

УДК 343.2

А.И. ХАЛИУЛЛИН,

аспирант

Академия Генеральной прокуратуры РФ, г. Москва

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА РАСПРОСТРАНЕНИЕ СПАМА В РОССИЙСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ: ОПЫТ КРИМИНАЛИЗАЦИИ, ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ И ПРАВОВОТВОРЧЕСКИХ ИНИЦИАТИВ

В статье рассмотрен опыт криминализации распространения спама в отечественной законодательной практике, выявлено узконаправленное представление спама в качестве нарушения в области распространения рекламы. Уголовно-правовая интерпретация спама предполагает возможность его использования в качестве способа совершения разнообразных преступлений, но не в качестве самостоятельного деяния. При проведении исследования использованы следующие методы: формально-логический, системный, сравнительный и метод изучения документов.

Стремительная информатизация привела к появлению новых угроз для участников информационного взаимодействия, одной из которых является распространение спама. Изучение отечественного опыта законодательного регулирования распространения спама предполагает использование криминологического и уголовно-правового подходов [1, с. 70, 86–90].

Общественная опасность распространения спама связана с потенциальным негативным влиянием на развитие информационных инфраструктур и экономических отношений в сети Интернет. Российская ассоциация электронных коммуникаций оценивает ущерб экономике России от спама в 14,1 млрд руб., а оборот российского рынка спама – на уровне 3,744 млрд руб. [2, с. 12]. При этом доля спама в мировом почтовом трафике в первом квартале 2011 г. составила 78,6% [3], и соответственно только 21,4% – «легитимная» переписка между пользователями.

Характерной является доступность использования криминалитетом спама в условиях относительно низкой стоимости затрат и высокой плотности охвата адресатов рассылки. Так, «цена базы e-mail и в программах мгновенного обмена сообщениями (icq) в 1 млн адресов составляет 500–1 000 долларов, а в социальных сетях стоимость 1 000 аккаунтов для рассылки спама – 30–50 долларов» [4, с. 13].

Качественное своеобразие проблематики спама нашло свое отражение в научных исследованиях. По мнению Ю.М. Батурина, возможно выделение следующих видов спама: рекламный, идеологический и идиотический [5, с. 82]. Помимо указанных, О.В. Лутовинова дополняет видовую характеристику спама распространяемым в целях: мошенничества; повышения посещаемости сайта; сбора данных о пользователях; проверки используемости почтового ящика для последующей регулярной рассылки; распространения вирусов; религиозного характера; «письма счастья» [6, с. 191].

Вопрос о криминализации спама связан с содержательным наполнением указанного термина. «Право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом» закреплено в п. 4 ст. 29 Конституции Российской Федерации [7], что не обозначает полного отсутствия ограничений в сети Интернет.

Базовые правоотношения, связанные с распространением информации, регулируются Федеральным законом Российской Федерации «О связи» (далее ФЗ «О связи») [8]: «пользователь услугами связи вправе передать сообщение связи, <...> получить сообщение электросвязи, почтовое отправление или почтовый перевод денежных средств либо отказаться от их получения, если иное не предусмотрено федеральными законами» (п. 1 ст. 62 ФЗ).

Вышеуказанные положения дополняются в п. 3 ст. 10 ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» [9]: «при использовании для распространения информации средств, позволяющих определять получателей информации, в том числе почтовых отправлений и электронных сообщений, лицо, распространяющее информацию, обязано обеспечить получателю информации возможность отказа от такой информации». Нормы ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» достаточно расплывчаты и не раскрывают содержание термина «определять получателей информации», а также способ обеспечения распространителем информации возможности отказа от ее получения. Так же, как и в случае с ФЗ «О связи», законодательством не устанавливается административная или уголовная ответственность за нарушение данной нормы.

Распространение рекламы в сетях электро-связи регулируется ст. 18 ч. 1 ФЗ «О рекламе» [10] и предполагает обязательное предварительное согласие абонента или адресата на получение рекламы, именно за рекламодателем закреплена обязанность доказывания факта наличия подобного согласия. В правилах оказания телематических услуг связи спам определен как «телематическое электронное сообщение, предназначенное неопределенному кругу лиц и доставленное абоненту или пользователю без их предварительного согласия» [11]. Как отмечает В.Б. Наумов, «существенным недостатком данной дефиниции является наличие признака «направление сообщения неопределенному кругу лиц», так как спам может быть адресован и конкретным лицам» [12, с. 28]. По вопросу применения ст. 18 ч. 1 ФЗ «О рекламе» в письме регулятора Федеральной антимонопольной службы РФ разъяснена распространимость вышеуказанных требований на рекламу в сети Интернет [13]. За нарушение законодательства о рекламе ответственность наступает по ст. 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) [14].

На наш взгляд, в целях противодействия распространения спама логичным было бы распространить на данную сферу действие ФЗ «О персональных данных» [15]. Согласно п. 1 ст. 15 этого Федерального закона «обработка персональных данных в целях продвижения това-

ров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи, а также в целях политической агитации допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных». При этом указанная обработка персональных данных признается осуществляемой без предварительного согласия субъекта персональных данных, если оператор не докажет, что такое согласие было получено. В случае нарушения установленного законом порядка сбора, хранения, использования или распространения информации о гражданах (персональных данных) ответственность может наступить по ст. 13.11 КоАП РФ, в случае разглашения информации с ограниченным доступом – ст. 13.14 КоАП РФ либо по ст. 137 УК РФ – «нарушение неприкосновенности частной жизни», в зависимости от рассматриваемых обстоятельств.

К сожалению, исходя из положений ФЗ «О персональных данных», номера службы мгновенного обмена сообщениями, например *ICQ*, адрес электронной почты, являются общедоступными данными, так как не позволяют идентифицировать субъекта персональных данных как конкретное физическое лицо, то есть не относятся к персональным данным в том смысле, как их понимает соответствующий закон.

В судебной практике допускается расширительное толкование термина «спам». В качестве примера приведем приговор Тракторозаводского районного суда г. Челябинска по ст. 273 ч. 1 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее – УК РФ) в отношении гр. А., который создал вредоносную программу, содержащую текст *sms*-сообщения нецензурного содержания, и, не получив согласия, осуществил автоматическую рассылку *sms*-сообщений с использованием услуги по отправке *sms* на сайте *www.megafonural.ru* компании ЗАО «Уральский Джи Эс Эм» [16]. Приговором суда установлено, что незаконная *sms*-рассылка является спамом и уголовно наказуема.

Отметим, что проблема распространения спама в сети Интернет претерпела качественные трансформации задолго до внесения соответствующих изменений в законодательство Российской Федерации. Способы и формы коммуникации, изначально представленные в сети Интернет как по большей части обмен информацией посредством

электронной почты, переросли рамки, так поздно установленные законодателем.

Исследование, проведенное компанией *ComScore*, показало, что количество пользователей, читающих электронную почту через браузер, продолжает постепенно снижаться в пользу мобильных устройств. В период с ноября 2009 по ноябрь 2010 г. количество посетителей почтовых хостингов сократилось на 5,9%. Отказ от традиционной электронной почты во многом зависит от возраста. Так, более молодым свойственен переход на альтернативные ресурсы коммуникации, каковыми являются различные социальные сети. Социальная категория пользователей ранее электронной почты от 12 до 17 лет, сократилась в 2010 г. по сравнению с 2009 г. на 24%. Современный спам перешел границы почтовых отправок и стремительно завоевывает новые горизонты, распространяясь в социальных сетях, *skype*, *icq*-менеджерах, оставляя свои следы на многочисленных форумах и в комментариях к новостям на сайтах [17].

Уголовно-правовые нормы вступают в действие, если иные средства, установленные гражданско-правовой, административной ответственностью и др., не способны разрешить возникающие противоречия. Противоправные деяния, совершаемые с использованием сети Интернет, обладают присущими им специфическими признаками. В уголовном законодательстве зарубежных стран существуют следующие основные подходы: «во-первых, использование компьютерной информации признается особым квалифицирующим признаком общеуголовных преступлений. Во-вторых, формулируются новые нормы уголовных законов, посвященных конкретным деяниям, совершаемым с применением вычислительной техники» [18, с. 56–58]. УК РФ не предусматривает специальной нормы за преступления, совершенные в сети Интернет, что характерно не для всех государств: «ответственность за конкретные преступления, совершенные в информационном компьютерном пространстве, предусмотрены в США, Великобритании, Австралии, Японии» [19, с. 274].

В ряде стран приняты законы, регулирующие вопросы коммерческой электронной рассылки, например федеральный акт Соединенных Штатов Америки *Controlling the Assault of Non-Solicited*

Pornography and Marketing Act of 2003 [20], директива Евросоюза № 2002/58/EC *Directive on privacy and electronic communications* [21], закон Австралии *An Act about spam, and for related purposes* [22] и др. В отношении рассылки электронных сообщений прослеживаются две законодательные тенденции, условно именуемые «*Opt in*» и «*Opt out*». В первом случае рассылка запрещена без предварительного согласия получателя (позиция, изложенная в ФЗ РФ «О рекламе»). Во втором случае, возможна рассылка коммерческого характера без предварительного согласия получателя, но с учетом требований, к примеру: «возможность одностороннего отказа получателя; предоставление полной информации об отправителе, в строке «предмет» указывается «*ADV*» (реклама) либо «*ADLT*» (только для лиц, старше 18 лет)) [23, с. 31–34].

Уголовно-правовая интерпретация проблемы распространения спама в отечественном законодательстве предполагает следующее: спам может быть использован в качестве средства или способа совершения деяний, перечисленных в УК РФ. В первую очередь это преступления в сфере компьютерной информации (ст. ст. 272–274 УК РФ). Спам может служить средством доставки вредоносных программ на компьютер конечного пользователя, которые «могут находиться как в приложении к письму, так и на сайте, открываемом по ссылке из текста письма» [24, с. 344]. Распространенность подобных деяний невелика, в первом квартале 2011 г. доля писем, содержащих вредоносные вложения, составила 3,05% [3].

В силу своей анонимности спам является инструментом для совершения преступлений, использующих информацию, но посягающих на иные объекты, например, ст. 129 УК РФ – «клевета», ст. 137 УК РФ – «нарушение неприкосновенности частной жизни», ст. 280 УК РФ – «публичные призывы к осуществлению экстремистской деятельности» и др.

Следует констатировать, что распространение пустых или бессодержательных сообщений в качестве спама не свойственно, ключевым является именно его рекламное содержание. Вместе с тем, в судебной практике есть исключения. Так, гр. М., используя вредоносные программы, осуществил незаконную рассылку большого количества писем на электронные почтовые ящики пользователей

ООО «Мэйл.ру», что привело к сбою в работе почтового сервиса *mail.ru*, вызванному повышенной нагрузкой на оборудование, задействованное в приеме, фильтрации и хранении электронной почты [25]. Изложенное подтверждает «инструментарный» характер использования спама в целях достижения преступного результата.

Рассмотрение законотворческих инициатив, направленных на криминализацию спама в законодательстве Российской Федерации, показало настойчивость субъектов законодательной инициативы при явной безрезультативности в целом однотипных подходов к разрешению задачи. Законопроекты, рассматриваемые Государственной Думой РФ: № 66045-4 от 23.06.2004 [26]; № 74762-4 от 14.07.2004 [27]; № 493357-4 от 14.11.2007 [28]; № 65010-5 от 28.05.2008 [29], объединяет односторонний подход при определении спама как противоправного деяния в области рекламы.

Первые два законопроекта предполагают применение мер как уголовно-правового, так и административно правового воздействия, при этом отсутствует однозначная качественная граница между их основаниями. Также данные законопроекты содержат предложения о включении в гл. 28 «Преступления в сфере компьютерной информации» УК РФ специальной нормы, посвященной спаму, что представляется дискуссионным, так как «родовым объектом преступлений в данной главе является общественная безопасность, а видовым – безопасность компьютерной информации как разновидность общественной информации» [30, с. 280]. По нашему мнению, соотносимой с областью существующего нормативного регулирования явилась бы новая редакция утратившей ранее силу и не применяющейся ст. 182 УК РФ «заведомо ложная реклама» [31]. При этом признак «ложности» может быть определен как способ предоставления рекламной информации с использованием спама.

Отметим ошибочное, на наш взгляд, использование во всех вышеуказанных законопроектах, за исключением № 74762-4, в качестве одного из основных количественного критерия («масшовости») при определении факта неправомерности рассылки сообщений. Под «масшовостью» понимается рассылка сообщений более чем в 1 000 адресов в течение 24 часов, более чем

в 10 000 адресов в течение 30 дней или более чем в 100 000 адресов в течение одного года. Очевидна сложность правоприменения, в частности процессуального закрепления данного признака спама.

Таким образом, опыт криминализации спама в отечественном законодательстве свидетельствует о начальном этапе развития нормативного регулирования информационных отношений, отсутствии критериев определения спама в качестве криминального явления. Сложившийся в отечественном уголовном законодательстве универсальный подход предполагает возможность использования криминального спама в качестве средства совершения различных преступлений, что обеспечивает гибкость правоприменительной практики и является положительным с точки зрения «принципа экономии уголовно-правовой репрессии» [32, с. 247, 248].

Список литературы

1. Криминология: учебник / под общ. ред. А.И. Долговой. – 4-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма, 2010.
2. Канкуро Е. Спамеров могут приговорить к исправительным работам // Российская газета. – 2011. – 5 мая.
3. Спам в первом квартале 2011 г. Отчет ЗАО «Лаборатория Касперского». – URL: http://www.securelist.com/ru/analysis/208050697/Spam_v_pervom_kvartale_2011
4. «Русский» рынок компьютерных преступлений в 2010 г.: состояние и тенденции. Аналитический отчет *Group-IB*. ООО «Группа информационной безопасности». – М., 2010.
5. Батурин Ю.М. Телекоммуникации и право: попытка согласования // Телекоммуникации и право: вопросы стратегии. – М., 2000.
6. Лутовинова О.В. Спам как одна из разновидностей электронного письма // Вестник Тамбовского университета. Сер. Гуманитарные науки. – 2008. – № 1.
7. Конституция Российской Федерации принята 12.12.1993 (с учетом поправок, внесенных Законом РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 7-ФКЗ). – М.: Право, 2011.
8. О связи: Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ // Российская газета. – 2003. – № 135.
9. Об информации, информационных технологиях и о защите информации: Федеральный закон от 27.07.2006 № 149-ФЗ // Российская газета. – 2006. – № 165.
10. О рекламе: Федеральный закон РФ от 13.03.2006 № 38-ФЗ // Российская газета. – 2006. – 15 марта.
11. Об утверждении правил оказания телематических услуг связи: Постановление Правительства РФ от 10.09.2007 № 575 // Собрание законодательства РФ. – 2007. – № 38. – Ст. 4552.
12. Наумов В.Б. Противодействие спаму: российское законодательство через призму опыта США // Информационное право. – 2007. – № 3.

13. Об особенностях отдельных способов распространения рекламы: письмо Федеральной антимонопольной службы РФ от 19.05.2006 № АК/7654 // СПС «КонсультантПлюс».
14. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях // Российская газета. – 2001. – 31 декабря.
15. О персональных данных: Федеральный закон от 27.07.2006 № 152-ФЗ // Российская газета. – 2006. – № 165.
16. Приговор Тракторозаводского районного суда г. Челябинска № 1-379/04 от 10.06.2004 в отношении гр. А. по ст. 273 ч. 1 УК РФ. – URL: <http://www.ifap.ru/pr/2004/040621aa.htm>
17. Богданов А. Социальные сети вытягивают пользователей из электронных ящиков. – URL: <http://www.gzt.ru/topnews/hitech/-sotsialjnye-seti-vytyagivayut-poljzovatelej-iz-/346923.html>
18. Волеводз А.Г. Противодействие компьютерным преступлениям: правовые основы международного сотрудничества. – М.: Норма, 2002.
19. Волеводз А.Г. Правовые основы новых направлений международного сотрудничества в сфере уголовного процесса: дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2002.
20. Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003 (CANSPAM Act of 2003). – URL: <http://www.ifap.ru/as/canspam.pdf>
21. Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications). – URL: <http://www.ifap.ru/as/ecdir58.pdf>
22. An Act about spam, and for related purposes (Spam Act 2003). – URL: <http://www.ifap.ru/as/sa2003.pdf>
23. Богдановская И.Ю., Волчинская Е.К. Законодательство о спаме: Зарубежный опыт и российские перспективы // Информационное право. – 2005. – № 1.
24. Осипенко А.Л. Сетевая компьютерная преступность: теория и практика. – Омск: Омская акад. МВД России, 2009.
25. Приговор Альметьевского горсуда Республики Татарстан № 1-153 от 23.03.2010 в отношении гр. М., обвиняемого в совершении преступлений по ст. 273 ч. 1, ст. 274 ч. 1 УК РФ // Архив Альметьевского горсуда РТ. – Альметьевск, 2010.
26. О внесении изменений в ФЗ «О рекламе», УК РФ и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях: законопроект № 66045-4. – URL: [http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(SpravkaNewA\)?OpenAgent&RN=66045-4](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(SpravkaNewA)?OpenAgent&RN=66045-4)
27. О внесении дополнений в некоторые законодательные акты РФ в части противодействия массовой рассылке сообщений электросвязи рекламного характера: законопроект № 74762-4. – URL: [http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(SpravkaNewA\)?OpenAgent&RN=74762-4](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(SpravkaNewA)?OpenAgent&RN=74762-4)
28. О внесении изменений в статью 62 ФЗ «О связи» и в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях: законопроект № 493357-4. – URL: [http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(SpravkaNew\)?OpenAgent&RN=493357-4&02](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(SpravkaNew)?OpenAgent&RN=493357-4&02)
29. О внесении изменений в ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях: законопроект № 65010-5. – URL: [http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(SpravkaNew\)?OpenAgent&RN=65010-5&02](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(SpravkaNew)?OpenAgent&RN=65010-5&02)
30. Наумов А.В. Российское уголовное право. Курс лекций: в 3 т. Т. 3. Особенная часть. – 4-е изд. – М.: Волтерс Клувер, 2008.
31. О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон РФ от 08.12.2003 № 162-ФЗ // Российская газета. – 2003. – № 252.
32. Клейменов М.П. Криминология. – М.: Инфра-М, 2008.

В редакцию материал поступил 08.06.11

Ключевые слова: криминализация, спам, массовое телематическое электронное сообщение, интернет, реклама, информационная безопасность.
