



судья

zhurnalsudya.ru

2021
апрель

ФЕДЕРАЛЬНЫЙ ЗАКОН

тема номера

ЗАЩИТА ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ

интервью

З.У. ЛАТЫПОВА

Приостановить работу суда
хоть на один миг?

Это невозможно и недопустимо
ни в какой ситуации



...Каждый судья должен регулярно самостоятельно повышать свой профессиональный уровень, читать научную литературу, изучать судебную практику. Благо возможностей для этого много. Например, подписка на журналы судейского сообщества, отслеживание событий в жизни судей России, новелл в практике и многих других правовых тем тоже могут служить показателем профессионализма судьи, его уважения к своему высокому статусу, интереса к делу, которым он занимается. И это в полной мере соотносится с положениями Кодекса судейской этики.

Получение согласия
на обработку персональных
данных в условиях
цифровой экономики

10

Территориальная подсудность
(подведомственность)
дел об административных
правонарушениях

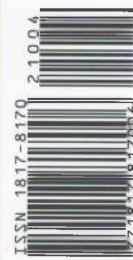
43

Судебная практика
в условиях социально-
технологического
эксперимента

54

Доктрина
судейского усмотрения
в практике Верховного
суда Израиля

60



Судья

апрель | 2021

УЧРЕДИТЕЛИ

Верховный Суд
Российской Федерации

Конституционный Суд
Российской Федерации

Совет судей
Российской Федерации

Судебный департамент
при Верховном Суде
Российской Федерации

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

А.В. Бондар
М.И. Клеандров
Н.В. Мельников
В.В. Момотов
П.П. Одинцов
П.П. Серков

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

В.В. Зиятдинов
А.С. Лацейко
О.С. Ноговицына
Е.А. Поворова

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

А.Ж. Малышева

ЗАМЕСТИТЕЛЬ ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА

Е.А. Поворова

ДИРЕКТОР РЕДАКЦИИ

Д.Ю. Давыдов

ЗАВЕДУЮЩАЯ РЕДАКЦИЕЙ

Ю.А. Дарымова

РЕДАКТОР

Е.А. Ловягина

КОРРЕКТОР

Т.А. Казакова

ДИЗАЙН И ВЕРСТКА

О.Ю. Гранкин

ЖУРНАЛ «СУДЬЯ» № 4 [124] 2021
СВИДЕТЕЛЬСТВО
О РЕГИСТРАЦИИ СМИ
ПИ № ФС 77-36367 от 19.05.2009 г.,
выдано Федеральной службой
по надзору в сфере связи,
информационных технологий
и массовых коммуникаций
(Роскомнадзор)

РЕДАКЦИЯ И ИЗДАТЕЛЬ

АНО Редакция журнала «Судья»
123242, г. Москва, ул. Баррикадная,
д. 8, стр. 4. Тел.: +7 (499) 350-0015
info@zhurnalsudya.ru

АДРЕС ДЛЯ ПЕРЕПИСКИ

107031, г. Москва,
Страстной бульвар, 14/16, подъезд 3

ОТПЕЧАТАНО

ООО «Кризэйженс»
125040, г. Москва, ул. Скаковая,
д. 5, стр. 1

ПОДПИСАНО В ПЕЧАТЬ
14.04.2021 г.

ЦЕНА СВОБОДНАЯ

Формат 60×84/8. Гарнитура Muller
Усл.-печ. л. 8,0. Печать офсетная
Тираж 8920 экз. Заказ № 124-0421

© РЕДАКЦИЯ ЖУРНАЛА «СУДЬЯ», 2021

Редакция не несет ответственности
за достоверность информации,
содержащейся в рекламных объявлениях
и авторских материалах. Мнение
редакции может не совпадать с точкой
зрения авторов. Присланные материалы
не рецензируются и не возвращаются.

ФОТОМАТЕРИАЛЫ

Управление по взаимодействию
с общественностью и СМИ
Верховного Суда РФ (А.Ю. Исаев),
Фотобанк Лори,
Шаттерсток

Сорок лет назад, в конце января 1981 года, в Страсбурге был открыт для подписания первый в истории международный договор, касающийся защиты персональных данных, — Конвенция Совета Европы о защите физических лиц в отношении автоматической обработки персональных данных, также известная как Конвенция 108. Обладающая уникальным потенциалом стать мировым стандартом, Конвенция 108 с самого начала установила основные принципы защиты данных и правила, которые действуют до сих пор. Для Российской Федерации она вступила в силу 1 сентября 2013 г., и действующее отечественное законодательство во многом учитывает ее рамочные нормы.

Апрельский выпуск журнала посвящен защите и правовому регулированию персональных данных, а именно тем проблемам, с которыми каждый из нас постоянно сталкивается в повседневной жизни. Авторы исследуют судебную практику, складывающуюся по вопросам определения состава персональных данных, и предлагают свои методики разграничения понятий «оператор» и «обработчик» персональных данных. Людмила Терещенко рассматривает особенности получения согласия от субъекта на обработку персональных данных: будет ли такое согласие действительным, если оно дано по телефону, посредством СМС, или дистанционный способ согласия неприменим и не будет воспринят судебной практикой? Елена Михалевич оценивает варианты решения вопросов, возникающих в случае обработки персональных данных третьими лицами, — без согласия и с согласием на такую обработку.

По традиции интервью номера также посвящается главной теме выпуска. Но в этот раз мы отошли от привычного формата и представляем читателям интервью с Земфирой Узбековной Латыповой, председателем Верховного Суда Республики Башкортостан. Наша беседа стала возможной в рамках взаимодействия редакции с пресс-службами судов страны и благодаря поддержке Вадима Хабирова, возглавляющего объединенную пресс-службу судов Республики Башкортостан. Ответы Земфиры Узбековны оказались созвучны теме номера по духу, в них есть и анализ современности, и взгляд в будущее, и уважение к судебским традициям.

Это интервью важно для нас и тем, что оно открывает тему конкурса «Профессионально о главном». Редакция журнала «Судья» приняла решение сделать этот конкурс ежегодным, поскольку количество заявок на участие, поступивших к нам в 2020 году, показало, насколько интересным он оказался для сотрудников пресс-служб судов и журналистов. Организаторами мероприятия были учтены пожелания участников по условиям конкурса, и на странице 64 этого выпуска, а также на сайте журнала в тематическом разделе вы сможете ознакомиться с основными положениями профессионального соревнования. Мы желаем всем соискателям удачи и уверены в том, что даты конкурса займут особое место в рабочем календаре пресс-секретарей — как дни, в которые мастерство, творчество, целеустремленность и любовь к профессии помогут стать победителем. А главное — увидеть мастерство и поддержку своих коллег!

Судьялар олий кенгаши
Судьялар олий мактаби

КУТУБХОНА

Инвентар № _____

20 _____

й

Судья

апрель 2021 | 1

Судья | апрель | 2021

Защита персональных данных



ОТ РЕДАКЦИИ

1

Конвенция 108. Регулирование данных

ИНТЕРВЬЮ

4

Приостановить работу суда из-за пандемии? Это незаконно и недопустимо ни в какой ситуации. **Зенфери Ибисовна Гатыпова**, председатель Верховного Суда Республики Башкортостан

ТЕМА НОМЕРА

10

Получение согласия на обработку персональных данных в условиях цифровой экономики. **Людмила Константиновна Терещенко**, заместитель заведующего отделом административного законодательства и процесса Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук, заслуженный юрист Российской Федерации

ТЕМА НОМЕРА

	16	Отдельные случаи обработки персональных данных третьими лицами. Елена Владимировна Михалевич , адвокат, управляющий партнер Коллегии адвокатов города Москвы «Барщевский и Партнеры»
	22	Законодательство о персональных данных: проблемы применения и пути совершенствования. Вера Ивановна Солдатова , доцент кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), государственный советник Российской Федерации 1-го класса, кандидат юридических наук
	30	Определение персональных данных, разграничение операторов и обработчиков персональных данных. Алексей Анатольевич Грибанов , ведущий юрисконсульт ООО «Яндекс»
	35	Защита персональных данных: концепция, правовое регулирование и процедура. Марьям Хасановна Гильмитдинова , адвокат, магистр европейского права, LL.M
ТОЧКА ЗРЕНИЯ	42	Персональные данные в судебных актах. Игорь Олегович Бадмаев , начальник отдела по организации рассмотрения гражданских дел в апелляционной инстанции Ростовского областного суда
АДМИНИСТРАТИВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО	43	Территориальная подсудность (подведомственность) дел об административных правонарушениях: некоторые проблемы и перспективы. Юрий Александрович Шайкин , судья Владимирского областного суда
УГОЛОВНОЕ ПРАВО	49	Мотив иной личной заинтересованности при квалификации должностных преступлений. Алексей Васильевич Шкода , судья Второго кассационного суда общей юрисдикции, кандидат юридических наук
ПРАВОСУДИЕ И ПРАВОПРИМЕНЕНИЕ	54	Судебная практика в условиях социально-технологического эксперимента. Мария Евгеньевна Черемисинова , заведующая центром научных изданий Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, старший научный сотрудник отдела теории права и междисциплинарных исследований законодательства, кандидат юридических наук
	60	Доктрина судейского усмотрения в практике Верховного суда Израиля. Андрей Владиславович Кротов , докторант кафедры конституционного (государственного) права Южного федерального университета, кандидат юридических наук

Приостановить работу суда хоть на один миг? Это невозможно и недопустимо ни в какой ситуации



Земфира Узбековна Латыпова, председатель Верховного Суда Республики Башкортостан, не первый раз становится собеседником редакции. Как и всегда, наше общение вышло содержательным, охватившим практически все аспекты современного правосудия. Земфира Узбековна — опытный руководитель, который успевает всё: и совмещать традиционные подходы в организации работы с элементами новых технологий, и

поддерживать глубокие нравственные и этические начала в формировании судейского корпуса Республики, и развивать применение коммуникативных технологий в судопроизводстве, делая судебную власть по-настоящему открытой для общества. Среди прочих вопросов мы обсудили и особенности работы в непростых условиях пандемии — надеемся, что эта часть интервью будет интересной читателям-судьям, которые на протяжении года искали свои пути организации судопроизводства в нестандартных условиях.

Земфира Узековна, повлияла ли пандемия коронавируса на поведение и правовое сознание граждан, обращающихся в суд?

Безусловно повлияла, иначе и быть не могло. Она пришла, что называется, «без предупреждения», вынудила людей радикально менять свою жизнь, работу, привычки, подстраивая их под новые реалии, и стала серьезным вызовом со всеми вытекающими из этого неблагоприятными последствиями и для общества, и для всех ветвей власти России.

Тем не менее суды, и наш в том числе, продолжали работать. Приостановить работу суда хоть на один миг? Это невозможно и недопустимо ни в какой ситуации, даже во времена пандемии. Мы сумели адекватно перестроить свою деятельность, определить порядок работы в новых реалиях в соответствии с рекомендациями, сформулированными в постановлениях Президиума Верховного Суда Российской Федерации и Президиума Совета судей Российской Федерации от 18 марта и от 8 апреля 2020 года.

Организации работы судов в период действия ограничений, вызванных распространением инфекции, было уделено много внимания на прошедшем в декабре заседании Совета судей Российской Федерации. В частности, Председатель Верховного Суда Российской Федерации В.М. Лебедев подчеркнул, что российская судебная система достаточно успешно решила проблемы, с которыми ей пришлось столкнуться при выполнении этой задачи, сохранила баланс между доступом к правосудию и обеспечением безопасности жизни и здоровья граждан, вовлеченных в орбиту судопроизводства в эти месяцы.

Если же говорить о влиянии пандемии непосредственно на правосознание граждан, то этот вопрос оказался не только актуальным, но и очень острым и неоднозначным, поскольку коронавирус изменил представления людей о нормах поведения в публичном пространстве. Болезнь перестала быть личным делом. Ношение маски и перчаток, в свою очередь, стало не только санитарным, но и общественным предписанием. Не всем оно понравилось, хотя изначально как раз и было рассчитано на социальную ответственность.

Однако правосознание некоторых наших граждан таково, что они демонстративно пренебрегали профилактикой, нарушали режим самоизоляции. Соответственно, мягкие меры, направленные на сдерживание роста распространения эпидемии, не принесли никакого результата, количество инфицированных росло. Поэтому постепенно пришлось прибегнуть к инструментам принуждения — штрафам и уголовной ответственности.

Так, суды Башкирии с начала пандемии вынесли более 33 тыс. постановлений о назначении административного наказания нарушителям режима повышенной готовности. Порядка 18,4 тыс. человек отделались предупреждениями, еще 12,2 тыс. получили штрафы на общую сумму почти 17,5 млн руб. В Верховный Суд Республики были обжалованы всего 0,3% постановлений, оставлены в силе более половины.

По статье 6.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, связанной с обеспечением безопасности в период пандемии, в регионе рассмотрено 145 дел, в 110 случаях назначены штрафы на 3,3 млн руб., 14 дел прекращено.

Крупные штрафы в сумме 200 тыс. руб. выписаны за нарушения, повлекшие вспышку коронавируса на двух предприятиях Республики; кроме того, штраф на 100 тыс. руб. выписан уфимской больнице.

Невысокий процент обжалованных постановлений показывает, что граждане на самом деле понимают: безответственное поведение в условиях пандемии наказывается по закону строго.

В настоящее время эпидемиологическая обстановка в Башкирии остается напряженной, поэтому сохраняется строгий масочный режим. Суды Республики продолжают работу со строгим соблюдением всех установленных Роспотребнадзором правил. Например, в зданиях судов допускаются только участники судопроизводства (и обязательно в средствах индивидуальной защиты), документы принимаются онлайн или по почте, широко используется система видео-конференц-связи (ВКС). При этом доступ судебных журналистов, согласующих свою работу через объединенную пресс-службу судов, не ограничен.

Как Вы думаете, станет ли пандемия стимулом для развития электронного правосудия, автоматизации процессов судопроизводства или даже передачи разрешения части дел искусственному интеллекту?

Начну с того, что развитие электронного правосудия давно является одной из приоритетных задач судебной системы Российской Федерации, поэтому организация судебной деятельности со временем будет становиться все более технологичной.

Уже сейчас участникам судебного процесса доступны возможности, которые еще два десятилетия назад казались фантастикой. Активно работают сайты судов, все судебные акты публикуются в сети Интернет. Исковые заявления и иные документы можно подать в суд в электронном виде, используется система ВКС, ведется аудиопrotocol судебного заседания, запись которого приобщается к материалам дела на диске, работают модули электронного распределения дел, автоматизирован и ряд других процессов как в Верховном Суде Республики, так и в судах районного звена, у мировых судей.

Все это направлено на обеспечение принципов открытости и доступности судопроизводства, формирование единой судебной практики и, как следствие, на повышение эффективности и качества правосудия в целом.

Конечно, пандемия некоторым образом активизировала использование потенциала электронного правосудия, показала необходимость большей цифровизации судебных процессов и эффективность применения ВКС при рассмотрении ряда безотлагательных гражданских дел как в период жестких ограничений, так и после их снятия. Что же касается уголовного судопроизводства, то нельзя сказать, что именно пандемия обеспечила широкое использование в нем электронных средств.

Видео-конференц-связь уже более 20 лет является основной формой участия лиц, содержащихся под стражей, в судебном процессе на уровне проверочных инстанций. На нее изначально возлагались надежды как на способ обеспечения таким лицам доступа к правосудию, и ее применение за эти годы значительно расшири-

лось. Судебные заседания стали проводиться с использованием многоточечной ВКС — с одновременным подключением учреждений ФСИН России, где находится осужденный, и районных судов, силами которых обеспечивается участие в судебном заседании потерпевших и адвокатов. ВКС, в том числе многоточечную, сейчас стали применять и судьи-цивилисты.

В случае невозможности явки участников процесса из-за их территориальной удаленности от суда суды первой инстанции обеспечивали их участие в судебном заседании через ВКС. Такой подход, конечно же, способствовал своевременному и качественному рассмотрению дел.

Верховным Судом Республики Башкортостан с начала 2020 года по настоящее время рассмотрено 23 832 дела, из них 2440 в режиме ВКС, проведено несколько судебных заседаний с использованием многоточечной ВКС по гражданским делам. Каждый раз при организации сеанса учитывалась территориальная удаленность участников процесса, количество рассматриваемых дел разными судами, разница во времени абонентов, находящихся в разных часовых поясах.

Кроме того, Верховный Суд Республики обеспечивает техническую возможность проведения в режиме ВКС судебных заседаний по поручениям кассационных и апелляционных судов, областных, городских и равных им судов. Так, с января по ноябрь 2020 года было проведено 78 таких заседаний. Посредством ВКС судьи принимали участие в совещаниях, проводимых Верховным Судом Российской Федерации, семинарах с судьями Республики.

В этом году появилась возможность общения и обмена информацией в мессенджере WhatsApp. С марта действует телеграм-канал Объединенной пресс-службы судов Республики Башкортостан, где публикуются пресс-релизы по наиболее значимым делам, рассматриваемым во всех судах Республики. Сейчас у него более 680 подписчиков. Некоторые суды региона пошли еще дальше и создали свои официальные страницы в сети «Инстаграм». Это обеспечивает высокую коммуникативную мобильность, которая в современных условиях становится приоритетом для судов, поскольку в обществе сформировался запрос на скорость предоставления и понятность информации.

Участникам споров доступен (и пользуется популярностью) интернет-сервис подачи исковых заявлений и жалоб в электронном виде. По данным ГАС «Правосудие», из 42 268 обращений процессуального характера, поступивших в Верховный Суд Республики Башкортостан по состоянию на 13 ноября 2020 года, 12 030 поступило в электронном виде (для сравнения: за весь 2019 год поступило 8896 электронных обращений).

Другой очень удобный формат участия сторон в судебном заседании — веб-конференция, но в нашей практике рассмотрения судебных дел он пока не применяется. Не столько из-за проблем технического плана, которые пока тоже сохраняются, сколько из-за отсутствия законодательного регулирования этого режима.

Впрочем, как сказал на декабрьском заседании Совета судей В.М. Лебедев, «с участием Верховного Суда ведется подготовка законодательных изменений, предусматривающих применение в судах системы веб-конференции, которая позволяет гражданам участвовать в судебных заседаниях с использованием личного компьютера».

Такое нововведение, если оно будет закреплено законодательно, существенно разгрузит суды и позволит участникам процесса реализовывать право на защиту, а судам — не затягивать рассмотрение дел.

Вне всяких сомнений, за этим форматом будущее. И хотя у нас нет практики использования веб-конференции в судебной деятельности, мы применяем ее в рамках опытной эксплуатации системы «Судебный портал». Посредством веб-конференции уже успешно проведены аттестация государственных гражданских служащих, два конкурса на замещение вакантных должностей в суде. В том же формате по программе повышения квалификации в Российском государственном университете правосудия обучаются судьи и сотрудники аппарата Верховного Суда Республики и районных судов.

Но мы все же надеемся, что дистанционное обучение продиктовано ситуацией пандемии и не станет единственным вариантом образования. По отзывам судей, заниматься удаленно можно, это даже продуктивно, но им все равно не хватает живого личного общения с коллегами, лекций преподавателей в аудитории,

чувства сопричастности к судейскому сообществу и позитивных эмоций от учебы и общения в стенах университета очно.

Что же касается направлений развития электронного правосудия, то, на мой взгляд, требуется возможность дистанционного ознакомления с материалами судебных дел, особенно уголовных, в судах общей юрисдикции, перевод судебных архивов в цифровой вид. Очень злободневные и значимые для нас вопросы.

Ни один офлайн-архив не может обеспечить тех возможностей, которые предоставляет система электронного архивирования судебных дел. Ознакомление с судебными делами в электронном виде позволит улучшить качество судебных решений, значительно сократить сроки рассмотрения судебных дел, исключить случаи потери документов, существенно ускорить направление дел в проверочные инстанции. В самом архиве искусственный интеллект сможет рассортировать дела по хронологии, быстро отыскать истребованное дело и т.д.

Будут востребованы и перевод на бумажный носитель записи хода судебного заседания с аудиопrotocola, видеопrotocola и многие другие средства электронного правосудия, позволяющие уменьшить безумный бумажный документооборот.

В то же время надо понимать, что не у всех граждан, обращающихся в суды, есть возможность пользоваться современными электронными средствами, поэтому онлайн-сервисы не смогут полностью вытеснить традиционные способы документооборота. Более того, важно не допустить такого вытеснения, чтобы тем самым не допустить нарушения конституционного права граждан на судебную защиту.

К примеру, на территории нашей Республики есть немало отдаленных населенных пунктов, где просто в силу географического положения нет доступа к Интернету, зато есть сложности с мобильной связью. Нельзя сбрасывать со счетов и уклад жизни, менталитет, возраст, привычки людей.

Так, весной 2020 года, за время жестких ограничений, у нас накопился вал гражданских дел, и мы, желая рассмотреть их оперативно, рассказывали сторонам о возможности участия в апелляционном рассмотрении посредством ВКС. Разъясняли преимущества такого

варианта для сохранения здоровья, экономии времени и средств. Согласились на этот формат единицы. Большинство категорично настаивали на личном участии и присутствии непосредственно в зале судебного заседания. Поэтому в условиях ограничений рассмотрение их дел пришлось отложить.

Конечно, со временем технические проблемы будут разрешены и прежнего недоверия к рассмотрению дел онлайн уже не будет. Но традиционный судебный процесс и документооборот сохранятся.

Ну а внедрение искусственного интеллекта в судопроизводство сейчас вообще является одним из актуальных и очень дискуссионных вопросов. С одной стороны, все упомянутые мной элементы электронного правосудия — это и есть искусственный интеллект. С другой стороны, существует еще немало возможностей и направлений использования искусственного интеллекта в судебном делопроизводстве.

Основной интерес, видимо, вызывает вопрос о замене судьи роботом. Не углубляясь в дискуссию, я могу только согласиться с председателем Совета судей РФ В.В. Момотовым в том, что «говорить о замене судьи искусственным интеллектом как минимум преждевременно, а скорее всего, невозможно». Применение машинного алгоритма мыслимо при рассмотрении бесспорных требований, когда работа судьи не связана с анализом правоотношений сторон и носит технический характер. Но и в этом случае окончательную оценку должен давать человек. То есть живой судья в классическом судебном процессе будет всегда востребован.

Как меняется статус судьи в современном обществе? Вы отмечаете какие-нибудь положительные или, наоборот, отрицательные тенденции в этом отношении?

Одна из ключевых положительных тенденций в развитии статуса судьи — это повышение требований к профессионализму судейского корпуса и к нравственным началам судейской профессии. Именно от личных качеств судей, их независимого поведения, нравственности и беспристрастности при отправлении правосудия зависят эффективность и авторитет судебной власти.

Жесткие требования закона и общества делают процесс отбора претендентов на должности судей весьма непростым. И планка эта не то что не понижается, но, напротив, с каждым годом становится все более высокой, что в полной мере оправданно.

Не каждый претендент на должность судьи способен достойно пройти все проверочные мероприятия и получить рекомендацию к назначению. Ситуация осложняется тем, что с момента подачи заявления о рекомендации и до принятия решения об отклонении кандидатуры проходит довольно много времени, в течение которого остаются вакантными должности председателей судов, судей.

Учитывая значительное количество вакансий и число отклоненных кандидатур на должности судей и руководителей судов по Республике, мы проанализировали причины таких отклонений и поняли, что оценку профессиональных и нравственных качеств человека нужно начинать еще на стадии подбора и изучения кандидатов на судебную должность.

Для этого была создана комиссия по резерву кадров, в которую претенденты направляют анкеты и заявления на замещение возможных вакантных должностей в судах общей юрисдикции и мировых судей. Далее формируются списки заявителей, которые обсуждаются на заседании комиссии. В частности, проверяется правильность заполнения анкет, изучаются данные о самих кандидатах. В необходимых случаях кандидат приглашается для беседы. При наличии вакансии кандидат из списка участвует в конкурсе.

Целенаправленное формирование резерва кадров дало нам возможность заполнить в 2020 году 30 вакансий. Ни один из представленных нами кандидатов на судейские должности не был отклонен Президентом.

Профессиональная подготовленность кандидатов, как правило, видна из наличия юридического стажа, оценки, полученной на экзамене на должность судьи. При этом мы видим, что при подготовке кандидатов в судьи крайне мало внимания уделяется нравственным началам профессии.

Например, при приеме документов на конкурс квалификационная коллегия

судей запрашивает у кандидатов сведения о родственниках, свойственниках, их имуществе. Некоторым нашим претендентам такие запросы представляются завышенными, хотя они в полной мере соответствуют требованиям, предъявляемым к судьям. Не всегда у претендентов есть понимание, что объектом постоянного внимания и обсуждения со стороны общественности являются не только действия и решения судьи, но и вся его жизнь. Поэтому будущий судья должен четко знать пределы дозволенного и недозволенного — как в профессиональной деятельности, так и в частной жизни.

Наш опыт работы с претендентами на судейские должности показывает, что подготовка к участию в конкурсе на должность судьи должна включать в себя глубокое изучение Кодекса судейской этики. Бангалорские принципы поведения судей, например, содержат базовое положение, в соответствии с которым соблюдение этических норм является неотъемлемой частью деятельности судей. При этом практически никто из претендентов о существовании этих Принципов не знает.

Так что следует обсудить возможность включения в экзаменационные билеты вопросов по Кодексу судейской этики и Бангалорским принципам.

Как Вы относитесь к личному присутствию судей в соцсетях?

На мой взгляд, поведение судьи в соцсетях — полностью этическая проблема, которая регулируется Кодексом судейской этики. Игнорирование его норм при общении на электронных площадках может нанести вред не только репутации самого судьи, но и авторитету суда, что недопустимо. Эти правила касаются и близких родственников судей.

К тому же соцсети не единственный способ общения с друзьями и близкими, участия в общественной жизни. Снова вернусь к Бангалорским принципам: одно из их положений говорит об ограничениях (касающихся как профессиональной деятельности, так и частной жизни), которые судья принимает на себя «добровольно и охотно», хотя для других членов общества это оказалось бы очень обременительным.

В практике квалификационной коллегии судей Республики имеется случай, когда судья был привлечен к дисциплинарной ответственности за недостойное поведение, запечатленное на видео и распространенное в сети WhatsApp.

Какие традиции «включения» вновь назначенных судей в работу существуют в судах Республики?

Прежде всего, вновь назначаемые судьи обязательно проходят обучение в Российском государственном университете правосудия и стажировку в Верховном Суде Республики, в ходе которой изучают судебную практику, присутствуют на процессах и получают возможность обсудить возникающие у них вопросы с судьями Верховного Суда.

Более опытные судьи обычно помогают молодым коллегам с применением теоретических знаний на практике, овладением техникой ведения судебных процессов, составлением процессуальных документов. За районными судами закреплены зональные судьи из числа судей Верховного Суда Республики, которые находятся на постоянной связи с соответствующим судом и, по мере необходимости, оказывают ему методическую помощь.

Для судей-криминалистов в Верховном Суде Республики организуются игровые судебные заседания с присяжными заседателями. Кроме того, мы проводим семинарские занятия с судьями всех специализаций, задействуя для этого формат ВКС, а теперь и веб-конференций.

И главное: мы постоянно напоминаем судьям о том, что, несмотря на плановые учебные мероприятия, каждый судья должен регулярно самостоятельно повышать свой профессиональный уровень, читать научную литературу, изучать судебную практику. Благо возможностей для этого много. Например, подписка на журналы судейского сообщества, отслеживание событий в жизни судей России, новелл в практике и многих других правовых тем тоже могут служить показателем профессионализма судьи, его уважения к своему высокому статусу, интереса к делу, которым он занимается. И это в полной мере соотносится с положениями Кодекса судейской этики.

Спасибо большое за интервью! □

Получение согласия на обработку персональных данных в условиях цифровой экономики



Людмила Константиновна Терещенко

Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, заместитель заведующего отделом административного законодательства и процесса, доктор юридических наук, заслуженный юрист Российской Федерации
г. Москва, Россия

Аннотация. В статье анализируются возникающие на практике вопросы применения законодательства о персональных данных в условиях цифровой экономики. Автор отмечает проблемы, связанные с применением современных информационных технологий при обработке персональных данных. Показаны различные варианты получения согласия на обработку персональных данных, в том числе дистанционно, спорные вопросы правоприменения и т.д.

Ключевые слова: персональные данные, обработка, цифровая среда, цели обработки, получение согласия

Obtaining consent for processing personal data in digital economy

Ludmila Konstantinovna Tereshchenko, Institute of legislation and comparative law under the Government of the Russian Federation Deputy Head of the Administrative Legislation and Procedure Department, Doctor of Laws, lawyer emeritus of the Russian Federation, Moscow, Russia

Annotation. The article analyzes practical issues of the application of the personal data legislation in digital economy. The author points out at the problems related to the application of modern information technologies when processing personal data. The article shows different ways of obtaining consent for processing personal data, including obtaining consent at distance, discusses controversial issues of the application of law, etc.

Keywords: personal data, processing, digital environment, purposes of processing, obtaining consent

Законность обработки персональных данных — одно из ключевых условий защиты прав граждан в цифровой среде. Действующий Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных»¹ (далее — Закон № 152-ФЗ), основные позиции которого согласованы с Конвенцией Совета Европы «О защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных» (заключена в Страсбурге 28 января 1981 г.)², составил правовую основу законодательства о персональных данных. Однако по мере развития общественных отношений, появления и использования новых информационных технологий возникают вопросы, которые отсутствовали на момент его принятия, правоприменительная практика выявляет пробелы и неопределенности, требующие поиска оптимальных решений. Значительная часть вопросов связана с применением новых информационных технологий, переходом на электронное взаимодействие, электронное оказание государственных и муниципальных услуг, электронное совершение сделок, размещение информации (в том числе персональных данных) в сети Интернет.

Самый первый вопрос: какие сведения относятся к персональным данным? В первоначальной редакции Закона № 152-ФЗ (п. 1 ст. 3) персональные данные трактовались как «любая информация, относящаяся к определенному или определяемому на основании такой информации физическому лицу (субъекту персональных данных), в том числе его фамилия, имя, отчество, год, месяц, дата и место рождения, адрес, семейное, социальное, имущественное положение, образование, профессия, доходы, другая информация». Впоследствии (2011 г.) дефиниция была изменена, приближена к определению, приведенному в упомянутой выше Конвенции, а перечень исключен.

Существенного значения исключение перечня не имело, поскольку он был открытым, что давало возможность рассматривать и другие, не перечисленные в нем сведения в качестве персональных данных. Это изменение законодательства важно иметь в виду, поскольку в настоящее время представителями

крупного бизнеса в рамках развития цифровой экономики активно проводится мысль о необходимости установления исчерпывающего перечня данных, которые относятся к персональным. В качестве аргумента указывается, что отсутствие конкретного перечня персональных данных в Законе № 152-ФЗ вызывает определенные сложности, поскольку к ним может быть отнесена практически любая информация.

Представляется, что такой подход отрицательно отразится на защите персональных данных, поскольку в различных ситуациях совокупность известных персональных данных может быть различна. И даже те данные, которые, безусловно, являются персональными (например, фамилия, имя, отчество), во многих случаях без дополнительной информации не могут идентифицировать лицо. Например, такие данные, как «Иванов Иван Иванович» не позволят нам определить человека без дополнительных сведений. Мировая практика свидетельствует, что основным критерием отнесения данных к персональным является возможность сопоставить их с конкретным лицом и определить их принадлежность ему.

Постепенно судебная практика вырабатывает единые подходы к типичным случаям. Одним из самых распространенных среди них является вывешивание списков должников по коммунальным услугам на подъездах домов или в садоводческих товариществах. Чаще всего, если указан только адрес или номер участка, это не рассматривается как персональные данные.

Одна из серьезных проблем в части соблюдения требований законодательства о персональных данных в условиях цифровизации — это получение согласия на обработку от субъекта персональных данных. Получение согласия в письменной форме дистанционно может быть связано с несоразмерными затратами или может оказаться вообще невозможным. Кроме того, далеко не всегда можно определить, достаточно ли тех действий, которые совершает субъект персональных данных, выражая свое согласие (например, достаточно ли нажать клавишу на компьютере, чтобы это рассматривалось как письменное согласие). Существующая правоприменительная практика не дает однозначного ответа на этот вопрос.

¹ СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3451.

² СЗ РФ. 2014. № 5. Ст. 419.

менительная практика в данном случае весьма противоречива. Так, например, при покупке товаров в интернет-магазине согласие на обработку персональных данных может быть получено посредством проставления галочки пользователем в соответствующей веб-форме. Однако в случае обработки биометрических и специальных категорий персональных данных, а также при передаче на территорию государства, не обеспечивающего адекватную защиту персональных данных, согласие должно быть оформлено в письменной форме³.

По мнению Роскомнадзора⁴, получение согласия на обработку персональных данных по телефону, посредством СМС-сообщений действующим законодательством Российской Федерации не установлено. Соответственно, СМС-сообщение не будет являться доказательством получения согласия.

Тесно связана с предыдущим вопросом проблема доказательства получения согласия на обработку персональных данных при покупке товаров в интернет-магазинах. В условиях, когда интернет-торговля активно развивается, ее решение становится весьма актуальным, при этом важно, чтобы оно не создавало барьеры для электронной коммерции.

В своем ответе Роскомнадзор сообщил, что в случае заполнения «веб-формы заявки на покупку товара на сайте интернет-магазина в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» критерием, свидетельствующим о получении оператором согласия субъекта персональных данных на обработку его персональных данных, является файл электронной цифровой подписи»⁵. Учитывая тот факт, что электронная цифровая подпись действующим законодательством не предусмотрена, речь идет об усиленной квалифицированной

подписи, которая имеется у очень малого числа нашего населения. Соответственно, лишь немногие граждане могут воспользоваться этим советом. В связи с этим более привлекательна другая рекомендация Роскомнадзора, которая сводится к следующему.

Если предложение оператора о продаже товара может рассматриваться как публичная оферта, то субъект персональных данных, акцептируя оферту, осуществляет конклюдентные действия, выражающие его волю и согласие на обработку его персональных данных, предоставленных при заполнении заявки на покупку товаров.

Представляется, что вопросы о допустимых дистанционных способах выражения согласия субъектом персональных данных и о требованиях к дистанционному согласию на обработку персональных данных нуждаются в законодательном решении. В частности, предлагается законодательно допустить возможность предоставления согласия в конклюдентной форме при условии предварительного информирования субъекта персональных данных о целях и условиях обработки.

Неоднозначны позиции и в вопросе необходимости получения согласия на обработку персональных данных, когда они являются общедоступными. Такие ситуации возникают достаточно часто, особенно в связи с размещением данных в социальных сетях. Согласно статье 6 Закона № 152-ФЗ разрешается обработка общедоступных персональных данных без согласия их субъекта. Обязательное условие при этом — доступ неограниченного круга лиц к этим данным предоставлен либо самим субъектом персональных данных, либо по его просьбе.

В соответствии с разъяснениями Роскомнадзора общедоступными персональными данными являются, в частности, сведения, размещенные пользователем на специализированных ресурсах по поиску работы. Такие сведения могут обрабатываться без получения согласия субъекта персональных данных⁶. Кроме

³ См.: Информация Роскомнадзора «О получении согласия на обработку персональных данных при покупке товаров в интернет-магазинах» // Документ опубликован не был. Источник — «СПС Консультант-Плюс».

⁴ См.: Информация Роскомнадзора «Ответы на вопросы в сфере защиты прав субъектов персональных данных» // <https://rkn.gov.ru/treatments/p459/p468/>

⁵ Там же.

⁶ См.: Разъяснения Роскомнадзора «Вопросы, касающиеся обработки персональных данных работников, соискателей на замещение вакантных должностей, а также лиц, находящихся в кадровом резерве» // <https://rkn.gov.ru/news/rsoc/news1787/>

цели обработки

получения согласия

конклюдентная форма

того, законодатель установил случаи, когда в отношении определенных категорий учреждений предусмотрено требование о размещении на своем сайте персональных данных работников. Сказанное относится, в частности, к медицинским и образовательным учреждениям. Например, в силу Постановления Правительства Российской Федерации от 10 июля 2013 г. № 582 (в ред. от 11 июля 2020 г.) «Об утверждении Правил размещения на официальном сайте образовательной организации в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» и обновления информации об образовательной организации»⁷ в целях обеспечения открытости и доступности информации об образовательной организации последняя размещает на своем официальном сайте в том числе персональные данные сотрудников. Обязательными к размещению являются фамилии, имена, отчества и должности руководителя образовательной организации, его заместителей, руководителей филиалов (при их наличии), руководителей структурных подразделений; персональный состав педагогических работников с указанием уровня образования, квалификации и опыта работы, куда относятся, в частности, преподаваемые дисциплины; ученая степень, ученое звание, данные о повышении квалификации и профессиональной переподготовке и др.

Аналогичные требования установлены Федеральным законом от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ (в ред. от 31 июля 2020 г.) «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»: его статьей 79 установлено, что медицинская организация обязана среди прочего «информировать граждан в доступной форме, в том числе с использованием сети «Интернет», об осуществляемой медицинской деятельности и о медицинских работниках медицинских организаций, об уровне их образования и об их квалификации, а также предоставлять иную определяемую уполномоченным федеральным органом исполнительной власти необходимую для проведения независимой оценки качества условий оказания услуг медицинскими организациями информацию»⁸.

⁷ СЗ РФ. 2013. № 29. Ст. 3964.

⁸ СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

Таким образом, установленные законодателем персональные данные в конкретной сфере являются общедоступными, этот правовой режим не может быть изменен по желанию субъекта персональных данных либо руководителей соответствующего учреждения, гарантируя тем самым возможность осознанного выбора исполнителя социально значимых услуг.

Вместе с тем нередки случаи, когда субъект персональных данных в судебном порядке требует удаления этих сведений. Как правило, речь идет об удалении негативной общедоступной информации, которая может касаться не только преподавателей и медиков, но и людей других публичных профессий, например адвокатов. Так, в одном деле



Основным критерием отнесения данных к персональным является возможность сопоставить их с конкретным лицом и определить их принадлежность ему

информация в отношении истца была признана общедоступной, поскольку была размещена на официальном сайте коллегии адвокатов г. Москвы «Военная коллегия адвокатов»⁹. Судом, в частности, было учтено, что доступ неограниченного круга лиц к своим персональным данным был предоставлен самим субъектом этих данных.

Следует отметить, что существует прямо противоположная позиция, согласно которой обработка общедоступных персональных данных также должна проводиться с условием получения согласия их субъекта. 17 ноября 2020 г. в Государственную Думу депутатом А.В. Горелкиным был внесен законопроект, запрещающий компаниям использовать общедоступные персональные данные без согласия их владельца, а также

⁹ Определение Московского городского суда от 26.09.2016 г. № 4г-11364/2016 «Об отказе в передаче кассационной жалобы на судебные акты по делу по иску о защите деловой репутации, прав субъекта персональных данных, компенсации морального вреда для рассмотрения в судебном заседании суда кассационной инстанции» // Документ опубликован не был. Источник — СПС «КонсультантПлюс».

предоставляющий гражданам право требовать от оператора их удаления.

В соответствии с законопроектом согласие субъекта персональных данных выступает в качестве исключительного правового основания на обработку персональных данных, сделанных общедоступными; оно в обязательном порядке должно включать в себя перечень интернет-ресурсов оператора, на которых планируется размещать общедоступные персональные данные¹⁰. Представляется, что предлагаемый подход, с одной стороны, обеспечит единообразие в понимании статуса общедоступных персональных данных, но, с другой стороны, создаст реальные трудности и непредсказуемость в отношениях.

В отношении получения согласия на обработку персональных данных существуют и другие нерешенные вопросы, в частности если субъект этих данных желает получить услугу, но отказывается при этом дать согласие на их обработку. Возможно ли в таком случае оказание услуги? При этом необходимо иметь в виду, что позиция Роскомнадзора заключается в том, что недопустимо рассматривать подпись, фамилию, имя и отчество в договоре в качестве надлежащего согласия на обработку персональных данных в целях Закона № 152-ФЗ.

Одним из вариантов приведенной ситуации являются случаи, когда субъект лишен возможности отказать в даче согласия на обработку персональных данных, если ему необходимо получить конкретную услугу, например заключить договор на обучение детей в учебном заведении либо договор страхования. В основном в судебной практике преобладает позиция, согласно которой отказ гражданина-потребителя от обработки его персональных данных делает невозможным заключение с ним договора (с учетом сущности договора).

Также при даче согласия возникает вопрос о том, кто должен давать согласие на обработку персональных данных, если субъект персональных данных — несовершеннолетний. Законом

№ 152-ФЗ установлено, что согласие на обработку персональных данных может быть дано субъектом персональных данных или его представителем (ч. 1 ст. 9). В случае недееспособности субъекта персональных данных согласие на их обработку дает законный представитель. Применительно к биометрическим персональным данным (ст. 11 Закона № 152-ФЗ) установлены повышенные требования на их обработку и получение согласия, которое должно быть дано субъектом персональных данных обязательно в письменной форме. Как видим, различие между нормами небольшое, но в отношении законных представителей ничего не сказано, что послужило причиной ряда крупных споров.

Один из них касается проекта «Ладошки», направленного на организацию безналичной оплаты питания в школах и автоматизированной системы контроля посещаемости школьниками соответствующих образовательных организаций и предполагающего идентификацию школьника по рисунку вен его ладони. По мнению Роскомнадзора, отпечатки ладоней рук являются дактилоскопической информацией, обработка которой может осуществляться только в случаях, установленных Федеральным законом от 25 июля 1998 г. № 128-ФЗ «О государственной дактилоскопической регистрации в Российской Федерации»¹¹. Дактилоскопическая регистрация учащихся в целях организации питания и учета безналичных расчетов законодательством не предусмотрена. Кроме того, Роскомнадзор полагает, что обработка биометрических персональных данных допускается только с согласия самого субъекта персональных данных, поскольку в части 1 ст. 9 отсутствует указание на возможность получения согласия на обработку биометрических персональных данных от представителя их субъекта.

Не останавливаясь на ошибочном представлении о дактилоскопической информации (в проекте «Ладошки» применяется технология *PalmSecure*, не связанная с дактилоскопией), обратимся к вопросу о законных представителях несовершеннолетнего. Для реализации и защиты прав лиц, не достигших возраста 18 лет (несовершеннолетних)

¹⁰ См.: законопроект № 1057337-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «О персональных данных» в части установления особенностей обработки общедоступных персональных данных» // <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1057337-7>

¹¹ Российская газета. 1 августа 1998 г.

а также граждан, признанных в установленном законом порядке недееспособными (ст. 29 Гражданского кодекса Российской Федерации), применяется институт законного представительства, урегулированный в Гражданском кодексе Российской Федерации¹², Семейном кодексе Российской Федерации¹³ (далее – СК РФ) и Федеральном законе от 24 апреля 2008 г. № 48-ФЗ «Об опеке и попечительстве»¹⁴ (далее – Закон об опеке и попечительстве).

В соответствии с пунктом 1 ст. 56 СК РФ защита прав и законных интересов ребенка осуществляется его родителями (к которым на основании пункта 1 ст. 137 СК РФ в личных неимущественных и имущественных правах и обязанностях приравнены его усыновители) или лицами, их заменяющими. Под последними понимаются опекуны и попечители несовершеннолетнего, а также организация для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, в которую ребенок, оставшийся без попечения родителей, помещен под надзор (ч. 2 ст. 1 Закона об опеке и попечительстве, п. 2 ст. 155² СК РФ). Перечисленные лица являются законными представителями ребенка во всех правоотношениях с его участием без какого-либо дополнительного указания.

Институт законного представительства используется в механизме реализации и защиты прав несовершеннолетних и признанных в установленном порядке недееспособными субъектов права независимо от круга общественных отношений, в которых они участвуют. Законодатель практически исключает ситуации, при которых несовершеннолетний или недееспособный может оказаться без законного представителя. Следовательно, согласие субъекта персональных данных на их обработку в случаях его выражения в обязательной письменной форме (в том числе на обработку биометрических персональных данных в соответствии с ч. 1 ст. 11 Закона № 152-ФЗ) может быть выражено представителем.

Споры, связанные с получением согласия несовершеннолетних на об-

работку их персональных данных, не единичны¹⁵ и обусловлены главным образом указанным ранее различием норм двух статей и прочтением одной статьи без взаимосвязи с другой.

Рассмотренные проблемы правоприменения законодательства о персональных данных связаны в основном с получением согласия на их обработку. Однако это далеко не все. Возникающих вопросов намного больше, некоторые из них пока отсутствуют в практике, но совершенно очевидно, что в ближайшее время их предстоит решать. В первую очередь речь идет об использовании технологий, которые уже есть и применяются, но не встроены в правовое поле: большие данные, Интернет вещей и др. Они в значительной степени связаны с персональными данными и могут принести неоценимые преимущества, обеспечить необходимой информацией, но их использование нуждается в правовых рамках.

Имеющийся опыт других стран по применению технологии больших данных, в частности в правовой сфере, включая судебную, поможет проанализировать новую реальность, которую несет эта технология для персональных данных, для юридической деятельности, для судебного сообщества. Уже сейчас технология больших данных помогает юридическим фирмам анализировать споры, с большой вероятностью предположить исход дела или выбрать правильную стратегию действий в суде. Удивительно, но большие данные позволяют спрогнозировать решения Верховного суда США с точностью до 70%, они же позволяют определить, какие аргументы работают для большинства, а что имеет значение для конкретного судьи. Такую специфику больших данных желательно учитывать еще до того, как она активно проявит себя в юридической сфере¹⁶.

¹⁵ См., напр.: постановление Седьмого кассационного суда общей юрисдикции от 24 июля 2020 г. № 16-2185/2020 // Документ опубликован не был. Источник – СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ Подробнее см.: Юриспруденция и начала анализа: как юристы используют технологии Big Data // <https://pravo.ru/story/view/132809/>

¹² Российская газета. 8 декабря 1994 г.

¹³ Российская газета. 21 января 1996 г.

¹⁴ Российская газета. 30 апреля 2008 г.

Отдельные случаи обработки персональных данных третьими лицами



Елена Владимировна Михалеви
Коллегия адвокатов города Москвы
«Барщевский и Партнеры»,
адвокат, управляющий партнер
г. Москва, Россия

Аннотация. В статье рассматривается вопрос об обработке персональных данных третьими лицами. На основании анализа законодательства и судебной практики автор исследует отдельные случаи, когда обработка персональных данных третьими лицами осуществляется без согласия субъекта этих данных, когда обработка осуществляется с его согласия и требования к такому согласию, а также отдельные вопросы обработки персональных данных при осуществлении профессиональной деятельности журналиста и адвоката.

Ключевые слова: персональные данные, согласие на обработку персональных данных, третьи лица, обработка персональных данных

Specific instances of processing personal data by third persons

Elena Vladimirovna Mikhalevich, Moscow Bar Association "Barshchevsky & Partners", Lawyer, Managing Partner, Moscow, Russia

Annotation. The article studies the issues of processing personal data by third persons. On the basis of an analysis of the legislation and judicial practice the author studies specific instances where personal data is processed by third persons in the absence of the consent given by a data subject, where a data subject has given his or her consent, and the requirements to such consent, as well as particular issues of personal data processing when conducting professional activities of a journalist or of a lawyer.

Keywords: personal data, consent for processing personal data, third persons, processing personal data

Как правило, персональные данные обрабатываются оператором, которым в силу пункта 2 ст. 3 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных»¹ (далее — Закон о персональных данных) может быть государственный орган, муниципальный орган, юридическое или физическое лицо, самостоятельно или совместно с другими лицами организующие и (или) осуществляющие обработку персональных данных.

При этом в соответствии со статьей 7 Закона о персональных данных операторы наряду с другими лицами, получившими доступ к персональным данным, обязаны не раскрывать третьим лицам и не распространять такие данные без согласия их субъекта, если иное не предусмотрено федеральным законом.

Обработка персональных данных третьими лицами без согласия субъекта персональных данных

В ряде федеральных законов содержатся нормы, позволяющие передавать персональные данные третьим лицам, которые будут их обрабатывать, без согласия их обладателей. Например, Федеральный закон от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи»² предусматривает возможность оператору связи поручить обработку персональных данных абонента-гражданина третьему лицу для оказания услуг связи без согласия такого абонента (ст. 53).

Тем не менее в иных случаях такая передача будет являться нарушением. Так, обеспечение доступа оператором связи к персональным данным абонентов третьему лицу с целью получения статистической информации, в частности о его поисковых запросах в сети Интернет, используемой в дальнейшем для оказания рекламных услуг, без согласия физического лица — абонента признано нарушением передачи персональных данных³.

При подаче документов в многофункциональный центр предоставления государственных и муниципальных услуг (МФЦ) для получения государственной или муниципальной услуги в соответствии с частью 4 ст. 7 Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг»⁴ обработка персональных данных всеми органами, задействованными в предоставлении такой услуги, осуществляется без согласия субъекта персональных данных. Однако эта норма не всегда правильно применяется судами. Судебная коллегия по административным делам Верховного Суда Российской Федерации⁵ при рассмотрении одного из дел указала, что суд апелляционной инстанции неправильно применил рассматриваемую норму, посчитав, что она дает возможность предоставлять персональные данные в другие органы, но не позволяет их обрабатывать органу, к которому первоначально обратились за предоставлением государственной услуги.

Отдельные органы государственной власти наделены правом получать доступ к персональным данным в целях исполнения возложенных на них функций (в частности, такое право есть у полиции, прокуратуры, Федеральной службы безопасности на основании пункта 4 ст. 13 Федерального закона от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ «О полиции»⁶, пункта 2.1 ст. 4 Федерального закона от 17 января 1992 г. № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации»⁷, пункта «м» ст. 13 Федерального закона от 3 апреля 1995 г. № 40-ФЗ «О федеральной службе безопасности»⁸).

По смыслу положений законодательства, если указанные органы обратятся к оператору с запросом предоставить персональные данные, которыми он обладает, оператор не только не должен получать согласие субъектов

¹ Российская газета. 29 июля 2006 г.

² Российская газета. 10 июля 2003 г.

³ См.: постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 1 июля 2016 г. № 13АП-10775/2016 по делу № А56-6698/2016 // Документ опубликован не был. Здесь и далее, если не указано иное, сведения о судебных актах приводятся по СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Российская газета. 30 июля 2010 г.

⁵ См.: Кассационное определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда Российской Федерации от 22 января 2020 г. № 5-КА19/56.

⁶ СЗ РФ. 2011. № 7. Ст. 900.

⁷ Российская газета. 25 ноября 1995 г.

⁸ Российская газета. 12 апреля 1995 г.

таких данных, но и не может отказать в их предоставлении (при условии получения мотивированного запроса). При этом мотивированный запрос должен включать в себя указание цели запроса, ссылку на правовые основания, в том числе подтверждающие полномочия органа, направившего запрос, а также перечень запрашиваемой информации.

В рамках трудовых отношений общие правила обработки регулируются статьей 88 Трудового кодекса Российской Федерации⁹ и пунктом 2 ч. 1 ст. 6 Закона о персональных данных. Из анализа этих норм следует, что если обработка персональных данных предусмотрена федеральным законом и необходима для реализации возложенных на оператора (работодателя) функций, полномочий и обязанностей, то получение согласия на нее не требуется, в том числе для сообщения этих данных третьей стороне без письменного согласия работника. К таким случаям можно отнести передачу персональных данных в Пенсионный фонд Российской Федерации и Фонд социального страхования Российской Федерации, предоставление сведений о работнике в налоговые органы, так как работодатели являются налоговыми агентами работников, в профсоюзные органы и др. Во всех перечисленных случаях могут быть переданы только те персональные данные, которые необходимы для исполнения возложенных функций.

Обработка сведений о состоянии здоровья, являющихся специальными персональными данными, по общему правилу запрещена. Однако в силу пункта 2.3 ч. 2 ст. 10 Закона о персональных данных работодатель вправе обрабатывать персональные данные работников, связанные с их здоровьем и медицинскими обследованиями, для которых такие осмотры обязательны (например, при приеме на работу, непосредственно связанную с движением транспортных средств, для педагогических работников, для поступающих на работу в Федеральную службу безопасности и др.). Получать согласие на обработку сведений о состоянии здоровья работодателю не требуется, поскольку она связана с возможностью выполнения

работником трудовой функции и будет осуществляться в рамках трудового законодательства¹⁰.

Вместе с тем сведения о работниках, содержащие информацию об их состоянии здоровья, не могут быть переданы профсоюзной организации, членами которой они являются, без их согласия, поскольку профессиональные союзы не относятся к получателям специальных персональных данных при отсутствии на то согласия самого работника¹¹.

Все рассмотренные выше примеры касаются ситуаций, когда ни оператор ни субъект персональных данных не могут запретить обрабатывать персональные данные этим третьим лицам в силу прямого указания в законе.

Обработка персональных данных третьими лицами с согласия их субъекта

Обработка персональных данных третьими лицами может осуществляться и на основании согласия субъекта персональных данных, которое в любой момент может быть отозвано.

В соответствии с частью 3 ст. 6 Закона о персональных данных оператор вправе поручить обработку персональных данных другому лицу с согласия их субъекта, если иное не предусмотрено федеральным законом.

На практике нередко возникают споры, имело ли место согласие субъекта персональных данных на их обработку третьим лицом.

Согласие субъекта персональных данных об их предоставлении дается свободно, своей волей и в своем интересе (ст. 9 Закона о персональных данных). При этом оно должно быть конкретным, информированным и сознательным. Не отвечает признакам конкретности, информированности и сознательности согласие на обработку персональных данных третьими лицами, выраженное в условии договора, в котором не содержится указание на конкретных лиц, т.е. нет ни наименований этих третьих лиц или ФИО, адресов

¹⁰ См.: определение Пермского краевого суда от 13 июля 2010 г. № 33-5186.

¹¹ См.: определение Свердловского областного суда от 9 ноября 2006 г. № 33-7868/2006.

⁹ Российская газета. 31 декабря 2001 г.

трудовые отношения
специальные данные
признаки конкретности

компаний, осуществляющих обработку персональных данных по поручению оператора, ни договоров и соглашений, которые уже заключены оператором с такими третьими лицами¹². При этом, на наш взгляд, правомерен вывод, что непоименованные лица, фактически становясь операторами либо лицами, получившими доступ к персональным данным, не становятся обязанными сохранять конфиденциальность таких данных.

Но встречается и противоположная точка зрения. Так, подписание анкеты заемщика, предусматривающей, что банк вправе передать и раскрыть любую содержащуюся в ней информацию агентам по взысканию просроченной задолженности, суд расценил как предоставление банку права передавать персональные данные третьим лицам¹³.

В пункте 18 Обзора судебной практики по делам, связанным с защитой прав потребителей финансовых услуг (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 27 сентября 2017 г.¹⁴), изложена позиция, что передача банком по агентскому договору другой организации персональных данных заемщика без его согласия недопустима.

В рассматриваемом деле гражданином был заключен кредитный договор с банком, в результате просрочки от заемщика стали требовать возвратить задолженность организации, специализирующейся на взыскании долгов. Согласие заемщика на предоставление его персональных данных третьим лицам отсутствовало. Верховный Суд Российской Федерации указал на неприменимость положения об обработке персональных данных в целях исполнения договора, стороной которого либо выгодоприобретателем или поручителем по которому является субъект персональных дан-

ных, а также для заключения договора по инициативе субъекта персональных данных или договора, по которому он будет являться выгодоприобретателем или поручителем (п. 5 ч. 1 ст. 6 Закона о персональных данных), поскольку агентский договор заключен между банком и организацией, специализирующейся на взыскании долгов, а гражданин его стороной не является. Более того, агентский договор не связан с реализацией оператором права на уступку прав (требований) по кредитному договору¹⁵.

Как представляется, изложенная позиция Верховного Суда Российской Федерации может применяться не только в сфере финансовых услуг, но и при иных гражданско-правовых отношениях, однако, как показывает анализ судебной практики, единообразного подхода по-прежнему не имеется.

Отдельного внимания заслуживает рассмотрение вопроса о форме выражения согласия на предоставление персональных данных третьим лицам. Например, судами неоднократно отмечалось, что наличие в кредитном договоре рядом с пунктом о согласии на обработку персональных данных третьими лицами символа «V», нанесенного типографским способом, а не собственноручно, свидетельствует об отсутствии самостоятельной воли и возможности выразить возражения относительно такого согласия¹⁶.

Обработка персональных данных третьими лицами, занимающимися отдельными видами профессиональной деятельности, — журналистами и адвокатами

В соответствии с пунктом 8 ч. 1 ст. 6 Закона о персональных данных обработка персональных данных третьим

¹² См.: постановления Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 5 апреля 2018 г. № 11АП-2549/2018 по делу № А65-35731/2017; Четвертого арбитражного апелляционного суда от 12 ноября 2018 г. № 04АП-5414/2018 по делу № А58-4864/2018; Арбитражного суда Северо-Западного округа от 26 октября 2020 г. № Ф07-8987/2020 по делу № А56-87199/2019.

¹³ См.: апелляционные определения Саратовского областного суда от 11 января 2019 г. № 33-28/2019; Нижегородского областного суда от 16 июля 2019 г. № 33-8201/2019.

¹⁴ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2017. № 10.

¹⁵ См.: Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 1 августа 2017 г. № 78-КГ17-45.

¹⁶ См.: постановления Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 20 апреля 2018 г. № Ф02-995/2018 по делу № А19-12781/2017; Арбитражного суда Поволжского округа от 24 мая 2016 г. № Ф06-8862/2016 по делу № А57-13948/2015; Четвертого арбитражного апелляционного суда от 12 ноября 2018 г. № 04АП-5414/2018 по делу № А58-4864/2018.

единообразный подход
судебная практика
передача информации

лицом, необходимая для осуществления профессиональной деятельности журналиста и (или) законной деятельности средства массовой информации, возможна при условии, что при этом не нарушаются права и законные интересы субъекта персональных данных.

В свою очередь, к обязанностям журналиста в силу пункта 5 ч. 1 ст. 49 Закона Российской Федерации от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации»¹⁷ отнесена обязанность получать согласие (за исключением случаев, когда это необходимо для защиты общественных интересов) на распространение в средстве массовой информации сведений о личной жизни гражданина от самого гражданина или его законных представителей.

Согласно пункту 25 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 15 июня 2010 г. № 16 «О практике применения судами Закона Российской Федерации «О средствах массовой информации»¹⁸ к общественным интересам следует относить не любой интерес, проявляемый аудиторией, а, например, потребность общества в обнаружении и раскрытии угрозы демократическому правовому государству и гражданскому обществу, общественной безопасности, окружающей среде.

Таким образом, если в средстве массовой информации распространяются персональные данные, то необходимо, чтобы было получено согласие на их распространение или чтобы такие сведения распространялись в целях защиты общественных интересов.

Так, в одной из газет была опубликована статья «Сотрудник ФСБ извинился перед пенсионером», в которой распространялись персональные данные гражданина С., а именно его фамилия, имя, место работы, звание. Согласия от него получено не было. Суд установил нарушение обработки персональных данных, поскольку были опубликованы сведения, позволяющие идентифицировать личность героя публикации, при этом объективных доказательств того, что у редакции газеты имелись исклю-

чительные обстоятельства для их распространения в связи с защитой общественных интересов, представлено не было¹⁹.

Адвокаты наделены правом запрашивать в органах и организациях сведения и информацию посредством адвокатских запросов (п. 1 ст. 6.1 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»²⁰ (далее – Закон об адвокатской деятельности)). Одним из оснований отказа в предоставлении сведений адвокату является отнесение запрошенных сведений к информации с ограниченным доступом (подп. 3 п. 4 ст. 6.1 Закона об адвокатской деятельности). Кроме того, если законодательством Российской Федерации установлен особый порядок предоставления сведений, то рассмотрение адвокатского запроса осуществляется в соответствии с требованиями, установленными законодательством Российской Федерации для соответствующей категории сведений (п. 6 ст. 6.1 Закона об адвокатской деятельности).

Таким образом, ни в Законе о персональных данных, ни в Законе об адвокатской деятельности нет положений, позволяющих предоставлять персональные данные адвокатам по адвокатскому запросу.

Также следует отметить, что даже если в адвокатском запросе указаны ФИО доверителя при запросе информации, касающейся доверителя (персональных данных), это не может рассматриваться в качестве безусловного подтверждения наличия правовых оснований для предоставления персональных данных, поскольку таким основанием является только согласие субъекта таких данных. В свою очередь, в адвокатском запросе может отсутствовать ФИО доверителя, но быть отдельное согласие субъекта персональных данных, в том числе предусмотренное в доверенности, на их предоставление. В таком случае оснований для отказа не имеется.

¹⁷ Российская газета. 8 февраля 1998 г.

¹⁸ Российская газета. 18 июня 2010 г.

¹⁹ См.: Постановление Верховного Суда Российской Федерации от 28 июня 2018 г. № 74-АД18-11.

²⁰ Российская газета. 5 июня 2002 г.

В судебной практике встречаются решения, в которых отказ в предоставлении персональных данных о доверителе признается неправомерным по следующим основаниям²¹:

- соглашение об оказании юридической помощи является договором поручения (ст. 971 Гражданского кодекса Российской Федерации²²);

- заключив соглашение об оказании юридической помощи, доверитель предоставил адвокату право направлять адвокатский запрос о предоставлении справок, характеристик и иных документов, необходимых для оказания квалифицированной юридической помощи и содержащих персональные данные доверителя;

- поскольку адвокат обязан сохранять адвокатскую тайну, т.е. любые сведения, связанные с оказанием юридической помощи своему доверителю, то предоставление адвокату запрошенных им сведений не нарушает права гражданина, заключившего соглашение об оказании квалифицированной юридической помощи, на защиту неприкосновенности частной жизни, личную и семейную тайну.

Как представляется, наличие соглашения между адвокатом и доверителем не свидетельствует о согласии доверителя на предоставление его персональных данных. Более того, при направлении адвокатского запроса условия соглашения об оказании юридической помощи не раскрываются, т.е. установить, в каком порядке стороны согласовали обработку персональных данных, невозможно. Если же в адвокатском запросе запрашиваются персональные данные лиц, которые не являются доверителями, то будет действовать то же правило — предоставление персональных данных адвокату (т.е. третьему лицу) будет признано правомерным только при наличии согласия их субъекта. Если согласия при направлении запроса не было, то обязанность по предоставлению запраши-

ваемых сведений в отношении третьих лиц не возникает²³.

При рассмотрении одного из дел о предоставлении персональных данных доверителя по адвокатскому запросу суд отметил, что тот факт, что адвокат представляет интересы своего доверителя по определенному делу, не является безусловным основанием для предоставления ему сведений о персональных данных иных лиц, которые защищены законом, отнесены к информации с ограниченным доступом и могут быть выданы только в установленном законом порядке²⁴.

Также в судебной практике высказывалась позиция, что собирать сведения, необходимые для оказания юридической помощи, адвокат вправе только в отношении лица, чьи интересы он представляет²⁵. Согласиться с этим нельзя, поскольку федеральное законодательство не устанавливает подобных ограничений. Право на направление адвокатского запроса связано с целью получения информации, необходимой для оказания квалифицированной юридической помощи. Очевидно, что это не только сведения, касающиеся доверителя.

Таким образом, если адвокату необходимо запросить информацию, содержащую данные третьих лиц, отказ возможен не в связи с тем, что он не обладает правом на запрос такой информации, а по причине отсутствия согласия третьего лица на обработку его персональных данных.

Подводя итог, необходимо отметить, что основные проблемные вопросы при обработке персональных данных третьими лицами возникают при установлении оснований для такой обработки и, следовательно, необходимости получения согласия. Зачастую расхождение в позициях судов, как представляется, вызвано недостаточно определенными формулировками в законодательстве. ■

²¹ См., напр.: апелляционные определения Санкт-Петербургского городского суда от 21 апреля 2017 г. № 33а-6603/2017 по делу № 2а-3805/2016, от 17 января 2017 г. № 33а-1357/2017 по делу № 2а-3464/2016.

²² СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

²³ См.: определение Московского городского суда от 11 сентября 2018 г. № 4га-609/2018; постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 18 декабря 2008 г. № А58-558/08-Ф02-6318/08.

²⁴ См.: постановление Костромского областного суда от 21 марта 2018 г. № 4А-97/2018.

²⁵ См.: определение Пермского краевого суда от 31 августа 2010 г. по делу № 33-7656.

Законодательство о персональных данных: проблемы применения и пути совершенствования



Вера Ивановна Солдатова

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кафедра гражданского права, доцент, государственный советник Российской Федерации 1-го класса, кандидат юридических наук
г. Москва, Россия

Аннотация. Практика применения законодательства о персональных данных выявляет ряд проблем, которые требуют своего решения. Это — (1) определение критериев отнесения конкретных сведений о лице к персональным данным, (2) усиление ответственности за нарушение законодательства о персональных данных, (3) решение проблемы соотношения открытого режима общедоступных данных и необходимости защиты персональных данных. По мнению автора, необходимо обеспечить приоритет защиты персональных данных граждан.

Ключевые слова: согласие на обработку персональных данных, обезличивание персональных данных, Интернет, биометрические персональные данные

Legislation on personal data: problems of application and ways of improvement

Vera Ivanovna Soldatova, Moscow State Law University named after O.E. Kutafin (MGUA), Civil Law Department, Associate Professor, 1-st Class State Adviser of the Russian Federation, Candidate of Laws, Moscow, Russia

Annotation. The practice of applying law on personal data discloses a number of problems which require solutions. Those are: (1) definition of the criteria for classifying specific data concerning a person as personal data, (2) strengthening responsibility for violations of the legislation on personal data, (3) solution to the problem of the correlation between the open regime of publicly available data and the necessity to protect personal data. In the author's opinion, it is necessary to ensure the priority of the protection of the citizens' personal data.

Keywords: consent for processing personal data, depersonalization of personal data, Internet, biometric personal data

Говоря о регулировании персональных данных, действующем в Российской Федерации, прежде всего следует назвать международный акт — Конвенцию Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных¹ (далее — Конвенция 1981 г.), которую Россия ратифицировала в 2005 году². Годом позже был принят Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных»³ (далее — Закон № 152-ФЗ, Закон), нацеленный, согласно его статье 2, на обеспечение защиты прав и свобод человека и гражданина при обработке его персональных данных, в том числе защиты прав на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну. Данной нормой корреспондирует правило статьи 152² Гражданского кодекса Российской Федерации⁴ (далее — ГК РФ), которая относит к частной жизни гражданина сведения о месте его пребывания или жительства, о личной и семейной жизни.

В законодательстве отсутствует определение частной жизни гражданина. В свою очередь, Конституционный Суд Российской Федерации отметил, что понятие «частная жизнь» включает ту область жизнедеятельности человека, которая относится к отдельному лицу, касается только его и не подлежит контролю со стороны общества и государства, если она носит непротивоправный характер⁵. К частной жизни относятся сферы семейной,

бытовой, культурной жизни, личных отношений и др. В литературе высказываются различные мнения о соотношении понятий «тайна частной жизни» и «персональные данные»⁶.

На наш взгляд, эти понятия не совпадают по объему их содержания и по сферам их применения. Исходя из процитированной выше статьи 2 Закона № 152-ФЗ, защита прав на неприкосновенность частной жизни является одной из целей защиты прав и свобод гражданина при обработке его персональных данных. Статья 1 Закона устанавливает сферы его регулирования, к которым отнесены отношения, связанные с обработкой персональных данных, осуществляемой федеральными органами государственной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, иными государственными органами, органами местного самоуправления, юридическими лицами и физическими лицами с использованием средств автоматизации.

Таким образом, законодательство о персональных данных регулирует значительно более широкий круг отношений, включая отношения по поводу публичной и общедоступной информации, которая не относится к личной или семейной тайне в силу своей природы (например, информация гражданина о себе, размещенная им самим в социальной сети с целью поиска одноклассников). С учетом содержания статьи 2 Закона № 152-ФЗ можно сделать вывод, что понятия «тайна частной жизни» и «персональные данные» пересекаются, но не являются идентичными. Некоторые персональные данные относятся к сфере частной жизни (например, адрес проживания гражданина, его семейное положение). Однако состав персональных данных гражданина значительно превышает состав сведений о его частной жизни, так как дополнительно включает в себя специальные категории персональных данных, биометрические персональные данные и персональные данные общего характера.

¹ Заключена в г. Страсбурге 28 января 1981 г. // СЗ РФ. 2014. № 5. Ст. 419.

² См.: Федеральный закон от 19 декабря 2005 г. № 160-ФЗ «О ратификации Конвенции Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных» // СЗ РФ. 2005. № 52 (ч. 1). Ст. 5573.

³ СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3451.

⁴ СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

⁵ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 9 июня 2005 г. № 248-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Захаркина Валерия Алексеевича и Захаркиной Ирины Николаевны на нарушение их конституционных прав пунктом «б» части третьей статьи 125 и частью третьей статьи 127 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации» // Документ опубликован не был. Источник — СПС «Консультант Плюс».

⁶ См.: Малеина М.Н. Право на тайну и неприкосновенность персональных данных // Журнал российского права. 2010. № 11. С. 18–28.

Значение Закона № 152-ФЗ состоит в том, что он является основой правового регулирования сбора, обработки и использования персональных данных. Вместе с тем возникающие сегодня проблемы защиты персональных данных обусловлены недостаточной правовой регламентацией данных отношений. Рассмотрим некоторые из них.

1. В практике государственных органов является проблемным отнесение к персональным данным конкретной информации о физических лицах. Согласно действующей редакции статьи 3 Закона № 152-ФЗ персональные данные представляют собой любую информацию, относящуюся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (субъекту персональных данных). Таким образом, Закон не детализирует, какие конкретно данные о физическом лице являются персональными. Столь широкое легальное определение порождает дискуссии о возможности называть ту или иную информацию персональными данными.

Нужно отметить, что названная дефиниция персональных данных была закреплена Федеральным законом от 25 июля 2011 г. № 261-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О персональных данных»⁷. Действовавшая до его принятия редакция пункта 1 ст. 3 Закона № 152-ФЗ содержала также неполный перечень информации, относящейся к персональным данным гражданина: фамилия, имя, отчество, год, месяц, дата и место рождения, адрес, семейное, социальное, имущественное положение, образование, профессия, доходы и др.

Закрепление нового определения персональных данных было вызвано необходимостью приведения Закона № 152-ФЗ в соответствие с положениями статьи 2 (а) Конвенции 1981 г., согласно которой термин «персональные данные» означает любую информацию об определенном или поддающемся определению физическом лице. Иными словами, действующая норма отечественного Закона появилась в результате имплементации в российское законодательство положений международного акта.

При этом Закон № 152-ФЗ делит персональные данные на три вида: (1) специальные категории персональных данных, (2) биометрические персональные данные и (3) персональные данные общего характера. Рассмотрим каждую из них.

К специальным категориям персональных данных относятся расовая, национальная принадлежность, политические взгляды, религиозные или философские убеждения, состояние здоровья, интимная жизнь (часть 1 ст. 10 Закона). Обработка таких данных не допускается, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 и 2¹ ст. 10 Закона.

Биометрические персональные данные — это характеризующие физиологические и биологические особенности человека сведения, на основе которых можно установить его личность и которые используются оператором для установления личности субъекта персональных данных (ст. 11 Закона). По общему правилу такие данные могут обрабатываться только при наличии согласия в письменной форме субъекта персональных данных, за исключением установленных законом случаев.

При этом в законодательстве отсутствует перечень биометрических персональных данных. Частично этот пробел восполняют Разъяснения Федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (далее — Роскомнадзор)⁸, относящие к биометрическим персональным данным физиологические данные (дактилоскопические данные, радужная оболочка глаз, анализы ДНК, рост, вес и др.), а также иные физиологические или биологические характеристики человека, в том числе его изображение (фотография и видеозапись), которые позволяют установить его личность и используются оператором для установления личности субъекта.

⁸ Разъяснения Федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций от 30 августа 2013 г. «Разъяснения по вопросам отнесения фото-, видеоизображений, дактилоскопических данных и иной информации к биометрическим персональным данным и особенностей их обработки» // Документ опубликован не был. Источник — СПС «КонсультантПлюс».

⁷ СЗ РФ. 2011. № 31. Ст. 4701.

Отметим, что акт Роскомнадзора по своей юридической силе не является нормативным. Вместе с тем полагаем, что перечень биометрических персональных данных должен содержать не ведомственный, а нормативный акт.

Таковым является Постановление Правительства Российской Федерации от 30 июня 2018 г. № 772 «Об определении состава сведений, размещаемых в единой информационной системе персональных данных, обеспечивающей обработку, включая сбор и хранение, биометрических персональных данных, их проверку и передачу информации о степени их соответствия предоставленным биометрическим персональным данным гражданина Российской Федерации, включая вид биометрических персональных данных, а также о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации»⁹, которое называет следующие виды биометрических персональных данных физического лица — гражданина Российской Федерации:

- данные изображения лица человека, полученные с помощью фото- и видеоустройств;
- данные голоса человека, полученные с помощью звукозаписывающих устройств.

В настоящее время некоторые российские банки осуществляют сбор биометрических данных клиентов в целях предоставления им дистанционных банковских услуг, включая открытие счетов и вкладов, получение кредитов без посещения банка. Процедура сбора биометрических данных добровольная, т.е. осуществляется только с согласия клиента, и бесплатная. В целях безопасности биометрические данные хранятся в Единой биометрической системе (ЕБС) отдельно от персональных данных.

1 марта 2019 года Банк России издал Информационное письмо, в котором разъяснил порядок регистрации клиента в Единой системе идентификации и аутентификации (ЕСИА) и сбора биометрических данных в ЕБС, а также указал банкам на необходимость четко разъяснять клиентам, в какую именно биометрическую систему передаются

их данные — в ЕБС или собственную систему банка¹⁰.

Кроме того, в названном письме:

— установлена обязанность банков после проведения идентификации при личном присутствии клиента — физического лица с его согласия и на безвозмездной основе размещать или обновлять в электронной форме сведения в ЕСИА и в ЕБС;

— банкам рекомендовано информировать клиента о факте регистрации его биометрических данных в ЕБС сразу по завершении такой регистрации, а также о том, что информация о подтверждении его регистрации в ЕСИА будет размещена на портале госуслуг в его личном кабинете.

При этом Банк России не предусмотрел основания ответственности банков (их сотрудников) за сохранность полученных биометрических персональных данных клиентов.

В связи с использованием биометрических персональных данных граждан нередко возникают споры, практика разрешения которых пока не выработала единой позиции. В качестве примера приведем следующее судебное дело¹¹.

Управление Роскомнадзора по Мурманской области (далее — Управление) в целях контроля соответствия обработки персональных данных требованиям законодательства провело плановую выездную проверку в отношении ГУП «Учебно-спортивный центр» Комитета по физической культуре и спорту Мурманской области (далее — ГУП). В ходе проверки были выявлены нарушения

¹⁰ Информационное письмо Банка России от 1 марта 2019 г. № ИН-04-13/22 «О рекомендациях при совершении банками действий, предусмотренных пунктом 56 статьи 7 Федерального закона от 7 августа 2001 года № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» // Документ опубликован не был. Источник — СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ См.: постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 21 ноября 2017 г. № Ф07-11732/2017 по делу № А42-342/2017 (Определением Верховного Суда Российской Федерации от 5 марта 2018 г. № 307-КГ18-101 отказано в передаче дела в Судебную коллегию по экономическим спорам для пересмотра в порядке кассационного производства) // Документ опубликован не был. Источник — СПС «КонсультантПлюс».

⁹ СЗ РФ. 2018. № 28. Ст. 4234.

требований части 4 ст. 9 и части 1 ст. 11 Закона № 152-ФЗ, выразившиеся соответственно в отсутствии в полученных согласиях на обработку персональных данных указания на срок их действия и в обработке биометрических персональных данных (фотографий) без письменного согласия субъектов персональных данных. Управление выдало ГУП предписание об устранении нарушений в установленный срок, которое ГУП оспорило в судебном порядке.

Суд первой инстанции признал предписание недействительным, посчитав, что неуказание срока действия согласий на обработку персональных данных не свидетельствует о нарушении требований части 4 ст. 9 Закона № 152-ФЗ, а также что вменяемое заявителю нарушение обработки биометри-

чных данных, за исключением случаев, предусмотренных частью 2 ст. 11 Закона № 152-ФЗ. Согласие должно содержать перечень действий с персональными данными и общее описание используемых оператором способов обработки персональных данных.

Обязанность доказать наличие такого согласия или обстоятельств, в силу которых такое согласие не требуется, возлагается на оператора (ч. 3 ст. 9 Закона).

Положение о порядке посещения плавательного бассейна требовало от посетителей предоставлять ГУП фотографии, которые размещались на выдаваемом заявителю пропуске для последующего установления его личности. Сбор, оформление, использование фотографий подпадают под понятие обработки персональных данных с позиции части 3 ст. 3 Закона № 152-ФЗ. Между тем согласия заявителей на обработку их биометрических персональных данных (т.е. фотографий) в нарушение требования части 1 ст. 11 Закона ГУП не получено.

Поэтому суд кассационной инстанции признал правомерным вывод апелляционной инстанции о соответствии закону оспариваемого предписания в части нарушения ГУП обработки биометрических персональных данных без письменного согласия их субъектов. Кассационная жалоба ГУП была оставлена без удовлетворения.

Персональные данные общего характера — это любая информация, относящаяся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (ст. 3 Закона № 152-ФЗ), т.е., по сути, позволяющая идентифицировать субъекта. Заметим при этом, что действующая редакция статьи 128 ГК РФ не предусматривает в числе объектов гражданских прав информацию, хотя ранее информация считалась таковой.

В литературе справедливо отмечается, что персональные данные общего характера являются самой сложной для понимания и интерпретации категорией. Точная идентификация лица имеет место в случае соотнесения соответствующей информации с фамилией, именем и отчеством (при наличии) лица. Косвенная идентификация прямо не указывает на имя или фамилию



Состав персональных данных гражданина значительно превышает состав сведений о его частной жизни, так как дополнительно включает в себя специальные категории персональных данных, биометрические персональные данные и персональные данные общего характера

ческих персональных данных без письменного согласия их субъектов (ч. 1 ст. 11 Закона) не доказано.

Апелляционная инстанция согласилась с выводами суда первой инстанции об отсутствии нарушения в виде неуказания срока действия согласий на обработку персональных данных, однако нарушение правил обработки биометрических персональных данных посчитала доказанным, отменив решение суда первой инстанции в указанной части.

Кассационная инстанция также не нашла оснований для удовлетворения жалобы ГУП в этой части. Сведения, на основании которых можно установить личность человека (биометрические персональные данные) и которые используются оператором для установления его личности, могут обрабатываться только при наличии согласия в письменной форме самого субъекта персональ-

конкретного лица, но дает возможность отнести к персональным данным информацию, содержащую описание индивидуальных характеристик лица, позволяющих отличить его от других субъектов. К такой косвенной идентификации некоторые авторы относят, например, данные о трафике (метаданные), в частности сведения об установленных соединениях с указанием времени и продолжительности соединения, номеров или IP-адресов устройств, участвующих в коммуникации, на основании которых лицо может быть косвенно идентифицировано. В некоторых случаях лицо может быть идентифицировано на основании таких косвенных данных, как логин, используемый в различных интернет-сервисах; данные с камер видеонаблюдения, реквизиты банковской карты, сведения о принадлежащей лицу собственности и пр.¹²

Понятно, что некоторые косвенные признаки физического лица могут измениться — например, если гражданин продаст свою недвижимость, что повлечет соответствующее изменение сведений в ЕГРН, или изменит свой логин в интернет-сервисах.

Таким образом, в законодательстве отсутствует даже примерный перечень персональных данных, а также четкие критерии, позволяющие назвать конкретные сведения о лице персональными данными. Указанные обстоятельства порождают на практике вопросы о возможности отнесения к персональным данным тех или иных сведений о лице. Особую актуальность этот вопрос обретает в условиях широкого использования цифровых технологий.

2. В 2016 году был принят Регламент № 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) (далее — Регламент), в котором были конкретизированы такие понятия, как «персональные данные», «генетические

данные» и «биометрические данные»¹³. В частности, согласно Регламенту лицо может быть идентифицировано, прямо или косвенно, посредством таких идентификаторов, как имя, идентификационный номер, сведения о местоположении, а также с помощью признаков, характерных для физической, психологической, генетической, умственной или социальной идентичности указанного физического лица.

Под биометрическими данными в Регламенте понимаются персональные данные, которые предусматривают или подтверждают уникальную идентификацию указанного физического лица, например изображение лица человека или дактилоскопические данные.

Максимальным наказанием для организаций, нарушивших положения Регламента, является штраф в размере 20 млн евро или 4% от общей годовой выручки компании. Для сравнения приведем ответственность за нарушение российского законодательства о персональных данных (подп. 1–7 ст. 13.11 и ст. 13.12 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях¹⁴): она не превышает 50 тыс. руб.

Регламент определяет порядок обработки персональных данных во всех государствах, включая страны, не входящие в Европейский союз. Этот подход обусловлен трансграничной передачей персональных данных граждан, в силу чего действие Регламента распространяется на все компании, зарегистрированные за пределами Союза, включая и российские, если они ведут обработку данных европейских пользователей (к таковым в нашей стране можно отнести, например, ПАО «Аэрофлот»).

3. В условиях отсутствия в российском законодательстве четких критериев отнесения к персональным данным конкретных сведений о лице представляет интерес позиция судов по данному вопросу.

В качестве отдельной категории дел можно выделить споры о нарушении законодательства о персональных данных путем использования интернет-ре-

¹² См.: Савельев А.И. Научно-практический постатейный комментарий к Федеральному закону «О персональных данных». М., 2017.

¹³ Принят в г. Брюсселе 27 апреля 2016 г. // Документ на русском языке опубликован не был. Источник — СПС «КонсультантПлюс».

¹⁴ СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

сурсов для передачи информации. Для примера рассмотрим Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 12 ноября 2019 г. № 14-КГ19-15, 2-2794/18¹⁵.

Истице, врачу областного консультативно-диагностического центра, стало известно, что на публичном интернет-ресурсе был размещен профиль с ее данными (имя, фамилия, место работы, должность), под которым анонимные пользователи оставляли негативные отзывы о ее работе, чем, по ее мнению, было нарушено ее право на частную жизнь. Врач обратилась к администратору сайта с требованием удалить ее профиль, но получила отказ, после чего обратилась в суд с иском, потребовав от ответчика прекратить обработку ее персональных данных, удалить из сети Интернет ее профиль, а также выплатить ей компенсацию морального вреда за отказ в добровольном удовлетворении ее требований. Суды первой и апелляционной инстанций, однако, в удовлетворении исковых требований отказали.

В частности, суд первой инстанции исходил из того, что использованные ответчиком персональные данные истицы не относятся к сведениям, которые средства массовой информации не вправе разглашать в соответствии со статьей 41 Закона Российской Федерации от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации»¹⁶. Суд также заключил, что информация об истице была размещена на сайте не с целью причинить ей вред, а с целью доведения до общественности объективной информации о медицинских услугах.

Суд апелляционной инстанции указал, что факт распространения ответчиком сведений о частной жизни истицы не установлен, действия ответчика не привели к нарушению ее прав, поскольку для обработки общедоступных персональных данных не требуется согласия субъекта этих персональных данных.

Судами установлено, что принадлежащий ответчику интернет-сайт является средством массовой информации, где опубликован многотысячный список

практикующих в Российской Федерации врачей, в отношении каждого из которых, включая истцу, создан профиль с указанием фамилии, имени, отчества, места работы и должности. Пользователям же предоставлена возможность оставлять отзывы о деятельности врача. При этом данные о каждом из врачей взяты как общедоступные с сайтов лечебных учреждений Российской Федерации, где информация о работающих в указанных учреждениях врачах размещена в соответствии с пунктом 7 ч. 1 ст. 79 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»¹⁷. Условием размещения информации является предоставление данных о посещении врачей и личных сведений адресатов. При этом у медицинских учреждений и врачей имеется право на опровержение размещенной информации.

Однако Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации посчитала жалобу подлежащей удовлетворению по следующим основаниям. Обращаясь в суд, истица ссылалась на нарушение ответчиком требований закона при обработке ее персональных данных, однако, по существу, между сторонами возник спор о праве истицы на неприкосновенность ее частной жизни и праве ответчика как средства массовой информации свободно искать, получать и распространять информацию с использованием персональных данных, что не было учтено судом апелляционной инстанции.

Верховный Суд Российской Федерации обратился к международному акту – Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод¹⁸, а именно положениям ее статьи 8 о праве каждого на уважение его личной и семейной жизни, его жилища и его корреспонденции, и отметил, что право на частную жизнь, не имея исчерпывающего определения, охватывает физическую и психологическую неприкосновенность личности, в том числе право жить уединенно, не привлекая к себе нежелательного внимания.

¹⁵ Документ опубликован не был. Источник – СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ Российская газета. 8 февраля 1992 г.

¹⁷ Российская газета. 23 ноября 2011 г.

¹⁸ Заключена в г. Риме 4 ноября 1950 г. // СЗ РФ. 2001. № 2. Ст. 163.

Верховный Суд Российской Федерации отметил, что тот факт, что сведения о частной жизни и персональные данные получены из открытых источников, сам по себе не лишает гражданина права на защиту частной жизни и защиту своих персональных данных. При таких обстоятельствах нельзя признать правильным вывод суда апелляционной инстанции о том, что ответчиком не распространялись сведения о частной жизни истцы.

Интересен вывод Верховного Суда о соблюдении баланса интересов между защитой частной жизни и свободой слова: нижестоящему суду следовало установить, имелись ли у истцы эффективные средства для удаления комментариев о ее деятельности как врача с сайта ответчика. Кроме того, частично комментарии являлись анонимными, что затрудняло оценку их объективности. Что же касается критических отзывов, оставленных реальными лицами, то истица не могла отреагировать на них надлежащим образом, будучи ограниченной врачебной тайной.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации направила дело на новое рассмотрение в суд апелляционной инстанции.

Рассмотренное Определение Верховного Суда Российской Федерации интересно тем, что в нем анализируются нормы не только российского, но и международного законодательства, а также используется практика Европейского Суда по правам человека (даны ссылки на дела «Смирновы против Российской Федерации»¹⁹ и «Нимитц против Германии»²⁰).

Полагаем, что восполнить пробелы регулирования могло бы постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации по вопросам применения законодательства о персональных

данных с учетом уже имеющейся судебной практики.

В настоящее время в Государственной Думе находятся на рассмотрении законопроекты о внесении изменений в Закон № 152-ФЗ, из которых заслуживает внимания проект федерального закона № 744029-7, внесенный Правительством Российской Федерации²¹ и предусматривающий внесение изменений в статью 11 Закона № 152-ФЗ. В част-



Тот факт, что сведения о частной жизни и персональные данные получены из открытых источников, сам по себе не лишает гражданина права на защиту частной жизни и защиту своих персональных данных

ности, он называет сведения, которые характеризуют физиологические, биологические и генетические особенности человека, на основании которых можно установить его личность, биометрическими персональными данными, а также допускает обработку биометрических персональных данных без согласия субъекта персональных данных в связи с проведением обязательной государственной дактилоскопической регистрации и обязательной государственной геномной регистрации (ч. 1 и 2 ст. 11 Закона в проектной редакции).

Внесение изменений в Закон № 152-ФЗ потребует принятия соответствующих актов федеральных органов исполнительной власти, конкретизирующих положения Закона, прежде всего актов Министерства цифрового развития, связи и массовых коммуникаций Российской Федерации, а также Роскомнадзора, устанавливающих порядок применения средств защиты информации, включая ее уничтожение, требования к обезличиванию персональных данных и методы обезличивания персональных данных.

¹⁹ Постановление Европейского суда по правам человека от 24 июля 2003 г. по делу «Смирновы (Smirnova) против Российской Федерации» (жалобы № 46133/99 и № 48183/99) // Бизнес-адвокат. 2003. № 20.

²⁰ Постановление Европейского суда по правам человека от 16 декабря 1992 г. по делу «Нимитц (Niemietz) против Германии» (жалоба № 13710/88) (извлечение) // Европейский суд по правам человека. Избранные решения. Т. 1. М., 2000.

²¹ Проект федерального закона № 744029-7 «О внесении изменений в статью 11 Федерального закона «О персональных данных» в части обработки биометрических персональных данных» // <https://sozd.duma.gov.ru/bill/744029-7>

Определение персональных данных, разграничение операторов и обработчиков персональных данных



Алексей Анатольевич Грибанов
ООО «Яндекс», ведущий юрисконсульт
г. Москва, Россия

Аннотация. В статье рассматриваются два проблемных вопроса российского законодательства о персональных данных – (1) определение понятия «персональные данные» и (2) разграничение операторов и обработчиков персональных данных. Для решения каждого из них автор предлагает использовать трехступенчатые тесты, позволяющие понять, является ли та или иная информация персональными данными и какую конкретно роль играет организация в обработке персональных данных.

Ключевые слова: определение персональных данных, оператор персональных данных, обработчик персональных данных

Definition of personal data, difference between operators and processors of personal data

Aleksey Anatolievich Gribanov, Yandex Ltd, Leading Lawyer, Moscow, Russia

Annotation. The article examines two problematic issues of the Russian legislation on personal data – (1) definition of the notion “personal data” and (2) difference between operators and processors of personal data. To solve each of them the author suggests using three-level tests which make it possible to understand whether this or that information represents personal data and which specific role an organisation plays in processing personal data.

Keywords: definition of personal data, operator of personal data, processor of personal data

1. Проблема определения персональных данных

Вопрос о том, что считать персональными данными, является одним из ключевых для соответствующей области законодательства: от ответа на него зависит, будет ли применяться это законодательство к операциям с той или иной конкретной информацией.

Согласно пункту 1 ст. 3 Закона о персональных данных¹ персональные данные — это любая информация, относящаяся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (субъекту персональных данных). Это довольно широкое и абстрактное определение, в связи с чем на практике часто возникают сложности с его толкованием. Во многих случаях, например, оно не позволяет понять, является ли персональными данными конкретная информация: фамилия, имя, отчество; адрес; номер телефона; номер банковской карты; поисковый запрос в Интернете; чек о покупке в продуктовом магазине; марка и модель автомобиля; список любимых сериалов; переписка в мессенджере и т.д.

Следует отметить, что это определение не является изобретением российского законодателя. Оно основано на дефиниции, содержащейся в статье 2 Конвенции Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных² (далее — Конвенция) и относящей к персональным данным «любую информацию об определенном или поддающемся определению физическом лице («субъект данных»)».

Уполномоченные органы Европейского союза по защите персональных данных подготовили несколько многостраничных разъяснений, призванных помочь разобраться с тем, какая информация является персональными данными, а какая — нет. К таким документам относятся, например, Мнение рабочей группы по защите данных от 20 июня 2007 г. № 4/2007 о концепции персо-

нальных данных³ и Руководство английского уполномоченного органа по защите персональных данных (ICO) «Что такое персональные данные?»⁴. Однако, к сожалению, они не содержат простых в применении критериев, которые позволили бы легко отличать персональные данные от другой информации, как-то связанной с физическими лицами.

В России аналогичные официальные разъяснения, дающие правоприменителям возможность отнести конкретную информацию к персональным данным, отсутствуют.

В отечественной научной литературе можно выделить два подхода к определению персональных данных: узкий и широкий. Согласно узкому подходу для обеспечения определенности правовых норм персональными следует считать только те данные, которые сами по себе позволяют определить физическое лицо (номер и серия паспорта, СНИЛС, ИНН и т.д.)⁵. В соответствии с широким подходом для обеспечения защиты прав и свобод физических лиц к персональным данным нужно относить еще и те данные, которые позволяют определить физическое лицо хотя и не сами по себе, но в совокупности с другими данными⁶. Широкий подход представляется предпочтительным, поскольку он обеспечивает защиту прав и свобод физических лиц с учетом современного уровня развития информационных технологий, соответствует букве Конвенции и Закона о персональных данных, а также поддерживается наиболее развитыми иностранными правовыми системами, в первую очередь европейской.

Российские правоприменители, в свою очередь, высказывают различные

¹ Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных» // СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3451.

² Заключена в г. Страсбурге 28 января 1981 г. // СЗ РФ. 2014. № 5. Ст. 419.

³ Opinion 4/2007 on the concept of personal data by Article 29 Data Protection Working Party // https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf

⁴ ICO. What is personal data? // <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/what-is-personal-data/>

⁵ См., например: Федеральный закон «О персональных данных»: научно-практический комментарий / под ред. А.А. Приезжевой. М., 2015.

⁶ См., например: Савельев А.И. Научно-практический постатейный комментарий к Федеральному закону «О персональных данных». М., 2017.

позиции по вопросу о том, что считать персональными данными. Например, в одних случаях суды признают персональными данными адрес человека⁷, в других — нет⁸. Верховный Суд Российской Федерации посчитал персональными данными номер телефона⁹, в то время как на сайте одного из территориальных органов Роскомнадзора опубликована информация, согласно которой номер телефона сам по себе персональными данными не является¹⁰.

С учетом изложенного выше полагаем возможным предложить следующий трехступенчатый тест для определения того, является ли конкретная информация персональными данными:

1) содержит ли эта информация сведения о конкретном человеке, известном или неизвестном? Если нет, то она не является персональными данными. Если да, переходим ко второму вопросу;

2) позволяет ли информация понять, о каком именно человеке идет речь? Если да, то она является персональными данными. Если нет, то переходим к третьему вопросу;

3) позволит ли информация понять, о каком именно человеке идет речь, если к ней добавить другую информацию, которую можно где-то получить? Если да, то информация является персональными данными. Если нет, то персональными данными она не является.

Ответы на вопросы теста должны основываться на здравом смысле. В случае сомнений следует считать информацию персональными данными.

Ясно, что этот тест не решает проблему неопределенности понятия персональных данных и ответы на включенные в него вопросы могут быть

неоднозначными. Но, по крайней мере, этот тест может служить ориентиром при принятии решений в практических ситуациях.

2. Проблема разграничения операторов и обработчиков персональных данных

Закон о персональных данных предусматривает две альтернативные роли организации, выполняющей операции с персональными данными, — (1) оператор персональных данных и (2) лицо, осуществляющее обработку персональных данных по поручению оператора.

Так, согласно пункту 2 ст. 3 Закона оператор персональных данных — это лицо, которое организует или осуществляет обработку персональных данных, а также определяет цели обработки персональных данных, состав персональных данных, подлежащих обработке, действия, совершаемые с персональными данными. По сути, оператором можно назвать лицо, которое определяет, зачем и как обрабатываются персональные данные. Соответственно, если лицо не принимает соответствующих решений, оператором персональных данных оно не является.

Согласно части 3 ст. 6 Закона о персональных данных оператор вправе поручить обработку персональных данных другому лицу на основании заключаемого с ним договора. Далее для удобства изложения мы будем сокращенно именовать такое лицо «обработчик персональных данных».

Закон о персональных данных не содержит дефиниции обработчика персональных данных, только лишь называет эту роль. Главное ее отличие от роли оператора состоит в том, что обработчик не определяет цели обработки персональных данных. Кроме того, обработчик, как правило, не определяет и способы обработки персональных данных, лишь следуя в этой части инструкциям оператора. Но из данного правила есть и некоторые исключения, при которых обработчик предлагает оператору те или иные способы обработки персональных данных, а оператор соглашается с ними. Это, в частности, происходит в ситуациях, когда оператор использует сложный, например облач-

состав данных
цель обработки
личность субъекта

⁷ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 1 августа 2017 г. № 78-КГ17-45 // Документ опубликован не был. Источник — СПС «КонсультантПлюс».

⁸ Апелляционное определение Московского городского суда от 28 января 2014 г. по делу № 33-5461 // Документ опубликован не был. Источник — СПС «КонсультантПлюс».

⁹ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 1 августа 2017 г. № 78-КГ17-45.

¹⁰ Обращения в сфере персональных данных // <https://15.rkn.gov.ru/p8880/p15987/>

ный, сервис, находящийся в зоне контроля обработчика как профессионала в соответствующей сфере деятельности. С учетом этого более надежным критерием разграничения оператора и обработчика является вопрос о том, кто же определяет цели обработки персональных данных, а критерий определения способов обработки носит лишь вспомогательный характер.

Установление роли, которую играет организация при выполнении операций с персональными данными, зависит от фактических обстоятельств, а не от усмотрения самой организации. Например, если в договоре обе его стороны именуется самостоятельными операторами персональных данных, но при его исполнении оказывается, что цели обработки персональных данных фактически определяются только одной стороной, в то время как вторая лишь исполняет инструкции первой, то, несмотря на формулировки договора, первая сторона является оператором, а вторая — обработчиком персональных данных.

Большинство обязанностей, предусмотренных Законом о персональных данных, возлагаются на операторов, а не обработчиков персональных данных. В частности, именно оператор должен обеспечить наличие законного основания для обработки персональных данных (получить согласие субъекта данных, заключить с ним договор и т.д.), локализовать в России обработку персональных данных граждан России, установить неограниченный доступ к своей политике конфиденциальности и т.д. Обработчик — второстепенная фигура, которая помогает оператору обрабатывать персональные данные. Таким образом, поскольку ответственность за обработку несет главным образом оператор, правильное определение роли, которую принимает на себя организация, имеет большое практическое значение.

Разграничение ролей оператора и обработчика персональных данных пришло в российское законодательство из Директивы № 95/46/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского союза «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких

данных»¹¹, к настоящему моменту утратившей силу. Пункт «е» ст. 2 Директивы определял обработчика как лицо, которое обрабатывает персональные данные по поручению оператора. Ныне действующий Регламент № 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)¹² (далее — *GDPR*) также разграничивает роли оператора и обработчика персональных данных, определяя правовой статус обработчиков и требования к содержанию договоров между опера-



По сути, оператором можно назвать лицо, которое определяет, зачем и как обрабатываются персональные данные

торами и обработчиками гораздо подробнее, чем российский Закон о персональных данных.

Уполномоченные органы Европейского союза подготовили несколько разъяснений о том, как отличать операторов от обработчиков персональных данных. Среди них можно упомянуть, например, проект Руководства Европейской коллегии по защите данных (*EDPB*) 07/2020 о концепциях оператора и обработчика в Общем регламенте Европейского союза о защите данных (*GDPR*), опубликованный для общественного обсуждения в сентябре 2020 года¹³, а также Руководство английского уполномоченного органа по защите персональных данных (*ICO*) об операторах и

¹¹ Принята в г. Люксембурге 24 октября 1995 г. // Документ на русском языке опубликован не был. Источник — СПС «КонсультантПлюс».

¹² Принят в г. Брюсселе 27 апреля 2016 г. // Документ на русском языке опубликован не был. Источник — СПС «КонсультантПлюс».

¹³ Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR // https://edpb.europa.eu/our-work-tools/public-consultations-art-704/2020/guidelines-072020-concepts-controller-and-processor_en

обработчиках¹⁴. Названные документы не содержат однозначных критериев определения роли организации в обработке персональных данных и требуют индивидуальной оценки каждой конкретной ситуации. В России аналогичных разъяснений пока нет.

Российская судебная практика также еще не выработала четких критериев разграничения операторов и обработчиков персональных данных. В частности, во многих делах, где речь идет о согласии субъекта персональных данных на передачу его персональных данных оператором другому лицу, суды исхо-



Установление роли, которую играет организация при выполнении операций с персональными данными, зависит от фактических обстоятельств, а не от усмотрения самой организации

дят из того, что письменное согласие субъекта на передачу его персональных данных оператором другому оператору должно содержать наименование и адрес этого другого оператора, поскольку, исходя из пункта 6 ч. 4 ст. 9 Закона о персональных данных, в письменные согласия должны включаться наименование и адрес лица, осуществляющего обработку персональных данных по поручению оператора¹⁵. Однако оператор, которому передаются персональные данные, не является их обработчиком, а передача персональных данных не является поручением обработки персональных данных.

Полагаем важным различать понятия «передача персональных данных» и «поручение обработки персональ-

ных данных». Если в первом случае речь идет лишь об одной из возможных операций с персональными данными (п. 3 ст. 3 Закона о персональных данных), то во втором — о договоре, который (а) заключается между оператором персональных данных и другим лицом, (б) обязывает это другое лицо совершать от имени оператора персональных данных операции с персональными данными и (в) определяет непосредственно перечень операций, цели обработки, требования к обеспечению конфиденциальности, безопасности и защиты данных (ч. 3 ст. 6 Закона о персональных данных). Оператор может передавать персональные данные как лицу, которому он поручил обработку персональных данных (обработчику), так и лицу, которому он такую обработку не поручал (т.е. другому оператору).

По нашему мнению, определять роль организации в том или ином сценарии обработки персональных данных следует в зависимости от обстоятельств конкретной ситуации. Представляется разумным использовать в таких случаях трехступенчатый тест, предложенный английской юридической фирмой *Fieldfisher*¹⁶:

1) для чего обрабатываются данные? Ответ на этот вопрос должен помочь установить цели обработки персональных данных, кем эти цели поставлены и, следовательно, кто является оператором персональных данных;

2) кто инициировал обработку персональных данных? В большинстве случаев инициатор и является оператором;

3) какова степень автономии лиц, участвующих в обработке персональных данных? Под автономией в данном случае понимается возможность самостоятельно решать, зачем и как обрабатываются персональные данные. Оператор персональных данных обладает автономией в отношении обработки персональных данных, обработчик — не обладает либо обладает, но очень ограниченной.

Как видим, три поставленных вопроса можно свести к одному общему: кто «командует» обработкой персональных данных? Кто «командует», тот и оператор.

¹⁴ Controllers and processors // <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/controllers-and-processors/>

¹⁵ См., например: постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 11 февраля 2020 г. по делу № А40-275719/2019; Восьмого арбитражного апелляционного суда от 25 сентября 2018 г. по делу № А75-12786/2017; Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 25 февраля 2020 г. по делу № А56-75303/2019 // Документы опубликованы не были. Источник — СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ Module 2a: (1) Controller v Processor — how to differentiate // <https://www.youtube.com/watch?v=01ufMeZJrao>

Защита персональных данных: концепция, правовое регулирование и процедура



Марьям Хасановна Гильмитдинова
адвокат,
магистр европейского права, LL.M
г. Саарбрюккен, Германия

Аннотация. Автор анализирует механизм российского правового регулирования защиты персональных данных с точки зрения соответствия стандартам Европейской конвенции по правам человека, а также принципам консенсуальности, пропорциональности вмешательства, законности, независимости судебного контроля. Автор приходит к выводу, что следующий, более сложный и длительный этап в развитии защиты персональных данных будет связан с ограничением функций контролирующего органа и становлением процедуры обжалования его решений.

Ключевые слова: понятие и ценность персональных данных, конфиденциальность, сроки, законность, пропорциональность, баланс интересов, судебный контроль, дискреционное полномочие

Protection of personal data: concept, legal regulation and procedure

Mariam Khasanovna Gilmitdinova, Lawyer, Master of European Law, LL.M, Saarbrücken, Germany

Annotation. The author analyses the mechanism of the Russian legal regulation of the protection of personal data from the point of view of its compliance with the standards of the European Convention on human rights as well as with the principles of the consensuality, proportionality of interference, legality, and independent judicial control. The author concludes that the next step in the development of the protection of personal data will be related to limitations of the functions of the controlling body and to the setup of a procedure for appeal against its decisions.

Keywords: notion and value of personal data, confidentiality, time-limits, legality, proportionality, balance of interest, judicial control, discretionary powers.

Современный законодатель идет по пути императивного регулирования сбора, обработки и хранения персональных данных. Такому подходу свойственны прежде всего расширительное толкование понятий персональных данных и их обработки, установление четких правил и принципов, а также ясно определенных оснований и сроков хранения полученных персональных данных. Еще одна тенденция заключается в образовании централизованного органа контроля за обработкой и хранением персональных данных, а также в индивидуализации контроля с помощью введения в компаниях должности IT-специалиста по защите данных. Кроме того, защита данных начинается еще до момента их сбора — за счет заранее установленной формы согласия субъекта на сбор и обработку данных, определения конкретной цели и времени их хранения. Наконец, в последние годы значительно увеличены санкции за нарушение правил, регламентирующих защиту персональных данных¹.

Логика Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных»² (далее — Закон о персональных данных, Закон) соответствует логике Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод³ (далее — Конвенция), предполагающей установление баланса между правом на частную жизнь (ст. 8) и правом на свободу выражения мнения (ст. 10). Но эта концепция работает, только если баланс прав действительно соблюдается, а не интерпретируется односторонне как способ оправдания вмешательства государства в частные дела либо как формальное взвешивание публичных и частных интересов. К примеру, такое понятие, как «распространение разрушительных для

общества материалов», может трактоваться по-разному в зависимости от возраста, социального положения и опыта человека. Неоднозначность в толковании тех или иных терминов в совокупности с уголовными санкциями и «блокировкой» может привести к полному ограничению свободы обмена информацией. Чтобы этого избежать, важно осуществлять контроль не в форме санкций, вводимых в условиях правового вакуума, а в виде определения четких правил, а равно принципов и процедуры соблюдения этих правил. Если законодатель решит ввести понятие «разрушительные для общества материалы», то он должен определить исчерпывающий список признаков таких материалов, следить за тем, чтобы на уровне правоприменения это понятие не было интерпретировано расширительно или дискреционно⁴.

Важно отметить, что сфера Интернета, включая обмен личными данными в Сети, довольно сложна, поэтому здесь недостаточно только лишь соблюдать баланс между свободой информации и правом на уважение личной жизни. Правовое регулирование этой сферы должно учитывать технические возможности Интернета, этапы обработки персональных данных и проблемы сбора и хранения персональных данных. Поэтому современное регулирование в данной области должно быть гибким, технически обоснованным, а главное — рациональным.

1. Механизм правового регулирования защиты персональных данных

Главной целью правового регулирования является обеспечение защиты прав и свобод человека и гражданина при обработке его персональных данных. Достижение данной цели в первую очередь зависит от единообразия и сба-

¹ См.: Регламент № 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; далее — GDPR) (принят в г. Брюсселе 27 апреля 2016 г.) // Документ на русском языке опубликован не был. Источник — СПС «КонсультантПлюс».

² Российская газета. 29 июля 2006 г.

³ Заключена в г. Риме 4 ноября 1950 г. // Бюллетень международных договоров. 2001. № 3.

⁴ См.: Постановление Европейского суда по правам человека от 23 июня 2020 г. по делу «Владимир Харитонов (Vladimir Kharitonov) против Российской Федерации» (жалоба № 10795/14; далее — дело «Владимир Харитонов против России») // Бюллетень ЕСПЧ. 2020. № 1; дело «Telegram Messenger LLP and Telegram Messenger Inc. против Российской Федерации» (жалоба № 13232/18, коммуницирована 29 октября 2020 г.; далее — дело «Телеграм») // <https://hudoc.echr.coe.int/eng/>

лансированности правоприменительной практики в этой области. Однако нельзя отрицать, что модернизация законодательства, приведение его в соответствие с современной концепцией защиты персональных данных являются первым важным шагом на этом пути.

Законодательные изменения, вступившие в силу в начале 2021 года⁵, во многом отображают современную тенденцию к усилению контроля за сбором, хранением и обработкой персональных данных (например, удаление информации по требованию субъекта соответствует принципу консенсуальности защиты личных данных), однако вместе с тем предусматривают особую процедуру защиты персональных данных в зависимости от их субъекта.

Важно отметить, что введение особой процедуры защиты персональных данных некоторых категорий субъектов не изменяет, а дополняет основной механизм защиты персональных данных. Особый правовой статус должностных лиц не является нововведением; он определяется в статье 1 Закона о защите должностных лиц. Поэтому необходимо, чтобы процедура обеспечения конфиденциальности сведений о должностных лицах, во-первых, соответствовала общей цели правового регулирования (т.е. обеспечению защиты прав и свобод человека и гражданина при обработке его персональных данных), а во-вторых, была направлена на соблюдение баланса между правом на уважение личной жизни и правом на свободу выражения мнения и распространения информации. Следовательно, нужно оценивать необходимость применения такой меры безопасности в каждом конкретном случае, а кроме того: регламентировать полномочия независимого органа, ответственного за применение данной меры; определить независимый орган (суд), обладающий правом рассмотрения жалоб на введение этой меры, и компетенцию этого органа; рассматривать жалобы в каждом конкретном

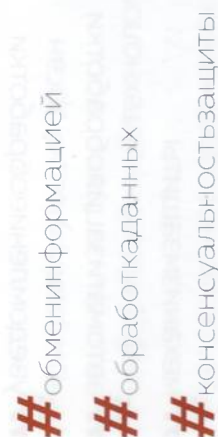
деле с должной оценкой фактов и норм права. Другими словами, стоит следить за тем, чтобы особая процедура защиты персональных должностных лиц и широкие дискреционные полномочия ответственных органов не превратились в серую зону двойных стандартов (см. ст. 6 Закона о защите должностных лиц).

2. Основные тенденции развития механизма защиты персональных данных

2.1. Статья 3 Закона о персональных данных, следуя практике Европейского Суда по правам человека (далее — ЕСПЧ) и современному подходу Европейского союза, дает предельно широкое определение персональных данных, называя таковыми «любую информацию, относящуюся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (субъекту персональных данных)», т.е. любую информацию, позволяющую идентифицировать конкретного человека как непосредственно, так и в результате поиска в Интернете или иных источниках. Помимо всем привычных ФИО, адреса и телефона, персональными данными являются: псевдонимы, фотографии, содержащие изображение человека; данные геолокации, отзывы работодателя, письменные сообщения, фото-, видео- и аудиозаписи, ДНК и медицинские данные, информация о судимости и т.д. Данный список не является исчерпывающим и с развитием технологий будет, безусловно, расти. Кроме того, некоторые виды сведений (касающиеся расовой, национальной принадлежности, политических взглядов, религиозных или философских убеждений, состояния здоровья, интимной жизни) считаются настолько личными, что их обработка запрещена, кроме как в исключительных случаях (ст. 10¹ Закона).

2.2. Статья 10¹ Закона о персональных данных предусматривает широкое понятие обработки персональных данных — это любое действие (операция) или совокупность действий (операций), совершаемых с использованием средств автоматизации или без использования таких средств с персональными данными, включая сбор, запись, систематизацию, накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение), извлечение, использование, передачу (распростра-

⁵ См.: Федеральный закон от 30 декабря 2020 г. № 515-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части обеспечения конфиденциальности сведений о защищаемых лицах и об осуществлении оперативно-розыскной деятельности» // Российская газета. 12 января 2021 г.



нение, предоставление, доступ), обезличивание, блокирование, удаление, уничтожение персональных данных. Как видим, под категорию «обработка персональных данных» подпадают (а следовательно, должны осуществляться по правилам, предусмотренным для обработки персональных данных) не только активные действия, такие как сбор и распространение, но и действия пассивные, например просто хранение.

2.3. Согласие «по умолчанию» или согласие на обработку без определения ее конкретной цели не может считаться законным основанием для обработки персональных данных. В то же время статья 6 Закона предусматривает восемь исключений из консенсуального порядка обработки данных, называя среди случаев, не требующих согласия, участие в судебном споре, исполнение договора, осуществление государственных полномочий органов исполнительной власти. Данный список исключений можно признать довольно обширным, поэтому именно правоприменительная практика должна стать решающим фактором для соблюдения принципа консенсуальности обработки персональных данных.

2.4. Пункт 3 ч. 3 ст. 23 Закона о персональных данных определяет полномочия контролирующего органа по блокировке доступа к персональным данным — как непосредственно, так и через суд. Однако данная норма является отсылочной, и полный список полномочий контролирующего органа определяется подзаконным актом — Постановлением Правительства Российской Федерации от 16 марта 2009 г. № 228 «О Федеральной службе по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций»⁶. Отсутствие на законодательном уровне четкого перечня полномочий контролирующего органа и требований к нему утяжеляет процедуру обработки персональных данных (включая уведомление субъекта о ней и контроль за ее осуществлением), превращая ее в многоуровневый и дорогостоящий процесс. Это создает, например, риск того, что сайт добросовестного владельца будет заблокирован Роскомнадзором на основании лишь того, что он использу-

ет тот же IP-адрес, что и сайт с запрещенным содержанием.

Правовое регулирование должно отвечать принципам формальной определенности и предсказуемости. Основные требования к обработке персональных данных, ее процедура, полномочия и меры ответственности контролирующего органа должны быть определены в рамках одного законодательного акта и подчинены общей логике и главной упомянутой выше цели — обеспечению защиты прав и свобод человека и гражданина при обработке его персональных данных. Соответственно, блокирование запрещенного контента не должно приводить к блокировке всех связанных через один IP-адрес сайтов (эта задача технически сложная, но она пропорциональна цели блокировки). Цена такого подхода — и эффективность защиты персональных данных, и сохранение онлайн-бизнеса, и дальнейшее развитие технологий.

2.5. Статья 24 Закона о персональных данных говорит об ответственности операторов за несоблюдение правил обработки персональных данных, предполагая в качестве таковой наложение административных штрафов и возмещение морального вреда независимо от возмещения имущественного вреда и понесенных субъектом персональных данных убытков. Основные меры ответственности за несоблюдение правил обработки персональных данных предусмотрены статьей 13.11 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях⁷ (далее — КоАП). Однако отметим, что эффективность этих мер во многом зависит от прозрачности процедуры, обоснованности решений Роскомнадзора и судебного контроля за законностью вынесенных решений.

Федеральный закон от 24 февраля 2021 г. № 19-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях»⁸, вступающий в силу с 27 марта 2021 г., увеличил штрафы за нарушение правил обработки персональных данных. Так, согласно части 1 ст. 13.11 КоАП в новой редакции несоблюдение целей обработки персональных данных юридическими лицами влечет штраф в размере от 60 тыс.

механизмы защиты
автоматизация обработки
уведомление о обработке

⁶ Российская газета. 24 марта 2009 г.

⁷ СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

⁸ Российская газета. 26 февраля 2021 г.

до 100 тыс. руб. (при повторном совершении — до 300 тыс. руб.; ранее диапазон штрафов составлял 30–50 тыс., штрафа за повторное нарушение не было). Абзац второй части 2 той же статьи устанавливает, что обработка персональных данных без согласия субъекта влечет штраф для юридических лиц в размере от 30 тыс. до 150 тыс. руб. (при повторном совершении — до 500 тыс. руб.; ранее сумма штрафов варьировалась от 15 тыс. до 75 тыс., штрафа за повторное нарушение не было).

Однако, учитывая прибыль онлайн-компаний, даже при таком увеличении штрафов национальное законодательство остается относительно мягким: как показано выше, самый большой штраф за нарушение правил обработки персональных данных составляет 500 тыс. руб. Для сравнения: GDPR предусматривает штраф до 20 млн евро или до 4% от годового мирового оборота компании за предыдущий финансовый год.

В то же время национальное законодательство не исключает и уголовной ответственности: так, пункт 1 ст. 137 Уголовного кодекса Российской Федерации⁹ (далее — УК РФ) предусматривает за незаконное собирание или распространение сведений о частной жизни лица наказание в виде штрафа до 200 тыс. руб., либо обязательные работы, либо лишение свободы на срок до двух лет с лишением права занимать определенные должности на срок до трех лет. Сохранение уголовной ответственности согласно пункту 1 ст. 137 УК РФ¹⁰ при сравнительно скромных штрафных санкциях по КоАП кажется по крайней мере непоследовательным, тем более что электронная коммерция и онлайн-бизнес предполагают скорее гражданско-правовые инструменты регулирования.

Самая эффективная санкция, применяемая Роскомнадзором, — это блокировка интернет-сайта, осуществляемая после внесения сайта в Единый реестр доменных имен, указателей страниц сайтов в сети Интернет и сетевых адресов, позволяющих идентифицировать сайты в сети Интернет, содержащие информацию, распространение которой в Российской Федерации запрещено (далее — реестр).

⁹ СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

¹⁰ Там же.

Часть 5 ст. 15¹ Закона об информации устанавливает исчерпывающий перечень оснований для включения сайта в реестр. В то же время эта мера может иметь серьезные экономические последствия, а в отсутствие надлежащего судебного контроля применяться Роскомнадзором дискреционно (см., например, дела «Телеграм» и «Владимир Харитонов против России»). Введение «белых» и «черных» списков не решает эту проблему, так как основания такой классификации остаются неизвестными.

3. Основные проблемы в сфере защиты персональных данных: практика ЕСПЧ

3.1. Постоянная прослушка телефонных переговоров

В деле «Роман Захаров против России»¹¹ рассматривалась проблема, возникшая в связи с обязанностью российских мобильных операторов (а) установить систему прослушки, которая позволяла службам безопасности получить прямой доступ ко всем телефонным разговорам, и (б) сохранять информацию обо всех совершенных гражданами звонках в течение 3 лет. При этом и сам факт прослушки, и ее основания, и должностные лица, принявшие и исполняющие соответствующее решение, оставались секретной информацией, так что ни мобильный оператор, ни человек, которого прослушивают, не имели доступа к информации о проводимых оперативно-разыскных мероприятиях. Человек узнавал о прослушке его разговоров только при возбуждении в отношении него уголовного преследования и не имел возможности обжаловать эти действия. С подобной проблемой ранее сталкивались и другие государства¹², однако в России процедура авторизации перехвата сообщений, вернее ее отсутствие, подверглась критике впервые. Полагаем, что основные

¹¹ См.: Постановление ЕСПЧ от 4 декабря 2015 г. по делу «Роман Захаров (Roman Zakharov) против Российской Федерации» (жалоба № 47143/06) // Бюллетень ЕСПЧ. 2016. № 6.

¹² См., например: Постановление ЕСПЧ от 6 сентября 1978 г. по делу «Класс (Klass) и другие против Федеративной Республики Германии» (жалоба № 5029/71) // Европейский суд по правам человека. Избранные решения. Т. 1. М., 2000.

трудности, связанные с качеством закона, судебным контролем, процедурой в целом, станут отправным пунктом для многих последующих дел о защите персональных данных.

Здесь также следует отметить стремительное развитие альтернативных телефонным переговорам средств онлайн-связи: мессенджеров, социальных сетей, электронной почты и др. Обеспечение и обоснование их мониторинга и контроля являются новой задачей, стоящей перед законодательством, поэтому в скором времени основные споры в области защиты персональных данных будут связаны с доступом к информации и контролем в сети Интернет. Основная задача юристов — выстроить систему, следующую принципам законности, пропорциональности, прозрачности и предсказуемости. В настоящий момент проблема баланса публичных интересов и защиты персональных данных стоит крайне остро. Многие сайты заблокированы без надлежащего судебного решения и контроля со стороны независимого судебного органа, что ведет к серьезным материальным и моральным потерям онлайн-бизнеса. Построение сбалансированного регулирования требует как законодательных изменений, так и более прозрачной процедуры контроля новых средств связи.

3.2. Блокирование сайтов по IP-адресу

Дело «Владимир Харитонов против России» стало первым, но далеко не последним делом, наглядно демонстрирующим проблемы блокирования сайтов. Заявитель, директор Ассоциации онлайн-издателей, обжаловал блокировку его сайта Роскомнадзором, ссылаясь на нарушения статей 10 и 13 Конвенции. В 2012 году его сайт *digital-books.ru* заблокировали на три месяца из-за того, что он использовал один IP-адрес вместе с сайтом, вовлеченным в пропаганду наркотиков и занесенным в реестр Роскомнадзора на основании статьи 15¹ Закона об информации.

В данном случае поднимались вопросы не только свободы распространения информации, но также пределов полномочий Роскомнадзора по блокировке сайтов, предсказуемости и ясности Закона об информации, судебного контроля за деятельностью Роскомнадзора и

соблюдения принципа пропорциональности при осуществлении контрольных функций.

В постановлении по этому делу ЕСПЧ обозначил основные проблемы, связанные с блокировкой IP-адресов:

1) статья 15¹ Закона об информации наделяет Роскомнадзор широкими дискреционными полномочиями, что может привести к произвольной или чрезмерной блокировке (§ 38);

2) принятие решения о блокировке IP-адреса не требует предварительно удостовериться в необходимости блокировки или в использовании IP-адреса другими сайтами, не имеющими отношения к нарушению, послужившему основанием для блокировки (§ 41);

3) решение о блокировке было принято Роскомнадзором без уведомления заявителя и без судебного контроля (§ 43);

4) на сайте Роскомнадзора публикуется только информация о блокировке сайта, но отсутствует сам текст решения о блокировке, а равно причины блокировки, возможный способ ее обжалования, уведомление о ней лиц, чьи интересы были ею затронуты. Кроме того, заявитель так и не получил копию решения о блокировке (§ 44);

5) национальные суды не оценивали пропорциональность блокировки IP-адреса и, следовательно, всех сайтов, использующих тот же IP-адрес (§ 41).

3.3. Защита end-to-end encryption

В 2017 году мессенджер «Телеграм» был внесен в реестр Роскомнадзора как «организатор распространения информации в сети Интернет». Особенность этого мессенджера заключалась в технической возможности защиты сообщений от считывания третьими лицами посредством кодировки (*end-to-end encryption*). Администрация «Телеграм» отказалась выполнять запрос о раскрытии информации, необходимой для считывания сообщений лиц, подозреваемых в террористической деятельности, сославшись на принцип конфиденциальности сообщений (поскольку запрошенная информация могла быть использована для считывания сообщений остальных пользователей) и свободу выражения мнения. В 2018 году Роскомнадзор инициировал через суд процедуру блокировки сервиса, судебное решение, удовлетворившее

административный штраф
понесенные убытки
блокировка сайта

эти требования, подлежало немедленно-му исполнению.

Жалоба была коммуницирована ЕСПЧ только в октябре 2020 года, но дело «Телеграм» уже вошло в историю как пример конфликта между правом пользователей на конфиденциальность переписки и обязанностью владельца сайта обеспечить конфиденциальность персональных данных с одной стороны и требованием контролирующего органа предоставить доступ к этой информации с другой стороны. Особенно проблематичным здесь представляется вопрос пропорциональности и обоснованности такого требования: контролирующий орган посчитал получение информации по группе из 6 человек более важным, чем сохранение конфиденциальности переписки миллионов пользователей. Между тем принципиальный подход владельца мессенджера к защите персональных данных стал главным активом компании, определяющим ее рост и прибыль.

3.4. Защита персональных данных в зависимости от вида персональных данных и цели обработки

В завершение назовем несколько дел, в которых затрагивались вопросы защиты отдельных категорий персональных данных.

Так, проблема обработки медицинских данных рассматривалась в деле «Авилкина и другие против России»¹³, где речь шла о таких явлениях, как секретность медицинских данных и право на их исправление или удаление. В деле «Шимоволос против России»¹⁴ обжаловалось внесение имени правозащитника в базу данных и его отслеживание без надлежащего основания и информирования об этом. В делах «Хубер против Германии»¹⁵

и «Копланд против Соединенного Королевства»¹⁶ предметом рассмотрения были обработка статистических данных и мониторинг работодателем рабочего компьютера работника соответственно.

4. Заключение

Действующее российское законодательство о защите персональных данных в целом склоняется к усилению контроля в данной сфере. Понятия, принципы и цели Закона о персональных данных соответствуют стандартам, выработанным ЕС, в том числе практикой ЕСПЧ. Тем не менее остаются нерешенными многие вопросы, касающиеся процедуры защиты персональных данных, балансирования публичных и частных интересов, определения полномочий контролирующего органа (Роскомнадзора), судебного контроля за законностью и пропорциональностью решений исполнительного органа. Актуальность и многочисленность перечисленных проблем наглядно демонстрируются в последних решениях и жалобах, коммуницированных ЕСПЧ.

В китайском языке один и тот же иероглиф означает слова «опасность» и «возможность». Точно так же и позиции ЕСПЧ в части защиты персональных данных могут стать источником проблем или, напротив, их решением. Балансирование интересов по статьям 8 и 10 Конвенции означает в первую очередь, что вмешательство государства в осуществление установленных ими прав допускается лишь в крайних случаях и только в пределах, необходимых для обеспечения национальной безопасности, территориальной целостности или общественного порядка, предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья и нравственности, защиты репутации или прав других лиц, предотвращения разглашения информации, полученной конфиденциально, или обеспечения авторитета и беспристрастности правосудия. Неприкосновенность персональных данных означает, что персональные данные одного человека не могут становиться ценой экономической или физической свободы другого человека. ■

¹³ См.: Постановление ЕСПЧ от 6 июня 2013 г. по делу «Авилкина и другие (Avilkina and Others) против Российской Федерации» (жалоба № 1585/09) // Российская хроника Европейского Суда. 2014. № 1.

¹⁴ См.: Постановление ЕСПЧ от 21 июня 2011 г. по делу «Шимоволос (Shimovolos) против Российской Федерации» (жалоба № 30194/09) // Бюллетень ЕСПЧ. 2012. № 1.

¹⁵ См.: Решение Суда Европейского союза от 16 декабря 2008 г. по делу № C-524/06 «Хайнц Хубер (Heinz Huber) против Федеративной Республики Германии» // <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-524/06>

¹⁶ См.: Постановление ЕСПЧ от 3 апреля 2007 г. по делу «Копланд (Copland) против Соединенного Королевства» (жалоба № 62617/00) // Прецеденты ЕСПЧ. 2016. № 7.

прослушка разговоров

судебный контроль

законодательные изменения



Персональные данные в судебных актах

Игорь Олегович Бадмаев

Ростовский областной суд,
отдел по организации рассмотрения гражданских дел
в апелляционной инстанции, начальник отдела
г. Ростов-на-Дону, Россия

Суды как органы государственной власти являются операторами персональных данных независимо от включения их в реестр операторов, который ведет Роскомнадзор, и в силу положений Федерального закона от 22 декабря 2008 г. № 262-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации»¹ предоставляют доступ к сведениям о своей деятельности, в том числе размещающая на сайтах данные о находящихся в производстве делах и тексты судебных актов с учетом требований, закрепленных в статье 15 вышеупомянутого Закона (т.е. без указания персональных данных, кроме фамилий и инициалов участников процесса).

В арбитражных судах и судах общей юрисдикции сложились разные подходы к обезличиванию судебных актов. Так, на сайтах арбитражных судов тексты судебных постановлений размещаются в полном объеме, без обезличивания. Такой подход обусловлен экономическим характером споров и соответствующим субъектным составом (в спорах чаще всего участвуют юридические лица и индивидуальные предприниматели). При этом нельзя говорить о том, что арбитражные суды не соблюдают требования Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О защите персональных данных»² (далее — Закон № 152-ФЗ): напротив, при составлении мотивированного текста решения судьи исключают (устраняют) персональные данные сторон, которые не влияют на существо спора и не отнесены законом к обязательным (например, паспортные данные).

Подход судов общей юрисдикции основан на обязательной деперсонализации судебных актов, но при этом учитывается, что подавляющее количество таких споров не позволяет исключить персональные данные из текста решения. Так, устранение (обезличивание) информации о кадастровых номерах земельных участков и их адресах в рамках межевого спора об установлении границ земельного участка или об исправлении реестровой ошибки приведет к утрате смысла самого спора и, как следствие, к правовой неопределенности судебной практики. Также для разрешения споров, связанных с трудовыми и

пенсионными правоотношениями, в тексте необходимы сведения о профессии, должности и стаже работы.

Развитие и внедрение программно-технических решений ГАС «Правосудие» облегчает деперсонализацию судебных актов в судах общей юрисдикции, позволяя в автоматическом режиме определять некоторые данные сторон или лиц, участвующих в деле, которые подлежат исключению из текста.

Отсутствие в Законе № 152-ФЗ конкретизированного понятия персональных данных приводит к различному толкованию его содержания и разночтениям при включении тех или иных данных в категорию персональных, так как к ним формально-юридически относится практически любая информация о человеке. В результате судья или лицо, ответственное за деперсонализацию, при опубликовании текста судебного акта на свое усмотрение принимают решение об отнесении какой-либо информации к персональным данным и (или) сведениям ограниченного доступа³.

В связи с этим необходимо законодательно закрепить перечень информации, относящейся к персональным данным граждан Российской Федерации.

Нередко ввиду недоработок ответственного лица судебные акты ошибочно размещаются на сайтах без какой бы то ни было деперсонализации. Чтобы исключить ошибки, связанные с человеческим фактором, полагаем целесообразным определить лицо, дополнительно проверяющее уже опубликованный судебный акт. Поскольку такая работа будет строиться на внимательном изучении и регулярном мониторинге размещенных на сайте суда постановлений, возможно, логичнее будет закрепить такую обязанность за системным администратором (при должном уровне его подготовки) либо консультантом суда. Подобные проверки позволят судам обеспечить более надежную защиту персональных данных, а также соблюсти баланс между мерой правовой защиты и доступностью информации о деятельности судов. ■

¹ Российская газета. 26 декабря 2008 г.

² Российская газета. 29 июля 2006 г.

³ См.: Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2017 г. «Об утверждении Положения о порядке размещения текстов судебных актов на официальных сайтах Верховного Суда Российской Федерации, судов общей юрисдикции и арбитражных судов в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» // Документ опубликован не был. Источник — СПС «КонсультантПлюс».

Территориальная подсудность (подведомственность) дел об административных правонарушениях



Юрий Александрович Шайкин
Владимирский областной суд,
судья
г. Владимир, Россия

Аннотация. Рассматриваются вопросы определения территориальной подсудности (подведомственности) дел об административных правонарушениях и споров о подсудности (подведомственности). Действующие законодательство и судебная практика сравниваются с опубликованным Минюстом России для обсуждения проектом Процессуального кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Ключевые слова: место совершения административного правонарушения, территориальная подсудность (подведомственность), споры о подсудности

Territorial jurisdiction (cognisance) in respect of administrative offences: some problems and perspectives

Yuriy Aleksandrovich Shaykin, Vladimir Regional Court, Judge, Vladimir, Russia

Annotation. The article studies issues of the definition of the territorial jurisdiction (cognisance) in respect of administrative offences and jurisdiction-related disputes. The law in force and judicial practice are compared with the draft Procedural Code of the Russian Federation for administrative offences, published by the Ministry of Justice of the Russian Federation for discussion.

Keywords: place of committing administrative offence, territorial jurisdiction (cognisance), jurisdiction-related disputes

Общие правила определения территориальной подсудности и проблемы их применения

По общему правилу, закрепленному в части 1 ст. 29.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ)¹, дело об административном правонарушении рассматривается по месту его совершения. Аналогичное положение содержится в части 1 ст. 8.5 проекта Процессуального кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — проект ПКоАП РФ)², разработанного Минюстом России.

Однако если действующий КоАП РФ не дает ответа на вопрос о том, что является местом совершения административного правонарушения, то в примечании к статье 8.5 проекта ПКоАП РФ указывается, что под местом совершения административного правонарушения следует понимать место совершения противоправного действия независимо от места наступления его последствий, а если такое деяние носит длящийся характер, — место окончания противоправной деятельности, ее пресечения; если правонарушение совершено в форме бездействия, то местом его совершения следует считать место, где должно было быть совершено действие, выполнена возложенная на лицо обязанность.

Эта норма дословно воспроизводит разъяснение, содержащееся в абзаце 2 подп. «з» п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 марта 2005 г. № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» (далее — Постановление № 5)³.

На первый взгляд все довольно ясно. Однако произошедшие с момента издания этого Постановления развитие общественных отношений, законодательства, научно-технический прогресс привели к тому, что эти разъяснения не всегда позволяют быстро сориентироваться, где совершено правонарушение и должно рассматриваться дело. Напри-

мер, часть 1 ст. 5.61 КоАП РФ устанавливает административную ответственность за оскорбление, т.е. унижение чести и достоинства другого лица, выраженное в неприличной форме. Если оскорбление нанесено при личном общении граждан, находящихся в одном месте, вопросов о подсудности не возникает. Но как быть, если оскорбление нанесено при телефонных переговорах, общении с использованием видео-конференц-связи, путем направления оскорбительного сообщения по факсу, СМС, в мессенджерах? Где совершено правонарушение — там, где находится лицо, наносящее оскорбление, либо в месте нахождения потерпевшего?

Фактически противоправное действие — произнесение оскорбительных выражений или написание фраз — совершено в месте нахождения лица, привлекаемого к ответственности.

По нашему мнению, местом совершения административного правонарушения является место нахождения виновного лица. Так, в прокуратуру г. Владимира обратилась жительница г. Гусь-Хрустального Владимирской области Н., сообщившая о поступлении оскорбительного СМС-сообщения от Я., проживающей во Фрунзенском районе г. Владимира. Установлено, что Я. отравила СМС-сообщение с места своего жительства. Дело направлено для рассмотрения по месту совершения Я. противоправных действий — мировому судье Фрунзенского района г. Владимира, который и рассмотрел его по существу.

В.В. Дорошков и Н.А. Патов также указывали, что оскорбление по телефону считается совершенным в месте отправления сообщения, а не по месту его приема. Они распространяли эту позицию и на оскорбления с использованием факса, отмечая, что оскорбление считается оконченным с момента совершения действия вне зависимости от времени наступления последствий⁴. Подчеркнем, что такие выводы были сделаны, когда оскорбление относилось к уголовно наказуемым деяниям. Ныне же оскорбление является административным правонарушением.

административное правонарушение
местоправонарушения
территориальная подсудность

¹ Российская газета. 31 декабря 2001 г.

² См.: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=102945>

³ Бюллетень ВС РФ. 2005. № 6.

⁴ См.: Дорошков В.В., Патов Н.А. Особенности уголовного судопроизводства у мирового судьи // Российский судья. 2002. № 4. С. 22–28.

Полагаем, что оскорбление как административное правонарушение может быть наказуемым, только когда оскорбительные высказывания станут известны оскорбленному (за исключением оскорбления в публичном выступлении, публично демонстрирующемся произведении или средствах массовой информации). Если же потенциальный потерпевший не получит факсимильное или СМС-сообщение либо в момент телефонного разговора возникнут помехи, которые не позволят услышать оскорбление, т.е. лицо не узнает о том, что было оскорблено, то имеет место покушение на оскорбление. Покушение на совершение административного правонарушения не наказуется.

Другая точка зрения основана именно на невозможности привлечения к административной ответственности за неоконченное правонарушение. В соответствии с ней оскорбление совершается в месте, где находится потерпевший.

Если ранее такая дискуссия носила преимущественно академический характер, то с развитием средств коммуникации она перешла в практическую плоскость.

Как быть, если оскорбительное сообщение направлено лицом, выехавшим на отдых в иностранное государство, потерпевшему, находящемуся в России, или наоборот? Подобных случаев в практике судов Владимирской области не имелось. Не нашел их автор и в опубликованной судебной практике иных регионов. Однако представляет интерес подход, примененный судьей Московского городского суда в схожей ситуации в решении от 17 июня 2020 г. по делу № 7-8392/2019⁵ об административном правонарушении, предусмотренном частью 3 ст. 20.2 КоАП РФ (нарушение порядка организации публичного мероприятия).

В. привлечен к административной ответственности в связи с тем, что в сети Интернет призывал граждан к участию в несогласованном публичном мероприятии. В жалобе он указал, что организатором публичного мероприятия не являлся, находился в Литовской Республике, в связи с чем в силу части 2 ст. 18 КоАП РФ не может быть привлечен к административной ответственности. Отклоняя этот

довод, судья отметил, что, находясь за границей, В. вел трансляцию несогласованного публичного мероприятия в прямом эфире в сети Интернет, оповещал его возможных участников, призывал граждан к участию в нем, т.е. его действия были направлены на совершение правонарушения именно на территории Российской Федерации. В связи с этим в удовлетворении требований о прекращении производства по делу отказано.

Здесь, как и в предложенном нами вопросе, действия совершались в иностранном государстве, но были направлены на достижение противоправных целей на территории России.

Примененный судьей Мосгорсуда подход соотносится с частью 2 ст. 1.2 проекта ПКоАП РФ. Ею предусмотрено, что производство в отношении лица, совершившего административное правонарушение за пределами Российской Федерации, если это правонарушение направлено против интересов Российской Федерации, ведется в соответствии с указанным Кодексом. Но как быть, если правонарушение направлено против интересов не Российской Федерации, а отдельных лиц (включая иностранных), находящихся на ее территории?

В случае с оскорблением обе позиции по вопросу о месте окончания правонарушения имеют недостатки. Если оно окончено в месте нахождения правонарушителя, то, уехав за рубеж, можно безбоязненно оскорблять потерпевшего, оставшегося в России, ибо международных договоров о привлечении к ответственности по таким делам нет. Если же в месте нахождения потерпевшего, то, находясь в России, можно безнаказанно рассылать оскорбительные сообщения уехавшим за границу недругам. Но такая безнаказанность кажется недопустимой.

Так что же в подобных случаях является местом совершения административного правонарушения? Представляется, что по данному вопросу необходимы разъяснения высших судебных инстанций.

Подсудность дел о длящихся правонарушениях

Место совершения административного правонарушения, носящего длящийся характер, в Постановлении № 5 и в проекте ПКоАП РФ определяется как

споры подсудности
привлечение к ответственности
общественные интересы

⁵ См.: <https://www.mos-gorsud.ru/>

место окончания противоправной деятельности, ее пресечения. При этом нигде не указано, что является моментом пресечения противоправной деятельности.

Представим ситуацию: сотрудники УФСБ России по Владимирской области, находящегося на территории Октябрьского района г. Владимира, обнаружили в сети Интернет публичное демонстрационное нацистской атрибутики. Гражданин пояснил, что разместил эти материалы с компьютера, находящегося у него дома во Фрунзенском районе г. Владимира. Поскольку сами сотрудники ФСБ не вправе возбуждать дела об административных правонарушениях, предусмотренных статьей 20.3 КоАП РФ, материалы направлены в прокуратуру г. Владимира, находящуюся в Ленинском районе города.

Где же пресечено (окончено) длящееся правонарушение? Вот несколько вариантов: деяние пресечено ФСБ — в Октябрьском районе, прокуратурой — в Ленинском районе или окончено самим правонарушителем, который после вызова в ФСБ вернулся к себе домой во Фрунзенский район и удалил информацию.

Попробуем разобраться, в какой из трех районных судов г. Владимира направлять дело для рассмотрения.

Сотрудники ФСБ обнаружили правонарушение, но не уполномочены на возбуждение дела. Пресекли ли они правонарушение, только выявив его и взяв объяснение? Вряд ли. Особенно если гражданин даже после вызова в ФСБ не удалил такую информацию и не заблокировал доступ к ней. Более того, в пункте 14 Постановления № 5 указано, что днем обнаружения длящегося административного правонарушения считается день, когда должностное лицо, уполномоченное составлять протокол об административном правонарушении, выявило факт его совершения. В силу разъяснений, содержащихся в пункте 39 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26 июня 2018 г. № 28 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при рассмотрении административных дел и дел об административных правонарушениях, связанных с применением законодательства о публичных мероприятиях»⁶, под местом

выявления административного правонарушения следует понимать место, где должностным лицом, уполномоченным составлять протокол, либо прокурором был составлен протокол об административном правонарушении, вынесено постановление о возбуждении дела.

В данном случае на возбуждение дела уполномочен прокурор. Сотрудники ФСБ формально не считаются даже выявившими длящееся административное правонарушение. Логика подсказывает, что тем более они не являются лицами, пресекшими его.

Однако возбуждение дела прокурором само по себе также не пресекает противоправное деяние. Реально оно может быть окончено/пресечено двумя способами: либо правонарушитель с помощью технических средств удалит запрещенную информацию из сети Интернет, либо это сделают государственные органы.

На практике же используется юридическая фикция, позволяющая считать сам факт возбуждения дела прокурором пресечением длящегося административного правонарушения (в этом случае дело подсудно Ленинскому районному суду г. Владимира). Если же после вызова в ФСБ гражданин вернется домой и до возбуждения дела прокурором удалит информацию из сети Интернет, то деяние будет окончено по месту его жительства, а дело подсудно Фрунзенскому районному суду г. Владимира.

Подсудность дел о правонарушениях, совершенных путем бездействия

Весьма часто встречается вопрос об определении территориальной подсудности (подведомственности) дел об административных правонарушениях, совершенных путем бездействия.

Мы уже ссылались на абзац 2 подп. «з» п. 3 Постановления № 5, из которого следует, что если правонарушение совершено в форме бездействия, то местом его совершения следует считать место, где должно было быть совершено действие, выполнена возложенная на лицо обязанность. Однако в этом подпункте кроме абзаца 2 есть и абзац 3, гласящий, что при определении территориальной под-

подсудность дел
составление протокола
возбуждение дела

⁶ Бюллетень ВС РФ. 2018. № 8.

судности дел об административных правонарушениях, объективная сторона которых выражается в бездействии в виде неисполнения установленной правовым актом обязанности, необходимо исходить из места жительства физического лица, места исполнения должностным лицом своих обязанностей, места нахождения юридического лица.

Противоправное бездействие — волевое пассивное поведение, заключающееся в том, что лицо не выполняет возложенную на него обязанность действовать. Ответственность за него может вытекать из родственных отношений с потерпевшим, из закона, договора, иного правового акта либо наступать, когда виновный своим предшествующим поведением подверг опасности защищаемое право.

Автору не встречались административные правонарушения, совершенные путем бездействия в случаях, когда виновное лицо было обязано к совершению действий в связи с тем, что ранее само подвергло опасности защищаемое право (что, разумеется, не означает невозможности их существования). Противоправные деяния, совершенные в форме бездействия, практически всегда описываются как нарушение того или иного правового акта.

Например, если лицо привлекается к административной ответственности по статье 5.35 КоАП РФ за неисполнение обязанностей по воспитанию ребенка, то в постановлении будет указано, что это является нарушением не только родственной (родительской) обязанности, но и статьи 63 Семейного кодекса Российской Федерации⁷. В протоколе, составленном по статье 7.32¹ КоАП РФ в отношении лица, нарушившего срок оплаты товаров по государственному оборонному заказу, должно быть указано, какой именно государственный контракт не был исполнен.

Следовательно, исходя из разъяснений, содержащихся в абзаце 3 подп. «з» п. 3 Постановления № 5, подавляющее большинство дел об административных правонарушениях, совершенных в форме бездействия, должны рассматриваться судьями по месту жительства виновного гражданина, месту нахождения юридического лица или месту работы должностного лица.

Аналогичный подход следует применять и при определении территориальной подведомственности дел, рассматриваемых должностными лицами. Но он работает не всегда. Возьмем, к примеру, весьма часто встречающиеся нарушения правил благоустройства. Гражданин проживает в Дзержинском районе Нижегородской области, имеет в собственности жилой дом, расположенный в соседнем Гороховецком районе Владимирской области. Не появляется в нем и не очищает крышу дома от сосулек, т.е. путем бездействия нарушает правила благоустройства, установленные муниципальным правовым актом Гороховецкого района. Ответственность за это предусмотрена пунктом 1 ст. 12 Закона Владимирской области от 14 февраля 2003 г. № 11-ОЗ «Об административных правонарушениях во Владимирской области»⁸. На основании пункта 6 ст. 14 указанного Закона такие дела рассматриваются должностными лицами Государственной инспекции административно-технического надзора администрации Владимирской области.

В соответствии с абзацем 3 подп. «з» п. 3 Постановления № 5 дело должно быть направлено для рассмотрения по месту совершения противоправного бездействия — в Дзержинский район Нижегородской области. Но там некому поручить его рассмотрение. В результате дело рассматривается в г. Гороховце с применением абзаца 2 того же подпункта, хотя он, на наш взгляд, в меньшей степени применим к ситуации, нежели абзац 3.

Выходом из этого положения видится устранение конкуренции между указанными разъяснениями. Представляется, что в случае совершения административного правонарушения путем бездействия местом его совершения во всех случаях необходимо считать место, где обязанность должна была быть исполнена. Именно такая норма содержится в примечании к статье 8.5 проекта ПКоАП РФ.

Споры о подсудности

КоАП РФ — единственный процессуальный кодекс, не содержащий запрета на споры о подсудности.

⁸ Владимирские ведомости. 19 февраля 2003 г.

⁷ СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16.

противоправные деяния
защищаемое право
бездействие лица

В Определении от 9 июля 2020 г. № 1638-О «По запросу Костромского областного суда о проверке конституционности пункта 5 части 1 статьи 29.4, пункта 9 части 1 статьи 29.7 и пункта 2 части 2 статьи 29.9 КоАП РФ» Конституционный Суд Российской Федерации указал, что само по себе отсутствие в законодательстве об административных правонарушениях нормы, непосредственно запрещающей споры о подсудности, не предполагает возможность истолкования и применения его законоположений в смысле, расходящемся с конституционно-правовым содержанием права на судебную защиту.

Это означает, что определение судьи о передаче дела об административном правонарушении на рассмотрение по подведомственности является обязательным для суда (судьи), которому оно передано и который обязан рассмотреть соответствующее дело и вынести постановление⁹.

Соглашаясь с таким выводом, полагаем, что здесь требуется дополнительное правовое регулирование.

Проблема в том, что КоАП РФ (равно как и проект ПКоАП РФ) не содержит нормы о возможности самостоятельного обжалования определений о передаче дел по подсудности (подведомственности).

В то же время в статье 39 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации¹⁰ (далее — АПК РФ), статье 33 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации¹¹ и статье 27 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации¹² прямо говорится, что дела передаются из одного суда в другой после истечения срока на обжалование соответствующих определений или после отклонения вышестоящими судами жалоб на них. Пунктом 5 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 ноября 2012 г. № 26 «О применении норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в суде апелляционной инстанции»¹³ разъяснено, что постановления о передаче уголовных дел

по подсудности подлежат самостоятельному апелляционному обжалованию.

В ситуации с КоАП РФ Конституционный Суд Российской Федерации в приведенном выше Определении отметил, что «в дальнейшем же вопросы, связанные с подведомственностью, подлежат разрешению при проверке постановления по делу об административном правонарушении судьями вышестоящих судов с учетом установленных правил пересмотра».

Не совсем ясно, однако, имеется ли в виду исключительно пересмотр постановления, вынесенного по существу дела, либо допускается возможность самостоятельного обжалования определения о передаче дела по подсудности?

Если самостоятельное обжалование таких определений не допускается, то, на наш взгляд, могут возникнуть проблемы. При поступлении жалобы на определение о передаче дела по подсудности вышестоящий судья, видя, что оно вынесено с нарушением закона, должен оставить жалобу без рассмотрения, указав, что проверить этот довод можно только после вынесения постановления по существу дела. А судья первой инстанции, которому дело передано с явным нарушением правил подсудности, будет вынужден рассмотреть его и вынести постановление, заведомо подлежащее отмене в случае обжалования.

При наличии же возможности самостоятельного обжалования определений о передаче дел по подсудности (подведомственности) этого можно избежать.

Представляется, что имеющийся правовой пробел необходимо устранить введением в КоАП РФ и будущий ПКоАП РФ нормы о возможности самостоятельного обжалования определений о передаче дел по подсудности (подведомственности). Отсутствие такой нормы в проекте ПКоАП РФ кажется неоправданным, тем более если частью 1 ст. 1.1 проекта ПКоАП РФ предусмотрено, что арбитражные суды при рассмотрении дел об административных правонарушениях продолжают применять АПК РФ, содержащий подобное положение. В настоящее время этот пробел мог бы быть преодолен путем применения аналогии статьи 39 АПК РФ, статьи 33 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации и статьи 27 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации.

⁹ См.: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision482224.pdf>

¹⁰ СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012.

¹¹ СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532.

¹² СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1391.

¹³ Бюллетень ВС РФ. 2013. № 1.

Мотив иной личной заинтересованности при квалификации должностных преступлений



Алексей Васильевич Шкода

Второй кассационный суд общей юрисдикции,
судья,
кандидат юридических наук
г. Москва, Россия

Аннотация. В статье на основании анализа существующей российской судебной практики и современных доктринальных взглядов рассматриваются проблемы определения мотива иной личной заинтересованности при квалификации должностных преступлений. Изучение правоприменительной практики свидетельствует об ошибочном подходе российских судов к этой проблеме, что требует уточнения критериев определения данного квалификационного признака.

Ключевые слова: должностные преступления, мотив преступления, уголовная ответственность, квалификация преступлений, служебный подлог

Other personal interest as a reason in the framework of the legal classification of official misconduct

Aleksey Vasiliyevich Shkoda, Second Cassation Court of General Jurisdiction, Judge, Candidate of Laws, Moscow, Russia

Annotation. On the basis of an analysis of the current Russian judicial practice and modern doctrinal views the article studies problems of the definition of such a reason as other personal interest for the purposes of the legal classification of official misconduct. A study of the practice of the application of law demonstrates that the Russian courts' approach to this issue is erroneous and requires a clarification of the criteria for the definition of that qualifying element.

Keywords: official misconduct, reason of a crime, criminal responsibility, legal classification of crimes, official forgery

Согласно Стратегии национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года¹ одной из угроз государственной безопасности выступает коррупция, в связи с чем государство определяет долгосрочные направления по совершенствованию мер борьбы с ней, разработке и использованию мер, обращенных на снижение уровня коррумпированности общественных отношений. На положение, закрепленное в этой Стратегии, обращает внимание и Пленум Верховного Суда Российской Федерации, указывая в Постановлении от 9 июля 2013 г. № 24 «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях», что «в целях уголовно-правового обеспечения противодействия коррупции и в интересах выполнения международных обязательств, Уголовный кодекс Российской Федерации устанавливает ответственность за совершение коррупционных преступлений»². В соответствии с действующим законодательством к преступлениям коррупционной направленности относятся не только противоправные деяния, связанные с получением, дачей или посредничеством во взятке, но и иные должностные преступления, когда должностное лицо использовало принадлежащие ему властные полномочия в целях извлечения материальных или нематериальных благ как для себя, так и для третьих лиц.

В силу статьи 8 Уголовного кодекса Российской Федерации³ (далее — УК РФ) основанием уголовной ответственности выступает наличие в совершенном деянии всех признаков состава преступления. Иными словами, в преступном деянии должна быть установлена совокупность объективных и субъективных признаков конкретного состава преступления. Мы специально обратились к статье 8, описывающей основание уголовной ответственности, так как применительно к некоторым должностным преступлениям, где обязательным квалификационным признаком выступает мотив совершения

преступления, как на стадии следствия, так и судами допускаются ошибки в определении субъективных признаков таких деяний. Речь в данном случае идет о составах преступления, закрепленных в главе 30 УК РФ, которые, кроме умышленной формы вины, обязательным квалификационным признаком называют мотив корыстной или иной личной заинтересованности.

Корыстная заинтересованность должностного лица связана с получением материальной выгоды как для себя, так и для третьих лиц, и квалификация действий должностного лица, совершенных по мотиву корыстной заинтересованности, обычно не вызывает сложностей у правоприменителей при должной работе и качественной доказательственной базе.

Совершенно иная ситуация складывается в правоприменительной практике именно с определением мотива иной личной заинтересованности. Проблема заключается в том, что законодатель в должностных преступлениях отнес данный мотив к категории оценочных признаков, т.е. правоприменитель в каждой конкретной ситуации должен его не только установить, но и раскрыть его содержание, т.е. выяснить, в чем именно состояла личная заинтересованность конкретного виновного лица. Проблема установления мотива иной личной заинтересованности заключается еще и в том, что его понимание в конкретном уголовном деле полностью зависит от субъективной оценки правоприменителя, зачастую не подкрепленной какими-либо доказательствами. Более того, встречаются обвинительные приговоры, в которых суды вообще не раскрывают его содержание, ограничиваясь всего лишь упоминанием того, что лицо при совершении преступления руководствовалось данным мотивом.

В настоящее время в судебной практике сложилась крайне опасная и парадоксальная ситуация в определении мотива иной личной заинтересованности. Опасность заключается в том, что, будучи предусмотренным в уголовно-правовой норме, мотив иной личной заинтересованности содержательно не раскрывается законодателем, а судебная практика не только не дает однозначного ответа на вопрос, что должно пониматься под этим мотивом, но, что еще серьезнее, относит к нему «ложно понятые интересы

должностные преступления

мотив преступления

уголовная ответственность

¹ Указ Президента Российской Федерации от 12 мая 2009 г. № 537 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года» // Российская газета. 19 мая 2009 г.

² Российская газета. 17 июля 2013 г.

³ СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

служебной деятельности»⁴. К мотиву иной личной заинтересованности правоприменитель также относит дружеские отношения, поездку в отпуск и т.п. Получается, что правоприменитель в зависимости от обстоятельств совершенного преступления как бы стремится подвести под мотив иной личной заинтересованности любые отношения между лицами, субъективно полагая, что таким образом виновное лицо пыталось получить определенную нематериальную выгоду.

Следователь, который сталкивается с вопросом наличия (отсутствия) признаков должностного преступления, совершенного по мотиву иной личной заинтересованности, обращается к сформировавшейся практике российских судов, которые обосновывают в своих решениях, что понималось под мотивом иной личной заинтересованности в конкретном уголовном деле. Получив информацию о понимании этого мотива в практике российских судов, следователь по аналогии распространяет вступившие в законную силу судебные решения и на уголовное дело, находящееся у него в производстве. Именно здесь кроется опасность, так как ошибка в определении мотива, заложенная в одном судебном решении, будет ошибочно воспринята в другом уголовном деле и также может быть ошибочно в последующем заложена в приговор суда.

Например, мотив иной личной заинтересованности трактуется судами как «стремление должностного лица к повышению статистических показателей своей служебной деятельности о выявленных административных правонарушениях»⁵; «желание получить поощрение, продвижение по службе»⁶; «создание видимости отсутствия нарушения, осознавая, что указанные нарушения в работе могут послужить основанием для наложения

дисциплинарного взыскания»⁷; «желание оставаться в занимаемой должности, получая установленное денежное довольствие, а также поощрения по службе в связи с высокими показателями выполняемой работы, фактически уменьшая при этом объем выполняемой работы, в том числе и связанной с надлежащим исполнением поручений, создавая видимость своевременного и качественного ее выполнения»⁸; «нежелание конфликтовать с непосредственным руководителем, а также, чтобы избежать возникновения возможного негативного к нему отношения со стороны непосредственного руководителя и коллег по службе»⁹; «необходимость повышения сборов налогов в бюджет сельского поселения»¹⁰; «сокрытие преступления от регистрационного учета и улучшения показателей профессиональной деятельности по раскрываемости, не желая установления фактических обстоятельств произошедшего»¹¹.

В пункте 16 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 16 октября 2009 г. № 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий»¹² мотив иной личной заинтересованности раскрыт как стремление должностного лица извлечь выгоду неимущественного характера, обусловленную такими побуждениями, как карьеризм, семейственность, желание приукрасить действительное положение, получить взаимную услугу, заручиться поддержкой в решении какого-либо вопроса, скрыть свою некомпетентность.

⁴ Ступина С.А. Личная заинтересованность и личный интерес как мотивы совершения преступления: некоторые проблемы установления // Эпоха науки. 2019. № 20. С. 296–299.

⁵ Приговор Советского районного суда г. Уфы Республики Башкортостан от 4 декабря 2017 г. по уголовному делу № 1-549/2017 // <https://sudact.ru/>

⁶ Приговор Советского районного суда г. Новосибирска от 4 октября 2017 г. по уголовному делу № 1-195/2017 // <https://sudact.ru/>

⁷ Приговор Дзержинского районного суда г. Ярославля от 19 сентября 2017 г. по уголовному делу № 1-172/2017 // <https://sudact.ru/>

⁸ Приговор Ленинского районного суда г. Новосибирска от 7 августа 2017 г. по уголовному делу № 1-497/2017 // <https://sudact.ru/>

⁹ Приговор Кировского районного суда г. Новосибирска от 13 июля 2017 г. по уголовному делу № 1-147/2017 // <https://sudact.ru/>

¹⁰ Приговор Салаватского межрайонного суда Республики Башкортостан от 3 февраля 2020 г. № 1-190/2019 1-6/2020 по делу № 1-134/2019 // <https://sudact.ru/>

¹¹ Приговор Наро-Фоминского районного суда Московской области от 30 января 2020 г. № 1-11/2020 1-477/2019 по делу № 1-11/2020 // <https://sudact.ru/>

¹² Российская газета. 30 октября 2009 г.

Разъяснение Пленума, безусловно, направлено на то, чтобы помочь судам в уяснении сущности мотива иной личной заинтересованности при квалификации должностных преступлений. К сожалению, действительность оказалось совершенно иной, что и подтверждает проведенный нами анализ правоприменительной практики, когда нижестоящие суды либо не учитывали это разъяснение, либо трактовали анализируемый квалификационный признак на свое судебское усмотрение, что не просто не разрешило существующую проблему, а, наоборот, только усугубило ее. Полагаем, что существующая проблема может быть разрешена посредством использования Пленумом Верховного Суда Российской Федерации более точных формулировок в определении мотива иной личной заинтересованности, путем дополнительных разъяснений либо выпуска обзора судебной практики по вопросам квалификации должностных преступлений, совершенных по этому мотиву, так как мы видим, что нижестоящие суды трактуют его чрезмерно широко.

Российская доктрина уголовного права пытается прийти на помощь правоприменителю и определить содержательную сторону мотива иной личной заинтересованности. Однако и в доктрине мы видим множество точек зрения, порой противоречивых, в понимании анализируемого мотива преступления. Всё многообразие научных взглядов на его определение можно условно разделить на следующие группы: 1) под данным мотивом ученые понимают кумовство, карьеризм, желание угодить начальнику, надежду на оказание взаимной услуги в будущем¹³; 2) протекционизм, карьеристские цели, оказание помощи близким¹⁴; 3) разграничение иной личной заинтересованности и интересов служебной деятельности и недопущение смешения личных и служебных интересов¹⁵.

Примечательным является заключение, сделанное Ю.В. Вороновой и А.Б. Пряхиной по результатам опроса действующих следователей Следствен-

ного комитета Российской Федерации и будущих следователей о сущности мотива иной личной заинтересованности. Авторы отметили, что «неопределенность уголовно-правового содержания конструктов «иная личная заинтересованность» и «ложное понимание интересов службы» приводит к невозможности их дифференциации у респондентов»¹⁶. Они также подчеркнули, что как действующие, так и будущие следователи оказались в сложной ситуации, когда не смогли четко определить, что понимается под мотивом иной личной заинтересованности и совпадает ли данный мотив и мотив ложно понятых служебных интересов. Всё это позволяет нам с уверенностью говорить о необходимости изменения подхода к определению мотива иной личной заинтересованности.

Проведенный анализ судебной практики показал, что судьи при квалификации должностных преступлений, совершенных по мотиву иной личной заинтересованности, допускают ошибку в части правильного понимания и определения истинных намерений преступника. Мотив преступного поведения — это обусловленное определенными потребностями осознанное побуждение, стимулирующее должностное лицо к совершению преступления. Учитывая данное обстоятельство, при квалификации значение приобретает мотив преступного поведения, который становится решающей субъективной причиной преступления. Важно отметить, что если лицо при использовании своих должностных полномочий не стремилось к получению определенных личностных благ, то его действия не могут квалифицироваться как соответствующее должностное преступление, здесь будут усматриваться признаки дисциплинарного проступка.

Именно по этой причине судам при квалификации действий виновных лиц надлежит четко проводить разграничение между мотивом иной личной заинтересованности и мотивом ложно понятых интересов службы. В первом случае должностное лицо, совершая, например, служебный подлог, стремится извлечь вы-

¹³ См.: Крюкова Н.И., Халиков Ф.З. Проблемы квалификации служебного подлога // Экономика. Право. Общество. 2016. № 1 (5). С. 72.

¹⁴ См.: Давитадзе М.Д. Служебный подлог // Вестник экономической безопасности. 2019. № 3. С. 149.

¹⁵ См.: Ступина С.А. Указ. соч. С. 300.

¹⁶ Воронова Ю.В., Пряхина А.Б. Интерпретация понятий «иная личная заинтересованность» и «ложное понимание интересов службы» через призму объективного восприятия субъектами следственной деятельности // Вестник Московского университета МВД России. 2019. № 5. С. 299–302.

году нематериального характера для себя или третьих лиц. При этом мотив иной личной заинтересованности выступает обязательным квалификационным признаком состава преступления, предусмотренного статьей 292 УК РФ, а следовательно, он будет определяющим в момент возникновения и реализации прямого умысла со стороны должностного лица.

При совершении должностного преступления по мотиву иной личной заинтересованности у виновного лица должна существовать реальная возможность в получении определенных нематериальных благ для себя или третьих лиц. Если же в материалах уголовного дела нет доказательств, которыми подтверждался бы факт получения иной личной выгоды для виновного лица, то уголовная ответственность должна исключаться. Причем мы специально говорим о наличии факта получения нематериальных благ виновным должностным лицом, так как может быть ситуация, когда отсутствовали нормативные или фактические основания для получения такой выгоды. Выгода, к извлечению которой стремится должностное лицо, должна существовать, и он ее может реально получить, совершая деяние, или получить ее от своего руководителя, который в таком случае должен быть не только осведомлен о преступных действиях подчиненного, но и реально гарантировать возможность получения личной выгоды или взаимной услуги для виновного или третьих лиц. Выводы же, к которым приходят органы предварительного следствия (о том, что виновное лицо стремилось при осуществлении служебного подлога получить, например, определенную услугу, выгоду, улучшить свое должностное положение, получить продвижение по службе и т.п.), при отсутствии фактических оснований не могут приводить к квалификации его действий как совершенных по мотиву иной личной заинтересованности.

Другими словами, мотив иной личной заинтересованности должен быть подтвержден, т.е. лицо фактически должно получить в результате совершенного деяния выгоду нематериального характера, в противном случае мы можем столкнуться с ситуацией объективного вменения, которое запрещено нормами российского уголовного закона. Дополнительно отметим, что если аналогия российского уголовного закона запрещена, то для применения по

аналогии судебных решений никакого запрета нет. Мы связываем это с тем, что при квалификации должностного преступления, совершенного по мотиву корыстной заинтересованности, суды в приговоре устанавливают факт получения денег или услуг (работ) имущественного характера и, наоборот, исключают при квалификации корыстный мотив, когда в деле отсутствуют соответствующие доказательства¹⁷.

Иная личная заинтересованность — это стремление получить определенную неимущественную выгоду для себя; у виновного должностного лица должна возникнуть реальная потребность в каких-либо благах, интересах, выгодах. Совершая преступление, должностное лицо, руководствуясь мотивом иной личной заинтересованности, должно быть лично заинтересовано не только в совершении преступления, но и желать достичь определенного результата для себя или третьих лиц. Полагаем, что практику определения мотива корыстной заинтересованности в должностных преступлениях, когда в уголовном деле должны существовать прямые доказательства получения виновным лицом определенных материальных выгод, необходимо распространить и на мотив иной личной заинтересованности, когда в деле также должны быть прямые доказательства, подтверждающие получение виновным лицом нематериальных благ.

Следовательно, уголовная ответственность исключается, во-первых, если мотивом действия должностного лица были неверно поняты мотивы служебной деятельности, когда лицом не были извлечены личные выгоды для себя или третьих лиц при выполнении должностных полномочий; мотив служебного интереса и мотив личной заинтересованности не могут считаться совпадающими и, соответственно, образовывать состав должностного преступления. Во-вторых, об уголовной ответственности нельзя говорить, если лицо, совершившее деяние, не получило и не стремилось получить какую-либо выгоду для себя или третьих лиц и материалами уголовного дела не подтверждается факт получения каких-либо нематериальных благ. 

¹⁷ Приговор Салаватского межрайонного суда Республики Башкортостан от 3 февраля 2020 г. № 1-190/2019 1-6/2020 по делу № 1-134/2019 // <https://sudact.ru/>

личная заинтересованность
нематериальный характер
прямые доказательства

Судебная практика в условиях социально- технологического эксперимента



Мария Евгеньевна Черемисинова

Институт законодательства и сравнительного
правоведения при Правительстве Российской
Федерации,
заведующая центром научных изданий,
старший научный сотрудник отдела теории права и
междисциплинарных исследований законодательства,
кандидат юридических наук
г. Москва, Россия

Аннотация. В статье рассматривается изменение места и роли судебной практики в жизни современного общества, которое может быть охарактеризовано как общество риска. Обозначаются сферы влияния технологий на судебную деятельность: применение непосредственно в деятельности суда, оценка социальных последствий внедрения инноваций, участие в экспериментальных правовых режимах. Подчеркивается непреходящее значение судебной практики для общественных отношений и права, несмотря на формирование новых социально-технологических условий их реализации.

Ключевые слова: судебная практика, правовой риск, социально-технологический эксперимент, внедрение инноваций, судебный прецедент

Judicial practice in the circumstances of a social and technological experiment

Mariya Yevgeniyevna Cheremisina, Institute of legislation and comparative law under the Government of the Russian Federation, Head of the Centre for Scientific Publications, Senior Research Fellow at the Department of the Theory of Law and Interdisciplinary Studies of the Legislation, Candidate of Laws, Moscow, Russia

Annotation. The article studies the way in which the place and role of the judicial practice has changed in the life of the modern society, which may be characterized as a society of risk. It indicates the areas where technologies influence the judicial activity: application directly in courts' activities, assessment of social consequences of innovations, participation in experimental legal regimes. It underlines the lasting significance of the judicial practice for social relations and law, despite the formation of new social and technological circumstances of their realisation.

Keywords: judicial practice, legal risk, social and technological experiment, innovations, judicial precedent

Новая волна технологической революции, развернувшейся в начале третьего тысячелетия, заметно отличается от предыдущих не только темпами разработки и внедрения инноваций, но и социальными масштабами. Общество все глубже погружается в систему научно и технически оформленных трансакций и становится зависимым от этой системы, не до конца осознавая последствия ее развития. Прогнозы довольно противоречивые, но, как известно, прогресс остановить невозможно, а следовательно, остается приспособляться к формирующимся условиям, осмысливая большинство из них постфактум. Очевидно одно: современное общество — это общество риска¹, обусловленного высокой степенью заинтересованности и широкими возможностями субъектов, которые готовы разрабатывать, внедрять и использовать нововведения. При этом законные интересы в обществе превалируют над рисками, что позволяет говорить об экспериментальном состоянии, в котором осуществляется и повседневная, и научная деятельность субъектов.

Наиболее заметный рывок технологического развития произошел в связи с распространением глобальной информационно-телекоммуникационной сети Интернет, которая одновременно является ресурсом исследования и позволяет интенсифицировать научные разработки в разных областях знания. Искусственный интеллект, криптовалюта, телемедицина, биомедицина, большие данные, облачные технологии, нейросети — только некоторые результаты освоения Интернета, достигнутые в том числе за счет открывшихся возможностей глобального обмена научными данными. Такой обмен обеспечивают интернет-технологии, которые находятся в стадии постоянного развития, могут быть внедрены в короткие сроки любыми субъектами в Интернете (один из принципов работы Глобальной сети «инновации без спросу») и распространены на широкий круг общественных отношений. Важно, что именно общество восприняло эту систему

открыто и с воодушевлением, оценив преимущества нового витка развития технологий. Государства разрабатывают стратегии и программы, направленные на поддержку и стимулирование инноваций, используют электронные платформы в работе своих органов и институтов, предприниматели и граждане уже не мыслят своей жизни без подключения к Интернету. В научной литературе отмечается так называемый аутопойетический² характер динамики техносоциальных систем (к которым уже сейчас можно отнести весь спектр взаимодействий на интернет-платформе), что обуславливает слабую подконтрольность такой системы каким-либо институциональным структурам, а значит, повышение рисков, в том числе правовых, при развитии и распространении.

Вместе с тем подобные инновационные риски сохраняются, неблагоприятные последствия применения технологий периодически проявляются, обнаруживаются и требуют нейтрализации в целях поддержания общественного правопорядка и дальнейшего поступательного развития. В научной литературе отмечается, что этот технологический прорыв, вне всякого сомнения, является значимым фактором развития современного общества, но наука пока не дает однозначного ответа на вопрос о природе этих процессов, что позволило бы объективно оценить мас-

² Аутопойезис обозначает систему, которая воспроизводит все свои элементарные части при помощи действующей сети таких же элементов и благодаря этому отграничивается от внешней среды. Это может происходить в форме жизни, в форме сознания или, в случае социальной системы, в форме коммуникации. Право в этом случае становится в определенной степени внешней средой, от которой сама система начинает отгораживаться, поскольку там формируются собственные правила регуляции, обусловленные механизмами этой самовоспроизводящейся системы. Подробнее см.: Luhmann N. The Autopoiesis of social systems // Luhmann N. Essays on self-reference. N.Y., 1990; Луман Н. Медиа коммуникации / пер. с нем. А. Глухов, О. Никифоров. М., 2005. С. 11; Лавренчук Е.А. Аутопойезис социальных сетей в интернет-пространстве: дис. ... канд. филос. наук. М., 2011; Орлов Д.Е., Орлова Н.А. Аутопойезис техносоциальных систем как фактор разрастания социальных рисков // Вестник РУДН. Серия «Социология». 2015. № 2. С. 59—67.

¹ Подробнее см.: Бехманн Г. Современное общество, общество риска, общество знания. М., 2019.

судебная практика

правовой риск

социально-технологический эксперимент



штаб и последствия их влияния на общество и различные сферы его жизни³.

При этом роль правосудия и эффективного судопроизводства не просто сохраняется, а возрастает, отражая устойчивость системы защиты прав и свобод, формировавшейся на протяжении продолжительного времени и ставшей своего рода ценностным ориентиром современного общества.

Правосудие как неотъемлемая часть общественной и государственной жизни также испытывает влияние технологий. Это проявляется как минимум в трех направлениях:

1) применение электронных средств коммуникации для осуществления деятельности судов и судей (что должно позволить совершенствовать такую работу согласно велению времени, но также может повлечь социальные риски различного рода). В этом случае суд сам в определенной степени становится участником технологического эксперимента;

2) накопление сведений о последствиях использования собственно инноваций (что фактически служит источником информации о социальных результатах экспериментальных действий с использованием информационно-телекоммуникационных и других передовых технологий). При этом, с одной стороны, судебная система выполняет функцию, осуществляемую

на диагностико-результативном этапе эксперимента, т.е. оценивает реакцию субъектов на воздействие инноваций, а также фиксирует динамику правовых последствий. С другой стороны, в силу необходимости выполнения своих ключевых функций суд вырабатывает решение, которое должно соответствовать принципу законности и в то же время новым, не всегда точно определенным в праве и законодательстве отношениям;

3) оценка результатов действия экспериментальных правовых режимов (является необходимой гарантией защиты прав и свобод субъектов при недостаточности предусмотренных в специальном («экспериментальном») законодательстве способов разрешения конфликтных или иных неблагоприятных ситуаций). Речь идет о действии правосудия и, возможно, поиске его места в уже очерченном правовом поле, где предпринята попытка соединить технологический и правовой эксперимент.

Первое направление внедряется на практике и довольно активно обсуждается в юридической науке. Уже введена в действие государственная автоматизированная система Российской Федерации «Правосудие»⁴, сформированы и открыты для всеобщего доступа порталы «Судебные и нормативные акты РФ»⁵, «Суд по интеллектуальным правам»⁶. Подобная модернизация соответствует современным процессам цифровизации, хотя и влечет дополнительную нагрузку на сотрудников судов за счет необходимости наполнять и поддерживать названные системы в рабочем состоянии, отвечать за сбои в их работе и т.п. В настоящее время очевидно, что полностью цифровое направление деятельности судов не может заменить традиционные действия, осуществляемые при судопроизводстве, а является дополнительным средством, которое повышает уровень осведомленности населения о деятельности судов, облегчает работу представителей профессионального

³ См.: Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н. Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 1. С. 86.

⁴ См.: <https://kad.arbitr.ru/>

⁵ См.: <https://sudact.ru/>

⁶ См.: <https://ipc.arbitr.ru/>

юридического сообщества, отражает способность судебной системы идти в ногу со временем.

Однако прогресс неумолим, и теперь с энтузиазмом обсуждается следующий этап внедрения инноваций в судебную деятельность: возможность применения искусственного интеллекта и робототехники при вынесении решений в процессе отправления правосудия. Пока отношение к такому развитию событий довольно скептическое, вопросов много и с правовой, и с технологической точки зрения. В то же время примеры подобных нововведений уже есть в зарубежной практике. По мнению отдельных авторов, важно, что робота-судью нельзя подкупить, он не будет уставать, болеть и послужит максимальному раскрытию человеческого потенциала в сфере правосудия⁷, «новые технические возможности открывают перспективы иной архитектуры судебной системы»⁸. Вместе с тем обоснованно ставится вопрос о способах обжалования решений, вынесенных роботом, о технической надежности подобных систем и субъектах ответственности за сбои в работе технологий, что, в свою очередь, влечет постановку вопроса о трансформации институциональной структуры судебной системы, которая будет нуждаться в новых специалистах, обладающих навыками и технического, и юридического свойства, а это требует решения на уровне совершенствования образовательной деятельности и т.д.

В любом случае при разработке и внедрении рассмотренных и других возможных нововведений важно принимать во внимание технику проведения эксперимента, т.е. определить хотя бы примерные результаты для всех субъектов, которые потенциально могут быть в него вовлечены, возможности выхода из эксперимента либо

компенсации его неблагоприятных последствий. Кроме того, массовое внедрение подобных технологий требует серьезного научного (юридического и технического) сопровождения и достаточно длительного времени апробации, поскольку социальные последствия могут иметь отложенный эффект и поддаются прогнозированию гораздо сложнее, чем технические.

И если первое рассмотренное выше направление развития судебной практики предполагает расширение возможностей судов адаптироваться к новым условиям, оптимизировать нововведения для общественных нужд, то второе уже реализуется в условиях социально-технологического эксперимента. Действовать на опережение здесь явно не приходится. Более того, однозначно констатируется, что право отстает от развития технологий и общественных процессов, протекающих на новых платформах. Все чаще формулируются запросы на теоретические разработки, которые позволят выработать приемлемые подходы к правотворчеству в цифровую эпоху. Однако пока, по нашему мнению, ключевая роль в правовом регулировании принадлежит правоприменению. В то время как законодатель при введении правовых норм вынужден прибегать к интуитивно-ситуативному подходу вместо системного (по крайней мере, в части терминологии⁹), не будучи полностью осведомленным о признаках субъектов и технологических деталях их взаимодействий, определяя только контуры правоотношений и правовых статусов субъектов, правоприменитель оказывается лицом к лицу с последствиями его использования и преодолевает правовую неопределенность уже в ходе судебного процесса.

Суд при этом играет важную роль, поскольку ему фактически предстоит закрепить за ответчиком тот или иной статус, что может создать своего рода прецедент, который будет применяться

⁷ Подробнее см.: Голованова Н.А., Гравина А.А., Зайцев О.А. и др. Уголовно-юрисдикционная деятельность в условиях цифровизации: монография. М., 2019. С. 158.

⁸ См., например: Бурдина Е.В. Развитие судебной системы в условиях информационного общества // Российское правосудие. 2018. № 7. С. 27 (цит. по: Голованова Н.А., Гравина А.А., Зайцев О.А. и др. Указ. соч.)

⁹ Подробнее см.: Черемисинова М.Е. Определение субъекта интернет-отношений в праве и законодательстве: проблемы и тенденции развития терминологии // Трансформация правовой реальности в цифровую эпоху: сб. науч. тр. М., 2019. С. 196–212.

электронные средства

накопленные данные

защита прав и свобод

ся к подобным правоотношениям. Такая ситуация возникла в результате закрепления в законодательстве правовых статусов субъектов таким образом, что субъекты не знают, подпадают они под законодательное регулирование или нет, а если подпадают, то под какое именно. Это связано с тем, что на данной стадии развития Интернета невозможно с полной определенностью обозначить признаки субъекта и выполняемые им функции. По логике один субъект может быть, например, и информационным посредником, и поисковой системой, и организатором распространения информации. При этом правовые последствия для него остаются неясными и могут проявиться в конфликтной ситуации. В этом случае определение признаков субъекта и его правового

“

Полностью цифровое направление деятельности судов не может заменить традиционные действия, осуществляемые при судопроизводстве, а является дополнительным средством

го статуса становится необходимым условием, поскольку от этого зависит дальнейшая судьба субъекта.

Роль судебной практики в инновационных процессах подтверждается и зарубежными исследователями. Например, на ранних стадиях становления виртуального пространства, когда все основные события происходили в США, судебная практика, будучи краеугольным камнем правовой системы, играла ключевую роль в развитии Интернета. Поскольку Интернет был тогда чем-то новым, его регулирование преимущественно основывалось на судебной практике (в рамках прецедентного права). Судьям приходилось выносить приговоры, несмотря на отсутствие необходимых инструментов. В результате в основу формирования новой области права легли прецеденты¹⁰.

¹⁰ См.: Курбалия И. Управление Интернетом / пер. с англ. А. Михеева, Е. Зиновьевой, А. Лазуткиной. М., 2018. С. 198.

Для современной отечественной науки и практики, когда законодательные решения отстают от развивающихся правоотношений, эти примеры могут способствовать развитию дискуссии об активизации судов в правотворчестве и перспектив судебного прецедента¹¹. В литературе отмечается, что в таких условиях необходимо повышение роли взаимосвязи законодательного и правоприменительного процессов, вовлечение правовой доктрины через правоинтерпретационную деятельность судов, а формируемые судами подходы могут стать базой для приведения к единообразию судебной практики и апробирования планируемых способов законодательного регулирования¹².

Более того, в науке поставлен вопрос о судебном прецеденте как способе минимизации частных и публичных правовых рисков. И в качестве одного из таких способов предложено законодательное закрепление обязательности официально оформленных судебных правовых позиций, которое, с одной стороны, способно обеспечить единство судебной практики, а с другой стороны, может повлечь утрату независимости судьи¹³. Иными словами, это требует дальнейшего исследования, хотя уже заметным прогрессом яв-

¹¹ Подробнее см.: Хабриева Т.Я., Лазарев В.В., Табов А.В. и др. Судебная практика в современной правовой системе России: монография / под ред. Т.Я. Хабриевой, В.В. Лазарева. М., 2017 (автор заключения к монографии — В.В. Лазарев); Добуш Д.В., Красняков Н.И. Социально-юридическая природа судебного прецедента в правовой системе общества // Развитие территорий. 2017. № 2. С. 40–44; Дивин И.М. К вопросу о признании судебного прецедента источником права в отечественной правовой доктрине // Государство и право. 2013. № 9. С. 89–92; Демиева А.Г. Особенности формирования прецедента в России // Международный коммерческий арбитраж и вопросы частного права: сб. ст. М., 2018. С. 152–162.

¹² См.: Лазарев В.В., Гаджиев Х.И., Алимов Э.В. и др. Защита данных: научно-практический комментарий к судебной практике / отв. ред. В.В. Лазарев, Х.И. Гаджиев. М., 2020. С. 15, 16.

¹³ См.: Богдан В.В., Гринев А.В. О судебном прецеденте как способе минимизации частных и публичных правовых рисков: дискуссионные вопросы // Российский судья. 2018. № 11. С. 47–50.

ляется сама постановка вопроса о развитии идей о роли судебной практики в условиях рискованного характера реализации современных общественных отношений.

Очевидно, что для минимизации рисков необходимо их в первую очередь диагностировать, а для этого «нужно предвидеть реальные отклонения в правовой сфере»¹⁴. При этом, как подчеркивается в научной литературе, нужен анализ последствий возможного и реального действия права¹⁵. Он осуществляется на базе изучения материалов судебной практики, которая аккумулирует разнообразные варианты развития правоотношений и в настоящее время зачастую оказывается перед проблемой переосмысления приоритетности основных прав и свобод. В таких условиях судьи в повседневной работе часто встречаются с вызовами цифровой эпохи, им регулярно приходится находить решения для достижения баланса между защитой частной жизни и общественной безопасностью, используя знания не только в области права¹⁶. К этому можно добавить вопрос о соотношении приоритетности защиты права на свободу слова и права на забвение, права на анонимность и права на достоверную информацию, права на свободу самовыражения и права на защиту личной жизни, права на свободу экономической деятельности и права на защиту данных. Этот вопрос требует решения на доктринальном уровне с учетом развития судебной практики как основного ресурса информации о результатах развития общественных отношений, что, в свою очередь, должно будет в наиболее приемлемых формах трансформироваться в законодательные положения.

В настоящее время развитие законодательства идет по пути апробации экспериментальных правовых режимов, что логично в условиях экспе-

римента как такового. Федеральный закон от 31 июля 2020 г. № 258-ФЗ «Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в Российской Федерации»¹⁷ упоминает судебный порядок только в одном случае — при установлении возможности обжалования решения уполномоченного органа о приостановлении или прекращении статуса субъекта экспериментального правового режима (ч. 3 ст. 12). Полагаем, что роль судебной практики при применении этого Закона будет гораздо шире и станет источником эволюционного развития права.

По предположению отдельных ученых, в сфере права и государственного управления выиграет не тот, кто принимает законы, а тот, кто придумает, как их эффективно изменять¹⁸. Согласимся с тем, что такая идея коррелирует динамике современных общественных отношений и технологических процессов, а также перспективам внедрения искусственного интеллекта и робототехники в правотворческий и правоприменительный процессы. Однако необходимо учитывать экспериментальный характер подобных нововведений, а значит, неопределенность и риски, особенно в начале использования инноваций. На данном этапе развития права и законодательства в целях преодоления их отставания от развития общественных отношений и технологий, возможно, будет целесообразно адаптировать судебный прецедент к отечественной правовой системе либо использовать механизмы имплементации решений судебных органов¹⁹, коль скоро прецедент подвергается сомнению в качестве самостоятельного источника права, а нормативное регулирование не соответствует скорости развития общественных отношений. ■

¹⁴ Тихомиров Ю.А. Коллизионное право и отклонения в правовой сфере // Право и политика. 2013. № 3. С. 363–370.

¹⁵ См.: Тихомиров Ю.А. Прогнозы и риски в правовой сфере // Журнал российского права. 2014. № 3. С. 5–16.

¹⁶ См.: Лазарев В.В., Гаджиев Х.И., Алимов Э.В. и др. Указ. соч. С. 150.

¹⁷ Российская газета. 6 августа 2020 г.

¹⁸ См.: Модели правового регулирования создания, использования и распространения роботов и систем с искусственным интеллектом: монография / под общ. ред. В.Б. Наумова. СПб., 2019. С. 213.

¹⁹ Подробнее см.: Хабриева Т.Я., Лазарев В.В., Габов А.В. и др. Указ. соч. С. 427.

эволюция права
имплементация решений
экономическая деятельность

Доктрина судейского усмотрения в практике Верховного суда Израиля



Андрей Владиславович Кротов

Южный федеральный университет,
кафедра конституционного (государственного) права,
докторант,
кандидат юридических наук
г. Ростов-на-Дону, Россия

Аннотация. Доктрине судейского усмотрения в системе права Израиля присущи свои особенности, связанные как со смешением в национальном праве американской, англосаксонской и континентальной правовых систем, включением в систему права религиозных норм, так и с деятельностью Верховного суда, который в условиях неразвитости национального права, перманентного политического кризиса устраняет выявляемые лакуны и влияет на формирование политических институтов. В статье анализируются особенности применения доктрины судейского усмотрения Верховным судом Израиля в контексте разрешения политического кризиса 2020 года.

Ключевые слова: доктрина судейского усмотрения, Верховный суд Израиля, объективная и субъективная интерпретация нормы

Doctrine of judicial appreciation in the practice of the Supreme Court of Israel

Andrey Vladislavovich Krotov, Southern Federal University, Constitutional (State) Law Department, Doctoral Candidate, Candidate of Laws, Rostov-on-Don, Russia

Annotation. The doctrine of judicial appreciation in the legal system of Israel has its particularities, related both to the confusion in national law of the American, common-law and continental legal systems, to the inclusion of religious rules into the legal system, and to the activity of the Supreme Court, which, in the circumstances of developing national law and permanent political crisis, fills in the lacunas identified and influences the formation of political institutes. The article analyzes the particularities of the application of the doctrine of judicial appreciation by the Supreme Court of Israel in the context of resolving the political crisis of 2020.

Keywords: doctrine of judicial appreciation, Supreme Court of Israel, objective and subjective interpretation of a legal rule

Теория судебного усмотрения, являясь частью сложной теории судебного разбирательства (включающей в себя также теорию судебного активизма и судебного ограничения), обладает разным наполнением в различных системах права. Несмотря на это, в условиях правовой глобализации и развития категории глобального права многие противоречия между национальными системами права, ранее казавшиеся непреодолимыми, постепенно сглаживаются, уступают место единым принципам, руководящим началам права, которые интегрируются (с учетом национальных особенностей) во внутреннее право.

Судейское усмотрение существует при вынесении любого решения: лишь в ряде случаев судья может разрешить поставленный перед ним вопрос исключительно на основе нормы статута, в большинстве же ситуаций принятие решения требует обращения к судебному праву, иногда неизбежно и применение закона по аналогии.

Сразу оговоримся, что судебское усмотрение, судебский активизм и судебское ограничение не являются тождественными понятиями. Например, как пишет Р. Дворкин, в рамках концепции судебного активизма судьи должны вырабатывать принципы законности, равенства и т.п., время от времени пересматривать эти принципы в свете новых, с их точки зрения, моральных прозрений и в соответствии с этим судить о постановлениях законодательных и исполнительных органов власти. Судейское ограничение предполагает, что суды должны признавать решения других ветвей государственной власти, даже если те не согласуются с собственным представлением судей о принципах, которых требуют общие конституционные доктрины, за исключением лишь тех случаев, когда эти решения настолько расходятся с политической моралью, что нарушают положения конституции в любой ее хоть сколько-нибудь правдоподобной интерпретации, или когда ясный прецедент требует противоположного решения¹.

Теория судебного усмотрения выделяет два типа интерпретаций нормы — субъективную и объективную. Первая предполагает, что судья разъясняет содержание нормы с учетом целей, заложенных законодателем, и его намерений на момент принятия статута; вторая же учитывает не фактическое, а гипотетическое намерение, производит образную реконструкцию замысла законодателя, используя для этого в том числе правовую фикцию «разумный человек», т.е. отвечая на вопрос: какие бы цели преследовал человек, обладающий неким стандартом общественных представлений о справедливом, разумном и целесообразном, оказавшись в такой же или аналогичной ситуации и действуя законно (с соблюдением требований конституции, статута, с учетом обычного права (судебных прецедентов)?

В объективной интерпретации судья включает норму статута в систему ценностей конкретного общества, существующую не на момент принятия статута, а на момент вынесения судебного решения. Иначе говоря, решение судьи принимается не в вакууме, а зависит от предпочтений самого судьи и ограничивается его мнением о должном и представлением о возможном.

Отсюда следует и роль судьи — определить цель закона в контексте фундаментальных социальных ценностей, прошедших испытание временем, и способствовать достижению этой цели. Объективная интерпретация закона обусловлена запаздыванием модификации законодательства, отвечающей на изменения социальной действительности, и позволяет устранить противоречие между содержанием закона и социальной реальностью. То есть судебный орган приспособляет закон к насущным общественным потребностям, устраняя лагуну, но — и это крайне важно — не творя норму права.

Придание судом иного, отвечающего реалиям современности толкования правовой норме, как правило, более целесообразно, чем признание всего закона неконституционным: последнее может привести к трудно прогнозируемым изменениям в системе

доктрина судебного усмотрения

Верховный суд Израиля

интерпретация норм

¹ См.: Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 193.

права. Тем не менее в исключительных случаях, когда объективная интерпретация не позволяет придать устаревшему статуту новый смысл с учетом изменившейся социальной реальности, суд вправе признать статут неконституционным, причем невзирая на содержание ранее принятых судом прецедентных решений (доктрина о судебном прецеденте предполагает, что никакое судебное решение не является окончательным).

Если же действующая система права не позволяет судье ни признать закон неконституционным, ни предложить статуту/конституции иное толкование, судья вынужден ожидать решения законодателя.

Объективная интерпретация нормы судом особенно ярко проявляется в условиях кризиса политической системы, когда суд становится одним из субъектов принятия политических решений. Для иллюстрации этого тезиса обратимся к примеру Израиля, переживающего политический кризис в настоящее время.

23 марта 2020 г. Верховный суд Израиля принял решение по делу № 2144/20² о созыве заседания для избрания нового председателя Кнессета (парламент Израиля) по требованию 61 парламентария. Коллегия судей Верховного суда среди прочего решила, что временный спикер Кнессета Ю. Эдельштейн не вправе заблокировать решение парламентского большинства об избрании нового председателя (в силу процедур, принятых в парламенте, вопрос о голосовании должен был быть поставлен спикером Кнессета).

25 марта Ю. Эдельштейн, член политической партии «Ликуд», подал в отставку, отказавшись исполнять это решение Верховного суда. Заявляя об отставке на заседании парламента, Ю. Эдельштейн, в частности, отметил, что причиной этого послужило незаконное, по его мнению, решение Верховного суда, которое противоречит фундаментальным демократическим

ценностям и наносит удар по израильской демократии³.

В тот же день, 25 марта, Верховный суд принял решение⁴, в котором указал, что уважение верховенства права — это основа демократического режима; принцип верховенства права подразумевает, что исполнение судебных решений в полной мере ожидается в том числе и от органов власти; в государстве, органы власти которого манипулируют законом и по своему желанию исполняют решение суда, принятое в их отношении, или же отказываются от его исполнения, посеяны семена бедствия и анархии, культивируются право силы и произвол. Органы власти служат обществу, у них нет каких-либо своих, отдельных от данной цели полномочий, и потому их прямая обязанность — быть примером исполнения закона, соблюдения принципа верховенства права. Бывали случаи затягивания исполнения судебных решений органами власти, однако никогда органы власти не вступали в открытую конфронтацию с судебными органами, демонстративно отказываясь исполнять судебные акты. По мнению судей Верховного суда, суд действовал легитимно, обязывая спикера парламента созвать заседание парламента для избрания нового председателя, устраняя таким образом правовую лакуну (пробел в праве).

20 апреля 2020 г. в результате выборов в Кнессет 23-го созыва между двумя крупнейшими парламентскими партиями, «Ликуд» и «Кахоль-Лаван», было подписано коалиционное соглашение, условия которого в том числе предусматривали, что в первые 18 месяцев после выборов премьерское кресло займет Б. Нетаньяху.

6 мая Верховный суд Израиля в составе 11 судей под председательством Э. Хайот, с участием вице-председателя Х. Мельцера, вынес решение по делу

³ См.: MK Edelman resigns as Speaker of the Knesset; says High Court's decision obligating a vote on electing a new speaker "harms the sovereignty of the nation" // Knesset News. 25 March 2020 // <https://main.knesset.gov.il/EN/News/PressReleases/Pages/press253201.aspx>

⁴ Текст решения на иврите см.: <https://supremedecisions.court.gov.il/Home/Download?path=HebrewVerdicts\20\440\021\v26&fileName=20021440.V26&type=4>

² Текст решения на иврите см.: <https://supremedecisions.court.gov.il/Home/Download?path=HebrewVerdicts\20\440\021\v13&fileName=20021440.V13&type=4>



Доктрина
как со сменением
конституции, в
условиях неконституционности
законодательства и
применения доктрины
конституционного права

Доctrine of
Constitutional
Law

роль судьи

судейский активизм

судейское ограничение

№ 2592/20⁵ (далее – решение), рассмотрев совместно 8 заявлений об оценке правомерности подписания в парламенте данного коалиционного соглашения, а также о возможности формирования правительства обвиняемым в совершении ряда уголовных преступлений премьер-министром Б. Нетаньяху.

В частности, заявители поставили перед судом два вопроса:

1) возможно ли наделить полномочиями по формированию правительства члена парламента (Кнессета), против которого выдвинуты обвинения?

2) противоречит ли коалиционное соглашение, подписанное парламентскими фракциями партий «Ликуд» и «Кахоль-Лаван», конституционным основам и закону, и нарушает ли оно общественный порядок в такой степени, что необходима его полная или частичная отмена?

По первому вопросу Верховный суд указал, что 28 января 2020 г. в окружной суд г. Иерусалима действительно было предъявлено обвинительное заключение, в котором Б. Нетаньяху обвинялся в совершении ряда уголовных преступлений: мошенничества, подкупа и злоупотребления доверием. В соответствии с частью 1 ст. 10, частью 3 ст. 13 Основного закона Израиля «Правительство» единственным требованием к лицу, которое формирует и в дальнейшем возглавляет правительство, является наличие у него статуса члена парламента (Кнессета); привлечение его в качестве обвиняемого не является препятствием ни для осуществления им функций по формированию правительства, ни для занятия должности премьер-министра. Верховный суд отметил, что текст Основного закона напрямую связывает отстранение от должности премьер-министра с признанием судом его виновным в совершении правонарушения, влекущего, как устанавливается судом, «моральную дискриминацию» (являющегося потыдным), соответственно если такое решение суда отсутствует, то и назначение Б. Нетаньяху премьер-министром

законно (соответствует формальным требованиям). В то же время, как подчеркнул Верховный суд Израиля в п. 9 решения, отсутствие предусмотренных ст. 18 Основного закона оснований для отстранения от должности премьер-министра не означает легитимизацию его статуса.

Суд указал, что при назначении на ту или иную должность государственной службы следует руководствоваться принципом «персональная пригодность и персональное усмотрение», требующим, чтобы решение о назначении кандидата на должность являлось справедливым, разумным, соответствующим не только нормам закона (формальным требованиям), но и критериям государственной службы, и не влекло недоверие общества к действиям органов власти⁶. Данный принцип распространяется и на должность премьер-министра, однако возникает вопрос: кто вправе оценивать, соответствует ли назначение премьер-министра этим требованиям?

По мнению судей Верховного суда, лицами, уполномоченными на проведение такой оценки, являются только члены парламента, которые предложили кандидатуру члена парламента на должность премьер-министра (п. 11 решения). Проверка судом действий парламента не является аналогом судебного контроля за действиями административных органов, что связано с особым статусом парламента, члены которого избраны всеми гражданами (п. 15 решения). Хотя члены Кнессета не исключены полностью из сферы судебного надзора, суд не вправе осуществлять контроль за внутренними (административными) процедурами парламента; положения пункта 1 (алеф) ст. 10 Основного закона «Правительство», в соответствии с которыми президент по просьбе большинства парламентариев возлагает функции формирования правительства на указанного в просьбе депутата Кнессета, устанавливают часть дискрецион-

Текст решения на иврите см.: <https://supremedecisions.court.gov.il/Home/Download?path=HebrewVerdicts\20\920\025\v40&fileName=20025920.V40&type=4>

⁶ См. также: решение Верховного суда Израиля от 28 октября 2015 г. по делу № 5806/15. Текст решения на иврите см.: <https://translate.google.com/translate?hl=ru&sl=iw&tl=ru&u=https%3A%2F%2Fwww.psika.net%2F342437-2235.html&anno=2&prev=search>

толкование нормы
цель закона
вынесение решения

ных политических полномочий членов парламента, и вмешательство суда в таком случае нарушало бы принципы демократического государственного устройства.

Рассматривая второй вопрос, Верховный суд указал, что заключение коалиционных соглашений является обычной политической практикой в Израиле (п. 22 решения), в судебной же практике оно рассматривается как естественный результат существующей многопартийной системы; в большинстве случаев коалиционные соглашения между политическими партиями регулируют как основы государственной политики в различных областях, так и процедурные вопросы, распределение постов и иное. Суд, проводя проверку коалиционных соглашений, обязан проявлять сдержанность в целях реализации политической свободы и принципа разделения системы власти на три ветви, являющегося одной из основ демократического режима.

Ссылаясь на собственные решения от 5 сентября 2019 г. по делу № 5744/10 и от 8 апреля 2018 г. по делу № 491/18, Верховный суд Израиля в п. 24 решения отмечает, что суд не вмешивается в законодательные процедуры до их завершения — это связано как с требованием взаимного уважения между

ветвями власти, так и с отсутствием уверенности в том, что обсуждаемый законопроект будет принят. Констатируя нарушение коалиционным соглашением (п. 22 и 26 о порядке включения представителей оппозиции в парламентские комитеты) идей демократии, суд все же посчитал, что в судебном контроле в данном случае нет необходимости, поскольку такой порядок еще не утвержден парламентом.

Соответственно, Верховный суд единогласно отклонил все обращения заявителей.

Возвращаясь к теме судейского усмотрения, отметим, что рассмотренные выше судебные разбирательства следует отнести к категории так называемых публично-правовых судебных тяжб⁷, затрагивающих вопросы публичной политики, решение которых предполагает наличие широкой дискреции судебной власти. Верховный суд Израиля, рассматривая поставленные перед ним вопросы, обратился к объективной интерпретации норм, апеллируя с этой целью к содержанию Основных законов, статутах, а также к судебному праву и принципам демократического режима. 

⁷ См.: Папкова О.А. Усмотрение суда. М., 2005. С. 78.



Конкурс для пресс-секретарей и журналистов «Профессионально о главном»

Редакция журнала «Судья» организует проведение второго конкурса и предлагает пресс-секретарям судов, управлений Судебного департамента и журналистам, специализирующимся на судебной тематике, принять участие в конкурсе. Ждем от вас статьи, посты, фотографии.

Сроки проведения конкурса — с 5 апреля по 30 июля 2021 г.

Подведение итогов — 30 августа 2021 г.

Результаты конкурса публикуются в № 10/2021 г., на сайте и на странице журнала в Facebook. Лучшие работы будут опубликованы в журнале «Судья», а также на сайте журнала.

Авторы работ, занявшие три призовых места, будут награждены подарками.

Принимаются конкурсные работы на лучшую статью, пост, фотоснимок для журнала и сайта «Судья».

- Требования к материалам — редакция принимает к рассмотрению оригинальные (не публиковавшиеся ранее) работы; количество материалов от одного автора — не более 2.
- Требования к текстам — не более 5000 знаков с пробелами.
- Требования к фото — не менее 1 Мб.

Подробнее ознакомиться с условиями проведения конкурса можно на сайте www.zhurnalsudya.ru