

О. Н. Садовская

*к.ю.н., доцент, доцент кафедры конституционного права и правосудия
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова*

К ВОПРОСУ О IVF – ФОРМУЛЕ БАЛАНСИРОВКИ ФУНДАМЕНТАЛЬНЫХ ПРАВ В ИНТЕРНЕТЕ (РЕВИЗИЯ ПОЗИЦИИ МАРТА СУСИ)

В то время как в 2016 году Совет ООН по правам человека всего лишь издал необязательное постановление, осуждающее нарушение правительствами стран-участниц доступа в интернет, которое было представлено в СМИ как неофициальная декларация о «праве на доступ в Интернет»[1], и пока на высшем уровне всего лишь констатируется уровень прогресса в использовании интернета и право на пользование достижениями интернет-прогресса в цифровой сфере, а Европейский Союз только в 2020 г. разработал конкретную стратегию, результатом которой стало развитие Единого Цифрового Рынка [2], чтобы зафиксировать наиболее важные события и обеспечить современную правовую базу быстрорастущей цифровой экономике, сама наука и практика ушли далеко вперед в деле развития новейших прав человека в интернет-сфере и дигитализации (цифровизации) различных сфер жизни людей.

Использование Интернета в настоящее время имеет решающее значение в самых разных ситуациях. Рост цифровых технологий привел к беспрецедентным возможностям и преимуществам для людей, которые теперь используют эти технологии для осуществления основных прав, делая этот процесс более мобильным и быстрым. Цифровизация оказывает огромное влияние на фундаментальные права

человека и их правовое регулирование. Независимо от публично-правового происхождения права, права человека связаны с частным правом, прежде всего, через концепцию субъективных публичных прав на основе концепции универсальности и верховенства прав человека, которые должны реализовываться как в публичном, так и в частном праве одинаково. В то же время именно цифровизация дает возможность отказаться от концепции субъективных публичных прав в некоторых сферах, при этом, например, обеспечение открытости и доступности информации, принадлежащей государству независимо от активных мер (запросов) со стороны частных лиц.

Мы все наблюдаем, как свобода слова и самовыражения стала основой «гражданской журналистики» с помощью созданных частными компаниями онлайн платформ и площадок, соцсетей, и как цифровая глобализация влияет также на расширение исконных полномочий государств конституционного характера, которые стали предоставлять иностранцам право на «цифровое гражданство» (e-residency). Однако, наряду с новыми возможностями, цифровые технологии также принесли новые вызовы и угрозы правам человека. В то время, как долгое время оспаривалось, имели ли национальные государства какое-либо право голоса в отношении регулирования Интернета, центр академических дебатов быстро переместился в тему возможного использования Интернет-биллей о правах и роли судов, особенно в отсутствие специально созданных законодательных решений. Так, важные вопросы возникли как с теоретической, так и с практической точки зрения конституционного права. Прежде всего вызовы «классическим»: гражданским, политическим и социальным правам в цифровую эпоху с точки зрения их теоретического обрамления и практической реализации в онлайн-пространстве, чтобы справиться с наиболее важными проблемами для прав в Интернете, такими как нарушение свободы слова и прайвеси (тайны частной жизни) из-за массового слежения за человеком со стороны правоохранительных органов, частных компаний, провайдеров интернет-услуг и представителей киберпреступности, увы.

В этих условиях на первое место выходит проблема конфликта и поиск баланса между свободой слова и конфиденциальностью данных, как минимум. Уравновешивание быстро превратилось в доминирующую дискурсивную практику для реагирования на коллизии конкурирующих фундаментальных прав в цифровом измерении.

Именно этому посвящены тезисы на нашей конференции и статья эстонского ученого, профессора права прав человека Таллиннского университета Марта Суси в Журнале Европейского Права в 2019 году [3]. Вкратце передам ее смысл.

В его докладе и этой статье исследуется вопрос онтической и эпистемической оправданности балансировки прав и отношений в Интернете по горизонтали, например, отношения между частными онлайн-компаниями и их клиентами, пользователями, а затем он предлагает математический подход, своего рода алгоритм, формулу уравнивания противоречивых основных прав в цифровом измерении – формула Интернет-балансировки (IBF согласно его аббревиатуре), которая содержит определенные и эпистемологические элементы, которые минимизируют силу аргументов, обычно выдвигаемых против балансировки, как общей концепции основных прав или, в частности, балансировка прав частных лиц в Интернете. По моему мнению статья о IBF может оказать решающее и глобальное влияние на дискурсивную практику баланса прав в Интернете, в первую очередь повышение уверенности в частном балансировании, представляя инструмент для утверждения корректности и соответствия частных действий и постов фундаментальной теории прав человека. В статье утверждается, что IBF может повысить рациональный элемент балансировки онлайн. В частности, применение этой формулы может ослабить преобладающие опасения по поводу непрозрачности и произвольности оценки пользовательского онлайн-контента глобальными порталами, такими как Facebook или Twitter. Эту формулу в принципе может применять любой, кто управляет онлайн-порталом и сталкивается с юридическим или моральным обязательством уравновесить конфликтующие права или просто реализует свои способности гражданского журналиста в цифровой сфере. И здесь очень важно быстро решить, какое право должно преобладать в онлайн-конфликте. Дискурсивной практики при коллизии вышеуказанных прав заинтересованных сторон, одобренной международными судами и законодателями, иногда, по мнению ученого, самой по себе недостаточно, чтобы сделать вывод о том, что балансирование оправдано с онтической или эпистемологической точки зрения. Без таких обоснований балансировка не может претендовать на правильность в цифровом измерении современного общества, поскольку аргументы против балансирования в офлайн-измерении – отсутствие морали и

невозможность избежать произвола – могут легко привести к отказу от формулы балансировки, как универсального инструмента, применяемого в горизонтальных Интернет-отношениях и имеющего потенциал внести некоторый элемент порядка в преимущественно экзистенциальную онлайн-сферу. Такая дискурсивная практика могла развиваться независимо от каких-либо теоретических оснований. Соображения, движимые в первую очередь политическим пониманием необходимости предоставить рациональный инструмент против нарушения основных прав в Интернете или, что еще более прагматично, для защиты частных онлайн-компаний от заявлений о том, что они не заинтересованы в защите основных прав.

Большинство ученых придерживаются мнения, что частным интернет-компаниям не следует доверять задачу защиты основных прав, что также означает, что им не следует их балансировать. Такая однозначная позиция, что интернет-компаниям никогда не следует ставить задачу уравнивания конфликтующих прав, может иметь последствия как политического характера (частные онлайн-компании могут тем самым влиять на общественное мнение, мнение избирателей), экономического характера (если требуется выполнение задачи балансировки, частные компании не могут полагаться только на искусственный интеллект, и им потребуется нанять тысячи сетевых администраторов для мониторинга сетевого трафика), так и конституционно-правовые (частные онлайн-компании не имеют конституционных полномочий для уравнивания конфликтующих основных прав). Но все это – последствия, которые не имеют основания для отказа с точки зрения теории права. Это так, потому что балансирование – это применение теории самых важных принципов прав человека, которая определяет принципы как требования оптимизации, требующие того, чтобы что-то было реализовано в максимально возможной степени с учетом юридических и фактических возможностей.[3,199]. Проведение балансировки частными организациями на первый взгляд не противоречит основным принципам прав человека, поскольку цифровая сфера и необходимость выполнения балансировки частными онлайн-структурами могут рассматриваться, как конкретная юридическая и фактическая возможность. Вторая позиция, заключающаяся в том, что Интернет-посредники имеют хорошие возможности для уравнивания конфликтующих прав в сети, набирает силу как признание неизбежного. В научных трудах

не решаются признать эту позицию оправданной в первую очередь из-за отсутствия конституционной легитимности, но международные суды, законодатели и заинтересованные стороны не проявляют такой же нерешительности.

И Европейский суд по правам человека заявил однозначно о том, что балансирование с помощью новостных онлайн-порталов является подходящим инструментом для реагирования на ненавистнические высказывания (в деле *Delfi* [4]), и Суд ЕС (СЖЕУ) в деле *Google* [5] – о том, что контролер данных (*Google* как частная онлайн-компания) должен сам проводить проверку, следует ли прекратить вторжение в частную жизнь при противодействии запросам на блокировку данных, явно поддерживает эту вторую позицию.

Новый Регламент ЕС о защите данных [6] включает в себя обязательство частных лиц уравнивать конфликтующие права в Интернете. Таким образом, судебная задача по уравниванию доверия частным организациям через власть закона или судов, что означает, что обеспокоенность по поводу распространения конституционных судебных решений [7, 19] в рамках горизонтальных онлайн отношений ослабляется.

В целом, как я поняла идею автора о *IBF* в инфополе, то это определенный алгоритм сортировки сообщений, публикаций в соцсетях, блогах, комментариев под публикациями и тп., такого рода фильтра для автоматической отбраковки не соответствующих законодательству о защите и теории фундаментальных прав как таковых, так как очень важно быстро решить, какое право должно преобладать в онлайн-конflikте. В данной ситуации очень сильно облегчит задачу балансировки автоматическое применение этой формулы с помощью специального программного обеспечения.

Судя по докладу Марта Суси программа уже разработана на уровне стартапа, как конкретный продукт, который можно предлагать конкретным заказчикам, таким как медиа-компаниям, онлайн новостным порталам и тп.

Мое мнение, что это может пользоваться успехом, но хотя я знаю, что многие медиа-компании уже используют управленческие и юридические алгоритмы для отбора своих публикаций и публикаций своих пользователей, но пока с точки зрения защиты своих прав и репутации, а не с точки зрения принципиальности в защите фундаментальных прав человека.

Мое личное мнение, я считаю немного не так лояльно, как автор IBF, я стою на позиции защиты частной жизни больше, чем права на самовыражение или свободу слова. Я выступаю за дисбаланс в сторону однозначного превалирования приватности (privacy) и тайны личной жизни человека, его чести и достоинства, и их защиты всеми участниками отношений в онлайн. Хотя и осознаю, что практика в интернет пространстве очень часто другая, часто она показывает обратное – превалирование свободы слова в ущерб неприкосновенности частной жизни. Функциональный же подход к журналистике подразумевает негласный «одесский» принцип «чтобы все были довольны», и тогда уравнивание конфликтующих прав в Интернете должно осуществляться всеми заинтересованными сторонами, частными компаниями, социальными сетями, и самими их клиентами и пользователями. И вот с этим («одесским» принципом разрешения потенциальных конфликтов) я полностью согласна.

Говоря языком IBF, при оценке конкретных обстоятельств, высказываний, публикаций должен быть применен рационально-пропорциональный подход, целью которого является нахождение точки равновесия («баланса» у профессора М. Суси) при реализации двух или больше конституционно-правовых норм, которые регулируют права человека, а может еще и отраслевые нормы. Пропорциональность и рациональность предполагает выполнение по каждому конкретному случаю следующего алгоритма. Во-первых, это выявление двух или более коллидирующих (конкурирующих – так мы больше привыкли в нашем лексиконе) субъективных прав для ответа на вопрос: ограничивается ли возможность осуществления двух самостоятельных прав в результате их «столкновения», и какое право имеет приоритет. Во-вторых, нахождение непосредственного баланса, разграничение двух противоречащих прав, то есть обозначение сфер действия каждого субъективного права. И в-третьих, отсеивание на основе такого рационального анализа публикаций, комментариев, постов и тп., нарушающих баланс фундаментальных прав или какое-то из прав. Вот это все у М. Суси получилось выложить на математический язык (в статье приведена конкретная формула и расчет [3, 208]), договориться и ведущими инженерами в университете Сан Паоло в Бразилии, провести научные дебаты по всему миру и внедрить свою научную разработку в конкретную бизнес-идею, стартап, который несет свет прав человека в широкие слои интернет-пользователей.

Сможет ли эта формула стать глобальным инструментом, служащим делу уравнивания прав, – вопрос к последующим дебатам. Но я уверена, что те, кто внедряют в свою медиа-деятельность IBF – формулу балансировки прав, смогут избежать множества претензий и исков со стороны государства и пользователей, и, соответственно, денежных штрафов или компенсаций по ним, и главное – смогут создать на своих интернет-ресурсах безопасное пространство для своих клиентов.

Список использованной литературы

1. *Продвижение, защита и пользование правами человека в Интернете*. GA Res A/HRC/32/13, УВКБ ООН, 2016. 32.

2. Цифровой единый рынок. *Википедия*. URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A6%D0%B8%D1%84%D1%80%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D0%B9_%D0%B5%D0%B4%D0%B8%D0%BD%D1%8B%D0%B9_%D1%80%D1%8B%D0%BD%D0%BE%D0%BA

3. Susi M. The internet balancing formula. *EUROPEAN LAW JOURNAL Review of European Law in Context* 2019; Volume 25. Issue 2, March 2019. P. 198–212. URL wileyonlinelibrary.com/journal/eulj Eur Law J.

4. ECtHR judgment *Delfi v. Estonia* (Grand Chamber), no. 64569/09, 16 June 2015, para. 110.

5. *Google Spain SL and Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González* (Grand Chamber), C-131/12, judgment of 13 May 2014.

6. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

7. Besselink, ‘The Proliferation of Constitutional Law and Constitutional Adjudication, or How American Judicial Review Came to Europe After All’ *Utrecht Law Review*, 2013. 9. P. 15-19.