

Критика цифрового конституционализма (II)

Анжело Голиа*

* Анжело Голиа – доктор права, научный сотрудник Гейдельбергского Института Макса Планка сравнительного публичного и международного права.

"Дайджест публичного права" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность автору за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. **Golia, Angelo Jr, *The Critique of Digital Constitutionalism*** (March 21, 2022) в: Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2022-13.

Содержание

(Содержание начала статьи - "Критика цифрового конституционализма (I)" см. в *Дайджест Публичного Права, Выпуск 12 (2023) 1, 69 – 101, доступно на сайте https://dpp.mpil.de/12_2023/art12_3.cfm).*

Содержание продолжения статьи - "Критика цифрового конституционализма (II)":

...

D. Право 110

IV. Заключение 117

Продолжение, начало статьи в *Дайджест Публичного Права, Выпуск 12 (2023) 1, 69 – 101, доступно на сайте https://dpp.mpil.de/12_2023/art12_3.cfm*

....

Тем не менее, другие тенденции и динамики остаются вне поля зрения. Одним из примеров является монетизация контента, характеризующаяся потенциальным переплетением коммерческих и политических соображений и остающаяся своего рода "слепым пятном" для государственных регуляторов.¹²⁹ В основном, эта проблема остается в ведении частного управления.¹³⁰ Другим важным примером является сфера владения данными,¹³¹ которая, как правило, тяготеет к правовому консенсусу (согласию) и праву собственности. Такой подход, однако, не учитывает в полной мере известные проблемы согласия в праве неприкосновенности частной жизни.¹³² Более того, сбор и обработка данных платформами "больших технологий" (*Big Tech*) - это не только вопрос, касающийся неприкосновенности частной жизни и действительного согласия.¹³³

¹²⁹ Catalina Goanta, "Human Ads Beyond Targeted Advertising. Content monetization as the blind spot of the Digital Services Act," *Verfassungsblog*, 5.09.2021, <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-11/>. Для более широкого обсуждения см. Catalina Goanta and Sofia Ranchordas, eds., *The Regulation of Social Media Influencers* (Cheltenham: Elgar, 2020).

¹³⁰ См. Robyn Caplan and Tarleton Gillespie, "Tiered Governance and Demonetization: The Shifting Terms of Labor and Compensation in the Platform Economy," *Social Media + Society* (2020).

¹³¹ Sief van Erp, "Ownership of digital assets?," *European Property Law Journal* 5 (2016); Václav Janeček, "Ownership of personal data in the Internet of Things," *Computer Law & Security Review* 34 (2018); Patrik Hummel, Matthias Braun, and Peter Dabrock, "Own Data? Ethical Reflections on Data Ownership," *Philosophy & Technology* 34 (2021).

¹³² См. Ignacio Cofone, "Beyond Data Ownership," *Cardozo Law Review* 43 (2021, forthcoming). See also Hummel, Braun, and Dabrock (сноска 131).

¹³³ Это проявляется даже в поправках к Закону о цифровых услугах (см. ниже, п. 144), принятых 20-го января 2022 года Европейским парламентом <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0014_EN.html>. Поправки, не ограничиваясь запретом на целевую рекламу, запрещают использование UX-настроек для манипулирования/принуждения к согласию, поскольку они требуют, чтобы платформы предлагали паритет поскольку поправка требует, чтобы платформы обеспечивали паритет при выборе варианта отказ или согласие на передачу данных; на рекламное профилирование несовершеннолетних; на высокочувствительные персональные данные (такие как расовое или этническое происхождение, политическая

Более того, даже в областях, "охваченных" текущими инициативами, фокус часто остается относительно узким. Например, предметная сфера гарантий, предусмотренных предложенной ЕС *Директивой о платформенной работе (Platform Work Directive)*¹³⁴ ограничивается так называемыми "гиг"-работниками (*'gig' workers*, то есть фрилансерами, независимыми подрядчиками, работниками, работающими на конкретном проекте), хотя алгоритмическое управление сегодня присутствует на рабочих местах и в секторах, выходящих далеко за рамки "основного" платформенного бизнеса.¹³⁵ С другой стороны, текущие дискуссии редко отражают транснациональное измерение революции в платформенной экономике, которая потенциально может вызвать «гонку уступок» в области заработной платы и прав работников, связанную с географическими различиями в квалификации и стоимости рабочей силы.¹³⁶

Подход, ориентированный на социетальный конституционализм, может способствовать частичной перестановке фокуса. Он исходит из предположения, что информационный капитализм создает значительные конституционные проблемы, даже когда отдельные индивиды, обладающие полной информацией, без внешнего воздействия добровольно дают действительное согласие на обработку своих данных и, в более широком смысле, взаимодействуют с цифровыми технологиями. Например, в области защиты данных это указывает на необходимость дальнейшего изучения моделей, разработанных в потребительском¹³⁷ и экологическом¹³⁸ праве.

или религиозная принадлежность, сексуальность или данные о здоровье) для поведенческого таргетинга кого-либо. Законодательство в этом направлении в США см. в The California Privacy Rights Act of 2020.

¹³⁴ European Commission, Proposal for a directive on improving working conditions in platform work, COM(2021) 762 final, 09.12.2021.

¹³⁵ Можно вспомнить об использовании компанией Amazon автоматизированных систем принятия решений на своих торговых точках, а также об использовании работодателями средств удаленного мониторинга за бывшими офисными сотрудниками: см. Aislinn Kelly-Lyth and Jeremias Adams-Prassl, "The EU's Proposed Platform Work Directive," *Verfassungsblog*, 14.12.2021, <https://verfassungsblog.de/work-directive/>.

¹³⁶ См. однако, Konstantinos Papadakis and Maria Mexi, "Managing Complexity in the Platform Economy: Self-regulation and the Cross-border Social Dialogue Route," *Albert Hirschman Centre on Democracy Commentary*, 16.06.2021, <https://www.graduateinstitute.ch/communications/news/managing-complexity-platform-economy-self-regulation-and-cross-border-social>.

¹³⁷ Serge Gijrath, "Consumer Law as a Tool to Regulate Artificial Intelligence," in Hans Micklitz et al. (сноска 9).

Кроме того, подход, ориентированный на социетальный конституционализм, фокусируется на цифровизации экономики в ее транснациональном измерении и на коллективных/социальных правах. Это соображение применимо к различным предложениям, направленным на посредников цифровых услуг. Здесь можно выделить либеральные предположения цифрового конституционализма в системах по обе стороны Атлантики, на которые, однако, оказывают влияние различные концепции взаимоотношений между государством и обществом и их собственные "разновидности" капитализма.

В США законодатели позволили цифровой экономике развиваться практически без регулирования, а суды обычно не придают правового значения частной власти, осуществляемой дигитальными акторами, оставляя их развиваться в своего рода регулятивном вакууме.¹³⁹ Оглядываясь назад, можно сказать, что это соответствует появлению больших технологических компаний (*Big Tech*) в качестве настоящих "правителей-управленцев", де-факто иногда с нормативной и судебной системами.¹⁴⁰ Кроме того, это согласуется с предложениями, направленными на отмену иммунитета посредников в соответствии с разделом 230 Акта об этике в сфере коммуникаций (*Communications*

¹³⁸ В этом направлении, однако без ориентации на социетальный конституционализм, см. (сноска 132); Tommaso Fia, "An Alternative to Data Ownership: Managing Access to Non-Personal Data through the Commons," *Global Jurist* 21 (2020). В некотором отношении, Предложение Закона о цифровых услугах с поправками, внесенными Европейским парламентом 20-го января 2022 года (см. выше, сноска 133), движется в направлении моделей экологического права, когда требует от "крупных онлайн-платформ" периодически проводить и публиковать оценку рисков и в любом случае до запуска новых услуг (ст. 26); подчиняться регулятивному надзору за своими алгоритмами и предоставлять поисковикам, представляющим общественный интерес, доступ к данным для независимой проверки влияния платформы (ст. 31), движение в том же направлении, на которое указывает Kapczynski (сноска 120).

¹³⁹ См. Ruth B Collier, V.B. Dubal, and Christopher Carter, "Labor Platforms and Gig Work: The Failure to Regulate," *UC Berkeley Working Paper Series* (2017), <https://escholarship.org/uc/item/4c8862zj>; Julian Posada, "Embedded reproduction in platform data work," *Information, Communication & Society* (2022), <https://doi.org/10.1080/1369118X.2022.2049849>.

¹⁴⁰ См. Klonick (сноска 101), 1621; и в целом Kate Klonick, "The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression," *Yale Law Journal* 129 (2020).. Вопрос о том, можно ли считать Надзорный совет Facebook "верховным судом" - даже с точки зрения правового плюрализма - является предметом споров: см: Gradoni Constitutional Review via Facebook's Oversight Board.; Josh Cows et al., "Constitutional Metaphors: Facebook's 'Supreme Court' and the Legitimation of Platform Governance," (2022), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4036504.

Decency Act),¹⁴¹ который защищает владельцев платформ и социальных сетей от привлечения к ответственности за незаконный контент, размещённый их пользователями;¹⁴² и с соответствующим антимонопольным законодательством как главным инструменте борьбы с гигантами *Big Tech* и даже как инструменте демократизации.¹⁴³

В Европе недавно были выдвинуты предложения о принятии Закона о цифровых услугах (*DSA, Digital Services Act*)¹⁴⁴ и Закона о цифровых рынках (*DMA, Digital Markets Act*),¹⁴⁵ которые идут частично в ином направлении. Действительно, они скорее ориентированы на "конституционализацию" роли поставщиков и провайдеров цифровых услуг в вопросах сбора данных и модерации контента,¹⁴⁶ а также на повышение роли частных акторов в механизмах правоприменения.¹⁴⁷ В то же время европейские суды были более открыты для учета общественной роли компаний социальных сетей, иногда применяя конституционные права в отношениях между частными субъектами посредством явного или неявного обращения к проверенной временем доктрине «горизонтального действия прав и свобод» (*doctrine of horizontal effect*).¹⁴⁸

¹⁴¹ 47 U.S.C. § 230, принятый в 1996 году и предоставляющий иммунитет платформам веб-сайтов в отношении контента третьих лиц.

¹⁴² Veronica Shleina et al., "The Law of Facebook: Borders, Regulation and Global Social Media," *City Law School (CLS) Research Paper No. 2020/01* (2020), 14: "ни одно регулирование не сделало больше для создания впечатления либертарианской исключительности киберпространства, чем этот акт прямого вмешательства федерального правительства США и последующие вмешательства институтов ЕС. Это мираж пространства, свободного от вмешательства, созданный надежным правовым прикрытием, т.е. актом правового позитивизма".

¹⁴³ Viktoria Robertson, "Antitrust, Big Tech, and Democracy: A Research Agenda," *The Antitrust Bulletin* 67 (2022), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3973418.

¹⁴⁴ European Commission, Proposal for a regulation on a single market for digital services and amending Directive 2000/31/EC, COM/2020/825 final, 15.12.2020.

¹⁴⁵ European Commission, Proposal for a regulation on contestable and fair markets in the digital sector, COM (2020) 842 final, 15.12.2020.

¹⁴⁶ В том смысле, что частные субъекты обязаны внедрять "общественные" ценности и стандарты: см. в частности ст. 12(2) Закона о цифровых услугах.

¹⁴⁷ Rupprecht Podszun, "Private enforcement and the Digital Markets Act," *Verfassungsblog*, 01.09.2021, <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-05/>.

¹⁴⁸ См. например, решения конституционного суда Германии BVerfG, 22.05.2019 - 1 BvQ 42/19 BVerfG, 22.05.2019 - 1 BvQ 42/19, ECLI:DE:BVerfG:2019:qk20190522.1bvq004219; и итальянского Конституционного суда, Casa Pound c. Facebook, 12.12.2019. См. Matthias Kettemann and Anna S. Tiedeke, 'Back up: can users sue platforms to reinstate deleted content?,' *Internet Policy Review* 9 (2020), <https://policyreview.info/articles/analysis/back-can-users-sue-platforms-reinstate-deleted-content>.

По-разному, эти два подхода по-прежнему оказывают внешнее воздействие на частных "управляющих" цифровой экономики. В этом смысле, такие акторы все еще контролируют ситуацию, и информационный капитализм остается основой их бизнес-модели. С точки зрения социетального конституционализма, такой подход является частичным, поскольку он не сопровождается вмешательством во внутренние структуры и когнитивные процессы вовлеченных акторов. В случае с цифровыми компаниями такой подход часто оказывается неэффективным или вызывает непреднамеренные, парадоксальные последствия (такие как побочная цензура, чрезмерная блокировка и деплатформинг),¹⁴⁹ как показывают исследования последствий принятия в 2017 году Закона о защите сетей в Германии.¹⁵⁰

Подход, ориентированный на социетальный конституционализм, также сосредоточится на изменении внутренних структур и стимулов. В этом направлении Балкин (*Balkin*) выступает против полной отмены иммунитета посредников от ответственности компаний социальных сетей¹⁵¹ и допускает его эффективное использование, обуславливая это тем, что компании социальных сетей "применяют деловую практику, которая обеспечивает их поведение, достойное доверия и уважения общества".¹⁵² Этот подход может быть расширен с помощью инструментов налогового, трудового и корпоративного права.

Первое предложение заключается в введении т.н. цифрового "налога Тобина" (*Tobin tax* - налог на банковские транзакции, связанные с куплей-продажей иностранной валюты) - формы налогообложения с прогрессивными налоговыми скобками, привязанными к числу активных пользователей и данных, собранных поставщиками цифровых услуг, независимо от любого соответствующего дохода. Безусловно, данное предложение основывается на литературе, квалифицирующей данные в качестве капитала как такового,¹⁵³ который должен быть направлен на цели налогообложения и экономического перераспределения.

¹⁴⁹ Об этих проблемах регулирования в современных обществах см. уже Gunther Teubner, "After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law," in *Dilemmas of Law in the Welfare State*, ed. G. Teubner (Berlin: de Gruyter, 1985), 308-313.

¹⁵⁰ См. Alexander Peukert, "Five Reasons to be Skeptical About the DSA," *Verfassungsblog*, 31.08.2021, <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-04/>.

¹⁵¹ Например, как это предусмотрено разделом 230 в США и ст. 15 Директивы ЕС об электронной коммерции.

¹⁵² Balkin (сноска 86), 1301-1302.

¹⁵³ См. выше, сноска 116.

Второе предложение заключается в навязывании частным акторам цифровой экономики и поставщикам цифровых услуг в пределах определенных количественных и экономических рамок форм корпоративного управления, предполагающих принятие решений совместно с представителями коллективных интересов (труд, здравоохранение, пресса, окружающая среда и т.д.). Важно отметить, что это предложение направлено не только на бизнес-модель - информационный капитализм, но и на правовую инфраструктуру и организационные модели экономических акторов, извлекающих из нее прибыль.

Третьим предложением может быть идея о наложении обязательств или, по крайней мере, создании стимулов (налоговые льготы или иммунитет от ответственности), связанных с переговорами, созданием и эффективным выполнением соглашений транснациональных компаний¹⁵⁴ с ассоциациями рабочих, художников, журналистов и других категорий в различных системах, где они работают. Такие соглашения должны касаться не только условий труда, но и перераспределения полученной прибыли в пользу как отдельных лиц, так и коллективных субъектов, чьи данные собираются и обрабатываются.¹⁵⁵ Такие соглашения, в свою очередь, могут контролироваться и отслеживаться государственными органами и/или органами формирования публичных интересов, возможно, связанными с международными институтами, такими как Международная организация труда.¹⁵⁶ В этом контексте, австралийский Кодекс переговоров с новостными СМИ и цифровыми платформами 2021 года (*Australian News Media Bargaining Code*),¹⁵⁷ предназначенный для того, чтобы крупные технологические платформы платили местным издателям новостей за контент, доступный или связанный с их платформами, - остается интересным экспериментом.¹⁵⁸

¹⁵⁴ См. также Papadakis and Mexi (сноска 136).

¹⁵⁵ См. Parminder J. Singh and Jai Vipra, "Economic Rights Over Data: A Framework for Community Data Ownership," *Development* 62 (2019).

¹⁵⁶ Список публикаций по вопросам деятельности так называемых трудовых платформ доступен на сайте <<https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/crowd-work/publications/lang--en/index.htm>>.

¹⁵⁷ Поправки в Закон о финансовых операциях 2021 года о внесении поправок в казначейские законы (Кодекс обязательных переговоров с медиа и цифровыми платформами) - Treasury Laws Amendment (News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code) Act 2021.

¹⁵⁸ Несмотря на то, что закон, будучи принятым, по существу, значительно усиливает действующие "новостные компании", не влияя на негативные последствия информационного капитализма для журналистики и системы прессы: см. Stillgherrian,

Важно подчеркнуть, что эти схематичные предложения направлены на снижение зависимости от бизнес-модели информационного капитализма и на реинвестирование части доходов в деятельность, не связанную непосредственно с «экономикой данных». Они нацелены также на интернализацию неэкономических стимулов и импульсов, исходящих из социальной среды акторов цифровой экономики и на снижение необходимости связывать регулятивные вмешательства с нарушением индивидуальных прав. Важно, что они стратегически вмешиваются во внутренние структуры экономических акторов, но не являются формами рыночного конституционализма.¹⁵⁹

Скорее, они направлены на выявление, поддержание и использование противоречий, коренящихся в материальных условиях цифровой сферы. Этими средствами они призваны вызвать и поддержать процессы противодействия и критики в рамках вовлеченных систем, создать предпосылки для реполитизации, открытые для непредсказуемых результатов политики, и в то же время уменьшить конкурентное выравнивание национальных систем социальной и экономической защиты.¹⁶⁰ Они ищут меры вмешательства "в отношении законодательного регулирования, а не под его эгидой".¹⁶¹ И здесь социетальный конституционализм может помочь цифровому конституционализму стать аутентичным (глобальным) конституционализмом, с помощью которого экономические процессы, возникшие в результате цифровизации, могут быть как разрешены, так и ограничены за рамками чисто рыночной рациональности. В этом смысле такой шаг также связывает цифровой конституционализм с "социальным" поворотом глобального конституционализма.¹⁶²

"Australia's news media bargaining code is a form of ransomware, and someone paid up," *ZDNet*, 5.03.2021; Shutterstock, "Is the news media bargaining code fit for purpose?," *The Conversation*, 29.11.2021, <https://theconversation.com/is-the-news-media-bargaining-code-fit-for-purpose-172224>.

¹⁵⁹ При этом рынок является одновременно местом производства и регулирования социальных вопросов. См. Teubner, "Non- Monetary Surplus" (сноска 27), 515-518.

¹⁶⁰ Иначе говоря, они "привлекают конституционную рефлексивность к политической роли, направляя избирательное изъятие определенных областей социального действия из логики цены": Christodoulidis (сноска 12), 12. 161.

¹⁶¹ Christodoulidis (сноска 12), 13.

¹⁶² Anne Peters, "Global Constitutionalism: The Social Dimension," in *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives*, ed. Takao Suami et al. (Cambridge: CUP, 2018); Peters (сноска 102), 688-689.

Д. Право

Влияние цифровых технологий на право изучается уже давно. В дискурсе цифрового конституционализма основное внимание уделяется законодательным, судебным и административным (государственным) функциям в их взаимосвязи с индивидами и их правами.¹⁶³ В литературе анализировалось законодательство по защите от фьючерсов¹⁶⁴ и экспериментальное регулирование,¹⁶⁵ а также влияние цифровых и алгоритмических технологий на надлежащую правовую процедуру, в системе административных,¹⁶⁶ судебных,¹⁶⁷ и правоохранительных органов.¹⁶⁸ Внимание также уделяется тому, как возросшая скорость и количество действий в конкретных областях регулирования - например, обмен мнениями и информацией в Интернете - вызывает качественные изменения в способах функционирования права.¹⁶⁹

Особенно в 1990-х и 2000-х годах техно-энтузиасты увидели в новых технологиях возможность либо полностью избавиться от регулирования, либо, по крайней мере, сделать право "компьютерным" (электронным) или точнее "машиночитаемым", т.е. пригодным для использования программным обеспечением (*computable*), так что юридические проблемы в конечном итоге решаются как "правильные" или "неправильные" в соответствии со строгим бинарным соотношением 1/0.¹⁷⁰ Аналогичным образом, применение машинного обучения и искусственного

¹⁶³ Pollicino (сноска 8).

¹⁶⁴ Sofia Ranchordás and Mattis van't Schip, "Future-Proofing Legislation for the Digital Age," in *Time, Law, and Change: An Interdisciplinary Study*, ed. Sofia Ranchordas and Yaniv Roznai (Cambridge: Hart, 2020).

¹⁶⁵ Sofia Ranchordas, "Experimental Regulations and Regulatory Sandboxes: Law without Order?," University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 10/2021 (2021).

¹⁶⁶ Zalnieriute, Bennett Moses, and Williams (сноска 92).

¹⁶⁷ См., например, Tania Sourdin, *Technology and Artificial Intelligence: The Artificial Judge* (Cheltenham: Elgar, 2021); Monika Zalnieriute and Felicity Bell, "Technology and the Judicial Role," in *The Judge, the Judiciary and the Court: Individual, Colelgial and Institutional Judicial Dynamics in Australia*, ed. Gabrielle Appleby and Andrew Lynch (Cambridge: CUP, 2021).

¹⁶⁸ См. выше, сноска 91, and Francesca Galli, "Law Enforcement and Data-Driven Predictions at the National and EU Level," in Hans Micklitz et al. (сноска 9).

¹⁶⁹ См. Julie E. Cohen, "Law for the Platform Economy," *UC Davis Law Review* 51 (2017); Evelyn Douek, "Content Moderation as Administration," *Harvard Law Review* 136 (готовится к публикации).

¹⁷⁰ See most famously Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace* (New York: Basic Books, 1999). For a reconstruction, see Shleina et al. (сноска 142), 13-17; Elettra Bietti, "A Genealogy of Digital Platform Regulation," available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3859487>, 12-24.

интеллекта в юридической профессии будет все больше улучшать так называемое предиктивное правосудие (*predictive justice*), делающее множество профессиональных юристов ненужными.¹⁷¹ Такие тенденции развития, вероятно, исправят некоторые особенности, воспринимаемые исключительно как проблемы права: медлительность, неэффективность, сложность, относительная непредсказуемость.

Поэтому, несколько упрощая и оставляя в стороне ранние анархолибертарианские взгляды, можно выделить колебание или противостояние между двумя парадигмами.¹⁷² Во-первых, парадигма "конкуренции" (*'competition' paradigm*), согласно которой цифровой код и присущая ему нормативность выступает конкурентом права - юридического кода - и потенциально может заменить его в качестве инструмента социального регулирования.¹⁷³ Во-вторых, парадигма "захвата" (*'hijacking' paradigm*), при которой цифровой код изменяет природу права и способ его функционирования.¹⁷⁴ В обоих случаях критические подходы подчеркивают связанные с этим риски, особенно тот факт, что технологии могут усилить роль права в укреплении гегемонии доминирующих групп, которые уже контролируют производство права; и, в более общем смысле, тот факт, что политика и капиталистическая экономика экспоненциально увеличивают свои «колониционные» возможности по отношению к другим системам через (компьютерное) право.¹⁷⁵

Каков вклад социетального конституционализма в эти дебаты? Во-первых, он помогает выделить различные тенденции как часть одного и единого явления, предшествующего появлению цифровых технологий.

¹⁷¹ Pistor (сноска 79), 183 ff.; Salvatore Caserta, "Digitalization of the Legal Field and the Future of Large Law Firms," *Laws* 9 (2020).

¹⁷² См. уже Vagios Karavas, "The Force of Code: Law's Transformation under Information-Technological Conditions," *German Law Journal* 10 (2009). Обзор широко ведущейся дискуссии см. Christopher Markou and Simon Deakin, "Is Law Computable? From the Rule of Law to Legal Singularity," in *Is Law Computable? Critical Perspectives on Law and Artificial Intelligence*, ed. Simon Deakin and Christopher Markou (Oxford: Hart Publishing, 2020). Подобные колебания - неотъемлемая черта критических теорий права, восходящая, по крайней мере, к размышлениям Фуко: см. Hunt and Wickham (сноска 45), 22, 59-71.

¹⁷³ Pistor (сноска 79), 203-204; Katharina Pistor, "Rule by Data: The End of Markets?," *Law and Contemporary Problems* 83 (2020).

¹⁷⁴ Mireille Hildebrandt, "Code-driven law. Freezing the future and scaling the past," in Deakin and Markou (сноска 172).

¹⁷⁵ См. Jennifer Cobbe, "Legal Singularity and the Reflexivity of Law," in Deakin and Markou (сноска 172).

Благодаря цифровым технологиям динамика, присущая современному (западному) праву, проявилась еще более отчетливо. В нормативном плане эта точка зрения требует повышенного внимания к судебным и административным структурам, которые имеют дело с новыми технологиями и используют их.¹⁷⁶ Но что еще более важно, в отличие от дискурсов, сосредоточенных на индивидуальных правах, (судебном) обеспечении восстановления нарушенных прав и судебном разбирательстве, цифровому конституционализму необходимо перефокусироваться на административное право, понимаемое *в том числе также и* как право, имеющее дело с перераспределением социальных и экономических ценностей.

Во-вторых, фокусируясь на ограничении и защите специфического средства коммуникации права (юридической власти), социетальный конституционализм помогает удерживать вместе парадигмы "конкуренции" и "захвата". Что касается ограничения, то даже критические подходы все еще относятся к праву слишком инструментально, как если бы оно было лишь инструментом, дополняющим динамику, лежащую в других областях (в основном в политике и экономике). Социетальный конституционализм и теория систем, напротив, подчеркивают, что юридизация общества - экспоненциально усиливаемая цифровыми и компьютерно-управляемыми технологиями - *сама по себе* является риском, а не только в той степени, в которой она служит политическим или экономическим целям.¹⁷⁷ Не связанная определенными ограничениями и условиями юридизация социального мира, ставшая возможной благодаря компьютеризации и электронной обработке информации, чрезвычайно увеличивает опасности, исходящие от императива стандартизации/нормализации юридической власти, даже в гипотетической социалистической экономике. Вместе с этим, особенно в свете дисциплинирующих эффектов, вытекающих из его внутренней динамики,¹⁷⁸ право должно оставаться проверяемым и оспоримым.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Ranchordas (сноска 96); Himmelreich (сноска 96).

¹⁷⁷ Jürgen Habermas, "Law as Medium and Law as Institution," in *Dilemmas of Law in the Welfare State*, ed. G. Teubner (Berlin: de Gruyter, 1985).

¹⁷⁸ Constraints of decision, of rational justification, and of rule-making: see Gunther Teubner, "Self-Subversive Justice: Contingency or Transcendence Formula of Law?," *Modern Law Review* 72 (2009).

¹⁷⁹ Mireille Hildebrandt, "Law as computation in the era of artificial legal intelligence: Speaking law to the power of statistics," *University of Toronto Law Journal* 68 (2018); Christopher Markou and Simon Deakin, "Ex Machina Lex: Exploring the Limits of Legal Computability," in Deakin and Markou (сноска 172): "применение алгоритмов машинного обучения к вынесению юридических решений, по меньшей мере, затушевывает

Что касается (правовой) защиты, социетальный конституционализм призывает к сохранению некоторых "несовершенных" черт права. Определенная степень открытости, неопределенности, непредсказуемости, связанная с медиальными, культурными и гуманитарными особенностями права, необходима для того, чтобы право впитывало когнитивные ожидания, исходящие из окружающей среды; чтобы оно сохраняло свои способности к "обучению";¹⁸⁰ Это также необходимо для запуска тех микро-вариаций, которые являются фундаментальными для сохранения способности права регулировать и развиваться *вместе* с обществом¹⁸¹ и для сохранения его автономии как отдельной социальной системы, не полностью пригодной к использованию другими системами.

Ценить такие "несовершенные" черты нелогично и противоречиво с точки зрения либеральной теории, которая строится на представлении о судебных решениях как результате силлогизмов "если ... то" и на представлениях о законотворчестве как результате индивидуальной или коллективной воли, порождающей детерминированные команды, а также об определенности как системной стабильности и постоянстве. Однако, чтобы защитить рефлексивную природу правового знания и нормативности, необходимо принять неполную и зависимую от конкретных условий и обстоятельств природу права. Действительно, "существуют пределы вычислимости юридической аргументации и, следовательно, использования ИИ для воспроизведения основных процессов правовой системы".¹⁸²

политические вопросы, возникающие в процессе юридической классификации. Но это также подрывает эффективность правовой аргументации как средства решения политических проблем. Юридическая аргументация - это не просто алгоритмическое применение правил к фактическим обстоятельствам". *Дивер* (Laurence Diver, "Digsprudence: the design of legitimate code," *Law, Innovation & Technology* 13 (2021)) ввел понятие "вычислительный легализм" (*'computational legalism'*) для обозначения комбинации правильности, непрозрачности, непосредственности, неизменности и всепроникаемости, концепции, которая смешивает фетишизм, основанный на правилах, с реализацией принципов верховенства закона.

¹⁸⁰ Christoph V. Graber, "How the Law Learns in the Digital Society," *Law, Technology and Humans* 3 (2021).

¹⁸¹ См. уже Teubner, "Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory?", in *Transnational Governance and Constitutionalism*, eds. Christian Joerges, Inger-Johanne Sand, and Gunther Teubner (Oxford: Hart, 2004), 26.

¹⁸² См. Markou and Deakin (сноска 179), со ссылкой на Teubner и Luhmann.

Техноэнтузиасты, которые рассматривают гипердетерминизм и "юридическую сингулярность"¹⁸³ как положительный результат, могут иметь определенную поддержку в общественном дискурсе именно потому, что они опираются на предположения, глубоко укоренившиеся в либеральной конституционной теории. Подвергать сомнению такие предположения с точки зрения конституционной теории - это (критический) вклад цифрового конституционализма, основанного на конституционализме социетальном. В позитивном плане это требует создания юриспруденции, связывающей (без слияния) непререкаемые эффекты развития технологии - как ее материальность, так и ее культурные/социальные последствия,¹⁸⁴ а также нормативные структуры и процессы, характерные для права¹⁸⁵ и его гуманитарные особенности.¹⁸⁶

Третий вклад социетального конституционализма касается правового плюрализма, понимаемого *также* как критическая позиция по отношению к государствоцентричной правовой теории. Правовой плюрализм отнюдь не чужд цифровому конституционализму, но социетальный конституционализм подталкивает к более серьезному отношению к нему. Это означает рассмотрение по крайней мере четырех взаимосвязанных аспектов в рамках одной аналитической и нормативной исследовательской программы.

Во-первых, дифференцированная оценка воздействия цифровых технологий на качественно различные типы нормативных систем, или "юрисдикций".¹⁸⁷ Цифровые технологии и технологии, связанные с производством и обменом данными, влияют как на государственные, так и

¹⁸³ Benjamin Alarie, "The Path of the Law: Towards Legal Singularity," *University of Toronto Law Journal* 66 (2016).

¹⁸⁴ Cohen (сноска 11), ch. 10.

¹⁸⁵ В этом направлении см. также Vesting (сноска 87), сосредоточившись на медиакультурных аспектах нормативности кода; Hildebrandt (сноска 174); Graber (сноска 180); Diver (сноска 179). Для более раннего обсуждения см. Mireille Hildebrandt, "Legal Protection by Design: Objections and Refutations," *Legisprudence* 5 (2011).

¹⁸⁶ См. Mariavittoria Catanzariti, "Algorithmic Law: Law Production by Data or Data Production by Law?," in Micklitz et al. (сноска 9), подчеркивая роль реально практикующих юристов в государственных бюрократиях. Такие аспекты полностью теряются, например, в подходах, ориентированных на эффективность, таких как Cary Coglianese and Alicia Lai, "Algorithm v. Algorithm," *Duke Law Journal* 71 (2022).

¹⁸⁷ Fleur Johns and Caroline Compton, "Data jurisdictions and rival regimes of algorithmic regulation," *Regulation & Governance* 16 (2022), 66, определяя "юрисдикцию данных" ('*data jurisdiction*') как "область, в которой конкретные представления о том, что должно быть, и что должно быть сказано и сделано, распространяются через сбор, форматирование, распространение и использование данных".

на негосударственные нормативные порядки.¹⁸⁸ Более того, такие технологии вызывают различную динамику в зависимости от типа средства коммуникации (власть, деньги, знания и т.д.); институциональной формы (государство, корпорация, международная организация, транснациональный режим), а также идеологической/культурной среды.

Во-вторых, оценка влияния цифровых технологий и технологий, связанных с производством и обменом данными, на различные методы совместного регулирования и саморегулирования. Новые технологии не только способствуют автономизации негосударственных нормативных систем. Они также меняют то, как государственные и негосударственные нормативные системы соотносятся друг с другом, и, что важно, как первые могут влиять на эволюцию вторых.¹⁸⁹

В-третьих, разработка и развитие коллизивно-правовых подходов, специально приспособленных к нормативным конфликтам, возникающим в результате применения цифровых технологий и технологий, связанных с производством и обменом данными.¹⁹⁰ Такие подходы, которые уже появляются в практике арбитров, имеющих дело как с государственными¹⁹¹ и негосударственными¹⁹² нормативными предписаниями, должны быть ориентированы не только на разрешение конфликтов, но и на запуск процессов обучения¹⁹³ и эффективной конституционализации в соответствующих системах. Процедуры и структуры нормативных порядков обоих цифровых "правителей", таких как *Google* и *Facebook/Meta*, должны быть восприимчивы к внешним требованиям, чтобы их можно было превратить в реальные изменения в их деятельности. Стратегическое использование рефлексивной динамики вовлеченных

¹⁸⁸ См. Johns and Compton (сноска 187), 65.

¹⁸⁹ Michael A. Cusumano, Annabelle Gawer, and David B. Yoffie, "Can Self-Regulation Save Digital Platforms?," *Industrial and Corporate Change* 30 (2021); Marta Maroni and Elda Brogi, "Freedom of expression and the rule of law: the debate in the context of online platform regulation," in *Research Handbook on EU Media Law and Policy*, ed. Pier L. Parcu and Elda Brogi (Cheltenham: Elgar, 2021).

¹⁹⁰ См. также Johns and Compton (сноска 187).

¹⁹¹ Jan Czarnocki, "Saving EU digital constitutionalism through the proportionality principle and a transatlantic digital accord," *European View* 20 (2021).

¹⁹² В области взаимодействия прецедентного права национальных судов и решений по деплатформингу, принимаемых цифровыми компаниями, см. Edoardo Celeste, "Digital punishment: social media exclusion and the constitutionalising role of national courts," *International Review of Law, Computers & Technology* 35 (2021). Обсуждение с акцентом на *Google* см. в Guilherme Cintra Guimarães, *Global Technology and Legal Theory* (London: Routledge, 2019), в частности с. 69 и далее.

¹⁹³ Graber (сноска 180), 18-23.

систем, таким образом, является целью плюралистической конституционной теории, подходящей для реальности цифровых технологий.¹⁹⁴

В-четвертых, оценка фрагментирующего воздействия на правовую субъективность различных нормативных порядков, возникающих в цифровой сфере.¹⁹⁵ Нормативные эффекты цифровых технологий и технологий, связанных с производством и обменом данными, независимо от того, проходят они через правовой код или нет, не только вносят свой вклад в социальное конструирование индивидуальных и коллективных акторов. Они также по-разному формируют и определяют их правовое положение: от полной невидимости и косвенной правовой значимости до признания субъектности, обладающей лишь рядом юридическими прав, и вплоть до полноценного набора юридических прав, предоставляемых в данной конкретной системе. Самое главное, что эти эффекты различны для каждого из центров цифровой нормативности. Системы цифровых платформ, таких как *Facebook*, имеют отличные эффекты социального конструирования, чем, скажем, системы, возникающие в результате государственного управления цифровыми технологиями, как *Uber* или *ICANN*. Такая множественность порождает непрерывную фрагментацию, реконструкцию и взаимную реконфигурацию "реляционных субъектов", что должно быть отражено в теории цифрового конституционализма.¹⁹⁶

¹⁹⁴ См. недавнее решение Суда Европейского Союза, Решение суда (Большая палата), *Facebook Ireland and Schrems*, Case C-311/18, 16.07.2020 (*Schrems II*), признающее недействительным т.н. "Щит конфиденциальности ЕС-США" (*EU-US Privacy Shield*), рамочную программу, регулирующую трансатлантическую передачу данных, поскольку некоторые положения Закона США о негласном наблюдении в целях внешней разведки (*the US's Foreign Intelligence Surveillance Act*) и последующие программы наблюдения не обеспечивают уровень защиты, в принципе адекватный тому, который гарантируется правом ЕС, в частности, статьей 45(1) Общего Регламента по защите данных в совокупности со статьями 7 и 8 Хартии основных прав ЕС (см. пункты 94-105 и 178-202).

¹⁹⁵ Cohen (сноска 11), ch. 1; Johns (сноска 74); Katrina Geddes, "The Death of the Legal Subject: How Predictive Algorithms Are (Re)constructing Legal Subjectivity," *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law* 25 (готовится к публикации), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4047345.

¹⁹⁶ См. Karl-Heinz Ladeur, "Die Zukunft der Medienverfassung," in *Die Zukunft der Medienverfassung*, ed. Karl-Heinz Ladeur et al. (Tubingen: Mohr Siebeck, 2021); Viljoen (сноска 11); и Geddes (сноска 195).

IV. Заключение

Цель данной статьи - выделить и лучше связать критические и нормативные элементы цифрового конституционализма, используя инструменты, предоставляемые социальным конституционализмом как специфическим направлением глобального конституционализма. Главный аргумент заключается в том, что для решения проблем, создаваемых новыми технологиями, цифровой конституционализм должен принять более явно критический дискурс, радикально ставя под сомнение некоторые допущения либеральной, ориентированной на государство конституционной теории. В этом смысле цифровой конституционализм следует рассматривать как теорию для эпохи цифровых технологий и, в более широком смысле, как возможность для давно назревшего переосмысления современной конституционной теории с ее внутренними противоречиями.

Однако выявление и понимание наличия таких противоречий не является самоцелью. Подпитывать правовой/конституционный негативизм - или планировать своего рода износ и постепенное исчезновение конституции - было бы бесплодной и саморазрушительной стратегией, как в аналитическом, так и в нормативном плане. Скорее, выделение противоречий имеет также трансформационную перспективу, в рамках которой конституционализм мог выйти за пределы самого себя и обратиться к конституционным вопросам, которые в основном остаются нерешенными, если не сказать скрытыми: частная социальная власть, (транснациональный) правовой плюрализм, демократия за пределами государства.

Как этот аргумент соотносится с решением ВС Великобритании, о котором говорилось во введении? Очевидно, цифровой конституционализм не должен фокусироваться на критике решений, подобных решению ВС Великобритании, поскольку в определенном смысле это уже слишком поздно. Вместо этого он должен сосредоточиться на аналитических и нормативных предпосылках, а также на структурных и процессуальных предпосылках, которые привели этот суд к такому решению. Какие правовые структуры позволили или подтолкнули такого цифрового "губернатора", как *Google*, к незаконному обращению с данными пользователей? Почему нарушение прав пользователей должно было быть устранено через представительную процедуру, предназначенную для других целей? Почему конституционный вопрос должен был решаться с помощью инструментов и языка деликтного права - как компенсация за нарушение индивидуальных прав - вместо, скажем, административного права? Почему компания, работающая с таким огромным объемом данных

и играющая такую важную роль в обществе, имеет ту же модель корпоративного управления, что и другие коммерческие предприятия? Все эти вопросы должны быть в центре внимания концепта цифрового конституционализма. Данная статья призывает к меньшей критике и большей (само)критике, используя инструменты, предоставляемые социетальным конституционализмом как направлением глобального конституционализма, наиболее подходящим для решения проблем цифрового общества.