

## Пределы правового регулирования в цифровую эпоху

Статья рекомендована Т.В. Ершовой 01.06.2018.



**ДМИТРИК Николай  
Андреевич**

*Кандидат юридических наук,  
руководитель департамента  
правового регулирования  
цифровой экономики  
Национального центра  
цифровой экономики МГУ им.  
М.В. Ломоносова*

### Аннотация

В статье выявляются и рассматриваются четыре группы факторов, выступающих пределами государственного регулирования общественных отношений. К ним относятся однородность регулируемых отношений, познаваемость правил, установленных нормой, территориальная ограниченность государства и наличие частной жизни. Поскольку наличие таких пределов не учитывается господствующей в правовой науке позитивистской доктриной, это влечет проблемы как в правотворчестве, так и в правоприменении. В работе даются рекомендации по преодолению возникающих проблем на основе поддержания баланса интересов сторон отношений.

### Ключевые слова:

**пределы правового регулирования, механизм правового регулирования, персональные данные, неприкосновенность частной жизни, позитивизм.**

Отечественная правовая наука по преимуществу стоит на позитивистских устоях. Если в работах по теории права непозитивистские теории еще рассматриваются (но позитивистская, или нормативная — обязательно на первом месте) [1, с.168–172; 2, с.12], то прикладные исследования, посвященные специальным вопросам, как правило, представляют собой лишь анализ норм правовых актов и судебной практики. Причин у сложившейся ситуации много: отчасти это советское наследие, отчасти — особенность правосознания современных чиновников и политических деятелей.

Отправной точкой для работ советского периода служили тезисы В. И. Ленина о том, что «закон есть выражение воли классов, которые одержали победу и держат в своих руках государственную власть», а «право есть ничто без аппарата, способного принуждать к исполнению норм права» [3, с.76]. Нормативность признавалась сутью права, его определяющим объективным свойством [4, с.21; 5, с.43–45]. Работы исследователей, указывавших, что «право существует постольку, поскольку оно соприкасается с сознанием субъекта, реципиента правового веления», нещадно критиковались [6]. «Закон, после того, как он издан и вступил в силу, обладает относительной самостоятельностью — он действует независимо от воли и сознания того, кому он адресован, независимо от реципиента. Но это возможно лишь потому, что имеется аппарат принуждения к выполнению норм права, имеется механизм» [5, с.45].

На корни современного позитивизма указывал С. С. Алексеев. «В нашей стране, начиная с 1990-х гг. и все более и более в последующее время даже сам термин «право» стал исчезать из официальной лексики. Центр тяжести стал все более переноситься на категорию «закон» (тракуемый во многом по модели «инструкции», произвольно определяемой властью)» [7, с.16–17]. Обращают внимание на эту закономерность и исследователи, не являющиеся юристами:

«Тогда как Запад ... основывается на духе закона, Россия формально следует букве закона». «Кажется, очень важно было ... следовать формальному закону и обосновывать свои действия соответствием писаным нормам, обращая меньшее внимание на другие аспекты правового и политического процесса» [8, с.759, 761].

Юристы с самого первого курса в университете учатся воспринимать право как данность, как императив. Дальнейшая работа только укрепляет нас в этом ощущении: составляя договор или справку по законодательству, мы опираемся на нормы закона, подзаконных актов, судебные решения, пытаемся определить предписанный нам государством вариант поведения. Но чем больше позитивизм проникает в наше профессиональное сознание, тем острее становятся видны проблемы, вызванные нормативным подходом к праву. Это и проблема злоупотребления правом («как может осуществление права быть противоправным?»), и проблема «каучуковых норм» (принцип разумности, добросовестности и т.п.), и проблема правовых гарантий (как может одна правовая норма считаться гарантией другой, столь же правовой нормы?). В самом общем виде столкновение такого рода «неразрешимых» правовых проблем с позитивистским мышлением выразил В. И. Емельянов в своей работе о злоупотреблении правом: «С точки зрения сторонников введения в закон понятия пределов осуществления права, существует два уровня дозволений». И далее: «Совокупность правовых норм, ограничивающих субъективное право, не создает другой идеальной модели поведения, отличной от той, которая установлена управомочивающей нормой. Мера дозволенного поведения (субъективное право) остается единой. Нельзя говорить, что этими нормами устанавливаются «пределы осуществления субъективного права». В то же время, именно на наличии двух мер поведения основано приведенное выше определение понятия «злоупотребления гражданскими правами» [9, с.54–55]. И действительно, если все право позитивно, все правила поведения связаны между собой, все субъективные права раз и навсегда определены законодателем, — наличие норм «второго порядка», таких как запрет злоупотребления правом, запрет недобросовестного поведения, правовых гарантий и т.п. выглядит нонсенсом.

При этом интуитивно большинство юристов осознают, что идеальная модель права очень сильно отличается от реальности. Ведь есть мертворожденные нормы, то есть те, которые никогда не применялись в силу фактической невозможности их применения. К ним относится, например, порядок учета средств цветного копирования, предусматривающий их обязательную регистрацию: он был установлен в 1994 году [10] и отменен только в 2010 [11]. Регистрации подлежали средства цветного копирования (оперативной полиграфии, копировально-множительной техники, капельно-струйных принтеров), приобретаемые гражданами, а также предприятиями, организациями и учреждениями независимо от форм собственности и сферы деятельности (далее именуются — предприятия). Утвержденные Правила предусматривали, что граждане и руководители (представители) предприятий обязаны в течение месяца со дня приобретения средств цветного копирования представить в орган внутренних дел соответственно по месту жительства или по месту нахождения предприятия либо по месту использования средств цветного копирования паспорт либо иной документ, удостоверяющий их личность или служебное положение (полномочия), а также письменное заявление произвольной формы

о регистрации указанных средств. Орган внутренних дел обязан в течение месяца со дня обращения граждан или предприятий произвести обследование помещения, предназначенного для хранения и использования средств цветного копирования, в целях определения его соответствия требованиям, установленным настоящим пунктом, и принять решение о регистрации указанных средств. Помещение, предназначенное для хранения и использования средств цветного копирования, должно быть изолированным от других помещений, технически укреплено от проникновения посторонних лиц (охранной сигнализацией, надежными запорами и т.п.), чтобы исключить возможность бесконтрольного использования этих средств.

Еще один пример отличия «идеального» права от реальности — судебные решения, иногда весьма вольно трактующие положения правовых актов; при этом суды, даже Конституционный Суд Российской Федерации, могут менять свою трактовку одних и тех же положений. Как отмечал в своем интервью В. Д. Зорькин, «живая Конституция — это не только текст и не только решения КС по толкованию тех или иных норм Основного закона. Живая Конституция — это еще и законы, и вся правоприменительная практика, которая показывает, в каком направлении двигается наше право. Ядром этой практики является, конечно, конституционное правосудие. То есть важен не только сам текст Конституции, но и его реальное воплощение в жизнь. И важны не только учреждения, которые там названы, а то, как эти парламент, президент, суды, СМИ функционируют. Важен не столько перечень прав и свобод, сколько то, как они реализуются. Согласитесь, любой текст можно озвучить так, что все хорошее в нем будет перечеркнуто» [12]. Наконец, существует практика надзорных органов, которые могут применять или не применять отдельные предписания законов и подзаконных актов.

Однако позитивистские устои не позволяют признать, что право (как минимум — писаное право) имманентно несовершенно. Отсюда — постоянные заклинания о «необходимости совершенствования законодательства» как средстве решения проблем. Но законодательство, да и право в целом несовершенно всегда! Расхождение между писаным правом и фактически применяющимися в обществе правилами поведения подтверждалось исследователями и в XIX веке, и в XXI: можно вспомнить и концепцию «фактической конституции» Ф. Лассалья, и «живое право союзов» Е. Эрлиха. Соотношение закона и его использования в обществе является предметом и современных социологических исследований [13].

Разумеется, нельзя пытаться ставить под сомнение авторитет законодательства, подрывать общеобязательность правовых норм и необходимость их применения. Как отмечал И. А. Покровский, «как в области публичного, так и в области гражданского права залогом истинного праворазвития может быть только одно — законность и правовой порядок». Радикальное же расхождение законов и представлений общества о справедливости свидетельствует о кризисе в обществе и запросу к власти на модернизацию [14, с.223]. Тем не менее, надо обратить внимание, что имманентная несовершенность права — даже в том обществе, где право воспринимается населением как справедливое — имеет объективные предпосылки, выступающие пределами права, точнее — пределами правового регулирования.

Для того чтобы рассмотреть пределы правового регулирования, придется отойти от позитивистских устоев. Конечно, в конкретном месте и в конкретный момент времени и государство, и право выступают в виде объективной реальности, не зависящей от конкретного человека. Так, сейчас мы живем в Российском государстве, основой правовой системы которого является Конституция Российской Федерации. Однако даже в истории нашего народа было несколько моментов, когда и государство, и право этого государства разом переставали существовать: это происходило с СССР [15], и с Российской Империей [16]. В зарубежной истории это случалось еще чаще; зачастую даже нельзя было с определенностью сказать, существует государство или нет — например, в Ливии. Право может существовать без государства, как это было с римским правом. Некоторые члены общества могут не признавать право соответствующего государства — тогда оно не будет для них правом (примеры такого поведения можно видеть в некоторых национальных общностях и в террористических организациях; самым же красивым «мысленным экспериментом» такого рода является Воланд и его свита в «Мастере и Маргарите» М. Н. Булгакова: хотя они находятся на территории Советского государства, и на них распространяется действие советских законов, они не считают необходимым им подчиняться — и заставить их подчиниться нет никакой возможности). Поэтому право и государство для целей нашего исследования — это то, что признается правом и государством в конкретном обществе в конкретный момент времени. Государство при этом выступает в качестве механизма принятия общеобязательных решений в обществе, а право — накопленной и распространяемой в обществе информацией о таких решениях. Чем же будет ограничиваться использование данных инструментов, то есть что будет выступать пределами правового регулирования? Вопрос этот тем более важен, что право как инструмент регулирования в обществе нужно использовать экономно, не тратя на это ограниченные ресурсы самого общества. Можно написать закон, который выйдет за пределы правового регулирования, потратить существенные правоприменительные ресурсы в попытке его реализовать — но все равно потерпеть неудачу. Недаром ведь В. А. Дозорцев писал, что «право основано на объективных закономерностях, нарушение которых раньше или позже жестоко мстит за себя» [17, с.228].

Можно выделить две группы пределов правового регулирования (в достаточно общем понимании этого термина как, скажем, «границы государственного вмешательства в систему общественных отношений» [18]): внутренние, обусловленные собственными характеристиками права, и внешние, обусловленные взаимодействием права с обществом.

Первый внутренний предел правового регулирования связан с тем, что нормы права рассчитаны на многократное применение и упорядочивание на этой основе общественных отношений. Даже в учебниках по основам права отмечается, что «при помощи общих правил достигается единый действующий порядок во взаимоотношениях людей в обществе, снижаются возможности для индивидуального произвола. Свои отрицательные моменты имеет и нормативное регулирование, в особенности в случаях, когда требуется учет неповторимой специфики определенной ситуации» [19, с.22]. Правовое регулирование достигает своего предела в силу того, что жизнь богаче и разнообразнее любого, даже самого продуманного закона. Объективным основанием для данного

предела выступают законы математической статистики, связанные с распределением вероятностей. Математически доказано, что вероятность развития событий по тому или иному варианту распределяется некоторым образом: какие-то случаются чаще, какие-то реже. Любая общая норма «накрывает» только часть вариантов, пусть и самую вероятную. Остальные варианты этой нормой отсекаются — либо как противоправные, либо как «непредусмотренные».

Именно об этом пределе писал В. П. Грибанов: «соотношение между поведением, составляющим содержание субъективного права, и поведением, составляющим содержание осуществления права, представляется прежде всего как соотношение между возможностью и действительностью. ... поведение, составляющее процесс осуществления права, всегда есть определенный, конкретный вид реальных действий управомоченного лица, вытекающий из особенностей данного конкретного случая. Поэтому соотношение между поведением, составляющим содержание субъективного права, и поведением, составляющим содержание процесса его осуществления, представляется так же, как соотношение общего и конкретного, как соотношение общего типа поведения и конкретных форм его проявления в условиях данного конкретного случая» [20, с.44–45]. Самый мудрый законодатель не в состоянии при написании общей нормы помыслить все те внешние обстоятельства, в которых будет складываться правоотношение; норма, таким образом, оказывается на эти обстоятельства не рассчитана.

Показательным случаем достижения правом данного предела является злоупотребление правом — одна из «неразрешимых проблем» правовой науки. Как справедливо отмечает А. В. Волков, «злоупотребление правом — это всегда проявление системного «сбоя» норм в гражданском праве; когда их использование в ситуации правовой неопределенности производится не по назначению; нормы (а точнее их формализм и несовершенство) становятся средством злоупотреблений» [21]. Случаи обхода закона, о которых говорится в пункте 1 статьи 10 Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ) — также яркий пример достижения правовым регулированием своего предела.

Так как данный предел носит объективный характер и с неизбежностью присущ правовому регулированию, нет никакой возможности разрешить данный кризис правовыми средствами. Существует два способа сглаживания кризиса: введение «каучуковых норм» (запрета злоупотребления правом, запрета недобросовестного поведения и т.п.) и уточнение самой правовой нормы. И то, и другое не позволяет решить проблему полностью, так как, опять-таки, не может учесть все возможные жизненные обстоятельства. Кроме того, активное использование обоих способов само по себе влечет пагубные последствия. Широкое применение каучуковых норм нарушает определенность права, на что указывал еще И. А. Покровский [16, с.220]. Попытка же учесть в общей норме все возможные частные случаи затрудняет восприятие этой нормы (вспомним Налоговый кодекс РФ) — и это угрожает достижением второго внутреннего предела правового регулирования.

Второй предел правового регулирования связан с познаваемостью права. Как уже говорилось выше, право — это прежде всего информация, соответственно, его надо соотносить с когнитивными возможностями человека. Об этом давно уже говорят социологи: «В России плотность правил как в Германии, а качество — как в Гане. Очень плохие законы, при этом их очень много. Обычно

там, где не умеют писать законы, их и немного, а там, где умеют, накручивают много-много правил — люди стонут от бюрократии, но и правила не противоречат друг другу. В России люди окружены огромным количеством мелочных правил, и следовать им всем невозможно. Они противоречат друг другу, за ними не уследишь, они все время меняются. Что людям остается? Придумать какие-то причины, почему их нарушать оптом. Вот это объективная, рациональная составляющая» [22].

Познаваемость права является важнейшим фактором, впрочем, давно осознанным юристами. Те правила, от которых зависит жизнь и здоровье людей — например, Правила дорожного движения — постарались сделать максимально наглядными. Главное юридическое изобретение XX века — светофор — является образцом доступного для познания правила поведения, что и предопределяет его эффективность и всемирное распространение. Другой пример: типовые лицензии Creative Commons, позволившие сделать прорыв в адаптации авторского права к реалиям Интернета. Эти лицензии изложены на трех уровнях: юридическом, «для обычного человека» и машиночитаемом. Уровень «для обычного человека» позволяет буквально за несколько секунд понять, какие возможности предоставляются текстом лицензии, и сделать выбор. При этом существует полноценный юридический текст, учитывающий наиболее распространенные обстоятельства, в которых может складываться правоотношение, урегулированное лицензией. Во многом ориентация на когнитивные способности адресата правовой нормы предопределила успех Единого портала государственных и муниципальных услуг ([gosuslugi.ru](http://gosuslugi.ru)). При наполнении данного веб-сайта была проведена огромная работа по структурированию требований к получателям услуг, изложению этих требований в доступной и наглядной форме.

Социологи отмечают, что «в России очень плохо пишутся законы, и по мере ужесточения режима они пишутся все хуже, потому что нет обратной связи. Правила пишутся от балды. Нет дискуссий, нет диалога, нет площадки для обсуждения. В последнее время уже и ведомственных экспертов не спрашивают, когда пишут законы, про независимых-то давно забыли. И получается, что даже в отсутствие злонамеренности просто не удастся просчитать, какие проблемы возникнут, если очередное правило будет введено» [22]. С этим утверждением можно согласиться лишь отчасти: есть дискуссия, есть взаимодействие с экспертами. Но самые важные законопроекты принимаются в трех чтениях за неделю — неудивительно, что написанные таким образом нормы трудно укладываются в головах тех, кому они адресованы. Причину такого волюнтаризма хорошо описал С. С. Алексеев: «главным в жизни является реально существующая в данный момент доминирующая сила (власть), способная оперативно и эффективно принимать решения, необходимые для общества потребления, запрещать, приказывать и позволять. Притом такие решения по схемам «ручного управления», которые при необходимости должны иметь незамедлительный и действенный характер. Такой силой по многовековой традиции стала трактоваться верховная государственная власть (такую же функцию обрели подчиненные верховной власти спецслужбы)» [7, с. 20].

Следовательно, можно констатировать, что быстрому достижению правовым регулированием своего второго предела, способствует отсутствие обязательной для законодателя обратной связи. Без этого право превращается



в свою противоположность — в произвол, и перестает быть правом. Наличие второго предела права требует наличия конкуренции — политической и общественной — при формулировании правовых норм, поскольку, как показывает практика, только она позволяет формулировать правовые нормы, отвечающие когнитивным возможностям субъектов: познаваемость норм многократно проверяется еще на стадии их разработки. Здесь работают те же законы, что и в рыночной экономике: конкуренция, невидимая рука рынка, а фактически — само человечество как самый мощный из доступных нам вычислительных ресурсов эффективно ограничивают взаимные интересы субъектов, позволяя найти пусть даже не самое эффективное, но хотя бы понятное решение и закрепить его в правовой норме.<sup>1</sup> Так называемое *lex informatica* [24, с. 553–593], «право как код», то есть правовые нормы, подкрепленные обеспечивающими их исполнение информационными технологиями, тоже дает сильнейший эффект обратной связи, выступая своего рода «сывороткой правды» для законодателя. В этом случае не качество законов обеспечивает их надлежащее выполнение, а наоборот, неизбежность выполнения законов (в силу невозможности обойти технологию) ставит особые требования к качеству закона.

Перейдем к внешним пределам правового регулирования. Первым из них выступает достаточно хорошо раскрытый в литературе территориальный предел (действие закона в пространстве и по кругу лиц). Как указывает А. А. Тилле, принцип территориального действия законов самым плотным образом связан с принципом суверенитета: «власть государства ограничена его территориальными пределами (границами) и действие его велений (законов) не выходит за эти пределы» [25, с.104]. Экстерриториальное действие закона (то есть применение его вне пределов юрисдикции данного государства) возможно, но является скорее исключением, требующим в большинстве случаев согласия того государства, на территории которого применяется норма (например, путем применения судом иностранного права).

Вопрос о территориальном пределе правового регулирования с новой силой стал обсуждаться по мере развития интернета. Уже в ранних исследованиях по тематике права и интернета проблемы юрисдикции, коллизионного права, экстерриториального действия законов получили центральное место [26, с.10; 27, с.66; 28, с.14]. С подписанием Конвенции о преступности в сфере компьютерной информации ETS №85 (Будапешт, 23 ноября 2001 г.), предусматривающей право на преследование нарушителя на виртуальной «территории» другого государства, разоблачениями Э. Сноудена, появлением в российском законодательстве института «организатора распространения информации» вопрос об интернете как «новой территории» приобрел еще большую актуальность. Поскольку возможные пути решения данной проблемы были рассмотрены ранее [29], хотелось бы отметить наличие «встроенного» механизма обратной связи в данном пределе правового регулирования. Поскольку право, как отмечалось выше, обеспечивается государственным принуждением, экстерриториальное действие закона также возможно только в тех случаях, когда государство сможет обеспечить принудительное осуществление норм своего права в другом государстве. Можно сколько угодно пытаться распространить действие российских законов на американские компании, но принудительно реализовать соответствующие

<sup>1</sup> «Мир принадлежит 7 млрд человек, а не нескольким мировым лидерам, диктаторам, королям-королевам или узколобым религиозным деятелям. Каждая страна в конечном счете принадлежит людям, а не правительствам и политикам. Изменив к лучшему себя, люди смогут сделать лучше и мир вокруг» [23].

нормы возможно только в случае, когда эти компании участвуют в отношениях с российскими организациями или гражданами. В то же время, территориальный предел правового регулирования достаточно гибок, поскольку право всегда следует за общественными отношениями, которые оно регулирует. Общественные отношения выступают «ниточками», за которые можно аккуратно притянуть ту или иную область деятельности в мире или в регионе под юрисдикцию сильного государства. Это происходит с персональными данными в силу Конвенции Совета Европы ETS N108, с финансовой информацией в силу FATCA — примеров можно привести множество. Достижение и преодоление территориального предела правового регулирования, таким образом, является прямым следствием неуспешности или успешности внешней политики того или иного государства.

Вторым внешним пределом правового регулирования выступает неприкосновенность частной жизни. Связано это с тем, что за последние несколько десятков лет акцент в правовой охране частной жизни сместился с неприкосновенности на право контролировать информацию о себе. Эту трансформацию убедительно показывает Stefano Rodotà, просто перечисляя определения *privacy* разных лет: Warren and Brandeis — “the right to be left alone” (1890-е) и A. Westin — “the right to control the way others use the information concerning us” (1970-е). Впрочем, сам данный исследователь придерживается дуалистического понятия *privacy*, определяя ее как “the right to keep control over one’s own information and determine the manner of building up one’s own private sphere” [30, с.78–79]. В отечественном же законодательстве подходы «неприкосновенности» и «контроля» и вовсе смешались: регулирование отдельных видов отношений, прежде всего — обработки персональных данных, обосновывается необходимостью защиты прав на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну [31, с.2]. Однако — и это подчеркивается некоторыми исследователями — персональные данные и неприкосновенность частной жизни суть разные правовые категории [32]. На том же тезисе основывается и позиция Конституционного Суда Российской Федерации: «В понятие «частная жизнь» включается та область жизнедеятельности человека, которая относится к отдельному лицу, касается только его и не подлежит контролю со стороны общества и государства, если она носит непротивоправный характер» [33]. Неприкосновенность частной жизни, таким образом, необходимо расценивать в качестве предела правового регулирования, за которым право теряет свою силу.

В пользу наличия данного предела можно выдвинуть две группы аргументов: одни относятся к тому, что право не должно вторгаться в частную жизнь, другие — что право фактически не может регулировать частную жизнь. Аргументы первой группы использовались с конца XIX века при формировании самого института приватности (*privacy*), института неприкосновенности частной жизни. Знаменитая работа Воррена и Брандейса, которой был введен в научный оборот сам термин «приватность» (*privacy*), опиралась на сформировавшуюся к тому времени в судебной практике доктрину «права быть оставленным в покое» — “right to be left alone”. Область частной и домашней жизни названа авторами священной, а любое посягательство на нее должно быть пресечено [34, с.195]. В этом же ключе понимается частная жизнь в базовых документах по правам человека:



статье 12 Всеобщей декларации прав человека 1948 года («Никто не может подвергаться произвольному вмешательству в его личную и семейную жизнь, произвольным посягательствам на неприкосновенность его жилища, тайну его корреспонденции или на его честь и репутацию. Каждый человек имеет право на защиту закона от такого вмешательства или таких посягательств»);

статье 8 Европейской конвенции по правам человека 1950 года («Каждый имеет право на уважение его личной и семейной жизни, его жилища и его корреспонденции»).

Как уже указывалось выше, схожим образом — как сфера, не подлежащая контролю со стороны общества и государства — понимается частная жизнь и Конституционным Судом Российской Федерации.

Аргументы в пользу того, что право не только не должно, но и не может регулировать частную жизнь, наиболее явно были обозначены в споре о так называемом частном использовании интеллектуальной собственности (прежде всего, копировании произведений в личных целях). А. Ю. Кувыркова, рассматривая историю данного вопроса, отмечает: «Ряд зарубежных авторов настаивают на том, что совпадение области, защищаемой правом на неприкосновенность частной жизни, и области, находящейся за пределами законодательства об интеллектуальной собственности, не является случайностью, а соображения неприкосновенности частной жизни лежат в основе современного законодательства об авторском праве и смежных правах и будут вставать на пути любых попыток осуществления исключительных прав в отношении использования объектов в личных целях. Соглашаясь с доводами указанных авторов, нельзя не признать, что указанное ограничение действия исключительных прав существуют все же, скорее, благодаря экономической нецелесообразности и практической невозможности контроля над частным использованием, нежели благодаря принципиальной позиции законодателя» [35, с.47]. Нельзя не вспомнить и эпохальное решение *Bundesverfassungsgericht* (один из судов ФРГ) 1983 года, который фактически признал невозможность обязать владельцев копировальных салонов контролировать каждую копию, изготавливаемую своими клиентами, не только потому, что подобный контроль нарушал бы право на неприкосновенность частной жизни, предоставленное Основным законом ФРГ, но и потому, что такой контроль практически невозможен [36; 35, с.46–47; 30, с.79]. Надо отметить, что интересы правообладателей при этом не пострадали: достигнув своего предела, правовое регулирование было направлено в другое русло, в результате чего появился сбор с производителей копировального и звукозаписывающего оборудования в пользу организаций по управлению правами на коллективной основе.

Безусловно, современные информационные технологии соблазняют возможностью выйти за данный предел правового регулирования, вторгнувшись в частную жизнь, и законодатель зачастую идет на поводу у этого соблазна. Наступление на частную жизнь идет в сфере авторского права и смежных прав: последовательно были добавлены статьи про технические средства защиты авторского права и смежных прав (статья 48.1 Закона РФ от 9 июля 1993 г. №5351-1 «Об авторском праве и смежных правах»), потом из пункта 3 статьи 1299 ГК РФ было убрано упоминание о том, что технические средства защиты авторского права ограничиваются случаями свободного использования произведений,

затем были ограничены и сами случаи свободного использования в личных целях (пункт 1 статьи 1273 ГК РФ). Все эти поправки дали правообладателю неограниченную возможность контролировать частное использование путем внедрения технических средств защиты авторского права, неизбежных для пользователя. Вторжение в частную жизнь идет и в области публичного права: поправки [37; 38] в Федеральные законы от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» и от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» установили обязанность операторов связи и организаторов распространения информации хранить содержание сообщений своих пользователей.

Однако практика показывает неэффективность любых попыток регулирования частной жизни. Как было показано ранее [39], те компании, которые не пытаются контролировать частное использование, получают конкурентное преимущество на рынке. Нет смысла бороться с собственными пользователями. В этом и заключается смысл неприкосновенности частной жизни как предела правового регулирования: любые попытки выйти за него являются неоправданными; при этом, как правило, существует решение проблемы, не связанное с выходом за данный предел правового регулирования (например, сбор с производителей оборудования в случае с частным использованием произведений).

Зарубежная доктрина демонстрирует возврат к разделению категорий «неприкосновенности» и «контроля» применительно к частной жизни, которые, как рассматривалось выше, неоправданно смешались в 1970–90-е годы. Так, в Статуте фундаментальных прав ЕС [40] были разделены Статья 7, посвященная праву на уважение к частной и семейной жизни, и Статья 8, посвященная праву на защиту персональных данных (т.е. данных, относящихся к этому человеку). С. Родота, анализируя данные положения Статута, отмечает принципиальную разницу в данных категориях: право на уважение к частной жизни — это «статическое» право, право с отрицательным содержанием, действующее «против всех» и защищающее от вторжений. Право на персональные данные — это право «динамическое», побуждающее к собственным действиям субъекта, и следующее не за субъектом, а за данными о нем, его «цифровым» образом. «Мы сталкиваемся с заново изобретенной защитой персональных данных — не только потому, что она создает самостоятельное фундаментальное право, но и потому, что она является эффективным инструментом для развития индивидом собственной личности» [30, с.80]. К этому можно добавить и то, что право контролировать данные о себе, о котором часто говорится в литературе, не является обязанностью контролировать такие данные, и в том числе поэтому здесь требуется публично-правовая охрана. В одном случае она будет защищать от вторжения в частную жизнь, в другом — предотвращать незаконное использование персональных данных в общественных отношениях.

В рамках своих пределов правовое регулирование является уникальным инструментом, позволяющим упорядочивать общественные отношения. Конечно, нельзя забывать и про наличие системы государственного принуждения как фактора эффективности правового регулирования. Однако она вступает в действие только в тех случаях, когда правовое регулирование используется как инструмент изменения общественных отношений, а не как инструмент фиксации сложившихся в обществе отношений. Понимание этого момента крайне важно в целях экономного использования ресурсов государства,

ресурсов аппарата принуждения. Во многих юридических работах используется красивое словосочетание «поиск баланса». Е. А. Войниканис в своей работе [41] указывает на множество исследований и правовых актов, где упоминается необходимость поиска баланса интересов, и даже говорит о принципе баланса интересов применительно к праву интеллектуальной собственности. Так вот, экономия государственного принуждения требует, чтобы право не «искало баланс» интересов, заставляя общественные отношения изменяться против воли их участников, а лишь фиксировало тот баланс интересов, который уже сложился в обществе, который понят и принят участниками отношений. «Правопреобразующая» функция может использоваться лишь тогда, когда принято решение о реформе, изменении отживших свое или неэффективных отношений. Общество в большинстве случаев способно само найти такой баланс в силу состояния конкуренции, когда интересы сторон взаимно ограничиваются самостоятельными действиями каждой из них. «Поиск баланса» средствами правового регулирования необходим только тогда, когда конкуренция отсутствует, то есть одна из сторон правоотношения является слабой и не может эффективно отстаивать свои интересы (в экономическом анализе права такие ситуации описываются как market failure, сбой конкурентного механизма, требующие, как минимум, в среднесрочной перспективе, вмешательства государства). Однако и в этом случае цель правового регулирования должна заключаться в том, чтобы запустить рыночные, конкурентные механизмы защиты субъектами своих интересов — прежде всего, на основе информационных технологий, устраняющих транзакционные издержки. Наличие таких рыночных, конкурентных механизмов позволит не тратить ресурсы государства по поддержанию баланса интересов.

*Данная работа выполнена согласно плану фундаментальных научных исследований в рамках государственного задания МГУ, части 2, на 2018 год (ПННИ «Проблемы цифровой экономики», тема «Проблемы управления правами на результаты интеллектуальной деятельности, непосредственно связанные с личностью физического лица»).*

#### ЛИТЕРАТУРА

1. МОРОЗОВА Л. А. **Теория государства и права:** Учебник. М., 2002.
2. **Общая теория государства и права.** Академический курс в 2 томах. Под ред. М. Н. Марченко. Т. 2. М., 1998.
3. ЛЕНИН В. И. **Полное собрание сочинений** (5-е издание). Москва: Издательство политической литературы, 1965-75. Т. 2.
4. АЛЕКСЕЕВ С. С. О **понятии права** // «Правоведение», 1970, № 1.
5. БРАТУСЬ С. Н. **Юридическая ответственность и законность:** очерк теории. М., 1976.
6. РАБИНОВИЧ П. М. **Право как веление общественного сознания.** «Правоведение», 1972, № 2.
7. АЛЕКСЕЕВ С. С. **Крушение права.** Poleмические заметки. Екатеринбург, 2009.
8. ZHEREBTSOV MIKHAIL. **President Putin's Conception of the Rule of Law** // Journal of parliamentary and political law [8 J.P.P.L.].
9. ЕМЕЛЬЯНОВ В. **Запрет злоупотребления гражданскими правами.** // «Законность», 1999, № 10.
10. **Постановление Правительства РФ от 11 октября 1994 г. № 1158 «О порядке учета, хранения и использования средств цветного копирования в Российской Федерации».**
11. **Постановление Правительства РФ от 29 июля 2010 г. № 580.**
12. **Интернет-интервью с В. Д. Зорькиным, Председателем Конституционного Суда РФ.** URL: <http://www.consultant.ru/law/interview/zorkinbd/> (дата обращения 01.07.2018)
13. ПЕТРОВА Н. **Справедливость в порядке очереди.** URL <http://kommersant.ru/doc/2944658> (дата обращения 01.07.2018).
14. ПОКРОВСКИЙ И. А. **Гражданский суд и закон. Проблема их взаимоотношения** // Вестник гражданского права, 2009, № 1, т. 9.

15. **Соглашение о создании Содружества Независимых Государств** (Минск, 8 декабря 1991 г.).
16. **Положение о народном суде, утвержденное Декретом ВЦИК от 30 ноября 1918 года.**
17. ДОЗОРЦЕВ В. А. **Принципиальные черты права собственности в гражданском кодексе** // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: Сборник памяти С. А. Хохлова / отв. ред. А. Л. Маковский; М.: Родос, 1998.
18. АБРОСИМОВА Е. А. **Российский некоммерческий сектор: пределы правового регулирования** // Сборник научно-практических статей III-ей Международной научно-практической конференции «Актуальные проблемы предпринимательского и корпоративного права в России и за рубежом» (25 апреля 2016 года, г. Москва) (под общ. ред. С. Д. Могилевского, М. А. Егоровой) М., 2016.
19. ВЛАСОВ В. И., НИЗОВЦЕВ В. В., ШЕВЧЕНКО В. Л. **Основы правообразования: учебное пособие для студентов неюридических специальностей.** Ростов-на-Дону, 1997.
20. ГРИБАНОВ В. П. **Осуществление и защита гражданских прав.** М., 2001.
21. ВОЛКОВ А. В. **Принцип недопустимости злоупотребления гражданскими правами в законодательстве и судебной практике** (Анализ более 250 судебных дел о злоупотреблении правом). Специально для системы ГАРАНТ, 2012.
22. **Интервью Эллы Панеях изданию «Медуза»** URL <https://meduza.io/feature/2016/02/19/v-rossii-gosudarstvo-namno-guzhe-naseleniya> (дата обращения 01.07.2018).
23. С. КУЧЕР. **Интервью с Далай-Ламой XIV** // Газета «Коммерсантъ» № 149 от 16.08.2017, с.6.
24. REIDENBERG, JOEL R. **Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology** // Texas Law Review Volume 76, Number 3, February 1998.
25. ТИЛЛЕ А. А. **Время, пространство, закон.** М., 1965.
26. КЕМРАДЖ А. С. **К вопросу об юрисдикции государства в отношении отдельных сегментов сети Интернет** / Правовые аспекты использования интернет-технологий. М., 2002.
27. ЯКУШЕВ М. А. **Интернет и право** // «Законодательство», 1997, № 1.
28. МАЛАХОВ С. В. **Гражданско-правовое регулирование отношений в глобальной компьютерной сети Интернет.** Автореф. дисс... канд. юрид. наук. М., 2001.
29. ДМИТРИК Н. **Единый и неделимый? Как уберечь глобальный интернет от национального дробления.** URL: <https://digital.report/global-vs-national-internet/> (дата обращения 01.07.2018)
30. RODOTÁ S. **Data Protection as a Fundamental Right** // Reinventing Data Protection? Springer Science+Business Media B. V. 2009.
31. **Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных».**
32. ВОЙНИКАНИС Е. А., МАШУКОВА Е. О., СТЕПАНОВ-ЕГИЯНЦ В. Г. **Неприкосновенность частной жизни, персональные данные и ответственность за незаконные сбор и распространение сведений о частной жизни и персональных данных: проблемы совершенствования законодательства** // «Законодательство», 2014, № 12.
33. **Определение Конституционного Суда РФ от 9 июня 2005 г. N248-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Захаркина Валерия Алексеевича и Захаркиной Ирины Николаевны на нарушение их конституционных прав пунктом «б» части третьей статьи 125 и частью третьей статьи 127 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации»**
34. WARREN S. D., BRANDEIS L. D. **The Right to Privacy.** Harvard Law Review, 1890, 4.
35. КУВЫРКОВА А. Ю. **Осуществление исключительных интеллектуальных смежных прав.** Дисс. ... канд. юр. наук. М., 2010.
36. KOPIERLÄDEN, **German Federal Supreme Court,** 9 June 1983, GRUR54.
37. **Федеральный закон от 5 мая 2014 г. № 97-ФЗ**
38. **Федеральный закон от 6 июля 2016 г. № 374-ФЗ.**
39. ДМИТРИК Н. **Пират дома: как бороться с цифровым пиратством.** URL: <https://digital.report/pirat-doma-kak-borotsya-s-tsifrovym-piratstvom/> (дата обращения 01.07.2018)
40. **Charter of Fundamental Rights of the European Union.** URL: [www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf) (дата обращения 01.07.2018).
41. ВОЙНИКАНИС Е. А. **Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости.** М., 2013.