

Нестеров А.В. Терминологические проблемы персональных данных: аспект цифровизации законодательства. М.: РУДН. март 2020. 11 с.

Проанализированы истоки правовой категории «персональные данные», осуществлен критический анализ основных терминов. Сделан вывод, что цифровизация экономики, в том числе юридической деятельности, базирующейся на цифровизации законодательства, невозможна без его упорядочения, которое основано на терминологии, тезаурусах и онтологии.

Учитывая цифровую трансформацию экономики, которая невозможна без цифровизации законодательства и юридической деятельности, терминологическая проблема в законодательстве становится важной и актуальной. Здесь под цифровизацией понимается очередной четвертый этап автоматизации связанных («сквозных») областей жизни-деятельности людей на базе высокотехнологичных систем («прорывных технологий»). Цель настоящего текста является рассмотрение свойств конституционной конструкции (человека и гражданина), называемого персоной, и дать дефиницию термину «персональные данные» в соответствии с категорийно-тензорным подходом [1, 2].

Термин «персональные данные» не имеет легитимной дефиниции в правовой доктрине, хотя и используется как легальное понятие, имеющее определение, обладающее недостатками, которые определяются неудачным переводом неудачного аналогичного определения в Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data. Strasbourg, 28.I.1981. [URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680078b37>].

Рассмотрим, как используется термин «персональные данные» в нормативных правовых актах ЕС. В частности, в указанной Конвенции:

«а "personal data" means any information relating to an identified or identifiable *individual* ("data subject");

b "automated data file" means any set of data undergoing automatic processing;

c "automatic processing" includes the following operations if carried out in whole or in part by automated means: storage of data, carrying out of logical and/or arithmetical operations on those data, their alteration, erasure, retrieval or dissemination;

d "controller of the file" means the *natural* or legal person, public authority, agency or any other body who is competent according to the national law to decide what should be the purpose of the automated data file, which categories of personal data should be stored and which operations should be applied to them».

Два слова выделены нами для того, чтобы показать на различия в исходном тексте обозначений частного лица как субъекта и физического лица как естественной персоны. Кроме того, отметим, что данные личного характера обозначены как персональные данные.

Из этого фрагмента видно, что в тексте нет различий между персоной, личностью, физическим лицом, частным лицом, субъектом и индивидом, в частности, индивидуумом.

Анализ этого фрагмента на английском языке показывает, что авторы Конвенции недостаточно четко оперируют словами, а это приводит к еще большей нечеткости перевода на русский язык, а также при использовании его в 152-ФЗ. Ниже мы вернемся к определению понятия «персональные данные» в этом законе.

Затем термин «персональные данные» уточнили в Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 «On the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data» [Директива 95/46/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 24 октября 1995 года о защите прав частных лиц применительно к обработке персональных данных и о свободном движении таких данных] в виде:

«(a) 'personal data' shall mean any information relating to an identified or identifiable *natural* person ('data subject'); an identifiable *person* is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity».

В частности, «“персональные данные” означают любую информацию, связанную с идентифицированным или идентифицируемым физическим лицом (“субъектом данных”); идентифицируемым лицом является лицо, которое может быть идентифицировано прямо или косвенно, в частности, посредством ссылки на идентификационный номер или на один или несколько факторов, специфичных для его физической, психологической, ментальной, экономической, культурной или социальной идентичности».

Анализ этого фрагмента показывает, что и в 1995 г. коллеги из ЕС, хотя и уточнили дефиницию, но в ней имеются противоречия, которые отобразились в переводе на русский язык.

И наконец, в 2016 г. был принят Регламент: 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), вступивший в действие в 2018 г.

Одновременно была принята Директива (ЕС) 2016/680 от 27 апреля 2016 г. Европейского Парламента и Совета от 27 апреля 2016 г. «О защите физических лиц в отношении обработки персональных данных компетентными органами в целях предупреждения, расследования, обнаружения или уголовного преследования правонарушений или исполнения уголовных наказаний, а также о свободном перемещении таких данных и отмене Рамочного решения Совета 2008/977/ЈНА 6».

Вышеуказанный Регламент содержит последнюю дефиницию персональных данных:

«(1) ‘personal data’ means any information relating to an identified or identifiable natural person (‘data subject’); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person».

««персональные данные» – любая информация, относящаяся к идентифицированному или идентифицируемому физическому лицу («субъект данных»); идентифицируемое физическое лицо – это лицо, которое может быть идентифицировано прямо или косвенно, в частности, посредством ссылки на идентификатор, такой как имя, фамилия, идентификационный номер, данные о местоположении, онлайн-идентификатор или один или несколько характерных для указанного лица физических, физиологических, генетических, духовных, экономических, культурных факторов или ссылаясь на факторы социальной идентичности». [Регламент N 2016/679 Европейского парламента и Совета Европейского Союза "О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных, а также об отмене Директивы 95/46/ЕС (Общий Регламент о защите персональных данных)" (Принят в г. Брюсселе 27.04.2016)].

Таким образом, дефиниция термина «персональные данные» непрерывно уточнялась, но остаются вопросы:

- правильно ли используется и переведен термин «natural person» как физическое лицо (гражданин), т.к. это юридическое свойство человека, а естественные свойства тела и психики человека отличаются от них;

- считаются ли термины «данные» и «информация» синонимами?

В практической деятельности ответ на вышеприведенные вопросы известны давно, и они отрицательные.

В Конституции РФ есть логическая конструкция «человек и гражданин», которая еще обозначена словом «каждый», которую можно рассматривать как

правовую категорию «персона», если данные о ней называют «персональными».

Данные могут иметь истинные, ложные или нейтральные составляющие их содержания (информации), т.е. информация – это содержание данных. Возможно, на английском языке это подразумевается, но в российском законодательстве – нет.

В связи с этим, необходимо провести логическое упорядочение используемых в информационном законодательстве слов: личный, частный, личность, лицо, индивид, субъект и персона.

Вернемся к определению понятия в 152-ФЗ:

«1) персональные данные - любая информация, относящаяся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (субъекту персональных данных)».

Это определение фактически только усложняет понимание значения определяемого понятия и необоснованно расширяет значение термина «идентифицируемое физическое лицо», если считать, что «определяемое» подразумевает «идентифицируемое, диагностируемое и/или ситуацируемое». Для юридически значимого определения физического лица по персональным данным необходимо только идентифицирование.

Недостатки перевода также можно продемонстрировать в виде перевода термина «система регистрации»:

«(6) ‘filing system’ means any structured set of personal data which are accessible according to specific criteria, whether centralised, decentralised or dispersed on a functional or geographical basis»,

который в [URL: <https://ogdpr.eu/ru/definitions>] обозначен словом «картотека», которое не имеет легального определения в России.

Поэтому «filing system» необходимо переводить как «система регистрации» или для персональных сведений на карточках - «персонифицированный учет», а для файловых персональных данных – персонификационная база данных. Последнее связано с тем, что под

персонификацией понимается приписывание персоне персонального идентификатора и/или средства персонификации, которое сопровождается записью в базе данных.

Правильный перевод имеет вид: «(6) "система регистрации" означает любой структурированный набор персональных данных, доступных в соответствии с конкретными критериями, будь то централизованные, децентрализованные или рассредоточенные по функциональному или географическому признаку».

[URL:<https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX:32016R0679>].

Далее рассмотрим определение из 152-ФЗ:

«3) обработка персональных данных - любое действие (операция) или совокупность действий (операций), совершаемых с использованием средств автоматизации или без использования таких средств с персональными данными, включая сбор, запись, систематизацию, накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение), извлечение, использование, передачу (распространение, предоставление, доступ), обезличивание, блокирование, удаление, уничтожение персональных данных».

Это понятие имеет более объемное определение, и оно расшифровано в нескольких легальных определениях. Посмотрим на дефиницию такого термина в GDPR и ее перевод:

«(2) ‘processing’ means any operation or set of operations which is performed on personal data or on sets of personal data, whether or not by automated means, such as collection, recording, organisation, structuring, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, restriction, erasure or destruction».

«(2) "обработка" означает любую операцию или набор операций, которые выполняются с персональными данными или с наборами персональных данных, независимо от того, осуществляется ли она автоматизированными средствами, такими как сбор, запись, организация,

структурирование, хранение, адаптация или изменение, извлечение, консультация, использование, раскрытие путем передачи, распространения или иного предоставления, выравнивание или комбинация, ограничение, стирание или уничтожение».

Если исходить из того, что данные это не только информация, но и сведения/сообщения, то тогда возможна их ручная обработка без средств автоматизации. В современных условиях под данными понимаются файловые данные в двоичной форме, поэтому их поиск, взаимодействие с ними и/или использование возможно с использованием ручного (офлайн), автоматизированного и/или автоматического (онлайн) способа.

Таким образом, коллеги в ЕС также, как и в РФ, не обратили внимание на нюансы обработки данных, а также на то, что сбор и/или использование данных могут не входить в их обработку. Несомненно, эти операции не систематизированы для юридических целей, а представляют возможный технократический набор операций с данными при их автоматизированной обработке. Если бы они учли возможности современной автоматической обработки данных с помощью смарт-программ, то они бы включили в него и операции с большими данными (мультимодальными данными) в виде их глубокой обработке, позволяющей осуществить распознавание и предиктивный синтез.

В 152-ФЗ имеется определение понятия: «9) обезличивание персональных данных - действия, в результате которых становится невозможным без использования дополнительной информации определить принадлежность персональных данных конкретному субъекту персональных данных».

В этом определении появилась фраза «конкретный субъект», которая, наверное, выступает синонимом «определенного субъекта», а также слово «принадлежность», которое, наверное, можно рассматривать как синоним слова «относящиеся».

Отсюда следует, что персональные данные прямо или косвенно относимы, принадлежат персоне как конкретному, определенному, определяемому субъекту, что существенно усложняет как понимание закона, так и его цифровизацию.

Обезличивание предусматривает возможность выполнить действие, обратное обезличиванию (?!) за счет только дополнительной информации, что выглядит странным.

Необходимо использовать операцию обработки в виде деперсонализации. В рамках деперсонализации можно анонимизировать, псевдонимизировать и/или зашифровать персональные данные, где псевдонимизация представляет собой логически более определенное обезличивание. В отличие от обезличивания, псевдонимизация подразумевает невозможным определить принадлежность персональных данных конкретному субъекту персональных данных не только без использования дополнительной информации, но и специальных программ.

На Сайте Совета Европы появился документ T-PD(2019)01 «Руководство по защите персональных данных при использовании искусственного интеллекта» (Guidelines on artificial intelligence and data protection) [URL: <https://rm.coe.int/guidelines-on-artificial-intelligence-and-data-protection/168091f9d8>], который даёт представление о том, как Евросоюз собирается регулировать данную сферу. Системы искусственного интеллекта, несомненно, представляют потенциальную угрозу для неприкосновенности частной (персональной) жизни, т.к. часто сознательно проектируются для профилирования людей.

В терминологическом разделе этого документа отмечено, что «большие данные» подразумевают не только данные, но и программы для работы с ними. При этом к операциям обработки были добавлены любые логические и/или арифметические операции, что косвенно говорит о возможности использования смарт-программ.

В ЕС в 2014 году был принят Регламент Европейского Парламента и Совета Европейского Союза 910/2014 от 23 июля 2014 г. об электронной идентификации и удостоверительных сервисах для электронных транзакций на внутреннем рынке и об отмене Директивы 1999/93/ЕС, который уточнил некоторые термины, связанные с электронной обработкой персональных данных.

Необходимо отметить, что в Регламенте ЕС 910/2014 в дефиниции термина «электронное идентифицирование»:

««electronic identification» means the process of using person identification data in electronic form uniquely representing either a natural or legal person, or a natural person representing a legal person»,

используется слово «персона», но в переводе на русский язык слово «identification» используется неправильно, в частности:

«1) "электронная идентификация" означает процесс использования персональных идентификационных данных в электронной форме, уникальным образом идентифицирующих физическое лицо, юридическое лицо или физическое лицо, представляющее юридическое лицо» [СПС КонсультантПлюс].

Это утверждение можно аргументировать путем рассмотрения следующей дефиниции из этого Регламента:

«4) "система электронной идентификации" означает систему, в рамках которой осуществляется выдача средств электронной идентификации физическим или юридическим лицам либо физическим лицам, являющимся представителями создаваемого юридического лица».

В рамках этой системы осуществляется идентификации лиц путем приписывания им персональных идентификаторов и средств идентификации, а также записи этих данных в систему идентификации (персонифицированного учета).

Следующая дефиниция из этого Регламента:

«2) "средства электронной идентификации" означает материальный или нематериальный носитель, содержащий блок персональных идентификационных данных, которые используются для идентификации для доступа к онлайн-услуге»,

говорит, что «нематериальный носитель» обозначает идентификатор как нематериальную информацию, которая содержится в персональных идентификационных данных.

Таким образом, можно утверждать, что персональные данные могут отображать личные присущие телесно-психические свойства человека, а также присвоенные и/или приписанные ему свойства как личности и/или физическому лицу, которые представляют собой сведения/сообщения, отображающиеся в памяти человека, на отчуждаемом средстве персонификации и/или в виде записи в персонификационной базе данных. Среди этих персональных сведений/сообщений/данных можно выделить персонификаторы, состоящие из индивидуализаторов, идентификаторов и/или ключей доступа. Например, к индивидуализатору относится сетевое имя (логин), идентификатору – пароль, а к коду доступа – коды, подтверждающие право доступа.

В России имеется национальный стандарт, в котором дефинированы термины, имеющие отношения к медицинским персональным данным [ГОСТ Р 55036-2012 ISO/TS 25237:2008. Информатизация здоровья. Псевдонимизация].

В ГОСТ Р 55036-2012 используется термин:

«идентифицируемое лицо (identifiable person): Лицо, которое может быть прямо или косвенно идентифицировано, в частности, с помощью своего идентификатора или одного либо нескольких факторов, относящихся к его физической, физиологической, психологической, экономической, культурной или социальной идентичности».

Естественно, физическое лицо как юридическую позицию человека в законодательном поле РФ идентифицировать по биометрическим данным

нельзя, но как персону можно. При этом то, что называется косвенная идентификация на самом деле является прямой идентификацией, т.к. биометрические данные непосредственно связаны с персоной как человеком и гражданином.

Также дефиниция из этого ГОСТ Р: «3.33 идентификатор лица (personal identifier): Информация, с помощью которой лицо может быть однозначно идентифицировано в определенном контексте», страдает недостатками. В частности, «контекст» не позволяет использовать эту дефиницию в юридическом значении.

И, наконец, следующая дефиниция представляет собой неудачную кальку с ISO/TS 25237:2008: «3.24. идентификация (identification): Процесс сравнения предъявленных или наблюдаемых атрибутов субъекта с перечнем присвоенных идентификаторов в целях отделения одного субъекта от других субъектов».

Фактически здесь идет речь о действиях (операциях), позволяющих идентифицировать (отождествлять) персону, и которые перепутаны с операцией идентификации (приписывания идентификатора).

Выводы. Цифровизация экономики, в том числе юридической деятельности, базирующейся на цифровизации законодательства, невозможна без его упорядочения, которое основано на терминологии, тезаурусах и онтологии.

Список ссылочных публикаций

1. Нестеров А. В. Экспертика: Общая теория экспертизы. – М.: Тип. НИУ ВШЭ, 2014. – 261 с. - ISBN 978-5-600-00329-3.

2. Обсуждаем законопроект по поводу инноваций в области больших данных и персональных данных: о кризисе в информационном праве, который выявился благодаря наступлению цифровизации экономики. – Нестеров А.В. (Москва, 22.03.2020). 9 с. URL: www.nesterov.su .