Всемогущая 55-я и другие мифы в оправдание “пакета Яровой”

Алексей Амелькин, а я уверен, что именно он был инициатором обращения ООО "Теле-Маг" в Верховный суд, совершил по нынешним временам невероятный поступок.

Прежде всего - по возможным последствиям: если суд примет его доводы и признает, что оператор должен "включать" канал связи с ФСБ только, когда к нему придет судебное предписание, то отраслевому министерству придется существенно менять правило работы СОРМ2, СОРМ3 и хранилищ (которые необходимы во исполнении требований "пакета Яровой"), производителям данных систем - их модернизировать в соответствии с новыми требованиями, а ФСБ создать новые регламенты по взаимодействию с операторами.

Не менее важным в данном шаге является сам факт вызова, спокойные и аргументированные претензии в отношении законодательного акта, его ключевой составляющей. Претензии, которые имеют под собой основания.

Вот эта ясность ума, увы, сегодня огромная редкость. На форумах и конференциях операторы либо игнорируют данный вопрос, словно забывая, что для многих реализация требований "пакета Яровой" рискует обернуться непосильной ношей, либо же в формате "стокгольмского синдрома" активно защищают законодателя и то, как он реализовал требования, сетуя исключительно на техническую неграмотность (хранение шифрованного трафика).

> "Просто хранение - это никакое не нарушение тайны связи", "55я статья Конституции РФ позволяет федеральным законом ограничить тайну связи", "вообще во всем мире так происходит, везде государства так ищут террористов".

и прочие глупости произносятся с железобетонной уверенностью их абсолютной истины.

Эта статья о мифах, активно эксплуатируемых в защиту требований "пакета Яровой", о том, почему они есть ложь. И о том, что стоит знать.

Необходимое Вступление. О главной обязанности государства Россия и деле Романа Захарова

Статья 64 закона "О связи", дополненная (через "пакет Яровой") требованием хранить сообщения абонентов, носит заголовок "Обязанности операторов связи и ограничение прав пользователей услугами связи при проведении оперативно-розыскных мероприятий и ...." (Статья 64 ФЗ "О связи"). То, что за этим обобщенным "правом пользователей" стоят не некие права абонентов согласно лицензионным требованиям или же Правилам оказания услуг связи, а права граждан, прежде всего, право на тайну связи, понятно всем из операторов, с кем бы я ни общался по данному вопросу.

Но далеко не все понимают (защитники юридической безупречности "пакета Яровой", в большинстве - точно нет), каков статус права на тайну связи и в целом основных прав человека в России.

В Конституции РФ права и свободы человека определены как

> "высшая ценность государства", а их соблюдение - главная "обязанность государства".

С данного утверждения фактически и начинается Конституция РФ - это Статья 2, которая идет за первой, вводной, где дано общее определение России как демократического федеративного правового государства. В Статье 17 Конституции РФ уточняется, что права и свободы человека и гражданина в Российской Федерации признаются и гарантируются

> "согласно общепризнанным принципам и нормам международного права".

Часть 4 Статьи 15 Конституции РФ фиксирует приоритет международных принципов и норм устанавливаемых международными договорами РФ:

> "Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора".

Это надо и понять, и прочувствовать: если в сфере, например, имущественных отношений и налогового права государство вправе и должно определять принципы регулирования отношений между субъектами, давать и отменять требования или льготы, то в сфере прав и свобод человека государство исключительно признает права и обязуется их соблюдать, и, как обязующийся, оно не определяет объем своих обязательств.

Интересующимся и сомневающимся советую почитать решения Конституционного суда по сложным вопросам границ действий разных прав человека. Конституционный суд в сложных случаях апеллирует к более развернутым определениям норм международного права.

Вывод из этого рассуждения об особой значимости прав человека в законодательной системе РФ и прост, и важен: государство не может действовать по простому алгоритму - принимаю специальный федеральный закон и снимаю с себя ряд обязательств. Конституция РФ не дает такого права государству. Конституция РФ дает возможность государству частично ограничить отдельные права, но только в той мере и таким образом, каким это позволяют принципы и нормы международного права.

Тут мы плавно переходим ко второй по очередности, и при этом первой по значимости части вступления - к Европейскому Суду по Правам Человека, а точнее, его решению, крайне важному в рамках диалога о правомерности тотального хранения сообщений абонентов и данных об этих сообщениях.

В декабре 2015 года ЕСПЧ опубликовал решение по делу "Роман Захаров против России". И в этом решении произвел оценку нормативной базы в отношении СОРМ2, которая по своему назначению реализует ограничение права абонентов на тайну связи - близка к требованиям "пакета Яровой".

Ссылка на текст решения здесь.

Стоит отметить: ЕСПЧ практически никогда не дает рекомендаций по законам и оценки законодательству. Он показывает, как не должно быть с точки зрения реальности. А как реализовать, чтобы выявленные нарушения не повторялись - это уже компетенция властей государства, которое признано виновным.

Но в деле Романа Захарова ЕСПЧ принял решение на основании анализа законов, а не выявленного факта нарушения прав и свобод человека. Причина не в особом отношении к России, а в том, что как выяснилось, российское законодательство по СОРМ2 в теории не позволяет человеку получить данные о том, прослушивали его, или нет, чтобы иметь возможность оспорить данный факт.

То, что дело Романа Захарова закончилось не частным решением о нарушении прав одного человека, а решением о систематическом нарушении прав людей, в том числе и этого человека, что оно стало примером того, каким бывает тайная слежка государства за гражданами, делает его очень значимым международным документом. Европейскому Суду по Правам Человека, чтобы вынести столь серьезное решение потребовался очень обстоятельный анализ всей информации, которая затрагивает предмет рассмотрения. Из спора и аргументов сторон мы видим, что ЕСПЧ не отказывается от своих промежуточных выводов и оценок, решения по аналогичным делам - один из ключевых аргументов спора сторон. И тот правовой статус голосовых сообщений и информации о них, который дан ЕСПЧ, та оценка возможных действий государства применительно к данному объекту, которые также даны - они все будут присутствовать и в деле о нарушении права на неприкосновенность частной жизни, которое произошло вследствие реализации операторами требований "пакета Яровой", когда оно будет рассматриваться.

Вывод из второй части вступления тоже и прост, и важен: когда имеется развернутый анализ и решение по тому же объекту регулирования (сообщения связи) от института, который согласно Конституции РФ и международным договорам РФ является высшим авторитетом в толковании правомерности тех или иных действий государства в отношении прав человека, игнорировать наблюдения, оценки и выводы, представленные в данном решении - это совершать ложь путем умолчания в существенных фактах.

Собирать, хранить, слушать. Когда начинается ограничение прав?

Когда принимали поправки Яровой, потом разрабатывали Правила хранения сообщений, этот простой логичный вопрос, в том числе и я, задавали одному из авторов Правил хранения и иных подзаконных актов: вот вы вводите новым законом и новыми нормативами новые ограничения прав абонентов для оперативно-розыскных мероприятий, а почему не появляется новое оперативно-розыскное мероприятие, заточенное под эти новые ограничения? А то как-то нелогично получается: чтобы использовать новые возможности, службам придется нарушать закон...

Явного ответа на свой вопрос я не получил, в неявном виде - что имеющиеся оперативно-розыскные действия типа "прослушка" или "снятие информации с каналов связи", тоже подойдут. В итоге, или, точнее, на настоящий момент, de jure оператор, храня сообщения всех абонентов, делает это вне рамок некоего оперативно-розыскного мероприятия.

С точки зрения психологии, этот переход в целом естественен: раз хранение сообщений не относится к оперативно-розыскным действиям, то можно предполагать, что само по себе хранение сообщений абонентов - это не есть ограничение их прав на тайну связи. Вот когда кто-то третий начинает прослушивать эти сообщения - тогда, да, начинается ограничение (но этот "третий" просто так

слушать не будет, поэтому все ок).

И многие операторы и даже иногда эксперты с легкостью это повторяют:

> "в хранении сообщений операторами нет никакого ущемления или ограничения тайны связи",

тем более, добавляют некоторые, когда хранение осуществляется на специальном оборудовании, которое не дает возможности никому кроме спецслужб воспользоваться этими сообщениями.

И они не правы.

Соответствующие статьи и положения Конституции РФ и международных норм, явно свидетельствуют, что хранение - это уже ограничение прав.

В отношении международных норм по данному вопросу все аккуратно и педантично изложено в решении по делу Романа Захарова, в главах о международно-правовых документах по теме, главах об общих принципах регулирования в искомой сфере и применении принципов в рассматриваемом деле. Там мы читаем что:

1. сообщения связи, как и информация о сообщениях (метаданные) относятся к информации о частной и семейной жизни (неприкосновенность гарантируется Статьей 8 Европейской конвенции о защите прав человека);
2. хранение данной информации операторами связи есть вмешательство в личную жизнь и поэтому находится под специальным вниманием международных и национальных правовых институтов.

При этом, стоит отметить для полноты картины: при описании общей ситуации ЕСПЧ акцентируется внимание на том, какие именно данные регулируются теми или иными договорами, и в отношении каких именно данных вынесены были те или иные решения. Чем более подробную картину о человеке можно установить по набору хранимых данных, тем более пристально внимание международных институтов к нормативному акту (так, особую значимость имеют данные геопозиции абонентов). Содержание сообщений находится на условной вершине данной иерархии, эти данные - серьезное вторжение в личную жизнь. В частности, рассматривая отмененную в 2014 году Европейским судом директиву, обязывающую хранить операторов связи в ЕС до 2 лет данные о звонках абонентов, в пересказе позиции суда акцентируется, что данная директива во избежание существенного вмешательства в частную жизнь четко и однозначно запрещала хранение самих сообщений (и, тем не менее, была признана чрезмерной).

В решениях Конституционного суда РФ нам не найти всестороннего и детального анализа правовой позиции сообщений связи и информации о сообщениях связи, но в них зафиксированы базовые постулаты:

1. Содержание сообщений и данные о сообщениях относятся к информации о частной жизни,
2. Контроль над этой информацией (в том числе, ее хранением) принадлежит абоненту, и если осуществляется не по его просьбе, то это ограничение права неприкосновенности частной жизни.

Само определение права на неприкосновенность частной жизни, которое мы видим в решениях Конституционного суда РФ, объединяет вместе положения Части 1 и 2 Статьи 23 и Статью 24 Конституции РФ. В последней четко указано, что

> "Сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни лица без его согласия не допускаются".

Так, в Определении Конституционного Суда Российской Федерации от 9 июня 2005 года N 248-О читаем:

> "Право на неприкосновенность частной жизни (статья 23, часть 1, Конституции Российской Федерации) означает предоставленную человеку и гарантированную государством возможность контролировать информацию о самом себе, препятствовать разглашению сведений личного, интимного характера. 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".

Уточнение "непротивоправный" - отсылка к части 2 Статьи 23 Конституции РФ (неприкосновенность частной жизни может быть ограничено по решению суда), ремарка "гарантированная возможность контролировать информацию" - отсылка к Статье 24 Конституции РФ.

Есть также определение Конституционного Суда по запросу непосредственно в отношении статуса

данных о сообщениях и возможностей его ограничения (такой же, как и у сообщений или нет), и здесь аналогичная трактовка сообщений, как информации, отражено более четко, что и в отношении сообщений и данных о них право человека контролировать информацию может быть ограничено только решением суда:

> "...норма, согласно которой получение сведений о телефонных переговорах допускается на основании судебного решения, является специальной, конкретизирующей и обеспечивающей действие статей 23 (часть 2) и 24 (часть 1) Конституции Российской Федерации применительно к вопросам сохранения тайны связи..." (из Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 2 октября 2003 г. N 345-О).

И Конституционный суд РФ, раскрывая положения Конституции РФ и ЕСПЧ, раскрывая положения международных норм (Европейской конвенции о защите прав человека), одинаковы в своих оценках - сообщения и данные о сообщениях являются информацией о частной жизни человека, поэтому ограничения принципа о том, что исключительно он определяет может ли она кем-то собираться и храниться - это ограничение его прав. Значит, процесс хранения сообщений и информации о них операторами связи не может быть произвольным, как всякое ограничение прав человека он должен соответствовать международным требованиям в данной сфере.

Всемогущая 55-я, в отрыве от контекста и в нем

Теперь обратимся к самому главному мифу "защиты Яровой" - утверждению о том, что 55-я статья Конституции РФ позволяет федеральным законом ограничить права граждан, поэтому требования "пакета Яровой" и их реализация в соответствии с положением данного федерального закона - абсолютно законны.

Данное положение на первый взгляд выглядит рационально. Есть зафиксированное в конституции утверждение, что

> "Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства" (Часть 3 Статья 55 Конституции РФ).

Вот, государство решает, что угроза терроризма требует ограничить права, и издает закон, федеральный, которым и вводит необходимые ограничения в необходимой мере. То есть, все вроде как по тексту 55 ой статьи. Все, получается в соответствии с Конституцией РФ.

Но это не так.

Описанное логическое построение, и вывод содержат два очень серьезных изъяна. **Первый**: нарушение системного подхода к чтению и трактовке Конституции РФ. Конституция - это цельный документ и выдергивать одни статьи и забывать другие - знчит, искажать Конституцию РФ. **Второй** изъян в неявном виде представлен во вступлении к настоящей статье - государство, согласно Конституции РФ, не регулирует права человека, а обязуется их исполнять

> "согласно общепризнанным принципам и нормам международного права",

как следствие, ограничение прав тоже должно подчиняться требованиям международного права, иначе это сводит на нет смысл обязательства.

Теперь, чуть поподробнее об этих двух моментах.

Какие положения Конституции РФ явным образом игнорируют сторонники "всемогущества" 55ой статьи.

1.1. Во-первых, тот, кто внимательно читал приведенные выше решения Конституционного суда по вопросам неприкосновенности частной жизни, это уже понимает - уточнение "только" в Части 2 Статьи 23 Конституции РФ:

> "Ограничение этого права [неприкосновенности частной жизни и тайны связи] допускается **только** на основании судебного решения".

Если посмотрим чуть шире - на общие правила в правовом регулировании - мы увидим, что это распространенный случай, когда есть "общая" норма права, регулирующая широкий круг общественных отношений и "специальная" норма права, уточняющая положения общей для более конкретных правовых отношений.

В цитировавшемся Определении Конституционного Суда Российской Федерации от 2 октября 2003 г. N 345-О это определение дано в явном виде:

> "...норма, согласно которой получение сведений о телефонных переговорах допускается на основании судебного решения, является специальной, конкретизирующей и обеспечивающей действие статей 23 (часть 2) и 24 (часть 1) ...".

В дополнение заметим, что пример Статьи 25 Конституции РФ показывает, что может быть специальная статья, конкретизирующая, но одновременно не сужающая положения общей нормы Части 3 Статьи 55:

> "Жилище неприкосновенно. Никто не вправе проникать в жилище против воли проживающих в нем лиц иначе как в случаях, установленных федеральным законом, или на основании судебного решения".

1.2. То, что не все права человека одинаковы с точки зрения возможности их ограничения, и что право на неприкосновенность частной жизни - одно из прав, имеющих особое значение, и не может быть существенно ограничено для всех граждан, подтверждает еще один факт, точнее еще одна статья Конституции РФ.

Статья 56 Конституции РФ постулирует, что в условиях чрезвычайного положения возможны ограничения прав и свобод как бы в упрощенном порядке, без принятия специального закона, а согласно положениям федерального закона (ФЗ "О чрезвычайном положении"):

> "В условиях чрезвычайного положения для обеспечения безопасности граждан и защиты конституционного строя в соответствии с федеральным конституционным законом могут устанавливаться отдельные ограничения прав и свобод с указанием пределов и срока их действия" (Часть 1).

Одновременно с этим, Статья 56 Конституции РФ выделяет набор прав и свобод, которые имеют особый статус - они не подлежат ограничению в условиях чрезвычайного положения (Часть 3):

> "Не подлежат ограничению права и свободы, предусмотренные статьями 20, 21, 23 (часть 1), 24, 28, 34 (часть 1), 40 (часть 1), 46 - 54 Конституции Российской Федерации".

Статьи, описывающие право человека на неприкосновенность частной жизни (23 часть 1, 24) в списке особых - тех, которые не могут быть ограничены в период чрезвычайного положения (то, что сообщения связи и информация о сообщениях связи относятся к информации о частной жизни - показано выше).

Подытожим. В Конституции РФ есть общая норма, позволяющая ограничить права человека "только в той мере, в какой это необходимо" (Часть 3 Статья 55), есть явное выделение ряда прав, которые имеют особый статус (Часть 3 Статья 56) и искомое право (на неприкосновенность частной жизни) в списке прав с особым статусом, которые "не подлежат ограничению", у изучаемого права есть специальная норма, что оно может быть ограничено "только по решению суда" (Часть 2 Статьи 23), и мы видим, что у прав, не выделенных особым статусом, аналогичная специальная норма сформулирована более широко ("федеральным законом, или на основании судебного решения", Статья 25). Есть ли основания игнорировать специальную норму права на неприкосновенность частной жизни? **Очевидно, что нет, это будет недопустимым допущением**.

Теоретически, защитникам "пакета Яровой" логичнее апеллировать не к положениям конституции о неприкосновенности частной жизни, а к международным нормам и правилам. Они дают, в определенном смысле, больше свободы действий государству. В частности, упоминавшаяся Статья 8 Европейской конвенции о защите прав человека содержит более широкий перечень оснований для вмешательства "со стороны публичных властей в это право":

> "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".

Но тут защитников "пакета Яровой" поджидает новая проблема: международные институты, оценивающие правомерность применения отдельных норм, в большей степени ориентируются на дух закона, а не его букву, поэтому для них требование определения необходимости вмешательства и его степени играет очень большую роль.

2. Второй серьезный изъян теории о "всемогуществе" 55-ой статьи, точнее утверждения, что специальным федеральным законом можно ограничить любое право, как уже говорилось, заключается в необоснованном игнорировании положения Конституции РФ, что порядок соблюдения и как следствие ограничения прав человека должны быть "согласно общепризнанным принципам и нормам международного права". Уточнение, данное в Статье 55, что права могут быть ограничены "только в той мере, в какой это необходимо", имеет очень большое значение.

Вот эта мера необходимого, которая является составляющей процесса ограничения прав человека - это не только базовые положения о том, что именно регулируется (в нашем случае - кратко и общо

сформулированные дополнения в статью 64 ФЗ "О связи"), но и порядок регулирования.

Конституционный суд РФ в описании меры необходимого выдвигает набор требований, факт соблюдения которых необходим. Так, в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 30 октября 2003 г. N 15-П читаем "*публичные интересы, перечисленные в части 3 статьи 55 Конституции РФ, могут оправдать правовые ограничения прав и свобод, только если такие требования отвечают справедливости, являются адекватными, пропорциональными, соразмерными и необходимыми ... не ограничивают пределы и применение основного содержания соответствующих конституционных норм*", и "*чтобы исключить возможность несоразмерного ограничения прав и свобод человека и гражданина, в конкретной правоприменительной ситуации, норма должна быть формально определенной, точной, четкой и ясной, не допускающей расширительного толкования установленных ограничений и, следовательно, произвольного их применения*".

Требования "справедливости", "адекватности", "пропорциональности" и "соразмерности", а также "формально определенной, точной, четкой и ясной" нормы - это не просто красивые пожелания. Это требования международного законодательства, которые подробно раскрываются при рассмотрении дел о нарушении прав человека ЕСПЧ.

Как эти требования раскрываются в отношении регулирования права на неприкосновенность частной жизни и права на тайну связи показывают упоминавшиеся дела Романа Захарова, которые достойны отдельной большой статьи. Не вдаваясь в подробности, выделю два актуальных, в рамках настоящего дискурса, сущностных моментах требований:

1. Проработанность закона на предмет избежания злоупотребления (формальная определенность и точность),
2. Возможность каждого человека убедиться, что ограничение его прав обосновано и возможность опротестовать этот факт (справедливость и адекватность).

Но как можно оценить, соответствует ли качество регулирования конституционным требованиям, когда федеральный закон сформулирован максимально общо:

> "Порядок, сроки и объем хранения указанной в настоящем подпункте информации устанавливаются Правительством Российской Федерации" (Пп2 П1 Ст 64 ФЗ "О связи")?

И когда отраслевое министерство в ответ на запросы операторов сообщает о написанных, но пока не зарегистрированных подзаконных актах и о готовящихся подзаконных актах? Ответ очевиден.

Еще раз уточню для ясности: 55-я статья не дает возможности федеральным законом ограничить право, она предполагает такую возможность, только если федеральный закон и необходимые для его реализации подзаконные акты будут строго отвечать требованиям, которые предъявляются к нормативным актам, ограничивающим права человека. Того требует и Конституция РФ и международные законы РФ. Ссылка на данную статью в качестве ключевого аргумента легальности некоего закона без сопровождающих доказательств о том, что данный акт удовлетворяет необходимым требованиям (в нашем случае это невозможно до того, как не будут приняты все необходимые подзаконные акты) - это искажение и положений Конституции РФ и международных соглашений РФ и самой статьи.

Здесь, думаю, можно остановиться.

И предложить защитникам безупречности требований "пакета Яровой", тем, кто авторитетно высказывается, что с правовой точки зрения тут "все соответствует требованиям конституции" привести свои аргументы. Благо слышал не раз от одного из авторов nag.ru такие высказывания (с ссылкой на 55-ую).

В заключение еще раз повторю мысль, которая достойна многократного повторения (педантичное и логически организованное 90-страничное решение ЕСПЧ по делу Романа Захарова демонстрирует это во всех подробностях и нюансах международного законодательства, согласно Конституции РФ и международных договоров РФ, определяющее в вопросе соблюдения прав человека): при ограничении прав человека одинаково значимо и общее определение того, что ограничивается, и то как это ограничение реализуется "в той мере, в какой это необходимо".

А значит, требования "пакета Яровой" не должны быть реализованы в максимально простом и удобном для производителей специализированного оборудования формате некоей надстройки над СОРМ2. Они также должны отвечать достаточно неудобным для заказчиков и бенефециаров данного нововведения требованиям международных норм. Это, помимо прочего, означает и то, что у операторов связи есть определенные рычаги для оказания воздействия на ситуацию. С тем, чтобы общие требования Статьи 64 не приводили со всех сторон бессмысленной трате сотен миллиардов на хранение очевидного информационного "мусора".

Post Scriptum

Я начал со ссылки на иск Алексея Амелькина, и приятно будет закончить небольшой ремаркой. У нас привычно критикуют открытую позицию, мол, лучше договориться в кулуарах. И поступок Алексея не избегает общей участи. А вместе с тем, этот иск - замечательный подарок властям. Алексей ведь предлагает пересмотреть тот момент, который сыграл ключевую негативную роль в деле "Роман Захаров против России". То есть дает **уникальный шанс и претензии с себя снять, и не прогнуться**.