

1. ИСТОРИЯ

Приватность появилась в буквальном смысле из ниоткуда. Всю предыдущую историю человечества уединение не было потребностью, ценностью, благом или правом, а для индивида любое отстранение от общества, скорее всего, означало смерть. На древнегреческом «сам по себе» звучит как ἴδιον (идион) — отсюда черпает свои корни современное слово «идиотический». Осознание соответствующей потребности, ценности, блага, свободы или права прошло через несколько этапов.

1.1. «Оставьте меня в покое!»

Приватность, какой мы ее знаем сейчас, не возникла бы, если в полдень 25 января 1883 г. выпускник юридического факультета Гарварда Самюэль Д. Уоррен не женился бы в Вознесенской церкви города Вашингтона на мисс Мейбл Байярд, дочери сенатора от Делавэра, а впоследствии госсекретаря США Томаса Фрэнсиса Байярда.

Уоррен и Байярд, конечно, оказались лишь точкой приложения больших социальных процессов, которые наложились на события в их собственной семье. Семейная история Уоррена и Байярда хорошо исследована Эми Гайда: речь идет о событиях, происходивших на конкретном отрезке времени (с 1882 по 1890 г.), в конкретных местах (Бостоне, Вашингтоне и Нью-Йорке) и нашедших свое отражение в трех газетах (The Boston Daily Globe, The Washington Post и The New York Times¹).

¹ Gajda Amy. What if Samuel D. Warren hadn't married a senator's daughter? Uncovering the press coverage that led to "The right to privacy". 2008 MICH. ST. L. REV. 35. P. 44.

Начиная с их помолвки 22 октября 1882 г. Уоррен и Байярд, а также их семья становятся объектом пристального внимания прессы. Как подсчитала Эми Гайда, в период с 1882 по 1890 г. только новостям семьи Уоррен было посвящено 60 статей в газетах *The Boston Daily Globe*, *The Washington Post* и *The New York Times*². В этих статьях — большинство из которых выходило в разделе «сплетни» или содержали слово «gossip», то есть «сплетни, пересуды», — обсуждались, например, такие личные материи, как бедра миссис Уоррен в свадебном платье, стоимость купленных семьей картин, поведение членов семьи в последние минуты жизни сестры и матери миссис Уоррен (они скорострительно скончались в начале 1886 г. с разницей в две недели) и на их похоронах. Тесть Уоррена в это время был госсекретарем США, а потому семья Уоррен-Байярд тесно общалась с семьей президента Кливленда. Личная жизнь семьи президента также пристально отслеживалась прессой: первой леди было всего 22 года, они с президентом поженились совсем недавно, а незадолго до этого президент был вынужден признать своим ребенка, рожденного от другой женщины (Марии Халпин). Неудивительно, что президент называл газетчиков распространителями «глупой, подлой и трусливой лжи, которую каждый день можно найти в колонках некоторых газет, которые нарушают все инстинкты американской мужественности и в омерзительном ликовании оскверняют все священные отношения частной жизни»³.

Уоррен обсуждал назойливость прессы со своим партнером по юридической фирме Брандайсом⁴. Результатом этих обсуждений стала статья двух юристов “*The Right To Privacy*”⁵, которая в буквальном смысле слова являлась американской мечтой о новом субъективном

² Ibid.

³ Ibid. P. 51-52.

⁴ Переписка Уоррена и Брандайса по поводу их статьи приводится в работе Pember, Don R. *Privacy and the press: the law, the mass media, and the first amendment*. 1972. P. 24-25.

⁵ Warren S.D., Brandeis L. D. *The Right to Privacy* // *Harvard Law Review*. 1890. Vol. 4. No. 5. P. 207.

праве. Уоррен, испытавший на себе неэффективность существующих средств защиты, однозначно высказался за полностью новое право — «право быть оставленным в покое» (*«right to be left alone»*)⁶ — и нашел здесь поддержку своего коллеги и соавтора Брандайса.

Идея права на приватность, впрочем, родилась из столкновения процессов намного больших, чем те, что происходили в рамках одной семьи. Уоррен и Брандайс принадлежали к первому поколению людей, массово выбравшихся из сингулярности. Новое городское население североамериканских городов впервые жило не на виду у других, а их виртуальные тела не образовывали неразделимую «грибницу». Крестьяне жили в общине, рабочие — в общежитиях или рабочих поселках, дворяне — на виду у слуг, знать — окруженная двором. И только городская буржуазия впервые начала жить сама по себе, но их уединение тут же столкнулось с новыми угрозами.

Некоей «точкой сборки» этих угроз стало развитие фотографии, а точнее — изобретение Адольфом Митте и Иоганнесом Гедике магниевой вспышки⁷ и начало производства Джоном Истменом компактных (буквально — карманных) камер «Кодак» в 1880-е гг. «Мгновенная» фотография привела к расцвету бульварной прессы, бизнес которой, с одной стороны, был защищен конституционными положениями о свободе слова, с другой — строился на интересе городских жителей подсматривать друг за другом и особенно — за знаменитостями.

Право на приватность — ответная реакция буржуазии, ее попытка сдержать описанные выше процессы⁸. Собственно, об этом прямо пишут Уоррен и Брандайс: закон должен содержать средство не разрешать «сплетникам» публикацию фактов о частной жизни, чтобы защитить от огласки тех лиц, к чьим делам общество не имеет законного

⁶ Cooley T.M. A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract. 2nd ed. Littleton, CO: F. B. Rothman, 1993. P. 29.

⁷ Flint Kate. Victorian Flash // Journal of Victorian Culture, Volume 23, Issue 4, October 2018, P. 481-489, <https://doi.org/10.1093/jvcult/vcy045>

⁸ См. Ernst Morris L., Schwartz Alan U. Privacy: The Right to be Let Alone. The Macmillan Company, New York, 1962. P. 44-47.

интереса⁹. Закон, направленный на сдерживание той или иной активности, обычно называют «законом о красном флажке» (в честь британского Locomotives Act 1865 и аналогичного закона штата Вермонт 1894), накладывающим ограничения на инновационную деятельность, связанную с повышенным риском для общества, якобы в целях недопущения вреда. Иначе говоря, если нельзя запретить самодвижущиеся повозки, нужно обязать перед каждой из них идти человека с красным флажком.

Городская буржуазия второй половины XIX в. — первые люди в истории, которые не просто осознали свое виртуальное тело, но почувствовали необходимость в праве на его защиту. Можно сказать, что они потребовали огородить свою частную жизнь флажками. Примерно так же в ходе революций XVII-XVIII вв. буржуазия Великобритании, Франции, США осознала собственную неприкосновенность и неприкосновенность своего жилища и потребовала конституционных гарантий и процессуальных процедур для ее соблюдения. Право на приватность у Уоррена и Брандайса — это право на достоинство и неприкосновенность виртуального тела, аналогичное праву на личную неприкосновенность и неприкосновенность жилища, закрепленному в Билле о правах и являющемуся одним из главных результатов американской революции и войны за независимость.

Нельзя сказать, что право на приватность — это чисто американское изобретение. По другую сторону Атлантического океана процесс юридического осмысления проблемы виртуального тела и защиты от вторжения в него шел синхронно с США, однако результаты его — по разным причинам — были совершенно иные. Частное право в континентальной Европе, в отличие от США, нацелилось на создание синтетического института, защищающего как частную жизнь, так и отдельные виды информации о человеке; объединяющего как право на автономию человека в определенной сфере

⁹ Warren S.D., Brandeis L. D. The Right to Privacy // Harvard Law Review. 1890. Vol. 4. No. 5. P. 214.

его жизни, так и возможность оборота персональной информации по модели лицензирования. Впрочем, проверить успешность такого — синтетического — подхода на практике по объективным причинам не получилось.

Во Франции еще с начала XIX в. действовала «каучуковая» норма ст. 1382 Гражданского кодекса Франции, предусматривавшая право получить возмещение от любого, кто причинил вред. Суды применяли данную норму таким образом, что она распространялась на большинство случаев вторжения в частную жизнь: публикацию частной переписки, использование чужого имени, несанкционированную публикацию изображения индивида¹⁰. Теоретическое обоснование права на приватность во Франции началось достаточно поздно — только в начале XX в., когда французские исследователи обратили внимание на концепции коллег из соседней Германии¹¹. В результате как юридическая доктрина приватность во Франции начала развиваться с конца — с моральных прав авторов (*droit moral*), когда сугубо имущественного исключительного права вдруг оказалось недостаточно для защиты интересов автора. Такой заход (через имущественные права к неимущественным) привнес в идею права на приватность совершенно новое измерение, называемое персональными правами (*droit de la personnalité*). Эти права должны были охранять виртуальное тело человека: имя, внешний облик, частную жизнь гражданина. Точкой отсчета здесь, пожалуй, стоит назвать большую работу E. H. Perreau «Les droit de la personnalité» 1909 г.,¹² систематизировавшую и достаточно полно изложившую концепцию персональных прав. Однако идеи «вита-ли в воздухе» уже некоторое время до выхода данной работы, что

¹⁰ Ibid. P. 27. В указанном сочинении автором приводятся ссылки на решения французских судов: Trib. civ. de la Seine 8 Aug 1849, Cour de Paris 10 Dec 1850, D. 1851.2.1; Cour de Paris 20 Mar 1826, S. 1827.2.155, D. 1827.2.55; Trib. civ. de la Seine 16 Jun 1858, D. 1858.3.62.

¹¹ Strömholm S. Op. cit. P. 27.

¹² Perreau E. H. Des droits de la personnalité // Revue trimestrielle de droit civil. 1909. No. 8. P. 501-536.

обуславливалось наличием судебной практики, доходящей даже до высших судебных инстанций¹³.

Германия, а точнее весь немецкоязычный мир, включающий в себя Австрию и Швейцарию, занимает в истории приватности место, сопоставимое с США. Категории персональных (*Persönlichkeitsrechte*) или индивидуальных прав (*Individualrechte*) так или иначе присутствовали в немецкоязычной доктрине еще с конца XVII в. и включали в себя разный у разных авторов набор прав. Однако в первой половине XIX в. смена главенствующей правовой идеологии с естественного права на позитивизм повлекла отказ от нечетко обоснованных доктрин, одной из которых оказалась концепция персональных прав. Возврат к доктрине персональных прав состоялся лишь после работы Гарейса 1877 г., в которой — опять-таки применительно к авторскому праву — были упомянуты право на имя, право на достоинство, право организовывать собственную жизнь по своему усмотрению¹⁴. Инерция антипозитивизма заставила пересечь возможную тогда точку равновесия, и у Гирке в самом конце XIX в. в качестве «эманаций общего персонального права» рассматривались право на человеческое тело и жизнь, на честь и свободу¹⁵. Более осторожным было понимание «общего персонального права» у Колера, который видел его своего рода продолжением копирайта, охраняющим то, что в современном ему праве копирайтом не охранялось: секретность корреспонденции, имя и изображение индивида, информация о личной жизни. Что особо стоит отметить, все эти права, в полный противовес американскому подходу, Колер объединял в некоем общем «праве на секретность», где фактическая невозможность получения информации выступала средством

¹³ Ibid. P. 28. В указанном сочинении автором приводятся ссылки на решения судов: Cass. civ. 25 Jun 1902, D. 1903.1.51; S. 1902.1.305.

¹⁴ Gareis C. Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes // Archiv für Theorie und Praxis. 1877. Bd. 35. S. 185 ff.

¹⁵ Gierke O. von. Deutsches Privatrecht. Bd. 1. Leipzig: Duncker & Humblot, 1895. S. 702 ff.

обеспечения юридической невозможности ее получения¹⁶. Стоит отметить, однако, что, как Уоррен и Брандайс в США, все указанные авторы говорили о персональных правах *de lege ferenda* и, в отличие от США, эта доктрина так и не стала действующим правом. Составители Германского гражданского уложения не включили персональные права в свою работу.

Поэтому право на приватность оказалось впервые закреплено все-таки в США, в компромиссном варианте, более четком и менее радикальном, чем первоначально предлагали Уоррен и Брандайс. Поскольку правовая система США не требовала закрепления субъективного права в законе, это было сделано в рамках обобщения судебной практики. В *Restatement of Torts* и в знаковой работе 1960 г. «Privacy» еще один видный американский юрист Уильям Проссер (William Prosser) предложил формулу нарушения приватности как деликта:

Лицо, необоснованно и серьезно нарушающее интерес другого лица в сохранении его поведения в неизвестности или в недоступности его облика для публики, несет ответственность.

Право на приватность нарушается путем:

- необоснованного вторжения в чужое уединение или частные дела;
- эксплуатации чужого имени или облика;
- необоснованной огласки чужой частной жизни;
- огласки, необоснованно показывающей другое лицо в неблагоприятном свете перед публикой¹⁷.

Проссер впервые разбил целое, пусть и аморфное, право на приватность на четыре разных, слабо связанных между собой деликта. Произошло это потому, что Проссер, в отличие от революционных Уоррена и Брандайса, придерживался консервативной позиции и предпочитал не придумывать, а систематизировать и обобщать. Четыре деликта, включенных Проссером в содержание права на приватность, — это то,

¹⁶ Kohler J. Urheberrecht an schriftwerken und verlagsrecht. Stuttgart: F. Enke, 1907. S. 443.

¹⁷ Prosser W. L. Privacy // California Law Review. 1960. Vol. 48. No. 3. P. 389.

что было отражено в судебных решениях за более чем полувековую историю данного института. Проссер осознавал хаотичность развития права на приватность, и четыре строгих вида правонарушения — его попытка упорядочить безразмерное право¹⁸. Он понимал, что право на приватность входит в конфликт как с интересами экономики, так и с другими правовыми институтами: с авторским правом, свободой слова, другими институтами публичного права, такими как диффамация, и пытался решить этот конфликт, сужая содержание права на приватность. Но именно это консервативное понимание, пусть и воспринятое американскими судами, сделало институт приватности негибким, неспособным адаптироваться к интересам личности в информационном обществе¹⁹. Проссеровское право на приватность, безусловно, работало на столкновении публичных и частных интересов. Только перечисленные интересы были весьма прямолинейны: не подглядывать, не зарабатывать без спроса на чужом добром имени, не лишать доброго имени. Нельзя сказать, что право на приватность решило проблему. Скорее, оно локализовало ее, позволяя, в том числе, получить компенсацию за действия недобросовестных коммерсантов и газетчиков.

Первые полвека существования видоизменили доктрину права на приватность, но ее суть и используемые в рамках данного института правовые средства остались преимущественно теми же: право на приватность давало юридическую возможность сказать «оставьте меня в покое» (“leave me alone”) и взыскать материальную компенсацию, если нарушение все-таки произошло. Изменения произошли в круге лиц, для которых контроль за виртуальным телом был благом. В первоначальной статье Уоррена и Брандайза это было пусть и несколько туманно сформулированное, но право на неприкосновенность честной и достойной жизни. Уоррен и Брандайз были респектабельными джентльменами и не сомневались в этом, но само их

¹⁸ Richards N.M., Solove D. J. Op. cit. P. 1899.

¹⁹ Ibid. P. 1890.

достоинство требовало, чтобы никто за ними не подглядывал. Неприкосновенность их «внутреннего круга» была сама по себе ценностью, благом, признаваемым и защищаемым их обществом.

Истцы по делам последующих лет уже не всегда были ведомы необходимостью защиты собственного достоинства, да и суды уже не основывали решения на предположении нарушенного достоинства истца. Решения судов скорее учитывали некий достаточно специфический рынок, где слух был товаром²⁰. Этот рынок нуждался в разумных ограничениях, которые суды и пытались сформулировать. Это обуславливалось заложенным еще на самом раннем этапе пониманием необратимости «опубликования» частной жизни. Честь и достоинство, неприкосновенность частной жизни могут быть нарушены только один раз. Любое разглашение информации о частной жизни неправомерно и не может быть возвращено в положение, существовавшее до нарушения права. Отсюда — «красный флажок» как единственный доступный на тот момент механизм фактического и юридического «огораживания» защищаемого блага²¹. Право на приватность оставалось вынужденным ответом на угрозу.

1.2. Жизненная необходимость

Статья 12 Всеобщей декларации прав человека 1948 г. (далее — Декларация) — первого послевоенного документа о приватности — гласит: «Никто не может подвергаться произвольному вмешательству в его частную жизнь, произвольным посягательствам на неприкосновенность его жилища, тайну его корреспонденции или на его честь

²⁰ Friedman L. M. Op. cit. P. 220-222.

²¹ Необходимо оговорить, что на тот момент приватность не означала конфиденциальности: нарушением являлось не столько раскрытие информации, сколько ее незаконное получение. Вопрос об ограничении распространения той информации, что была получена на законных основаниях, решался уже на следующих этапах развития правового института. См. об этом: Shils E. (1966). Privacy: Its Constitution and Vicissitudes. Law and Contemporary Problems, 31(2), 281-306.

и репутацию. Каждый человек имеет право на защиту закона от такого вмешательства или таких посягательств». Нельзя не заметить три принципиальных особенности данной формулы, отличающие ее от всего, что было зафиксировано в правовых документах до этого:

- упоминание частной жизни на первом месте (да и вообще первое упоминание приватности в документе такого уровня), перед неприкосновенностью жилища и отдельно от корреспонденции, чести и репутации;
- формулировка права в негативном ключе («никто не может»), а не в позитивном («у каждого есть право на приватность», как, например, в ст. 11 Декларации: «Каждый человек, обвиняемый в совершении преступления, имеет право считаться невиновным»);
- постулирование не неприкосновенности частной жизни, а запрета произвольного вмешательства в нее (хотя статья и не устанавливает никаких критериев произвольности).

Предпосылки для столь радикальной трансформации правового подхода к частной жизни изложены в преамбуле все той же Декларации, постулирующей, что «пренебрежение и презрение к правам человека привели к варварским актам, которые возмущают совесть человечества, и что создание такого мира, в котором люди будут иметь свободу слова и убеждений и будут свободны от страха и нужды, провозглашено как высокое стремление людей». В самом деле, мировая война и предшествовавшие ей события показали, что за лишением частной жизни следует лишение жизни как таковой, и поэтому речь идет уже не про защиту достоинства элит и не про регулирование рынка сплетен и слухов, а про выживание человечества. Статья 12 разделила всю историю человечества надвое, признав частную жизнь каждого и провозгласив запрет произвольного вмешательства в нее. С 1948 г. человечество должно жить без рабства и пыток, с неприкосновенной частной жизнью, честью и репутацией: именно эти три статьи были сформулированы с использованием формулы «никто не может».

Декларация, как следует из ее наименования, провозглашала права человека, но не предопределяла способы их реализации. Поэтому

с ее принятием правовой институт неприкосновенности частной жизни только начал развиваться. В Европейской конвенции по правам человека 1950 г. для неприкосновенности частной жизни были подобраны другие слова: «Право каждого на уважение к его частной и семейной жизни, жилищу и корреспонденции должно признаваться». В этом варианте, со словом «уважение», а заодно и с отказом от термина «приватность» в пользу термина «частная жизнь», право было закреплено в Конвенции. Уважение к частной жизни стало одним из столпов Совета Европы.

Примечательно, что у статьи про неприкосновенность появилась вторая часть: «2. Не допускается вмешательство со стороны публичных властей в осуществление этого права, за исключением случая, когда такое вмешательство предусмотрено законом и необходимо в демократическом обществе в интересах национальной безопасности и общественного порядка, экономического благосостояния страны, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья или нравственности или защиты прав и свобод других лиц». Появление перечня исключений из неприкосновенности частной жизни и их связь с деятельностью государства указывают на переосмысление места права на неприкосновенность частной жизни по сравнению с Всеобщей декларацией прав человека. Новое право — это право против государства, но не право против демократии и не иммунитет против закона, в столкновении с законом оно должно уступить. При этом для любых бизнес-интересов право на неприкосновенность частной жизни все еще мыслилось абсолютным и не требующим исключений.

Представление о глубине и ширине проблем, порожденных правом на неприкосновенность частной жизни, дает практика Европейского суда по правам человека²². За время работы Суда статья об уважении к частной жизни применялась к самым разнообразным ситуациям,

²² Roagna Ivana. Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights. Council of Europe Strasbourg, 2012. P. 12.

включая право на имя, защиту права на изображение и репутацию, знание своих семейных корней, физическую и моральную неприкосновенность, половую и социальную идентичность, сексуальную жизнь и сексуальную ориентацию, благоприятную окружающую среду, самоопределение и самостоятельность личности, защиту от обысков и задержания, а также конфиденциальность телефонных переговоров²³. Европейский суд по правам человека, как и другие суды по всему миру, вот уже более семидесяти лет продолжает искать границы права на неприкосновенности частной жизни и балансировать его с другими правами и правовыми институтами.

Появление права на неприкосновенность частной жизни ознаменовало наступление нового этапа развития человечества, на котором вторжение в частную жизнь перестало быть нормой. Но эта особенность предопределила и предел развития института. Право на неприкосновенность частной жизни — это запрет, красный флажок. У него нет положительного содержания, оно не предоставляет управомоченному лицу никаких прав на собственные действия, только право на защиту. Эта особенность весьма наглядно проявилась и была подмечена советской правовой наукой после того, как ст. 56 Конституции СССР 1977 г. установила, что личная жизнь граждан, тайна переписки, телефонных переговоров и телеграфных сообщений охраняются законом. Гарантированное ст. 56 Конституции СССР право на охрану личной жизни граждан относилось к личным неимущественным правам²⁴. Как указывала М. Н. Малеина, «нематериальный характер личных прав проявляется в том, что они лишены экономического содержания. ...Объектами неимущественных прав могут выступать нематериальные (духовные) блага, неотделимые от личности — имя, честь, достоинство, здоровье, тайна личной жизни и др.»²⁵. В научной дискуссии советских юристов была даже точка зрения (правда, не всеми разделяемая), что отношения по поводу нематериальных благ, не связанных

²³ Ibid.

²⁴ См.: Малеина М. Н. Личные неимущественные права. М., 1990. С. 3.

²⁵ Там же. С. 4-5.

с имущественными, правом не регулируются, а только охраняются²⁶. «Закон не определяет активных действий, которые мог бы совершить управомоченный, а указывает лишь на неприкосновенность соответствующих личных благ и на способы защиты»²⁷.

Отсутствие у права на неприкосновенность частной жизни экономического содержания, проявляющееся в отсутствии права на собственные действия (положительное содержание субъективного права) и неотчуждаемости права (то есть невозможности распорядиться правом), явились следствием экстраординарного характера этого права. Право на неприкосновенность частной жизни стоит в одном ряду с запретом пыток и рабства, и защищаются эти права соответствующим образом. Весь подход законодательства строится на том, что общество в целом свободно от пыток, рабства, вторжения в частную жизнь, и необходимо лишь последовательно и неумолимо искоренять редко возникающие эксцессы, по возможности компенсируя причиненный вред — последнее является задачей гражданского права.

Далее этого постулата право на неприкосновенность частной жизни идти не может. Оно не дает ответа на вопрос, как обмениваться информацией о людях и обрабатывать ее в самых различных целях. Решением этой задачи занимаются другие правовые институты, пусть и тесно связанные с приватностью (неприкосновенностью частной жизни), но устроенные принципиально иначе.

1.3. Публичность

Еще до начавшейся в 1960-е «компьютерной эры» особенности американского подхода к праву на приватность повлекли череду отказов американских судов в исках, поданных знаменитостями. Когда знаменитости подавали иски, основанные на нарушении их права

²⁶ См., например: Гражданско-правовая охрана интересов личности / отв. ред. Б. Б. Черепахин. М., 1969. С. 58.

²⁷ Малеина М. Н. Указ. соч. С. 9.

на приватность, суды отказывали на том основании, что достоинство истца не страдает, ведь истец осознанно разрешал другим лицам использовать собственное изображение. Приобретая статус публичной персоны, по мнению судей, истцы отказывались от права на приватность²⁸. Право на приватность, кроме того, было неотделимо от личности; как следствие, компании, договаривавшиеся со знаменитостями об использовании их образов в рекламе, не получали юридически защищенной эксклюзивности. Если сама знаменитость еще могла ссылаться на право на приватность как основание для права на свое изображение, то «лицензиат» уже не имел никакой возможности влиять на третьих лиц, использующих изображения знаменитости.

Возможность распорядиться правом на собственный образ была признана только в 1953 г. в решении по делу *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*²⁹. Сторонами по делу были два производителя жевательной резинки, использовавшие в рекламе образ одного и того же известного бейсболиста: один — с согласия такого бейсболиста, другой — без его согласия. По мнению суда, многие известные личности не страдают от того, что их имя или облик эксплуатируются без разрешения, но чувствуют себя обездоленными, не получая денег за такую эксплуатацию. Как следствие, независимо от права на приватность, человек имеет право на публичную ценность своего образа, то есть право предоставлять эксклюзивную привилегию на публикацию своей фотографии.

Подробно особенности «права знаменитостей» были описаны только в 1977 г. Верховным судом США в решении по делу *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.* Основы «права знаменитостей» лежат в той же области, что и авторское и патентное право. Они позволяют человеку

²⁸ Beverley-Smith H., Ohly A., Lucas-Schloetter A. Privacy, Property and Personality: Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2005. P. 64. В качестве примера можно привести решения по делам *O'Brien v. Pabst Sales Co.*, 124 F.2d 167 (5th Cir. 1941); *Paramount Pictures, Inc. v. Leader Press, Inc.*, 24 F.Supp. 1004 (1938); *Gautier v. Pro-Football, Inc.*, 107 N.E.2d 485 (1952).

²⁹ 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953).

получить награду, в буквальном смысле, за инвестиции в себя и не имеют ничего общего с защитой чувств или репутации. Как указал Верховный суд США, нет никакого общественного интереса в том, чтобы ответчик получил бесплатно то, что имеет рыночную цену и за что в обычной ситуации он должен был бы заплатить³⁰. Кроме того, право на приватность и «право знаменитостей» совершенно по-разному влияют на свободу слова. Интерес субъекта, защищающего свою приватность, заключается в минимизации распространения информации о нем. В случае же с «правом знаменитостей» вопрос только в том, кто именно имеет право распространять информацию о субъекте.

Как замечают отдельные исследователи, есть некая ирония в том, что право на приватность и «право знаменитостей» черпают свои основы в одном и том же — в тезисе о неприкосновенной личности (*inviolable personality*)³¹. Однако применительно к личному неимущественному праву на приватность основа — ненарушенная частная жизнь, применительно к имущественному «праву знаменитостей» основа — ненарушенное имущественное положение личности. Право на приватность и «право знаменитостей» отражают, таким образом, две стороны одного интереса в неприкосновенности — неимущественную и имущественную, имея, как следствие, разные объекты — неотчуждаемую от человека частную жизнь и вполне отчуждаемую информацию о нем. Право знаменитостей, в отличие от приватности, охраняет имеющий материальную оценку актив (*персону*, то есть некий информационный образ) вполне материальными средствами, создавая условия для рыночного оборота таких активов. Фактически это делает право знаменитостей разновидностью интеллектуальной собственности.

³⁰ 433 U.S. 562-576 (1977). Истец по делу — знаменитый «человек-ядро» Хьюго Заччини. Он зарабатывал деньги представлениями на ярмарке, причем собственно номер длился всего несколько десятков секунд. Когда полет Заччини был снят местной телекомпанией и показан в вечернем выпуске новостей, Заччини обратился в суд и предсказуемо выиграл его по основаниям, в целом лежащим в сфере интеллектуальной собственности.

³¹ Beverley-Smith H., Ohly A., Lucas-Schloetter A. Op. cit. P. 68.

При этом близость «права знаменитостей» и аналогичных ему институтов других стран (например, российского права гражданина на свое изображение) к праву собственности предопределила ограниченную применимость этого средства защиты интересов. В США иск из права знаменитостей возможен, только если в результате нарушения ответчик незаконно обогатился за счет присвоения себе *персоны* истца, имеющей ту или иную ценность. Несмотря на свое название, «права знаменитостей» в большинстве штатов США защищают не только знаменитостей, но формула «обогащение в результате использования чужой собственности» приводит к тому, что чем ценнее собственность (в данном случае — *персона*), тем большие убытки причиняет ее незаконное использование³². Весьма схож (и потому имеет столь же ограниченное применение) и механизм действия российского права на изображение гражданина: оно, как следует из названия, распространяется только на изображение, из него исключены случаи использования изображения в государственных, общественных и иных публичных интересах, а также случаи съемки в общественных местах (кроме портретной съемки) и, что логично, случаи позирования за плату. Право на изображение гражданина в России, как и право знаменитостей в США, решило только малую часть проблемы — коммерческое использование образа человека. Значительный объем отношений, находящихся в пространстве между запретом вторжения в частную жизнь и использованием изображения гражданина в коммерческих целях, остался неурегулированным.

1.4. Оборот данных

После установления в базовых международных и конституционных документах права на неприкосновенность частной жизни (а точнее — запрета произвольного вмешательства в частную жизнь) общества

³² Murray Michael D. Right of Publicity in a Nutshell. St. Paul MN: West Academic Publishing, 2018. P. 65-67.

по обе стороны Атлантики столкнулись с новой проблемой, складывающейся из трех плотно связанных между собой элементов.

Во-первых, даже с учетом оговорок, содержащихся в ч. 2 ст. 8 Европейской конвенции по правам человека и аналогичных ей актов, критерии и пределы, разграничивающие «произвольное» и «законное» вмешательство, были достаточно неопределенны, а главное — законы не предусматривали способов осуществления и защиты субъектами своих прав при законном вмешательстве в их частную жизнь, кроме судебных. По мере роста объемов и случаев вмешательства в частную жизнь исключительно судебная форма защиты прав становилась все более и более неудобной.

Во-вторых, из запрета произвольного вмешательства в частную жизнь не вытекало позитивное право предоставлять доступ к данным о себе для использования в целях удовлетворения разного рода интересов.

В-третьих, все более разнообразными становились источники данных о субъекте, в результате чего все большая часть данных поступала не от самого субъекта. Заметную роль в процессе объединения данных из разных источников (агрегации) сыграло развитие компьютерной техники. Возникшую в результате этих факторов проблему можно описать как проблему создания процедур законного оборота данных, дополняющих ранее установленный запрет произвольного вторжения в частную жизнь.

Расцвет компьютерных технологий, начавшийся в 1970-е гг., усугубил проблему. В докладе А. Вестина и М. Бейкера³³ делается вывод: компьютеры здесь надолго («computers are here to stay»). Авторы пишут о том, что связанная с компьютерными технологиями возможность агрегации данных из разных источников и быстрого получения доступа к данным дополнила и без того немалые возможности государственных органов в период, когда в мире случился фундаментальный

³³ Westin Allan F. and Baker Michael A. Databanks in a free society. SIGCAS Comput. Soc. 4, 1. 1973, pp. 25-29.

раскол относительно политики и практик управления в обществе. К концу 1960-х гг. мир был расколот на два лагеря, отношения между которыми становились все хуже: была возведена Берлинская стена, в ГДР и других странах Варшавского договора размещались контингенты советских войск, Западный Берлин был полем действия разведок разных стран. В 1968 г. произошли события «Пражской весны», закончившиеся вводом советских войск в Чехословакию, и майские события в Париже, приведшие к существенному изменению государственной политики Франции. 4 апреля 1968 г. в США был убит нобелевский лауреат Мартин Лютер Кинг: его убийство явилось кульминацией протестов весны 1968-го, направленных и против расовой сегрегации, и против участия во Вьетнамской войне. В результате этих протестов президент Линдон Джонсон не стал выдвигаться на очередной президентский срок, а внутренняя и внешняя политика США существенно изменилась. Можно сказать, что 1968 год стал пиком недоверия в послевоенном мире.

В том же 1968 г. в ФРГ был принят Закон об ограничении права на тайну почтовой корреспонденции и телефонных переговоров (*Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses*), ставший первым примером расширения полномочий спецслужб по использованию самых современных автоматизированных технологий прослушивания переговоров. Одним из главных положений Закона было то, что гражданин, в отношении которого было принято решение о прослушке, не мог узнать об этом факте даже впоследствии, когда прослушка была прекращена и процессуальные меры против данного гражданина не принимались. Закон был справедливо воспринят обществом как серьезное ограничение прав и свобод, но в сложившейся обстановке его принятие было вынужденным шагом. Это доказала, в том числе, активность террористической группировки *Rote Armee Fraktion* («Фракция Красной армии»), выросшей из протестов все того же 1968 г. Ее деятельность держала германское общество в страхе все десятилетие, и противодействие этой и аналогичным угрозам требовало использования современных компьютерных технологий в интересах государства.

Но одновременно была явно осознана потребность в новом правовом механизме, балансирующем интересы развития и безопасности и не позволяющем государству опять стать тоталитарным. Как уже было сказано выше, одной лишь ч. 2 ст. 8 Европейской конвенции по правам человека для этого было явно недостаточно. Такой механизм был предложен немецким юристом греческого происхождения Спиром Симитисом (*Spiros Simitis*) и впервые реализован в законе земли Гессен 1970 г., что дало достаточные основания премьер-министру Гессена Альберту Освальду утверждать: «Тотальное государство Оруэлла никогда не станет реальностью в Гессене»³⁴. Предложенный Спиром Симитисом механизм балансировал противоречащие друг другу интересы субъектов и пользователей данных аналогично «трехступенчатому тесту» Бернской конвенции³⁵. Его можно изложить в следующем виде:

- (1) если персональные данные обрабатываются на законном основании, и
- (2) если при этом соблюдаются общие принципы обработки, а также
- (3) субъект персональных данных (лицо, к которому относятся данные) имеет право на доступ к данным о себе и может реализовывать другие установленные законом права, то

персональные данные могут обрабатываться и передаваться на пользу общества, экономики и государства, поскольку здесь нет нарушения неприкосновенности частной жизни.

Нельзя не отметить, что предложенное Симитисом решение содержало полный набор ответов на осознанные к тому времени проблемы субъекта и объекта, текста и контекста, источника и субъекта правил. Этот подход был одновременно революционным (поскольку выводил существенную часть информации из-под режима неприкосновенности частной жизни) и привычным для Европы (поскольку «всего лишь»

³⁴ EDV im Odenwald // Der Spiegel. 1971. No. 20. S. 88..

³⁵ Ст. 9(2) Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г.

вводил новую бюрократическую процедуру, пусть и в необычной сфере). На форму и содержание найденного решения повлияла европейская интеграция, которой занимались сразу несколько организаций, в том числе Совет Европы и Организация европейского экономического сотрудничества (позднее переименованная в Организацию экономического сотрудничества и развития — ОЭСР). Их интерес заключался в использовании данных как основы информационного общества, со всеми его социокультурными аспектами. В отличие от права знаменитостей здесь не шла речь лишь о коммерческом использовании данных, соответственно, не шла речь о легальной монополии на данные — они воспринимались как общее благо. Обработка данных также не воспринималась как нечто непоправимое. Поэтому потребность заключалась не в том, чтобы запрещать или ограничивать обработку данных, а, наоборот, в том, чтобы разрешить обработку данных по некоторым — общим — принципам, дав гражданам гарантии нарушения их интересов. «Установление минимальных правил приватности (*minimum rules on privacy*) по факту было использовано для достижения другой, и даже противоположной, цели — облегчения свободного оборота персональных данных»³⁶.

Совет Европы и ОЭСР решали проблему оборота информации, который в 1970-х гг. стал данностью: его уже нельзя было запретить, можно было только канализировать с использованием доступных правовых инструментов. «В значительно большей степени, чем защита приватности, ОЭСР интересовало создание международного правового пространства, в котором персональные данные могли бы свободно циркулировать. ОЭСР хотела устранить любые различия в законодательстве стран-участниц, поскольку такие отклонения могли бы быть использованы государствами для регулирования и лимитирования потоков данных. Государства с большим уровнем защиты приватности могли бы запретить экспорт данных в страны с низким

³⁶ Gutwirth Serge. *Privacy and the Information Age*. Lanham, MDd.: Rowman & Littlefield Publishers, 2002. PC. 90. P. 88.

уровнем защиты. Вот почему ОЭСР хотела установить одинаковый уровень защиты»³⁷. Серж Гутвирц также указывает, что этот «одинаковый уровень защиты» не мог быть слишком высоким, поскольку в этом случае он сам по себе нарушил бы баланс регулирования и создал препятствия для свободного оборота данных³⁸. Принятие Рекомендаций ОЭСР³⁹ и Конвенции Совета Европы⁴⁰ закрепило признание нового интереса, стоящего за законодательством, и, как следствие, нового подхода к регулированию.

1.5. Дизайн социотехносистем

К началу XXI в. сформировался комплекс факторов, позволяющих некоторым авторам утверждать, что приватность умерла⁴¹, поскольку закрепленные в законодательстве решения проблем субъекта и объекта, текста и контекста, источника и субъекта правил фактически перестали работать. Цифровая трансформация⁴² и связанные с ней технологические сдвиги привели к очевидной утрате контроля субъектов над данными о себе, при этом задача понимания контекста хоть и активно решалась, но не в интересах человека. И главное, люди были окончательно отстранены от принятия решений о том, какие правила для обработки их данных могут считаться справедливыми. Этому способствовала, как ни удивительно, интернационализация

³⁷ Gutwirth S. Op. cit. P. 88.

³⁸ Ibid.

³⁹ Рекомендации Организации экономического сотрудничества и развития, регулирующие неразглашение и трансграничные потоки личных данных, утв. 23.09.1980 (далее — Рекомендации ОЭСР).

⁴⁰ Конвенция Совета Европы ETS № 108 о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных, утв. 28.01.1981 (далее — Конвенция 108).

⁴¹ См.: Garfinkel Simson. Database nation: the death of privacy in the 21st century. O'Reilly & Associates, Inc., USA, 2001. P. 33-34.

⁴² Прохоров А., Коник Л. Цифровая трансформация. Анализ, тренды, мировой опыт. М., 2019. С. 22-25.

и универсализация проблематики персональных данных: основными центрами принятия решений стали транснациональные компании и международные организации. Субъекты не могли воздействовать на них в рамках демократических или аналогичных процедур. Фактически оставались только рыночные механизмы — то самое «голосование ногами», о котором говорилось выше. Это привело к тому, что приватность стала конкурентным преимуществом.

Первым ответом на сложившуюся ситуацию был механизм комплаенса в обработке данных: поскольку компании не могли повлиять на требования к обработке, но не хотели терять пользователей, они постарались организовать исполнение требований максимально эффективным образом, а еще лучше — автоматизировать его. Хотя комплаенс стал неотъемлемой частью деятельности любой компании, особенно крупной, и часто считается позитивным явлением⁴³, по факту это лишь вынужденный ответ частных лиц на требования, изменить которые они не могут.

Революционная идея, позволившая перестать смотреть на приватность как на «требование», была предложена в конце 1990-х группой канадских исследователей под руководством Анны Кавукян. Это так называемая «конструктивная приватность» (Privacy by Design), концепция которой впервые рассматривает приватность как win-win игру и предполагает, что информационные и управленческие системы могут на уровне своего устройства быть ориентированы на своих пользователей, могут сочетать удобство и безопасность. Такое сочетание обеспечивает эффективность и конкурентное преимущество таких систем, поскольку пользователи не заинтересованы в удобных, но небезопасных или, наоборот, безопасных, но неудобных системах. Встроенный, конструктивный характер защитных механизмов в таких системах предотвращает дублирование функциональных систем

⁴³ Попондопуло В., Петров Д. Комплаенс как правовой инструмент минимизации рисков и профилактики правонарушений // Вестник Санкт-Петербургского гос. ун-та. Право. 2020. № 1. С. 102-114 // <https://doi.org/10.21638/spbu14.2020.107>

системами безопасности, а значит, не допускает двойных расходов на такие системы⁴⁴.

Конструктивная приватность лежит в ключе появившихся тогда же, на рубеже XX–XXI вв., идей о регулировании общественных отношений с помощью технологий. В совокупности эти подходы называют *lex informatica*⁴⁵. Автор термина *lex informatica* Джоэл Рейденберг рассматривал его как систему, параллельную «традиционному» праву⁴⁶:

	Правовое регулирование	Lex informatica
Что задает структуру регулирования?	Законодательство	Дизайн информационных систем
Территориальные пределы	Территория	Сеть
Содержание	Положения нормативных актов и решения судов	Технические возможности, доступные пользователям
Источник	Государство	Технические специалисты
Правила, создаваемые пользователями системы	Договоры	Пользовательские настройки
Принудительное правоприменение	Судом	Автоматически, в том числе самостоятельно пользователем

Таблица 1. *Отличия правового регулирования от lex informatica (по Рейденбергу)*

В качестве примеров *lex informatica* можно привести такие, казалось бы, разные явления, как социальные сети, автомобильные дороги и станции метро. Программные средства социальной сети позволяют жестко контролировать поведение ее пользователей, что обеспечивает их более или менее единообразное поведение, не допускает

⁴⁴ См.: Cavoukian A. Privacy by Design. The 7 Foundational Principles // <https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/resources/7foundationalprinciples.pdf>

⁴⁵ Reidenber, Joel R. Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology, 76 Tex. L. Rev. 553 (1997-1998) // URL: https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/42

⁴⁶ Reinderberg. Op. cit. P. 569.

нежелательных для владельца платформы активностей. В логистических системах, таких как автодорога или станция метро, правила поведения запрограммированы на структурном уровне. Разделительные барьеры разводят потоки машин, движущиеся в разных направлениях, автоматика не дает отправиться поезду с незакрытой дверью, турникеты не пропускают безбилетников. Что не автоматизировано, максимально упрощено: на светофоре всего три или даже два цвета, на дорожных знаках всего по одной пиктограмме. Все это позволяет пользователям двигаться с максимальной скоростью, не тратя свое внимание на понимание правил и принятие решений, а главное — снижает число аварий и их жертв.

Вполне закономерно, что идеи *lex informatica* пытались и пытаются применить в области приватности, сначала как элемент комплаенса, а затем в качестве самостоятельного инструмента. Конструктивная приватность — лишь один из возможных подходов. Еще один подход, как уже упоминалось выше, предложила Хелен Ниссенбаум, обозначив целостность контекста как неперемное условие приватности. Процессы обработки данных и информационные системы, в которых обрабатываются данные, должны конструктивно обеспечивать связь обрабатываемых данных с контекстом их обработки. Изменение контекста обработки (например, если данные, собранные для поступления в университет, используются для оценки политической благонадежности) причиняет вред людям, а потому не должно допускаться. Объединяя процессы (социальный элемент) и информационные системы (технический элемент) в единое целое, Хелен Ниссенбаум говорит о социотехносистемах⁴⁷. Социотехносистема — это то, что не работает без одного из компонентов, человеческого или технического. Телефонная сеть не имеет смысла без абонентов, социальная сеть — без персональных страничек, портал государственных услуг — без использующих его граждан. Регулирование процессов в социотехносистеме, как следствие, тоже требует двух компонентов:

⁴⁷ Nissenbaum H.F. (2010). Privacy in context: Technology, policy, and the integrity of social life. Stanford, CA: Stanford University Press. P. 4-6.

технологического (как настроены технические средства) и нормативного (какими правилами руководствуются субъекты).

Понимание приватности как конкурентного преимущества заставляет владельцев социотехносистем оптимизировать процессы внутри них, давая пользователям больше благ и уменьшая издержки (свои и пользователей), а также сокращая риски⁴⁸. Из двух моделей смартфонов от разных производителей, схожих по своим техническим характеристикам, пользователь купит ту, которая обеспечит лучшую защиту его данных.

Как и экономические законы и технологические закономерности, приватность становится глобальной, одинаковой для всего мира. Неважно, что написано в конституции или законе о персональных данных конкретной страны, если одна и та же модель смартфона будет продаваться в сотне стран, а приложение для него будет доступно пользователям всего мира. Важно только то, как приватность реализована в смартфоне или приложении. Поэтому можно говорить о наступлении нового периода в приватности, когда на первое место выходит дизайн социотехносистем, который, в свою очередь, определяется множеством факторов: от научных представлений о человеческом сознании до требований законов отдельных стран или правил цифровых сообществ.

Взгляд на приватность со стороны дизайна привел к своеобразному решению проблемы источника и субъекта правил. В масштабах целого мира ни одно из требований не имеет заранее установленной силы, поэтому источники правил для дизайна работают в ассортименте, на выбор. В значительной степени источниками оказываются законы наиболее развитых стран и международных объединений (речь идет, прежде всего, о Европейском союзе) — ими руководствуются даже те, на кого они формально не распространяются. И все больший вес приобретают документы, изначально не имеющие нормативного характера, разного рода стандарты, рекомендации и спецификации — их часто называют общим термином «фреймворки»,

⁴⁸ См.: Gratton E. Understanding personal information: managing privacy risks. Markham: LexisNexis, 2013. 515 p.

или, иначе, «рамки». Фреймворки изначально предполагают выбор между ними того, который в большей степени соответствует целям создания или развития той или иной социотехносистемы. Помимо применимых нормативных правовых актов и фреймворков, на приватность влияют требования контрагентов, политики магазинов приложений, правила цифровых сервисов — это все, смешиваясь между собой самым причудливым образом, и предопределяет дизайн социотехносистем. Выбор правил, а не вынужденное (и зачастую бездумное) следование им и составляет суть текущего состояния приватности.

Период	Проблема	Решение
1880–1940	Появление частной жизни у городской буржуазии и появление возможности вторжения в нее (СМИ и фотография)	Право быть оставленным в покое
1945–1950	Массовое использование информации о человеке для причинения вреда его жизни и здоровью	Запрет вторжения в частную жизнь и право на уважение к частной жизни
1950–1970	Использование образа человека в коммерческих целях без выплаты вознаграждения	Право на получение вознаграждения за коммерческое использование имени и изображения (в США — любых элементов образа человека)
1970–2000	Развитие оборота цифровых данных между странами	Принципы и основания обработки персональных данных
2000–н. в.	Установление правил обработки данных без учета интересов людей	Конкуренция фреймворков

Таблица 2. *Этапы развития приватности*