

ВВЕДЕНИЕ

Эта книга представляет собой попытку взглянуть на приватность саму по себе.

Илья Афанасьев, Анастасия Грачева, Кирилл Зюбанов и Александр Партин прочитали черновик этой книги и забросали меня вопросами относительно всех тех сущностей, которыми я захотел оперировать: о виртуальном теле и сингулярности, идентичности и контексте, объекте и субъекте, наконец, о приватности как таковой. Все это возникает в книге с одной целью. С помощью этих понятий я создаю пункт наблюдения, с которого можно будет рассмотреть некую общечеловеческую сущность, одинаковую для всех, независимо от того, что о ней написано в международных договорах и законах, судебных решениях и научных исследованиях, книгах, чатах и мемах.

Для начала можно сказать, что с такого наблюдательного пункта приватность рассматривается как игра и как результат такой игры. Игра в том смысле, что приватность существует во взаимодействии между людьми, которые осознанно или неосознанно стараются действовать по устоявшимся правилам для реализации своих интересов. Результат игры — поскольку эта игра все время продолжается, но в каждый момент времени у игроков есть, как минимум, два состояния: к которому они стремятся, видя в нем свой выигрыш (должное), и в котором они находятся (сущее). Приватность интересна этим зазором между сущим и должным, являющимся ее драйвером, как интересна и характерным для человеческих игр притворством¹.

¹ Berne Eric. Games People Play: The Psychology of Human Relationships. New York, Grove Press, 1964.

Все мы играем в эту игру. На сайте должна быть политика защиты данных, но можно пользоваться сайтом и не читая ее. Использование биометрической идентификации и аутентификации — только для удобства пользователей. Законы защищают интересы субъектов, но соблюдение их требований кажется невозможным². Со стороны такая игра может выглядеть запутанной, но — и это главное — люди во всем мире продолжают в нее играть. Следовательно, можно попробовать разобраться в правилах и закономерностях игры, хотя это и требует специального пункта наблюдения, позволяющего разглядеть приватность в целом. Не как юридическую доктрину или требование закона, не как конкурентное преимущество или особенность технологической системы, а саму по себе.

Конструкция пункта наблюдения состоит из фундаментального предположения и трех основанных на нем элементов. Предположением является возможность сингулярности (как она будет описана далее), тремя элементами, а точнее, тремя парами элементов выступают объект и субъект, текст и контекст, правила и их источник.

1. Сингулярность

Не будет большой натяжкой предположить, что некоторое время назад (чуть больше двух веков) люди жили в условиях правовой сингулярности. Натуральное хозяйство, неразвитость транспорта, неэффективная правоохранительная система или ее полное отсутствие приводили к тому, что жизнь людей и правоотношения с их участием в большинстве случаев протекали в рамках одной и той же общины, города или иного поселения, цеха, гильдии и так далее.

² 74,4% респондентов согласны с утверждением, что «если бы завтра орган по защите данных (DPA) вошел в дверь среднестатистической компании, он наверняка обнаружил бы соответствующие нарушения GDPR». См. European Center for Digital Rights. GDPR: a culture of non-compliance? // URL: https://noyb.eu/sites/default/files/2024-01/GDPR_a%20culture%20of%20non-compliance.pdf

Правовая сингулярность может быть охарактеризована тремя признаками:

- единство личности: круг общения людей, так или иначе, оставался неизменным на протяжении всей их жизни (иначе говоря, в общине все знали друг друга с рождения и до смерти, если не напрямую, то через знакомых);
- единство данных: данные о человеке накапливались и использовались в одном и том же круге людей, сохраняясь преимущественно в памяти, но частично, например, в книгах церковных приходов или нотариусов;
- единство правил: правила гражданского оборота создавались и применялись людьми самими для себя и своей общины в виде обычаев, прецедентов, цеховых или церковных уставов.

Такая ситуация была нормальна для натурального хозяйства и неразвитой торговли, но мешала любым перемещениям. Вольтер писал об этом времени: «Кроме сорока тысяч законов, на которые ссылаются совершенно произвольно, у нас есть четыреста пятьдесят кутюмов, если считать города и деревни, отклоняющихся от порядков основной юрисдикции; таким образом, человек, едущий по Франции на перекладных, меняет законы чаще, чем меняет лошадей, а юрист, являющийся ученым в своем городе, будет полным неучем в соседнем»³.

Правовая сингулярность распалась вследствие совокупности событий, произошедших в западном мире на рубеже XVIII–XIX вв. и приведших к массовой миграции населения. Революции во Франции и Северной Америке, наполеоновские войны и распад Священной Римской империи, паровой двигатель и транспорт на его основе, изобретение телеграфа. Это был «большой взрыв», породивший правовую вселенную, какой мы ее знаем сейчас. Конечно, право существовало и до «большого взрыва», однако его ключевые элементы существенно

³ Voltaire [1768]. PRÉCIS DU SIÈCLE DE LOUIS XV // Oeuvres complètes de Voltaire, éd. Louis Moland (Paris, Garnier, 1877-1885), tome 15, p. 427.

поменялись в очень короткий промежуток времени. Современное государство, система законодательной, исполнительной и судебной власти, федеративное устройство и местное самоуправление, международные отношения имеют мало общего со своими аналогами, существовавшими до рубежа XVIII–XIX вв.

Распад сингулярности привел к возникновению трех проблем, о которых пойдет речь далее:

- вместо единства личности возникла проблема субъекта и объекта: человек становится не только субъектом прав и интересов, но и объектом (записей, идентификации, интереса или воздействия), причем правовой статус субъекта и правовой режим связанных с ним объектов (не только данных о человеке, но и вещей, например паспорта) будет зависеть от правил каждой из тех стран, между которыми перемещается сам человек или связанные с ним объекты;
- вместо единства данных возникла проблема текста и контекста: сведения, которыми неизбежно обмениваются субъекты в ходе гражданского оборота, выходят за пределы того контекста, в котором они создавались, что влечет проблему установления и сохранения контекста;
- вместо единства правил возникла проблема соотношения правил и их источника: суверен (парламент, король, международная организация) создает правила, а люди принимают решение следовать или не следовать им, исходя из собственных выгод (с этим связана не только проблема ответственности, но и проблема выбора права, подлежащего применению).

2. Проблема субъекта и объекта

Человек, получивший европейское образование в XXI в., не понимает, в чем проблема в делении на субъект и объект. Это деление кажется очевидным, а потому существовавшим всегда.

Между тем оно возникло в эпоху Просвещения, совсем незадолго до момента, который был выше обозначен в качестве «большого взрыва»⁴. Разделение субъекта и объекта изначально было не проблемой, а решением другой проблемы — основания для достоверного знания. Декартовское «Я мыслю, следовательно, я есмь» делает субъекта объективно существующим, проводит границу между «внутри» (тем, что находится в сознании человека и требует выражения для восприятия другими) и «снаружи» (мир вещей, существующий независимо от человека, который человек открывает для себя).

Разделение субъекта и объекта стало осознаваться философами (прежде всего М. М. Бахтиным) как проблема в начале XX в. Человеческая личность, по идее М. М. Бахтина, существует в рамках диалога между Я и Другим. Каждый существует внутри своего Я, обладающего уникальным кругозором, недоступным извне. Но, осматриваясь вокруг, Я замечает Другого, и это предопределяет то, что М. М. Бахтин называет архитектурикой — иначе говоря, структурой и личности, и ее взаимоотношений с другими, и восприятия личности другими. М. М. Бахтин называет эти аспекты «я-для-себя», «я-для-других» и «другие-для-меня»⁵. Архитектоника означает, что нет Я без Другого, нет Другого без Я. Я и Другой формируются в диалоге между собой.

Диалоговый подход и связанная с ним архитектурика не отрицают наличие субъекта и объекта, однако они делают невозможным строгое декартовское деление между ними. *Cogito ergo sum* («я мыслю, следовательно, я есмь») Декарта превращается в «*Umuntu ngumuntu ngabantu*» («Человек — только тогда человек, когда существуют другие») философии убунту. Убунту не возвращает нас в сингулярность, но равно не позволяет и провести грань, где кончается субъект и начинается объект.

Значение разделения субъекта и объекта для правового регулирования можно проиллюстрировать на примере интеллектуальной

⁴ Rorty Richard. *Philosophy and the mirror of nature*. Princeton university press, 1981.

⁵ Бахтин М.М. К философии поступка // *Философия и социология науки и техники*. Ежегодник. 1984-1985. М., 1986.

собственности. Даниэль Дефо, автор первого закона об авторском праве, разделил автора (как субъекта) и произведение (как объект), что позволило сделать произведение товаром. Такая логика выглядит очень простой: как только идеи автора приобретают объективную форму, отчуждение (в том числе последующая перепродажа) созданного произведения влияет только на имущественные интересы автора — аналогично отчуждению вещи. Однако фактически при этом происходит разделение единого целого и соединение несоединимого. Идея является частью личности автора, и отчуждение одного от другого рождает интеллектуальную собственность — не интеллектуальную в том смысле, что она уже отделена от интеллекта и записана на носитель, и не собственность в том плане, что автор, опубликовав свои мысли, уже не господствует над ними, а обладатель вещи не является обладателем записанных на этой вещи мыслей⁶.

Если бы интеллектуальная собственность была адекватным решением проблемы субъекта и объекта, не было бы нужды в приватности. Проблема субъекта и объекта как раз и заключается в том, что субъект связан с порождаемыми им объектами, а объекты имеют ценность потому, что связаны с субъектом. Отчуждение объекта и его последующий оборот в качестве товара, предлагаемые интеллектуальной собственностью, работают — и то не всегда — лишь в отношении узкого круга проявлений интеллектуальной деятельности, входящих в закрытый перечень закона.

Для целей этой книги требуется обозначить первопричину проблемы субъекта и объекта. Назовем ее виртуальным телом человека: новый термин позволяет точнее выделить эту сущность из близких, но все же других сущностей, таких как персона⁷ или цифровой

⁶ Radin Margaret. (2002). Information Tangibility // SSRN Electronic Journal. 10.2139/ssrn.357060.

⁷ См.: Гаджиев Г. А., Войниканис Е. А. Может ли робот быть субъектом права (поиск правовых норм для регулирования цифровой экономики)? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 4. С. 24-48. С. 29.

двойник⁸. Виртуальное тело — это представление других людей о человеке (то самое «Я-для-других» М. М. Бахтина), существующее в двух объективных формах: в сознании других людей и на информационных носителях. Если для философии важнее первая форма, то для приватности — вторая. Пока представление о нас существовало преимущественно в сознании других людей, для приватности не было места. Нельзя спорить, людей волнует, что думают о них другие люди, но невозможно установить правила «думания», а правила являются неотъемлемой частью приватности. Место для приватности появляется тогда, когда представления одних людей о других оказываются на том или ином информационном носителе.

Термин «виртуальное тело» подчеркивает живой, развивающийся характер этой сущности. В отличие от раз и навсегда отчужденного произведения виртуальное тело живо постольку, поскольку живы представления людей о человеке. Несправедливые представления людей о человеке способны причинить такую же боль, как и вмешательство в физическое тело⁹, поэтому право контролировать свое виртуальное тело кажется столь же неотъемлемым, как и право контролировать любое медицинское вмешательство. И то и другое право отражает принцип неприкосновенности личности¹⁰.

Но неприкосновенность личности не мешает человеку эксплуатировать свое тело (а значит, и свое виртуальное тело), получая выгоду от этого. Некоторые способы такой эксплуатации прямо запрещены (прежде всего рабство). Другие законны, хотя и неочевидны (например, отращивание волос на парики). Но большинство способов не просто поощряются в обществе, а являются его основой: это труд, творчество, отцовство и материнство, спорт и так далее. Правила,

⁸ См.: Прохоров А., Лысачев М. Цифровой двойник. Анализ, тренды, мировой опыт / научн. ред. проф. А. И. Боровков. М., 2022.

⁹ См., например: Ankel Sophia. Many revenge porn victims consider suicide // The Guardian, 07 May 2018 // URL: <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2018/may/07/many-revenge-porn-victims-consider-suicide-why-arent-schools-doing-more-to-stop-it>

¹⁰ See: Beverley-Smith Huw; Ohly Ansgar; Lucas-Schloetter Agnès. Privacy, property and personality: civil law perspectives on commercial appropriation. P. 68.

разграничивающие приемлемые и неприемлемые способы эксплуатации физического тела, вырабатывались человечеством тысячами и постоянно меняются. Сейчас в предмет обсуждения вошли и правила, касающиеся виртуального тела.

Осознание человеком своего виртуального тела в ходе распада сингулярности привело к возникновению в архитектонике (если пользоваться термином М. М. Бахтина) двух взаимосвязанных сфер: приватности (деятельности по обеспечению неприкосновенности своего виртуального тела и результатов этой деятельности) и идентификации (деятельность по обеспечению связи между виртуальным и физическим телом человека и результаты этой деятельности). С точки зрения права приватность и идентификация субъекта обеспечивают его правовую идентичность, то есть, в равной степени, неприкосновенность его личности и возможность быть субъектом правоотношений (то есть возможность эксплуатировать свое физическое и виртуальное тело).



Схема 1. *Правовая идентичность*

3. Проблема текста и контекста

С точки зрения философии информация о человеке является текстом, даже если она представляет собой изображение, звук, запах и т.п. Тексты создают одни люди для других людей на определенном языке: словами, формулами, художественными образами, языком танца. Язык — это инструмент общения, который люди используют в обществе. Используя язык, они выражают свои идеи, обмениваются эмоциями и преобразуют информацию о мире и вещах в повседневной жизни. Однако языковая коммуникация не достигается с помощью отдельных единиц языка, таких как звуки, слова или предложения: люди используют комбинации этих языковых единиц для выражения целостной идеи в вербальном общении. Текст как лингвистический термин используется для обозначения этих комбинаций. Иными словами, текст выражает всю идею или систему идей автора¹¹.

Идея контекста возникает в силу того, что текст служит для передачи информации между разными людьми, при этом на создание и интерпретацию текста влияют факторы, прямо не отраженные в тексте и потому не передаваемые вместе с ним. Какие-то из этих факторов будут одинаковыми для автора и читателя текста, но какие-то неизбежно будут различаться. Различие контекстов порождает целый ряд научных и практических проблем, связанных с организацией совместной деятельности людей. В праве задачу установления контекста решают, например, такие институты, как состав правонарушения (субъект, объект, объективная и субъективная стороны — это и есть контекст), недействительность сделки (которая признается таковой в силу контекста ее совершения), «каучуковые» нормы (например, добросовестность и злоупотребление правом, для установления которых необходимо установление контекста того или иного деяния).

¹¹ Lihong Shen. Context and Text // Theory and Practice in Language Studies. Vol. 2. No. 12. PP. 2663-2669. December 2012.

Проблему контекста можно рассматривать шире, как проблематику общего знания (его полноты, недостаточности или даже отсутствия) — ее изучают теория игр, социология, политология, этика и другие науки¹². Законодательство является одним из примеров общего знания: автомобилисты проезжают перекресток на зеленый свет, не снижая скорости, потому что они знают, что автомобилисты на перпендикулярной улице остановятся на красный.

Поиск контекста для того или иного текста или акта сейчас является одной из самых актуальных научных и прикладных задач. Однако до момента «большого взрыва» эта задача занимала разве что историков. Тексты создавались и интерпретировались в одном и том же контексте общины, гильдии или цеха, поскольку в нем находились и не покидали его с рождения до самой смерти все участники коммуникаций. Разрыв контекстов создания и интерпретации текстов выявил целую галактику факторов, о которых ранее никто даже не задумывался. В частности, те примеры установления контекста из области юриспруденции, которые были приведены выше, исходят из возможности установить первоначальный контекст. Если сделка была совершена, так или иначе можно установить обстоятельства ее совершения и волю совершившего ее лица. Однако фактически это так только в ситуации сингулярности, когда все участники сделки на момент ее совершения, исполнения и рассмотрения спора по ней находятся в одном и том же контексте. Если контекст разорван (например, в случае внешнеэкономической сделки¹³), применение инструментов установления контекста практически невозможно.

Доступность разных контекстов позволяет субъекту формировать отдельное виртуальное тело для каждого контекста. А. Розендал

¹² См. Vanderschraaf Peter and Sillari Giacomo. “Common Knowledge”, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2023 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.) // URL: <https://plato.stanford.edu/archives/win2023/entries/common-knowledge/>

¹³ См., например: Алексеева Е. В. Недействительность внешнеэкономических сделок и публичный порядок: проблемы соотношения // Вестник ЧелГУ. 2008. № 8 // URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/nedeystvitelnost-vneshneekonomicheskikh-sdelok-i-publichnyy-poryadok-problemy-sootnosheniya>

описывает это следующим образом¹⁴. Виртуальное тело включает в себя внутренний и внешний элементы. Внутренний элемент можно описать как чувство самости — то самое «я-для-себя», о котором говорилось выше. Внешний элемент относится к социальному взаимодействию с другими людьми, при котором для разных людей виртуальное тело одного и того же человека выглядит по-разному. Дома человек может быть хорошим семьянином, на работе — строгим руководителем, с друзьями — душой компании. Однако если человек хочет выразить себя по-разному в разных ролях или контекстах, ему важно контролировать элементы, из которых складывается его виртуальное тело, то есть ту информацию о себе, которая доступна в этом контексте. Отсюда следует, во-первых, недопустимость ограничений на создание разных виртуальных тел, во-вторых, важность механизмов контроля над своими виртуальными телами (или, что точнее, проекциями своего тела для разных аудиторий)¹⁵. По утверждению Сюзан Хекман, «я общаюсь с конкретными другими, и понимание идентичности должно касаться как общего (социального), так и конкретного (индивидуального). Другими словами, мы все социализированы, но все мы социализированы по-разному в разных местах»¹⁶.

Проблемой является не только разрыв контекста, но и произвольное объединение информации («текстов») из разных контекстов. Каждый индивид играет определенную роль в социальном взаимодействии, при этом роли каждого участника взаимодействия дают ключ к пониманию ожидаемого поведения индивида. В рамках свободы самовыражения человек решает, вести ли ему себя в соответствии с ожиданиями других или, напротив ожиданий, вести себя своеобразно. На основе исследования этой особенности человеческой личности Ирвинг

¹⁴ Roosendaal Arnold. We Are All Connected to Facebook ... by Facebook! // European Data Protection: In Good Health? Springer Science+Business Media B. V. 2012. P. 11.

¹⁵ Agre Philip E. and Rotenberg Marc. 1997. Technology and privacy: The new landscape. Cambridge: MIT Press. P. 7.

¹⁶ Hekman Susan J. 2004. Private selves, public identities: Reconsidering identity politics. University Park: The Pennsylvania State Univ. Press. P. 23.

Гоффман сделал вывод о сегментации аудитории¹⁷. Индивиды адаптируют свое поведение в зависимости от своей аудитории. Например, то, как человек ведет себя по отношению к членам семьи, отличается от его поведения на работе. Для разных контекстов существуют разные проекции виртуального тела, и каждый из нас знает любого другого человека лишь в том или ином контексте, но не во всех контекстах сразу. Когда данные, относящиеся к разным ролям или контекстам, собираются и объединяются, например в социальной сети, человек больше не может разделять роли и контексты. В результате нарушаются базовые потребности человека, прежде всего свобода самовыражения.

На то, что «ожидания» или, проще говоря, некие правила являются элементом контекста, обращает внимание Хелен Ниссенбаум в своей концепции контекстуальной целостности. Контекстуальная целостность — это «совместимость с действующими нормами уместности информации и возможности ее передачи»¹⁸. Контекст формируют роли (в которых выступают субъекты, например роль покупателя), активности (например, совершение покупок в магазине), правила (например, правила поведения в магазине) и ценности участников активности. Хотя контекст в реальности нигде и никем формально не описывается и, более того, может постоянно изменяться, переходя из одного в другой, целостность контекста оказывается главным фактором обработки данных о человеке¹⁹. Таким образом, контекстуальная целостность означает, что информация должна оставаться в рамках контекста и что способ обработки данных должен соответствовать общим правилам и конкретным соглашениям, касающимся этого контекста. В связи с этим задача установления контекста информации и следования правилам этого контекста должна рассматриваться как базовая.

¹⁷ Goffman Erving. 1959. *The presentation of self in everyday life*. Garden City: Doubleday & Company.

¹⁸ Nissenbaum H.F. (2004). Privacy as contextual integrity // *Washington Law Review*. 2004. Vol. 79. P. 119-158.

¹⁹ Nissenbaum H.F. (2010). *Privacy in context: Technology, policy, and the integrity of social life*. Stanford, CA: Stanford University Press. P. 132-134.

4. Проблема источника и субъекта правил

«Большой взрыв» существенно изменил источники правил гражданского оборота: после распада сингулярности источник правил и их адресат перестали совпадать. Вместо правил «для себя» (неважно, общины, коммуны, цеха или двора) возникли разного рода правила «для других». Иначе говоря, правила создают одни люди («суверен» в терминологии некоторых ранних позитивистов, например Джона Остина²⁰), а следовать им должны другие. «Правила для себя» остались только в узкой сфере договорного права, где действуют принципы диспозитивности и свободы договора. Конечно, идея того, что правила создаются субъектами в неразрывной связи с контекстом их отношений, является базовой для частного права. Однако свобода договора существует в крайне узких пределах: стороны могут по своему усмотрению определить только такие правила, которые соответствуют императивным нормам законодательства и некоторым оценочным стандартам, существующим в законодательстве и судебной практике²¹.

Решением проблемы соотношения «правил для себя» и «правил для других» является интуитивное суждение: никто не может быть заведомо уверен, что ему не придется подчиниться тем правилам, которые он создает «для других»²². Кроме того, разумно будет предположить, что создающие правила люди собираются, прежде всего, сами руководствоваться ими.

²⁰ Austin J. The Province of Jurisprudence Determined. 1832 // URL: <https://www.cambridge.org/core/books/austin-the-province-of-jurisprudence-determined>

²¹ Карапетов А.Г., Савельев А. И. Свобода договора и ее пределы: в 2 т. Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. Т. 2. М.: Статут, 2012. С. 2.

²² Назовем это «казусом Васильева» по фамилии выдающегося российского деятеля в области телекоммуникаций Е. С. Васильева. Будучи государственным служащим, он создавал отечественное законодательство о связи, а потом, став генеральным директором крупной телекоммуникационной компании, оказался вынужден соблюдать написанные им же правила. И не согласившись с некоторыми из них, даже оспорил их в Высшем Арбитражном Суде. См. решение ВАС РФ от 23 апреля 2013 г.г. Москва № ВАС-899/13. О судьбе Е. С. Васильева см. <https://www.iksmedia.ru/articles/4972586-Evgenij-VASILEV-Chelovek-dejstviya.html>

Можно перефразировать эту мысль: кажется, что всегда можно найти какой-то общий контекст, в котором правила создаются и применяются: контекст государства, организации, общины или договора. Однако цепочка, по которой передается контекст (цепочка правотворчества), в большинстве случаев оказывается длиннее, медленнее и противоречивей, чем цепочка, по которой применяются созданные в этом контексте правила (цепочка правоприменения). По мере развития правовой вселенной после большого взрыва соотношение этих цепочек приняло несколько устойчивых форм.

Первой и самой очевидной формой стало законотворчество национальных государств. Были приняты Кодекс Наполеона, Германское Гражданское уложение, советский Гражданский кодекс и другие. Возникшие в этот момент национальные государства и создаваемые ими правовые системы привели к тому, что общины и связанные с ними обычаи отошли на второй план, источником норм стал суверен как коллективный гражданин. В результате, с одной стороны, члены разного рода общин и цехов вынуждены подчиняться не тем требованиям, которые они сами для себя создают — кутюмам или цеховым уставам, а общенациональным законам, в создании которых они участвуют только опосредованно. С другой стороны, и глава органа государственной власти, подписывающий законы или иные нормативные правовые акты, уже не мог руководствоваться подходом «государство — это я», поскольку правотворческая функция оказалась распределена в соответствии с идеями народного суверенитета и разделения властей.

Второй — и совершенно неочевидной — формой стала идея экскритериального действия законов. До того любые национальные законы четко определяли контекст своего применения по территории (она совпадает с территорией этого государства), кругу лиц (граждане и организации этого государства), а также содержат коллизионные нормы, предписывающие выбор правил для того или иного контекста. Принципы действия закона по территории и кругу лиц ограничивают контекст применения закона: в одном контексте действует один закон, поскольку и контекст, и закон так или иначе определяют

одни и те же люди — граждане этого государства, которым принадлежит суверенитет. Разрыв этой цепочки произошел во второй половине XX в., когда государства стали активно применять экстерриториальное действие законов.

Все началось с американских договоров о послевоенной помощи европейским и азиатским странам «с условиями» (“with strings attached”), которые, как правило, относились к позиции страны в холодной войне, политике в отношении прав человека и распространения ядерного оружия²³. Такие действия вполне соответствовали принципам суверенного равенства и неприменения силы против политической независимости государств, закрепленных статьей 2 Устава ООН: США ставили независимое государство перед выбором: согласиться с поставленными условиями и получить помощь или не согласиться (но и не получить ничего). Однако в 1979 г. в решении по делу *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.* (595 F.2d 1287, 1292-93, 3d Cir. 1979) суд признал американскую юрисдикцию по антитрастовым спорам даже в отношении иностранных граждан, действующих на территории других государств, тем самым придав экстерриториальный характер американским законам о защите конкуренции. Чуть ранее экстерриториальным действием было наделено американское законодательство о ценных бумагах²⁴, а в следующем, 1980-м, — и защита прав человека по всему миру²⁵. Принимаемые в 1980-х гг. американские законы прямо предусматривали их экстерриториальное действие, например *Foreign Corrupt Practices Act* 1982 г. и *Foreign Assets Control Regulations* 1983 г. В Европе возможность экстерриториального применения права ЕС была подтверждена (применительно к антимонопольному праву) еще в 1972 г. в деле *ICI and others v. Commission*, (1972 ECR 619) и далее только расширялась. Экстерриториальность

²³ Editors *Extraterritorial Application of United States Law: The Case of Export Controls*, 132 U. Pa. L. Rev. 355 (1984). Available at: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol132/iss2/4 P. 357.

²⁴ *Leasco Data Processing Equip. Corp. v. Maxwell*, 468 F.2d 1326 (2d Cir. 1972).

²⁵ *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876, 880 (2d Cir. 1980).

закладывалась в конвенциях Совета Европы, сначала в негативном ключе, как дополнительные обязательства, накладываемые на отношения с «неадекватными» странами (п. 3(b) ст. 12 Конвенции ETS № 108 1981 г. о персональных данных), но затем и в позитивном — как право на доступ к данным независимо от их местонахождения (ст. 32(b) Конвенции ETS № 185 2001 г. о компьютерных преступлениях) и в итоге даже как право регулировать потоки данных независимо от того, где они фактически осуществляются (это уже документ ЕС — ст. 3 Европейского регламента о защите данных).

США, ЕС, другие крупные и не очень страны быстро освоили принцип экстерриториальности, который разорвал связь правил с национальным контекстом. Эти страны захотели регулировать отношения за границей и, вследствие их действий, все государства утратили исключительность регулирования отношений внутри своих собственных границ. С 1980-х гг. создаваемое государством право более не связано с территорией данного государства. Его еще можно считать первым среди равных, правом «первого выбора», потому что только оно, скорее всего, будет применено судом этого государства. Но не более того. Надеясь экстерриториальностью упрочить свою монополию на правотворчество, государства перехитрили сами себя, в результате чего целостность контекста создания и применения правил была потеряна, как минимум, в отношениях США и ЕС.

Третья форма связи правотворчества и правоприменения возникла по мере развития общемирового киберпространства и связанной с этим деятельности транснациональных компаний — владельцев глобальных цифровых платформ и экосистем. Транснациональные корпорации имеют возможность создавать «право для себя», не связанное ни с одним национальным контекстом. Однако проблема с источником правил в этой ситуации еще глубже. В некотором смысле можно сказать, что пользователи выступают «населением» транснациональных корпораций, их «цифровыми гражданами». Как не бывает государств без населения, не может быть корпорации без пользователей. Но в отличие от государств, значительная часть которых являются

демократическими или стремятся быть ими, пользователи не участвуют в управлении корпорациями, поскольку они лишены инструментов «цифрового гражданства», аналогичных гражданским правам в отношении национальных государств. Работают только рыночные механизмы, иначе говоря, «голосование ногами», при котором у субъектов есть только возможность перестать пользоваться продуктами тех корпораций, правила которых их не устраивают.

Одновременное наличие, как минимум, трех перечисленных форм приводит к возможности конкуренции правопорядков. Примерами такой конкуренции являются многочисленные рейтинги, например Doing Business, предполагающие, как в каталоге, сравнение и выбор разных моделей правопорядков для целей ведения бизнеса. Это возвращает нас к приведенному выше тезису о том, что приватность одинакова во всем мире. Различные правила для приватности фактически конкурируют между собой, и так или иначе, в большей или меньшей степени существует возможность выбирать между ними те, которые соответствуют интересам субъекта. Легче всего выбирать между сервисами разных цифровых корпораций, сложнее — между юрисдикциями разных государств, еще сложнее — между программами политиков, предназначенными для реализации в национальном законодательстве. Однако важно понимать, что все эти правила не являются данностью и представляют собой лишь доступный субъектам ассортимент норм, из которых в разных контекстах складывается специфичное для этого контекста общее знание, рождающее определенность для этого контекста. Поэтому в конечном итоге правила приватности всегда будут отвечать интересам субъектов, поскольку правила устанавливают не кошки, не инопланетяне и не какие-то сверхсущества. Правила устанавливают только люди и только для людей.

Описанные выше проблемы относятся не только к приватности. Однако их понимание позволяет сформулировать приватность как предмет исследования. Исследование приватности, то есть деятельности

людей по контролю своего виртуального тела, желаемых и реальных результатов этой деятельности, заключается в поиске ответов на три взаимосвязанных вопроса:

- как установить связь между информацией о человеке (объектом) и самим человеком (субъектом)?
- как установить контекст информации о субъекте (текста)?
- как установить правила обработки информации о человеке, соответствующие интересам субъекта?

Для исследования приватности, как и говорилось в самом начале этой книги, важно понимание этой деятельности как игры, требующей осознания всеми ее участниками как актуальных правил, так и возможного выигрыша или проигрыша. Приватность как игра может включать в себя притворство и даже обман как часть стратегии, но даже в этом случае она подчиняется общим закономерностям теории игр.