
2. *Джабаева А.С.* Имущественное право как объект гражданского оборота // Сибирский юридический вестник. 2003. № 3.
3. *Инюшкин А.А.* Информация в системе объектов гражданских прав и ее взаимосвязь с интеллектуальной собственностью на примере баз данных // Информационное право. 2016. № 4.
4. *Карцхия А.* Цифровой императив: новые технологии создают новую реальность // ИС. Авторское право и смежные права. 2017. № 8.
5. *Лазарев Я.* Цифровая среда – новое поле для гражданского права // ЭЖ-Юрист. 2016. № 19.
6. *Лобанов Г.А.* Информация как объект гражданского права // Научно-техническая информация. Сер. 1. Организация и методика информационной работы. 1999. № 6.
7. *Маркина М.В., Березин Д.А.* Информация // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2015 № 9.
8. *Мирских И.Ю., Мингалева Ж.А.* К вопросу о правовом регулировании информации в условиях информационной экономики // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2017. № 38.
9. *Рожкова М.А.* О некоторых вопросах оборота исключительных прав и материальных носителей объектов интеллектуальной собственности // Журнал российского права. 2014. № 9.
10. *Талапина Э. В.* Право и цифровизация: новые вызовы и перспективы // Журнал российского права. 2018. № 2.
11. *Федотова В. В., Емельянов Б. Г., Типнер Л. М.* Понятие блокчейн и возможности его использования // European Science. 2018. № 1.
12. *Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н.* Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 1.
13. *Бабаев А.Б., Бабкин С.А., Бевзенко Р.С., Белов В.А., Тарасенко Ю.А.* Гражданское право. Актуальные проблемы теории и практики. Т.1. Под ред. В.А. Белова. М., 2015.
14. *Бачило И.Л., Лопатин В.Н., Федотов М.А.* Информационное право. СПб., 2001.

ФЕДОТОВ Михаил Александрович

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», факультет права, профессор-исследователь, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ (109028, Москва, Б.Трехсвятительский пер., 3; тел.: +7495-772-9590 # 23017; email: mfedotov@hse.ru)

К 30-ЛЕТИЮ ЗАКОНА СССР «О ПЕЧАТИ И ДРУГИХ СРЕДСТВАХ МАССОВОЙ ИНФОРМАЦИИ»

Ключевые слова: *законы СССР, закон о печати, ЦК КПСС, Верховный Совет СССР, цензура, свобода массовой информации, права журналистов.*

Аннотация: *В статье дается краткий очерк истории разработки и принятия первого в отечественной истории закона, провозгласившего и гарантировавшего свободу массовой информации, запретившего цензуру и закрепившего права и обязанности журналистов, включая так называемый «относительный иммунитет» журналистов и редакторов от ответственности за содержание массовой информации. В статье также анализируется практика применения данного закона и его значение для становления российского законодательства о средствах массовой информации.*

12 июня 2020 года исполнится тридцать лет со дня принятия Закона СССР «О печати и других средствах массовой информации». Эту дату вместе с создателями того инициативного авторского проекта, который процентов, эдак, на восемьдесят стал законом, - Юрием Батуриным, Михаилом Федотовым и Владимиром Энтиным - отметят все те, кто еще помнит, что такое тотальная цензура Главлита и идеологический контроль

всевозможных партийных комитетов, и как тяжела, но радостна была долгожданная свобода СМИ. Свобода, которую удалось закрепить потом в российском Законе о СМИ, а следом – и в Конституции Российской Федерации, но не получилось укоренить как традицию, как культуру, как норму жизни и творчества.

Как создавали проект Закона о печати

12 июня 1990 года в Московском Кремле произошло два юридических чуда, внешне никак между собой не связанные, однако предопределившие, как минимум, на последующие три десятилетия, ход политических, социальных, культурных, экономических и многих других процессов на всем ныне постсоветском пространстве. В этот день I Съезд народных депутатов Российской Федерации принял Декларацию «О государственном суверенитете РСФСР»²⁰, а Верховный Совет СССР – Закон СССР «О печати и других средствах массовой информации»²¹. Тот факт, что эти два документа появились на свет в один и тот же день в одном и том же месте, невольно наводит на мысль о достаточно прозрачном намеке, который История посылает нашим согражданам, как властвующим, так и подвластным: свобода прессы и современная российская государственность, как неразделимые сиамские близнецы, обречены либо вместе жить, либо вместе сгинуть.

Все последующие события убедительно доказали, что ущемление свободы прессы неминуемо ведет к нарастанию угроз национальной безопасности (пример – тотальная коррупция, поразившая весь государственный аппарат), а всякая угроза государственному суверенитету страны – к попыткам ограничения свободы прессы, что, в свою очередь, снижает вовлеченность общества в ликвидацию угрозы и, тем самым,

²⁰ Ведомости СНД и ВС РСФСР, 1990, № 2, ст. 22.

²¹ Ведомости СНД СССР и ВС СССР, 1990, № 26, ст. 492.

повышает ее опасность. Следовательно, гарантированная законом независимость средств массовой информации является не угрозой, а гарантией национальной безопасности страны.

В догорбачевский период предпринималось несколько попыток (например, нам известны законопроекты, подготовленные в 1968 и в 1976 годах) дополнить советскую правовую систему законом о печати. Существовали даже соответствующие проекты, которые, однако, никогда не выходили за пределы цеховских кабинетов. В этом плане показательна знаменитая памятная записка от 5 марта 1971 г., которую академик Андрей Сахаров направил Генеральному секретарю ЦК КПСС Л.И.Брежневу. В числе первоочередных мер, которые трижды Герой социалистического труда А.Д.Сахаров считал необходимым обсудить с руководством страны, значилось: «Вынести на всенародное обсуждение проект закона о печати и средствах массовой информации»²².

Однако все попытки принять закон о печати были безрезультатны²³. Причины неудач коренились в самой природе советского режима, для которого свобода слова была одной из самых страшных, смертельных угроз. Это очень точно выразил главный партийный идеолог Михаил Суслов на заседании Политбюро ЦК КПСС осенью 1968 года, на котором обсуждался проект закона о печати (кстати, вполне идеологически выдержанного и консервативного): «Известно, что между отменой цензуры в Чехословакии и вводом советских танков прошло всего несколько месяцев. Я хочу знать: если мы примем этот закон, кто будет вводить танки

к нам?»²⁴. Так паника, охватившая партийно-государственный истеблишмент при виде чехословацкого «социализма с человеческим лицом», поставила крест на законопроекте.

Закон о печати оказался востребован только в период горбачевской перестройки: 28 августа 1986 года он попал в официальный план законопроектных работ. Среди исполнителей значились Госкомиздат и Минюст СССР, а также Союз журналистов СССР. Поскольку только последний был наделен по тогдашней конституции²⁵ правом законодательной инициативы, постольку создатели инициативного авторского проекта решили продвигать его именно под флагом Союза.

Параллельно с инициативным авторским проектом и сильно его опережая, в аппарате ЦК КПСС готовился официальный проект закона о печати. Летом 1988 года под скромным названием «Рабочий материал к проекту Закона Союза Советских Социалистических Республик о печати и других средствах массовой информации» он рассылался в заинтересованные ведомства, а также в организации Союза журналистов СССР и редакции СМИ²⁶.

В формулировках официального проекта задачи СМИ выглядели вполне традиционно партийно-советскими: «...мобилизация трудящихся на решение задач всестороннего совершенствования социалистического общества, его поступательного движения к коммунизму на основе ускорения социально-экономического развития страны, использования достижений научно-технического прогресса» и т.п.

²² Сахаров А.Д. Мир, прогресс, права человека: статьи и выступления. – Л.: Сов. писатель, 1990. С. 23.

²³ Проект Закона СССР «О печати» 1976 г. впервые опубликован в: Федотов М.А. Право массовой информации в Российской Федерации. – М.: «Международные отношения», 2002. С. 593-601.

²⁴ Цит. По: Федотов М.А. Указ. соч. С. 48.

²⁵ Согласно статье 114 Конституции СССР 1977 г. среди субъектов права законодательной инициативы значились общественные организации в лице их общесоюзных органов и Академия наук СССР.

²⁶ Опубликован впервые в: Батурин Ю.М., Федотов М.А. Феноменология юридического чуда. – М.: РОССПЭН. 2012. С. 262-272.

Чем еще был примечателен официальный проект, одобренный в январе 1989 года Идеологической комиссией ЦК КПСС?

Проект предусматривал:

- сохранение принципа партийного руководства СМИ;
- крайне широкое и неопределенное определение понятия «злоупотребление свободой массовой информации» (оно включало, помимо прочего, использование СМИ «в ущерб интересам государственной безопасности и общественного порядка; для публикации материалов, несовместимых с требованиями общественной нравственности и охраны здоровья населения; для распространения ложных, дезинформирующих граждан сведений» и т.д.);
- сохранение предварительной цензуры (Главлит СССР);
- сохранение права учреждать СМИ только за партийными и государственными органами, а также общественными организациями;
- сохранение государственной монополии на материально-техническую базу СМИ;
- разрешительный порядок создания СМИ.

При этом официальный проект крайне скупо определял права журналиста по сбору информации и вообще не затрагивал такие принципиально важные вопросы, как редакционная самостоятельность, информационный плюрализм, гарантии профессиональной деятельности журналистов и т.д.

Мог ли такой проект, на две трети текстуально совпадающий с проектом 1976 г., стать символом гласности и перестройки? Разумеется, нет. И это прекрасно понимали многие из тех, кому довелось писать отзы-

вы на так называемый «Рабочий материал». Главные редакторы указывали, что проект «не отражает уже реально существующих изменений в работе средств массовой информации» («Известия»), а ученые-юристы из Института государства и права АН СССР (ИГП АН СССР) категорично утверждали: «Представленный проект не достигает поставленной цели -- создать правовой механизм регулирования деятельности средств массовой информации, позволяющий сочетать социальную ответственность с гласностью... В таком виде проект не может быть представлен к всенародному обсуждению».

Автора настоящей статьи также попросили дать отзыв на официальный проект, именованный «Рабочим материалом». Отзыв был резко негативным: «Основные недостатки проекта: декларативность, отсутствие четких юридических установлений, неординарированность прав и обязанностей субъектов правоотношений, отсутствие процедурно-процессуальных норм и гарантий реализации предоставляемых прав, пробельность, обилие отсылочных норм. Углубление демократических основ функционирования средств массовой информации, гарантированное расширение гласности пока не проявили себя в проекте закона как его основные положения».

Действительно, официальный проект закона о печати и других средствах массовой информации и по содержанию, и по механизму своего создания опоздал, как минимум, на пять лет, что в ту перестроечную пору означало – на целую эпоху. Когда в кабинетах ЦК КПСС спорили, стоит ли хотя бы для проформы провозгласить отсутствие цензуры, в реальной медийной сфере уже полным ходом шли неподконтрольные властям процессы. Появились даже первые негосударственные информационные агентства: «Интерфакс», «Постфактум» и другие. Однако их правовой статус

складывался не на основе законодательства о СМИ (его еще просто не существовало), а на базе индивидуальных политических решений высшего партийного руководства.

Происходившие в сфере массовой информации процессы настоятельно требовали скорейшего принятия закона о печати, который превратил бы гласность как привилегию, раздаваемую по воле Политбюро ЦК КПСС, в реальную свободу СМИ, в юридически гарантированное право всех и каждого.

Разумеется, сторонников свободы прессы мог удовлетворить не любой закон, а только такой, который воплотил бы идеи свободы выражения мнений, права на информацию, запрета цензуры, редакционной независимости и т.д. Именно о таком законе речь шла на «круглом столе», организованном редакцией газеты «Московские новости» и Союзом журналистов СССР в июне 1988 г. Создатели инициативного авторского проекта пришли на этот круглый стол с почти готовым текстом, но не стали этот полуфабрикат никому показывать: гораздо важнее было послушать мэтров отечественной журналистики, чтобы понять, чего они хотят от будущего закона и чего они категорически не приемлют.

К 12 июля 1988 года инициативный авторский проект закона о печати был готов. Такая быстрота его подготовки не должна вызывать удивление: этому предшествовали многие годы научной работы каждого из авторов над правовыми проблемами организации и функционирования СМИ в современном мире. Называя свой проект инициативным авторским, его создатели тем самым подчеркивали, что, с одной стороны, взялись за его подготовку не по чьему-либо поручению, трудились над ним в свободное от работы время и не получали за это никакого материального вознаграждения. С другой стороны, такое определение про-

екта означало: все, что записано в его статьях отражает только собственное мнение авторов, а не позицию институтов, в которых мы тогда работали – Института государства и права АН СССР и Всесоюзного юридического заочного института (ныне – Московская государственная юридическая академия им. О.Е.Кутафина).

Все сказанное выше предопределило особенности инициативного авторского проекта:

- политическая характеристика СМИ дается только в преамбуле закона. Она имеет исключительно ритуальный и юридически ничтожный характер. Ее задача – отвлечь внимание оппонентов, усыпить их бдительность;
- максимально возможное число норм прямого действия;
- конкретная регламентация порядка учреждения, регистрации и функционирования СМИ, получения и распространения информации, реализации права на ответ и опровержение;
- широкое использование механизмов судебной защиты;
- детальная регламентация статуса СМИ, журналиста, учредителя, издателя, редактора, редколлегии и их взаимоотношений;
- введение нетрадиционных мер ответственности за некоторые правонарушения, совершенные путем использования СМИ (проект предполагал, например, при установлении факта цензуры указывать в распространяемых сообщениях и материалах на наличие купюр, частичных или полных изъятий, а также фамилию, имя и должность лица, совершившего акт цензуры; кроме того, проект предусматривал за недобросовестную информацию такое наказание, как запрет журналисту подписывать подготовленные им материалы и сообщения псевдонимом).

На что рассчитывали авторы, создавая свой проект? Разумеется, на чудо! Они прекрасно понимали, что дальнейшая судьба проекта будет зависеть от того, станет ли он достоянием общественности и получит ли ее поддержку. Именно поэтому важно было как можно скорее и как можно шире опубликовать его.

Однако, власти с помощью цензоров из Главлита СССР сделали все, чтобы инициативный авторский проект не стал достоянием гласности. Получался замкнутый круг: чтобы опубликовать проект закона о печати, провозглашающий свободу СМИ, нужно сначала принять закон о запрете цензуры. Впрочем, в Эстонии контроль цензуры, особенно в отношении изданий на национальных языках, был уже довольно поверхностный. Вот почему 14 октября 1988 года авторам удалось напечатать проект сначала в спортивной газете «Spordileht» («Спортивные новости») на эстонском языке, а спустя неделю, 21 октября – в газете «Молодежь Эстонии» - на русском. Такое стало возможно благодаря личным контактам авторов в Союзе журналистов Эстонской ССР.

Должен признаться, что, отправляя проект с оказией в Таллин, автор настоящей статьи счел возможным внести в текст одну немаловажную поправку. Дело в том, что при обсуждении вопроса о конфиденциальности источника журналистской информации двумя голосами против одного была принята формулировка: «Средство массовой информации не вправе раскрывать источник своей информации и называть лицо, предоставившее сведения с условием неразглашения его имени, за исключением случаев, когда соответствующее предписание поступило от суда, прокуратуры, органов следствия или дознания в связи с находящимися в их производстве уголовными делами». Поскольку пагубность столь низкого уровня защиты тайны источника информации была для автора настоящей статьи очевидна, постольку он воспользо-

вался ситуацией, чтобы оставить в этой формулировке только суд. Именно с такой формулировкой проект и был впервые опубликован. Авторы сообща решили, что в такой ситуации возвращать прежнюю формулировку было бы неправильно.

Впоследствии проект неоднократно публиковался в советских, преимущественно молодежных, газетах и журналах – для перепечатки материалов из других подцензурных изданий уже не требовалось разрешения органов Главлита. Поэтому, пока официальный проект продолжал оставаться за пределами гласности, инициативный авторский проект стал предметом оживленных общественных дискуссий. Его обсуждали в писательских и журналистских организациях, на факультетах журналистики, и даже на Форуме социальных новаторов СССР. Большой интерес вызвал проект у зарубежной прессы, особенно после того, как был представлен членом советской делегации Ю.М. Батуриным на общеевропейском Информационном форуме СБСЕ, проходившем в Лондоне в апреле--мае 1989 г.²⁷

Именно благодаря тому, что тогдашний министр иностранных дел СССР и член Политбюро ЦК КПСС Э.А. Шеварднадзе намеревался представить на форуме инициативный авторский проект закона о печати как зримый символ гласности, удалось сломить сопротивление Главлита, долго блокировавшего издание проекта отдельной брошюрой. Только после телефонного звонка из МИДа цензура согласилась поставить на брошюре разрешительный штамп, который и сейчас можно найти там, на последней странице, среди прочих выходных данных, в виде странного для непосвященных индекса «А-00547»²⁸.

²⁷ Лондонский информационный форум СБСЕ: сборник научно-информационных материалов. – М.: АН СССР. Ин-т научной информации по общественным наукам. 1990.

²⁸ Батурин Ю.М., Федотов М.А., Энтин В.Л. Закон СССР о печати и

Как вносили проект Закона о печати

В свою очередь, именно издание брошюры позволило ее авторам в буквальном смысле слова внести свое детище на I Съезд народных депутатов СССР. В книге «Эпоха Ельцина» эта история изложена следующим образом: «Авторы альтернативного официальному проекта Закона о свободе печати Ю. Батулин, М. Федотов и В. Энтин, издавшие за свой счет текст в виде небольшой брошюры, набивали ее экземплярами карманы и портфели, чтобы раздавать на I съезде депутатам.

Однажды, выходя из Кремлевского дворца, Батулин увидел в метре от себя Ельцина, подошел, представился и, на ходу подписывая брошюру, сказал:

- Хочу вам подарить наш проект и попросить поддержать его.

- А у меня уже есть такая книжечка, -- ответил Ельцин, и, скорее всего, так оно и было -- троица соавторов к тому времени раздала и разослала журналистам и депутатам несколько сотен экземпляров.

- Ну, будет еще одна, с автографами авторов, -- не совсем скромно сказал Батулин и протянул даже не один, а пяток брошюр.

- Там принципиальные вещи написаны, -- продолжал Ельцин, пока они спускались к Кутафьей башне, — мы обязательно будем поддерживать и цензуру запретим»²⁹.

Конечно, для депутатов-журналистов – а их было свыше пятидесяти – инициативный авторский проект не был в новинку. Многие из них даже включили в свои предвыборные программы требование скорейшего его принятия. После того, как депутаты-журна-

других средствах массовой информации. Инициативный авторский проект. М.: Юридическая литература. 1989.

²⁹ Эпоха Ельцина: Очерки политической истории. Издание второе. – М.: Президентский центр Б.Н.Ельцина, 2011. С. 490.

листы передали брошюру с инициативным авторским проектом в секретариат Съезда, он стал документом официальной законодательной инициативы.

Летом 1989 года борьба за Закон «О печати и других средствах массовой информации» вступила в новую фазу: в Верховном Совете СССР была создана Рабочая группа, которой предстояло предложить парламенту окончательный текст законопроекта. В состав ее вошли: народные депутаты СССР, члены Комитета по законодательству Н.В. Федоров (руководитель группы), К.Д. Лубенченко, А.Е. Себенцов, Г.Х. Шахназаров, члены Комитета по гласности А.С. Ежелев, Б.Н. Никольский, М.Н. Полторанин, консультант журнала «Журналист» Н.В. Вайнонен, начальник юридического отдела Гостелерадио СССР В.К. Жарков, инструктор Идеологического отдела ЦК КПСС М.М. Рассолов, заведующий отделом Союза журналистов СССР В.М. Сергеев, член коллегии Госкомпечати СССР М.В. Шишигин и, наконец, создатели инициативного авторского проекта.

Разумеется, Закон о печати отнюдь не сразу стал таким, каким вступил в силу 1 августа 1990 г. На начальном этапе соревновались два проекта: так называемый «официальный», представленный депутатам за подписью тогдашнего главного редактора газеты «Правда» В.Г. Афанасьева, и инициативный авторский. Представители ведомств были крайне встревожены. Союз журналистов СССР дипломатично поддерживал оба проекта. Рабочая группа сумела добиться консенсуса: каждый чем-то поступился, но что-то и выиграл. По сравнению с инициативным авторским проектом в законопроекте появилось 2 новых статьи. В то же время в инициативном авторском проекте было забраковано лишь 9 статей, что составляло 15 процентов его содержания. В конечном итоге в Законе СССР «О печати и других средствах массовой информации» оказались использованы три четверти инициативного авторско-

го проекта, где составили примерно 74 процента нормативного текста.

Предложенный Рабочей группой законопроект был вскоре одобрен в двух комитетах Верховного Совета СССР: по вопросам законодательства и по вопросам гласности. Казалось, ничто теперь не может помешать обсуждению проекта в первом чтении. Однако тут вмешались ответственные руководители из ЦК КПСС. Председателя Рабочей группы Николая Федорова³⁰ и нескольких его коллег-депутатов вызвали к секретарю и члену Политбюро ЦК КПСС Вадиму Медведеву. Участники встречи потом рассказывали, что беседа длилась часа три. Требования сводились к двум позициям: исключить граждан из числа возможных учреждений СМИ и узаконить предварительную цензуру.

И хотя депутаты не уступили, 24 ноября раздали для обсуждения в первом чтении уже новый текст законопроекта – «исправленный и дополненный», но не имеющий подписей председателей Комитетов. Подлог был замечен депутатами – членами Рабочей группы. Депутат Анатолий Ежелев от имени Комитета по гласности заявил, что никакого отношения к «анонимному проекту» не имеет. Председательствующий, А.И. Лукьянов, признал неточность и указал на другого автора -- Комитет по законодательству. Тогда поднялся депутат Николай Федоров и официально заявил, что и Комитет по законодательству никакого отношения к «анонимному тексту» не имеет. Во избежание скандала обсуждение законопроекта было перенесено на следующий день.

Голосование по законопроекту состоялось уже на следующем заседании, 27 ноября 1989 года. Оно показало решительную поддержку проекта, который был представлен Рабочей группой: 376 – за; 8 – против; 13

³⁰ Ныне – заместитель председателя Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации.

– воздержались. Правда, и при одобрении проекта не обошлось без некоторых симптоматичных «неточностей». Именно благодаря этим «ошибкам» политически грамотных машинисток в проекте появились «альтернативные варианты» статей 6 и 42.

Что же представляли собой эти альтернативы, внесенные, как было указано в тексте, «группой народных депутатов СССР»? Изменения в статье 6 были нацелены на то, чтобы из числа субъектов права на учреждение СМИ исключить граждан. Главные доводы: во-первых, «нам не нужны доморощенные Шпрингеры»; во-вторых, «дельцы теневой экономики скупают всю бумагу и монополизируют прессу».

Разумеется, реальные мотивы были совершенно другие, тем более что концерн Шпрингера – сущая безделица по сравнению с советской концентрацией печати, радио и телевидения в руках партии-государства. Оппоненты законопроекта были убеждены, что именно от частных СМИ, принадлежащих гражданам, будет исходить главная угроза партийно-государственной монополии в сфере массовой информации. Как показали последующие события, куда большую опасность представляли трудовые коллективы редакций. Именно они первыми почувствовали возможность освободиться от своих прежних «хозяев», выступив учредителями тех газет и журналов, которые выпускали.

Альтернативный вариант статьи 42 также был нацелен на сохранение существовавших десятилетиями порядков. Он делал для учредителя и издателя исключение из общего правила о недопустимости вмешательства в деятельность редакций. Фактически это означало предоставление учредителям и издателям права непосредственно вмешиваться в работу редакций, требовать предварительно согласовывать материалы и сообщения, запрещать их публикацию, вы-

брасывать из них отдельные фрагменты. Но чем же это лучше цензуры, торжественно запрещенной в первой статье проекта? Кроме того, ничто не мешает учредителю или издателю поручить выполнение своих «контрольных полномочий» некоему специализированному учреждению – и вот уже возродилось особое цензурное ведомство.

Конечно, парировали эти предложения члены Рабочей группы, учредитель должен обладать определенным набором прав, позволяющих ему влиять на деятельность того средства массовой информации, которое он учредил. Согласно законопроекту, именно учредитель утверждает программу деятельности СМИ и редакционный устав. Предусмотрена и возможность заключения договора между учредителем и редакцией. Именно в этих трех документах должны получить закрепление конкретные права и обязанности сторон. Причем совершенно очевидно, что в каждом конкретном случае их содержание будет существенно отличаться и устав, скажем, «Литературной газеты» приобретет мало общих черт с уставом «Московского комсомольца».

Конечно, уже и тогда было ясно, что многие учредители попытаются протащить в редакционные уставы и договоры с редакцией идею предварительной цензуры, аргументируя это затасканным афоризмом: «Кто платит, тот и заказывает музыку». Но во-первых, платит-то читатель, зритель, а следовательно, именно его интересы должны учитываться в первую очередь; а во-вторых, закон возлагает ответственность за содержание распространенной информации на редакцию и ее руководителя – главного редактора. Иными словами, здесь действует другой принцип -- «Кто пишет, подписывает, кто играет музыку, тот и отвечает за каждую строку, за каждую ноту». Поэтому учредитель, освобожденный по закону от ответственности за со-

держание СМИ, не имеет ни морального, ни какого-либо иного права водить рукой редактора.

Альтернативные варианты касались только двух статей законопроекта, но меняли суть всего документа с точностью «до наоборот». Свободе массовой информации они предлагали альтернативу – отсутствие свободы массовой информации. Понятно, что такие «альтернативные варианты» встретили сильное сопротивление со стороны демократической общественности в ходе широкого обсуждения законопроекта и не попали в окончательный текст, подготовленный ко второму чтению.

Второе чтение проекта Закона о печати началось 7 июня и завершилось 12 июня 1990 г. триумфальным принятием Закона СССР «О печати и других средствах массовой информации». Примечательно, что официальная сравнительная таблица, содержащая текст статей с предложенными депутатами изменениями, была весьма короткой: она содержала в основном редакционные поправки к нескольким статьям законопроекта. Единственное серьезное изменение касалось статьи 38 «Случаи освобождения от ответственности за распространение сведений, не соответствующих действительности». Содержащийся здесь перечень был дополнен случаем, когда распространенные сведения «содержались в авторских выступлениях, идущих в эфир без предварительной записи, либо в текстах, не подлежащих редактированию».

Но, помимо этого, депутатам раздали письма их коллег, писателей С.П. Залыгина и В.И. Белова. Оба народных избранника крайне отрицательно оценивали законопроект и требовали отложить его принятие, предупреждая: «Принятие Верховным Советом СССР законопроекта в предлагаемом виде явилось бы грубой ошибкой законодательного органа». В этой связи обратим внимание на важное замечание профессора

Татьяны Москальковой, Уполномоченного по правам человека в РФ: «Демократические преобразования начала 1990-х годов, открывшие дорогу многим правам и свободам человека и гражданина, а в целом – путь к построению нового цивилизационного пространства, сопровождались, к сожалению, отрицательными, а в ряде случаев, я бы сказала, трагическими ситуациями, связанными с крушением прежних идеалов и морально-нравственных установок, в том числе во взглядах на построение коммунистического будущего»³¹.

Одновременно с принятием Закона Верховный Совет СССР принял постановление «О введении в действие Закона СССР «О печати и других средствах массовой информации»³². Этот документ не только ввел в действие принятый закон с 1 августа 1990 г., но и поручил правительству до конца года подготовить и внести проекты законов, регулирующих вопросы охраны государственных и иных тайн, а также деятельности «отдельных средств массовой информации, включая телевидение и радио». Профильным парламентским комитетам было поручено подготовить и внести «проект закона, регулирующего право граждан на информацию». Однако ни одно из этих поручений на союзном уровне выполнено не было. Напротив, российский законодатель отчасти выполнил эти поручения, приняв соответствующие федеральные законы³³.

³¹ Москалькова Т.Н. Конституционные права и свободы человека и гражданина: проблемы регулирования и защиты. / Конституция Российской Федерации: К 25-летию принятия Основного Закона: Текст. Комментарии. Алфавитно-предметный указатель. – М.: Статут. 2018. С. 151.

³² Постановление Верховного Совета СССР от 12 июня 1990 г. № 1553-1 «О введении в действие Закона СССР «О печати и других средствах массовой информации». – Ведомости СНД СССР и ВС СССР, 1990, № 26, ст. 493.

³³ Закон Российской Федерации от 21 июля 1993 г. № 5485-1 «О государственной тайне», Федеральный закон от 29 июля 2004 г. № 98-

Принципиальное значение имела содержащаяся в постановлении Верховного Совета СССР норма, согласно которой положения статей 8 и 9 Закона о печати распространяются не только на вновь создаваемые СМИ, но и «на средства массовой информации, созданные до введения в действие» Закона «О печати и других средствах массовой информации». При этом уточнялось, что такие СМИ не подлежат регистрации «по основаниям, предусмотренным статьей 11» данного Закона. Это положение стало одним из краеугольных камней, на которых была построена правовая позиция Министерства печати и массовой информации РСФСР в вопросе легализации средств массовой информации, представленных к регистрации трудовыми коллективами их редакций.

Как применяли Закон о печати

Писатель Григорий Бакланов вспоминал: «Оглядываясь в недавнее прошлое, все больше убеждаюсь: закон о печати приняли по недосмотру, просто депутаты оплошали. Нынешние ни за что не пропустили бы его. Где это видано, чтобы власть сама на себя надевала смиренную рубашку? Но помогли два обстоятельства: некоторый дух вольности, который ощутило общество, и твердое убеждение, что законы у нас пишут для наглядности, исполнять их не обязательно. Приняли и этот»³⁴.

Закон СССР «О печати и других средствах массовой информации» вступил в силу 1 августа 1990 года. К

ФЗ «О коммерческой тайне», Федеральный закон от 22 декабря 2008 г. № 262-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации», Федеральный закон от 9 февраля 2009 г. «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» и т.д.

³⁴ Бакланов Г.Я. Входите узкими вратами: Невыдуманные рассказы. – М.: РИК «Культура». 1995. С. 58.

этому моменту заинтересованные правительственные ведомства уже подготовили подзаконные акты, призванные «переварить» демократические нормы закона таким образом, чтобы обеспечить сохранность старых порядков. Закон не должен изменить статус кво – таков был главный тренд.

Именно это направление было характерно для Временного положения о Главлите, утвержденного Советом Министров СССР 24 августа 1990 года. Согласно этому нормативному правовому акту, общесоюзный цензурный орган, неизменно с 6 июня 1922 г. именовавшийся Главлитом³⁵ (изначально эта аббревиатура расшифровывалась как Главное управление по делам литературы и издательств, а позднее – как Главное управление по охране государственных тайн в печати при Совете Министров СССР) получил аббревиатуру ГУОТ.

Предполагалось, что цензура будет продолжать свою деятельность, как и прежде, но только теперь – «на договорных началах» с редакциями СМИ. Об этом говорилось в подпункте «г» пункта 4 Временного положения, из которого следовало, что ГУОТ «осуществляет на договорной основе рассмотрение и консультирование материалов, распространяемых через печать и другие средства массовой информации, в целях выявления в них сведений, запрещенных к опубликованию; в случае обнаружения таких сведений информирует об этом руководителей органов печати и других средств массовой информации». Для реализации этих функ-

³⁵ Цензура как самостоятельное государственное учреждение была учреждена декретом СНК РСФСР 6 июня 1922 г. «В целях объединения всех видов цензуры печатных произведений, — гласил этот акт, — учреждается Главное управление по делам литературы и издательств при Народном Комиссариате Просвещения и его местные органы при губернских отделах народного образования». – Цит. по: Сахаров С. И. Законы о печати. М., 1923. С. 24.

ций ГУОТ мог создавать на принципах хозяйственного расчета производственно-редакторские организации.

Вместе с тем ГУОТ наделялся правом разрабатывать и издавать «перечень сведений, запрещенных к опубликованию, приказы и инструкции, обязательные для исполнения министерствами, ведомствами, организациями, органами печати и другими средствами массовой информации при подготовке материалов к публичному распространению». К его ведению относилось также рассмотрение вывозимых за границу, «в том числе в международных почтовых отправлениях, или предназначенных для передачи иностранным организациям и лицам текстовые, аудио- и аудиовизуальные материалы в целях выявления в них сведений, запрещенных к опубликованию». Контролировал ГУОТ и поступающие из-за рубежа иностранные печатные издания, аудио- и аудиовизуальные материалы³⁶. Иными словами, получалась вполне полномасштабная цензура.

Другим показательным примером может служить постановление Совета Министров СССР от 2 августа 1990 года о порядке регистрации СМИ³⁷. Здесь предусматривалось, в частности, что периодические печатные издания регистрируются Государственным комитетом СССР по печати, аудио- и аудиовизуальные СМИ – Государственным комитетом СССР по телевидению и радиовещанию, а информацион-

³⁶ Постановление Совета Министров СССР от 24 августа 1990 г. № 843 «Об утверждении Временного положения о Главном управлении по охране государственных тайн в печати и других средствах массовой информации при Совете Министров СССР». - СП СССР, 1990, № 24, ст. 115.

³⁷ Постановление Совета Министров СССР от 2 августа 1990 г. № 770 «О порядке регистрации, взимании и размерах сборов за выдачу свидетельств о регистрации средств массовой информации, рассчитанных на общесоюзную аудиторию». – СП СССР, 1990. № 19, ст. 98.

ные агентства – в Телеграфном агентстве Советского Союза (ТАСС). Тем самым легитимация новых СМИ была поставлена в зависимость от усмотрения их государственных конкурентов.

Примечательно, что на указанные общесоюзные органы государственного управления возлагалась и регистрация СМИ, учрежденных Минобороны, МВД и КГБ СССР, вне зависимости от того, на какую аудиторию рассчитаны эти средства массовой информации. Тем самым открыто и явно нарушался территориальный принцип регистрации СМИ, закрепленный в статье 8 Закона СССР «О печати и других средствах массовой информации», согласно которому заявления о регистрации СМИ, рассчитанных на общесоюзную аудиторию, подаются учредителями в органы государственного управления, определяемые Советом Министров СССР, а заявления о регистрации СМИ, рассчитанных на республиканскую или местную аудиторию, – «в соответствующие исполнительные и распорядительные органы». Никаких исключений для СМИ силовых ведомств закон не предусматривал.

Следует отметить, что территориальный принцип регистрации СМИ, впервые предложенный в инициативном авторском проекте (статья 11)³⁸, сохранился по сей день в Законе РФ от 27 декабря 1991 г. «О средствах массовой информации» (ред. от 06.06.2019).

К тому моменту, когда вышло указанное выше постановление союзного правительства, на территории

³⁸ Согласно ст. 11 инициативного авторского проекта закона о печати, «заявление об учреждении средства массовой информации рассматривается в месячный срок со дня его поступления высшими исполнительными-распорядительными органами государственной власти Союза ССР, союзных и автономных республик, исполнительными комитетами местных Советов народных депутатов, на чьей территории предполагается распространение продукции данного средства массовой информации». - Цит. по: Батулин Ю.М., Федотов М.А., Энтин В.Л. Указ. соч. С. 25-26.

РСФСР уже действовал Порядок регистрации СМИ, утвержденный постановлением Совета Министров РСФСР от 27 июля 1990 года³⁹. Этот документ имел временный характер, что подчеркивалось уже в первом его абзаце: порядок регистрации СМИ устанавливался «впредь до принятия и введения в действие Закона РСФСР о свободе слова и средствах массовой информации». И действительно, после принятия и вступления в силу Закона Российской Федерации от 27 декабря 1991 г. «О средствах массовой информации» данное постановление было отменено, и ему на смену пришел новый нормативный правовой акт – постановление Правительства Российской Федерации от 5 апреля 1992 г. № 216 «О порядке взимания регистрационного сбора при регистрации средств массовой информации». При этом никакого правительственного постановления о порядке регистрации СМИ так и не появилось, поскольку сам этот порядок был достаточно детально прописан в российском Законе о СМИ.

Сравнивая союзный и республиканский нормативные правовые акты, определяющие порядок регистрации СМИ, бросаются в глаза их принципиальные отличия, хотя, казалось бы, оба они строились на одной и той же базе – на основе Закона СССР «О печати и других средствах массовой информации» и постановления Верховного Совета СССР от 12 июня 1990 г. «О введении в действие Закона СССР «О печати и других средствах массовой информации». Если союзное постановление ограничивалось фактически только определением государственных органов, ответственных за осуществление регистрации СМИ, то российский нормативный правовой акт детализировал сам процесс регистрации. В частности, здесь предусматри-

³⁹ Постановление Совета Министров РСФСР от 27 июля 1990 г. № 266 «О порядке регистрации средств массовой информации в РСФСР». – СП РСФСР, 1990, № 19, ст. 140.

валось, что заявления о регистрации средств массовой информации, созданных до 1 августа 1990 г., подаются их учредителями. Далее уточнялось: «В случае отсутствия учредителя, а также в случае, когда его права не подтверждаются соответствующими документами, заявление о регистрации может быть подано редакцией. При этом отказ в регистрации и обжалование такого отказа в регистрации производятся по основаниям и в порядке, предусмотренными статьями 11 и 14 Закона СССР «О печати и других средствах массовой информации». И еще одна норма была предусмотрено включена в текст постановления: «Средства массовой информации, созданные до введения в действие настоящего Порядка, имеют преимущественное право на сохранение своего наименования при регистрации».

Таким образом на союзном и республиканском уровнях сформировались две принципиально отличные системы регистрации СМИ. При возникновении споров о том, кто является надлежащим учредителем существующего периодического печатного издания, союзный регистрирующий орган, Госкомпечать СССР (с июля 1991 г. – Министерство информации и печати СССР⁴⁰) отказывался производить регистрацию, предлагая сторонам сначала решить дело в суде или во внесудебном порядке. Напротив, Министерство печати и массовой информации РСФСР исходило из того, что Закон о печати дает право регистрирующему органу отказать в регистрации СМИ только по тем основаниям, которые прямо перечислены в законе, и что наличие спора об учредительстве к таким основаниям не относится.

Разумеется, эти расхождения не были случайными.

⁴⁰ См.: Указ Президента СССР «О назначении тов. Ненашева М.Ф. Министром информации и печати СССР». – Ведомости СНД СССР и ВС СССР, 1991, № 30, ст. 870.

Дело в том, что еще в июне 1990 г., когда Закон о печати уже был принят, но еще не введен в действие, создатели инициативного авторского проекта задумались над тем, каким образом практикующие юристы могли бы помочь существующим СМИ обрести юридическую независимость. Поскольку законодательство о СМИ было совершенно новым и специалистов в этих вопросах просто не могло быть, то была создана группа ученых-юристов как временный творческий коллектив Всесоюзного юридического заочного института (ВЮЗИ, ныне – Московская государственная юридическая академия имени О.Е.Кутафина). Помимо автора этой статьи в группу входили кандидаты юридических наук И.Г. Денисова, Л.Л. Григорян и О.М. Гюрджан.

Эта группа разрабатывала редакционные уставы, помогала готовить протоколы собраний трудовых коллективов и иные документы, необходимые для функционирования СМИ в условиях Закона о печати, для «Огонька», «Комсомольской правды», «Знамени», «Октября», «Известий», «Литературной газеты», «Собеседника» и многих других центральных и местных изданий. Эти юридические наработки использовались и при создании новых СМИ, например, радиостанции «Эхо Москвы». Когда в начале июля 1990 г. только что назначенный Министр печати и массовой информации РСФСР М.Н. Полторанин позвонил автору настоящей статьи с предложением занять пост заместителя министра, главным побудительным мотивом согласиться было стремление помочь становлению независимых СМИ не только интеллектуальным, но и «административным ресурсом».

Разработка правительственного постановления о порядке регистрации СМИ стала для нового Министерства печати и массовой информации РСФСР первой пробой сил, показавшей, что в этой команде можно

многое сделать для практической реализации демократического потенциала Закона о печати. Именно на это и был рассчитан утвердившийся в российском министерстве порядок регистрации СМИ по принципу «first come, first served» («первым пришел, первым обслужился») или «наперегонки в Мининформпечать».

Когда 1 августа 1990 г. Закон СССР «О печати и других средствах массовой информации» вступил в силу, появилось большое число редакционных коллективов, пожелавших воспользоваться правом на учреждение СМИ. Статья 7 Закона о печати устанавливала, что право на учреждение СМИ принадлежит, помимо прочих, «трудовым коллективам». При обсуждении этой нормы в Верховном Совете СССР всех успокоило объяснение создателей инициативного авторского проекта, что упоминание трудовых коллективов в статье 7 касается только многотиражных газет и заводского радио. Но в самом тексте закона подобных ограничений, разумеется, не было.

Воспользовавшись этой нормой, трудовые коллективы редакций целого ряда существующих изданий заявили себя в качестве учредителей и оперативно представили свои газеты и журналы на регистрацию в Министерство печати и массовой информации РСФСР. Первым рискнул стать самостоятельным журнал «Октябрь» – его трудовой коллектив получил Свидетельство о регистрации № 1. Его примеру последовали так называемые «толстые» литературные журналы «Знамя» (№ 20), «Иностранная литература» (№ 25), «Волга» (№ 61), «Дружба народов» (№ 73), «Юность» (№ 112), «Новый мир» (№ 138), «Урал» (№ 225), «Звезда» (№ 383) и другие. Затем покинули своих прежних квази-учредителей газеты «Смена», «Литературная газета», «Мегаполис-Экспресс», журналы «Человек и закон», «Огонек» и т.д. Так начался распад взаимозависимых издательских империй КПСС, ВЦСПС, ВЛКСМ и пр.

В то время как трудовые коллективы редакций осуществляли «юридический захват» своих изданий, прежние квази-учредители продолжали действовать в привычном для них номенклатурном ключе, целиком ориентируясь на Госкомпечать СССР. Наглядный пример – письмо секретаря правления Союза писателей СССР в Госкомпечать СССР от 7 августа 1990 года. «В связи с вступлением в силу Закона СССР «О печати и других средствах массовой информации» прошу установить график перерегистрации периодических изданий Союза писателей СССР». Далее следовал список из семнадцати газет и журналов, многие из которых к тому моменту уже были зарегистрированы в российском Министерстве печати и массовой информации в качестве независимых изданий. Был в этом списке и журнал «Знамя».

Союз писателей СССР оказался единственной организацией, попытавшейся восстановить свои права в отношении «изданий-беглецов» в судебном порядке. Называя себя фактическим учредителем, СП СССР предъявил иск о признании недействительной регистрации журнала «Знамя» в российском Мининформпечати. Однако Союзу писателей не удалось доказать свои права. Министерство как ответчик по данному делу передало суду документы, из которых ясно следовало, что функции фактического учредителя были разделены между ЦК КПСС и его издательством «Правда», но совершенно не принадлежали Союзу писателей СССР.

В своем решении от 11 декабря 1990 г. судебная коллегия по гражданским делам Московского городского суда под председательством судьи В.А. Емышевой констатировала, что «журнал “Знамя” был основан в 1931 г. <...> Союз писателей был образован лишь в 1934 г. и, следовательно, учредителем журнала на момент его создания не был. <...> Отношения Союза писа-

телей СССР и журнала ограничивались только сферой творческих взаимоотношений. Поэтому Союз писателей СССР не может быть признан и фактическим учредителем журнала на момент его регистрации». Верховный Суд РСФСР, оставив в силе отказное решение Мосгорсуда, фактически создал прецедент, который впоследствии не был поколеблен.

Вот как описывал главный редактор журнала «Знамя» Григорий Бакланов процесс регистрации СМИ в Госкомпечати СССР, в Мининформпечати РСФСР и последующий судебный процесс: «Помню, прочли мы закон о печати, увидели, что отныне можем сами стать учредителями журнала, независимыми, никто над нами не будет поворачивать ручки кранов, а нас то ошпарит, то окатит ледяной водой, одним словом, разрешено жить своим умом, прочли и себе не поверили. Однако пригласили юристов, они растолковали нам: можете, составили все нужные бумаги, и 1 августа 1989 года⁴¹ ровно в девять утра, к началу регистрации был я в комитете по печати. Но не один, с юристом, он за меня знал все наши права.

...Наконец, попали мы к девице, у которой на столе лежала большая книга для регистрации. «Оставьте ваше заявление», — сказано было нам холодно, и «заявление» прозвучало, как «прошение». Но не зря юрист сопровождал меня, он потребовал тут же записать нас в эту амбарную книгу, дать номер, под которым мы значимся в ней от сего числа. Как после мы убедились, дело тут было не в обычной неразберихе. Система подала сигнал — «Горим!» — и сомкнулись начальство и рядовые служащие, каждый бежал, кто с ведром, кто с багром, отражать надвигавшийся на них закон.

...И я не сомневался, еще и до редакции не доеду, а отсюда уже доложат по правительственному телефо-

⁴¹ Так в авторском тексте. Разумеется, речь идет о 1 августа 1990 года.

ну в ЦК и в Союз писателей сообщат: мол, не опоздайте подать заявку, журнал вознамерился стать независимым. Так все и произошло. На третий день Союз писателей прислал бумагу, что учредителями будут они, на волю нас не отпустят. И настолько не сомневались, настолько чувствовали себя в своем праве, что даже не стали утвержденную законом заявку подавать, решили, простой записки хватит.

...А тем временем все больше объявлялось желающих стать нашими учредителями: и Союз писателей, и издательство «Правда», и еще кто-то, и даже — типография издательства.

...В последние дни августа, буквально за три дня до конца подписной кампании, Министерство печати и массовой информации России, само только что созданное, зарегистрировало нас, журнал был спасен. И мы уже было вздохнули легко, но тут новая беда: издательство отказалось от аренды помещения: вы, мол, независимы, сами арендуйте, добивайтесь разрешения у исполкома.

...Но мы не думали в тот момент, что нас еще суд ждет.

Пятеро в лавке — Колов с Карповым, Суровцев со Скворцовым, да еще Н. Горбачев — от имени семидесяти с лишним секретарей Союза, которых об этом не спрашивали и не извещали, подали иск: соответствующие слова в соответствующей последовательности были напечатаны на бланке, иск приняли и дело завертелось.

...Мне кажется, истцы наши так и не поверили, что суд — это всерьез. Они сознавали себя частью Системы, которая десятилетиями была неподсудна. Нам еще повезло, что от Министерства печати и массовой информации ответчиком был М. А. Федотов. Тихим голосом, ставя точные вопросы, он раздевал истцов догола, и выяснилось, что из огромного перечня обя-

занностей, которые возлагаются на учредителя, Союз писателей фактически ни одного обязательства не выполнял никогда, а может, и не подозревал, что кроме прав, у него есть и обязанности.

...Мы отстаивали правое дело, мы действовали по Закону, и тем не менее, судье Емышевой на многое нужно было решиться. Это было первое явление Закона о печати на суд, новый Закон и Система вошли в противоречие. И вот прозвучало последний раз:

— Встать! Суд идет!

И мы стоим. Обманет меня предчувствие или не обманет? Несколько раз я замечал, казалось мне, и заседатели и судья вроде бы больше к нам расположены. А это опасно: та сторона, к которой судья не скрывает своего расположения, обречена, приговор вынесут не в ее пользу. Все видели, судья добр, но закон суров. Я смотрю не на судью, стою, опустив глаза. И вся наша редакция так стоит, пока читают приговор. И вот: «Обсудив все собранные доказательства в их совокупности, судебная коллегия пришла к выводу о том, что исковые требования удовлетворению не подлежат.»

Тишина. Долгая пауза. Смысл прочитанного доходит до нас не сразу и не по словам «в их совокупности», а по лицу нашего адвоката мы поняли: победа. И мы аплодируем суду.

— Ну, прямо как дети! — пытается сохранить серьезность судья Емышева.

...Но нам предстоял еще один суд. Зима сменилась весной, весну сменило лето, и вот уже в июне Верховный Суд России признал законное — законным, подтвердил нашу правоту.

...Был ясный солнечный день. От здания Верховного Суда до нашей редакции — рукой подать. Мы шли по улице гурьбой, наверное, шумно шли. По дороге что-то купили, наспех собралось дружное застолье. И решили на радостях, что пусть среди государственных

праздников будет и наш собственный: День независимости журнала, 7 июня, нерабочий день»⁴².

Еще одно поле противостояния российских и союзных властей, открывшееся в результате вступления в силу Закона о печати, — проблема легитимации и дальнейшего существования совместных партийно-советских изданий. Такие газеты имелись как на общероссийском уровне (газета «Советская Россия»), так и на областном, краевом, окружном, районном, городском. За десятилетия советской системы сложилась такая практика, что прибыльные совместные газеты, в основном центральные и областные, находились на балансе Управления делами ЦК КПСС, а все убыточные — на балансе Госкомиздата РСФСР и его органов на местах. При этом, безусловно, далеко не вся издательская и полиграфическая база КПСС за 70 лет сформировалась за счет партийного бюджета. Например, издательство «Лениздат» было в 1949 году решением бюро обкома ВКП(б) изъято из ведения государства и передано обкому; в 1975 году такая же судьба постигла Томскую и Архангельскую областные типографии, в 1984 году — Мурманскую, в 1985 году — Магаданскую и т.д.

Стремясь вернуть хотя бы малую часть утраченной государственной собственности, чтобы наладить выпуск независимых от КПСС государственных и негосударственных газет, Мининформпечати РСФСР развернуло массированную атаку на партийные структуры. 21 августа 1990 г. министр Михаил Полторанин объявил о введении с 1991 г. монопольного распределения газетной и печатных сортов бумаги, произведенной в РСФСР. Он же добился принятия Верховным Советом РСФСР постановления от 22 сентября 1990 г. «О газетах и журналах Верховного Совета РСФСР и газетах местных Со-

⁴² Бакланов Г.Я. Указ. соч. С. 58-61.

ветов народных депутатов»⁴³. В документе говорилось о выражении недоверия редколлегии совместной с ЦК КПСС газеты «Советская Россия», о предложении «передать газету «Советская Россия» Верховному Совету РСФСР, о создании комиссии «по разделу имущества и полиграфической базы московских партийных издательств с учетом необходимой компенсации государственных средств, вложенных в их развитие, и утраченной прибыли», о «возвращении местных издательских мощностей в собственность Советов» и т.д.

Атака завершилась частичной победой – 16 октября Михаилом Полтораниным и управляющим делами ЦК КПСС Николаем Кручиной было подписано Соглашение о взаимодействии в вопросах издательской деятельности, позволившее сломать десятилетиями существовавшую ранее практику. Под угрозой предъявления претензий в отношении прежних прибылей газеты «Советская Россия» ЦК КПСС был вынужден поделиться своими полиграфическими мощностями в издательстве «Московская правда» для обеспечения выпуска только еще появляющейся на свет «Российской газеты». Одновременно стороны договорились о паритетном финансировании тех изданий, которые Советы народных депутатов признают целесообразным выпускать совместно с территориальными организациями КПСС. Впервые КПСС согласилась на равное долевое участие в частичной дотации убыточных партийно-советских изданий и равное обеспечение совместных изданий газетной бумагой.

Как приостанавливали Закон о печати

События августа 1991 г. поставили крест на этой паллиативной конструкции: все имущество КПСС перешло государству⁴⁴, а закрытые в результате прова-

⁴³ Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР, 1990, № 17, ст. 180.

⁴⁴ Указ Президента РСФСР от 25 августа 1991 г. № 90 «Об имуществе

ла ГКЧП главные партийные СМИ перерегистрировались как независимые издания. В указе Президента РСФСР от 22 августа 1991 г. № 76 предусматривалось: «Передать Информационное агентство «Новости» и все расположенные на территории РСФСР издательства и обслуживающие их предприятия, находящиеся в собственности КПСС (кроме издательств и полиграфических предприятий, расположенных на территории республик в составе РСФСР), в ведение Министерства печати и массовой информации РСФСР».

Указ предусматривал также временное – при этом срок не указывался – приостановление выпуска главных партийных газет: «Имевшие место в СССР государственный переворот и попытка насильственного свержения законной власти в России показали опасность монополизации средств массовой информации, функционирующих на территории РСФСР. ТАСС, Информационное агентство «Новости», а также газеты «Правда», «Советская Россия», «Гласность», «Рабочая трибуна», «Московская правда», «Ленинское знамя» и другие вели активную кампанию клеветы против представителей законной власти, дезинформировали народ и по сути явились соучастниками государственного переворота». В этой связи глава Российской Федерации постановил: «За активную поддержку противозаконных действий ГКЧП СССР и пропаганду акций, направленных на насильственное свержение конституционного строя, временно приостановить выпуск газет «Правда», «Советская Россия», «Гласность», «Ра-

КПСС и Коммунистической партии РСФСР» предусматривал: «Объявить государственной собственностью РСФСР все принадлежащее КПСС и Коммунистической партии РСФСР недвижимое и движимое имущество, включая денежные средства в рублях и иностранной валюте, помещенные в банках, страховых, акционерных обществах, совместных предприятиях и иных учреждениях и организациях, расположенных на территории РСФСР и за границей». – Ведомости СНД и ВС РСФСР, 29.08.1991, № 35, ст. 1164.

бочая трибуна», «Московская правда», «Ленинское знамя» как изданий КПСС»⁴⁵.

Следует признать, что приостановление выпуска зарегистрированных газет указом главы Российской Федерации не основывалось на Законе СССР «О печати и других средствах массовой информации». Статья 13 данного закона допускала возможность прекращения выпуска средства массовой информации по решению регистрационного органа (то есть, в данном случае Госкомпечати СССР) или суда. Основанием такого решения закон называл повторное в течение года нарушение требований части 1 статьи 5 Закона о печати, а именно, использование СМИ «для разглашения сведений, составляющих государственную или иную охраняемую законом тайну, призыва к насильственному свержению или изменению существующего государственного и общественного строя, пропаганды, войны, насилия и жестокости, расовой, национальной, религиозной исключительности или нетерпимости, распространения порнографии, в целях совершения иных уголовно наказуемых деяний». В данном случае, безусловно, речь могла идти о призывах к насильственному изменению государственного строя, однако признак повторности не просматривался.

Правда, в анализируемом указе речь шла не о прекращении, а о временном приостановлении выпуска главных газет КПСС. Такая санкция как приостановление выпуска СМИ вообще не была предусмотрена Законом о печати. В этом смысле можно говорить об отсутствии прямого противоречия между союзным законом и указом главы субъекта федерации. Однако отсутствие противоречия еще не означает призна-

⁴⁵ Указ Президента РСФСР от 22 августа 1991 г. № 76 «О деятельности ТАСС, Информационного агентства «Новости» и ряда газет по дезинформации населения и мировой общественности о событиях в стране».

ние правомерности, законности изданного акта, поскольку принцип «разрешено всё, что не запрещено», к деятельности органа публичной власти применяться не может.

Следует признать, что Президент РСФСР был наделён полномочиями для принятия мер «по обеспечению государственной и общественной безопасности Российской Федерации» (пункт 11 статьи 121.5 Конституции РСФСР 1978 г. в ред. от 24 мая 1991 г.). Однако и при таком подходе юридическая чистота решения о приостановлении выпуска газет вызывает сомнения.

Приостановление выпуска главных газет КПСС длилось около трех недель. По рекомендации автора настоящей статьи главные редакторы закрытых изданий провели собрания трудовых коллективов редакций, на которых были приняты решения представить на регистрацию существующие газеты в качестве учреждаемых заново. Необходимые для этого правовые основания нашлись в Законе о печати. Во-первых, трудовой коллектив редакции может быть учредителем СМИ (статья 7). Во-вторых, в случае прекращения выпуска СМИ трудовой коллектив редакции имеет преимущественное право на учреждение СМИ с тем же названием (статья 13), в-третьих, деятельность учредителя этих газет была прекращена на территории Российской Федерации⁴⁶.

С учетом изложенных выше правовых оснований

⁴⁶ Указ Президента РСФСР от 25 августа 1991 г. № 90 «Об имуществе КПСС и Коммунистической партии РСФСР» был издан, как сказано в первом абзаце, «в связи с роспуском ЦК КПСС и приостановлением деятельности Коммунистической партии РСФСР». – Ведомости СНД и ВС РСФСР, 29.08.1991, № 35, ст. 1164. Позднее этот вопрос был окончательно решен в Указе Президента РСФСР от 6 ноября 1991 г. № 169 «О деятельности КПСС и КП РСФСР», где было установлено: «Прекратить на территории РСФСР деятельность КПСС, КП РСФСР, а их организационные структуры распустить». – Ведомости СНД и ВС РСФСР, 07.11.1991, № 45, ст. 1537.

Министерство печати и массовой информации РСФСР зарегистрировало газеты, выпуск которых был временно приостановлен, но уже не в качестве изданий КПСС. Указ Президента РСФСР от 11 сентября 1991 г. № 111 «О мерах по защите свободы печати в РСФСР» признал утратившим силу решение о приостановлении выпуска газет «Правда», «Советская Россия», «Гласность», «Рабочая трибуна», «Московская правда», «Ленинское знамя» и одновременно констатировал: «Принять к сведению, что указанные газеты зарегистрированы Министерством печати и массовой информации РСФСР как независимые издания»⁴⁷.

Данный нормативный правовой акт главы Российской Федерации завершает тему соблюдения Закона о печати в контексте преодоления попытки государственного переворота в августе 1991 года. Впервые эта тема прозвучала в Указе Президента РСФСР от 21 августа 1991 г. № 69 «О средствах массовой информации в РСФСР», в преамбуле которого говорилось: «Группой лиц, объявивших себя Государственным комитетом по чрезвычайному положению в СССР, приняты решения об установлении контроля над средствами массовой информации и создании специального органа, по сути осуществляющего функции политической цензуры, а также о закрытии целого ряда демократических изданий. Всесоюзная телерадиокомпания фактически стала одним из главных орудий в осуществлении антиконституционного переворота. Таким образом предпринята попытка отмены Закона СССР «О печати и других средствах массовой информации». В результате этих действий поставлена под серьезную угрозу свобода слова как реальное завоевание демократии»⁴⁸.

⁴⁷ Указ Президента РСФСР от 11 сентября 1991 г. № 111 «О мерах по защите свободы печати в РСФСР». – Ведомости СНД и ВС РСФСР, 12.09.1991, № 37, ст. 1199.

⁴⁸ Указ Президента РСФСР от 21 августа 1991 г. № 69 «О средствах

Согласно этому указу, отменялись «решения, изданные Комитетом по чрезвычайному положению в СССР, в отношении средств массовой информации, как не имеющие юридической силы с момента их издания». Одновременно Министерству печати и массовой информации РСФСР поручалось «обеспечить функционирование средств массовой информации на территории РСФСР в соответствии с Законом СССР «О печати и других средствах массовой информации».

В целях преодоления монополии ГКЧП в общенациональном телерадиоэфире было произведено перераспределение основных медийных активов: Всесоюзная телерадиокомпания была передана в ведение Правительства РСФСР, а «Второй общесоюзный телевизионный канал» - в управление Всероссийской государственной телевизионной и радиовещательной компании (ВГТРК) «для создания общереспубликанской телесети». Ход мыслей Президента РСФСР точно уловил выдающийся российский социолог Даниил Дондурей: «Я вспоминаю высказывание Ельцина, сравнившего телевидение с силовым ведомством. Министерство обороны, секретные службы, милиция, ФСБ – все это детский сад по сравнению с телевидением»⁴⁹.

Перераспределение основных медийных активов было продолжено упоминавшимся выше указом от 22 августа 1991 г. № 76. Наконец, финальную точку поставил указ от 11 сентября 1991 г. № 111, который поручил Министерству печати и массовой информации РСФСР «обеспечить восстановление в полном объеме принципа свободы печати и принятие предусмотренных законодательством мер к организациям и лицам, на-

массовой информации в РСФСР». – Ведомости СНД и ВС РСФСР, 22.08.1991, № 34, ст. 1143.

⁴⁹ Дондурей Даниил. Навстречу. – М.: Искусство кино. Подписные издания. 2019. С. 112.

рушающим Закон СССР «О печати и других средствах массовой информации».

Этим же указом при Мининформпечати РСФСР была образована Государственная инспекция по защите свободы печати и массовой информации – уникальный орган государственного надзора, призванный осуществлять свою деятельность во взаимодействии не только с другими органами исполнительной власти, но и со «средствами массовой информации, творческими союзами, ассоциациями журналистов».

К числу основных задач вновь созданного государственного органа относилось, в частности, «содействие развитию процессов демонополизации в сфере массовой информации, осуществлению профессиональных прав и обязанностей работников средств массовой информации и издательских работников; формирование культуры массовой информации, укрепление правовых, профессиональных и нравственных основ деятельности средств массовой информации». В функции Государственной инспекции входило, в частности, принятие предусмотренных законодательством мер по недопущению как злоупотребления свободой массовой информации, так и цензуры, регистрация и перерегистрация СМИ, изучение отечественного и зарубежного опыта защиты прав и свобод, а также регулирования ответственности в сфере массовой информации и т.д.⁵⁰

При том, что на работу в Государственную инспекцию были приняты некоторые бывшие сотрудники

⁵⁰ См.: постановление Совета Министров РСФСР от 25 октября 1991 г. № 566 «Вопросы Государственной инспекции по защите свободы печати и массовой информации при Министерстве печати и массовой информации РСФСР»; постановление Правительства Российской Федерации от 9 сентября 1993 г. № 902 «Вопросы Государственной инспекции по защите свободы печати и массовой информации при Министерстве печати и информации Российской Федерации». – Собрание актов Президента и Правительства РФ, 20.09.1993, № 38, ст. 3526.

Главлита СССР (например, заместитель начальника ГУОТ СССР В.А.Солодин) по сути дела это был орган государственной анти-цензуры. К сожалению, в процессе разделения Министерства печати и информации РФ на Комитет по печати и Федеральную службу по телевидению и радиовещанию в 1994 году Государственная инспекция по защите свободы печати была ликвидирована⁵¹. Когда впоследствии вновь создавался единый надзорный орган в сфере массовой информации (изначально - Росохранкультура, ныне - Роскомнадзор), опыт Государственной инспекции оказался невостребованным, хотя, безусловно, он ждет своего исследователя⁵². Несомненный интерес представляет, в частности, сравнительный анализ компетенции и практики обоих надзорных органов – Государственной инспекции по защите свободы печати и массовой информации и Роскомнадзора.

Закон СССР «О печати и других средствах массовой информации» проработал около полутора лет. После распада Советского Союза на смену Закону о печати пришли республиканские законы, многие из которых частично, а то и полностью воспроизводили значительное число норм союзного закона. В Российской Федерации 27 декабря 1991 г. был принят Закон РФ «О средствах массовой информации», ставший средством конкретизации и дальнейшей демократизации Закона о печати. Хотя оба текста создавались одними и теми

⁵¹ Постановление Правительства Российской Федерации от 6 июля 1994 г. № 810 «О ликвидации Государственной инспекции по защите свободы печати и массовой информации при бывшем Министерстве печати и информации Российской Федерации». – Собрание законодательства РФ, 18.07.1994, № 12, ст. 1398.

⁵² Постановление Правительства Российской Федерации от 17 июня 2004 г. № 301 «О Федеральной службе по надзору за соблюдением законодательства в сфере массовых коммуникаций и охране культурного наследия». – Собрание законодательства РФ, 28.06.2004, № 26, ст. 2671.

же авторами⁵³, однако произошедшие в стране перемены были столь разительны – развал Союза ССР, запрет КПСС, – что республиканский вариант оказался значительно радикальнее, полнее и точнее.

Сравнивая союзный Закон о печати (1990) и российский Закон о СМИ (1991), легко увидеть, что они имеют общую концептуальную базу. Различия предопределяются, прежде всего, уровнем детализации механизмов правового регулирования. Так, вместо содержавшейся в союзном законе декларативной нормы, провозглашавшей свободу СМИ и сводившей свободу слова и печати к праву «высказывания мнений и убеждений, поиска, выбора, получения и распространения информации и идей в любых формах, включая печать и другие средства массовой информации» (статья 1 Закона о печати), российский закон закрепил недопустимость ограничения свободы массовой информации, а именно свободы поиска, получения, производства и распространения массовой информации (это полностью покрывало определение, содержавшееся в статье 1 Закона о печати); права учреждать СМИ, владеть, пользоваться и распоряжаться ими; права изготавливать, приобретать, хранить и эксплуатировать технические устройства и оборудование, сырье и материалы, предназначенные для производства и распространения продукции СМИ (статья 1 Закона о СМИ).

Подчеркнем, что в союзном законе речь шла о «свободе средств массовой информации» (статья 1), а в российском, как и впоследствии в статье 29 Конституции РФ 1993 г., – о «свободе массовой информации». На это справедливо обращает внимание профессор Андрей Рихтер: «Отличие принципиальное и означает, что Конституция гарантирует не свободу действий

⁵³ Батурин Ю.М., Федотов М.А., Энтин В.Л. Закон о средствах массовой информации. Республиканский вариант. Инициативный авторский проект. М.: Юридическая литература, 1991.

редакций либо учредителей или владельцев СМИ, а свободу человека искать, получать, передавать, производить и распространять массовую информацию любым законным способом. Неслучайно место этой нормы в главе Конституции о правах и свободах человека и гражданина»⁵⁴.

В отличие от союзного закона, в котором давались определения только понятиям «массовая информация» и «средства массовой информации» (статья 2), российский закон оказался оснащен подробным тезаурусом, содержащим взаимно скоординированные понятия «массовая информация», «средства массовой информации», «редакция», «журналист», «издатель», «распространитель», «продукция средства массовой информации», «распространение продукции средства массовой информации» и т.д. (статья 2).

В рамках данной статьи, разумеется, невозможно дать подробный сравнительный анализ Закона СССР от 12 июня 1990 г. «О печати и других средствах массовой информации» и Закона РФ от 27 декабря 1991 г. «О средствах массовой информации». Такая задача может быть решена в других публикациях и, не исключено, что другими авторами. Здесь же подчеркнем преемственность и органическое единство обоих законов. Если союзный закон имел многочисленные и, увы, в тех политических условиях неизбежные, пробелы и двусмысленности (например, в вопросах о собственности, о понятии цензуры, о статусах учредителя, редакции, издателя, учредителя), то при создании российского закона горький опыт пресловутой войны законов заставил пойти по пути заполнения этих пробелов, «нормотворчества от достигнутого». При чем, многое из того, что содержалось в первом инициативном авторском проекте, но оказалось отвер-

⁵⁴ Рихтер А.Г. Правовые основы журналистики: учебник. 2-е изд., испр. и доп. - М.: ВК, 2009. С. 18.

гнутым Верховным Советом СССР, было использовано при выработке республиканского варианта и вошло в нормативный текст Закона о СМИ. Вот почему Закон СССР от 12 июня 1990 г. «О печати и других средствах массовой информации» с полным правом может считаться первым российским законом о свободе массовой информации.

Библиографический список:

1. Бакланов Г.Я. Входите узкими вратами: Невыдуманные рассказы. – М.: РИК «Культура». 1995.
2. Батурин Ю.М., Федотов М.А., Энтин В.Л. Закон СССР о печати и других средствах массовой информации. Инициативный авторский проект. М.: Юридическая литература. 1989.
3. Батурин Ю.М., Федотов М.А., Энтин В.Л. Закон о средствах массовой информации. Республиканский вариант. Инициативный авторский проект. М.: Юридическая литература, 1991.
4. Батурин Ю.М., Федотов М.А. Феноменология юридического чуда. – М.: РОССПЭН. 2012.
5. Дондурей Даниил. Навстречу. – М.: Искусство кино. Подписные издания. 2019.
6. Конституция Российской Федерации: К 25-летию принятия Основного Закона: Текст. Комментарии. Алфавитно-предметный указатель. – М.: Статут. 2018.
7. Лондонский информационный форум СБСЕ: сборник научно-информационных материалов. – М.: АН СССР. Ин-т научной информации по общественным наукам. 1990.
8. Рихтер А.Г. Правовые основы журналистики: учебник. 2-е изд., испр. и доп. - М.: ВК, 2009.
9. Сахаров А.Д. Мир, прогресс, права человека: статьи и выступления. – Л.: Сов. писатель, 1990.
10. Федотов М.А. Право массовой информации в Российской Федерации. – М.: «Международные отношения», 2002.
11. Эпоха Ельцина: Очерки политической истории. Издание второе. – М.: Президентский центр Б.Н.Ельцина. 2011.

ДИСКИН Иосиф Евгеньевич

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», факультет бизнеса и менеджмента, профессор-исследователь, доктор экономических наук, профессор (119049, Москва, Шаболовка ул., д. 28/11, стр. 9; тел.: +7985-764-7528; email: idiskin9@gmail.com)

ДИСКУССИЯ ПО ЗАКОНУ О СМИ: ЗАМЕТКИ ИНСТИТУЦИОНАЛИСТА

Ключевые слова: социальные институты, оценка регулирующего воздействия, представительство общественных интересов.

Аннотация: На примере ФЗ «О средствах массовой информации» рассматриваются возможности использования институционального подхода к регулированию соответствующих общественных отношений. Показывается необходимость оценки регулирующего воздействия как общего методического подхода, позволяющего повысить эффективность нормативно-правового регулирования. Общественные интересы предлагается рассматривать в качестве соответствующего критерия.

Традиционный круглый стол в НИУ ВШЭ касательно «жизни» Закона о СМИ с участием многих заметных персон, включая отцов-основателей этого закона, прошел вполне традиционно, также как обсуждаются многие актуальные правовые проблемы⁵⁵. Особо выделялись огорчения относительно негативной эволюции правоприменительной практики, размывающей

⁵⁵ Автор имеет в виду круглый стол «Закон РФ «О средствах массовой информации»: 1991 – 2019», прошедший на факультете права НИУ ВШЭ 27 декабря 2019 г. – прим. ред.

изначально позитивные нормы обсуждаемого закона. Часть участников вполне обоснованно упражнялась в насмешках над мало продуманными новеллами законодателей.

Подчеркну, что это был традиционный для правоведов способ обсуждения, сфокусированный на внутренних юридико-технических проблемах. Способ, априорно исходящий из постулата, что установления правильных правовых норм вполне достаточно для урегулирования основных сторон общественной и государственной жизни.

Но здесь хотелось бы напомнить, что по этой проблеме 165 лет назад писал большой русский реформатор: «У нас самый закон заклеямен неискренностью; не озабочиваясь определительностью правил и ясностью выражений, он прямо и последовательно требует невозможного».⁵⁶

Будущий граф А.П. Валуев (тогда еще гражданский губернатор Ревеля), даже будучи относительно молодым человеком хорошо понимал, как традиции отечественного законотворчества, так и возможности правового регулирования.

При этом, как это чаще всего бывает и в рамках других правоведческих дискуссий, вне обсуждения оказывались причины перемен во взглядах законодателей на положения Закона, который раньше был своего рода витриной либеральных устремлений власти. Не касались выступающие также и явных перемен в общественных требованиях к СМИ, доходящих, к сожалению, иногда до абсурда. Но при этом нужно ясно понимать, что даже такие экстремальные позиции также выступают симптомами определенных общественных настроений.

Не касались выступающие также и еще одного потенциально важного вопроса: каковы могут быть

⁵⁶ П.А. Валуев. Дума русского во второй половине 1856 года. См. Революция против свободы. М. «Европа». 2007.

подходы к поиску баланса интересов всех сторон, регулируемых (или тех, которые должны быть урегулированы) обсуждаемым законом.

Но именно инерционная обыденность прошедшего обсуждения, а также просьба ко мне председателюствующего – не только видного юриста, но и большого общественного деятеля М.А. Федотова, стала стимулом к написанию заметок, которые я и предлагаю вниманию читателей.

Институциональный подход

Прежде всего, в ходе обсуждения обращает на себя внимание то, что практически все выступающие отождествляли корпоративные интересы акторов СМИ с интересами общественными, которые с очевидностью выступают критериями оценки законодательных норм.

Это вполне традиционное умозрение, вскрытое еще классиками марксизма, когда взгляды и интересы «передового класса» выступают в качестве ориентира для всего общества. Именно это умозрение и выступало обоснованием для переустройства общества (эволюционного или революционного, это уж как получится) в соответствии со взглядами и интересами «передового» класса.

Вполне в соответствии с подобным умозрением можно было вскрыть ряд интенций выступающих, которые представлялись им как вполне себе аксиоматическими. Если «свобода, всегда лучше, чем несвобода», то непременно условием свободы, является свободное, по меньшей мере не стесненное, донесение до общества всей полноты информации. Соответственно, свободное донесение информации требует свободной, нестесненной деятельности основных акторов СМИ. Но тогда интересы «передовых» акторов СМИ – вполне основательный ориентир для законодательства.

Но эти широко распространенные интенции являются аксиомами лишь в рамках вполне определенной социальной парадигмы – либерализма. В основе этой парадигмы лежит предположение, что существуют определенные, внеисторические, общечеловеческие ценности, прежде всего, свобода. Следует указать, что подобный абсолютный статус соответствующие ценности могут приобретать лишь в рамках выведения их за пределы общественного дискурса, на деле при практически полном запрете на обсуждение их содержания и статуса, т.е. в условиях их почти сакрального функционирования.

Действительно, сегодня в мире сложились общества, в которых либеральная парадигма приобрела статус гражданской религии. Попытки ставить в этих обществах под сомнение статус таких ценностей рассматриваются как покушение на сами основы общественного порядка.

В силу этого основным критерием оценки механизмов социального регулирования, как всегда в теократиях, выступает соответствии вводимых норм религиозной, в данном случае, либеральной парадигме.

В обществах, где либеральная парадигма не приобрела сакрального статуса, часто наличествует дискурс относительно содержания, исторических границ и условий реализации даже высоко значимых ценностей. Так, например, в таких обществах сохраняется память о временах, когда свобода не была безусловной ценностью. Когда во многих странах, включая и Россию, в годы бедствий родители, ради сохранения жизни детей, вынуждены были продавать их в рабство. Жизнь ценилась выше, чем свобода.

Даже когда воины-герои жертвовали своей жизнью ради своего Отечества, непосредственным мотивом их действий выступали не столько ценности свободы, сколько традиционные ценности и нормы долга

и верности. Ценности свободы в их сегодняшнем понимании – относительно недавнее и далеко не всеобщее достояние.

В таких обществах присутствует дискуссия относительно баланса индивидуальной свободы и общественных интересов. Аналогично, в таких обществах допускается обсуждение границ общественного функционирования информации. В этих обществах допускается сомнение в аксиоме, что «мы все разумные и нормальные люди», и в них возможно осознание границ рационального и адекватного восприятия этой информации. На этом, собственно, основывается Новая институциональная экономическая теория.⁵⁷

Соответственно, становится возможным усомниться, что свобода акторов СМИ всегда и везде будет служить интересам общества. Наша собственная история с массовым протитуированием, как видных журналистов, так и целых СМИ в ходе президентских выборов 1996 года, стала примером, подрывающим соответствующую аксиому.

Но, если выйти за пределы либеральной аксиоматики, то возникает уместный вопрос: на какой теоретической основе можно осуществить анализ функционирования социальных процессов с тем, чтобы обеспечить их адекватное регулирование.

Если отказаться от легалистской экспансии, которая шла рука об руку с утверждением либеральной парадигмы, то становится возможным осознание того, что право лишь один из инструментов социального регулирования, наряду с моралью, нормами и традициями, имеющими вполне конкретные исторические корни и действующие во вполне определенном социальном контексте. При таком умозрении становится

⁵⁷ См. например, *Шаститко А.Е.* Новая институциональная экономическая теория. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Экономический факультет МГУ, ТЕИС, 2002.

вполне возможным переход к более общей теоретической рамке социального функционирования – к теории институтов.

Рассмотрение теории институтов, даже самое краткое, выходит за рамки статьи.

Для нашего обсуждения, прежде всего, важно понять исходную задачу введения такого понятия. Под «институтом» Г. фон Шмоллер (основоположник понятия института) понимает: «определенный порядок совместной жизни, который служит конкретным целям и обладает потенциалом самостоятельной эволюции. Он закладывает прочную базу для упорядочения социальных действий на длительный период времени, как, например, собственность, рабство, крепостничество, брак, опека, рыночная система, монетная система, свобода торговли».⁵⁸ Из этого определения становится понятным почему институциональный подход представляется более общим по отношению к легалистскому.

Развитие институционализма привело к определению институтов, сформулированному гуром институционализма Д. Нортом. Д. Норт рассматривает институты в виде совокупности «правил, механизмов, обеспечивающих выполнение социальных, экономических и политических взаимодействий и норм поведения, которые структурируют повторяющиеся взаимодействия между людьми».⁵⁹

Для нашего дальнейшего рассмотрения важно также понимание эффективности институтов, введенное

⁵⁸ Цит. по Эрик Г. Фруботн и Рудольф Рихтер. Институты и экономическая теория. Достижения новой институциональной экономической теории. - СПб. 2005. С.9.

⁵⁹ Норт Д. Институты, институциональные изменения и функционирование экономики. / пер. с англ. А.Н. Нестеренко, пред. и науч. Ред. В.З. Мильнера. - М.: Фонд экономической книги «Начала», 1997. С. 17.

академиком Т. И. Заславской: «эффективность общественных институтов, во многом зависит, во-первых, от степени соответствия формально-правовых норм неформальным социокультурным нормам, во-вторых, насколько реальные практики соответствуют формальным и неформальным нормам».⁶⁰ Здесь важно указать на связь эффективности институтов и их соответствия неформальным социокультурным нормам, а также на значение взаимного соответствия социальных практик, с одной стороны, и институциональных, в частности, правовых норм, с другой. Мы видим перекличку через век взглядов А.П. Валугева и большого отечественного социолога Т.И. Заславской.

Следует обратить внимание на тезис Г. фон Шмоллера, что институт — это определенный порядок совместной жизни, который служит конкретным целям. Понимание такой цели позволяет увидеть предназначение института и, соответственно, на этой основе выстраивать диспозицию интересов и отношений.

Например, становится понятным почему государство, до определенного момента было готово принять претензии акторов СМИ на лидирующее положение в представлении общественных интересов. Лидеры «новой России» совместно со СМИ активно участвовали в делегитимации советской власти. Утвердившись на вершине власти, эти лидеры остро нуждались в упрочении своей легитимности. Роль СМИ в легитимации действующей власти была столь значительна, что лидеры «нового» государства до поры были готовы не только мириться с их корпоративными претензиями, но и достаточно щедро оплачивать эти претензии.

После того, как острая нужда в легитимации была преодолена, на сцену вышла другая констелляция ин-

⁶⁰ Заславская Т.И. Современное российское общество. Социальный механизм трансформации: Учеб. Пособие. – М.: Дело, 2004. С.116.

тересов и, соответственно, отношение к корпоративным претензиям СМИ на неограниченную свободу остались в прошлом. Свобода СМИ из ресурса превратилась в проблему.

Иногда, как в деле И. Голунова, в верхах вполне достаёт осознания рисков делигитимации всей государственной системы при вхождении в клинч с корпорацией акторов СМИ, объединенных прямой и непосредственной угрозой. Но тенденция «смены вех» сохраняется.

Такое инструментальное отношение власти к СМИ не является уникальным. Прямой аналогией является отношение советской власти к выдающимся представителям дореволюционной интеллигенции. Советская власть остро нуждалась в их поддержке, которая была значительным ресурсом ее легитимности. В силу этого она мирилась с вызовами нобелевского лауреата академика И.П. Павлова - церковного старосты, являвшегося в церковь в парадном мундире со всеми царскими орденами. Она щедро осыпала благами многих служителей литературы и искусства, служившими бриллиантами в короне легитимации советской власти.

Эта функция легитимации в определенной мере сохраняется по сию пору. Подтверждением этого являются проекты законов о культуре; науке, научной и инновационной деятельности, в которых основное внимание уделяется реализации соответствующих корпоративных интересов. Задачи же достижения конечных целей функционирования соответствующих институтов (культуры и науки) практически не затрагиваются.

Аналогичным образом дело обстоит и с законом о СМИ. В нем вообще не затрагиваются социальные цели и задачи СМИ. Соответственно, невозможно даже стать вопросом об эффективности действия этого закона, т.к. в тексте закона отсутствуют цели СМИ. О степени свободы СМИ (т.е. о корпоративных интересах акто-

ров) можно, но об эффективности – нет.

Вполне понятно, что часть общества, наиболее ценностно чувствительная и активная, ощущает определенную неудовлетворенность существующим положением дел в СМИ. К сожалению, в этих сегментах общества недостаточно понимания причин положения, когда в СМИ доминирует картина мира, существенно отличающаяся от их представлений. Непосредственная реакция этих сред вполне предсказуема – ограничить свободу СМИ.

Привычная риторика обращения к либеральным ценностям, преобладающая в «передовых» СМИ становится контрпродуктивной. В этих условиях нужны новые основания регулирования отношений СМИ и общества, основанные на более прочных основаниях, наподобие тех, которые поддерживали альянс государства, нуждавшегося в легитимации, и СМИ, добивавшихся избавления от тисков идеологически зашоренной цензуры.

Но такие новые, прочные основания могут быть основаны на аргументах, с одной стороны, крайне важных для обеих сторон, но также и вынужденных для них. Здесь уместно вспомнить саркастичное, но все же содержательное определение социалистического реализма: «воспевание партии доступными для нее средствами».

Исходной теоретической базой такого поиска, как отмечалось выше, могут стать институциональные представления о социальном функционировании СМИ, в рамках которого возможно прояснить роль и место каждого из элементов этого функционирования.⁶¹ В частности, станет возможным определить те механизмы социального регулирования, которые являются наиболее эффективными для тех или иных

⁶¹ Более развернутое представление об институциональном подходе см. Иосиф Дискин. Институты: загадка и судьба. М. «Политическая энциклопедия». 2016.

сегментов социального функционирования СМИ. Это вполне перспективная отправная точка для модернизации действующего закона о СМИ.

Оценка регулирующего воздействия

Общая институциональная теоретическая рамка нуждается в определенной конкретизации и инструментализации для того, чтобы на ее основе стало возможным решить поставленную выше задачу.

Это становится возможным через преодоление важного барьера на пути к повышению эффективности нормативно-правового регулирования, - недостаточного внимания к анализу предвидимых последствий введения соответствующих норм и санкций.

Выше мы уже отмечали, что в рамках определенной доктрины ключевым критерием правовых инструментов выступает соответствие исходных ценностных интенций этих инструментов ценностным основаниям этой доктрины. Также было показано, что таким путем вряд ли возможно обеспечить повышение эффективности регуляторных, в частности, правовых механизмов.

В настоящее время ни в теории, ни в практике нет общего подхода, обеспечивающего оценку регулирующего воздействия. В то же время соответствующие частные попытки все же были предприняты⁶². Так, чтобы предотвратить избыточную регулятивную нагрузку при реализации различных видов коммерческой деятельности была введена процедура оценки

⁶² См. Статья 26.3-3. Оценка регулирующего воздействия проектов нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации и экспертиза нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации Федеральный закон от 06.10.1999 N 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» (ред. от 27.12.2019).

регулирующего воздействия соответствующих нормативно-правовых актов. Даже такая локальная попытка вполне знаменательна, т.к. она указывает методическое направление повышения эффективности регуляторных механизмов.

Обратим внимание на то, что инициатором реализации такого пути повышения эффективности нормативно-правового регулирования стал бизнес, с его напряженной нуждой в повышении такой эффективности. Налицо яркая демонстрация влияния консолидированных интересов.

Соответственно, одним из перспективных направлений повышения эффективности нормативно-правового регулирования, может стать обобщение этого частного подхода и использование его при модернизации всего комплекса нормативно-правовых документов.

Такой подход, в свою очередь, существенно меняет саму процедуру оценки регулирующего воздействия. Здесь уже невозможно ограничиваться анализом правовых норм. Этот подход предполагает учет самых разных сторон общественных отношений, выступающих предметом нормативно-правового регулирования. Соответственно, в рамках институционального междисциплинарного подхода становится возможным достаточно широкий анализ процессов, связанных с последствиями введения новых правовых норм и санкций.

Учет последствий введения регулятивных норм призван существенно повысить эффективность нормативно-правового регулирования, включая снижение рисков непредвидимых последствий.

Имеется еще одна, более прикладная сторона, обуславливающая необходимость оценки регулирующего воздействия при подготовке проектов нормативно-правовых актов.

Достаточно широко распространена практика, когда в обосновании таких проектов указывается, что их принятие не связано с дополнительными расходами. Эта практика, связанная с попытками обойти блокирующую позицию Минфина, несет в себе значительные риски. Эти риски, в первую очередь, связаны с тем, что отказ от анализа условий успешного внедрения в практику планируемых норм и санкций почти неизбежно ведет к комплексу непредвидимых негативных последствий, преодоление которых требует впоследствии уже существенно больших затрат.

Необходимость снижения таких рисков, выявление подводных камней, которые могут затем проявиться в ходе правоприменительной практики, обуславливает необходимость соответствующих оценок регулирующего воздействия. Здесь важны открывающиеся в рамках обсуждаемого подхода возможности учета позиций различных акторов, вовлеченных в регулирование соответствующих отношений, включая и возможность оппортунистического поведения отдельных акторов.

Эти достаточно общие соображения относительно учета последствий регулирующего воздействия вполне могут быть прояснены на примерах, касающихся функционирования СМИ. Так, отсутствие в обсуждаемом законе норм, связанных с целевой ориентацией функционирования СМИ приводит к необузданному активизму в отношении трактовки соответствующих целей. Результат – поток проектов новелл с непредсказуемыми последствиями.

Введение этого активизма в сколько-нибудь приемлемые рамки возможно лишь путем оценки комплекса последствий реализации выдвигаемых регулятивных новелл. Конечно, резоны не всегда довод, но они создают хотя бы шанс для нормализации. Ведь оценки

последствий ряда несуразных норм, принятых в связи с решением действительно актуальной задачи предотвращения террористической опасности, сделали свое дело и эти нормы были существенно смягчены до вполне приемлемых.

Важной стороной оценки регулирующего воздействия на социальное функционирование СМИ выступает их взаимодействие с аудиторией. Здесь речь идет не только о необходимости учета возрастной специфики аудитории, хотя и такой учет еще не доведен до реальных требований, связанных с учетом хода процессов социализации и социальной интеграции подрастающего поколения.

При этом следует отметить, что даже в отсутствие системных подходов такая работа ведется под давлением социальных сил, озабоченных возможным негативным влиянием информационного контента на «неокрепшие души» молодых людей с их незавершенной социализацией, с неустоявшимися ценностями и нормами, легко поддающимся на эффектно выглядящие соблазны, например, суицид.

Вполне очевидно, что системные усилия по оценке регулирующего воздействия с учетом специфики аудитории СМИ, могли бы позволить достичь большего результата.

Гораздо более сложной регулятивной проблемой является учет уровня рациональности отдельных сегментов аудитории. В качестве аналога такого учета можно представить проекты нормативных актов ЦБ РФ, в которых возможности частных инвесторов дифференцируются в зависимости от их квалификации с тем, чтобы избежать частых банкротств мало квалифицированных инвесторов, которыми легко манипулировать в ходе их инвестиционной активности.

Сегодня на эту сторону последствий деятельности СМИ практически не обращают внимания, тогда как

усилия «торговцев страхом» уже стали важным фактором, дестабилизирующим социальную и политическую ситуацию.

Вполне очевидно, что решение этой проблемы вряд ли возможно путем установления нормативно-правовых ограничений. Скорее здесь речь может идти о создании специализированного круга «качественных» СМИ, обращающихся к вполне рационализированной аудитории и избегающих манипулятивных средств. Регулирование их функционирования возможно на основе создания определенного кодекса «качественных СМИ», поддержание норм которого может осуществляться средствами саморегулирования.

При всей логичности такого подхода, барьером здесь выступает неутешительная практика функционирования действующих СРО. Как представляется, выходом здесь могло бы стать привлечение к руководству соответствующих СРО представителей сред, не связанных с текущими коммерческими интересами СМИ, более того, возможно даже и не с функционированием СМИ, но представляющих более широкий круг общественных интересов.

Здесь мы вновь обращаемся к проблеме конечных результатов функционирования СМИ, основанных на реализации общественных интересов.

Представление общественных интересов

Выше мы уже не раз затрагивали проблему обращения к конечным результатам деятельности СМИ, как к средству повышения эффективности их функционирования и, соответственно, регулирования. Эта проблема не является специфической для рассматриваемого закона. Она характерна для оценки деятельности любого социального института, как это видно из приведенного выше самого его определения. Вполне очевидно, что в социальной сфере таким конечным

результатом является удовлетворение общественных интересов.

За этой позицией стоит длительная историческая традиция. Фразой «*Salus populi suprema lex esto*»⁶³ Цицерон предписывает римским правителям подчиняться интересам народа, благо которого должно быть для них высшей властью.⁶⁴ Эта позиция стала основополагающей и у мыслителей эпохи Просвещения. Джон Локк, например, использует ее в качестве эпиграфа в форме *Salus populi suprema lex* в работе «Два трактата о правлении» и называет его фундаментальным правилом для правительства. Этот девиз был также одобрен Гоббсом в начале 30-й главы трактата «Левиафан» и Спинозой в 19-й главе его «Богословско-политического трактата».

Современная правовая мысль, как это вполне очевидно, является продолжением данной традиции. Соответственно, обращение к удовлетворению общественных интересов, как к критерию эффективности функционирования социальных институтов не должно вызывать серьезных возражений.

В свое время, при подготовке проекта федерального закона «Об основах общественного контроля в Российской Федерации» М.А. Федотов вместе с автором данной статьи стояли на позиции, что общественный контроль — это деятельность, осуществляемая в общественных интересах. Но эта позиция столкнулась с серьезным сопротивлением и не вошла в текст федерального закона от 21 июля 2014 г. № 212-ФЗ «Об основах общественного контроля в Российской Федерации».

Главным возражением наших оппонентов была невозможность определить общественные интересы в качестве материальной правовой нормы. Однако, такое возражение вряд ли можно рассматривать

⁶³ «Благо народа — высший закон» - лат.

⁶⁴ Цицерон, «О законах», III, 3, 8:

в качестве основательного аргумента, блокирующего обращение к общественным интересам, как к фундаментальному основанию повышения эффективности системы нормативно-правового регулирования.

Со времен формирования самой концепции римского права сложился подход, при котором при невозможности формулирования материальной нормы, в дело вступали нормы процессуальные. Не можешь сформулировать норму, определи процедуру, обеспечивающую приемлемую трактовку и соблюдение соответствующей нормы. Таким образом, сложности формулирования общественных интересов вполне возможно преодолеть путем создания работающей системы представления общественных интересов.

Следует обратить внимание на то, что экономическая наука, решая проблему определения общественных интересов, шла именно путем выявления эффективных средств представления общественных интересов. Политическая наука также много усилий потратила на оценку эффективности различных типов политических систем, включая сюда анализ их возможностей представления общественных интересов.

В нашей стране само ее конституционное устройство базируется на предпосылке, что основным институциональным механизмом выражения общественных интересов являются органы представительной власти. Этот базовый принцип – даже не предмет дискуссии. Система представительной демократии, как это хорошо известно, в принципе предназначена для обеспечения легитимного представления общественных интересов. Здесь уместно вспомнить лозунг: “No taxation without representation”⁶⁵ В рамках

⁶⁵ Нет налогам без представительства» (англ. No taxation without representation) — лозунг, использовавшийся в качестве главной претензии британских колонистов в Северной Америке к королевской власти и колониальной администрации и широко использовавшийся в ходе

системы представления общественных интересов система представительной демократии призвана обеспечивать легитимность принимаемых решений, с одной стороны, и демпфировать массовые аффекты охлократии, с другой.

Последний тезис хорошо бы помнить сторонникам прямой демократии. Эффективное функционирование прямой демократии возможно лишь при массовом преобладании в обществе типа личности, действующего на основании рационализированной рефлексии индивидуальных и общественных интересов, которая затем становится базой индивидуального рационального выбора инструментов и средств реализации интересов.

Аксиома о преобладании в обществе такого типа личности характерна для либеральной догматики. Коммунистическая доктрина, в свою очередь, базировалась на идее, что формирование общества, в котором такой тип личности становится преобладающим, вполне возможна путем создания соответствующей системы воспитания. Консерваторы же ограничиваются упованиями, что разумная система социальных институтов способна оградить общество от негативных последствий девиантного поведения, характерного для значительного числа индивидов.

Эмпирический анализ современных общественных реалий показывает, что наше общество довольно далеко от того состояния, при котором можно было бы положиться на обращение к институтам прямой демократии, как к средству выражения общественных интересов. Аргументы противоположной направленности, базирующиеся на приверженности либеральной догматике, следует принимать лишь после проведения альтернативных эмпирических исследований, с

Американской революции. Вполне понятно, что система взимания налогов – значимая часть общественных интересов.

последующей оценкой потенциального регулирующего воздействия.

Более того, как представляется, попытки введения правовых норм, основанных на «либеральных» гипотезах, уже предпринимались. В качестве примера таких попыток можно привести введение для водителей автотранспорта допустимых норм алкоголя. Результат хорошо известен.

Следует учитывать также и достаточно мощные социальные тренды, выступающие барьерами не только для эффективного функционирования прямой демократии, но и снижающими действенность демократии представительной.

Речь идет о том, что за последние десятилетия в западном обществе, да и у нас кардинально снизилось влияние социальных институтов, обеспечивавших интеграцию рефлекслируемых социальных интересов, с одной стороны, и высоко значимых ценностей, с другой. В течение целого исторического периода в рамках функционирования разного рода политических клубов и салонов, еще не массовых политических партий, формировалась система взглядов и представлений, в которых складывалась интегрированная картина, согласовывающая ценности и интересы.

Собственно, наличие такой систем интегрированных представлений и стало основой для формирования марксистской социологии, общепризнанным достижением которой стало включение социальных интересов в качестве важного мотива социального действия. Веберовская критика марксизма как раз и состояла в отрицании преувеличенного влияния интересов, и настаивала на признании значимости ценностного регулирования. При этом веберовцы вполне признавали существенное влияние рефлекслируемых интересов. Здесь важно отметить их анализ влияния интегрированных ценностей на ход рефлексии со-

циальных интересов.

Для нашего обсуждения важно, что в западном обществе длительное время существовала система интеграции ценностей и интересов, которая вела к формированию довольно целостной социокультурной парадигмы. Именно наличие и влияние такой парадигмы дала основание А. Грамши выдвинуть концепцию культурной гегемонии буржуазии, как средства ее политического господства.⁶⁶

Эти соображения особенно важны здесь, т.к. СМИ в течение длительного времени выступали институтами, транслировавшими во все более массовые социальные среды соответствующие социокультурные представления, формировавшие доминирующие социальные нормы.

Эта система действовала столетия, однако, она стала сбивать со второй половины XX века, по мере распространения ценностей и представлений Великой либеральной революции, начавшейся во Франции в 1968 году.

Важными ее последствиями стало преобладающее влияние либеральных ценностей различного извода, при снижении роли интересов в рамках формирования массовых представлений. Рефлексия же интересов в значительной степени блокировалась превалированием тех ценностей, которые, в соответствии с либеральной доктриной, рассматривались уже как «общечеловеческие» и, соответственно, не дискуссионные.

Можно привести отечественный пример такого блокирования интересов. Хорошо известно, что советская научно-техническая интеллигенция, движимая идеалами свободы и демократии, играла очень активную роль в ходе Перестройки и в разрушении советской системы. В то же время именно она же и более всего про-

⁶⁶ Грамши А. Избранные произведения. Т.3 Тюремные тетради. – М.: Изд-во иностранной литературы. 1957. С. 460.

играла в ходе этих перемен, утратив свой достаточно высокий статус, относительно высокие доходы и перспективы.

Можно высказать гипотезу, что в результате обсуждаемого процесса рациональная рефлексия интересов, доходящая иногда до цинизма, стала своего рода привилегией элитных и, отчасти, субэлитных групп. В более массовых средах стали преобладать ценностные ориентации, доходящие до социального аффекта. Их примером стали недавние региональные протестные голосования.

Эти соображения важны при анализе социального функционирования СМИ, оценки их социальной ответственности. Но они еще важнее при анализе системы представительства общественных интересов.

Вполне очевидно, что даже в условиях представительной демократии существенно усилились популистские инициативы целого ряда политиков, стремящихся потрогать остро проблематизированным ценностям электората.

Одновременно мы можем видеть и технократические поползновения, идущие преимущественно со стороны исполнительной ветви власти. Их интенции противостоят популизму вполне очевидны. Однако вряд ли разумно заливать пожар керосином, выдвигать решения, затрагивающие, если не оскорбляющие, высоко значимые ценности активных слоев и групп населения. Ярким примером такого неконструктивного технократизма является вполне необходимая, но непрофессионально проведенная пенсионная реформа.

Технократы, действующие таким образом, не вполне отдадут себе отчет, что, игнорируя ценностное изменение своих преобразований, они лишь подпитывают популистскую активность. Технократические решения, задевающие высоко значимые ценности, усиливают ценностно-эмоциональную ответную реакцию,

которая становится питательной средой для популистской политической активности.

Вполне очевидно, что немалую роль в раскачивании этих популистско –технократических качелей играют СМИ, по крайней мере, те из них, которые игнорируют свою социальную ответственность по созданию информационного фундамента для формирования общественных интересов.

Обсуждаемые деформации в системе представительства общественных интересов создают проблему создания механизмов блокировки, как технократических, так и популистских придумок.

В рамках ЕС такие механизмы существуют в виде экономических и социальных советов, которые осуществляют экспертизу основных нормативных актов, как на национальном, так и на общеевропейском уровне.

В нашей стране соответствующие функции призваны реализовывать общественные палаты, которые, к сожалению, далеко не всегда справляются со своим предназначением. В значительной степени это обусловлено, как недостаточной рефлексией этого своего предназначения, так и сложностями с мотивами действий руководителей и видных членов этих палат, прежде всего, с их принципиальностью, ориентацией на требования общественных интересов.

Представляется, что отправной точкой повышения влияния общественных палат в части профилактики популистских и технократических решений как раз и является осознание их специфической роли в рамках всей общественно-политической системы.

Исходя из выше сказанного дальнейшее совершенствование системы представительства общественных интересов требует значительной активизации работы общественных палат по реализации их важнейшей, отмеченной выше функции.

Подводя итоги нашего краткого исследования, можно отметить, что обсуждение закона о СМИ, наиболее последовательно выразившего вполне определенные, отмеченные выше интенции, позволило увидеть целый ряд актуальных достаточно общих проблем нормативно-правового регулирования, без решения которых наше законодательство так и будет «требовать невозможного».

Библиографический список:

1. *Революция против свободы*. Сборник. - М.: «Европа». 2007.
2. *Эрик Г. Фруботн и Рудольф Рихтер*. Институты и экономическая теория. Достижения новой институциональной экономической теории. -СПб. 2005.
3. *Норт Д.* Институты, институциональные изменения и функционирование экономики. / пер. с англ. А.Н. Нестеренко, пред. и науч. Ред. В.З. Мильнера. - М.: Фонд экономической книги «Начала», 1997.
4. *Заславская Т.И.* Современное российское общество. Социальный механизм трансформации: Учеб. Пособие. – М.: Дело, 2004.
5. *Иосиф Дискин*. Институты: загадка и судьба. - М.: «Политическая энциклопедия». 2016.
6. *Цицерон*. «О законах», III, 3, 8:
7. *Граммши А.* Избранные произведения. Т.3 Тюремные тетради. – М.: Изд-во иностранной литературы. 1957.

САПРОНОВ Дмитрий Юрьевич

Высшая школа государственного аудита (факультет) МГУ им. М.В. Ломоносова, ведущий инженер (119992, Москва, Ленинские горы, 1, стр. 13. Тел.: +7495-939-5267, email: braingeek@mail.ru)

ПРАВОВАЯ ЭВОЛЮЦИЯ ОБЩЕЕВРОПЕЙСКОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ЗАЩИТЫ ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ

Ключевые слова: *GDPR, информационное право; информационные технологии; персональные данные; европейское право; защита персональных данных.*

Аннотация: *В статье анализируется эволюция общеевропейских норм защиты персональных данных. Рассматривается вопрос появления GDPR, анализируются его отдельные положения. В статье приводятся примеры последствий введения GDPR. Также даются предложения по совершенствованию российского законодательства в контексте норм GDPR.*

Впервые международный нормативный акт, регулирующий автоматизированную обработку информации о физических лицах, был ратифицирован Советом Европы в 1981 году. «Европейская конвенция о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных», закрепляла основные принципы защиты персональных данных. В соответствии с положениями Конвенции человек наделялся правом знать, какая информация о нём хранится у

третьих лиц и с какой целью обрабатывается⁶⁷. В 1995 году, после формирования Европейского Союза, Европейский парламент начал разрабатывать общеевропейский документ, который бы регулировал автоматизированную и не автоматизированную обработку персональных данных. Именно этот нормативный акт, принятый в 1995 году, был призван защитить права европейцев в вопросе обработки персональных данных.

Согласно положениям принятого документа, от человека требовалось получить согласие на обработку его данных и обосновать необходимость получения этой информации⁶⁸. Именно эти принципы стали основой для европейского законодательства по защите персональной информации, и в дальнейшем легли в основу GDPR. С течением времени имеющееся общеевропейское законодательство перестало в полной мере охватывать все отношения, связанные с автоматизированной обработкой персональных данных. В 2016 году был принят и вступил в силу в мае 2018 года «Общий регламент защиты персональных данных» (GDPR). Основными целями принятия GDPR были: обеспечение возможности граждан контролировать обработку своих персональных данных и унификация нормативной базы для международных экономических отношений. Основными принципами GDPR выступают:

1) Законность, справедливость и прозрачность. Персональные данные должны обрабатываться законно,

⁶⁷ См.: Конвенция о защите частных лиц в отношении автоматизированной обработки данных личного характера (Перевод Российской Федерации для подготовки к подписанию). Council of Europe // URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680078c46>.

⁶⁸ См.: Data protection directive (Directive 95/46/ec of the European Parliament and of the Council). Eur-Lex // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&qid=1579779555921&from=EN>.

справедливо и прозрачно. Любую информацию о целях, методах и объёмах обработки персональных данных следует излагать максимально доступно и просто.

2) Ограничение цели. Данные должны собираться и использоваться исключительно в тех целях, которые заявлены компанией (онлайн-сервисом).

3) Минимизация данных. Нельзя собирать личные данные в большем объёме, чем это необходимо для целей обработки.

4) Точность. Личные данные, которые являются неточными, должны быть удалены или исправлены (по требованию пользователя).

5) Ограничение хранения. Личные данные должны храниться в форме, которая позволяет идентифицировать субъекты данных на срок не более, чем это необходимо для целей обработки.

6) Целостность и конфиденциальность. При обработке данных пользователей компании обязаны обеспечить защиту персональных данных от несанкционированной или незаконной обработки, уничтожения и повреждения.⁶⁹

Несоблюдение правил GDPR, жёстко карается штрафом в размере 4% от годового оборота компании или суммой до 20 000 000 евро, вне зависимости от того, находится на территории Европейского Союза оператор персональных данных или нет. К примеру, ряд новостных сайтов в США были вынуждены ограничить доступ к своим сайтам пользователям из ЕС; кроме этого ряд других сервисов были вынуждены закрыться⁷⁰ по причине невозможности выполнить нормы GDPR.

⁶⁹ См.: GDPR – новые правила обработки персональных данных в Европе для международного IT-рынка. Habr. // URL: <https://habr.com/ru/company/digitalrightscenter/blog/344064/>.

⁷⁰ См.: Жертвы GDPR: кто уже прекратил работу из-за нового регулирования персональных данных Habr. // URL: <https://habr.com/en/company/it-grad/blog/418501/>.

Важными правовыми инструментами, которыми могут воспользоваться физические лица, являются: право на забвение и право на переносимость данных. Право на забвение было уточнено и более детально регулировано, были закреплены исключения для применения этого права. Совершенно новым правом, которое было закреплено в GDPR, стало право на перенос данных. Сущность этого права заключается в том, что оператор персональных данных обязан бесплатно предоставить другому оператору по требованию клиента. Следствием закрепления этого механизма является, то, что физическое лицо при переходе от одной компании к другой, в случае если обе они предоставляют одинаковые сервисы, имеет юридически закреплённый механизм переноса своих данных от предыдущего оператора сервиса.

Ещё одним важным положением, которое закреплено в GDPR является то, что согласие на обработку данных должно быть выражено в форме утверждения или чётких действий. Если у пользователя не было выбора, то такое согласие не будет иметь юридической силы. Кроме этого, информация о порядке отзыва согласия должна быть доступна, и размещена так, чтобы пользователь мог её легко найти.

В случаях, если оператор персональных данных осуществляет обработку специальной информации о физических лицах (медицинские данные, сведения правоохранительных органов), должен быть назначен сотрудник, отвечающий за защиту персональных данных. Сведения о таком сотруднике должны быть опубликованы, а также предоставлены национальному регулятору. Назначение ответственного сотрудника за безопасность персональных данных позволяет персонализировать ответственность, чтобы планирование и реализация мероприятий по защите персональных данных осуществлялась на должном уровне.

Принципы GDPR представляют собой результат эволюции правотворческой мысли в области регулирования персональных данных. GDPR – это важнейший документ, принятие которого повысило уровень защиты прав граждан ЕС в вопросе обработки персональных данных. Нормы регламента сформулированы так, что они дают чёткую последовательность правил, которыми должны руководствоваться операторы персональных данных, обрабатывающие информацию о гражданах ЕС. Важная особенность GDPR заключается в том, что под его действие попадают любые организации, которые обрабатывают персональные данные граждан Европейского союза, даже если сервис, предоставляемый этими компаниями, находится за пределами ЕС.

Некоторые принципы «Общего регламента защиты персональных данных» являются революционными и нигде ранее не применялись. Одним из таких принципов является возможность безвозмездного переноса данных от одного оператора персональных данных к другому по желанию их владельца. Эти нормы при соответствующей доработке могли бы быть внесены в российское законодательство, регулирующее обработку персональных данных. Кроме этого, следует рассмотреть вопрос об интеграции в российское правовое поле принципа назначения ответственного за защиту персональных данных сотрудника с публикацией информации о нем, и предоставлении этих данных национальному регулятору – Роскомнадзору. Персональная ответственность позволила бы повысить уровень защищённости обрабатываемых оператором личных данных. Наконец, введение значительных штрафов для нарушителей позволило бы повысить исполнительскую дисциплину операторов персональных данных. Таким образом, GDPR можно рассматривать как один из источников идей для совершенствования российского законодательства о персональных данных.

Библиографический список:

1. Конвенция о защите частных лиц в отношении автоматизированной обработки данных личного характера (Перевод Российской Федерации для подготовки к подписанию). Council of Europe // URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680078c46>.
2. Data protection directive (Directive 95/46/ec of the European Parliament and of the Council).Eur-Lex // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&qid=1579779555921&from=EN>.
3. GDPR — новые правила обработки персональных данных в Европе для международного IT-рынка.Habr. // URL: <https://habr.com/ru/company/digitalrightscenter/blog/344064/>.
4. Жертвы GDPR: кто уже прекратил работу из-за нового регулирования персональных данных Habr. // URL: <https://habr.com/en/company/it-grad/blog/418501/>.

БОРИСОВ Михаил Александрович

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», аспирант Кафедры ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности (109028, Москва, Б.Трехсвятительский пер., 3; тел.: +7495-772-9590 # 23017; email: maborisov3@gmail.com)

ПРАВО НА ЗАБВЕНИЕ: ДОКТРИНА, РЕГУЛИРОВАНИЕ, ПРАВОПРИМЕНЕНИЕ

Ключевые слова: право на забвение, право на информацию, неприкосновенность частной жизни, неактуальная информация, недостоверная информация, поисковая система.

Аннотация: В данной статье рассматриваются предпосылки формирования, законодательное регулирование и практика применения «права на забвение» в Российской Федерации. Утверждается, что информация, приобретая невероятную ценность в последние годы, стала, в сущности, «новой нефтью» и важным рычагом управления делами общества и государства в целом и жизнью отдельных индивидов в частности. Данное положение дел ставит под удар неприкосновенность частной жизни индивидов, поскольку те массы информации о них, которые ежедневно циркулируют в сети Интернет, могут быть использованы в любых целях, в том числе и в противоречащих интересам самого индивида. Появление института «права на забвение», как органической ступени развития института защиты неприкосновенности частной жизни (privacy), стало ответом на обозначенные вызовы в эпоху

быстрого развития Интернет-технологий. Автор исследует российскую версию «права на забвение»: ее возникновение, процесс принятия, особенности, нынешнее регулирование и правоприменительную практику. На основе этих данных делаются выводы об эффективности применения данного института и его основных недостатках.

Нынешний этап развития общества принято именовать «информационным». По мнению ряда специалистов, информация становится наиболее ценной «валютой»,⁷¹ а по выражению главы Intel Брайана Кржанича, и вовсе является «новой нефтью».⁷² Информация также является одним из важнейших рычагов управления социумом. Согласно утверждению Эрика Шмидта, бывшего председателя совета директоров, а ныне технического консультанта холдинга Alphabet, каждый день человечество создает столько информации, сколько было создано за все время существования человеческой цивилизации до 2003 года.⁷³

Чтобы представить темпы проникновения интернет-технологий в современное общество, достаточно сравнить скорость распространения современных телекоммуникационных сетей с темпами развития сети приема традиционных аудио- и аудиовизуальных СМИ. Так, в США радиовещание смогло расширить число своих пользователей до 50 млн человек за 38 лет, телевидение — за 13 лет, Интернет — за 4

⁷¹ Richard Burger, George Davies, (2005) «The most valuable commodity I know of is information» Available at: URL: <https://doi.org/10.1108/13581980510635555> (Дата обращения: 09.01.2019).

⁷² Данные – это новая нефть // Хайтек. URL: https://hightech.fm/2017/05/17/big_data_capitalism (Дата обращения: 09.01.2019).

⁷³ M.G. Siegler, Eric Schmidt: Every 2 Days We Create as Much Information as We Did up to 2003, TECHCRUNCH Available at: URL: <http://techcrunch.com/2010/08/04/schmidtdata/> (Дата обращения: 09.01.2019).

года. Число пользователей Интернета продолжает неуклонно расти по всему миру. Причем, если рост числа пользователей имеет естественные пределы, предопределенные численностью населения, то рост числа интернет-ресурсов, доменных имен и различных сервисов ограничен лишь масштабами человеческого воображения [Федотов М.А., 2016: 172].

Пользователи Интернета непрерывно публикуют гигабайты информации о себе, своих увлечениях и путешествиях, взглядах на жизнь в сети, и получают доступ к такой же информации о миллиардах других людей. Несмотря на все возможные преимущества данного положения дел, пользователи Интернета оказываются под ударом, так как информация о них может в любой момент оказаться в недобросовестных руках или же вовсе в руках недоброжелателей. Это несет в себе угрозу не только карьерам, репутации и отношениям, но даже и жизням людей. Перед законодателями всех стран, в свою очередь, встает важнейший вызов – защитить граждан от угроз современного цифрового мира и, в то же время, не создать препятствий для доступа пользователей сети Интернет к информации и ведения бизнеса в сфере информационных технологий (ИТ). Одним из таких инструментов и является «право на забвение», о котором пойдет речь в данной статье.

Истоки института «права на забвение»

Современные пользователи сети Интернет оставляют все больше и больше информации о себе как осознанно, так и неосознанно. Так называемые «digital footprints»,⁷⁴ позволяют как крупным ИТ-компаниям, так и практически любому желающему, обладающему необходимыми навыками сбора информации, форми-

⁷⁴ Digital footprints – цифровые следы.

ровать обширное досье на любого человека, пользующегося теми или иными интернет-сервисами. Данное положение, на наш взгляд, несколько напоминает концепцию «Паноптикум» - проект идеальной тюрьмы, разработанный Иеремией Бентамом. Его суть заключалась в такой проектировке здания, чтобы надзиратель мог беспрепятственно следить за любым заключенным, в то время как сами заключенные не могли бы сказать точно, наблюдают за ними или нет, а поэтому они были бы вынуждены всегда вести себя так, будто за ним наблюдают. Это, в представлении И. Бентама, и являет собой пример «идеального заключенного».⁷⁵

Аналогия между подобной конструкцией тюрем и современным обществом была проведена Мишелем Фуко, который интерпретировал паноптикум как дисциплинарный принцип. По его мнению, власть в эпоху модерна стремится тотально контролировать людское поведение. Для осуществления же такого контроля необходимо вести учет субъектов контроля. Рано или поздно это откроет путь к гибкому индивидуальному принуждению. Согласно определению австрийского экономиста и философа Ф. фон Хайека: «принуждение – это контроль над важнейшими данными (прим. Автора), от которых зависят действия индивида, осуществляемый другим индивидом, его можно предотвратить, лишь позволив человеку обеспечить себе некую частную сферу, где он будет защищен от подобного вмешательства» [Хайек Ф., 2016: 175].

На наш взгляд, ярким примером такой сферы является неприкосновенность частной жизни индивида (privacy – англ.) – комплексный институт, включающий в себя запрет на сбор, хранение, использование и

⁷⁵ Что такое паноптикум или как Google превратил интернет в идеальную тюрьму // Theory & Practice URL: <https://theoryandpractice.ru/posts/5346-chto-takoe-panoptikum-ili-kak-google-prevratil-internet-v-idealnyu-tyurmu> (Дата обращения: 10.01.2019).

распространение информации о частной жизни лица без его согласия, право контролировать информацию о себе, право на защиту чести и доброго имени, на защиту персональных данных, право на неприкосновенность жилища, тайну связи, тайну голосования и другие [Ельчанинова Н.Б., 2016: 174].

Понятие «права на неприкосновенность частной жизни» было впервые научно разработано в статье американских ученых С.Д. Уоррена и Л.Д. Брендайса «The Right to Privacy» в 1890 году. Позже оно получило закрепление в ряде международных актов и в национальных законодательствах. В Российской Федерации основу данного института составляют статьи 23 и 24 Конституции Российской Федерации, ряд положений Гражданского и Уголовного Кодексов, Федеральные законы «О персональных данных», «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и т.д.

Как уже говорилось выше, нынешний уровень развития технологий создал ситуацию, о которой И. Бентам не мог и мечтать. В сущности, весь мир превратился в одну большую деревню, где практически любая информация может очень долго храниться и любой «житель» способен как отыскать огромное количество данных о других «жителях», так и сам стать объектом скрупулезного изучения со стороны как государства, так и бизнес-организаций, заинтересованной общественности или недоброжелателей [Ausloos J., 2012: 145].

Таким образом, возникает ситуация, в которой контроль над важными данными, от которых зависят действия индивида, может быть осуществлен кем угодно, что в конечном итоге может привести к крайне неблагоприятным последствиям. В данной связи крайне показателен пример Джастин Сакко, специалистки по PR из США со 170 подписчиками в Твиттере: репост неудачной шутки привел к тому, что всего

через несколько часов ее сообщение стало №1 в трендах Твиттера, а она сама лишилась работы и навсегда испортила себе репутацию.⁷⁶ Возвращаясь к дефиниции принуждения, мы видим, что контроль за данными, имеющими значение для жизни и карьеры этой женщины, был взят кем-то из ее подписчиков, что позволило ему полностью разрушить ее репутацию и поломать судьбу.

В связи с крайне высокой вероятностью возникновения подобных ситуаций, остро встал вопрос о возможности индивидов контролировать информацию о себе в сети «Интернет». Одним из предлагаемых вариантов решения данной проблемы и стала идея «права на забвение».

Идея предания забвению какой-либо информации, имеющей определенное значение для различных кругов лиц, не является новой и уже давно занимает умы как обывателей, так и юристов, чиновников, правозащитников, правительств и глав государств. Одним из примеров такого «забвения» являлась процедура «проклятия памяти» или «abolition memoriae» (более современный вариант – «Damnatio memoriae») в древнеримской практике. В частности, такой процедуре в разное время подвергались фараон-еретик Эхнатон, римские императоры Нерон, Домициан, Коммод, Элагабал, общественные деятели Овидий Кассий и Луций Элий Сеян. Такая процедура, как правило, предполагала удаление любых упоминаний осужденного: удалялись записи из документов, уничтожались или видоизменялись статуи, портреты и барельефы, изымались из обращения монеты, отменялись государственные мероприятия, введенные по инициативе «осужденного на забвение».⁷⁷

⁷⁶ Игнор за толерантность // LENTA.RU URL: <https://lenta.ru/articles/2015/02/19/badtweestory/> (Дата обращения: 12.01.2019).

⁷⁷ Pollini John. "The Art Bulletin." The Art Bulletin, vol. 88, no. 3, 2006,

В переносном смысле такое понятие как «осуждение на забвение» сходно с практикой «исчезновения» различных политических деятелей, ставших жертвами массовых политических репрессий. К примеру, такая судьба постигла многих видных большевиков. После приговора и расстрела их изображения таинственным образом пропадали со многих музейных и архивных фотографий, были переименованы города, названные в их честь, их фамилии исчезали из «Краткого курса истории ВКП(б)». Весьма иронично, что и сам И.В. Сталин в дальнейшем стал жертвой вычищения информации о нем после XX съезда ЦК КПСС, ставшей частью т.н. развенчания культа личности.⁷⁸

В свете развития Интернет-технологий в конце XX – начале XXI вв. вопрос забвения встал несколько иным образом. Дискуссии на этот счет особенно усилились после наступления 2000 года, когда несколько изменился сам принцип использования Интернета, который стал скорее способом делиться информацией, нежели просто ее находить [Mayer-Shonberger V., 2009: 16]. В то же время дешевое хранение информации, простой доступ к ней и возможность получить его из любой точки земного шара сделали так, что запоминать информацию стало проще и выгоднее, нежели ее забывать. Виктор Мэйер-Шонбергер в своей работе «Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age» сравнивал такой процесс с нанесением постоянных татуировок, от которых избавиться можно лишь приложив огромные усилия [Mayer-Shonberger V., 2009: 52].

Таким образом, возникла явная необходимость в некоем инструменте, позволяющем людям, совершившим ошибку или имеющих своих «скелетов в шкафу»,

pp. 590–597. Available at: URL: www.jstor.org/stable/25067270 (Дата обращения: 12.01.2019).

⁷⁸ Развенчание культа личности: 60 лет XX съезду КПСС // ТАСС. URL: <https://tass.ru/politika/2658226> (Дата обращения: 12.01.2019).

начать жизнь с нового листа и не нести на себе груз этих ошибок вечно [Blanchette J., Johnson D.G., 2002: 37].

Зарождение судебной практики

Своеобразной иллюстрацией проблем, освещенных В. Мэйером-Шонбергером, стало громкое дело Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González. В 1998 году La Vanguardia, одна из самых читаемых газет Испании, опубликовала статью, в котором упоминалось, что недвижимое имущество некоего Марио Костеха Гонзалеса (далее – «г-н Гонзалес») выставлено на аукцион в связи с необходимостью уплаты долгов по социальному страхованию. Спустя 12 лет, г-н Гонзалес обнаружил данную информацию, воспользовавшись поисковой системой Google, которая представляет собой своего рода посредника, который, используя сложные алгоритмы, соотносит поисковый запрос с наиболее актуальными результатами, не создавая и не изменяя контент [Kulevska S., 2014: 25]. Г-н Гонзалес потребовал от газеты удалить данную информацию из отсканированных копий. Компания Google, по его мнению, должна была исключить из поисковой выдачи результаты, ведущие к упоминавшимся страницам газеты La Vanguardia. Г-н Гонзалес настаивал на том, что данная информация уже не является актуальной по той причине, что производство по делу уже завершено.⁷⁹

Позже, за дело взялось Agencia Española de Protección de Datos (далее – AEPD),⁸⁰ которое, тем не менее, не смогло добиться от газеты La Vanguardia удаления информации об аукционе в связи с тем, что эта публика-

⁷⁹ Judgment of the Court (Grand Chamber), 13 May 2014. Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González Case C-131/12. Available at: URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131> (Дата обращения: 12.01.2019).

⁸⁰ Испанское Агентство по защите персональных данных.

ция была произведена в соответствии с требованиями Министерства Труда и Социальных отношений. В отношении же компании Google, AEPD потребовало исключения этих результатов из поиска, так как они нарушают право г-на Гонзалеса на неприкосновенность частной жизни.

Высшая судебная инстанция Испании, Audiencia Nacional, потребовала от компании Google удалить данные результаты поиска. В свою очередь, представители поискового сервиса эти требования оспорили, после чего суд приостановил производство по делу для того, чтобы направить дело для вынесения предварительного решения в Европейский Суд Справедливости (далее – «ЕСС»).

Перед ЕСС было поставлено три вопроса:

Применяется ли Директива 95/46/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 24 октября 1995 года о защите прав частных лиц применительно к обработке персональных данных и о свободном движении таких данных (далее – «Директива 95/46/ЕС») в отношении поискового сервиса, который находится за пределами ЕС, но имеет представительство в одной из стран ЕС?

Может ли деятельность компании Google считаться обработкой информации и может ли компания Google быть признана контроллером информации, индексируемой ею на страницах поисковых выдач?

Могут ли статьи 12(b) и 14(a) Директивы 95/46/ЕС быть интерпретированы таким образом, что у индивида возникает право требовать удаления некоторой информации из поисковой выдачи, то есть существует ли у индивидов «право на забвение»?

По первому вопросу ЕСС указал, что нормы Директивы 95/46/ЕС должны быть истолкованы следующим образом: обработка персональных данных производится Google Spain, дочерним предприятием

компания Google на территории государства – члена ЕС, когда оператор персональных данных создает на территории этого государства подразделение или дочернее предприятие с целью продвижения продукта, продажи рекламных услуг, предлагаемых поисковым сервисом, а также ориентируется в своей деятельности на потребителей данного государства [Кротов А.В., 2015: 29].

По второму вопросу был сделан вывод о том, что поиск информации, размещенной в сети Интернет третьими лицами, обеспечение к ней доступа, хранение и автоматическое индексирование является обработкой персональных данных. Кроме того, для целей статьи 2 (d) Директивы 95/46/ЕС, оператор поискового сервиса должен рассматриваться как контроллер персональных данных.

По третьему вопросу ЕСС был дан положительный ответ. Поводом для запроса об удалении из поисковой выдачи некоторой информации может быть то, что такая информация наносит индивиду вред или является нерелевантной.

Таким образом, ЕСС установил, что компания Google, обрабатывая персональные данные пользователей, обязана обеспечивать защиту таких данных. Также, на компанию Google была наложена обязанность, как на контроллера персональных данных, по запросу субъекта персональных данных удалять из поисковой выдачи результаты поиска, ведущие на сайты, принадлежащие третьим лицам. В то же время, с самих сайтов такая информация не удаляется. Как мы видим, ЕСС установил, что право субъекта персональных данных на их защиту и неприкосновенность частной жизни перевешивает право общества на доступ к информации, за исключением некоторых случаев, когда публичный интерес может стать поводом для отказа в исключении тех или иных результатов из поиска.

Рассмотренное нами выше решение сразу же вызвало неоднозначную реакцию со стороны общественности и юридического сообщества. Например, П. Флейшер, юрист компании Google, указывал, что данное решение не помогает «забыть» или удалить информацию – оно всего лишь осложняет ее поиск.⁸¹ С таким мнением был согласен и Дж. Зиттрейн, профессор права и компьютерных наук Гарвардского университета. По его мнению, решение, принятое ЕСС, одновременно и слишком широкое и слишком узкое. Слишком широкое – по той причине, что оно позволит индивидам осложнять доступ к информации о них, содержащейся в публичных источниках, что само собой является цензурой. Поисковые же сервисы, будучи бизнес-структурами, будут стараться обезопасить себя от возможных рисков и станут со временем удовлетворять большую часть запросов на удаление информации. В то же время, решение ЕСС является слишком узким, так как информация не удаляется из Интернета.⁸²

Позднее, данное дело стало своего рода прообразом института «Right to Erasure»⁸³, содержащегося в статье 17 General Data Protection Regulation⁸⁴ (далее – «GDPR») – акта, унифицирующего регулирование защиты персональных данных в ЕС. Согласно требованиям данной статьи, субъект персональных данных имеет право потребовать у контроллера (оператора) персональных данных удалить свои персональные данные в следующих случаях:

⁸¹ Right to be Forgotten – Seen from Spain. Available at: URL: <http://peterfleischer.blogspot.se/2011/09/right-to-be-forgotten-seen-from-spain.html> (Дата обращения: 13.01.2019).

⁸² Jonathan Zittrain, Don't Force Google to 'Forget'. Available at: URL: http://www.nytimes.com/2014/05/15/opinion/dont-force-google-to-forget.html?_r=0 (Дата обращения: 14.01.2019).

⁸³ Right to Erasure – Право на забвение.

⁸⁴ General Data Protection Regulation – Общий Регламент Защиты Персональных Данных.

Персональные данные являются избыточными и не отвечают целям обработки – п. (а) ст. 17 GDPR;

Обработка персональных данных является непропорциональной – п. (d) ст. 17 GDPR;

Обработка персональных данных субъекта не отвечает принципу точности данных и данные о субъекте являются неактуальными - п. (b, c, e, f) ст. 17 GDPR.

Помимо этого, параграф 3 статьи 17 GDPR содержит ряд случаев, при которых обработка таких персональных данных является необходимой для:

Осуществления права на свободу выражения мнения и свободу распространения информации;

Соблюдения правовой обязанности ЕС или государства-члена ЕС, или для выполнения задачи, осуществляемой в общественных интересах, либо при осуществлении официальных полномочий, возложенных на контролера;

Реализации общественных интересов в сфере общественного здравоохранения;

Архивных целей в общественных интересах, научных или исторических исследовательских целях, либо для статистических целей;

Для предъявления, исполнения или защиты правовых притязаний.⁸⁵

Таким образом, из рассмотрения предпосылок и истории возникновения концепции «права на забвение», мы можем сделать вывод, что его появление было обусловлено, во-первых, эволюцией института privacy, а во-вторых, взрывными темпами развития информационных технологий, в ходе которого, под удар попали пользователи сети Интернет и, в первую

⁸⁵ Регламент N 2016/679 Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных, а также об отмене Директивы 95/46/ЕС (Общий Регламент о защите персональных данных)» [рус., англ.] (Принят в г. Брюсселе 27.04.2016) // СПС «Консультант Плюс».

очередь, данные о них. Европейский пример «права на забвение» породил громкие дискуссии в юридической и технической среде, стал прообразом института «Right to Erasure», содержащегося в статье 17 GDPR и, наконец, явился катализатором возникновения аналогичного законодательства в странах, не являющихся членами ЕС.

Формирование российского законодательства о «праве на забвение»

В конце мая 2015 г. депутаты А.В. Казаков, В.Е. Деньгин, О.М. Казакова и Л.И. Калашников внесли в Государственную Думу проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и отдельные законодательные акты Российской Федерации». Данный законопроект был призван дополнить Федеральный закон от 27 июня 2006 года № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (далее – Закон об информации) статьей, содержащей положения, регламентирующие порядок обращения гражданина к оператору поисковой системы с требованием о прекращении выдачи ссылок, позволяющих получить доступ к информации о данном гражданине, и порядок рассмотрения таких требований. Кроме того, законопроект расширял понятийный аппарат Закона об информации такими определениями, как «ссылка», «поисковая система» и «оператор поисковой системы». Помимо этого, законопроектом вносились изменения в Гражданский и Гражданский процессуальный кодексы Российской Федерации.

Согласно пояснительной записке к законопроекту, цель его разработки – создание механизма, ограничивающего распространение в информационно-телекоммуникационной сети Интернет ссылок на информа-

цию о гражданине, которая является недостоверной, неактуальной или распространяемой с нарушением законодательства. Такой механизм, по мысли инициаторов, должен способствовать более полной и своевременной защите прав граждан. Составители законопроекта отдельно отметили, что он согласуется с европейской практикой решения аналогичных вопросов, очевидно делая ссылку на рассмотренное выше решение по делу *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González* и готовившийся на тот момент GDPR.⁸⁶

Первоначальный вариант законопроекта подвергся обширной критике за свою излишнюю радикальность.⁸⁷ В частности, первоначальная редакция предоставляла гражданам право требовать исключения из поисковой выдачи ссылки на правдивую и точную информацию старше трех лет, за исключением информации о привлечении к уголовной ответственности. Предполагалось, что граждане не обязаны указывать в заявлениях конкретные ссылки на информацию. Важным недостатком первоначальной версии законопроекта также стали неточности определения оператора поисковой системы. В частности, по нему операторами поисковой системы могли быть признаны даже сайты, имеющие систему внутреннего поиска информации [Nurullaev R.T., 2015: 188].

После внесения законопроекта на рассмотрение в Государственную Думу РФ, депутаты совместно с Администрацией Президента РФ провели несколько встреч с представителями интернет-бизнеса, в ходе

⁸⁶ Законопроект № 804132-6 О внесении изменений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и статьи 29 и 402 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации // СОЗД. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/804132-6> (Дата обращения: 15.01.2019).

⁸⁷ Забвение права на поиск // Яндекс. URL: <https://yandex.ru/blog/company/96625> (Дата обращения: 15.01.2019).

которых обсуждался сам законопроект и возможные поправки в него. По их итогам, около 80% предложений представителей интернет-индустрии было учтено [Nurullaev R.T., 2015: 188].

Законопроект также подвергался критике со стороны Правового Управления Государственной Думы Федерального Собрания РФ. В первую очередь, указывалось, что настоящий проект наделяет оператора поисковой системы функциями, более присущими судам или правоохранительным органам. Также обращалось внимание на то, что даже если информация утратила значение для заявителя, это вовсе не означает, что она утратила значение для других лиц и общества в целом. По мнению Правового Управления, попытка ограничения свободного распространения такой информации может привести к нарушению конституционных прав других лиц свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом. Наконец, удаление из поисковой выдачи того или иного оператора поисковой системы ссылок на информацию признавалось несоответствующим задачам по ограничению доступа к неправомерно распространяемой в сети «Интернет» информации.⁸⁸

Несмотря на всю указанную выше критику законопроект быстро прошел через все необходимые стадии рассмотрения, был подписан Президентом Российской Федерации В.В. Путиным 14 июля 2015 г. и вступил в силу 1 января 2016 г.

⁸⁸ Заключение по Федеральному закону «О внесении изменений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и статьи 29 и 402 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации», принятому Государственной Думой 3 июля 2015 года // СОЗД. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/804132-6> (Дата обращения: 15.01.2019).

Что же из себя представляет российская версия «права на забвения»? На момент написания данной статьи институт «права на забвение» регулируется статьей 10.3 Федерального закона от 27 июня 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации». Согласно нормам данной статьи, гражданин (физическое лицо) имеет право требовать от оператора поисковой системы (далее – «Поисковик»), под которым понимается лицо, распространяющее в сети «Интернет» рекламу, которая направлена на привлечение внимания потребителей, прекратить выдачу ссылок на информацию о заявителе, распространяемой с нарушением законодательства Российской Федерации, являющейся недостоверной, а также неактуальной, утратившей значение для заявителя в силу последующих событий или действий заявителя.

Исключениями является информация о событиях, содержащих признаки уголовно наказуемых деяний, сроки привлечения к уголовной ответственности по которым не истекли, и информация о совершении гражданином преступления. Поисковик имеет право запросить уточнения или предоставления дополнительных сведений. Поисковику предоставляется срок в 10 (десять) рабочих дней с момента получения запроса либо предоставления уточнений или дополнительных сведений на прекращение выдачи ссылок на информацию о заявителе. По итогам рассмотрения предоставленной заявителем информации, поисковик направляет заявителю уведомление об удовлетворении или мотивированный отказ в удовлетворении требований заявителя. Заявитель же, считающий отказ необоснованным, имеет право обратиться в суд с иском о прекращении выдачи ссылок на информацию, указанную в требовании заявителя.

Исходя из указанного выше, данный механизм должен работать следующим образом: гражданин, нашедший некую информацию о себе в ходе поиска через, например, российский домен Google, имеет право подать заявление в адрес администратора данной поисковой системы об удалении ссылок на информацию из поисковой выдачи по причине того, что она неактуальна, недостоверна или утратила значение для него. В случае удачного исхода рассмотрения заявления администратором поисковой системы или, в дальнейшем, судом, ссылка на информацию должна быть исключена из индекса российского домена Google.⁸⁹ Это означает, что информация все также остается там же, где и была, однако найти ее через поисковую систему Google на территории Российской Федерации должно быть невозможно. В то же время, если поиск будет произведен через домен Google в любой другой стране, данную информацию все также можно будет увидеть в поисковой выдаче, за исключением случаев, когда такая информация оказывается заблокированной или удаленной из поисковой выдачи и в других странах.

Для того, чтобы оценить эффективность применения данного института, следует обратиться к отчетам поисковиков. Несмотря на то, что поисковики не обязаны вести публичную отчетность о применении «права на забвение», нам удалось выяснить, что к 25 марта 2016 г. «Яндекс» получил около 3600 обращений от 1348 человек. Из них было удовлетворено 27% обращений, а по 73% компания ответила отказом (в том числе по 9% - частичным отказом, т.е. была удовлетворена лишь часть требований). Представители «Яндекс-

⁸⁹ Индекс Google аналогичен картотеке, в которой хранится информация о всех доступных в библиотеке книгах. Он же, в свою очередь, содержит в себе сведения о всех веб-страницах, о которых знает Google и которые он выдает в поисковой выдаче. Подробнее: <https://support.google.com/customsearch/answer/4513925?hl=ru>.

са» указали, что столь низкий процент удовлетворенных требований вызван тем, что компания зачастую попросту не имеет возможности проверить, достоверна информация или нет, нарушает ее распространение чьи-то права или нет.⁹⁰ Компания «Google» же заявила, что к марту 2016 г. было получено 1495 запросов на удаление из выдачи 6420 ссылок. Требования были удовлетворены лишь в отношении 26,3% ссылок.⁹¹ Исходя из этого, мы видим, что Дж. Зиттрейн оказался не до конца прав, указав, что компании, исходя из собственных бизнес-интересов, будут удалять подавляющую часть ссылок. Российская практика применения «права на забвение» свидетельствует об обратном – удаляется относительно невысокая доля ссылок.

Одним из громких дел 2016 г. стало дело С.А.Михайлова, российского бизнесмена, которому некоторые СМИ приписывали криминальное прозвище «Михась». По сведениям журналистов, это имя фигурировало в контексте преступлений так называемой «Солнцевской ОПГ» в 1990-е годы.⁹² Бизнесмен потребовал у суда удалить 172 ссылки на информацию, в которой он упоминался в связи с деятельностью Солнцевской ОПГ (32 страницы сайта Criminalnaya.ru, 30 — Compromat.ru, 20 — Rumafla.com, отдельные страницы Wikipedia.org и др.).

Сам Михайлов утверждал, что по всем перечисленным в требовании ссылкам содержится информация о том, что он якобы является «организатором и лидером солнцевской организованной преступной группи-

⁹⁰ О применении закона «о праве на забвение» // Яндекс URL: <https://yandex.ru/blog/company/o-primenenii-zakona-o-prave-na-zabvenie> (Дата обращения: 20.01.2019).

⁹¹ Google отчиталась о «праве на забвение» // Коммерсантъ. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/2950372> (Дата обращения: 21.01.2019).

⁹² Солнцевская ОПГ, Михась и «право на забвение» // kriminal.lv. URL: <https://kriminal.lv/news/solntsevskaya-opg-mikhas-i-pravo-na-zabvenie> (Дата обращения: 21.01.2019).

ровки, криминальным авторитетом по кличке Михась, имеющим судимости». Информация эта, по словам заявителя, является «недостоверной, более того — заведомо ложной, порочащей честь и достоинство человека и гражданина, подрывающей деловую репутацию бизнесмена, общественного деятеля и председателя попечительского фонда благотворительного фонда «Участие».⁹³

На момент написания данной статьи в поисковых системах Яндекс и Google ограничены результаты выдачи по запросам «Сергей Михайлов Михась», «Сергей Михайлов Солнцево», «Сергей Михайлов Михась Солнцево». Оба поисковика предупреждают, что данные поиска неполные в связи с действием местного законодательства.⁹⁴

Другим примером использования права на забвение является дело некоего П.Колупаева. СМИ связали данного гражданина с бывшим сотрудником УФСКН П. Колупаевым, который в 2012 году был признан виновным в разглашении государственной тайны и получил срок 2 года лишения свободы условно. Им было подано три иска против Google, Яндекса и «Рамблер интернет холдинг». Ему было отказано в иске против Google, одно из дел против Яндекса было прекращено в связи с неявкой истца, по второму делу Колупаев отказался от иска. Таким же образом он поступил и в деле против «Рамблер интернет холдинг». Тем не менее, «Газета.Ru» обнаружила, что Яндекс все же ограничил выдачу результатов по запросам «Павел Колупаев» и «Павел Колупаев ФСКН». Согласно информации, ото-

⁹³ Бизнесмен Сергей Михайлов попросил удалить 172 ссылки о солнцевской ОПГ // РБК. URL: https://www.rbc.ru/technology_and_media/29/06/2016/5772528a9a7947eb45f57e9d (Дата обращения: 21.01.2019).

⁹⁴ «Правом на забвение» воспользовался бизнесмен, которого связывали с «солнцевской» ОПГ // URA.RU. URL: <https://ura.news/news/1052251074> (Дата обращения: 21.01.2019)

бражающейся под поисковой строкой, «часть результатов поиска скрыта в соответствии с Федеральным законом от 13.07.2015 №264-ФЗ», то есть в связи с «правом на забвение».⁹⁵

Другим любопытным примером является дело, которое было рассмотрено Московским областным судом. В нем экс-министр сельского хозяйства успешно добился удаления из поисковой выдачи информации о своей деятельности на посту министра и о возбужденном против него уголовном деле.⁹⁶

Известный петербургский бизнесмен И.Клигман также стал одним из тех, кому удалось успешно реализовать свое «право на забвение». С конца 2000-х годов он упоминался, в основном, в связи с двумя громкими уголовными делами – против так называемого «ночного губернатора» Санкт-Петербурга Кумарина и начальника ГСУ СКР Д.Довгия. СМИ приписывали ему кураторство над банками, оказавшимися в «неудачных обстоятельствах».⁹⁷

И.Клигман, воспользовавшись положениями статьи 10.3 Закона об информации, подал 5 исков к Яндексу, Google, «Мэйл.ру» и ООО «Рамблер». В частности, бизнесмен потребовал прекратить выдачу ссылок на статьи «Клигман И.В. скупился на нал», «Удача взяточника» и «Как бухгалтер «Тамбовских» ушел от МВД РФ». Согласно процедуре, установленной в статье 10.3 Закона об информации, заявитель обязан сперва обратиться с требованием о прекращении выдачи ссылок к поисковику. Согласно материалам дел, такие обра-

⁹⁵ «Из интернета невозможно ничего удалить» // Газета.ru. URL: https://www.gazeta.ru/tech/2016/06/08/8282081/internet_ne_zabudet.shtml?updated (Дата обращения: 21.01.2019)

⁹⁶ Решение Московского областного суда от 21.08.2017 г. по делу № 33-25159/2017 // СПС «Консультант Плюс»

⁹⁷ Бизнесмены заставляют Google и Яндекс удалять ссылки с информацией о своем неоднозначном прошлом // Роскомсвобода. URL: <https://roskomsvoboda.org/31022/> (Дата обращения: 21.01.2019)

щения поступали, однако поисковики посчитали доводы недостаточными и отказали в прекращении выдачи ссылок.

Суд, однако, пришел к противоположным выводам. К примеру, в решении Петроградского районного суда Санкт-Петербурга по делу №2-1398/2017 от 14.02.2017 указывалось, что «Из представленных документов следует постановление в отношении истца <данные изъяты> Ленинским федеральным районным судом Санкт-Петербурга приговора, которым он был осужден по ч. 3 ст. 30, ч. 3 ст. 306 УК РФ условно с испытательным сроком 2 года. <Данные изъяты> условное осуждение было отменено постановлением Петроградского федерального районного суда Санкт-Петербурга, судимость снята. Каких-либо сведений о судимости, о факте уголовного преследования либо о прекращении уголовного преследования по статьям Уголовного кодекса РФ, предусматривающим ответственность за участие в организованной преступной группировке (преступном сообществе, преступной организации) представленные доказательства не содержат, сведений об обратном судом не добыты, в материалах дела отсутствуют».

Помимо этого, в упомянутом выше решении суд указывает на то, что И.Клигман в подтверждение своих требований представил ряд официальных документов. Согласно им, он хоть и был условно осужден по ч. 3 ст. 30, ч. 3 ст. 306 УК РФ с испытательным сроком 2 года, данная мера была отменена Петроградским федеральным районным судом Санкт-Петербурга и судимость была снята. Кроме того, указывалось, что никаких уголовных дел в отношении И.Клигмана в производстве ГСУ СК РФ не находилось, в качестве свидетеля он не допрашивался, потерпевшим не признавался. Также, никаких сведений о судимости, о факте уголовного преследования либо о прекраще-

нии преследования по статьям Уголовного Кодекса РФ, предусматривающим ответственность за участие в организованной преступной группировке, судом добыто не было.

В свою очередь, ответчики не представили никаких доказательств, опровергавших объяснения истца и свидетельствующих о достоверности сведений об И. Клигмане. Это было вызвано тем, что ответчики заявляли о том, что предметом спора является только лишь отказ поисковика в исключении из результатов поиска ссылок, соответственно, они считали, что судом не могут быть приняты во внимание представленные истцом документы и доказательства, ранее не представлявшиеся ответчику при принятии решения об отказе в исключении ссылок из поисковой выдачи. По мнению суда, предметом споров, при которых подлежит применению статья 10.3 Закона об информации, является обязанность оператора поисковой системы прекратить выдачу ссылок, в том числе, в связи с изложенной недостоверной информацией о заявителе.⁹⁸

По итогам рассмотрения вышеупомянутых дел, «Яндекс» стал ограничивать поисковую выдачу при запросе информации об И.Клигмане. Любопытно, что компания «Google» также ограничивает выдачу ссылок, только по жалобе делового партнера И.Клигмана – М.Сахина.⁹⁹

Пример судебных дел по искам И.Клигмана представляет интерес по нескольким причинам. Во-первых, исходя из позиции суда, мы можем сделать вывод о том, что в отличие от дел о защите чести и достоинства, где судами рассматриваются отдельные высказывания и суждения, в делах о «праве на забвение» под

⁹⁸ Решение Московского областного суда от 21.08.2017 г. по делу № 33-25159/2017 // СПС «Консультант Плюс».

⁹⁹ Court order complaint to Google. Available at: URL: <https://www.lumen-database.org/notices/14758103> (Дата обращения: 22.01.2019).

угрозой изъятия из поисковой выдачи могут оказываться целые статьи из-за одного фрагмента, который является недостоверным, неактуальным или утратившим значение для заявителя.

Во-вторых, суды пришли к выводу, что поисковые сервисы обязаны выдавать ссылки на информацию, которая не имеет возможности утратить свою достоверность с течением времени. В рассмотренном нами деле, к примеру, утверждалось, что И.Клигман был условно осужден, а затем данное решение было отменено и судимость снята – данная информация сохранилась в ряде статей, подвергшихся изъятию из поисковой выдачи. То есть, сам факт уголовного преследования в прошлом оказался для суда недостаточно веским для отказа в удалении ссылок из поисковой выдачи, что, по нашему мнению, идет вразрез с европейской практикой. В частности, статья 17 GDPR указывает, что субъект данных не может потребовать удаления информации, если обработка информации необходима «для осуществления права на свободу выражения мнения и распространения информации», «для архивных и статических целей, в общественных, научных или исторических интересах» [Мухгалин А.Р., 2018: 32].

Наконец, И.Клигман стал одним из первых людей, кто смог использовать инструмент «права на забвение» и не навлек на себя т.н. «эффект Барбары Стрейзанд», в отличие от С.Михайлова или Е.Пригожина.¹⁰⁰

Также представляет интерес пример Информационно-аналитического центра «Сова» (далее – «Сова»), который 22 марта 2016 года получил уведомление от компании «Google» о том, что по требованию неуказанных лиц поисковик был вынужден удалить не-

¹⁰⁰ Под «Эффектом Стрейзанд» понимается ситуация, когда попытка скрыть или замолчать ситуацию приводит к обратному результату – широкой огласке.

сколько элементов из своей поисковой выдачи. Позже выяснилось, что была удалена из поисковой выдачи новость 2006 года «В Обнинске осуждены скинхеды, избившие ангольца».¹⁰¹ 27 марта 2016 года «Сова» получила аналогичное письмо относительно новости 2008 года «В Обнинске в силу вступил обвинительный приговор восьми националистам, распространявшим в интернете видеозаписи неонацистских нападения». Выяснилось, что кто-то из осужденных воспользовался «правом на забвение» для вычищения информации о своем криминальном неонацистском прошлом из поисковой выдачи Google.

«Сова» оспаривала данное решение в арбитражных судах, однако в иске ей было отказано. Суд указал, что первый ответчик по данному делу – ООО «Гугл», не является оператором поисковой системы Google, не имеет доступа к этому сервису, не осуществляет его техническую поддержку и не является владельцем доменных имен www.google.com и/или www.google.ru. Второй же ответчик, компания Google Inc., прекращая выдачу ссылок в своей поисковой выдаче, также не нарушала права «Совы» как распространителя информации. Суд аргументировал это тем, что поиск информации, размещенной по спорным ссылкам, доступен по любым иным запросам, связанным с содержанием этой информации (поиск по словам заголовка, фрагментам текста и/или иным именам).

Ответчики смогли продемонстрировать, что при поиске с использованием других слов или ФИО лиц, которым статьи были посвящены, сохраняется возможность получения информации, размещенной по спорным ссылкам. «Сова» же не представила никаких

¹⁰¹ В Обнинске осуждены скинхеды, избившие ангольца // Информационно-аналитический центр СОВА. URL: <https://www.sova-center.ru/racism-xenophobia/news/counteraction/2006/08/d8871/> (Дата обращения: 23.01.2019).

доказательств обратного, в связи с чем в иске ей было отказано.¹⁰² Апелляционная и кассационная инстанции встали на сторону суда первой инстанции и отказали в удовлетворении жалоб.¹⁰³

Наконец, 1 февраля 2019 г. «Сова» подала жалобу на положения Закона об информации о «праве на забвение» в Конституционный суд Российской Федерации. Жалоба касалась норм закона, обязывающих операторов поисковых систем по жалобам граждан исключать из выдачи страницы не только с недостоверной информацией о них, но и с информацией, которая «является неактуальной, утратившей значение для заявителя в силу последующих событий или действий заявителя». По мнению «Совы», такое требование противоречит принципу правовой определенности и влечет неадекватное понимание, толкование и применение закона.¹⁰⁴ Тем не менее, Конституционный суд Российской Федерации отказался рассматривать жалобу «Совы», указав, что «в некоторых случаях, особенно если речь идет об информации, которая не относится к сфере частной жизни лица в ее узком понимании», права на защиту персональных данных и «на забвение» могут быть ограничены ради доступа общественности к информации «в целях защиты конституционно охраняемых ценностей».¹⁰⁵

¹⁰² Решение Арбитражного суда города Москвы по делу № А40-205329/16-110-1841 от 28.06.2017 // СПС «Консультант Плюс».

¹⁰³ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда по делу № 09АП-39894/2017 от 12 сентября 2017, Определение Верховного суда Российской Федерации по делу № 305-ЭС18-2470 от 02 апреля 2018 г. // СПС «Консультант Плюс».

¹⁰⁴ «Сова» подала в Конституционный суд России жалобу на закон о «праве на забвение» // Информационно-аналитический центр СОВА. URL: <https://www.sova-center.ru/about-us/nashi-slozhnosti/announcement/2019/02/d40596/> (Дата обращения: 23.01.2019).

¹⁰⁵ Определение Конституционного суда Российской Федерации № 849-О/2019 от 26.03.2019 // СПС «Консультант Плюс».

Анализируя законодательное регулирование и судебную практику применения «права на забвение», мы можем заметить ряд крайне важных и даже подчас критических недостатков данного института в его российской версии. В первую очередь, на наш взгляд, серьезным недостатком российской версии «права на забвение» является то, что на операторов поисковых систем накладываются крайне несвойственные им функции, присущие правоохранительным и судебным органам, такие как выяснение характера и источников информации, проверка ее достоверности и актуальности, принятие итогового решения и пр.¹⁰⁶

Как уже упоминалось выше, «Яндекс» в своем отчете о применении «права на забвение» указывал, что столь низкий процент ссылок, изъятых из поисковой выдачи, во многом обусловлен тем, что компания не имеет возможности должным образом исполнять не присущие ей обязанности.¹⁰⁷

Вторым существенным недостатком института «права на забвение» является его конфликт с правом на информацию, под которым понимается совокупность правомочий по поиску, получению, производству, передаче, распространению и охране информации [Минбалеев А.В., 2014: 204]. Из текста закона не следует ни необходимости уведомлять владельцев сайтов о том, что ссылки на их материалы более не будут показаны в поиске, ни необходимости вести регулярную отчетность о применении «права на забвение», ни возможности владельцев сайтов в досудебном порядке оспорить исключение ссылок из поисковой выдачи ни, наконец, ясного порядка судебного обжа-

¹⁰⁶ Забвение права на поиск // Яндекс. URL: <https://yandex.ru/blog/company/96625> (Дата обращения: 15.01.2019).

¹⁰⁷ О применении закона «о праве на забвение» // Яндекс URL: <https://yandex.ru/blog/company/o-primenenii-zakona-o-prave-na-zabvenie> (Дата обращения: 20.01.2019).

лования действий операторов поисковых систем и первоначальных заявителей.

Помимо этого, согласно статье 10.3 Закона об информации, оператор поисковой системы обязан сохранять в режиме конфиденциальности даже сам факт обращения заявителя к нему, а также не разглашать информацию о ссылках, которые были удалены из поисковой выдачи, тем самым вынужденно нарушая право на информацию [Мухгалин А.Р., 2018: 33]. Наконец, как нами уже упоминалось выше, в отличие от аналогичного европейского регулирования, российский формат «права на забвение» не содержит исключений в виде информации, необходимой для осуществления права на свободу выражения мнения и свободу распространения информации, для архивных и статических целей, в общественных, научных или исторических интересах.

Российский институт «права на забвение» содержит лишь одно исключение - поисковик по требованию заявителя не обязан прекращать выдачу ссылок на информационные ресурсы, если такая информация содержит сведения о событиях, составляющих «признаки уголовно наказуемых деяний, сроки привлечения к уголовной ответственности по которым не истекли, и информации о совершении гражданином преступления, по которому не снята или не погашена судимость». На наш взгляд, данные недостатки регулирования «права на забвение» наносят серьезный урон праву свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом, как это закреплено в статье 29 Конституции Российской Федерации.

Наконец, третьим недостатком российской версии «права на забвение» является то, что оно не связано с регулированием персональных данных, в отличие от ранее упоминавшегося дела *Google Spain v.*

AEPD and Mario Costeja González и от Right of Erasure, закрепленного в статье 17 GDPR. При анализе статьи 10.3 Закона об информации мы не смогли найти никакой связи с регулированием оборота персональных данных, несмотря на то, что на поисковика налагаются обязательства по удалению из поисковой выдачи ссылок, содержащих персональные данные заявителя, и устанавливается ответственность оператора поисковой системы за несоблюдение данных требований.

Некоторые выводы

Исходя из анализа предпосылок, регулирования и практики применения «права на забвение», мы можем сделать вывод о том, что появление данного института обусловлено, в первую очередь, взрывными темпами развития интернет-технологий, из-за чего значительно снизились издержки поиска и распространения информации практически о любом индивидууме. Такое положение дел поставило под угрозу широкие слои общества, в связи с чем и возник запрос на появление инструмента контроля информации о себе в сети Интернет. Второй предпосылкой возникновения института «права на забвение» стало развитие института защиты неприкосновенности частной жизни индивида, оформившегося в конце XIX века и получившего закрепление в различных международных и национальных нормативно-правовых актах многих стран, в том числе и Российской Федерации.

В Европейском союзе катализатором возникновения «права на забвение» послужило дело Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González. В нем судом было установлено, что компания Google, обрабатывая персональные данные пользователей, обязана обеспечивать защиту таких данных. Также, на

компанию Google была возложена обязанность, как на контроллера персональных данных, по запросу субъекта персональных данных удалять из поисковой выдачи результаты поиска, ведущие на сайты, принадлежащие третьим лицам. Несмотря на неоднозначную реакцию юристов и общественности, данное решение стало прообразом появления аналогичного института в GDPR и национальных законодательствах стран, не входящих в Европейский Союз. В России «право на забвение» регулируется статьей 10.3 Закона об информации и дает право заявителям требовать от поисковиков прекратить выдачу ссылок на информацию о заявителе, распространяемой с нарушением законодательства Российской Федерации, являющейся недостоверной, а также неактуальной, утратившей значение для заявителя в силу последующих событий или действий заявителя.

Проанализировав законодательство и применение данного института, мы пришли к мнению, что, несмотря на всю необходимость принятия подобных мер с целью защиты прав и законных интересов граждан при использовании сети Интернет, российский вариант «права на забвение» обладает рядом существенных недостатков:

На поисковиков накладываются крайне несвойственные им функции, присущие правоохранительным и судебным органам;

«Право на забвение» конфликтует с правом на информацию;

«Право на забвение» не связано с регулированием оборота персональных данных.

Таким образом, мы видим, что, несмотря на своевременность и актуальность, российский вариант «права на забвение» является достаточно «сырым» институтом, требующим значительной переработки.

Библиографический список:

1. *Ельчанинова Н.Б.* Обеспечение права на неприкосновенность частной жизни в условиях информатизации общества // Проблемы современной науки и образования. 2016. № 1 (43). С. 174-176.
2. *Кротов А. В.* Право на забвение в России // Адвокат. 2015. № 11. С. 26 – 32
3. *Минбалева А.В.* Право на информацию: природа и особенности развития в современном мире // Вопросы управления. 2014. № 4 (10). С. 203-207
4. *Мухалин А.Р.* Некоторые аспекты применения «права на забвение» в сети «Интернет» // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2014. № 20. С. 27- 33
5. *Федотов М.А.* Конституционные ответы на вызовы киберпространства // Lex Russica. 2016. № 3 (112). С. 164-182.
6. *Хайек Ф.* Конституция свободы М.: Новое издательство, 2016. 528 с.
7. *Ausloos J.* (2012) The ‘Right to be Forgotten’ – Worth remembering? Computer Law & Security Review, vol. 28, no. 2, p. 143-152
8. *Blanchette J., Johnson D.G.* (2002) Data retention and the panoptic society: The social benefits of forgetfulness. The Information Society, vol. 18.1, p. 33-45.
9. *Kulevska S.* Humanizing the Digital Age: A Right to Be Forgotten Online? An EU – U.S. Comparative Study of Tomorrow’s Privacy in Light of the General Data Protection Regulation and Google Spain v. AEPD. Master’s thesis. Lund University, Lund, 2014
10. *Mayer-Schönberger V.* (2009) Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age. Princeton University Press, 272 p.
11. *Nurullaev R.T.* (2015) Right to Be Forgotten in the European Union and Russia: Comparison and Criticism. Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki, no 3, p. 181–193.

ОШМАНКЕВИЧ Ксения Романовна

аспирант Высшей школы государственного аудита (факультета) Московского государственного университета им. М.В.Ломоносова (119992 г. Москва, Ленинские горы, дом 1, строение 13, тел. (495) 930-00-02, gosaudit.msu@gmail.com)

БАНКОВСКИЙ НАДЗОР ЗА СОБЛЮДЕНИЕМ ТРЕБОВАНИЙ ИНФОРМАЦИОННОЙ БЕЗОПАСНОСТИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И В КИТАЙСКОЙ НАРОДНОЙ РЕСПУБЛИКЕ

Ключевые слова: банки, банковский надзор, информационная безопасность, финансовое право.

Аннотация: В статье рассматриваются актуальные вопросы надзора за соблюдением организациями банковской сферы требований информационной безопасности в Российской Федерации и в Китайской Народной Республике. Банковский надзор является одним из основных механизмов обеспечения стабильного и надежного функционирования банковской системы. С внедрением новых технологий в кредитно-финансовую сферу в целях улучшения предоставляемых финансовых сервисов и услуг возникли новые вызовы для банковского сектора – риски информационной безопасности.

Как известно, в настоящее время в Российской Федерации единого определения понятия «риск инфор-

мационной безопасности» нет ни в законодательстве, ни в доктрине. Полагаем, это может оказать неблагоприятное воздействие на развитие правового регулирования информационной безопасности банковского сектора, поскольку отсутствует правовая определенность в вопросе отнесения того или иного события к риску информационной безопасности, что, в свою очередь, может повлиять на разработку механизмов и приемов реагирования на негативные последствия и возможность их предотвращения.

На основании проведенного анализа теоретических и нормативных определений предлагаем рассмотреть возможность определения риска информационной безопасности как вероятности возникновения неблагоприятных (негативных) последствий вследствие неисполнения или ненадлежащего исполнения предусмотренных в данной сфере деятельности требований информационной безопасности. Полагаем, что данное определение может способствовать повышению внимания, уделяемого организациями банковского сектора выполнению требований информационной безопасности, поскольку именно от их действий будет зависеть возможность минимизации угроз информационной безопасности.

В настоящее время Банк России уделяет особое внимание построению информационной безопасности банковского сектора. В целях обеспечения информационной безопасности Банк России устанавливает на нормативном уровне обязательные для банковских организаций требования к обеспечению защиты информации при осуществлении банковской деятельности в целях противодействия осуществлению переводов денежных средств без согласия клиента (ст. 57.4 ФЗ о ЦБ РФ), а также в 2015 г. им было создано специализированное подразделение – Центр мониторинга и реагирования на компьютерные атаки в кредитно-финан-

совой сфере (ФинЦЕРТ), которое не только оказывает помощь организациям кредитно-финансовой сферы при реагировании на компьютерные атаки и инциденты, но и проводит надзорные мероприятия по вопросам информационной безопасности.

Также Банк России согласно действующему российскому законодательству занимает особое место в системе обеспечения информационной безопасности, что подтверждается положениями Федерального закона от 26 июля 2017 г. № 187-ФЗ «О безопасности критической информационной инфраструктуры Российской Федерации (далее – ФЗ о БКИИ РФ). Наряду с уполномоченным органом государственной власти в рассматриваемой сфере, Банк России получает информацию о компьютерных инцидентах, согласовывает требования по обеспечению безопасности значимых объектов, порядок информирования вышеуказанного органа власти, а также порядок, технические условия установки и эксплуатации средств, предназначенных для обнаружения, предупреждения и ликвидации последствий компьютерных атак и реагирования на компьютерные инциденты.

Вместе с тем полномочия в области обеспечения информационной безопасности Банка России ограничиваются определенной сферой деятельности, а именно – банковской сферой и иными сферами финансового рынка. Таким образом, мы можем говорить о том, что Банк России становится отраслевым регулятором информационной безопасности, что, несомненно, позволяет ему в полной мере осуществлять надзор за деятельностью банков по выполнению требований информационной безопасности.

При установлении собственных требований по информационной безопасности Банк России также должен согласовывать их с уполномоченными в данной сфере органами государственной власти, что, несо-

мненно, подчеркивает важность обеспечения информационной безопасности в целях поддержания стабильного функционирования банковской системы и единства подходов к правовому регулированию в данной области.

В настоящее время Банк России устанавливает требования информационной безопасности в рамках своих полномочий.

Информационная безопасность банков имеет существенное значение для стабильного функционирования и развития кредитно-финансовой сферы и экономики в целом¹⁰⁸. Особое место информационной безопасности в указанной сфере обусловлено тем, что банки являются хранителями чувствительной конфиденциальной информации¹⁰⁹. В данном случае речь идет не только о персональных данных, но и о данных, которые относятся к банковской, налоговой или коммерческой тайне, которые могут позволить третьим лицам получить доступ к денежным средствам физических и юридических лиц, нанести имущественный и репутационный ущерб клиентам банка, самому банку, а также всей кредитно-финансовой сфере. Именно поэтому законодатель, а также Банк России уделяют пристальное внимание формированию нормативно-правовых основ обеспечения информационной безопасности банков, особенно в условиях цифровой экономики.

В настоящее время нормативно-правовые основы обеспечения информационной безопасности банков носят комплексный многоуровневый характер. Так,

¹⁰⁸ Марданов Р. Х., Ильин И. В. Стандарты информационной безопасности в банковской системе // Вестник УГАТУ. – 2013. – Т. 17. – №7 (60). – С. 58.

¹⁰⁹ Журавлева В.В., Целых А.Н. Особенности информационной безопасности банковских систем и меры по ее обеспечению // Альманах современной науки и образования. – 2015. – № 9 (99). – С. 67–71.

нормативно-правовые основы можно подразделить на три уровня: федеральные законы, нормативные акты органов государственной власти и Банка России, стратегии и рекомендации органов государственной власти и Банка России.

Несмотря на особую значимость банков, а также хранящихся в них данных в процессе функционирования экономики, на законодательном уровне не установлены требования информационной безопасности, которые предъявлялись бы к организациям банковского сектора с целью обеспечения защиты не только прав и интересов граждан и организаций, но и их денежных средств. В связи с этим предлагаем в нормативно-правовых актах Банка России изложить и закрепить основные требования к информационной инфраструктуре и безопасности банков, что позволит защитить их от внутренних и внешних угроз. Полагаем, что данный раздел позволит прийти к единообразному пониманию основных минимально необходимых требований информационной безопасности, которые должен будет соблюдать банк в целях обеспечения достаточного уровня защищенности информационной инфраструктуры организации, что может способствовать повышению информационной безопасности банков.

Также в развитие данного раздела в дальнейшем могут быть изданы нормативные акты Банка России, которые были бы направлены на достижение таких целей, как: конкретизация требований, разграничение банков на определенные категории с соответствующими требованиями, учет особенностей отраслей клиентов, которым банк оказывает услуги, учет положения банка в кредитно-финансовой сфере, отдельных особенностей его деятельности и так далее. Полагаем, что это может способствовать более комплексному подходу к обеспечению информационной безопасности в банковском секторе.

Ввиду существующего законодательного регулирования, как отмечают некоторые авторы, большая часть работы в вышеуказанной сфере ложится на регулятор – Банк России, который должен определить условия ведения банковского бизнеса в киберпространстве и разработать рекомендации по снижению рисков для организаций кредитно-финансовой сферы, в том числе для банков¹¹⁰.

Особый подход Банка России по отношению к регулированию обеспечения информационной безопасности банков прослеживается в его нормативных правовых актах. Если проанализировать действующие нормативные акты Банка России, то можно заметить, что регулирование информационной безопасности выстраивается с учетом особенностей правового статуса организаций кредитно-финансовой сферы, и требования устанавливаются отдельно к категориям «кредитные организации» и «некредитные финансовые организации». Полагаем, что данное разделение связано прежде всего с особенностями выполняемых функций и видов деятельности организаций каждой категории, информации, которой они оперируют, и информационной инфраструктуры, которую они используют в процессе своей основной деятельности.

Интересным представляется также и тот факт, что фактически в нормативных актах в сфере информационной безопасности деление на банки и небанковские кредитные организации не осуществляется. Вместе с тем предлагаем в дальнейшем проводить разделение между данными категориями с учетом особенностей предоставляемых ими финансовых сервисов и услуг. Полагаем, что это может в дальнейшем способствовать более глубокому изучению проблемы информацион-

¹¹⁰ Ревенков П.В., Бердюгин А.А. Безопасность электронного банкинга: услуга и обязанность банка // Финансы и кредит. – 2015. – № 8 (632). – С. 2–10.

ной безопасности банков и совершенствованию правового регулирования данной сферы.

В процессе осуществления деятельности банковские организации обязаны соблюдать требования информационной безопасности, которые устанавливает Банк России. Именно на предмет соблюдения вышеуказанных требований Банк России проводит надзорные мероприятия. Банк России устанавливает данные требования в положениях, стандартах, а также разъясняет их в информационных письмах.

Надзор в сфере информационной безопасности занимает особое место в системе управления информационной безопасностью организации. Некоторые авторы выделяют причины актуальности управления информационной безопасностью банковской системы: развитие информационных технологий и их активное внедрение; повсеместное участие организаций банковского сектора в иных сферах жизнедеятельности общества и государства; глобализация финансовых рынков и т.д.¹¹¹ Вместе с тем полагаем, что одной из таких причин также может являться увеличение числа информационных угроз, в том числе связанных с мошенническими действиями с платежными картами и несанкционированными переводами денежных средств, которые могут привести к причинению ущерба участникам кредитно-финансовой сферы. Вышеуказанные причины способствуют развитию информационной безопасности банковского сектора с целью недопущения финансовых потерь при использовании и внедрении новых сервисов и услуг, связанных с применением новейших информационных технологий.

Основными целями надзора в сфере информационной безопасности, по мнению некоторых авторов, являются повышение доверия к организациям бан-

¹¹¹ Йохан Балийон. Современные тенденции в области информационной безопасности банков // Банковское дело. – 2014. – № 10. – С. 60–62.

ковской системы и обеспечение соответствия их деятельности требованиям стандартов¹¹². Полагаем, что ввиду возрастающей цифровизации трансформируются и цели надзора в сфере информационной безопасности. Так, по нашему мнению, одной из основных целей становится повышение уровня доверия населения к новым предоставляемым сервисам и услугам с использованием информационных технологий, которые активно развиваются банками.

Второй целью может являться повышение уровня защищенности банковской организации, так как наиболее существенные нарушения требований информационной безопасности могут привести к причинению имущественного ущерба клиентам банка, самому банку и государству в целом. Полагаем, что указанные нами цели могут являться отражением существующей ситуации в банковском секторе в условиях цифровизации и возрастающих информационных угроз.

Надзорные мероприятия по вопросам выполнения кредитными организациями требований к обеспечению защиты информации при осуществлении переводов денежных средств и применении информационных технологий (далее – проверка ИБ) проводятся Банком России как в плановом, так и во внеплановом порядке.

В настоящее время ФинЦЕРТ Банка России проводит данные проверки ИБ в рамках общих надзорных мероприятий. Выявленные ФинЦЕРТ нарушения могут привести к нарушению функционирования информационной инфраструктуры, а также причинить имущественный ущерб клиентам кредитных организаций, самим организациям и государству в целом.

Наиболее эффективными способами минимизации

¹¹² Марданов Р. Х., Ильин И. В. Стандарты информационной безопасности в банковской системе // Вестник УГАТУ. 2013. – Т. 17. – № 7 (60). – С. 57.

числа вышеуказанных нарушений являются повышение квалификации сотрудников служб информационной безопасности, а также улучшение внутренней организации работы по данному направлению и изменение отношения руководства организаций к проблемам в данной области.

Банк России также осуществляет дистанционный надзор по вопросу соблюдения требований информационной безопасности. Дистанционный надзор осуществляется ФинЦЕРТ, аналитические данные по данному направлению деятельности публикуются в рамках отчетов. Дистанционный надзор осуществляется на основании сведений, которые получают в рамках отчетности 0403203 «Сведения о выявлении инцидентов, связанных с нарушением требований к обеспечению защиты информации при осуществлении переводов денежных средств»¹¹³ (далее – отчетность 0403203) и отчетности 0409258 «Сведения о несанкционированных операциях, совершенных с использованием платежных карт»¹¹⁴.

Также в Банк России поступает форма отчетности 0409070 «Сведения об использовании кредитной организацией интернет-технологий и информационных систем». Полагаем, что данная форма отчетности также имеет важное значение с точки зрения информационной безопасности, так как, по информации представителей надзорных подразделений регулятора, 98% всех кредитных организаций используют си-

¹¹³ Указание Банка России от 09.06.2012 № 2831-У «Об отчетности по обеспечению защиты информации при осуществлении переводов денежных средств операторов платежных систем, операторов услуг платежной инфраструктуры, операторов по переводу денежных средств» // Вестник Банка России. – 22.06.2012. – № 32.

¹¹⁴ Указание Банка России от 08.10.2018 № 4927-У «О перечне, формах и порядке составления и представления форм отчетности кредитных организаций в Центральный банк Российской Федерации» // Вестник Банка России. – 01.02.2019. – № 7–8.

стемы электронного банкинга¹¹⁵. Предоставление банками данных об используемых технологиях позволяет сформировать представление об инфраструктуре конкретного банка и возможных уязвимостях в его информационных системах, выработать своевременные меры по недопущению соответствующих инцидентов информационной безопасности.

Следует отметить, что дистанционный надзор направлен на повышение уровня информационной безопасности, своевременное выявление нарушений, а также минимизацию негативных последствий в виде осуществления несанкционированных переводов денежных средств. В рамках дистанционного надзора ФинЦЕРТ на ежегодной основе выпускает обзор операций, совершенных без согласия клиентов финансовых организаций. Ранее данный документ носил наименование «Обзор несанкционированных операций».

Рассматриваемый обзор основан на анализе данных из вышеуказанных форм отчетности. Следует отметить, что в отчетность 0403203 Указанием Банка России от 30 марта 2018 г. № 4753-У были внесены изменения, в результате которых соответствующие финансовые организации предоставляют сведения только о финансовой составляющей инцидентов в сфере информационной безопасности, а техническая информация, включая описание инцидента и операции, совершенной без согласия клиента, передается в оперативном режиме с использованием автоматизированной системы обработки инцидентов ФинЦЕРТ (далее – АСОИ ФинЦЕРТ).

Однако, если проанализировать стандарт Банка России по информационной безопасности, то можно заметить, что в рамках передаваемых в оперативном

¹¹⁵ Ревенков П.В. Расширение профилей банковских рисков в условиях работы в киберпространстве // Финансы и кредит. – 2018. – Т. 24. – № 11. – С. 2473.

режиме в АСОИ ФинЦЕРТ данных передается и финансовая информация. Полагаем, что в данном случае имеет место дублирование информации, что, с одной стороны, возлагает дополнительную обязанность на финансовые организации, в том числе и банки, по предоставлению одних и тех же данных дважды. С другой стороны, сложившуюся ситуацию можно рассматривать как оказание помощи надзорным подразделениям, поскольку, сравнив данные, которые содержатся в АСОИ ФинЦЕРТ, и те, которые предоставляются в рамках отчетности, можно будет сделать вывод о достоверности и полноте информации, которую предоставляет Банку России соответствующая поднадзорная организация.

Вместе с тем полагаем, что с целью выстраивания доверительных отношений между надзорным органом и поднадзорной организацией, а также исключения дублирования информации следует рассмотреть возможность отмены формы отчетности 0403203. Данная мера позволит уменьшить нагрузку на финансовые организации, повысить уровень взаимного доверия Банка России и поднадзорных организаций, а также предоставить надзорному органу возможность анализировать информацию о несанкционированных операциях на территории России в режиме реального времени, что в дальнейшем может способствовать выявлению новых способов их осуществления и разработке мер противодействия незаконным операциям с денежными средствами граждан.

Согласно данным обзора основной причиной операций без согласия клиентов является социальная инженерия. Вместе с тем их количество снижается. Банк России связывает данную тенденцию с проводимыми мероприятиями по повышению киберграмотности. Полагаем, что именно обучение потребителей финансовых услуг основам информационной безопасности

может оказать положительный эффект на уровень информационной безопасности финансовой сферы в целом и банков, в частности.

В качестве второй причины выделяют несанкционированный доступ к информационной инфраструктуре организаций. В данном случае речь идет о выполнении требований информационной безопасности в самих организациях. Полагаем, что в целях минимизации данных ситуаций кредитным организациям необходимо, как указывалось ранее, проводить самооценку и киберучения, предоставлять данные в ФинЦЕРТ для их анализа, поскольку указанные меры в дальнейшем позволят на ранней стадии выявить уязвимость и разработать меры по ее устранению, например, такие как проведение дополнительного инструктажа для работников, проведение мониторинга внутренних систем, и так далее.

Банк России разрабатывает и применяет механизмы по своевременному выявлению, предупреждению и реагированию на инциденты в сфере информационной безопасности. Реализуемая комбинация дистанционного и контактного надзора за соблюдением требований информационной безопасности позволяет применять комплексные меры по защите денежных средств потребителей финансовых услуг, финансовых организаций и государства, что подтверждается данными отчета ФинЦЕРТ. Полагаем, что дальнейшая работа Банка России в данном направлении позволит минимизировать риск наступления негативных последствий для участников финансового рынка и повысить уровень информационной безопасности каждого из них по отдельности и всей кредитно-финансовой сферы в целом.

Другой подход к осуществлению банковского надзора в сфере информационной безопасности реализован в Китайской Народной Республике. Как известно,

в КНР не был создан мегарегулятор, поэтому функции и полномочия по регулированию в кредитно-финансовой сфере поделены между Народным Банком Китая и Комиссией по регулированию банковской деятельности Китая.

Согласно статье 74 Руководства по управлению рисками информационных технологий коммерческих банков (далее – Руководство ИТ), Комиссия осуществляет надзор и контроль за управлением рисками информационных технологий коммерческих банков в соответствии с законодательством Китая¹¹⁶. Также Комиссия поощряет использование интернет-технологий и электронных каналов коммерческими банками для расширения спектра предоставляемых услуг, осуществление нововведений в целях предоставления более разнообразных, удобных и недорогих услуг, повышение эффективности их участия в программе «финансы + Интернет» и совершенствование деятельности по обслуживанию реальной экономики¹¹⁷.

Проанализировав данные официального сайта НБК¹¹⁸, можно сделать вывод о том, что он не наделен специальными полномочиями в сфере информационной безопасности китайских банков, так как данное направление деятельности не освещается ни в аналитических отчетных материалах, ни в рамках предоставления рекомендаций для банковского сектора. Вместе с тем данные официального сайта Комиссии¹¹⁹

¹¹⁶ 銀監會發佈《商業銀行信息科技風險管理指引》. 中华人民共和国中央人民政府 [Электронный ресурс]. URL: http://big5.gov.cn/gate/big5/www.gov.cn/gzdt/2009-06/01/content_1329547.htm

¹¹⁷ 中國銀監會對十二屆全國人大五次會議第7039號建議的答覆. 中國銀行保險監督管理委員會 (China Banking and Insurance Regulatory Commission) [электронный ресурс]. URL: <http://big5.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=273314&itemId=893&generaltype=1>

¹¹⁸ 中國人民銀行 (The People's Bank of China) [электронный ресурс]. URL: <http://www.pbc.gov.cn/>

¹¹⁹ 中國銀行保險監督管理委員會 (China Banking and Insurance Regulatory

позволяют сделать вывод о наличии соответствующих полномочий в рассматриваемой сфере. Так, Комиссия издала нормативные акты в указанной сфере: Руководство ИТ, Руководство по надзору за непрерывностью операционных процессов коммерческих банков, Руководство по надзору за рисками аутсорсинга информационных технологий банковских финансовых учреждений (далее – Руководство по аутсорсингу ИТ), Руководство по управлению данными в банковских финансовых учреждениях (далее – Руководство по управлению данными) и ряд иных документов, изданных во исполнение указанных актов. Также публикуются рекомендательные письма Комиссии, что свидетельствует об активной деятельности данного органа в сфере информационной безопасности.

Следует отметить, что, несмотря на отсутствие у НБК полномочий в рассматриваемой сфере, взаимодействие НБК и Комиссии по вопросам регулирования и надзора в сфере информационной безопасности осуществляется в рамках общих положений действующего нормативно-правового регулирования, которое предусматривает, в свою очередь, согласование как норм, так и применяемых мер надзорного реагирования друг с другом. Также НБК оказывает содействие в разработке политик и стратегий в рассматриваемой сфере, уделяет пристальное внимание развитию финансовых услуг в Интернете, анализирует соответствующие риски, проводит оценку регуляторной политики совместно с Национальной ассоциацией интернет-финансов Китая (NIFA)¹²⁰. Ввиду изложенного

Commission) [электронный ресурс]. URL: <http://www.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/zaixianfuwu/zaixianfuwu.html>.

¹²⁰ 人民銀行就促進互聯網金融健康發展指導意見答問. 中国银行保险监督管理委员会 (China Banking and Insurance Regulatory Commission) [электронный ресурс]. URL: <http://big5.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=78791&itemId=915&generaltype=0>.

считаем целесообразным все-таки рассматривать НБК как субъект обеспечения информационной безопасности банковского сектора Китая.

Согласно позиции Комиссии, обеспечение информационной безопасности является актуальной задачей в настоящее время¹²¹. Данная позиция обусловлена тем, что в КНР активно развиваются и внедряются информационные технологии в банковский сектор. В отчете 19-го Национального конгресса (Всекитайского съезда) Коммунистической партии Китая (18-24 октября 2017 г.) выдвинута цель «построения сетевой страны, цифрового Китая и умного общества» и указано направление для социальной информатизации.

В целях реализации решений 19-го Национального конгресса в Китае официально запущен проект интеллектуального преобразования групповой информационной системы нового поколения, основанный на поддержании продвинутого уровня системы ИТ-архитектуры, которая позволит построить ядро цифрового и интеллектуального поведения, постоянно улучшать предоставляемые цифровые услуги. Лидирующая позиция в построении новых информационных технологий предоставлена Банку коммуникаций, что еще раз подчеркивает важную роль банковского сектора Китая в цифровизации экономики¹²².

Развитию информационных технологий в финансовой сфере в Китае уделяется достаточно большое внимание. Так, была создана специализированная Наци-

¹²¹ 稅務總局納稅服務司、銀保監會普惠金融部有關負責人答記者問. 中国银行保险监督管理委员会 (China Banking and Insurance Regulatory Commission) [электронный ресурс]. URL: <http://big5.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=852709&itemId=917&generaltype=0>.

¹²² 為技術應用注入人文基因 領跑金融科技新時代 ——交通銀行加速推進智慧化轉型. 中国银行保险监督管理委员会 (China Banking and Insurance Regulatory Commission) [электронный ресурс]. URL: <http://big5.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=189034&itemId=920&generaltype=0>.

ональная ассоциация интернет-финансов, которая помогает в рамках своих профессиональных комитетов выработать совместно с НБК и Комиссией приемы и способы обеспечения информационной безопасности, отслеживания информационных финансовых рисков и их предупреждения. В Китае налажено общение профессионального сообщества с регуляторами через вышеуказанную ассоциацию, что позволяет им выработать меры по недопущению ущерба клиентам, организациям и государству, отслеживать тенденции нарушений в сфере информационной безопасности, а также осуществлять активное внедрение новейших технологий в финансовую сферу¹²³.

Особый подход Китая в сфере информационной безопасности банковского сектора выражается не только в совместном осуществлении Народным банком Китая и Комиссией функций по надзору в сфере информационной безопасности и наличии специально созданной ассоциации, но и в особенностях организации мероприятий по надзору за соблюдением требований информационной безопасности. Китай идет по пути предупреждения нарушений, для чего устанавливается период, в течение которого поддерживаются проблемные направления, оказывается помощь при выстраивании механизмов обеспечения информационной безопасности в финансовом секторе¹²⁴.

Следует отметить, что в сфере информационной

¹²³ 中國銀監會對政協十二屆全國委員會第五次會議第0241號(財稅金融類022號)提案的答覆. 中国银行保险监督管理委员会 (China Banking and Insurance Regulatory Commission) [электронный ресурс]. URL: <http://big5.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=279826&itemId=893&generaltype=1>.

¹²⁴ 中國銀監會對政協十二屆全國委員會第五次會議第0241號(財稅金融類022號)提案的答覆. 中国银行保险监督管理委员会 (China Banking and Insurance Regulatory Commission) [электронный ресурс]. URL: <http://big5.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=279826&itemId=893&generaltype=1>.

безопасности в банковском секторе Китая особое значение имеет ряд документов Комиссии, которые не только закрепляют сами требования, но и определяют процедуры надзора за их выполнением (данными документами являются: Руководство ИТ, Руководство по аутсорсингу ИБ, Руководство по управлению данными, Руководящие заключения и др.).

Интересным, на наш взгляд, является требование по расследованию инцидентов с данными и привлечению старшего руководства организации к ответственности. Это свидетельствует о том, что в Китае информационная безопасность является одной из важных задач, именно поэтому ответственность и контроль за ее обеспечением возлагаются на старшее руководство финансовых организаций, которое должно осуществлять набор высококвалифицированных специалистов, проводить ежегодное обучение персонала, заботиться о финансовом и материальном обеспечении данного направления. Личная ответственность старшего руководства позволяет выстроить эффективный механизм управления и контроля в рассматриваемой сфере, что позволит избежать финансовых и репутационных потерь для финансовых учреждений.

В соответствии с Руководством по управлению данными¹²⁵ регулирование и организация информационной безопасности должны совершенствоваться не только на уровне финансовых организаций, но и на уровне надзорных органов. Согласно Руководству по управлению данными банки должны совершенствовать свою деятельность в управлении данными и обеспечении информационной безопасности, связывая ее с необходимостью защиты потребителей финансовых услуг. Надзорные органы должны напрямую опреде-

¹²⁵ 银行业金融机构数据治理指引. 中国银行保险监督管理委员会 [электронный ресурс]. URL: <http://www.cbirc.gov.cn/chinese/newShouDoc/0DD5F9E320AE41488849F82466FE0B22.html>.

лять направления для контроля, способствовать внедрению информационных технологий. При этом отметим, что надзорные органы должны способствовать повышению уровня информационной безопасности, то есть они выступают не как институт, карающий за нарушение требований информационной безопасности, а как орган, который готов и должен оказывать повсеместную помощь по внедрению технологий управления рисками и минимизации негативных последствий, выявлению и устранению нарушений, при этом меры ответственности должны применяться в исключительных случаях и соразмерно нарушению.

Полагаем, что данный подход является достаточно актуальным, поскольку позволяет выстроить доверительные отношения между надзорным органом и финансовыми организациями, что способствует обмену данными и оказанию своевременной помощи как в решении или предотвращении ситуаций, которые могут возникнуть ввиду причинения ущерба клиентам, так и в совершенствовании собственной системы информационной безопасности, а также способствует своевременному выявлению нарушений и их устранению, поскольку организация может самостоятельно выявить пробелы в системе информационной безопасности. Формирование данной среды доверия может быть эффективным механизмом и средством обеспечения информационной безопасности кредитно-финансовой сферы.

Другим документом, наиболее полно регулирующим данную сферу в Китае, является Руководство ИТ, которое имеет следующие характеристики. Во-первых, оно всесторонне охватывает деятельность коммерческих банков в области информационных технологий, дополнительно разъясняет взаимосвязь между информационными технологиями и банковским бизнесом и играет более активную роль в обеспечении по-

нимания и предотвращении рисков. Во-вторых, сфера применения охватывает банки, другие финансовые учреждения и их корпоративные органы управления. В-третьих, оно фокусируется на управлении рисками и требованиях к внутреннему и внешнему аудиту. В-четвертых – ссылается на международные и внутренние стандарты, а также успешные практики в области информационной безопасности, управления непрерывностью бизнеса и аутсорсинга информационных технологий на протяжении всего жизненного цикла коммерческих банков. В-пятых, закрепляет повышенные требования к защите информации.

Следует отметить, что, наряду с изданием Руководства ИТ – специализированного документа в сфере информационной безопасности и технологий – риски в данной сфере рассматриваются также через операционные, юридические и репутационные аспекты. При этом, на наш взгляд, достаточно важным является тот факт, что риски связывают в том числе и с человеческим фактором. Данное положение является особо актуальным ввиду того, что инциденты информационной безопасности связывают с социальной инженерией, при которой только от человека будет зависеть положительный исход атаки, так как лицо самостоятельно предоставляет персональные данные третьим лицам.

Также следует обратить внимание на то, что в иных нормативных актах закрепляются меры по минимизации негативного влияния человеческого фактора в данной сфере. Так, банковские финансовые учреждения должны создать профессиональную команду, специализирующуюся на управлении данными, систематически обучая персонал (не реже одного раза в год), научно обоснованно планируя карьерный рост и определяя разумный уровень заработной платы. Как ранее отмечалось, в отчете ФинЦЕРТ в качестве одной из причин выявленных нарушений информационной безопасности

был указан человеческий фактор. В Китае данная причина устранена на уровне нормативных актов, в которых определяется необходимость систематического обучения персонала не реже одного раза в год. Полагаем, что такой подход может оказать положительное воздействие на систему информационной безопасности, поскольку сотрудники на систематической основе актуализируют свои знания по основным угрозам и способам защиты и управления данными, что помогает им применять передовые методы в данной сфере.

В рамках руководящих документов в Китае предусмотрены четыре механизма повышения уровня информационной безопасности: совершенствование правил и нормативных положений; усиление мониторинга рисков; улучшение состояния отраслевой дисциплины; повышение эффективности в деле просвещения и формирования общественного мнения. Особое внимание следует обратить на механизмы улучшения отраслевой самооценки и повышения эффективности общественной пропаганды и обучения, так как они оказывают положительное влияние на минимизацию негативного влияния человеческого фактора в сфере информационной безопасности. Так, улучшение показателей отраслевой самооценки свидетельствует о выстраивании диалога как с надзорными органами, так и внутри организации. Такой механизм предполагает повышение эффективности мероприятий внутреннего контроля в организациях, поскольку именно от налаживания внутренних механизмов обеспечения информационной безопасности самой организации зависит возможность минимизации негативных последствий для потребителей и для государства в целом¹²⁶.

¹²⁶ 互聯網金融風險專項整治工作實施方案. 中國銀行保險監督管理委員會 (China Banking and Insurance Regulatory Commission) [электронный ресурс]. URL: <http://big5.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=121640&itemId=928&generaltype=0>.

Повышение уровня осведомленности в области безопасного использования информационных технологий и развитие информационной безопасности финансовой сферы достигаются в Китае по ряду направлений. Речь идет, с одной стороны, об общественной пропаганде безопасности информационных технологий в финансовой сфере, а также о мерах по предотвращению возможного финансового ущерба для рядовых потребителей финансовых услуг, а с другой стороны, о повышении квалификации специалистов в области информационной безопасности. Их профессиональная подготовка и повышение квалификации осуществляются как в рамках внутренней деятельности организации, так и с использованием государственных механизмов, тем самым эти два канала взаимосвязаны друг с другом. Полагаем, что вышеуказанные механизмы могут эффективно способствовать повышению уровня информационной безопасности финансового сектора Китая ввиду более ответственного отношения финансовых организаций и потребителей, повышения их осведомленности об основных правилах использования информационных технологий, необходимых превентивных мерах по реагированию на информационные угрозы, а также повышению квалификации специалистов и совершенствованию внутренних требований по обеспечению информационной безопасности.

В рамках Руководства ИТ предусмотрено особое место подразделений информационной безопасности в организационной структуре банков, что подтверждается обязанностью предусмотреть специальную должность директора по информационным технологиям, который подчиняется напрямую президенту банка, с широким спектром полномочий. В обязанности соответствующего структурного подразделения банка входит не только мониторинг состояния информаци-

онной безопасности его инфраструктуры, но и проведение анализа и оценки новых угроз. Полагаем, что данное направление позволяет не только оценивать состояние систем в режиме реального времени, но и совершенствовать информационную безопасность, применять меры противодействия новым вызовам и угрозам, что может способствовать повышению уровня информационной защищенности банка.

Структурное подразделение в рамках выполнения своих функций осуществляет разработку плана информационной безопасности и поддержание механизма долгосрочного управления, повышение осведомленности всех сотрудников по вопросам информационной безопасности, консультирование других департаментов по вопросам безопасности, обеспечивает создание зон физической защиты с аутентификацией пользователей и контролем доступа, делит сеть на разные логические домены безопасности, обеспечивает безопасность всех компьютерных операционных систем и системного программного обеспечения, разрабатывает соответствующие системы и процедуры для строгого управления сбором, обработкой, хранением, передачей, распространением, резервным копированием, восстановлением, очисткой и уничтожением информации о клиентах, представляет на регулярной основе отчет об оценке информационной безопасности банка. Данные мероприятия позволяют сформировать комплексную систему защиты данных в банках, тем самым обеспечивая надежность и бесперебойность предоставления финансовых услуг и сервисов потребителям.

Также отметим, что в Китае совершенствование информационных систем и технологий банка неразрывно связано с информационной безопасностью. Так, банк должен прорабатывать процедуры по защите своей инфраструктуры и данных клиентов при совер-

шенствовании или разработке систем. Полагаем, что данные положения иллюстрируют комплексный подход к обеспечению информационной безопасности, тем самым обязывая банки стремиться не только к обновлению информационных систем, но и к достижению наивысшего уровня их безопасности.

Следует отметить, что нормативные акты Китая относят к чрезвычайным ситуациям и инциденты информационной безопасности. Например, к таким чрезвычайным ситуациям относятся: отказ важных информационных систем и сетевые атаки, которые привели к тому, что банковские и страховые учреждения не предоставляли услуги в течение более 3 часов в торговых точках и электронных каналах в одной и той же провинции или в течение более 30 минут – для коммерческих точек и электронных каналов в двух или более провинциях, утрата или утечка большого объема важной информации, данных важных бухгалтерских книг, бланков, данных или информации о клиентах страховых учреждений и банков, которые привели или могут привести к значительным убыткам и серьезным последствиям, мошенничество в Интернете и другие инциденты, связанные с информационной безопасностью, которые могут повлечь причинение ущерба банковским и страховым организациям в размере более 10 миллионов юаней или окажут значительное социальное воздействие¹²⁷.

Банковские финансовые учреждения должны оценивать влияние слияний и поглощений, отчуждения активов и других действий на их возможность управления данными. При существенном влиянии на вопросы информационной безопасности план и график

¹²⁷ 銀行業保險業突發事件信息報告辦法. 中国银行保险监督管理委员会 (China Banking and Insurance Regulatory Commission) [электронный ресурс]. URL: <http://big5.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=273175&itemId=891&generaltype=1>.

реорганизации должны быть четко определены, чтобы соответствовать требованиям управления рисками банковской группы. Полагаем, что данное требование в Китае является актуальным, так как при реорганизации должен быть четко определен правопреемник, который также должен обеспечить безопасность для тех данных и информации, которые были им получены в процессе реорганизации и за которые он теперь несет полную ответственность.

Также на банковские организации в Китае возложена обязанность по информированию Комиссии о чрезвычайных ситуациях, в которые включаются инциденты информационной безопасности. При этом за несвоевременное сообщение, несообщение, искажение или сокрытие информации о чрезвычайных ситуациях предусмотрена ответственность для банковских организаций¹²⁸. Также установлена обязанность по информированию Комиссии об изменениях в информационных системах банковских организаций. В Китае также установлены требования об информировании о событиях информационной безопасности. При этом орган надзора должен создать систему, с использованием которой должно осуществляться информирование¹²⁹. Полагаем, что данные меры направлены прежде всего на то, чтобы у Комиссии были полные и достоверные сведения об информационной безопасности в банковской сфере. Своевременное уведомление Комиссии об инциденте позволит предупредить иных участников банковского секто-

¹²⁸ 銀行業保險業突發事件信息報告辦法. 中国银行保险监督管理委员会 (China Banking and Insurance Regulatory Commission) [электронный ресурс]. URL: <http://big5.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=273175&itemId=891&generaltype=1>.

¹²⁹ 網絡借貸信息仲介機構. 業務活動管理暫行辦法. 中国银行保险监督管理委员会 (China Banking and Insurance Regulatory Commission) [электронный ресурс]. URL: <http://big5.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=117963&itemId=928&generaltype=0>.

ра, предотвратить негативные последствия для более широкого круга лиц, обеспечить дальнейшую бесперебойность работы банковских организаций, которые не подверглись данному инциденту. Данные меры позволяют не только минимизировать риски негативных последствий для банковских организаций, но и позволяют обеспечить стабильность как экономической, так и социальной сферы общества и государства.

Социальная стабильность является также одной из важнейших задач при обеспечении информационной безопасности. Руководящие документы КНР закрепляют приоритет интересов потребителей финансовых услуг в рассматриваемой сфере, а сами данные рассматриваются как ценность¹³⁰. Полагаем, что такие меры являются достаточно обоснованными, так как в случае потери доверия потребителей финансовых услуг банки не смогут стабильно осуществлять свою работу, развиваться и обеспечивать рост экономики страны.

Интересным представляется также и тот факт, что руководства устанавливают необходимость для банков быть осмотрительными при использовании аутсорсинговых услуг, что еще раз подтверждает особое место информационной безопасности в процессе деятельности банков. При этом рекомендовано проявлять осторожность при использовании аутсорсинга критически важной информационной инфраструктуры и уведомлять своевременно Комиссию об этом.

¹³⁰ СМ.: 稅務總局納稅服務司、銀保監會普惠金融部有關負責人答記者問. 中国银行保险监督管理委员会 (China Banking and Insurance Regulatory Commission) [электронный ресурс]. URL: <http://big5.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=852709&itemId=917&generaltype=0> 中國銀監會對十二屆全國人大五次會議. 第338號代表議案的初・處理意見. 中国银行保险监督管理委员会 (China Banking and Insurance Regulatory Commission) [электронный ресурс]. URL: <http://big5.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=265588&itemId=893&generaltype=1>.

Следует отметить, что данное требование находит свое отражение и в иных руководящих актах Комиссии.

Также следует отметить, что руководящие документы Комиссии устанавливают особые требования к посредникам по предоставлению финансовых услуг с использованием информационных технологий. Полагаем, что это обусловлено необходимостью защиты банковских данных и инфраструктуры в процессе предоставления услуг через сервисы третьих лиц, поскольку на данном участке банковские организации самостоятельно не могут проконтролировать и обеспечить надлежащий уровень информационной безопасности. Интересным представляется тот факт, что посредник в сфере предоставления финансовых услуг также должен получить соответствующую лицензию, для чего он предоставляет данные в государственные органы, и на посредников также распространяются мероприятия финансового надзора в сфере информационной безопасности. Данное положение может, на наш взгляд, благотворно повлиять на развитие информационной безопасности в финансовой сфере, а факт предоставления лицензии свидетельствует о предъявлении к посредникам жестких требований, что возлагает на них определенную ответственность за свою деятельность.

В КНР применяется два вида аудита в сфере информационной безопасности: внутренний (проводимый организацией самостоятельно) и внешний (коммерческий банк поручает внешней организации провести аудит, либо он проводится по решению надзорного органа). Интересным представляется тот факт, что отчет внешнего аудитора имеет силу отчета по результатам проверки Комиссией, и в рамках него также предоставляется информация о нарушениях и рекомендации по их устранению. Комиссия имеет право проверить данный отчет.

Вместе с тем следует обратить внимание на то, что к внешним аудиторам не предъявляются столь строгие требования, как к компаниям, предоставляющим услуги по аутсорсингу информационных технологий, и от банков не требуется быть по отношению к ним столь осмотрительными и осторожными, несмотря на то, что внешние аудиторы также являются сторонними организациями, которые получают доступ к чувствительной банковской информации. С одной стороны, это обусловлено особым статусом аудитора, который должен не только осуществлять добросовестно деятельность согласно соответствующему разрешению (лицензии), но и подписать соглашение о конфиденциальности, а с другой стороны, в рамках проверки он получает полную информацию об инфраструктуре организации и о базе данных, которая может попасть к третьим лицам. Полагаем возможным также применить принцип осмотрительности и осторожности при выборе организации для проведения внешней проверки, так как это может помочь избежать репутационных рисков и имущественного ущерба, который может быть причинен ввиду недобросовестной деятельности внешнего проверяющего, выбранного банком.

Следует отметить, что в Китае отдельно выделяются мероприятия и меры банковского надзора за управлением данными. Вместе с тем это входит в состав банковского надзора за соблюдением требований информационной безопасности, поскольку проверяются вопросы, связанные с обеспечением информационной безопасности данных, в том числе конфиденциальных, а также вопросы работы с ними и осуществления в рамках данного процесса внутреннего аудита.

Библиографический список:

1. *Марданов Р. Х., Ильин И. В.* Стандарты информационной безопасности в банковской системе // Вестник УГАТУ. 2013. Т. 17. №7 (60). С. 58.
2. *Журавлева В.В., Целых А.Н.* Особенности информационной безопасности банковских систем и меры по ее обеспечению // Альманах современной науки и образования. 2015. № 9 (99). С. 67–71.
3. *Ревенков П.В., Бердюгин А.А.* Безопасность электронного банкинга: услуга и обязанность банка // Финансы и кредит. 2015. № 8 (632). С. 2–10.
4. *Йохан Балион.* Современные тенденции в области информационной безопасности банков // Банковское дело. 2014. № 10. С. 60–62.
5. *Ревенков П.В.* Расширение профилей банковских рисков в условиях работы в киберпространстве // Финансы и кредит. 2018. Т. 24. № 11. С. 2471-2475.

ПРАВА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

КАМИНСКАЯ Елена Ивановна

МГИМО МИД России, кафедра международного частного и гражданского права им. С.Н.Лебедева, доцент, кандидат юридических наук, (119454, г. Москва, проспект Вернадского, 76, тел.: +7495-229-3824, email: e.i.kaminskaya@mail.ru)

ШТОДИНА Дарья Дмитриевна

МГИМО МИД России, Магистр Международно-правового факультета (119454, г. Москва, проспект Вернадского, 76, тел.: +7967-044-8812, dashashtodina96@gmail.com)

МЕСТО ИДЕЙ В СФЕРЕ АВТОРСКО-ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ (ОПЫТ РОССИИ В ЗАРУБЕЖНОМ КОНТЕКСТЕ)

Ключевые слова: *авторское право, идеи, произведения, критерий охраноспособности, оригинальность, творчество, личность, права человека.*

Аннотация: *В статье рассматривается критерий охраны по авторскому праву, особенности применения его в российском и зарубежном праве, а также вытекающая из этого возможность расширения сферы действия авторского права и пределы такого расширения.*

Любой разговор об авторском праве проще всего начать с общего места – с категорического отрицания возможности охранять авторским правом идеи – и тем самым полностью дезавуировать тему, обозначенную

в названии статьи. Постулат авторского права, формула, определяющая сферу авторско-правовой охраны, заключается в том, что авторским правом по определению охраняется не объективная информация, а результат личного творчества. Российский законодатель, помимо подобного позитивно сформулированного в ст. 1257 Гражданского кодекса РФ правила, фактически продублировал эту мысль в виде специальной оговорки в тексте п. 5 ст. 1259, прямо исключая идеи из круга объектов авторского права: «Авторские права не распространяются на идеи, концепции, принципы, методы, процессы, системы, способы, решения технических, организационных или иных задач, открытия, факты, языки программирования».

Тем не менее, было бы ошибкой буквально толковать приведенное выше положение. Истинный смысл его не может быть прояснен вне связи с предыдущими положениями статьи 1259. В тексте п. 1 и далее указанной статьи (носящей название «Объекты авторских прав») приводится подробный перечень объектов авторского права – произведений литературы, науки и искусства. Он представляет собой не что иное как примерный неисчерпывающий перечень объективных форм их выражения (литературные произведения, драматические и музыкально-драматические, хореографические, музыкальные, аудиовизуальные, произведения живописи, скульптуры и т.д.), которые презюмируются охраноспособными.

Поскольку закрепленная таким образом презумпция носит опровержимый характер, на практике вполне может случиться, что какому-либо литературному или музыкальному произведению будет отказано в охране, если ответчик докажет отсутствие в них следов творческой деятельности. Критериев охраноспособности в авторском праве два – формальный и сущностный; применяются они по принципу *sine qua non*, одновременно и независимо друг от друга.

Но если это так, то и прямо сформулированные в п. 5 исключения (в том числе идеи) представляют собой исключения только из случаев презюмируемой законом охраноспособности по форме выражения. Собственно, намерение законодателя проясняется и в комментарии, написанном разработчиками проекта Части четвертой ГК РФ¹³¹. Иными словами, идея, существующая лишь в сознании человека, не имеет ни малейшего шанса на охрану авторским правом. Идея же, выраженная в объективной форме и при этом обладающая свойством результата творческой деятельности (что должно быть специально доказано), разумеется, получит авторско-правовую охрану. Было бы абсурдно априори устранять идеи из сферы такой охраны. Это свело бы авторское право лишь к охране экспромтов и фиксаций психоделического потока сознания.

Разумеется, и подсознательно, и спонтанно созданным объектам находится место в авторском праве: идея (то есть замысел, приём, соображение, план для достижения результата) не обязательно должна сопровождать творческую деятельность. Но наличие у создателя замысла, конечно же, не порочит результата и не может служить основанием для отказа в признании творческого характера за деятельностью, приведшей к созданию результата. Расхожий миф о принципиальной неохраноспособности идей по авторскому праву должен быть, таким образом, развеян как не имеющий под собой серьезных правовых оснований.

Далее следует исследовать сложности (и в целом перспективы) доказывания свойств результата творческой деятельности за идеями. Как представляется, задача это небезнадежная. Однако практические проблемы, возникающие на этом пути, не могут быть раз-

¹³¹ Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации/ Под ред. А.Л.Маковского. – М.: Статут, 2008. С.389 (автор комментария к данной статье –Е.А.Павлова).

решены в один приём, поскольку проблемы эти имеют разноплановые проявления.

Обозначим те плоскости авторско-правового регулирования, в которых идеи учитываются законодателем.

Иногда это происходит лишь косвенно. Как известно, охраноспособными могут быть и незавершенные произведения – при условии, что и в незаконченном виде они обрели объективную форму выражения. Законодатель не требует, чтобы автор полностью реализовал свой замысел, то есть идею, положенную в основу создания творческого результата. На первый взгляд, включение незавершенных произведений в круг возможных объектов говорит только о том, что идеи юридически безразличны. Как представляется, это не так. Проявление идеи может быть применительно к данному случаю двояким. Рассмотрение судом вопроса о предоставлении охраны также и незавершенному произведению, очевидно, будет происходить после заявления ответчиком возражений, связанных с попыткой оспорить охраноспособность данного произведения на основании его незавершенности. Суд будет давать оценку заявлению ответчика, и сможет ли он сделать вывод о незавершенности произведения, минуя соображения о конечном замысле?

Такого рода практика в российском праве пока еще не сложилась. А в отношении охраны части произведения опыт правоприменительной практики как раз имеется немалый. Можно даже говорить о значительном разнообразии как мотивации сторон, так и подходов судов при разрешении дел подобного рода.

Как специально оговаривает законодатель в п. 7 ст. 1259 ГК РФ, авторское право распространяется и на часть произведения (если эта часть отвечает общим критериям охраны - формальному и сущностному). После принятия Четвертой части ГК РФ россий-

ские суды должны были следовать в своей практике указаниям высших судебных органов, выраженным в совместном Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 5 и Высшего Арбитражного Суда РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие Части четвертой Гражданского Кодекса Российской Федерации» и более не требующих от охраняемых частей произведения, чтобы эти части могли использоваться самостоятельно (как это требовалось в докодификационный период).

Таким образом, режим части произведения был приведен в соответствие с общим авторско-правовым режимом: чтобы быть охраняемыми, части произведения должны быть самостоятельным результатом творческого труда и облечены в форму, отдельную от всего произведения в целом (без каких-либо дополнительных формальных условий). Не случайно и в тексте ст. 1259 ГК РФ, и в тексте названного Постановления в качестве примеров частей произведения приводятся такие части, которые имеют наибольшие шансы для локализации – название произведения и его персонажи.

Российские суды, однако, далеко не всегда следовали этому указанию, время от времени сбиваясь на старые ориентиры и необоснованно выдвигая прагматичное, а по сути рыночное требование о возможности части произведения быть использованной в отрыве от всего произведения (см., например, определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 11 июня 2015 г. № 309-ЭС14-7875, рассмотревшей по кассационной жалобе дело о защите прав на персонажи мультсериала «Маша и Медведь»). Иногда (причем зачастую даже до принятия Части четвертой ГК РФ – см., в частности, решение Замоскворецкого районного суда по делу по иску Кузина к издательству «Айрис-пресс» и Издательскому дому

«Литера») суды просто отвергали возможность отнесения фрагментов произведения к объектам авторского права.

Шаткость позиций судов в подобных случаях далеко не безобидна, если учесть буквально массовые попытки присвоить результаты чужого творческого труда и избежать ответственности по авторскому праву под прикрытием якобы особого режима частей произведения, а порой и просто ссылаясь на то, что фрагменты произведения якобы не являются объектами авторского права. Российская практика (причем как до-, так и послекодификационная) даёт многочисленные примеры включения в сборники школьных сочинений фрагментов произведений без разрешения автора; использования в произведении элементов из проектов, представленных на конкурс; попыток обосновать отсутствие неразрешенного использования всего произведения в случае использования не всего произведения, а лишь какой-либо его части; попыток подвести неразрешенное использование частей произведения под случаи «свободного использования» (цитирования в критических и информационных целях). По договору авторского заказа продюсер отказывает автору в одобрении сценария, представляемого по частям, под предлогом «несоответствия формату», пытаясь присвоить исключительное право на уже представленные части. Случаи весьма разнообразны, но логика у нарушителей одна (и весьма вульгарна): взять всё чужое нехорошо, а если таскать понемножку из чужого амбара – то это можно.

Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» изменило ситуацию. Пунктом 81 Постановления разъяснено, что охрана распространяется на части произведения (в том числе фрагменты) при дополнительном

условии: такие части произведения сохраняют свою узнаваемость как часть конкретного произведения при их использовании отдельно от всего произведения в целом. Требование о возможности быть использованным не выдвигается, однако уточняется, что непереносимым основанием для предъявления требования о защите считается факт использования части в отрыве от всего произведения в целом (что не даёт возможности требовать применения мер по пресечению будущего нарушения).

Что по сути означает и к чему на практике приведет требование об узнаваемости? Дело, очевидно, не просто в произвольном перенесении на авторские объекты критериев, свойственных более средствам индивидуализации или применяемым при защите от недобросовестной конкуренции (хотя и это просматривается). Как представляется, фокус на ранее игнорировавшейся связи части с целым, учет при решении вопроса о предоставлении охраны смысла, значения, идеи, всего замысла, – вот в чем состоит значение новеллы. Идея сама по себе по-прежнему не охраняема, но ее наличие в объективно существующей оригинальной части произведения должно теперь рассматриваться судами как дополнительное условие охраноспособности такой части.

В любом случае, российское право в подобного рода спорах в принципе оставляет часть произведения в рамках авторского права. Практика применения зарубежного права свидетельствует об ином. Обозначенная проблема касается там конкретно такой части произведения как его название.

Даже в континентальной системе права название произведения чаще всего вытесняется из сферы авторского права. Исключение составляет право Швейцарии, предусматривающее в ст. 2 Федерального закона об авторском праве и смежных правах 1992 г. охрану

названий и любых частей произведения, являющихся результатом личного творчества. Вытеснение, о котором было сказано, вовсе не означает отказа в защите; речь о предоставлении защиты иными, чем авторско-правовые, средствами. И нетрудно догадаться, какими: теми, которые, как отмечалось выше, в российской практике теперь проникают в авторское право - а именно средствами защиты от недобросовестной конкуренции. Об этом давно уже свидетельствует французская судебная практика и доктрина.¹³²

Но были случаи (не только во Франции, но также и в других западноевропейских странах, как, например, в Бельгии и Италии) предоставления названиям и авторско-правовой защиты – обычно при условии, что это необходимо для того, чтобы избежать введения пользователей в заблуждение. Причем французским судам случалось предоставлять авторско-правовую охрану и названию самому по себе неоригинальному как знаку, выражению общего смысла (*ergo*, идеи) оригинального произведения¹³³.

Не вдаваясь в подробности, обозначим еще один путь возможного проникновения идей в сферу авторского права во всех национальных правовых системах, не исключая отечественной, – через признание авторства на составные (в терминологии французского права, коллективные и составные) произведения. В чем состоит творческий характер составителя сборника, издателя периодического издания или энциклопедии? Очевидно, в некоей идее, объединяющей входящие в

¹³² Дюма Р. Литературная и художественная собственность: Авторское право Франции. – М.: Международные отношения, 1993. С. 31–32.

¹³³ См об этом: Bouche N. Intellectual Property Law in France –Wolters Kluwer: 2017. P. 37–38; Каминская Е.И. Проблемы авторского права Швейцарии //Материалы по иностранному законодательству и международному частному праву. Труды Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. Вып. 54. – М.: 1993. С. 85 – 86.

состав такого сложного произведения элементы, которой эти элементы (вероятно, сами по себе охраноспособные) подчиняются. Организующая идея, разумеется, должна воплотиться в объективно существующий сборник, антологию и т.п. В противном случае ставить вопрос о ее охране авторским правом бессмысленно.

Весьма примечательное решение содержит гражданское законодательство Швейцарии. Швейцарский обязательственный закон (ШОЗ), некий аналог континентального торгового кодекса, формально являющийся при этом последней, пятой книгой Швейцарского гражданского кодекса, говорит в ст. 393 в связи с издательским договором буквально следующее. Издатель, обрисовавший одному или нескольким лицам план создания произведения по договору (то есть общую идею), получает на это произведение не что иное как авторское право. Это уже пример прямого признания объективно выраженных идей авторскими произведениями.

Такое правовое решение отнюдь не курьезно. Оно открывает разговор о том, что, собственно, знаменует собой проникновение идей в авторское право.

Частные проявления влияния идей на авторско-правовое регулирование через охрану названий, незавершенных произведений, о чем мы говорили ранее, носят косвенный характер. Они ретируются перед прямым вторжением идей – радикальной корректировкой понимания сущностного критерия охраноспособности по авторскому праву. Здесь мы будем говорить не об эстетических, психологических или глубоко личностных соображениях, а о фактах и информации, технических и организационных приемах и подходах.

Собственно, слабая уловимость идей для целей исследования в немалой степени связана с различием вкладываемого в это понятие содержания. Понимание идеи как креативного замысла соседствует с пониманием идеи как практического соображения, и при этом

нужно еще в каждом конкретном случае уточнять, идет ли речь о голой идее, существующей лишь в голове, или же об идее, доступной для восприятия других людей. Напомним, что в авторском праве приниматься во внимание в любом случае могут не голые идеи, а идеи, нашедшие некое объективное выражение.

Вопрос о креативности оставим пока открытым, потому что как раз и намереваемся заглянуть вглубь традиционного для авторского права сущностного критерия охраноспособности с тем, чтобы выяснить, каков должен быть пороговый уровень оригинальности объекта для того, чтобы этот объект смог получить охрану по авторскому праву. В чем состоит творчество? В каких случаях оно имеет место, а в каких отсутствует? Насколько личным должен быть результат творчества, чтобы попасть в сферу авторско-правовой охраны?

В.А.Дозорцев говорил о «попутном значении» для авторского права охраны произведений науки как содержащих информацию, идеи, сведения (уточняя, что речь и в данном случае по-прежнему идет об охране формы выражения, но не самой информации и идей). Объяснение этому он видел в попытке хотя бы частично восполнить вакуум при охране информации.¹³⁴ Написано это было в 1996 году, и произошедшие с тех пор изменения в отечественной правоприменительной практике показывают, что значение информации перестаёт быть «попутным». Она весьма успешно пробивает себе дорогу в сферу авторско-правовой охраны.

На это могут возразить, что на факты и «сообщения о событиях и фактах, имеющие исключительно

¹³⁴ Дозорцев В.А. Информация как объект исключительного права. / Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. //Сборник статей / Исслед. центр частного права. – М.: Статут, 2003. С. 226 – 227.

информационный характер» авторское право не распространяется. Действительно, об этом прямо сказано в п. 5 и 6 ст. 1259 ГК РФ. Но при этом в открытом перечне статьи 1259 ГК РФ в качестве примеров, презюмируемых в качестве охраноспособных произведений, можно увидеть, например, географические карты и фотографии – высокоинформативные объекты. Авторским правом охраняться будет не их содержание (то есть информация), а то, как эта информация выражена. Но ведь всем понятно, насколько сильное влияние оказывает информационное содержание на форму и способ подачи этой информации вовне в подобного рода объектах. Легко представить, насколько затруднительно было бы доказать тот факт, что данное произведение является результатом творческого труда (что требуется в силу ст. 1257), если бы не презумпция их охраноспособности, закрепленная в ст. 1259 ГК РФ. Доказывание и становится затруднительным, если ответчику удастся опровергнуть эту презумпцию. Ведь речь идет о мало индивидуализированном результате деятельности.

Отечественная правоприменительная практика свидетельствует об отсутствии единообразия судов как при применении презумпций охраноспособности высокоинформативных авторских произведений, так и при решении вопроса о допустимости тех или иных доказательств творческого характера деятельности. Презумпции отнесения объектов из перечня п. 1 ст. 1259 к числу «произведений» при рассмотрении конкретных дел то придаётся неопровержимый характер, то она, напротив, игнорируется, и независимо от отсутствия возражений со стороны ответчика суд назначает экспертизу. За редчайшими исключениями, связанными с защитой прав на фотографии, не применяется какая бы то ни было продуманная методика оценки творческого характера деятельности.

Небольшая беда, если суд выбирает легкий путь и оценивает творческий характер не деятельности, а ее результата. Это, конечно, не соответствует требованиям ст. 1257 ГК РФ, но по крайней мере не слишком далеко отступает от ее смысла. Можно даже сказать, что суды, так поступающие, интуитивно возвращаются к более удобному для доказывания, апробированному приёму, который был закреплен в Законе РФ об авторском праве и смежных правах 1993 г. (да, собственно, и сейчас используется в зарубежном авторском праве). Гораздо хуже, если (как это бывает удручающе часто) суд ограничивается ссылкой на объективные, исключительно прагматичные параметры внешней формы выражения, а то и обходится нейтральной бездоказательной констатацией того, что спорный объект «потребовал для своего создания индивидуальной умственной деятельности».

Порой все же случается наблюдать корректное применение судом законодательных презумпций и точное толкование критерия охраноспособности¹³⁵. В таком случае суд исходит из того, что создание высокоинформативного объекта может носить как технический, так и творческий (например, научный) характер.

Справедливости ради следует сказать, что хаотичности судебной практики в немалой степени способствовало крайне невнятное и только вносящее путаницу указание высших судов в п. 28 совместного Постановления высших судов № 5/29 о том, что при выяснении вопроса об охраноспособности произведений не следует придавать решающего значения их «новизне, уникальности и (или) оригинальности». Вызывает сожаление, что это указание слово в слово было повторено в позднейшем по времени Постановлении

¹³⁵ В качестве примера приведем Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 23 сентября 2015 г. по делу N А08-1560/2014 о защите прав на геодезические карты.

Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10.

Результатом стало опасное для цельности авторско-правового регулирования положение – создание питательной среды для нетворческих объектов. Авторско-правовая охрана начинает бесконтрольно предоставляться всем желающим, лишь бы формально объект фигурировал в перечне п. 1 ст. 1259 ГК РФ. При этом забывается, что презумпции охраноспособности, сформулированной в этом положении, законодатель отнюдь не придавал неопровержимого характера. В период до принятия Части четвертой ГК РФ в практике судов наблюдалась другая крайность: высокоинформативным произведениям часто априори отказывалось в охране только потому, что их содержание информативно. При этом забывалось, что авторским правом содержание и не должно оцениваться.

Прежний неоправданный «загон», а теперь неоправданный расцвет идей в авторском праве, очевидно, является собой издержки становления современной системы авторско-правовой охраны в нашей стране. Как нам представляется, корни такой ситуации кроются в практически проявившейся коллизии между двумя базовыми посылами действующего авторского права.

С одной стороны, авторскому праву (и не только ему, но и всей системе охраны интеллектуальной собственности) в Части четвертой ГК РФ придан явно рыночный характер. Это выразилось и в приоритете исключительных (по своему характеру имущественных) прав, и в распылении личных неимущественных прав, и в благожелательности по отношению к нетворческим субъектам. С другой же стороны, отечественное право не смогло полностью отказаться от гуманитарной направленности авторского права. Очевидно, такой подход слишком глубоко укоренился и в отечественной доктрине, и в самой юридической технике, используемой законодателем.

Действительно, юридико-технической особенностью главы 70 («Авторское право») Части четвертой ГК РФ, которая выделяется оригинальностью на фоне зарубежных законодательных текстов, является установление наличия авторских прав не через квалификацию объекта как охраноспособного, а через признание конкретного лица автором. Субъективные авторские права предоставляются на основании ст. 1257 ГК РФ лишь автору произведения литературы, науки или искусства. Качество автора признаётся лишь за тем, кто осуществил творческую деятельность, приведшую к объективному результату (и в первую очередь за тем, кто указан в качестве автора на оригинале или экземпляре произведения, если только не доказано иное). Объективным же результатом творческой деятельности является объект, фигурирующий в специально закреплённом перечне п. 1 ст. 1259 (и тем самым презюмируемый охраняемым), либо объект вне этого перечня (и тогда наличие у него надлежащей формы выражения и качеств результата именно творческой деятельности придется доказывать).

Акцент на личности автора имеет глубокое концептуальное обоснование, поскольку ключевым с точки зрения авторского права обстоятельством является как раз тесная связь между произведением и личностью автора: без произведения нет охраны, а произведения нет без личности (конечно, безотносительно конкретных качеств этой личности). Произведение охраняется лишь в связи с личностью своего автора. Тем самым субъективные авторские права, при всей своей специфике, несомненно, входят в сферу прав человека.

Но поскольку действующее авторское право России в Части четвертой ГК РФ сменило ориентиры на экономические, рыночные, то и акцент был перенесён на экономические интересы личности. В результате либерализации регулирования, имеющей в виду в первую

очередь свободу извлечения прибыли от результата своей творческой деятельности, появились шлюзы для проникновения в круг охраняемых авторским правом новых и новых объектов, дающих возможность получения их авторами экономических выгод. При таком подходе излишняя селекция была бы неуместна, и поэтому стоит ли винить суды, уловившие тенденцию, в излишнем попустительстве по отношению к потенциально экономически прибыльным объектам (высокоинформативным)? Суды зачастую совершают ошибки при квалификации объектов, снижают требования к уровню оригинальности охраняемых произведений, но приняли они про-личностную позицию и действуют в интересах автора.

Заметим, что в авторском праве развитых зарубежных стран уже некоторое время проявляются тенденции либо к «защите автора» (это как раз наш случай, хотя и весьма специфически проявляющийся на практике), либо к «защите произведения». Последняя тенденция выражается на практике в признании в качестве авторов (т.е. первичных правообладателей) нетворческих субъектов – работодателей, заказчиков (как в приведённом ранее примере из швейцарского права относительно издателей), продюсеров. Понятно, что среди них оказываются и юридические лица.

Положение, складывающееся относительно охраны информационно наполненных объектов в отечественном праве и практике, нельзя назвать удовлетворительным. В качестве примера совершенно незнакомо-го российскому праву, но внутренне цельного подхода приведем отношение законодательства и судебной практики США к проблеме минимально необходимого стандарта оригинальности в авторском праве.

Авторское право США чрезвычайно рестриктивно подходит к допуску объектов в сферу своей охраны на первом этапе отбора. Так, в отличие от большинства

национальных законодательств, оно отказывает в охране устным произведениям (как представляющим сложности доказывания обретения ими надлежащей формы выражения) и произведениям утилитарного назначения (чтобы не допустить плюрализма охраны разными институтами интеллектуальной собственности одного и того же объекта).

На втором же этапе отбора американское право проявляет не сравнимый с другими национальными законодательствами либерализм. Не единственной, но преобладающей тенденцией здесь является признание для охраны минимального интеллектуального усилия (*sweat on the brow*). Классическим примером баланса между радикальной версией «*sweat on the brow*» и стремлением все же учесть личный вклад служит решение по делу «*Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service, Co.*» 1991 г., в котором было отказано в защите прав на телефонные справочники, составленные по алфавитному принципу, но при этом отмечено, что требуемое для предоставления авторско-правовой охраны творческое усилие должно быть минимальным («искра»).

И далее режим охраны произведений дифференцируется в зависимости от степени их оригинальности. Это касается и признания личных немущественных прав на них, и возможности (точнее, объема) использования их на основании случаев «свободного использования». Российскому праву такая дифференциация неизвестна, к сожалению, потому что она свидетельствует об особой детализации и глубине регулирования.

Отечественное авторское право находится сейчас в динамике. Принятие им во внимание идей, о чем ранее нельзя было и помыслить, выступает ярким показателем изменений уже произошедших и возможных в будущем. Этот процесс имеет как прогрессивные, так

и настораживающие проявления, что мы и попытались продемонстрировать в настоящей статье.

Библиографический список:

1. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации/ Под ред. А.Л.Маковского. – М.: Статут, 2008.
2. Гаврилов Э.П. Интеллектуальные права в современной России: некоторые теоретические проблемы // Правовые исследования: новые подходы: сб. статей факультета права НИУ ВШЭ. – М.: НИУ ВШЭ, КОНТРАКТ, 2012.
3. Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. //Сборник статей / Исслед. центр частного права. – М.: Статут, 2003.
4. Дюма Р. Литературная и художественная собственность: Авторское право Франции. – М.: Международные отношения, 1993.
5. Каминская Е.И. Проблемы авторского права Швейцарии // Материалы по иностранному законодательству и международному частному праву. Труды Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. Вып. 54. – М.: 1993. С. 78 – 94.
6. Alpin T., Davis J. Intellectual Property Law: Text, Cases, and Materials. – Oxford, 2013.
7. Biederman D.E., Berry R., Pierson E.P., Silfen M., Glasser J.A. Law and Business of the Entertainment Industries. – New York – Westport CT – London: 1987.
8. Bouche N. Intellectual Property Law in France – Wolters Kluwer : 2017.
9. Christie A.J. Copyright Protection for Ideas: An Appraisal of the Traditional View. // Monash University Law Review/ Vol. 10, 1984 No. 4.
10. The Comparative Law Yearbook of International Business. / Gen. Ed. Campbell Chr.. / Vol. 41, 2019.
11. Dessemontet F. Intellectual Property Law in Switzerland. – Wolters Kluwer: 2019.
12. Goldstein P., Hugeloltz B. International Copyright: Principles, Law, and Practice. – Oxford, 2012.
13. International Intellectual Property Law. Global Jurisdictions. / Ed. By Campbell D. – Chichester etc., 1996.

СЕМЕНОВА Екатерина Вадимовна

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Эксперт Международного центра конкурентного права и политики БРИКС (109028, Москва, Покровский бульвар, 11, тел. +7(495)772-9590 # 15513, evsemenova@hse.ru)

ПРОБЛЕМЫ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ ДОГОВОРНОГО СТАТУТА И СТАТУТА ИСКЛЮЧИТЕЛЬНОГО ПРАВА НА ПРИМЕРЕ ЛИЦЕНЗИОННЫХ СОГЛАШЕНИЙ В ОБЛАСТИ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Ключевые слова: лицензионный договор, иностранный элемент, применимое право, статут исключительного права, договорный статут.

Аннотация: Отсутствие определенности и предсказуемости в отношениях между сторонами лицензионного договора может обернуться для сторон этого договора настоящей катастрофой. В особенности, если это лицензионный договор с иностранным элементом, в котором отсутствует оговорка о выборе применимого права. Проблеме определения права, применимого к лицензионным договорам с иностранным элементом, и посвящена настоящая статья.

В первой части статьи формулируется коллизийная проблема и обосновывается причина, по которой лицензионный договор затрагивает действие нескольких статутов. Во второй части статьи дается определе-

ние понятия статута исключительного права и договорного статута и освещаются подходы, применяемые для определения привязок, указывающих на применимое право, а также проблемы, связанные с данными привязками. На основании проведенного анализа законодательных и доктринальных подходов к определению применимого права автор показывает, что единый подход отсутствует, и обосновывает вывод о том, что риск расщепления права, применимого к лицензионным договорам с иностранным элементом, неизбежен. Более того, включение в текст договора оговорки о выборе применимого права не является панацеей, так как лишь минимизирует, но не исключает полностью риск расщепления применимого права.

Лицензионные договоры в сфере интеллектуальной собственности, содержащие иностранный элемент, давно уже не являются экзотикой. Напротив, они заключаются повсеместно и ежесекундно, особенно в сети интернет (устанавливаем ли мы новое приложение на смартфон, скачиваем электронную книжку или фотографию).

Роль лицензионных договоров в цифровой экономике несколько не уменьшилась, а наоборот возросла. Благодаря развитию технологий машинного обучения стал возможен анализ больших данных; поэтому одной из стратегий получения прибыли является лицензирование компаниями баз данных, содержащих, например, массивы данных о пользователях¹³⁶. Дру-

¹³⁶ Например, 13% ежегодного дохода Twitter – это доходы от лицензирования базы данных Twitter третьим лицам. См.: Levy A. Twitter Is Working on New Ways to Sell Its Data. Billings Gazette, 22.11.2017. URL: https://billingsgazette.com/business/investment/markets-and-stocks/twitter-is-working-on-new-ways-to-sell-its-data/article_e988b3b5-20e1-51ef-a7bb-4a2fe42ab8ca.html. См. также, например, Nathan Reiff. How Twitter Makes Money. Advertising and data licensing are the major sources of revenue. URL: <https://www.investopedia.com/ask/answers/120114/how-does-twitter-twtr-make-money.asp>

гой стратегией стало взаимное лицензирование технологий (cross-licensing agreements) с целью усиления рыночной власти компаний на рынке. Каждую миллисекунду в интернете заключаются лицензионные соглашения с конечными пользователями (end-user license agreement),

Несмотря на повсеместное использование лицензионных договоров, до сих пор не выработано универсального подхода к их коллизионному регулированию.

Нематериальный характер результатов интеллектуальной деятельности, помноженный на территориальный принцип их действия, стали причиной особого регулирования, отличного от регулирования отношений, складывающихся относительно принадлежности и оборота иных объектов. Вместе с тем те же характерные особенности сдерживают гармонизацию как материально-правового, так и коллизионного регулирования данной области.

В статье анализируются законодательные и доктринальные подходы к определению права, применимого к трансграничным лицензионным соглашениям (то есть, лицензионным соглашениям, содержащим иностранный элемент). В первой части статьи формулируется коллизионная проблема и обосновывается причина, по которой лицензионный договор затрагивает действие нескольких статутов¹³⁷. Во второй части статьи дается определение понятия статута исключительного права и договорного статута и освещаются подходы, применяемые для определения привязок, указывающих на применимое право, а также проблемы, связанные с данными привязками.

¹³⁷ Статут в теории международного частного права понимается как «материальное право, регулирующее соответствующий вид частноправового отношения». Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. - М.: Инфотропик Медиа. 2012. С. 5.

Постановка коллизионного вопроса

Интенсификация международных связей за счет развития новых технологий актуализировала вопрос о коллизионном регулировании трансграничных лицензионных договоров.

Спор относительно трансграничного договора ставит коллизионную проблему: право какой страны применяется к трансграничному договору? В отношении трансграничного лицензионного договора возникает сложная коллизионная проблема – во-первых, право какой страны применяется к лицензионному договору (право лицензиара, лицензиата или страны, в которой используется результат интеллектуальной деятельности?), а во-вторых, право какой страны регулирует само исключительное право, предоставляемое по этому договору (например, право страны, в которой исключительное право возникло, или право страны, в отношении которой испрашивается защита исключительного права?).

Коллизионная проблема имеет три способа решения: материально-правовой, одинаправленный и разнонаправленный¹³⁸. А.В. Асосков пишет, что каждому из трех способов характерен особый метод (способ) правового регулирования – метод материальной унификации, метод прямого внутринационального регулирования и коллизионный метод.

Метод материально-правовой унификации в области интеллектуальной собственности проявляется в наличии международно-правовых договоров, таких, как Бернская Конвенция 1886 г., Парижская Конвенция 1883 г. и др., которые создают почву для унифицированного правового регулирования отношений интеллектуальной собственности¹³⁹.

¹³⁸ Асосков А.В. Основы коллизионного права. - М.: Инфотропик Медиа. 2012. С.19-27, 317.

¹³⁹ Подробнее о материально-правовой унификации договорных

Коллизионный метод в сфере лицензионных договоров (и договоров о распоряжении исключительными правами в целом) проявляется в установлении национальным законодательством разных стран коллизионных норм, определяющих право, применимое к лицензионному договору и исключительному праву, предоставляемому на основании лицензионного договора¹⁴⁰.

Метод прямого внутринационального регулирования решает коллизионную проблему путем «определения пространственной и персональной сферы действия каждой потенциально применимой материально-правовой нормы»¹⁴¹. Например, российский законодатель устанавливает сферу действия исключительных прав в ст. 1231 ГК РФ¹⁴².

В настоящей статье решение коллизионной проблемы в отношении лицензионных договоров будет рассмотрено с точки зрения коллизионного метода, так как метод материально-правовой унификации в данной области в значительной степени сдерживается территориальным характером исключительных прав, а оценка пространственно-персональной сферы действия материальных норм национального законодательства разных стран (однаправленный метод) в области лицензионных договоров требует отдельного масштабного исследования.

отношений см.: Вилкова Г.Н. Договорное право в международном обороте. - М.: «Статут». 2002.

¹⁴⁰ Также коллизионный метод находит проявление в актах гармонизации коллизионного регулирования отношений интеллектуальной собственности. См., напр., CLIP Principles, ALI Principles, Waseda Principles, Joint Japan Korea Principles и Kopila Principles.

¹⁴¹ *Асосков А.В.* Основы коллизионного права. С. 25.

¹⁴² В соответствии с п. 2 ст. 1231 ГК РФ, «содержание права, его действие, ограничения, порядок его осуществления и защиты определяются настоящим Кодексом независимо от положений законодательства страны возникновения исключительного права».

Итак, на первый взгляд кажется, что коллизионный вопрос, возникающий в отношении трансграничных лицензионных соглашений, не выглядит сложным: нужно всего лишь понять, какое право применить к лицензионному договору и к исключительному праву, предоставляемому на основании лицензионного договора. Однако простой на первый взгляд теоретический вопрос на практике таит подводные камни.

Важно подчеркнуть, что коллизионный вопрос возникает не только в случае, когда стороны трансграничного лицензионного соглашения не определили право, применимое к соглашению, но и в случае, когда стороны выбрали применимое право, так как оговорка о выборе применимого права минимизирует, но не снимает всех проблем взаимодействия статуты. Иными словами, вопрос взаимодействия статуты является общим вопросом как при отсутствии в договоре оговорки о выборе применимого права, так и при ее наличии.

Вопрос разграничения и взаимодействия договорного и исключительного статуты возникает на том основании, что особенностью лицензионного договора выступает его «тесная связь с вопросами, которые выходят за рамки договорного статута и подлежат решению на основании статута исключительного права или деликтного статута»¹⁴³.

Проблемы, которые порождает взаимодействие договорного и исключительного статуты, являются следствием того, что коллизионное регулирование данных статуты строится на основании разных принципов, определяющих применимое право¹⁴⁴. То есть,

¹⁴³ *Асосков А.В.* Основы коллизионного права. С. 455.

¹⁴⁴ *Плеханов В.В.* пишет, что материально-правовые принципы, заложенные в основу регулирования договорного и вещного статуты, влекут различия и на коллизионном уровне регулирования данных статуты. Представляется, что данный вывод справедлив и для различий

принципы, на которых построено материальное регулирование договорных обязательств, и принципы, лежащие в основе регулирования исключительных прав, не совпадают. Как следствие, не совпадают и коллизионные привязки, определяющие право, применимое к лицензионным договорам, и право, применимое к предоставляемым на основании таких договоров исключительным правам¹⁴⁵.

Договорный статут основан на широко признанном принципе автономии воли¹⁴⁶, дающем сторонам возможность выбора права, применимого к лицензионному договору.

Автономия воли является ключевым принципом международного частного права и одним из основных принципов в области коллизионного регулирования отношений интеллектуальной собственности¹⁴⁷. Воз-

договорного и исключительного статутов. – См.: Плеханов В.В. Переход права собственности по договору международной купли-продажи товаров. Дисс. канд. юрид. наук. М. 2008. С. 120. См. также: De Miguel Asensio. The Law Governing International Intellectual Property Licensing Agreements (a conflict of laws analysis) // Research Handbook on Intellectual Property Licensing. Ed. J. de Werra. 2013. P. 313.

¹⁴⁵ О том, что материально-правовые нормообразующие факторы оказывают влияние на коллизионное регулирование, см., например, Sauveplanne J. New Trends in the Doctrine of Private International Law and their Impact on Court Practice. Recueil des Cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Vol. 175. P.25.

¹⁴⁶ Коллизионный принцип автономии воли является проявлением материального принципа свободы договора, в соответствии с которым стороны свободны в определении содержания договора. Вместе с тем, несмотря на признание принципа автономии воли в коллизионном законодательстве многих стран, остаются государства, устанавливающие существенно ограничивающие принцип автономии воли. См.: Асосков А.В. Основы коллизионного права. С. 46-47.

¹⁴⁷ О том, что автономия воли является одним из базовых принципов коллизионного регулирования в сфере интеллектуальных прав см., напр.: Alexander Peukert, Commentary to the Preamble of CLIP in Basedow, J., Miguel Asensio, P., Dinwoodie, G., Drexler, J., Heinze, C., Kur, A., et al. (Eds.). (2013). Conflict of Laws in Intellectual Property - The CLIP Principles and Commentary. Oxford: Oxford University Press, P.41, 45.

можность сторон договорных обязательств выбрать право, применимое к правоотношениям, признана во многих правовых системах.

Автономия воли в отношении лицензионных договоров в области интеллектуальной собственности признана на законодательном уровне¹⁴⁸, в судебной практике¹⁴⁹ и доктрине¹⁵⁰.

Основным преимуществом автономии воли является внесение определенности в вопрос о применимом к договору праве, поэтому сторонам лицензионного договора советуют делать оговорку о выборе применимого к лицензионному договору права¹⁵¹. Так как в отсутствие такой оговорки суду придется определять право при помощи коллизионных привязок, применение которых крайне вариативно. Причем, допускается как прямо выраженные, так и подразумеваемые оговорки о выборе права сторонами лицензионного договора.

Напротив, исключительное право, предоставляемое по лицензионному договору, основано на территориальном принципе действия и невозможности изменить право, применимое к исключительному статусу¹⁵². Запрет выбора права, применимого к исклю-

¹⁴⁸ Ст. 122 (2) Швейцарского Закона о МЧП 1987 г.; ст. 49 Закона Китая о МЧП 2010 г.; ст. 28 (1) Закона Турции о МЧП № 5718 от 2007 г.; (до принятия Регламента Рим I также ст.ст. 35, 43 Австрийского Закона о МЧП 1978 г.).

¹⁴⁹ Bundesgerichtshof 22 November 1955, 1 ZR 218/53 – Sorell and Son, [1956] GRUR 135 (obiter).

¹⁵⁰ См., например, *Fawcett, Torremans*. Intellectual Property and Private International Law. 2ed. 2011. Para. 14.28-14.38; M. Josselin-Gall, Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique. 1995. P. 369.

¹⁵¹ *Paul Torremans*. Cross-border licensing in the absence of a choice of law: is there a way forward? P.25; Miguel Asensio. The Law Governing International Intellectual Property Licensing Agreements (a conflict of laws analysis) // Research Handbook on Intellectual Property Licensing. Ed. J. de Werra. 2013. P. 334.

¹⁵² Хотя обоснованность территориального принципа действия

чительному праву, основан на абсолютном характере исключительных прав: исключительное право действует в отношении третьих лиц и потому не допускает произвольное договорное изменение содержания исключительного права и иных положений, относящихся к существу такого права¹⁵³. Например, лицензионный договор не может установить срок охраны исключительного права на программное обеспечение более длинный, чем он предусматривается законом, так как иначе третьи лица были бы поставлены в зависимость от содержания неизвестного им лицензионного договора.

Таким образом, принципы, лежащие в основе коллизионного регулирования лицензионных договоров и предоставляемых на основании таких договоров исключительных прав, не совпадают вследствие не-

исключительного права подвергается критике (в частности, сторонниками универсалистской концепции и сторонниками гибкого подхода к пониманию территориальности – см. подробнее: Alexander Peukert, *Territoriality and Extraterritoriality in Intellectual Property Law*, in: *Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, Gunther Handl & Joachim Zekoll (eds), Queen Mary Studies in International Law, Brill Academic Publishing, Leiden/Boston (2011)), тем не менее, территориальный принцип действия исключительных прав до сих пор сохраняет свои позиции в законодательстве и правоприменительной практике. См., напр., Суспицына М.В. Дисс. канд. юр. наук. 2013. С. 25 и след., С. 69; *Coin Controls Ltd v Suzo International (UK) Ltd* (1999) Ch.33. – Цит. по Dicey, Morris, Collins. *The Conflict of Laws*. 15th ed. V. 2, 2012. P. 2156. Para. 22-51.

¹⁵³ Савельев А.И. Лицензирование программного обеспечения в России: законодательство и практика. – М.: Инфотропик Медиа. 2012. С. 99-100, 307; Haimo Schack. *The Law Applicable to Unregistered IP Rights After Rome II*. In *Leible/Ohly Intellectual Property and Private International law*, Tübingen, 2009. P.130 URL: <http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr26/haimo%20schack-2.pdf>. Об абсолютном характере см., напр.: Савельев А.И. Отдельные вопросы применения норм об исчерпании прав в отношении программ для ЭВМ // *Вестник гражданского права*. 2011. № 3. См. также: *Российское Гражданское Право*. Учебник. Под ред. Суханова Е.А. Т.1. – М.: «Статут». 2011, С. 705.

совпадения обязательственной природы лицензионного договора и абсолютной природы исключительного права.

Проблемы коллизионного регулирования проприетарных и договорных аспектов лицензионного соглашения

Статут исключительного права

Статут исключительного права (или интеллектуальный статут)¹⁵⁴ понимается в отечественной доктрине как «право, применимое к исключительным правам на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации»¹⁵⁵.

Статут исключительного права регулирует такие вопросы, как содержание, действительность, основания возникновения и прекращения исключительного права, ограничения, пределы действия (срок, территория, способы использования без согласия правообладателя, принудительные лицензии), переход и возможность предоставления исключительного права (допустимость распоряжения исключительным правом)¹⁵⁶.

¹⁵⁴ В отечественной доктрине используются понятия «статут исключительного права», «статут интеллектуальных прав» (см., напр.: Савельев А.И. Свободные лицензии на программное обеспечение в контексте реформы гражданского законодательства. // *Вестник Гражданского права*, 2012. № 4; Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. – М.: Инфотропик Медиа. 2012. С. 455-456). Англо-американская доктрина в отношении права, применимого к исключительным правам, использует выражение «law applicable to intellectual property rights», «choice of law in intellectual property».

¹⁵⁵ Суспицына М.В. *Современные тенденции коллизионного регулирования отношений интеллектуальной собственности / Трансграничный торговый оборот и право. Liber Amicorum в честь 50-летия А.Н.Жильцова*. – М.: Инфотропик Медиа. 2013. С. 209.

¹⁵⁶ См., например, ст. 3:102 CLIP Principles; ст. 1207.2 Проекта изменений

Перечень вопросов, относящихся к статуту исключительного права, является открытым. Вместе с тем, отнесение вопроса к сфере действия статута исключительного права имеет важнейшее практическое значение: в случае, если вопрос входит в сферу действия статута исключительного права, на него не распространяется действие принципа автономии воли сторон. То есть, стороны не могут выбрать право, применимое к интеллектуальным правам, так как статут исключительного права основан на принципе территориальности исключительных прав.

К сожалению, нет единого мнения относительно того, с территорией какой страны связан интеллектуальный статут. В то время, как территориальный принцип исключительных прав разделяется большинством стран, к сожалению, суды по-разному подходят к определению того, с территорией какой именно страны связан интеллектуальный статут.

Во-первых, нет единого подхода ни в законодательстве, ни на практике относительно того, какую привязку использовать для определения статута исключительного права.

В области интеллектуальных прав (как в отношении договорных, так и внедоговорных обязательств), применимыми являются несколько коллизионных привязок: *lex loci protectionis*, *lex originis*, *lex fori*, *lex loci delicti*. Причем, единственно используемой привязки, которая бы имела бесспорный приоритет в применении, не выработано, и до сих пор обращается внимание на необходимость эффективного фор-

части 3 ГК РФ (Проект Федерального закона N 47538-6 «О внесении изменений в часть первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред., принятая ГД ФС РФ в I чтении 27.04.2012). Асосков А.В. Право, применимое к договорному обязательству: комментарий к ст. 1211 ГК РФ // Закон. № 4. 2016.

мулирования коллизионных привязок в данной области¹⁵⁷.

М.В. Суспицына выделяет несколько групп стран в зависимости от вида коллизионных привязок, регулирующих исключительный статут¹⁵⁸: группа стран, использующих привязку *lex loci protectionis* как право страны, где¹⁵⁹ испрашивается защита; страны, использующие привязку *lex loci protectionis* как право страны, в отношении которой¹⁶⁰ испрашивается защита; страны, использующие привязку *lex originis*¹⁶¹; и группа стран, законодательство которых не предусматривает специального коллизионного регулирования исключительного статута¹⁶².

Наиболее распространенной является привязка *lex loci protectionis*, понимаемая как привязка к праву страны, в отношении которой¹⁶³ испрашивается защита¹⁶⁴.

¹⁵⁷ Суспицына М.В. Дисс. канд. юрид. наук. 2013. С. 147.

¹⁵⁸ Суспицына М.В. Дисс. С. 52 и след. Также см. Rita Matulionytė. IP and Applicable Law in Recent International Proposals: Report for the International Law Association. JIPITEC. 2012. Para. 11-12. P.265. URL: <http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-3-3-2012/3520/matuliaonyte.pdf>

¹⁵⁹ К таким странам относится, например, Китай, Тайвань. Причем, как отмечает Суспицына М.В., также в доктрине данную привязку называют *lex fori*. См. подробнее Суспицына М.В. Дисс. С. 52 и след.

¹⁶⁰ Например, ст. 93, 94 (1) Бельгийского Кодекса о МЧП, ст. 110 Швейцарского Кодекса об МЧП 1987 г. См. подробнее Суспицына М.В. Дисс. С. 53-54; Jürgen Basedow. Op. cit. P. 4, 13.

¹⁶¹ К таким странам, как пишет Суспицына М.В., относятся Португалия, Греция, Румыния.

¹⁶² Например, в Германии пробел законодательного регулирования коллизионных вопросов интеллектуальной собственности восполняет судебная практика, используя в качестве привязки *lex loci protectionis*. См. Суспицына М.В., Дисс. С. 55.

¹⁶³ “The law of the country for which protection is claimed” – так, например, в отношении внедоговорных обязательств формулирует данную привязку ст. 8(1) Регламента Рим II или, например, ст. 3:102 CLIP Principles «the law of the State for which protection is sought».

¹⁶⁴ Jürgen Basedow. Comment on Art. 3:102 of CLIP Principles. In Conflict

В частности, данная привязка может регулировать основание и момент возникновения и прекращения права, требования, предъявляемые к предоставлению исключительного права по лицензионному договору (например, наличие согласия соавторов), нарушение исключительного права лицензиата при заявлении им соответствующего иска¹⁶⁵.

Требования, предъявляемые к предоставлению исключительного права по лицензионному договору (например, наличие согласия соавторов), определяются по *lex loci protectionis*¹⁶⁶.

В отношении исключительных прав, требующих регистрации, например, в случае предоставления удостоверенного патентом права использования изобретения распространен подход, в соответствии с которым применимым является *lex loci protectionis*¹⁶⁷. Считается, что применение *lex loci protectionis* оправдано в отношении предоставляемых патентных прав потому, что их действие ограничено территорией одной страны, в которой зарегистрированы данные права, а кроме того, как правило, необходимо соблюсти ряд административных формальностей для того, чтобы право было признано возникшим¹⁶⁸.

Однако привязка *lex loci protectionis* конкурирует с привязкой *lex originis* (привязка к праву страны, в которой первоначально возникло исключительное

of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles. 2011. P.232-233; Haimo Schack. The Law Applicable to Unregistered IP Rights After Rome II. In Leible/Ohly Intellectual Property and Private International law, Tübingen, 2009. P. 140.

¹⁶⁵ См., напр.: Fawcett, Torremans. Op. cit. P.747; Yuko Nishitani. Contracts concerning Intellectual Property Rights / Rome 1 Regulation – The Law applicable to Contractual Obligations in Europe. 2009. P. 76.

¹⁶⁶ Yuko Nishitani. Op. cit. P. 76.

¹⁶⁷ Miguel Asensio. Op. cit. P. 317; Пол Торреманс использует понятие «the law of the protecting country». Fawcett, Torremans. Op. cit. P. 747.

¹⁶⁸ См., например, Miguel Asensio. Op. cit. P. 317.

право). Привязка *lex originis* отсылает к праву страны первой публикации произведения либо, в случае неопубликованного произведения, – к праву страны, гражданство которой имеет автор¹⁶⁹. Как отмечается в доктрине, привязка *lex originis* использовалась сторонниками универсалистского подхода к авторскому праву: применение *lex originis* создает почву для признания универсального авторского права, защищаемого во всем мире¹⁷⁰.

Продемонстрировать конкуренцию привязок *lex loci protectionis* и *lex originis* можно на примере решения вопроса о том, у кого первоначально возникло право на произведение (*initial ownership*): Германия, Австрия и Бельгия применяют привязку к праву страны, в отношении которой испрашивается защита (*lex loci protectionis*), в то время как Франция, Португалия и США применяют привязку к праву страны, в которой было создано произведение (*lex originis*)¹⁷¹.

Вопрос о переходе исключительного права и возможности распоряжения исключительным правом посредством заключения лицензионного¹⁷² договора в отношении такого исключительного права также входит в сферу действия исключительного статута¹⁷³, которые одни предлагают регулировать *lex loci protectionis*¹⁷⁴, а другие – *lex originis*¹⁷⁵.

¹⁶⁹ Jürgen Basedow. Comment on Art. 3:102 of CLIP Principles. In Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles. 2011. P. 233.

¹⁷⁰ См. Final Report on the Study on Intellectual Property and Conflict of Laws. 2000. P.15 (Second Part). Также см. Jürgen Basedow. Op. cit. P. 14; Haimo Schack. Op. cit. P. 140.

¹⁷¹ Metzger A. Applicable Law Under the CLIP Principles: a Pragmatic Re-valuation of Territoriality. P. 4.

¹⁷² Yuko Nishitani. Op. cit. P. 75

¹⁷³ Fawcett, Torremans. Op. cit. P. 747, E. Ulmer. Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws, Deventer, Kluwer, 1978. P. 90

¹⁷⁴ Art. 3:301 CLIP Principles; Josef Drexl. Comment on Art. 3:301 CLIP Principles. P. 254-255; Fawcett, Torremans. Op. cit. P. 747;

¹⁷⁵ Schack. Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4th ed., Tübingen 2007. P.467

В отношении вопроса о нарушении исключительных прав и возможности взыскания убытков привязка *lex loci protectionis* конкурирует с привязкой *lex loci delicti*¹⁷⁶.

Во-вторых, применение каждой из привязок имеет свои недостатки. В частности, *lex loci protectionis*, наиболее распространенная из всех привязок, не применима в случае, когда исключительное право действует на территории нескольких стран.

Так, А.И. Савельев, критикуя проект ст.1207.2 ГК РФ, который предусматривал включение в ГК РФ привязки *lex loci protectionis*, приводит такой пример: «если нарушение исключительного права произошло на территории России, то подлежит применению российское право. Если нарушение исключительного права произошло на территории России, Германии и Украины, то в случае рассмотрения спора в российском суде (например, по причине того, что ответчик является российским гражданином) суд должен будет применить право каждого из указанных государств к каждому факту нарушения. В случае если нарушение исключительного права было совершено в сети Интернет, данное правило является явно неудобным, поскольку будет вынуждать суд устанавливать содержание и применять право многих зарубежных государств в отношении одного и того же факта нарушения»¹⁷⁷.

Таким образом, универсальная привязка для определения права, применимого к статуту исключительного права, отсутствует.

Договорный статут

Договорный статут (*lex contractus*) — право, применимое к договорным аспектам лицензионного согла-

¹⁷⁶ Metzger A. *Applicable Law Under the CLIP Principles: a Pragmatic Re-evaluation of Territoriality*. P. 16.

¹⁷⁷ Савельев А.И. *Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование*. 2-е изд. М.: Статут, 2016.

шения¹⁷⁸. К договорному статуту относятся вопросы толкования договора, действительности договора, прав и обязанностей сторон по договору, исполнения договора, последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств, основания прекращения обязательств, изменение и расторжение договора, последствия недействительности договора¹⁷⁹.

В частности, данные вопросы отнесены к договорному статуту в ст.12(1) Регламента Рим 1¹⁸⁰, в области отношений интеллектуальной собственности аналогичный открытый перечень вопросов, относящихся к договорному статуту, содержится в ст. 3:506 акта гармонизации CLIP Principles¹⁸¹.

Договорный статут основан на автономии воли, поэтому стороны лицензионного соглашения могут определить, право какой страны будет регулировать договорные аспекты лицензионного соглашения, путем включения в договор оговорки о применимом праве (*lex voluntatis*).

В случае, когда стороны не выбрали право, применимое к трансграничному лицензионному соглашению, к договорному статуту применяются три вида привязок: а) привязка к праву лицензиара, б) привязка к праву лицензиата и с) привязка к месту использования результата интеллектуальной деятельности¹⁸².

¹⁷⁸ Fawcett, Torremans. *Intellectual Property and Private International Law*. 2ed. 2011. P. 750.

¹⁷⁹ См., например, п.1 ст. 1215 ГК РФ, ст. 12(1) Регламента Рим 1. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Art.12 (1). См. также Miguel Asensio. *Op. cit.* P. 317; Суспицына М.В. *Дисс.* С. 20

¹⁸⁰ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Art. 12.

¹⁸¹ Art. 3:506. The European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property. *Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property*.

¹⁸² См., например, Fawcett, Torremans. *Op. cit.* P. 776; Y. Nishitani. *Op. cit.* P. 65-69;

Причем, конвенционального мнения ни относительно того, какая из данных привязок является доминирующей, ни относительно порядка определения привязок – посредством специальной жесткой коллизионной нормы либо посредством общего принципа тесной связи, который дополняет теория характерного исполнения¹⁸³, или теории характерного исполнения с использованием корректирующей оговорки о наиболее тесной связи¹⁸⁴ – не выработано.

Классификация коллизионного регулирования договорных обязательств в области интеллектуальной собственности предложена М.В. Суспицыной¹⁸⁵. По критерию наличия или отсутствия коллизионных привязок выделяется несколько групп стран: страны, в которых не предусмотрено специальных коллизионных норм применительно к договорам в области интеллектуальной собственности¹⁸⁶. Такие страны основывают коллизионное регулирование лицензионных договоров и договоров об отчуждении исключительных прав на коллизионном регулировании договоров в целом.

К другой группе стран относятся страны, имеющие специальные коллизионные нормы для договоров в области интеллектуальной собственности. Традиционно в качестве примера таких стран приводятся Австрия¹⁸⁷ (до вступления в силу Римской Конвенции 1980 г.), Швейцария¹⁸⁸,

¹⁸³ Данный подход был реализован в ст. 4 Римской Конвенции 1980 г.

¹⁸⁴ Этот подход реализован в настоящее время в ст. 4 Регламента Рим I.

¹⁸⁵ Суспицына М.В. Дисс. С. 110-112.

¹⁸⁶ К таким странам относятся Армения, Белоруссия, Казахстан, Киргизия. Суспицына М.В. Дисс. С. 111.

¹⁸⁷ Ст. 43 Закона Австрии о МЧП предусматривала привязку к месту использования результата интеллектуальной деятельности. Суспицына М.В. Дисс. С. 111.

¹⁸⁸ Ст. 122 (1) Закона Швейцарии о МЧП 1987 (PILA 1987), устанавливающая привязку к праву лицензиара. URL: [https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20\(%D0%B0%D0%B-D%D0%B3%D0%BB\).pdf](https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20(%D0%B0%D0%B-D%D0%B3%D0%BB).pdf)

Лихтенштейн¹⁸⁹.

Теория характерного исполнения, наряду с принципом наиболее тесной связи, в настоящий момент является одним из основных коллизионных подходов, который используется для определения права, применимого к лицензионным договорам.

Применение теории характерного исполнения к лицензионным договорам ставит два вопроса: во-первых, какая сторона осуществляет характерное исполнение, а во-вторых, где локализовано характерное обязательство (в место его исполнения, месте учреждения юридического лица или месте жительства физического лица).

Традиционно стороной, осуществляющей характерное исполнение лицензионного договора, считался лицензиар¹⁹⁰. Обоснование заключается в том, что предоставление лицензиара противостоит денежное¹⁹¹ предоставление лицензиата, а так как денежное предоставление характерно для многих видов договоров (купля-продажа, перевозка, страхование и др.), то характерным является именно не денежное предоставление лицензиара.

¹⁸⁹ §47 Закона о МЧП Лихтенштейна. Данная норма аналогична норме, содержащейся в Законе Австрии. Final Report on the Study on Intellectual Property and Conflict of Laws. 2000. P. 31.

¹⁹⁰ Azzi, Recherche sur la Loi Applicable aux Droits voisins du Droit d'auteur en Droit International Privé, Paris 2005, P. 409-411; Dessemontet, Les Contrats de Licence en Droit International Privé. In Mélanges Guy Flattet, Lausanne 1985, P. 450-453; van Eechoud. Choice of Law in copyright and Related Rights: Alternatives to Lex Loci Protectionis. The Hague 2003. P. 199.

¹⁹¹ Данный аргумент традиционно используется в качестве обоснования применения права стороны, чье предоставление противостоит встречному денежному предоставлению. См., напр.: Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. С. 370. Против использования не денежного критерия в качестве единственно возможного (в частности, потому что нередки договоры, в которых обе стороны осуществляют не денежное исполнение), выступал швейцарский коллизионист Вишер: Vicher. The Concept of the Characteristic Performance Reviewed. P. 508.

Теория характерного исполнения дает эффективный результат при ее применении к т.н. «простым» лицензионным договорам («basic licensing agreements»)¹⁹². Так, характерное исполнение в лицензионном договоре на предоставление исключительного права на патент за уплату единоразового платежа осуществляет лицензиар, потому что именно лицензиар определяет перечень возможностей и их пределы для лицензиата. Обязательства лицензиата здесь подчинены обязательствам лицензиара¹⁹³.

В случаях со сложно структурированными лицензионными договорами определить сторону, осуществляющую характерное исполнение, оказывается затруднительно¹⁹⁴. Например, лицензионный договор, по которому предоставляется исключительная лицензия на репродукцию картины - в таком договоре невозможно однозначно определить, исполнение договора какой стороной будет считаться характерным.

Таким образом, теория характерного исполнения применима для случаев определения права в отношении «простых» лицензионных соглашений, но не работает в случаях сложно структурированных лицензионных договоров. Отмечаемое исследователя-

¹⁹² Так, «простые лицензионные договоры» испанский профессор Мигель Асенсьо, разделяющий точку зрения о том, что теория характерного исполнения «работает» в случаях с простыми договорами и не дает однозначных результатов в случае со сложными договорными конструкциями, понимает как «договоры, в которых предоставление права осуществляется напротив предоставления одноразового фиксированного денежного предоставления». См. De Miguel Asensio. Op. cit. P. 20.

¹⁹³ *Dessemontet F.* Le droit applicable à la propriété intellectuelle dans le cyber-espace. Weblaw, 2001.

¹⁹⁴ *Friedrich K. Juenger.* “The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: An American Assessment”. In P.M. North. Contract Conflicts. 1982. P.301. Juenger писал, что «чем сложнее транзакция, тем меньше пользы приносит критерий» определения характерного исполнения по стороне, обязательство которой состоит не в передаче денег.

ми многообразии лицензионных договоров и отсутствие единой автономной концепции понимания правовой природы данных договоров и четкой их демаркации ведет к сложностям применения теории характерного исполнения в отношении лицензионных договоров.

Общим способом преодоления проблем, вызванных жесткостью привязки, основанной на теории характерного исполнения (таких, как невозможность применения привязки либо неэффективность ее применения в ряде случаев) стала разработанная в коллизионной теории гибкая корректирующая оговорка о наиболее тесной связи¹⁹⁵.

Выделяют три коллизионные привязки, имеющие место при применении принципа наиболее тесной связи: наиболее тесная связь со страной места жительства лицензиара, лицензиата или места использования результата интеллектуальной деятельности¹⁹⁶.

Как пишет Мигель Асенсьо, в целях определения страны, имеющей наиболее тесную связь с лицензионным договором, подлежат учету следующие факторы: место жительства или нахождения сторон, гражданство (для физических лиц – сторон лицензионного договора). Данные факторы могут играть важную роль в случае, когда обе стороны лицензионного договора имеют место жительства в одной стране или гражданство одной и той же страны¹⁹⁷.

Также среди факторов, свидетельствующих о наличии наиболее тесной связи лицензионного договора с правопорядком, испанский автор называет предмет договора и место исполнения договора, которые важны в случае, если лицензионный договор имеет своим

¹⁹⁵ *Асоков А.В.* Коллизионное регулирование договорных обязательств. С. 417-418.

¹⁹⁶ *Fawcett, Torremans.* Op. cit. 2011. P. 767-772.

¹⁹⁷ *Miguel Asensio.* Op. cit. P. 24.

предметом предоставления исключительных прав на территорию только одной страны

Таким образом, в настоящее время не существует единого подхода к коллизионному регулированию лицензионных договоров. Вместе с тем отмечается, что «ввиду чрезвычайного разнообразия договорных отношений в области интеллектуальной собственности доктрина характерного исполнения в совокупности с принципом наиболее тесной связи представляется наиболее приемлемой для этой области»¹⁹⁸.

Двухступенчатый тест, в соответствии с которым на первом шаге суд определяет результат применения теории характерного исполнения, а на втором шаге, используя корректирующую оговорку, проверяет наличие наиболее тесной связи с другим правовым порядком, позволит наилучшим образом обеспечить баланс между определенностью и предсказуемостью коллизионного регулирования лицензионных договоров и гибким учетом специфики конкретного дела¹⁹⁹.

Взаимодействие статута исключительного права и договорного статута

Лицензионный договор опосредует как динамику отношений интеллектуальной собственности (права и обязанности сторон по договору, исполнение договора, действительность договора и другие договорные аспекты), так и статику (содержание, основания возникновения и прекращения исключительного права, ограничения исключительного права и иные «проприетарные» аспекты). Поэтому коллизионное регулирование лицензионных соглашений в области интеллектуальной собственности затрагивает действие и договорного статута, и статута исключительного права.

¹⁹⁸ Суспицына М.В. Дисс. С. 138.

¹⁹⁹ Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. С. 418.

Взаимодействие договорного статута и статута исключительного права потенциально имеет своим следствием ключевой недостаток — фрагментацию применимого права (*dépeçage*, то есть, расщепление применимого права), которая увеличивает риски правовой неопределенности, а также влечет для сторон лицензионного соглашения дополнительное бремя доказывания содержания норм иностранного права. Причем, как справедливо замечает В.В. Плеханов со ссылкой на П. Лагарда: «проблема *dépeçage* имманентна коллизионной методологии, вопреки широко распространенному мнению, что данное явление возникает в силу сознательного «дробления» сторонами выбираемого применимого права»²⁰⁰. Особенно ярко расщепление применимого права проявляется при взаимодействии статута исключительного права и договорного статута.

Можно выделить две основные проблемы взаимодействия статута исключительного права и договорного статута, влекущих расщепление применимого к лицензионному соглашению права. Во-первых, это отсутствие единого подхода к привязкам, используемым для определения применимого права. Во-вторых, это сложность квалификации вопросов в качестве вопросов договорного статута или статута исключительного права (то есть, сложность отнесения конкретного вопроса к договорному статуту или статуту исключительного права).

Отсутствие единого подхода при выборе привязок, указывающих на статут исключительного права и договорный статут

В отношении статута исключительного права и договорного статута ни в законодательстве разных

²⁰⁰ Плеханов В.В. Проблема предварительного вопроса в международном частном праве. / Трансграничный торговый оборот и право. Liber Amicorum в честь 50-летия А.Н.Жильцова. М., 2013. С. 185.

стран, ни в доктрине нет унифицированного подхода при решении вопроса о том, какие привязки применять для определения права, применимого к проприетарным и обязательственным аспектам лицензионного соглашения.

Случай совпадения права, применимого к проприетарным и обязательственным аспектам лицензионного соглашения, возможен: например, если суд сочтет применимым *lex loci protectionis* в отношении исключительного статута, а в отношении договорного статута применит привязку к стране лицензиара (либо в лицензионном договоре будет оговорка о применении права лицензиара), и защита исключительного права будет испрашиваться в отношении страны лицензиара (т.е. *lex loci protectionis* совпадет со страной лицензиара). Но такое совпадение скорее исключение, нежели правило, так как совпадение применимого права характерно для «простых» случаев, когда исключительное право распространяется на территорию одного государства и лицензионный договор не является сложно структурированным.

Напротив, если исключительное право, предоставленное по лицензионному договору, распространяет действие на территорию нескольких стран, или лицензия является всемирной (*worldwide*)²⁰¹, либо лицензионный договор является сложно структурированным, применимое право не совпадёт, как минимум, потому, что применение наиболее распространенной коллизийной привязки *lex loci protectionis* к исключительно праву предполагает применение права каждой из стран, в отношении которой испрашивается защита исключительного права. То есть, если лицензионный договор распространяет действие на территорию нескольких стран, суду, помимо права, применяемого к

²⁰¹ Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. 2-е изд. М.: Статут, 2016.

договорном аспектам, пришлось бы применять право каждой из этих стран для того, чтобы в отношении каждой страны по-отдельности установить содержание, срок действия, ограничения и иные вопросы, касающиеся исключительного права, предоставленного по лицензионному договору.

Для минимизации негативных последствий, связанных с расщеплением применимого права, сторонам советуют включать в договор оговорку о выборе применимого права. Многие лицензионные соглашения с конечным пользователем содержат оговорку о выборе применимого права: например, лицензионное соглашение на использование браузера «Yandex» в качестве применимого права устанавливает право Российской Федерации²⁰², а лицензионное соглашение на использование браузера Google Chrome устанавливает, что применимым является право штата Калифорния²⁰³. Голландский автор Энгелен утверждает, что в Нидерландах нет ни одного судебного решения, в котором бы суду пришлось выводить применимое право

²⁰² Лицензионное соглашение на использование браузера «Yandex» в п.1.5 устанавливает, что «К настоящей Лицензии и всем отношениям, связанным с использованием Программы, подлежит применению право Российской Федерации...». URL: https://yandex.ru/legal/browser_agreement/.

²⁰³ Согласно п. 19.7 лицензионного соглашения на использование браузера Google Chrome в редакции, действовавшей в 2018 г., «Условия, а также взаимоотношения между вами и компанией Google в рамках данных Условий регулируются законодательством штата Калифорния...». В настоящий момент оговорка о применимом праве в лицензионном соглашении на использование браузера Google Chrome звучит так: «если применимое местное законодательство не позволяет местному суду применять право штата Калифорния для разрешения споров, то эти споры будут регулироваться применимым местным правом Вашей страны, штата или другого места пребывания». По сути, смысл оговорки не изменился, так как суду не требуется разрешение Google на применение местного права, если применение права Калифорнии невозможно. URL: <https://policies.google.com/terms?hl=ru>.

из подразумеваемого соглашения в лицензионном договоре, так как в лицензионных соглашениях стороны делают прямую оговорку о выборе права²⁰⁴.

Действительно, выбор применимого права является крайне важным для сторон лицензионного соглашения, так как именно применимое право в ряде случаев может кардинально повлиять на результат. Так, в деле *Genentech Inc. v. Hoechst and Sanofi-Aventis*²⁰⁵ Европейский суд справедливости оставил в силе решение Международного арбитражного суда при Международной торговой палате (ICC) о том, что лицензиат обязан выплатить лицензиару роялти по лицензионному договору о предоставлении удостоверенного патентом права. В доктрине отмечается, что во многом на исход дела повлиял выбор сторонами немецкого права: суд не согласился с буквальным толкованием лицензионного договора, на котором настаивал лицензиат, так как в немецком праве при толковании лицензионного договора следует принимать во внимание коммерческие цели сторон. Поэтому суд согласился с решением арбитража, что лицензиат, соглашаясь на роялти, имел целью предотвращение судебных разбирательств по патентам и связанных с ними рисков²⁰⁶. Отмечается, что выбор сторонами иного применимого права, например, английского права, мог бы привести к совершенно иным результатам²⁰⁷.

²⁰⁴ *Th.C.J.A. van Engelen*. Jurisdiction and Applicable Law in Matters of Intellectual Property // *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 14.3. December 2010. P. 18. URL: <http://www.ejcl.org/143/art143-19.pdf>.

²⁰⁵ *Genentech, Inc. v Hoechst GmbH/ Sanofi Aventis GmbH*, Case C-567/14 (Judgment of the Court: 7 July, 2016).

²⁰⁶ *Binns, Richard and Walles, Nicola*, Royalties for Unpatented Technology (February 13, 2017). *les Nouvelles - Journal of the Licensing Executives Society*, Volume LII No. 1, March 2017. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2896167>.

²⁰⁷ *Perkins D*. Court of Justice confirms Arbitral Award in International Patent License Dispute Compliant with Art.101 TFEU. URL: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/07/22/court-justice-confirms-arbitral-award-international-patent-license-dispute-compliant-art-101-tfeu/>

Однако, соглашение о выборе применимого права может быть незаключенным, недействительным или неисполнимым²⁰⁸.

Помимо этого, стороны лицензионного соглашения не всегда могут достичь соглашения о применимом праве: например, сторонам трансграничных лицензионных договоров с условием FRAND²⁰⁹ сложно договориться о применимом праве, так как в случае спора толкование условий FRAND, в особенности, условия о разумности цены, сильно варьируется в зависимости от юрисдикции²¹⁰. Израильский юрист Эли Гринбаум, анализируя решение, принятое по делу *InterDigital Communications, Inc. v. Huawei Investment & Holding Co*²¹¹ пишет, что суды в одних юрисдикциях занимают позицию в пользу патентообладателя (например, США), считая разумной установленную им цену за патент, в то время как в других юрисдикциях наоборот могут не соглашаться с ценой, установленной в лицензионном договоре, и сильно ее занижать²¹². Поэтому сторонам лицензионных соглашений на усло-

[kluwerarbitration.com/2016/07/22/court-justice-confirms-arbitral-award-international-patent-license-dispute-compliant-art-101-tfeu/](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/07/22/court-justice-confirms-arbitral-award-international-patent-license-dispute-compliant-art-101-tfeu/)

²⁰⁸ *Асосков А.В.* Право, применимое к договорному обязательству: комментарий к ст. 1211 ГК РФ // *Закон*. 2016. № 4. С. 104.

²⁰⁹ FRAND (Fair, Reasonable, Nondiscriminatory) — условие о предоставлении удостоверенного патентом права использования изобретения на справедливых, разумных и недискриминационных условиях. См., например, Е.А. Войниканис, А.Ю. Иванов, Стандарты и патенты: актуальные мировые тенденции и их значение для правовой политики Российской Федерации // *Закон*. № 2, 2016. См. также: Damien Geradin; THE EUROPEAN COMMISSION POLICY TOWARDS THE LICENSING OF STANDARD-ESSENTIAL PATENTS: WHERE DO WE STAND?, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 9, Issue 4, 1 December 2013, P. 1125–1145, <https://doi.org/10.1093/joclec/nht036>

²¹⁰ Eli Greenbaum. Arbitration Without Law: Choice of Law in FRAND Disputes” (2016). *Res Gestae*. 26. 2016. URL: https://ir.lawnet.fordham.edu/res_gestae/26/.

²¹¹ 166 F. Supp. 3d 463 (S.D.N.Y. 2016).

²¹² Eli Greenbaum. *Op. cit.* P. 5.

виях FRAND не просто прийти к выбору применимого права²¹³.

Таким образом, оговорка о выборе применимого права не является панацеей: она может лишь минимизировать, но не полностью исключить проблемы взаимодействия договорного статута и статута исключительного права. Так, фрагментация применимого права возникнет в случае, если суд для решения одного из вопросов, входящих в статут исключительного права — определение автора или первоначального обладателя произведения — применит привязку *lex originis*, то есть, будет решать данный вопрос на основании права страны, на территории которой было создано произведение (например, право Португалии), иные вопросы, также входящие в статут исключительного права (такие, как содержание исключительного права, срок действия, ограничения и др.) будет решать на основании привязки *lex loci protectionis*, то есть страны, в отношении которой испрашивается защита (например, право Германии, если исключительное право, предоставленное по договору, распространялось на территорию Германии), а к вопросам, входящим в статут договорного права, суд применит право, избранное сторонами лицензионного соглашения (предположим, право страны лицензиара — Швейцарии). Таким образом, в нашем гипотетическом примере, несмотря на выбор сторонами лицензионного договора применимого права (Швейцарии), это не помогло

²¹³ В данном деле стороны лицензионного соглашения включили в текст соглашения нестандартную оговорку о том, что стороны могут ссылаться на право любых стран: «[T]he Parties may cite law from any jurisdiction in their arguments to the Tribunal, but the arbitrators are empowered to decide FRAND terms and conditions for the Completed License in light of the evidence and arguments presented by the Parties based on a standard of what is fair, reasonable, and non-discriminatory». INTERDIGITAL COMM. v. HUAWEI INV. & HOLDING. URL: <https://www.leagle.com/decision/infdco20160224d46>

избежать расщепления применимого права и трудностей, связанных с применением судом норм иностранного права.

Таким образом, отсутствие унифицированного подхода к определению привязок, указывающих на статут исключительного права и договорный статут, невозможно преодолеть включением оговорки в текст лицензионного соглашения. В настоящий момент, несмотря на широкое распространение всемирных лицензий и совершенствование технологий, способствующих глобализации, на законодательном уровне, в доктрине и правоприменительной практике не удастся полностью избежать фрагментации права, применимого к лицензионным соглашениям.

Разграничение статута исключительного права и договорного статута

Взаимодействие договорного и исключительного статуты ставит проблему разграничения вопросов, входящих в сферу действия данных статуты. Необходимо понять, какие аспекты лицензионного соглашения о предоставлении исключительного права относятся к обязательственным (т.е. входят в сферу действия договорного статута), а какие относятся к проприетарным (т.е. относятся к статуту исключительного права)²¹⁴.

Практическое значение ответа на вопрос о разграничении сферы действия этих статуты состоит в том, что в случае, если какие-то вопросы, относящиеся к исключительному праву, могут быть отнесены к договорному статуту, значит, на эти вопросы будет распространяться и автономия воли сторон, то есть, стороны

²¹⁴ *Fawcett, Torremans. Intellectual Property and Private International Law*. 2ed. 2011. P.750; Metzger A. *Applicable Law Under the CLIP Principles: a Pragmatic Reevaluation of Territoriality*. P. 11. URL: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/ls/mzg/pub/applicable-law-under-the-clip-principles>

смогут выбрать право, применимое к этим аспектам исключительного права.

Обратим внимание на несколько пограничных случаев. Например, CLIP Principles относят к исключительному статуту возможность распоряжения исключительным правом (transferability) на основании договора об отчуждении исключительного права или на основании лицензионного договора, в том числе принудительные лицензии (compulsory licenses)²¹⁵, а также переход исключительного права на основании закона (transfers by operation of law).

Напротив, в то время как возможность распоряжения исключительным правом относится к исключительному статуту, сам переход (transfer) исключительного права относится к договорному статуту²¹⁶. Так, немецкий ученый Аксель Метцгер, являющийся одним из разработчиков Принципов коллизионного регулирования в области интеллектуальной собственности (CLIP Principles), считает, что допустимо применять договорный статут к переходу прав и предоставлению прав по лицензии²¹⁷.

Действительно, применение договорного статута к переходу исключительного права позволит избежать лишнего расщепления применимого права, так как большинство договоров в сфере интеллектуальной собственности содержат одновременно как обязательство передать право, так и саму передачу (то есть соединяют в себе как обязательственную, так и распорядительную сделку), поэтому применение договорного статута только к обязательственной сделке влекло бы расщепление применимого права.

²¹⁵ Art. 3:301, 3:507 CLIP Principles.

²¹⁶ Metzger A. *Applicable Law Under the CLIP Principles: a Pragmatic Re-evaluation of Territoriality*. P. 11.

²¹⁷ Metzger A. *Comment on Art. 3:501 of CLIP Principles / Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles*. 2011. P. 271.

Вопросы толкования лицензионных договоров также относятся к сфере действия договорного статута, причем, независимо от того, где содержатся нормы о толковании (в том числе, если нормы содержатся в законодательстве об интеллектуальной собственности). Например, вопрос о том, какая лицензия предоставлена по договору — исключительная или неисключительная, — относится к договорному статуту²¹⁸.

Еще одним актуальным является вопрос о том, относится ли право на защиту исключительного права от нарушений со стороны третьих лиц, которое было передано лицензиату по исключительной лицензии, к статуту исключительного права или договорному статуту.

Серьезное практическое значение данный вопрос приобретает в свете того, что стороны лицензионного соглашения, и в особенности, лицензиат, заинтересованы в том, чтобы исключительное право, переданное по исключительной лицензии, можно было защитить против третьих лиц в любой стране, на которую распространяет действие исключительное право.

Действительно, лицензиат, которому передано право по исключительной лицензии, справедливо ожидает, что исключительное право можно будет защищать во всех странах, на территории которых действует это право, против третьих лиц. Однако, как показало недавнее исследование Жака де Верра, это не совсем так: национальное законодательство одних стран может признавать за лицензиатом право на защиту от на-

²¹⁸ В деле *Sunstar, Inc. v. Alberto-Culver Co.*, 586 F.3d 487 (7th Cir. 2009), перед судом встал вопрос о том, как толковать лицензию «senyoshiyoken». Судья Познер, рассматривавший данное дело, пришел к выводу о том, что применимое право, выбранное сторонами лицензионного соглашения (право штата Иллинойс), не дает ответа на вопрос о том, как толковать японское слово «senyoshiyoken», поэтому судья применил право Японии для установления правового содержания лицензии.

рушений исключительного права со стороны третьих лиц, а в других странах за лицензиатом такое право может не признаваться²¹⁹. Соответственно, и решения национальных судов по данному вопросу не единообразны²²⁰.

Жак де Верра отмечает, что современный подход, в соответствии с которым право лицензиата на защиту исключительного права определяется национальным законодательством стран на основании привязки *lex loci protectionis*, создает фрагментацию, так как ответ на вопрос о применимом праве будет зависеть от национального права каждой из стран, в которых лицензиат будет испрашивать защиту²²¹.

Жак де Верра считает, что право лицензиата на защиту исключительного права должно входить в сферу

²¹⁹ Для демонстрации права лицензиата на защиту от нарушений со стороны третьих лиц исследователь Жак де Верра приводит такой пример: предположим, что лицензиар (американская компания) заключает с лицензиатом (японской компанией) лицензионный договор о предоставлении права использования товарного знака на территории нескольких стран без сохранения за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам. Применимым правом стороны выбрали право Швейцарии. Впоследствии лицензиат сталкивается с многочисленными нарушениями исключительного права со стороны третьих лиц в разных странах. Возникает закономерный вопрос: может ли лицензиат защитить свое право в этих странах? К сожалению, ответ не является однозначно утвердительным: в одних странах национальное законодательство признает за лицензиатом право на защиту от нарушений со стороны третьих лиц, а в других нет. de Werra, Jacques. (2017). Can exclusive licensees sue for infringement of licensed IP rights?: A case study confirming the need to create global IP licensing rules. *Harvard Journal of Law & Technology*; de Werra, J. *International IP Licensing Transactions: Time to Adopt Global Rules for the Right of Exclusive Licensees to Sue for Infringement of the Licensed IP Rights?* ИС (2017) 48: 251. <https://doi.org/10.1007/s40319-017-0572-3>.

²²⁰ См. примеры судебных решений в сноске 2 статьи de Werra, J. *International IP Licensing Transactions*...

²²¹ de Werra, Jacques. (2017). *Can exclusive licensees...* P. 197. Интересно, что п. 7 ст. 1207.2 проекта изменений ГК РФ относит внедоговорные способы защиты исключительных прав к статуту исключительного права.

действия не интеллектуального статута, а договорного, и, соответственно, содержание права на защиту лицензиата и условия осуществления этого права должны определяться на основании принципа автономии воли сторон. Иными словами, стороны должны иметь возможность выбрать применимое право к данному аспекту отношений для того, чтобы исключительное право лицензиата не зависело от подходов к признанию права на защиту лицензиата национальными законодательствами разных стран, а зависело бы только от права той страны, которое избрали стороны в качестве применимого.

Некоторые выводы

Коллизионное регулирование в целом и, в частности, коллизионное регулирование трансграничных лицензионных договоров направлено на минимизацию рисков правовой неопределенности, привносимой иностранным элементом. Взаимодействие статута исключительного права и договорного статута ведет к фрагментации применимого права вследствие отсутствия единого подхода к определению привязок, указывающих на применимое право.

Английский правовед Пол Торреманс называет катастрофой утрату определенности и предсказуемости в отношениях между сторонами лицензионного соглашения и советует делать в лицензионных договорах оговорку о выборе применимого права²²². Включение оговорки о выборе применимого права в лицензионный договор лишь снижает риск расщепления применимого права, но не исключает его полностью. Оговорка позволяет зафиксировать только право, применимое к договорному статуту, но не устраняет проблемы определения права в отношении предостав-

²²² Paul Torremans. *Cross-border licensing in the absence of a choice of law: is there a way forward?* P. 25.

ленного по лицензионному договору исключительного права. Например, в случае, когда предоставленное по лицензионному договору исключительное право действует на территории нескольких стран, суду требуется устанавливать содержание норм каждой страны, на территории которой действует исключительное право.

Так как ни в доктрине, ни в судебной практике не существует единого подхода к определению коллизионных привязок в отношении договорного и исключительного статута, в отсутствие оговорки о выборе применимого права однозначный ответ о праве, применимом к лицензионному договору или предоставленному исключительному праву, можно получить только по итогам судебного разбирательства.

Вследствие проблем коллизионного регулирования, более привлекательным выглядит метод прямого внутринационального регулирования статута исключительного права вследствие его прозрачности и большей предсказуемости для сторон лицензионного договора и близости норм национального права для суда.

Дальнейшего исследования требует вопрос о разработке и оценке эффективности глобального подхода к регулированию трансграничных лицензионных соглашений²²³. Однако становление такого подхода требует огромных дипломатических усилий всех стран.

²²³ *Dessemontet F.* Conflict of Laws for Intellectual Property in Cyberspace. P. 13 URL: <https://www.unil.ch/files/live/sites/cedidac/files/Articles/Conflict%20of%20Laws%20in%20Cyberspace.pdf>; de Werra, Jacques. (2017). Can exclusive licensees sue for infringement of licensed IP rights?: A case study confirming the need to create global IP licensing rules. *Harvard Journal of Law & Technology*; de Werra, J. ИС (2017) 48: 251. <https://doi.org/10.1007/s40319-017-0572-3>.

Библиографический список:

1. *Alexander Peukert*, Commentary to the Preamble of CLIP in Basedow, J., Miguel Asensio, P., Dinwoodie, G., Drexl, J., Heinze, C., Kur, A., et al. (Eds.). 2013.
2. *De Miguel Asensio*. The Law Governing International Intellectual Property Licensing Agreements (a conflict of laws analysis) // *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*. Ed. J. de Werra. 2013.
3. *Dessemontet F*, Le droit applicable à la propriété intellectuelle dans le cyber-espace. *Weblaw*, 2001.
4. *Fawcett, Torremans*. *Intellectual Property and Private International Law*. 2ed. 2011. Para. 14.28-14.38; M. Josselin-Gall, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique*. 1995.
5. *Friedrich K. Juenger*. "The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: An American Assessment". In P.M. North. *Contract Conflicts*. 1982.
6. *Jürgen Basedow*. Comment on Art. 3:102 of CLIP Principles. In *Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles*. 2011.
7. *Levy A.* Twitter Is Working on New Ways to Sell Its Data. *Billings Gazette*, 22.11.2017. URL: https://billingsgazette.com/business/investment/markets-and-stocks/twitter-is-working-on-new-ways-to-sell-its-data/article_e988b3b5-20e1-51efa7bb-4a2fe42ab8ca.html.
8. *Nathan Reiff*. How Twitter Makes Money. Advertising and data licensing are the major sources of revenue. URL: <https://www.investopedia.com/ask/answers/120114/how-does-twitter-twtr-make-money.asp>
9. *Sauveplanne J.* New Trends in the Doctrine of Private International Law and their Impact on Court Practice. *Recueil des Cours*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Vol. 175. P.25.
10. *Schack*. *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 4th ed., Tübingen 2007.
11. *Асосков А.В.* Коллизионное регулирование договорных обязательств. М.2012., сноска, С.5
12. *Вилкова Г.Н.* Договорное право в международном обороте. М., 2002.

13. Плеханов В.В. Переход права собственности по договору международной купли-продажи товаров: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2008.
14. Российское гражданское право. Учебник. Под ред. Суханова Е.А. Т. 1. М., 2011.
15. Савельев А.И. Лицензирование программного обеспечения в России. М., 2012.
16. Савельев А.И. Отдельные вопросы применения норм об исчерпании прав в отношении программ для ЭВМ // Вестник гражданского права. 2011. № 3.
17. Савельев А.И. Свободные лицензии на программное обеспечение в контексте реформы гражданского законодательства. // Вестник Гражданского права, 2012. № 4.
18. Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. 2-е изд. М.: Статут, 2016.
19. Суспицына М.В. Современные тенденции коллизионного регулирования отношений интеллектуальной собственности / Трансграничный торговый оборот и право. Liber Amicorum в честь 50-летия А.Н.Жильцова. М., 2013.

ABSTRACTS

INFORMATION. CYBERSPACE. HUMAN RIGHTS

Sergey V. POTAPENKO

Kuban State University, Dean of the Faculty of Law, Head of the Department of Civil Process and International Law, Dr. of Law, Professor (350000, Krasnodar Region, Krasnodar, 43 Rashpilevskaya St.; tel.: +7(918)262-4650; email: potapenkosv@yandex.ru)

Ilya Yu. PASHCHENKO

Election Commission of the Krasnodar Region, chief consultant of the office. (350000, Krasnodar Region, Krasnodar, 30 Gimnazicheskaya St.; tel.:+7(928)442-5065; email: ilpa@mail.ru)

DIGITAL RIGHTS AND INFORMATION IN THE SYSTEM OF MODERN CIVIL TURNOVER

Keywords: *information, civil law, civil turnover, intellectual property, services, civil rights objects, digital rights, digital economy.*

Synopsis: *The article «Digital rights and information in the system of modern civil turnover» examines the issues of legal regulation of information in private law relations.*

Modern technologies are actively penetrating into the sphere of human social life and generating new phenomena of reality. They often do not receive adequate and timely legal regulation. Problems of regulation on certain aspects creates uncertainty among participants of civil turnover, which prevents certain transactions with information.

Lack of regulation is an obstacle on the way of building of the digital economy in the Russian Federation, which already today determines the order of five percent of gross domestic product.

The authors investigate the legal nature of information in the system of civil law regulation. It is noted that the information excluded from the list of objects of civil rights in the Civil code of the Russian Federation in practice finds various manifestations. Some forms of informational manifestation in the sphere of intellectual property, rendering of services are considered. Based on examples, it is concluded that these spheres are not its exhaustive manifestation in the system of civil turnover.

The results of the development of modern information technologies, which allow to consider information as an independent and full-fledged object of civil legal relations, are analyzed. It is offered to designate information in the civil legislation as object of civil rights, having reflected its specific signs and limits in civil turnover, having expanded regulation of information processes in parts of the first and second Civil code of the Russian Federation.

Special attention is paid to the draft law, which proposes to introduce the concept of «digital rights» as a kind of «exclusive rights».

Mikhail A. FEDOTOV

National Research University “Higher School of Economics”, Law Faculty, professor-researcher, Dr. of Law, Professor, Honorable lawyer of RF. (109028, Moscow, Bolshoy Trehsvyatitelskiy pereulok, 3; tel.: +7(495)772-9590 # 23017; email: mfedotov@hse.ru)

DEDICATED TO 30TH ANNIVERSARY OF THE SOVIET MEDIA LAW

Keywords: *Soviet legislation, Media Law, the Central Committee of the CPSU, the Supreme Soviet of the USSR, censorship, freedom of the media, rights of journalists.*

Synopsis: *The article provides a brief outline of the history of the development and the adoption of the first law in Russian history which had proclaimed and guaranteed freedom of the media, had banned censorship and had secured the rights and obligations of the journalists, including the so-called “relative immunity” of journalists and editors from the responsibility for the content of mass media. The article also analyzes the practice of applying this law and its significance for the formation of the Russian legislation on the mass media.*

Iosif E. DISKIN

National Research University “Higher School of Economics”, professor-researcher, Faculty of Business and Management, Dr. of Economics, Professor. (119049, Moscow, Schabolovka street, 28/11, bld. 9; tel.: +7(985)764-7528; email: idiskin9@gmail.com)

**DISCUSSION ON MEDIA LAW:
NOTES BY INSTITUTIONALIST**

Keywords: social institutions, regulatory impact assessment, representation of the public interest.

Synopsis: The media review looks at the possibility of using an institutional approach to regulating appropriate public relations. The need to assess regulatory impacts as a general methodical approach to improve the effectiveness of right-wing regulation. The public interest is proposed to be considered as a criterion.

Dmitriy Yu. SAPRONOV

The Higher school of public audit (faculty) of Lomonosov Moscow state University, Senior engineer (119992, Moscow, Leninskie Gory, 1, bld. 13. Tel: +7(495)939-5267, email: braingeek@mail.ru)

**LEGAL EVOLUTION OF THE
PAN-EUROPEAN REGULATION
OF PERSONAL DATA PROTECTION**

Keywords: *GDPR, information law; information technology; personal data; European law; personal data protection.*

Synopsis: The article analyzes the evolution of European standards of personal data protection. The issue of GDPR appearance is considered and its separate provisions are analyzed. The article provides examples of the consequences of the introduction of GDPR. Also offers suggestions for improving Russian legislation in the context of GDPR norms.

Mikhail A. BORISOV

PhD student of the UNESCO Chair on copyright and other intellectual property rights, NRU “Higher School of Economics”, (109028, Moscow, Bolshoy Trehsvyatitelskiy pereulok, 3; tel.: +7(495)772-9590 # 23017; email: maborisov3@gmail.com)

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN: DOCTRINE, LEGAL REGULATION AND ENFORCEMENT

Keywords: *right of erasure, right to be forgotten, Article 17, GDPR, Mario Costeja González, Google, Privacy.*

Synopsis: *This article discusses the prerequisites for the emerging of the “right to be forgotten”, its legislative regulation and enforcement in the Russian Federation. It is argued that information, having acquired ever greater economic value in recent years, has become, in essence, a “new oil” and an important lever for managing the affairs of society and the state as a whole as well as the life of individuals in particular. The author emphasizes that this state of affairs jeopardizes the privacy of individuals, since the masses of information about them that can be found online daily can be used for any purpose, including ones that are in conflict with the interests of the individual. It is argued that the emergence of the institution of the “right to be forgotten” as an organic stage in the development of the Privacy was a response to the challenges of the Internet era. The author explores the Russian version of the “right to be forgotten”: its occurrence, the enactment process, features, current regulation and law enforcement. Building on the data collected, conclusions are drawn regarding the overall effectiveness of this new institution, while time is also taken to explore some of the emerging limitations of the law as it is enforced today.*

Ksenia R. OSCHMANKEVICH

Postgraduate of the Higher School of State Audit (the Faculty) of the Lomonosov Moscow State University (119992 Moscow, Leninskie Gory, 1, bld. 13, tel. +7(495) 930-0002, gosaudit.msu@gmail.com)

BANKING SUPERVISION OF COMPLIANCE WITH INFORMATION SECURITY REQUIREMENTS IN THE RUSSIAN FEDERATION AND IN THE PEOPLE REPUBLIC OF CHINA

Keywords: *banks, banking supervision, information security, financial law.*

Synopsis: *Topical issues of supervision of compliance with information security requirements by organizations of banking sphere in the Russian Federation and in the People Republic of China are observed in this article. Banking supervision is one of basic mechanisms to ensure sustainable and safe functioning of banking system. As new technologies are implemented in the credit and finance sphere to improve financial services and facilities provided, new challenges for banking sector are arisen – risks of information security.*

INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

Elena I. KAMINSKAYA,

Moscow State Institute for International Relations, Sergey N. Lebedev Chair of International Private and Civil Law, PhD, associate professor. (119454, Moscow, Vernadskogo Prosp., 76. Tel: +7(495)229-3824, email: e.i.kaminskaya@mail.ru)

Darja D. SHTODINA,

Moscow State Institute for International Relations, International Law Faculty Master of Law (119454, Moscow, Vernadskogo Prosp., 76 Tel: +7(967) 044-8812, email: dashashtodina96@gmail.com)

PRESENCE OF IDEAS IN COPYRIGHT (RUSSIAN LAW AND PRACTICE TAKEN IN INTERNATIONAL CONTEXT)

Keywords: *copyright, ideas, works, conditions of protection, originality, creative activity, individual, human rights.*

Synopsis: *Article focuses on conditions of protection under copyright as applicable by Russian courts (and, as the case may be, by foreign courts). Watering along with tension of the scope of copyright as two antagonistic trends resulting therefrom are particularly debated.*

Ekaterina V. SEMENOVA

Expert, The BRICS Competition Law and Policy Centre, National Research University Higher School of Economics (109028, Moscow, Pokrovsky Boulevard, 11, tel. +7(495)772-9590 # 15513, email: evsemenova@hse.ru)

LICENSING AGREEMENTS: LEX CONTRACTUS AND LEX LOCI PROTECTIONIS INTERACTION

Keywords: *license agreement, applicable law, lex contractus, lex loci protectionis.*

Synopsis: *Lack of certainty and predictability in the relationship between the parties to a license agreement can turn into a real disaster for them. Especially if parties did not choose applicable law. This article is devoted to the issue of applicable law to licensing agreements.*

The author begins with the formulation of conflict of law issue concerning licensing agreement. And then proceeds to analyze choice of law in intellectual property and its interaction with lex contractus. The author shows that there is no unified approach to applicable law and concludes that the risk of dépeçage of the law applicable to licensing agreements is inevitable. Moreover, splitting of the law applicable to licensing agreement may not be eliminated by the choice of applicable law clause included in licensing agreement.



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

The history of the UNESCO Chair on Copyright and Other Intellectual Property Rights dates back to June 1998, when the Director General of UNESCO and the President of the Institute of International Law and Economics named after A. S. Griboedov (IILE) signed an Agreement on the establishment of the Chair. Over the last years the UNESCO Chair has become the regional center of international cooperation on the issues of Intellectual Property Rights and Information Law in the Commonwealth of Independent States (CIS). It has assisted in the establishment of similar UNESCO Chairs in Belarus, Georgia and Moldova.

On March 20, 2009 the UNESCO Chair changed the host university. At present the UNESCO Chair is a scientific and methodological center at the Higher School of Economics.

The UNESCO Chair conducts its work in cooperation with the RF Commission on UNESCO issues, with Sector of Culture and Sector of Communication and Information of the UNESCO Secretariat as well as with the UNESCO Institute for Information Technologies in Education.

The activity of the Chair has a comprehensive character and covers Copyright and Neighboring Rights and other spheres of Intellectual Property, as well as Information Law, including Mass Media Law, Cyberspace Law etc.

The Chairholder is the Honorable Lawyer of the Russian Federation, Doctor of Law, Professor Mikhail A. Fedotov. He has many years of teaching experience in different Law Schools. In the 1990s he has served as a Minister of

Press and Information of the RF, a Director General of the Russian Agency of Intellectual Property under the RF President, and he was the Permanent Representative of the Russian Federation to UNESCO, with the diplomatic rank of Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary. He is one of the authors of the Russian Media Law 1990-1991 and one of the creators of the Copyright Law 1993 along with some other federal acts.

Today the UNESCO Chair is a large scientific team uniting leading experts working in different universities and research institutions, federal legislative and executive bodies, law firms, copyright societies, in different regions and even in different countries (including members from Belarus and Ukraine, the United States and Germany). They share common interest in the field of Intellectual Property Rights, Information Law, Media Law etc. Due to joint research activities of the UNESCO Chair members in 1998–2008 it has gained the position of a leading expert center in the Russian Federation. At the same time, the administrative staff of the UNESCO Chair is considerably small and consists of only five employees.

The main spheres of the UNESCO Chair's activities in the abovementioned areas are as follows:

- conducting basic scientific researches and publishing their results in the scientific journal (quarterly) Works of the Intellectual Property, as well as on the Chair's website www.unescochair.ru;
- hosting conferences, seminars, presentations and other activities aimed to disseminate knowledge and technology;
- promoting the development of skills for scientific activities for educators, students and postgraduates of HSE, training graduate students on intellectual property right issues, and information law;
- popularization of contemporary approaches to the creation, protection and use of intellectual property,

development of information society and drafting of the law regulating the Internet and traditional media;

- rendering assistance to profile committees and the commissions of chambers of the Russian Parliament, to the RF Audit Chamber, as well as RF Constitutional and Supreme Courts, RF Public Chamber and other state bodies in the development of statutory acts and formation of the law-enforcement practice;
- providing scientific consultation to different organizations and individuals, whose activity deals with the creation, use and protection of intellectual and information products;
- creating original educational programs on the basis of the special teaching program on the Copyright prepared by UNESCO;
- cooperation with UNESCO, WIPO and other UN agencies as well as with the OSCE and the Council of Europe within the Chair's sphere of activities;
- establishing links with universities and scientific organizations in Russia and overseas, engaged in teaching and research;
- promotion of regional and international inter-university cooperation in the development of teaching and research;
- the analysis and systematization of existing legislation, enforcement practice and research results;
- other activities within the UNITWIN/UNESCO Chairs Program.

Contact information on the Chair:

Address for correspondence and visiting:
109028, Moscow, Bolshoy Trehsvyatitelskiy pereulok, 3;
room 436; tel.: +7(495)772-9590 # 23017;
email: mfedotov@hse.ru
<http://www.unescochair.ru>

**ПРАВИЛА ПРЕДСТАВЛЕНИЯ
РУКОПИСЕЙ**

Журнал «Труды по интеллектуальной собственности» публикует материалы по фундаментальным и прикладным проблемам авторского права, информационного права, права интеллектуальной собственности.

В журнале публикуются научные статьи, 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 ни в какой форме. Ввиду некоммерческого характера издания авторское вознаграждение не выплачивается.

Обязательные 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. В обязательном порядке представляются также на английском языке: название статьи, аннотация, ключевые слова, фамилия, имя, отчество каждого автора. 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 авторский экземпляр журнала.

Объем материала, как правило, 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 воз-

вращаются; рецензии на принятые материалы представляются авторам по их запросам.

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 в свободном доступе.

Учредитель и издатель:

АНО «Творческий центр ЮНЕСКО»

Адрес редакции и издателя:

109028, г. Москва, Б.Трехсвятительский пер.,
д. 3, каб. 436.

Научно-методический центр

«Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву
и другим правам интеллектуальной собственности»

www.unescochair.ru

mfedotov@hse.ru

Подписано в печать 30.11.2019 г.

Формат 60x90 1/16. Печать офсетная.

Объем 10 п. л.

Тираж 100 экз. Заказ ...

Отпечатано в типографии

Свободная цена