

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ В ИНФОРМАЦИОННОЙ СФЕРЕ

DOI: 10.17803/1994-1471.2022.136.3.040-052

А. Н. Изотова*

Трансформация круга субъектов тайны связи: влияние цифровизации¹

Аннотация. В законодательстве понятие «тайна связи» не раскрывается, равно как нет и однозначного представления о том, на какой круг субъектов должны распространяться соответствующие нормативные требования. Вместе с тем в условиях цифровой экономики соблюдение режима конфиденциальности тех или иных видов информации, включая тайну связи, требует однозначного понимания того, кем, какими методами и в каком объеме должна обеспечиваться такая конфиденциальность. В исследовании анализируются теоретические представления, а также судебная практика о тайне связи как правовом институте и об особенностях регулирования положения субъектов тайны связи. Выделены группы субъектов тайны связи: субъекты, которым принадлежит право на тайну связи; субъекты, которые в силу своей профессиональной деятельности получили доступ к тайне связи первых и для которых тайна связи является профессиональной тайной; субъекты, имеющие право доступа к тайне связи. Проведен сравнительно-правовой анализ подходов к определению субъектов тайны связи в моделях регулирования тайны связи иных юрисдикций (Европа и США); выявлен ряд пробелов и правовых неопределенностей в регулировании правового положения субъектов тайны связи вследствие появления новых информационных объектов, обусловленных развитием цифровых технологий; сформулированы предложения по оптимизации регулирования правового положения субъектов тайны связи. Исследование проведено в целях выявления способов оптимизации правового регулирования в Российской Федерации правового режима тайны связи, в частности деятельности субъектов тайны связи. Работа основывается на комплексном методологическом подходе. Используются методы анализа, аналогии, формально-юридический, формально-логический, сравнительный методы, метод правового моделирования.

Ключевые слова: тайна; тайна связи; тайна переписки; тайна телефонных переговоров; конфиденциальность; неприкосновенность частной жизни; электронные коммуникации; субъект права; правовой режим информации; субъект правового режима.

Для цитирования: Изотова А. Н. Трансформация круга субъектов тайны связи: влияние цифровизации // Актуальные проблемы российского права. — 2022. — Т. 17. — № 3. — С. 40–52. — DOI: 10.17803/1994-1471.2022.136.3.040-052.

¹ Научное исследование проведено в рамках проекта Института права цифровой среды НИУ ВШЭ «Проблемы нормативно-правового регулирования тайны связи в условиях цифровой экономики: российский и международный опыт».

© Изотова А. Н., 2022

* Изотова Анжелика Николаевна, младший научный сотрудник Института права цифровой среды, аспирант факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»; ведущий юрист публичного акционерного общества «Мобильные ТелеСистемы»
Мясницкая ул., д. 20, г. Москва, Россия, 101000
anzheliki@rambler.ru

Transformation of the Circle of Subjects of the Secrecy of Communication: the Impact of Digitalization²

Anzhelika N. Izotova, Junior Researcher, Institute of Digital Environment Law; Postgraduate Student, Faculty of Law of the National Research University «Higher School of Economics»; Leading Legal Adviser, Public Joint Stock Company «Mobile TeleSystems»
ul. Myasnitskaya, d. 20, Moscow, Russia, 101000
anzheliki@rambler.ru

Abstract. The current legislation lacks the concept of «secrecy of communication». Also, the idea of the circle of subjects the relevant regulatory requirements should apply to remains ambiguous. At the same time, in the conditions of the digital economy, compliance with the confidentiality regime of certain types of information, including the secrecy of communication, requires an unambiguous understanding of by whom, by what methods and to what extent such confidentiality should be ensured. The study analyzes theoretical concepts, as well as judicial practice on the secrecy of communication as a legal institution and on the peculiarities of regulating the position of subjects of communication secrecy. The author identifies groups of subjects of secrecy of communication, namely: subjects who are entitled to communication secrecy; subjects who, by virtue of their professional activities, have gained access to the secret of communication of the former and for whom the secret of communication is a professional secret; subjects who have the right of access to the secret of communication. The author provides a comparative legal analysis of approaches to the definition of subjects of communication secrecy in the models of regulation of communication secrecy of other jurisdictions (Europe and the USA). The paper describes a number of gaps and legal uncertainties in the regulation of the legal status of subjects of communication secrecy due to the emergence of new information objects because of the digital technologies' development, makes; proposals for optimizing the regulation of the legal status of subjects of communication secrecy. The study was conducted in order to identify ways to optimize the legal regulation of the legal regime of communication secrecy in the Russian Federation, in particular the activities of subjects of communication secrecy. The paper is based on a comprehensive methodological approach. Methods of analysis, analogies, formal-legal, formal-logical, comparative methods, the method of legal modeling are employed by the author.

Keywords: secrecy; communication secrecy; correspondence secrecy; telephone conversations secrecy; confidentiality; privacy; electronic communications; subject of law; legal regime of information; subject of legal regime.

Cite as: Izotova AN. Transformatsiya kruga subektov tayny svyazi: vliyanie tsifrovizatsii [Transformation of the Circle of Subjects of the Secrecy of Communication: the Impact of Digitalization]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2022;17(3):40-52. DOI: 10.17803/1994-1471.2022.136.3.040-052. (In Russ., abstract in Eng.).

Введение

Проникновение информационных технологий в общественную и экономическую жизнь характеризуется рядом глобальных трендов³, часть из которых непосредственно затрагивает вопросы оборота данных, охраны сведений, составляю-

щих тайну связи. Это, в свою очередь, формирует потребность в актуализации правового режима информации, включая правовой режим тайны связи.

Формирование цифрового общества приводит к изменениям в правовом регулировании тайны связи в целом и ее субъектного состава

² The study was carried out within the framework of the project of the Institute of Digital Law of the HSE University "Problems of Normative Regulation of Secrecy of Communication in the Digital Economy: Russian and International Experience".

³ Абдрахманова Г. И., Вишневецкий К. О., Гохберг Л. М. [и др.] Что такое цифровая экономика? Тренды, компетенции, измерение : доклад к XX Апрельской международной научной конференции по проблемам развития экономики и общества, Москва, 9–12 апреля 2019 г. / науч. ред. Л. М. Гохберг. М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2019. 82 с.

в частности. Совершенно справедливо в связи с этим утверждение Л. К. Терещенко об исключительной важности правильного определения круга субъектов правового режима информации⁴, ведь от этого зависит достижение цели установления такого правового режима.

Среди субъектов правового режима тайны связи можно выделить следующие группы:

- субъекты, которым принадлежит право на тайну связи;
- субъекты, которые в силу своей профессиональной деятельности получили доступ к тайне связи первых и для которых тайна связи является профессиональной тайной;
- субъекты, имеющие право доступа к тайне связи.

При этом нельзя не отметить изменения, происходящие под влиянием цифровизации общества в этих группах субъектов.

Субъекты, которым принадлежит право на тайну связи

Установление правового режима тайны связи направлено на обеспечение реализации конституционного права на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений (право на тайну связи).

Анализ приводимых в литературе определений тайны связи показывает, что немало авторов⁵, предпринимающих попытку дать дефиницию данному понятию, делают акцент на «личном» характере этого права.

В ряде международно-правовых источников⁶ тайна корреспонденции рассматривается как один из элементов неприкосновенности частной жизни человека. Это вполне отражает основную идею правового режима доцифровой эпохи: защита физических лиц от любого незаконного, произвольного вмешательства в их личную жизнь, включая семейную жизнь, жилище или тайну корреспонденции⁷.

На основании этого нередко делается вывод, что тайна связи не распространяется на коммуникации с участием юридических лиц, переписку и переговоры делового характера. Однако в современных условиях указанные выводы представляются ошибочными. Несмотря на то, что институт тайны связи исторически тесно связан с обеспечением права на неприкосновенность частной жизни, в действительности тайна связи имеет самостоятельную сферу правовой охраны. В литературе справедливо отмечается, что право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений отделено от права на неприкосновенность личной жизни⁸.

Если рассматривать право на тайну корреспонденции исключительно как составной элемент права на обеспечение неприкосновенности частной жизни, отдельное правовое регулирование тайны связи было бы излишним. Современное законодательство развитых стран предлагает гражданам широкий спектр инструментов, позволяющих защитить их приватность: от административных норм, регулирующих вопросы обработки персональных данных, до уголовно-правовых запретов, препят-

⁴ Терещенко Л. К. К вопросу о правовом режиме информации // Информационное право. 2008. № 1. С. 25.

⁵ Апанасенко С. С., Гладких Е. Л. Тайна телефонных переговоров в уголовном праве России // Ростовский научный журнал. 2019. № 1. С. 279.

⁶ Всеобщая декларация прав человека (принята Генеральной Ассамблеей ООН 10.12.1948) // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_120805/ (дата обращения: 29.06.2021); Международный пакт о гражданских и политических правах // URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/ractpol.shtml (дата обращения: 29.06.2021); Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms // URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005> (дата обращения: 29.06.2021).

⁷ Ромашов П. А. К вопросу о неприкосновенности частной жизни в цифровой век // Пермский юридический альманах. 2019. № 2. С. 106.

⁸ Рязанов Н. Ю. Некоторые вопросы самоценности тайны связи // Вестник Московского государственного областного гуманитарного института. 2012. № 1. С. 85.

ствующих сбору и использованию информации о гражданине без его согласия.

Хотя тайна связи закрепились как одна из основ охраны личной жизни, в научном сообществе формировалась доктрина защиты информационных прав, в рамках которой право на тайну корреспонденции выступало лишь одним из элементов целой отрасли, где гарантируется право любых субъектов не раскрывать информацию о себе.

Представляется, что право на тайну связи является самостоятельным правом, имеющим собственное содержание, структуру, субъектно-объектный состав, механизмы и гарантии его реализации. Право на неприкосновенность частной жизни защищает информацию, определяемую по содержательному признаку, то есть информацию, которая характеризует обстоятельства, относящиеся к личности физического лица. Примером здесь выступают персональные данные, которые являются таковыми только в случае, если их содержание позволяет соотнести сведения с определенным или определяемым лицом. В свою очередь, тайна связи охватывает сведения, которые определяются по формальному критерию: сведения должны иметь форму сообщений, которые находятся в состоянии передачи или уже были переданы по коммуникационным каналам⁹.

В специальном российском законодательстве¹⁰ используется универсальный подход к охране тайны связи любых субъектов (физических, юридических лиц и публично-правовых образований).

Этот подход соответствует международным тенденциям. Так, законодательство США⁹ закрепляет право на тайну коммуникаций за любым пользователем, использующим услуги связи на основании договора с оператором связи.

В законодательстве ЕС об электронных коммуникациях¹² прямо предусмотрено, что его действие направлено на защиту как неприкосновенности частной жизни физических лиц, так и законных интересов юридических лиц. Судебная практика ЕСПЧ, в том числе касающаяся мониторинга служебных коммуникаций работников юридических лиц, это подтверждает¹³.

Таким образом, правовой режим тайны связи действует в отношении любых коммуникаций, независимо от наличия у них личного характера. В таких условиях концептуальные основы права на тайну связи усматриваются не столько в конституционных гарантиях права на неприкосновенность частной жизни, сколько в признаваемом действующим правопорядком праве лица контролировать определенные сведения, связанные с таким лицом или определяемые по иным признакам.

В настоящее время отсутствуют основания для исключения из сферы правовой охраны сообщений, передаваемых юридическими лицами или публично-правовыми образованиями. Как показывает анализ зарубежного опыта, такой подход характерен как для отечественного правопорядка, так и для зарубежных юрисдикций. Следовательно, субъектами, которым принадлежит право на тайну связи, являются любые

⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 02.10.2003 № 345-О // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ См., например: Федеральный закон от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ Electronic Communications Privacy Act of 1986, 18 USC § 2510 // URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-I/chapter-119> (дата обращения: 29.06.2021); Telecommunications Act of 1996. Art. 222 (13) // URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/222> (дата обращения: 29.06.2021).

¹⁰ Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02002L0058-20091219> (дата обращения: 29.06.2021).

¹¹ Bernh Larsen Holding AS and Others v. Norway: Judgement of European Court of Human Rights dated of 14.03.2014 // URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117133> (дата обращения: 29.06.2021).

лица, участвующие в коммуникациях (физические, юридические лица, публично-правовые образования).

Профессиональные субъекты тайны связи

Традиционно субъектами тайны связи как профессиональной тайны, обязанными обеспечить защиту сведений, полученных ими в связи с осуществлением профессиональной деятельности, являются операторы связи и операторы почтовой связи¹⁴. Но в этой области под влиянием цифровизации происходят изменения.

Усложнение инфраструктуры оказываемых пользователям информационных сервисов приводит к тому, что в передаче сообщений могут участвовать различные субъекты, обеспечивающие разные уровни функционирования инфраструктуры связи. В частности, при передаче СМС-сообщений по общему правилу используется инфраструктура только операторов подвижной связи. Передача сообщений электронной почты обеспечивается как минимум двумя категориями провайдеров, работающих на разных уровнях, — операторов связи, обеспечивающих доступ к сети «Интернет», и провайдеров, предоставляющих коммуникационные сервисы «поверх» инфраструктуры операторов связи.

Для цифровой экономики также характерно использование сервисных бизнес-моделей, основанных на удаленном использовании ресурсов, предоставляемых сторонним провайдером, вместо использования собственных ресурсов (SaaS, IaaS, PaaS и пр.). Это, в свою очередь, при-

водит к сосредоточению информации в руках информационных посредников, а также к необходимости выполнения ими функций, которые традиционно выполнялись операторами связи как владельцами инфраструктуры.

Помимо этого, в настоящее время коммуникационная функциональность является частью множества сервисов, имеющих совершенно иное основное назначение, например систем дистанционного банковского обслуживания или многопользовательских игр. Данное обстоятельство обостряет потребность в уточнении концептуальных основ тайны связи, включая уточнение ее субъектного состава¹⁵.

В современных условиях стало очевидно, что в перспективе разнообразие средств коммуникации станет неизменной частью обычного функционирования общества, потребуются новые механизмы защиты тайны связи, поэтому необходимо обеспечение тайны связи во всех коммуникационных сервисах, становящихся доступными обществу.

В научных кругах часто упоминается, что для цифровой экономики важно цифровое доверие¹⁶. В свою очередь, формирование цифровой среды доверия даст возможность участникам цифровой экономики пользоваться «средствами доверенных цифровых дистанционных коммуникаций»¹⁷. Поэтому всесторонняя защита тайны связи является одним из условий развития цифровой экономики.

Предпосылки для создания универсального регулирования деятельности коммуникационных сервисов проявились в неоднозначности правового регулирования тайны связи, выразив-

¹² См.: ст. 63 Федерального закона «О связи»; ст. 15 Федерального закона от 24.06.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи» // СПС «КонсультантПлюс».

¹³ Белицкая А. В., Белых В. С., Беляева О. А. [и др.] Правовое регулирование экономических отношений в современных условиях развития цифровой экономики / отв. ред. В. А. Вайпан, М. А. Егорова. М.: Юстицинформ, 2021.

¹⁴ Hirsch D. Privacy, public goods, and the theory of the trust commons: A response to professors Fairfield and Engel // Duke Law Journal. 2016. Vol. 65. February. URL: <https://dlj.law.duke.edu/2016/02/privacy-public-goods-and-the-tragedy-of-the-trust-commons/> (дата обращения: 29.06.2021); Наумов В., Авакян Е., Чубурков А., Янковский Р., Белова С., Тевс М., Махносов Э., Рыбалко В. Цифровая среда доверия: комментарии экспертов // Закон. 2019. № 9. С. 25.

¹⁷ Вайпан В. А. Правовое регулирование цифровой экономики // Предпринимательское право. Приложение «Бизнес и право». 2018. № 1. С. 14.

шейся в судебных спорах о защите тайны связи в электронной переписке. В ряде случаев судами принимались противоположные решения по аналогичным спорам. Так, в споре относительно переписки по электронной почте с участием ООО «Мэйл.ру» суд применил нормы о тайне связи и признал недопустимым передачу организатором сервиса электронной почты сведений, составляющих тайну связи, государственному органу¹⁸. Однако в таком же споре с участием ООО «Рамблер Интернет Холдинг» суд посчитал, что на организатора сервиса электронной почты не распространяются нормы об обеспечении тайны связи¹⁹. Такое регулирование, безусловно, влечет за собой большие риски для пользователя.

Наряду с указанными решениями, есть и такие, где режим тайны связи распространяется судами в равной степени на любую переписку независимо от ее формы²⁰. Такой вывод представляется вполне обоснованным, поскольку нормы Конституции РФ и специального законодательства направлены не на защиту определенной формы связи, а на защиту права на тайну связи в любом ее проявлении.

На законодательном уровне были сделаны шаги в сторону расширения перечня субъектов, обеспечивающих тайну связи. Так, в Федеральном законе «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» появилась статья 10.1, регулирующая деятельность организаторов распространения информации в сети «Интернет». Однако законодатель выделил из категории организаторов распространения информации в сети «Интернет» организаторов сервисов обмена мгновенными сообщениями и возложил обязанность по защите конфиденциальности сообщений только на последних. Такой подход представляется неоднозначным, поскольку под категорию организаторов сервиса обмена мгновенными сообщениями подпадают

не все коммуникационные сервисы, а лишь те, которые позволяют обмениваться сообщениями только внутри сервиса. В частности, это ставит под вопрос защиту тайны связи в сервисах электронной почты.

Одним из возможных решений по гармонизации правовых норм о защите тайны связи видится корректировка Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» путем установления в нем обязанности для всех видов информационных систем и (или) программ, предназначенных и используемых для приема, передачи и (или) обработки электронных сообщений пользователей сети «Интернет», обеспечивать конфиденциальность передаваемой информации в многообразии ее видов: при приеме, передаче, доставке и (или) обработке голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков, видео- или иных электронных сообщений пользователей. Это может быть обеспечено дополнением ст. 10.1 закона пунктом 1.1:

«1.1. Организаторы распространения информации в сети “Интернет”, осуществляющие деятельность по обеспечению функционирования информационных систем и (или) программ для электронных вычислительных машин, которые предназначены и (или) используются для приема, передачи, доставки и (или) обработки электронных сообщений пользователей сети “Интернет”, за исключением общедоступной информации и (или) электронных сообщений, предназначенных неопределенному кругу лиц, обязаны обеспечить соблюдение режима конфиденциальности информации, передаваемой посредством таких информационных систем и (или) программ для электронных вычислительных машин (тайну связи)».

Стоит также отметить, что на текущий момент лицам, выполняющим курьерские функции и не

¹⁸ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 05.04.2014 № 09АП-8322/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁹ Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 15.01.2014 № Ф05-16359/2013 по делу № А40-56844/13-149-539 ; определение об отказе в передаче дела в Президиум ВАС РФ от 16.06.2014 № ВАС-5501/14 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁰ Решение Арбитражного суда г. Москвы от 26.07.2013 № А40-56844/2013 ; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 15.11.2013 № А40-56142/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

имеющим лицензии на оказание услуг связи, не вменяется обязанность по соблюдению тайны связи. Поскольку фактически деятельность организаций, оказывающих курьерские услуги, связана с оказанием почтовых услуг, целесообразно законодательное закрепление необходимости обеспечения тайны связи такими организациями.

Тенденция к расширению круга лиц, обеспечивающих тайну связи, прослеживается и в других юрисдикциях.

Согласно европейскому законодательству²¹ субъектами правоотношений по поводу тайны коммуникаций выступают участники правоотношений при оказании услуг связи, что стало предметом критики ученых²². В результате появился проект Регламента ЕС в отношении уважения частной жизни и защиты персональных данных в секторе электронных средств связи²³, в котором отражен технологически нейтральный подход к тайне связи. Регламент призван в том числе распространить защиту на все коммуникационные сервисы (включая мессенджеры, IP-те-

лефонию, коммуникации в рамках интернета вещей). В настоящее время проект Регламента проходит общественное обсуждение.

Этот подход поддерживается и на уровне судебной практики. Технологии не стоят на месте, и суды приходят к выводу, что тайна корреспонденции распространяется и на электронные сообщения²⁴, и на данные, хранящиеся на жестких дисках. Современные формы связи значительно разнообразнее, чем просто звонки со стационарного телефона²⁵.

В США складывается похожая ситуация. Федеральные законы о телекоммуникациях²⁶ направлены на защиту конфиденциальности коммуникаций, обеспечиваемых операторами связи при оказании услуг связи. Вместе с тем в штате Калифорния принят ряд законов, расширяющих круг субъектов, обеспечивающих тайну связи.

Калифорнийский Закон о конфиденциальности электронных коммуникаций (CalECPA)²⁷ защищает не только сообщения, передаваемые в рамках услуг связи, но и сообщения, передаваемые посредством различных коммуникаци-

²¹ Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02002L0058-20091219> (дата обращения: 29.06.2021).

²² *Papakonstantinou V., Hert P.* The amended EU Law on ePrivacy and electronic communications after its 2011 implementation; new rules on Data protection, Spam, Data breaches and protection of intellectual property // *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*. 2011. URL: <https://repository.jmls.edu/jitpl/vol29/iss1/2/> (дата обращения: 29.06.2021); *Hoboken J., Zuiderveen Borgesius F.* Scoping Electronic Communication Privacy Rules: Data, Services and Values // *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*. 2015. 6, 198, para 1. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2777156 (дата обращения: 29.06.2021).

²³ Proposal for a regulation of the European parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC: Regulation on Privacy and Electronic Communications // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2017:0010:FIN> (дата обращения: 29.06.2021).

²⁴ *Copland v. the United Kingdom*, § 41 // URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%5D%22%7D>: [%22001-79996%22]} (дата обращения: 29.06.2021).

²⁵ *Loideain N.* Surveillance of Communications Data and Article 8 of the European Convention on Human Rights // *Gutwirth, S., Leenes, R., De Hert, P. (eds) Reloading Data Protection*. Dordrecht : Springer, 2014. P. 184.

²⁶ Electronic Communications Privacy Act of 1986 // URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-I/chapter-119> (дата обращения: 29.06.2021); Telecommunications Act of 1996 // URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/222> (дата обращения: 29.06.2021).

²⁷ Electronic Communications Privacy Act of the state of California // URL: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201520160SB178 (дата обращения: 29.06.2021).

онных сервисов (облачных хранилищ данных, почтовых сервисов, организаторов социальных сетей и пр.). Соответственно, обязанность по обеспечению тайны связи распространена на организаторов любых коммуникационных сервисов. Отдельные ученые признают CalECPA эталонным цифровым законом о конфиденциальности в стране и призывают другие штаты следовать примеру Калифорнии²⁸.

Отдельного внимания заслуживает необходимость определения специальных условий о соблюдении тайны связи. Одним из таких вопросов, возникающих в связи с обеспечением гарантий тайны связи при построении и функционировании сети связи, является доступ к тайне связи партнеров оператора связи. Этот вопрос неизбежно встает, когда партнер оператора обеспечивает техническую поддержку оборудования связи для его функционирования, аутсорсинга отдельных бизнес-функций, функций информационной безопасности, аудита либо для предотвращения мошеннических действий в процессе передачи информации и т.д., и может возникнуть угроза нарушения тайны связи, особенно в части сведений о соединениях. Законодатель в России специально никак не регулирует этот аспект. Судебная практика также не позволяет выявить исключений для партнеров оператора связи.

Соответственно, целесообразно дополнение законодательства перечнем ситуаций, когда допускается доступ третьих лиц к инфраструктуре операторов связи. Одновременно требуется закрепление гарантий, обеспечивающих соблюдение такими третьими лицами режима конфиденциальности сведений, к которым они получают доступ.

Примеры такого регулирования можно найти за рубежом. Так, в Германии субъектами, на которых возложена обязанность обеспечивать конфиденциальность связи, являются лица, оказывающие услуги связи, а также лица, участвующие в их оказании. При этом предъявляются обязательные для соблюдения поставщиками услуг требования к техническому оборудованию, используемому при оказании услуг связи, обеспечивающему защиту тайны связи²⁹.

Описанные выше проблемы в совокупности с рядом недостатков действующего регулирования ставят перед законодателем задачу концептуального пересмотра положений законодательства о связи и об информации с целью обеспечения соответствия между насущными задачами, которые институт тайны связи решает в условиях цифровой экономики, и более масштабными задачами развития инноваций. Новые технологии, безусловно, могут порождать проблемы в защите конфиденциальности, но в то же время это и источник новых возможностей³⁰.

Субъекты, имеющие доступ к тайне связи

Законодательство обязывает операторов связи, организаторов сервисов обмена мгновенными сообщениями хранить информацию о передаваемых их пользователями сообщениях, а также сами эти сообщения, и представлять данную информацию только в случаях, установленных законодательством³¹. Поэтому можно выделить отдельную группу субъектов, имеющих доступ к тайне связи на основании закона. К таким субъектам на текущий момент относят органы, осуществляющие оперативно-разыскную деятель-

²⁸ *Freiwald S.* California's Electronic Communications Privacy Act (CalECPA): A Case Study in Legislative Regulation of Surveillance // *The Cambridge Handbook of Surveillance Law*, Gray, D., Henderson, S. (eds.). Cambridge University Press. 2017. October 12. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3285424 (дата обращения: 29.06.2021).

²⁹ Art. 3 (6e), art. 109 Telekommunikationsgesetz // URL: https://www.gesetze-im-internet.de/tkg_2004 (дата обращения: 29.06.2021).

³⁰ *Goldfarb R.* In Confidence: When to Protect Secrecy and When to Require Disclosure. New Haven : Yale University Press, 2009. P. 226.

³¹ См.: ст. 64 Федерального закона «О связи», ст. 10.1 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации».

ность (далее — органы ОРД³²), при проведении оперативно-розыскных мероприятий на основании судебного решения³³.

Вместе с тем судебная практика показывает, что на получение доступа к тайне связи имеют притязания и другие органы государственной власти, например Федеральная антимонопольная служба (ФАС). В одном из споров между оператором связи и Управлением ФАС о предоставлении доступа к сведениям, составляющим тайну связи, Верховный Суд России посчитал правомерным отказ оператора связи предоставить ФАС такой доступ, указав, что ФАС не входит в число органов ОРД³⁴. Аналогичная судебная практика есть в отношении Федеральной службы судебных приставов³⁵, Центрального банка России³⁶. Иными словами, судебная практика не допускает расширительного толкования положений законодательства в отношении доступа государственных органов к тайне связи.

Законодательство ЕС устанавливает сходные с российским законодательством условия доступа третьих лиц к сведениям, составляющим тайну связи, но с некоторыми отличиями. Законодательство стран ЕС для ограничения права на конфиденциальность коммуникаций требует наличия специального закона, позволяющего ограничивать такое право в целях, прямо указанных в законодательстве. Так, например, в Германии ограничение права на тайну связи допускается в случаях, предусмотренных в Уголовно-процессуальном кодексе Германии³⁷ (§§ 100а, 100е, 100g, 100i, 100j и др.); законе «О таможенном управлении криминальной полиции и таможенных органах»³⁸ (§ 34); законе «О страховом надзоре»³⁹ (§ 305а); законе «О Федеральном ведомстве по информационной безопасности»⁴⁰ (§§ 5, 5а, 11); законе «О документах Службы государственной безопасности бывшей Германской Демократической Республики»⁴¹ (§ 46а);

³² К органам ОРД относятся органы внутренних дел, органы федеральной службы безопасности, федеральный орган исполнительной власти в области государственной охраны, таможенные органы, служба внешней разведки, федеральная служба исполнения наказаний (ст. 13 Федерального закона от 12.08.1995 № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» // URL: <http://www.kremlin.ru/acts/bank/8220> (дата обращения: 29.06.2021).

³³ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации // URL: <http://www.kremlin.ru/acts/bank/17643> (дата обращения: 29.06.2021); Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности».

³⁴ Постановление Верховного Суда РФ от 04.03.2016 № 307-АД15-18844 // URL: <https://legalacts.ru/sud/postanovlenie-verkhovnogo-suda-rf-ot-04032016-n-307-ad15-18844-po-delu-n-a56-148022015/> (дата обращения: 29.06.2021).

³⁵ Определения Верховного Суда РФ от 29.08.2018 и от 14.11.2018 № 308-КГ18-8447 // URL: <https://legalacts.ru/sud/opredelenie-verkhovnogo-suda-rf-ot-29082018-n-308-kg18-8447-po-delu-n-a53-186852017/> (дата обращения: 29.06.2021).

³⁶ Постановление Федерального арбитражного суда Московской области от 12.03.2014 по делу № А40-56142/13-130-551; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 05.05.2014 № 09АП-8322/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁷ Strafprozeßordnung // URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/> (дата обращения: 29.06.2021).

³⁸ Gesetz über das Zollkriminalamt und die Zollfahndungsämter // URL: https://www.gesetze-im-internet.de/zfdg_2021/ (дата обращения: 29.06.2021).

³⁹ Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen // URL: http://www.gesetze-im-internet.de/vag_2016/ (дата обращения: 29.06.2021).

⁴⁰ Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik // URL: https://www.gesetze-im-internet.de/bsig_2009/ (дата обращения: 29.06.2021).

⁴¹ Gesetz über die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik // URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/stug/> (дата обращения: 29.06.2021).

законе «О торговле ценными бумагами»⁴² (§ 7). Очевидно, что этот перечень государственных органов, имеющих доступ к тайне связи, значительно шире, чем в России. При этом немецкий законодатель использует дифференцированный подход в условиях доступа к тайне связи, устанавливая необходимость получения судебного решения лишь в ряде случаев (Закон о таможенном управлении криминальной полиции, Закон о страховом надзоре и др.)⁴³.

Вместе с тем в связи с широким распространением электронных коммуникаций, совершением всё большего числа правонарушений в цифровой среде всё чаще звучат законодательные инициативы о расширении числа государственных органов, обладающих правом доступа к сведениям, составляющим тайну связи.

Среди них проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции” и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части повышения эффективности выявления и пресечения ограничивающих конкуренцию соглашений и согласованных действий»⁴⁴. Внесение такого законопроекта обусловлено тем, что реализация программы «Цифровая экономика» ставит перед ФАС новые задачи по совершенствованию средств и способов контроля за соблюдением антиконкурентного законодательства, в том числе посредством использования информации о соединениях⁴⁵. Однако законопроект до настоящего времени находится на доработке в связи с вопросами обоснованности и целесообразности наделения ФАС полномочиями по доступу к сведениям, составляющим тайну связи.

Нельзя не упомянуть проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон “О связи”»⁴⁶ (направлен на подпись

Президенту России 23.06.2021), дополнивший статью 46 обязанностью операторов связи предоставлять Федеральной службе по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзору) сведения об абонентах и оказанных им услугах связи, включая сведения, составляющие тайну связи: данные о местоположении абонентского оборудования, о фактах и видах соединений, их объеме, времени их передачи и получения. Принятие данного положения обусловлено необходимостью контроля за соблюдением операторами связи требований по проверке достоверности сведений об абонентах и о пользователях услуг связи. Можно спорить с таким обоснованием, говорить о несоразмерности ограничения прав абонентов на тайну связи целям такого ограничения, но остается фактом то, что круг субъектов, имеющих доступ к тайне связи, пополнился еще одним государственным органом — Роскомнадзором. Безусловно, цифровизация общества требует повышения уровня надежности коммуникационной инфраструктуры, доверия к ней, но и сопровождается усилением контроля со стороны государства. Поэтому расширение круга субъектов, имеющих право доступа к тайне связи, уже не кажется невозможным.

Заключение

С учетом вышеизложенного тайна связи может быть охарактеризована как правовой режим конфиденциальности любых сведений, передаваемых или переданных в составе переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Несмотря на развитие информационно-коммуникационных техноло-

⁴² Gesetz über den Wertpapierhandel // URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/wphg/> (дата обращения: 29.06.2021).

⁴³ См.: § 23a Zollfahndungsdienstgesetz, § 305a Versicherungsaufsichtsgesetz // URL: <https://www.gesetze-im-internet.de> (дата обращения: 29.06.2021).

⁴⁴ URL: <https://fas.gov.ru/documents/604585> (дата обращения: 29.06.2021).

⁴⁵ *Тенишев А. П.* Об антимонопольных киберпреступлениях, доступе к тайнам и цифровом спецподразделении // Конкуренция и право. 2018. № 5. С. 18.

⁴⁶ URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1087071-7> (дата обращения: 29.06.2021).

гий, используемая в Конституции России формулировка о тайне «переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений» остается актуальной.

Целесообразно говорить о распространении правового режима тайны связи на любые средства коммуникации (включая корреспонденцию организаций или сообщений, передаваемых в сетях межмашинного взаимодействия), так как субъектами, которым принадлежит право на тайну связи, являются любые лица, участвующие в коммуникациях (физические, юридические лица, публично-правовые образования).

В настоящее время обмен сообщениями ввиду разнообразия телекоммуникационной инфраструктуры, повсеместной цифровизации происходит на уровне множества сервисов. Поэтому субъектами, обеспечивающими тайну связи, являются операторы связи, операторы почтовой связи, а также организаторы сервисов распространения информации в сети «Интер-

нет» в части обмена электронными сообщениями между пользователями (исключая размещение общедоступной информации в сети «Интернет» и передачу электронных сообщений неопределенному кругу лиц). Наряду с этим, требуется универсализация законодательства об обеспечении тайны связи организаторами любых сервисов, обладающих коммуникационными функциями, а также организациями, оказывающими курьерские услуги.

Помимо прочего, следует распространить обязанность по обеспечению тайны связи на субъектов, привлекаемых для целей оказания услуг связи. Предлагается обеспечить доступ таких субъектов к коммуникационной инфраструктуре оператора связи, закрепив обязанность третьих лиц при оказании содействия в оказании услуг связи соблюдать тайну связи.

Реализация предложенных мер позволит обеспечить комплексный подход к защите сведений, составляющих тайну связи.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Абдрахманова Г. И., Вишневский К. О., Гохберг Л. М. [и др.] Что такое цифровая экономика? Тренды, компетенции, измерение: доклад к XX Апрельской международной научной конференции по проблемам развития экономики и общества, Москва, 9–12 апр. 2019 г. / науч. ред. Л. М. Гохберг. — М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2019. — 82 с.
2. Апанасенко С. С., Гладких Е. Л. Тайна телефонных переговоров в уголовном праве России // Ростовский научный журнал. — 2019. — № 1. — С. 278–293.
3. Белицкая А. В., Белых В. С., Беляева О. А. [и др.] Правовое регулирование экономических отношений в современных условиях развития цифровой экономики / отв. ред. В. А. Вайпан, М. А. Егорова — М. : Юстицинформ, 2019. — 376 с.
4. Вайпан В. А. Правовое регулирование цифровой экономики // Предпринимательское право. Приложение «Бизнес и право». — 2018. — № 1. — С. 12–17.
5. Наумов В., Авакян Е., Чубурков А., Янковский Р., Белова С., Тевс М., Махносов Э., Рыбалко В. Цифровая среда доверия: комментарии экспертов // Закон. — 2019. — № 9. — С. 25–38.
6. Ромашов П. А. К вопросу о неприкосновенности частной жизни в цифровой век // Пермский юридический альманах. — 2019. — № 2. — С. 103–118.
7. Рязанов Н. Ю. Некоторые вопросы самоценности тайны связи // Вестник Московского государственного областного гуманитарного института. — 2012. — № 1. — С. 84–86.
8. Тенишев А. П. Об антимонопольных киберпреступлениях, доступе к тайнам и цифровом спецподразделении // Конкуренция и право. — 2018. — № 5. — С. 14–20.
9. Терещенко Л. К. К вопросу о правовом режиме информации // Информационное право. — 2008. — № 1. — С. 20–27.
10. *Freiwald S.* California's Electronic Communications Privacy Act (CalECPA): A Case Study in Legislative Regulation of Surveillance. *The Cambridge Handbook of Surveillance Law* / Gray D., Henderson S. (eds.). —

- Cambridge University Press. — 2017. — October 12. — P. 623–641. — URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3285424 (дата обращения: 29.06.2021).
11. *Goldfarb R.* In Confidence: When to Protect Secrecy and When to Require Disclosure. — New Haven : Yale University Press, 2009. — 289 p.
 12. *Hirsch D.* Privacy, public goods, and the theory of the trust commons: A response to professors Fairfield and Engel // *Duke Law Journal*. — 2016. — Vol. 65. February. — URL: <https://dlj.law.duke.edu/2016/02/privacy-public-goods-and-the-tragedy-of-the-trust-commons/> (дата обращения: 29.06.2021).
 13. *Hoboken J., Zuiderveen Borgesius F.* Scoping Electronic Communication Privacy Rules: Data, Services and Values // *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*. — 2015. — 6, 198, para 1. — URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2777156 (дата обращения: 29.06.2021).
 14. *Loideain N.* Surveillance of Communications Data and Article 8 of the European Convention on Human Rights // *Gutwirth S., Leenes R., De Hert P. (eds) Reloading Data Protection*. — Dordrecht : Springer, 2014. — P. 183–209.
 15. *Manheim K. M., Kaplan L.* Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy // *21 Yale Journal of Law and Technology* 106. Loyola Law School, Los Angeles Legal Studies Research Paper. — 2019. — № 2018-37. — P. 108–185. — URL: <https://yjolt.org/artificial-intelligence-risks-privacy-and-democracy> (дата обращения: 29.06.2021).
 16. *Papakonstantinou V., Hert P.* The amended EU Law an ePrivacy and electronic communications after its 2011 implementation; new rules on Data protection, Spam, Data breaches and protection of intellectual property rights // *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*. — 2011. — Vol. 29. — Iss. 1. — P. 29–74. — URL: <https://repository.law.uic.edu/jitpl/vol29/iss1/2/> (дата обращения: 29.06.2021).

Материал поступил в редакцию 2 июля 2021 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Abdrahmanova G. I., Vishnevskij K. O., Gohberg L. M. [i dr.] Chto takoe cifrovaya ekonomika? Trendy, kompetencii, izmerenie: doklad k XX Aprel'skoj mezhdunarodnoj nauchnoj konferencii po problemam razvitiya ekonomiki i obshchestva, Moskva, 9–12 apr. 2019 g. / nauch. red. L. M. Gohberg. — М. : Izd. dom Vyshej shkoly ekonomiki, 2019. — 82 s.
2. Apanasenko S. S., Gladkih E. L. Tajna telefonnyh peregovorov v ugovnom prave Rossii // *Rostovskij nauchnyj zhurnal*. — 2019. — № 1. — S. 278–293.
3. Belickaya A. V., Belyh V. S., Belyaeva O. A. [i dr.] Pravovoe regulirovanie ekonomicheskikh otnoshenij v sovremennykh usloviyah razvitiya cifrovoj ekonomiki / otv. red. V. A. Vajpan, M. A. Egorova — М. : Yusticinform, 2019. — 376 s.
4. Vajpan V. A. Pravovoe regulirovanie cifrovoj ekonomiki // *Predprinimatel'skoe pravo. Prilozhenie «Biznes i Pravo»*. — 2018. — № 1. — S. 12–17.
5. Naumov V., Avakyan E., Chuburkov A., Yankovskij R., Belova S., Tevs M., Mahnonosov E., Rybalko V. Cifrovaya sreda doveriya: kommentarii ekspertov // *Zakon*. — 2019. — № 9. — S. 25–38.
6. Romashov P. A. K voprosu o neprikosnovennosti chastnoj zhizni v cifrovoj vek // *Permskij yuridicheskij al'manah*. — 2019. — № 2. — S. 103–118.
7. Ryazanov N. Yu. Nekotorye voprosy samocennosti tajny svyazi // *Vestnik Moskovskogo gosudarstvennogo oblastnogo gumanitarnogo instituta*. — 2012. — № 1. — S. 84–86.
8. Tenishev A. P. Ob antimonopol'nykh kiberprestupleniyah, dostupe k tajnam i cifrovom specpodrazdelenii // *Konkurenciya i pravo*. — 2018. — № 5. — S. 14–20.

9. Tereshchenko L. K. K voprosu o pravovom rezhime informacii // *Informacionnoe pravo*. — 2008. — № 1. — S. 20–27.
10. Freiwald S. California’s Electronic Communications Privacy Act (CalECPA): A Case Study in Legislative Regulation of Surveillance. *The Cambridge Handbook of Surveillance Law* / Gray D., Henderson S. (eds.). — Cambridge University Press. — 2017. — October 12. — P. 623–641. — URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3285424 (data obrashcheniya: 29.06.2021).
11. Goldfarb R. In Confidence: When to Protect Secrecy and When to Require Disclosure. — New Haven : Yale University Press, 2009. — 289 p.
12. Hirsch D. Privacy, public goods, and the theory of the trust commons: A response to professors Fairfield and Engel // *Duke Law Journal*. — 2016. — Vol. 65. February. — URL: <https://dlj.law.duke.edu/2016/02/privacy-public-goods-and-the-tragedy-of-the-trust-commons/> (data obrashcheniya: 29.06.2021).
13. Hoboken J., Zuiderveen Borgesius F. Scoping Electronic Communication Privacy Rules: Data, Services and Values // *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*. — 2015. — 6, 198, para 1. — URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2777156 (data obrashcheniya: 29.06.2021).
14. Loideain N. Surveillance of Communications Data and Article 8 of the European Convention on Human Rights // Gutwirth S., Leenes R., De Hert P. (eds) *Reloading Data Protection*. — Dordrecht : Springer, 2014. — P. 183–209.
15. Manheim K. M., Kaplan L. Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy // *21 Yale Journal of Law and Technology* 106. Loyola Law School, Los Angeles Legal Studies Research Paper. — 2019. — № 2018-37. — P. 108–185. — URL: <https://yjolt.org/artificial-intelligence-risks-privacy-and-democracy> (data obrashcheniya: 29.06.2021).
16. Papakonstantinou V., Hert P. The amended EU Law an ePrivacy and electronic communications after its 2011 implementation; new rules on Data protection, Spam, Data breaches and protection of intellectual property rights // *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*. — 2011. — Vol. 29. — Iss. 1. — P. 29–74. — URL: <https://repository.law.uic.edu/jitpl/vol29/iss1/2/> (data obrashcheniya: 29.06.2021).