

# Критика цифрового (дигитального) конституционализма (I)

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:

I. Введение	70
II. Социетальный конституционализм как критическая теория	76
A. Дифференциация государство/общество	76
B. Функциональные системы и средства коммуникации	78
C. Дифференциация внутренний/внешний	79
D. Конституционализм за рамками государства	80
E. Право как аутопоэтическая система	82
F. Время и средства распространения права	83
G. Права и демократия	85
III. Согласование цифрового и социетального конституционализма	87
A. Определение	88
B. Политика	91
C. Экономика	98

### **Аннотация**

В данной статье с использованием общего инструментария, предлагаемого социетальным конституционализмом, анализируется критический потенциал цифрового конституционализма. Основным аргументом заключается в том, что для решения проблем, создаваемых новыми технологиями, цифровой конституционализм должен принять более явный критический дискурс, подвергая сомнению некоторые допущения либеральной, ориентированной на государство конституционной теории. Цифровой конституционализм может быть реконструирован как теория для цифровой эпохи и как возможность для преодоления внутренних противоречий современной конституционной теории. Данная публикация преследует три цели. Во-первых, связать различные дискурсы в рамках цифрового конституционализма, подчеркнув при этом его собственный критический потенциал. Во-вторых, предложить некоторые предварительные концептуальные предложения, основанные на таких размышлениях. В-третьих, приблизить цифровой конституционализм к более широкой сфере глобального конституционализма. После введения раздел II предлагает обзор социетального конституционализма, выделяя элементы критики либерального, ориентированного на государство конституционализма. Раздел III примиряет социетальный конституционализм и цифровой конституционализм, фокусируясь на определении последнего и на трех функционально дифференцированных системах: политика, экономика, право. Для каждой из них он выделяет положительные аналитические и нормативистские эффекты и указывает на предложения, требующие дальнейшего развития. Раздел IV завершается заключением.

## **I. Введение**

10 ноября 2021 года Верховный суд Великобритании (ВС) вынес знаковое решение по делу *Ллойд против Google (Lloyd v Google)*.<sup>1</sup> Г-н *Ллойд*, бывший исполнительный директор организации по защите прав потребителей, подал иск о возмещении ущерба от своего имени и от имени других резидентов Англии и Уэльса в соответствии со ст.ст. 4(4) и 13

---

<sup>1</sup> *Lloyd (Respondent) v Google LLC (Appellant)* [2021] UKSC 50, 10.11.2021.

британского Закона "О защите данных" 1998 года (ЗЗОД, *Data Protection Act 1998*). В период с 9 августа 2011 года по 15 февраля 2012 года компания *Google* якобы использовала данные более четырех миллионов пользователей в коммерческих целях без их ведома или согласия. Чтобы обойти недоступность "общего" коллективного иска в английском праве (*'general' class action*), иск был основан на т.н. представительской процедуре. *Google* является американской корпорацией, и г-ну *Ллойд* пришлось подать заявление на получение разрешения на подачу иска за пределами юрисдикции, доказав, что иск имеет разумные перспективы на успех.<sup>2</sup> *Google* возражал, что утверждения истца не дают оснований для требования компенсации, и, в любом случае, суд не должен был разрешать продолжение судебного процесса в рамках процедуры представительского иска (*representative action*).

После вынесения Высоким судом (2017) и Апелляционным судом (2019) решений в пользу истца,<sup>3</sup> Верховный Суд Великобритании единогласно вынес постановление в пользу *Google*. По мнению ВС, термин "ущерб" в ст. 13 ЗЗОД относится к материальному ущербу или моральным страданиям, отличным от ущерба, вызванного незаконной обработкой персональных данных. Таким образом, г-н *Ллойд* должен был доказать, не только то, что *Google* незаконно использовал персональные данные, относящиеся к каждому человеку, но и то, что в результате этого данное лицо понесло определенный ущерб. Компенсация, как установил Суд, не может быть присуждена за простую "потерю контроля" (*'loss of control'*) над персональными данными. Во-вторых, суд установил, что иск не касался "аналогичных интересов" группы лиц, что требовалось в соответствии с выбранной процедурой представительского иска. Частные случаи требовали *индивидуальную* оценку того, что произошло с отдельными членами группы, которые прямо не будут участвовать в иске. Ущерб же в представительском иске может быть заявлен только в том случае, если он может быть рассчитан на основе, общей для всех представляемых лиц. Если это не так, то в рамках представительского иска могут решаться только вопросы ответственности, а другие заинтересованные лица должны предъявлять отдельные, сепаратные иски о компенсации. Хотя эта позиция в принципе оставило дверь открытой для будущих исков,<sup>4</sup> следующий пассаж вносит ясность в подход ВС Великобритании:

---

<sup>2</sup> CPR Part 6.37(1)(b).

<sup>3</sup> [2019] EWCA Civ 1599.

<sup>4</sup> См. Eleni Frantziou, "Lloyd v Google: towards a more restrictive approach on privacy protection in the UK?," *Verfassungsblog*, 22.11.2021, <https://verfassungsblog.de/lloyd-privacy/>.

«По общему опыту, некоторые люди с удовольствием используют в коммерческих целях те стороны своей частной жизни, которые другим было бы неприятно выставлять на всеобщее обозрение. За исключением самых крайних случаев, это должно рассматриваться как вопрос личного выбора [выделено нами - автор], по которому суды не должны выносить решения.»<sup>5</sup>

Это решение было с разочарованием воспринято активистами защиты частной жизни.<sup>6</sup> Однако, несмотря на то, что ВС, возможно, не смог охватить более широкое технологическое и социальное измерение массового сбора данных и их монетизации коммерческими структурами, он подтвердил относительно непререкаемые постулаты либерального конституционализма. Активисты и политики могут критиковать это решение, но неспособность подвергнуть более глубокому сомнению некоторые теоретические предположения оставляет их критику в некотором роде уязвимой. Актуальность этого вопроса выходит за пределы сферы защиты данных. Действительно, данный случай является примером более глубокого конфликта в рамках цифрового конституционализма (ЦК).<sup>7</sup>

Безусловно, существует обширная и постоянно растущая литература по цифровому конституционализму, внимание которой сосредоточено в основном на американском и европейском правовом поле.<sup>8</sup> Однако в дискурсах, использующих явный конституционалистский язык, почти не используются элементы *критики* либеральной политико-правовой теории. Когда дело доходит до операционализации, цифровой конституционализм обычно вращается вокруг нескольких важных, но все же в чем-то узких вопросов, в частности, свободы слова, конфиденциальности, защиты избирательных процессов, защиты прав потребителей, рыночной

---

<sup>5</sup> Lloyd v Google (сноска 1), para. 142.

<sup>6</sup> См. в частности Bill Goodwin, "Lloyd v Google Supreme Court verdict brings end to privacy class actions against big tech in UK," ComputerWeekly.com, 11.11.2021, <https://www.computerweekly.com/news/252509359/Lloyd-v-Google-Supreme-Court-verdict-brings-end-to-privacy-class-actions-against-big-tech-in-UK>.

<sup>7</sup> Предварительно понимается как юридико-политический дискурс, сосредоточенный на отношениях между конституционным правом и новыми технологиями. К вопросам определения см. ниже, раздел III.

<sup>8</sup> Giovanni De Gregorio, "The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union," International Journal of Constitutional Law 19 (2020); Oreste Pollicino, Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet. A Road Towards Digital Constitutionalism? (Oxford: Hart, 2021).

конкуренции, а в последнее время – т.н. платформенной экономики или экономики платформ (*platform economy*).<sup>9</sup>

При решении этих вопросов цифровой конституционализм как правило опирается на западный либеральный конституционализм как на своего рода подходящую матрицу, основные принципы которой необходимо внедрить в цифровую сферу.<sup>10</sup> Другими словами, за редким исключением,<sup>11</sup> основные посылы либеральной политико-правовой теории редко оценивают критически. К ним можно отнести жесткое разделение между государством и обществом, а также публичным и частным; акцент на *политической* власти как объекте конституционного ограничения; жесткое разделение между внутренним и межнациональным/глобальным измерениями правовых систем; правовой монизм, ориентированный на государство; статическая концепция права, оторванная от времени и средств его применения/распространения; рациональность индивидов, воспринимаемых как самоавторизованные, досоциальные акторы, оторванные от конкретных общественных ограничений; чрезмерная зависимость от судов в защите прав.

В эпоху, когда всепроникающее влияние цифровых технологий становится все более очевидным, этот относительный недостаток саморефлексии приводит к конфликту между теоретическими исходными положениями и конкретными политическими предложениями цифрового конституционализма. Политическая рациональность цифрового конституционализма (*возможность думать иначе*) часто не сопровождается критической феноменологией (*принуждение к проявлению*).<sup>12</sup> Такой конфликт особенно проблематичен для реальных трансформационных возможностей цифрового конституционализма.

---

<sup>9</sup> Однако тенденция меняется: см. например, Hans-W. Micklitz et al., eds., *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society* (Cambridge: CUP, 2022).

<sup>10</sup> Для отображения дебатов, см. Karen Yeung, “Constitutional Principles in a Networked Digital Society,” IACL Roundtable, *The Impact of Digitization on Constitutional Law*, 08.03.2022, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4049141](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4049141).

<sup>11</sup> См. также Julie Cohen, *Configuring the Networked Self. Law, Code, and the Play of Everyday Practice* (New Haven, Ct.: YUP, 2012), esp. ch. 1; Jennifer Cobbe and Jatinder Singh, “Regulating Recommending: Motivations, Considerations, and Principles,” *European Journal of Law and Technology* 10 (2019), <https://ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/686>; Salomé Viljoen, “A Relational Theory of Data Governance,” *Yale Law Journal* 131 (2022); Aziz Huq, “Toward a Theorization of Digital Constitutionalism,” *The Digital Constitutionalist*, 8.02.2022, <https://digi-con.org/toward-a-theorization-of-digital-constitutionalism/>, speaking of a ‘structural diagnostics’ approach.

<sup>12</sup> См. также Emiliós A. Christodoulidis, *The Redress of Law: Globalisation, Constitutionalism and Market Capture* (Cambridge: CUP, 2021), 1-2.

В этой связи цель данной статьи - связать различные дискурсы в рамках цифрового конституционализма, подчеркнув при этом его критический потенциал. Кроме того, в ней предлагается несколько предварительных предложений, основанных на таких размышлениях.

В названии обыгрывается амбивалентность родительного падежа, поскольку цифровой конституционализм является одновременно *объектом* критики и её *средством*.<sup>13</sup> Как объект, статья исследует цифровой конституционализм в свете его внутреннего конфликта. Как средство, статья использует цифровой конституционализм для оценки внутренних границ либеральной конституционной теории в одной из наиболее актуальных социетальных сфер мирового общества. Понимание цифрового конституционализма как критической правовой теории<sup>14</sup> может помочь справиться с ее внутренним конфликтом, тем самым усиливая ее нормативную направленность и придавая большую согласованность исследовательским и политическим повесткам дня.

Для того чтобы подчеркнуть критический потенциал цифрового конституционализма, статья обращается к социетальному конституционализму (СК), одной из основных теоретических рамок в литературе о глобальном конституционализме.<sup>15</sup> Ссылки на эту систему в литературе по цифровому конституционализму уже стали обычным явлением, особенно в связи с появлением новых форм нормативности в регулятивных пространствах, открытых цифровыми технологиями.<sup>16</sup> Даже

---

<sup>13</sup> Заимствовано у Christodoulidis (сноска 12), 2.

<sup>14</sup> Автор основывается здесь на Jack Balkin, "Critical Legal Theory Today," in *On Philosophy in American Law*, ed. Francis J. Mootz (Cambridge: CUP, 2009): "Критические теории спрашивают, как закон легитимирует власть в обоих смыслах этого слова: как он формирует, направляет и сдерживает власть и как он мистифицирует, маскирует и извиняется за нее. Кроме того, критическая теория изучает, как сами акты создания, интерпретации и применения закона порождают и распространяют все новые формы власти, как справедливые, так и несправедливые".

<sup>15</sup> Gunther Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization* (Oxford: OUP, 2012); Angelo Jr Golia and Gunther Teubner, "Societal Constitutionalism: Background, Theory, Debates," *ICL - Vienna Journal of International Constitutional Law* 15 (2021). Об общественном конституционализме как направлении глобального конституционализма см. Antje Wiener et al., "Global constitutionalism: Human rights, democracy and the rule of law," *Global Constitutionalism* 1 (2012), 7; Neil Walker, *Intimations of Global Law* (Cambridge: CUP, 2014), 97 и сл.

<sup>16</sup> Например, Vagios Karavas, "Governance of Virtual Worlds and the Quest for a Digital Constitution," in *Governance of Digital Game Environments and Cultural Diversity: Transdisciplinary Enquiries*, ed. Christoph B. Graber and Mira Burri-Nenova (Cheltenham: Elgar, 2010); Lex Gill, Dennis Redeker, and Urs Gasser, "Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights," *The International Communication*

если теоретики цифрового конституционализма прямо не придерживаются соотношения вида/рода, они часто ссылаются на элементы социетального конституционализма, в частности, в вопросах транснационального частного регулирования, (глобального) правового плюрализма и разрешения споров.<sup>17</sup>

Однако авторы цифрового конституционализма используют социетальный конституционализм в основном для объяснения "конституционных" норм в относительно автономных цифровых сферах. В целом, они фокусируются на конституирующей функции, которую социетальный конституционализм приписывает таким нормам, часто упуская из виду ограничивающую функцию.<sup>18</sup> Такое применение оставляет впечатление, что социетальный конституционализм оправдывает только новые формы государственности и власти. В отличие от этого, в данной статье используется весь инструментарий социетального конституционализма для выявления критических особенностей и практического применения трансформационного потенциала цифрового конституционализма. Таким образом, помимо двух вышеупомянутых целей, она преследует и третью, более побочную: приблизить цифровой

---

*Gazette* 80 (2018); Edoardo Celeste, "Digital constitutionalism: a new systematic theorisation," *International Review of Law, Computers & Technology* 33 (2019); Nofar Sheffi, "We Accept: The Constitution of Airbnb," *Transnational Legal Theory* 11 (2020); Roxana Radu et al., "Normfare: Norm entrepreneurship in internet governance," *Telecommunications Policy* 45 (2021).

<sup>17</sup> См. например Oreste Pollicino and Marco Bassini, "Internet Law in the Era of Transnational Law," *EUI Working Papers - RSCAS 2011/24* (2011); Christopher Kuner, *Transborder Data Flows and Data Privacy Law* (Oxford: OUP, 2013), 160 и сл.; Lee A. Bygrave, *Internet Governance by Contract* (Oxford: OUP, 2015); Gianpaolo M. Ruotolo, "Fragments of fragments. The domain name system regulation: global law or informalization of the international legal order?," *Computer Law & Security Review* 33 (2017); Monika Zalnieriute, "From Human Rights Aspirations to Enforceable Obligations by Non-State Actors in the Digital Age: The Case of Internet Governance and ICANN," *Yale Journal of Law & Technology* 21 (2019); Nicolas Suzor, *Lawless: The Secret Rules That Govern Our Digital Lives* (Cambridge: CUP, 2019), 115-125; Matthias Kettmann, *The Normative Order of the Internet. A Theory of Rule and Regulation Online* (Oxford: OUP, 2020), 185-195; Lorenzo Gradoni, "Constitutional Review via Facebook's Oversight Board. How platform governance had its Marbury v Madison," *Verfassungsblog*, 10.02.2021, <https://verfassungsblog.de/fob-marbury-v-madison/>; Lucas H. Muniz da Conceição, "Digital Constitutionalism: The Intersection of National Politics and Transnational Platform Governance," *The Digital Constitutionalist*, 2022, <https://digi-con.org/digital-constitutionalism-the-intersection-of-national-politics-and-transnational-platform-governance/>.

<sup>18</sup> См. Marta Maroni, "Lawless: The Secret Rules That Govern Our Digital Lives," *European Journal of Risk Regulation* 12 (2020).

конституционализм к более широкой галактике глобального конституционализма.<sup>19</sup>

После этого введения, в разделе II предлагается обзор доктрины социетального конституционализма с выделением элементов критики в отношении либерального конституционализма, ориентированного на государство. В разделе III предпринимается попытка полностью примирить социальный и цифровой конституционализм, фокусируясь на исследовании последнего в трех функционально дифференцированных системах, а именно политике, экономике и праве. Для каждой из них здесь выделяются аналитические и нормативные преимущества, которые цифровой конституционализм может получить от примирения с социетальным конституционализмом, и указывает на некоторые предложения, которые следует развивать. Раздел IV завершает исследование.

## **II. Социетальный конституционализм как критическая теория**

### **A. Дифференциация государство/общество**

Современная доктрина социетального конституционализма возникла во многом из работы *Сциулли (Sciulli)*<sup>20</sup> и сосредотачивается на сложности либеральной конституционной теории в описании феноменов социального авторитаризма и авторитарных тенденций *в концептуальных терминах*, даже в том случае, когда государственные структуры остаются либерально-демократическими. Такие тенденции являются скорее индивидуально-внутригосударственными, чем побочными тенденциями западной современности, коренящимися в процессах фрагментации смысла, инструментального расчета, бюрократической организации, харизматического лидерства. Столкнувшись с такими процессами, концепции либерального конституционализма могут реагировать и

---

<sup>19</sup> Понимается как юридико-политический дискурс, рассматривающий вопросы, связанные с правами, демократией и верховенством закона в их транснациональном/глобальном измерении, а также и *через* них: см. Wiener et al., "Global constitutionalism."

<sup>20</sup> David Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory* (Cambridge: CUP, 1992).

разрешать вопросы, связанные с отдельными фактами целенаправленно преднамеренного (самоуправного) осуществления коллективной власти частными акторами, но многие механизмы социального контроля ускользают от них,<sup>21</sup> особенно это касается непреднамеренных коллективных действий частных субъектов в рамках гражданского общества. Можно было бы в этой связи напомнить об организационном дизайне фармацевтических исследований и промышленности, поскольку *как таковой* он открывает возможности вплоть до манипулирования данными, что пагубно сказывается на здоровье людей и на науке в целом.<sup>22</sup>

Аналогичным образом, академический/научный комплекс, основанный на кооптации, репутации и (количественной оценке) результатов исследований, порождает такие практики, как правило «*publish or perish*» - «печатайся или умри», написание статей-призраков (*ghost-writing*), создание «картелей взаимного цитирования» (*citation cartels*), манипуляции с данными, расстройства психического здоровья, непропорционально затрагивающие женщин и группы подчиненных работников.<sup>23</sup> Дизайн организаций, занимающихся проблемами сексуального насилия, часто способствует воспроизводству властных структур, (само)маргинализации жертв, гендерному (микро)насилию.<sup>24</sup>

Примеры можно продолжать. Суть в том, что противодействие авторитарным тенденциям и поддержка неавторитарных социальных изменений не могут быть основаны только на разделении властей, надлежащих процедурах (*due process*), основных правах, судебном контроле. Негативные внешние эффекты и произвол власти должны также решаться посредством экологически ориентированных - а не строго рациональных/инструментальных - взаимных ограничений между коллективными акторами и посредством социальных процессов, сосредоточенных вокруг вырабатывающих нормы институтов *в рамках* гражданского общества.

*Сциулли* критиковал в либеральном конституционализме сравнительно жесткое разделение на государство/общество, в центре которого лежат отношения индивид/правительство. В этом смысле он не преодолел, а скорее переосмыслил разделение на публичное/частное, индивидуализировав отношения господства в относительно автономных

---

<sup>21</sup> Sciulli (сноска 20), 40-41.

<sup>22</sup> Sciulli (сноска 20), 11-13.

<sup>23</sup> Zeena Feldman and Marisol Sandoval, "Metric Power and the Academic Self: Neoliberalism, Knowledge and Resistance in the British University," *tripleC* 16 (2018).

<sup>24</sup> Nicole Bedera, "Settling for Less: How Organizations Shape Survivors' Legal Ideologies Around College Sexual Assault" (PhD University of Michigan, 2021).

сферах гражданского общества и сосредоточившись как на целенаправленных, так и случайно-спонтанных формах социального контроля/манипулирования в отношениях с "частными" правительствами. Однако *Сциулли* сосредоточился на формальных организациях - бюрократических аппаратах, корпорациях, партиях, церквях - не исследуя автономизацию/транснационализацию, вызванную глобализацией. Действительно, в частности, *Тойбнер (Teubner)*, опираясь на теорию систем *Лумана (Luhmann)* и аутопоэтическую концепцию права,<sup>25</sup> включил такие аспекты, оформив социетальный конституционализм как направление глобального конституционализма. В следующих подразделах выделены моменты, наиболее важные для наших целей.

### **В. Функциональные системы и средства коммуникации**

Социетальный конституционализм фокусируется на политике, экономике, прессе, науке и т.д. как функционально дифференцированных системах современного общества и на их различных коммуникационных средствах (власть, деньги, образование, истина и т.д.).<sup>26</sup> Этим шагом он расширяет цель конституционализма: теперь это не "только" политическая или социальная власть в узком смысле, а все средства коммуникации функционально дифференцированного общества. Конституционные проблемы вытекают не только из императива власти в политике или императива коммерциализации/монетизации в экономике, но и из императива знания в науке, инновационного императива в технологии, императива новостей/информационного цикла в прессе и юридического императива в праве. Угрозы человеческой и экологической целостности проистекают не только из целенаправленных действий индивидуализированных акторов. Они также происходят из деперсонализированных процессов, не обязательно связанных с воспроизводством/накоплением денег.<sup>27</sup> Таким образом, социетальный

---

<sup>25</sup> Gunther Teubner, *Law as an Autopoietic System* (London: Blackwell, 1993).

<sup>26</sup> Здесь они понимаются как "механизмы воздействия" функционально дифференцированного общества. Средства коммуникации "[...] основаны на символах, которые считаются эффективными в коммуникации - например, символы денег, власти, правды или любви - и которые в качестве таких эффективных символов мотивируют других социальных субъектов сделать что-то, что они не сделали бы без этого эффективного использования символов" (Rudolf Stichweh, "Systems Theory," in *International Encyclopedia of Political Science*, ed. Bertrand Badie, Dirk Berg-Schlosser, and Leonardo Morlino (New York: SAGE, 2011)).

<sup>27</sup> Gunther Teubner, "The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by "Private" Transnational Actors," *Modern Law Review* 69 (2006); Teubner, *Fragments* (сноска 15), 141;

конституционализм помещает конституционную теорию в центре вокруг относительно автономных социальных процессов, основанных на (ре)производстве власти, денег, юридического авторитета, истины. Эффективная конституционализация происходит только в той степени, в какой нормы, возникающие внутри и между социальными системами, выполняют как конститутивные/основополагающие, так и ограничительные функции по отношению к таким средствам коммуникации.<sup>28</sup>

### С. Дифференциация внутренних/внешний

Социетальный конституционализм также фокусируется на транснационализации и автономизации функциональных систем. Конституционные вопросы, связанные с формальными организациями (государства, корпорации, международные организации) и режимами (глобальная политика, международное инвестиционное право, глобальное научное право), все чаще возникают и требуют решения за пределами территориальных границ национальных государств.

Другими словами, социетальный конституционализм фокусируется на том, что глобализация изменила существующие вопросы, переместив их на уровень мирового общества, где национальные государства и межнациональная политика - хотя и остаются центральными<sup>29</sup> - определяют социальную эволюцию в меньшей степени, чем в прошлом.<sup>30</sup> Безусловно, такой фокус также несет в себе элемент критики. В той мере, в какой глобализация заключается в конкурентном выравнивании национальных систем, особенно систем защиты труда,<sup>31</sup> конституционализм, ориентированный на государство, в то же время обеспечивает глобальную экспансию капиталистической эксплуатации и препятствует самой возможности думать и действовать в терминах транснационального противодействия, и особенно транснациональной демократии. Именно это наблюдение может быть стратегически

---

Isabell Hensel and Gunther Teubner, "Horizontal Fundamental Rights as Conflict of Law Rules: How Transnational Pharma Groups Manipulate Scientific Publications," in *Contested Regime Collisions: Norm Fragmentation in World Society*, ed. Kerstin Blome et al. (Cambridge: CUP, 2016); Gunther Teubner, "The Constitution of Non-Monetary Surplus Values," *Social and Legal Studies* 6 (2020).

<sup>28</sup> Teubner (сноска 15), 81 и далее.

<sup>29</sup> Gunther Teubner, "Societal Constitutionalism without Politics? A Rejoinder," *Social & Legal Studies* 20 (2011).

<sup>30</sup> Teubner, *Fragments* (сноска 15), 42 и далее.

<sup>31</sup> См. Christodoulidis (сноска 12), 3.

использовано в критическом направлении, чтобы поместить «политическое» в основу рефлексивности систем.<sup>32</sup>

#### **Д. Конституционализм за рамками государства**

Как и многие направления глобального конституционализма,<sup>33</sup> социентальный конституционализм включает в себя правовой и конституционный плюрализм. Он утверждает, что с глобализацией правовые системы проходят через фрагментацию, в результате которой различные, вариативно взаимосвязанные организации и режимы во все возрастающей степени развивают свои правовые нормы. Это не означает, что такие "фрагменты" существуют в вакууме. Более того, они наблюдают друг за другом и окружающей средой в соответствии со своими собственными правовыми/неправовыми отличиями,<sup>34</sup> основанными на различных принципах легитимации, которые, в свою очередь, уходят корнями в средства коммуникации, на которые они ориентированы (власть, деньги, истина и т.д.). Например, глобальное инвестиционное право поддерживается формальными и неформальными нормативными актами, а также национальными и международными инструментами.<sup>35</sup> Однако его конкретное функционирование определяется принципами

---

<sup>32</sup> Christodoulidis (сноска 12), 475.

<sup>33</sup> Lars Vellechner, "Constitutionalism as a Cipher: On the Convergence of Constitutionalist and Pluralist Approaches to the Globalization of Law," *Goettingen Journal of International Law* 4 (2012); Aoife O'Donoghue, *Global Constitutionalism in the Constitutionalisation of International Law* (Cambridge: CUP, 2014); Anne Peters, "Constitutionalization," in *Concepts for International Law. Contributions to Disciplinary Thought*, ed. Jean d'Aspremont and Sahib Singh (Cheltenham: Elgar, 2019), 151-153; Cormac Mac Amhlaigh, *New Constitutional Horizons: Towards a Pluralist Constitutional Theory* (Oxford: OUP, 2022).

<sup>34</sup> Gunther Teubner, "The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism," *Cardozo Law Review* 13 (1992); Gunther Teubner, "Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society," in *Global Law without a State*, ed. Gunther Teubner (Aldershot: Dartmouth Gower, 1997); Andreas Fischer-Lescano and Gunther Teubner, "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law," *Michigan Journal of International Law* 25 (2004).

<sup>35</sup> См. Jose Alvarez, "Reviewing the Use of "Soft Law" in Investment Arbitration," *European International Arbitration Review* 7 (2018), 149-200; Giovanna Adinolfi, 'Soft Law in International In-vestment Law and Arbitration' *Italian Review of International and Comparative Law* 1 (2021), 86-112.

легитимности, в основном ориентированными на защиту инвестиционного капитала, то есть на императив накопления прибыли.<sup>36</sup>

В этой констелляции эффективная конституционализация может произойти только в том случае, если нормы, возникающие в функциональных системах и между ними, вводят в действие и ограничивают коммуникационные процессы, которые, следуя глобализации, частично "освободились" от ограничений политики, ориентированной на государство. Социентальный конституционализм утверждает, что на уровне мирового общества, где нет авторитетной третьей инстанции, такой результат может быть достигнут только в том случае, если различные системы 1) оказывают достаточное воздействие друг на друга (например, давление политических требований на экономические процессы и наоборот); и 2) их внутренние структуры открыты для таких внешних команд.<sup>37</sup>

Подводя предварительный итог, можно сказать, что социентальный конституционализм ставит под вопрос отождествление закона с государственным правом и необходимую связь между государством и конституцией. Посредством этого, он открывает возможность<sup>38</sup> для процессов конституционализации, не сосредоточенных исключительно вокруг государств. С нормативной точки зрения такой плюралистический поворот означает развитие теории коллизий/взаимодействий, подходящей

---

<sup>36</sup> В качестве показательного примера см. недавнее дело ICSID, *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum of 9 September 2021, ICSID Case No. ARB/16/41. Cf. Francesco Corradini, 'The Social Life of Entanglements. International Investment and Human Rights Norms in and beyond ISDS', in *Entangled Legalities Beyond the State*, ed. Nico Krisch (Cambridge: CUP, 2021), 162-192; и, несмотря на критику в адрес социентального конституционализма, David Schneiderman, 'On Suffering and Societal Constitutionalism. At the border of international investment arbitration and human rights,' in *Boundaries of State, Boundaries of Rights. Human Rights, Private Actors, and Positive Obligations*, ed. Tsvi Kahana and Anat Scolnicov (Cambridge: CUP, 2016).

<sup>37</sup> Примеры в области научных исследований см. Gunther Teubner, 'Altera Pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses,' in *Law, Society and Economy*, ed. Richard Rawlings (Oxford: Clarendon, 1997); Teubner, *Fragments* (сноска 15), 83-102; Vagios Karavas, 'Empowerment through Technology? How to Deal with Technology Options in the Liberal- Democratic State – The Example of Egg Cell Preservation,' *Ancilla Iuris* (2019), [https://www.anci.ch/articles/Ancilla2019\\_101\\_Karavas.pdf](https://www.anci.ch/articles/Ancilla2019_101_Karavas.pdf); Teubner, 'Non-Monetary Surplus' (сноска 27), 516.

<sup>38</sup> Golia and Teubner (сноска 15), 378.

для возникновения правовых систем и социальных процессов качественно иной природы.<sup>39</sup>

### Е. Право как аутопоэтическая система

Социентальный конституционализм основывается на аутопоэтической концепции права,<sup>40</sup> то есть на социологической юриспруденции,<sup>41</sup> направленной на учёт и совмещение фундаментальных парадоксов современного права: самоаттестации (*self-validation*) и замкнутости (*circularity*). Согласно такой концепции, право не должно рассматриваться как набор статичных норм, вырванных из социальных временных рамок. Напротив, право - это сама социальная система, то есть система категорий, коммуникаций, основанных на собственном коде: различии правовой/неправовой.<sup>42</sup> Его фундаментальная функция - генерализация/стабилизация ожидаемых нормативных результатов.

Аутопоэтическая концепция требует далее, чтобы как *возникновение*, так и *воспроизводство* правовых систем были ограничены необходимостью выполнять их функции и сохранять свою операционную автономию. Другими словами, право может генерализировать/стабилизировать нормативные ожидания, возникающие в его социальной среде (например, моральные, религиозные, экономические нормы), даже если оно не идентифицирует себя с ними непосредственно. Право может "читать" и разрешать конфликты, возникающие в обществе, только через различие между правовым и неправовым, постоянно переформулируемое *внутренними* операциями права: юридическими процедурами, актами, нормами, доктринальными концепциями. В этом смысле право генерирует свою собственную действительность посредством внутреннего преобразования/непонимания импульсов, исходящих из окружающей среды. Такие импульсы, переработанные посредством "продуктивных

---

<sup>39</sup> Teubner, *Fragments* (сноска 15), 150 ff., spec. 154-162; Horatia Muir Watt, "When Societal Constitutionalism Encounters Private International Law: Of Pluralism, Distribution, and 'Chronotopes,'" *Journal of Law And Society* 45 (2018).

<sup>40</sup> Gunther Teubner, *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society* (Berlin: de Gruyter, 1988); Teubner (сноска 25).

<sup>41</sup> Обсуждение проблематики см. Ioannis Kampourakis, "Empiricism, Constructivism, and Grand Theory in Sociological Approaches to Law: The Case of Transnational Private Regulation," *German Law Journal* 21 (2020).

<sup>42</sup> Thomas Vesting, *Legal Theory* (Munich-Oxford: Beck-Hart, 2018), 19-84.

ошибок прочтения",<sup>43</sup> наделяются юридическим смыслом, начиная или продолжая цепочки коммуникации, основанные на различии правовое/неправовое.

Правовые системы возникают, "живут" и выполняют свои общественные функции путем постоянного саморегулирования, то есть через творческие "ошибки", парадоксы, доктринальные замыслы, спровоцированные, но не механически обусловленные такими импульсами. Правовые системы заново генерируют свой смысл в рамках возможностей, допускаемых существующими паттернами, но непредсказуемым, продиктованным обстоятельствами, "слепым" способом. Современное право, таким образом, не просто "реагирует", а скорее "рефлексирует" на социальные импульсы.<sup>44</sup>

Кроме того, чтобы выполнять свои функции в условиях все более фрагментированного общества, правовые нормы и концепции должны сохранять определенную степень гибкости, неопределенности и непредсказуемости и при этом в то же время стабильности, несмотря на недостижение социальных ожиданий.<sup>45</sup> Эта открытость/неопределенность имеет решающее значение для абсорбирования когнитивных ожиданий и увеличения способности права учиться у окружающей среды. Говоря иначе, возможность иметь такие внутренние микро-вариации смысла необходима для воспроизводства правовых систем и сохранения их общественной функции.<sup>46</sup>

### **Г. Время и средства распространения права**

Основываясь на представлении о праве как системе социальных коммуникаций, социентальный конституционализм предлагает иной

---

<sup>43</sup> То есть, самопреобразующий процесс, в ходе которого системы используют события в окружающей среде как материал для производства смысла.: Teubner, "Two Faces" (сноска 34), 1447.

<sup>44</sup> Gunther Teubner, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law," *Law & Society Review* 17 (1983).

<sup>45</sup> Это связано с ростом законотворчества, директив, программ и стандартов по вопросам принципиального характера; растущим обращением к открытым нормам и общим принципам (например, добросовестность, должная осмотрительность, разумность) для придания юридической формы ожиданиям, исходящим из окружающей среды; распространением в юридической науке подходов социальных наук; успехом судебных рассуждений, основанных на методах балансирования, часто направленных на поддержку законодателя, а не на решение правовых споров; тенденциями к процедурализации. См. Alan Hunt and Gary Wickham, *Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance* (London: Pluto, 1994), 67.

<sup>46</sup> См. Golia and Teubner (сноска 15), 15.

подход к отношению права к средствам его распространения и ко времени. Действительно, поскольку производство, толкование, применение права опирается также на информацию, не сохраненную в юридических текстах (в узком смысле),<sup>47</sup> правовые акты неизбежно зависят от средств их распространения - устных, печатных, цифровых - и момента времени, когда они передаются. В то же время каждый правовой акт (законодательство, судебные решения, административные акты, договоры) является коммуникативным *событием*, основанным на правовом/неправовом коде, потенциально перестраивающим смысл прошлых коммуникаций и изменяющим будущие модели эволюции права.

Но время не всегда течет с одинаковой скоростью. Различные социальные "скорости" времени и связанная с этим осознаваемая необходимость производить правовые структуры в соответствии с социальными и технологическими изменениями и изменениями окружающей среды оказывают влияние на эволюцию права, в частности на источники юридического действия (силы) и типы актов, занимающих центральное место в правотворчестве.<sup>48</sup> В эпоху растущей функциональной дифференциации и ускоренных технологических изменений и изменений внешней среды эти факторы в возрастающей степени требуют от правовых систем производства все более новых правовых структур и смыслов и к "обучению" на основе собственного функционирования, даже без явного политического консенсуса.<sup>49</sup> В этом смысле широко распространенный кризис законодательства, как "общего и абстрактного" правотворчества, и успех судебного и административного правотворчества как "реального" места производства права отражает относительный упадок договорного правотворчества в международном праве и рост правотворчества судов и административных органов, а также частного и смешанного (гибридного) регулирования. Такая динамика не является случайной особенностью. Скорее, они глубоко укоренились во внутренних структурах современности.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> Vesting (сноска 42), 119.

<sup>48</sup> Riccardo Prandini, "The Future of Societal Constitutionalism in the Age of Acceleration," *Indiana Journal of Global Legal Studies* 20 (2013).

<sup>49</sup> Jaye Ellis, "Crisis, Resilience, and the Time of Law," *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* (2019).

<sup>50</sup> Gunther Teubner, "Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems," *The American Journal of Comparative Law* 45 (1997).

### Г. Права и демократия

Как уже отмечалось, социетальный конституционализм ставит средства коммуникации (власть, деньги, нормативность, истина и т.д.) в центр конституционной теории. Как таковые они участвуют в субъективации индивидов и коллективных акторов - их "интерпелляции".<sup>51</sup> Исходя из этого предположения, социальный конституционализм развивает критику либеральной теории прав, в центре которой находятся индивиды как рациональные, самоавторизованные, досоциальные акторы, оторванные от общественных ограничений; и которая исключает социальные системы как носителей прав, которые сами нуждаются в защите.

В действительности, социальный контроль/манипулирование вполне может возникнуть даже тогда, когда индивиды могут выражать волю, "освобожденную" от ограничений политической власти или экономических потребностей.<sup>52</sup> В то же время, социальный конституционализм подчеркивает необходимость защиты различных социальных систем от взаимных посягательств и тенденций «колонизаторства».<sup>53</sup> Как показала пандемия COVID-19, наукофикация политики и политизация науки - одинаково опасные стороны одной медали. Говоря иначе, социетальный конституционализм подчеркивает необходимость мобилизации транс-субъективного потенциала прав.<sup>54</sup>

Как насчет демократии? Социетальный конституционализм отвергает мнение, что процедуры, основанные на выборах, представительстве, организованной оппозиции, являются единственно возможной моделью демократической легитимации.<sup>55</sup> В частности, он отвергает невозможность демократии в глобальных/транснациональных условиях и оспаривает подходы, направленные на компенсацию недостатка демократической легитимности негосударственных систем через модели, ориентированные на государство (например, не более чем цепочки делегирования/авторизации, исходящие от национальных парламентов).

---

<sup>51</sup> Louis Althusser, "Ideology and Ideological State Apparatuses (Notes Towards an Investigation)," in *Essays on Ideology* (London: Verso, 1984).

<sup>52</sup> Teubner, *Fragments* (сноска 15), 139 и далее.; Teubner, "Non-Monetary" (сноска 27).

<sup>53</sup> Понимается как процесс, посредством которого система (например, экономика) воспроизводство носителей других систем (власть, нормативность, информация, истина) подчиняет воспроизводству своего собственного носителя (например, денег).

<sup>54</sup> Teubner *Fragments* (сноска 15), 145; Gunther Teubner, "Counter-Rights: On the Trans-Subjective Potential of Subjective Rights," in *The Law of the Political Economy: Transformations in the Functions of Law*, ed. Paul F. Kjaer (Cambridge: CUP, 2020).

<sup>55</sup> Gunther Teubner, "Quod omnes tangit: Transnational Constitutions Without Democracy?," *Journal of Law and Society* 45 (2018).

В отличие от этого, социетальный конституционализм выдвигает теорию демократии, основанную на политических единицах, не обязательно разграниченных личной или территориальной принадлежностью,<sup>56</sup> или присвоенным статусом гражданства, а также не идентифицируются с международным сообществом или "глобальным гражданским обществом".<sup>57</sup> В этих политических единицах демократическая легитимация не обязательно происходит в соответствии с традиционными репрезентативными схемами или принципом большинства.<sup>58</sup>

Скорее, принцип репрезентации обобщается через институционализацию самоутверждения (*institutionalisation of self-contestation*) которое должно быть переформулировано в соответствии со специфической рациональностью каждой системы.<sup>59</sup> При таком подходе участники и другие субъекты, на которых влияют решения/операции систем, практикуют существенное и даже прямое участие и/или оспаривание в их нормативном производстве. Поэтому различные форумы по принятию решений должны отражать плюрализм схем демократической легитимации, проходящей также и через транснациональные организации, массовые движения, профсоюзы, НПО. "Политическое" (*le politique*)<sup>60</sup> не ограничивается "политикой" (*la politique*)<sup>61</sup> и все чаще возникает на частных (приватных) или гибридных аренах.<sup>62</sup> Плюрализм социетального конституционализма индивидуализирует процессы демократизации в различных общественных сферах, позволяя различным типам акторов участвовать в процессах правового производства, происходящих на глобальном уровне. Таким образом, глобализация может дать возможность использовать демократический потенциал социальных процессов вне институциональных каналов государство-центричной политики. В целом, социетальный конституционализм рассматривает вопрос о том, как

---

<sup>56</sup> См. Chris Thornhill, "The Citizen of Many Worlds: Societal Constitutionalism and the Antinomies of Democracy," *Journal of Law and Society* 45 (2018).

<sup>57</sup> См. В целом Jiří Přibáň, *Constitutional Imaginaries. A Theory of European Societal Constitutionalism* (Abingdon: Routledge, 2021).

<sup>58</sup> См. уже Sciulli (сноска 20), 160-161.

<sup>59</sup> Teubner (сноска 55), 14-15.

<sup>60</sup> Понимается как совокупность коллективных размышлений, конфликтов и решений о социальных вариантах, распространенных на уровне общества в целом.

<sup>61</sup> Понимается как социальная система, выполняющая функцию формализованного коллективного принятия решений.

<sup>62</sup> Gunther Teubner, "Societal Constitutionalism and the Politics of the Commons," *Finnish Yearbook of International Law* 21 (2012).

институционализировать возможность восходящих снизу вверх социальных изменений и оспаривания (критики).<sup>63</sup>

В таких рамках государства сохраняют центральную роль. Действительно, государственная политика остается решающей в создании внешних требований и в разработке внутренних правовых инфраструктур других систем. Более того, альтернативные арены оспаривания, обсуждения и принятия решений дополняют, а не заменяют государственную политику.<sup>64</sup> На нормативном уровне этот взгляд призывает к примирению и продуктивному использованию импульсов, исходящих от государств и их конституций, а также к укреплению способности других систем к обучению.

### **III. Согласование цифрового и социетального конституционализма**

В данном разделе рассматривается содержание и значение цифрового конституционализма и три системы (политика, экономика, право), средства коммуникации которых (власть, деньги, юридическая власть) являются центральными в современном обществе. Во-первых, он направлен на то, чтобы исследовать существующие анализы в виде целостной теории с внутренним критическим потенциалом. Предпосылкой является то, что такие анализы не ставят в центр своих размышлений тот факт, что цифровые технологии, с одной стороны, создают новые возможности для политики, экономики, права контролировать и манипулировать людьми, а с другой стороны, создают возможности для новых форм «колонизации»<sup>65</sup> между системами (например, цифровая экономика по отношению к

---

<sup>63</sup> Gavin W. Anderson, "Societal Constitutionalism, Social Movements and Constitutionalism from Below," *Indiana Journal of Global Legal Studies* 20 (2013). В литературе по глобальному конституционализму см. Antje Wiener, *A Theory of Contestation* (Heidelberg: Springer, 2014); Antje Wiener, *Contestation and Constitution of Norms in Global International Relations* (Cambridge: CUP, 2018).

<sup>64</sup> В литературе по глобальному конституционализму см. Anne Peters, "Dual Democracy," in *The Constitutionalization of International Law*, ed. Jan Klabbers, Anne Peters, and Geir Ulfstein (Oxford: OUP, 2009).

<sup>65</sup> См выше, сноска 53. Даже недавно принятая "Европейская декларация о цифровых правах и принципах цифрового десятилетия" ('European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade', Brussels, 26.1.2022 COM(2022) 28 final), похоже, основана на индивидуалистическом подходе, не учитывающем потенциальный ущерб для науки, прессы, политики *как таковых*.

политике или науке, цифровая пресса по отношению к политике). Во-вторых, раздел направлен на операционализацию таких выводов в трансформационном направлении. В частности, он подчеркивает аналитические и нормативные преимущества, которые цифровой конституционализм может получить от своего примирения с социальным конституционализмом, и указывает на некоторые предварительные предложения, которые следует развивать дальше.

#### А. Определение

В своей влиятельной работе *Редекер (Redeker), Гилл (Gill) и Гассер (Gasser)* определили цифровой конституционализм как "общий термин для обозначения совокупности инициатив, которые пытаются сформулировать набор политических прав, норм управления и ограничений на осуществление власти в интернете".<sup>66</sup> Опираясь на социальный конституционализм, они определили цифровой конституционализм как "процесс конституционного нормотворчества, возникающий в социальных группах, таких как гражданское общество или транснациональные бизнес-корпорации", и включили в предмет цифрового конституционализма ограничение как государственной, так и негосударственной (частной) власти. Однако они включили в объем цифрового конституционализма только документы, хартии и декларации, которые явно направлены на создание различных типов "Билля о правах в Интернете" и сосредоточены на политических вопросах и сообществах. Таким образом, они отрицают "конституционное качество" других типов норм, особенно тех, которые разработаны международными организациями и частными предприятиями, например, нормы, разработанные Facebook/Meta.<sup>67</sup> Важно отметить, что эти документы в подавляющем большинстве сосредоточены на некоторых важнейших, но относительно узких вопросах: свобода выражения мнения, неприкосновенность частной жизни, право на доступ к интернету. Поэтому их определение все еще привязано к концепции конституционных норм как ограничения (политической) власти и упускает из виду более глубокую динамику манипулирования и «колонизации»,<sup>68</sup> вытекающую из последствий дигитализации.

*Селест (Celeste)* выдвинул более уточненную и всеобъемлющую формулировку - опять же явно основанную на социальном

---

<sup>66</sup> Gill, Redeker, and Gasser (сноска 16), 303.

<sup>67</sup> См. Celeste (сноска 16), 86.

<sup>68</sup> См. сноска 53.

конституционализме. Он определил цифровой конституционализм как "идеологию, которая направлена на создание и обеспечение существования нормативной базы для защиты основных прав и баланса полномочий в цифровой среде".<sup>69</sup> Такая идеология должна пронизывать, направлять и информировать конституционализацию цифровой среды, понимаемую как процесс, который "направлен на создание серии нормативных ответных действий для решения проблем, связанных с изменениями в конституционной экосистеме, вызванными появлением цифровых технологий".<sup>70</sup> Преимущество трактовки цифрового конституционализма как чисто теоретической концепции заключается в "возможности отличить ее от ее имплементации, перевода в реальность".<sup>71</sup> Кроме того, понятие *Селеста* о конституционализации как процессе, направленном на производство нормативных противодействий, хорошо отражает задачи, к решению которых призван цифровой конституционализм.

Тем не менее, он предлагает в некотором роде санитованную концепцию идеологии: "структурированный набор ценностей и идеалов".<sup>72</sup> Развивая работу *Альтюссера (Althusser)*<sup>73</sup> и его прочтение *Джонсом (Johns)*<sup>74</sup> цифровой конституционализм как идеология можно определить как конституционный дискурс, который в то же самое время исследует и способствует формированию социально выстроенных отношений индивидов к реальным условиям их существования, прямо или косвенно опосредованных цифровыми технологиями. Это определение фокусируется на динамике притяжения/интерпеллирования, вызванной цифровыми технологиями, то есть на динамике, посредством которой различные социально-политические аппараты и процессы - будь то работа, пол, гендер, этническая принадлежность, гражданство или другие - представляют индивидов и коллективных акторов в качестве социальных субъектов посредством цифровых технологий. Такое концептуально более «плотное» понятие цифрового конституционализма имеет три аналитических преимущества.

Во-первых, им подчеркивается, что вопросы цифрового конституционализма касаются (должны касаться) в первую очередь того,

---

<sup>69</sup> Celeste (сноска 16), 88.

<sup>70</sup> Celeste (сноска 16), 90.

<sup>71</sup> Celeste (сноска 16), 89.

<sup>72</sup> Celeste (сноска 16), 89.

<sup>73</sup> См. Althusser (сноска 51).

<sup>74</sup> См. Fleur Johns, "Governance by Data," *Annual Review of Law and Social Science* 17 (2021), spec. 4.7-4.8. См. также Cohen (сноска 11), ch. 1; Viljoen (сноска 11); Jenna Burrell and Marion Fourcade, "The Society of Algorithms," *Annual Review of Sociology* 47 (2021).

как цифровые технологии влияют и формируют социальное существование отдельных людей, коллективных субъектов и социальных систем.<sup>75</sup>

Во-вторых, цифровые технологии и глобализация не создали, а скорее сделали более заметными и актуальными вопросы, остававшиеся без внимания со стороны государственно-ориентированного либерального конституционализма. В этой связи настойчивость *Селесты* на противодействии изменению ранее существовавшего равновесия создает впечатление, что цифровой конституционализм имеет дело с совершенно новыми конституционными вопросами, возникшими только благодаря цифровым технологиям. Безусловно, цифровой конституционализм имеет дело с вопросами, которые приобрели иное качество и значение с появлением цифровых технологий. Однако в своей основе такие вопросы уже присутствовали в правовых структурах (западного) модернизма. "Аналоговый" конституционализм не характеризовался равновесием, а скорее скрывал его отсутствие. Задача цифрового конституционализма не в том, чтобы вернуть «утраченный рай», а в том, чтобы открыть глаза перед «адам».<sup>76</sup> Этот концептуальный ход помогает "увидеть" предметное содержание цифрового конституционализма: не просто регулирование цифровых технологий, а скорее регулирование уже существующих конституционных вопросов, переформатированных дигитализацией и цифровыми технологиями.

В-третьих, это определение предлагает точку сближения для различных и пока еще немногочисленных направлений теории, рассматривающих влияние цифровых технологий, особенно тех, которые не говорят - по крайней мере, явно - на конституционном языке. В частности, это касается таких направлений, как "критические исследования данных" (*'critical data studies'*), "алгоритмическое регулирование" (*'algorithmic regulation'*) и "право и политическая экономия" (*'law and political economy'*). Критические исследования данных изучают данные как расположенные в сложных "сборках данных", относящихся к комплексным системам, состоящим не только из инфраструктур баз данных, но и "технологических, политических, социальных и экономических аппаратов, которые определяют их природу, функционирование и работу", включая процессы сбора и категоризации данных, их последующей очистки,

---

<sup>75</sup> См. Viljoen (сноска 11), 654; Burrell and Fourcade (сноска 74), 227 и далее.

<sup>76</sup> См. Fleur Johns, "'Surveillance Capitalism' and the Angst of the Petit Sovereign," *British Journal of Sociology* 71 (2020); и Amy Kapczynski, "The Law of Informational Capitalism," *The Yale Law Journal* 129 (2020).

хранения, обработки, распространения и применения".<sup>77</sup> Алгоритмическое регулирование - это концепция, "подразумевающая устойчивые, осознанные попытки использовать алгоритмическое принятие решений с целью повлиять на поведение или управлять рисками".<sup>78</sup> Право и политическая экономия - это более общее направление, возникшее в последние годы, которое характеризуется особым вниманием к материальным/экономическим отношениям, вызванным или затронутым цифровыми технологиями и их правовыми инфраструктурами.<sup>79</sup> Объединение этих направлений вокруг широкого, но все еще относительно плотного определения, при сохранении их специфики, может способствовать возникновению более насыщенной дискуссии, порождающей оригинальные и эффективные решения. В то же время это способствовало бы формированию более тесного диалога с существующими дискурсами глобального конституционализма.<sup>80</sup> В этом смысле такой шаг позволяет представить цифровой конституционализм в более всеобъемлющем, согласованном и, возможно, амбициозном виде, то есть как важную конституционную теорию цифровой эпохи.

## В. Политика

Осуществление власти является традиционным объектом внимания цифрового конституционализма. Существует обширная литература, посвященная влиянию цифровых технологий на политические процессы, с контрастными мнениями о том, открывают ли они позитивные или негативные возможности.<sup>81</sup> В этом контексте социетальный

---

<sup>77</sup> См. Rob Kitchin, "Big Data, new epistemologies and paradigm shifts," *Big Data & Society* 1 (2014); Andrew Iliadis and Federica Russo (eds.), "Special E-Issue: Critical Data Studies," *Big Data & Society* (2016), <https://journals.sagepub.com/page/bds/collections/critical-data-studies>; Thao Phan and Scott Wark, "Racial Formations as Data Formations," *Big Data & Society* 2021 (2021), <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/205395172111046377>.

<sup>78</sup> Karen Yeung, "Algorithmic Regulation: A Critical Interrogation," *Regulation and Governance* 12 (2017). См. также Lena Ulbricht and Karen Yeung, "Algorithmic regulation: A maturing concept for investigating regulation of and through algorithms," *Regulation & Governance* 16 (2022).

<sup>79</sup> См. например, Katharina Pistor, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality* (Princeton: PUP, 2019), 183-204; Kapczynski (сноска 76).

<sup>80</sup> См. Edoardo Celeste, "The Constitutionalisation of the Digital Ecosystem: Lessons from International Law," in *Digital Transformations in Public International Law*, ed. Angelo Jr Golia, Matthias Kettmann, and Raffaella Kunz (Baden-Baden: Nomos, 2022 (готовится к публикации)), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3872818](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3872818).

<sup>81</sup> См. Siva Vaidhyanathan, *Antisocial Media. How Facebook Disconnects Us and Undermines Democracy* (Oxford: OUP, 2018); Jaime E. Settle, *Frenemies. How Social Media*

конституционализм рассматривает власть не как принуждение или просто как движимое личными интересами влияние на поведение социальных акторов, а как специфическое средство коммуникации<sup>82</sup> в политике.<sup>83</sup> которая направляет воспроизводство коллективно обязательных решений.<sup>84</sup> Таким образом, подход, ориентированный на цифровой конституционализм, фокусируется не только на новых возможностях произвола при осуществлении власти, но и на влиянии цифровых технологий на условия воспроизводства самой власти. Другими словами, социетальный конституционализм спрашивает цифровой конституционализм: как сохранить способность национальной и международной политики вырабатывать коллективно обязывающие решения в условиях крайней социальной фрагментации, когда консенсус, основанный на традиционных процедурах - особенно демократических выборах - становится гораздо более труднодостижимым?<sup>85</sup>

Безусловно, этот вопрос выходит за рамки сохранения "свободного рынка идей" и функционирующей публичной сферы.<sup>86</sup> Он требует более широкого осмысления условий, при которых может быть сформирован консенсус (или его презумпция) для целей коллективного принятия решений. Если уж на то пошло, цифровая революция развенчала или, по крайней мере, поставила под сомнение еще одно предположение либеральной политической теории, а именно, эквивалентность между правильной информацией и общественным консенсусом. Действительно, благодаря (в том числе) цифровым технологиям новые и старые (коллективные) акторы могут выражать несогласие, порождать конфликты, "форсировать" дебаты и двигать их в разных направлениях, причем способами, отличными от тех, которые возникли в конституционном

---

*Polarizes America* (Cambridge: CUP, 2018); Nathaniel Persily, *The Internet's Challenge to Democracy: Framing the Problem and Assessing Reforms* (Kofi Annan Foundation, 2019); Tiberiu Dragu and Yonatan Lupu, "Digital Authoritarianism and the Future of Human Rights," *International Organization* 75 (2021); Barrie Sander, "Democratic Disruption in the Age of Social Media: Between Marketized and Structural Conceptions of Human Rights Law," *European Journal of International Law* 32 (2021). Картографию дебатов см. Sebastian Berg and Jeanette Hofmann, "Digital democracy," *Internet Policy Review* 10 (2021).

<sup>82</sup> См. выше, сноски 26. 83 84 85

<sup>83</sup> См. выше, сноска 61.

<sup>84</sup> Niklas Luhmann, *Trust and Power* (Winchester: Wiley, 1979), 109-118.

<sup>85</sup> См. Luhmann (сноска 84), 167-184.

<sup>86</sup> См. впрочем Jack Balkin, "To Reform Social Media, Reform Informational Capitalism," in *Social Media, Freedom of Speech and the Future of Our Democracy*, ed. Lee Bollinger and Geoffrey R. Stone (Oxford: OUP, forthcoming), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3925143](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3925143).

модернизме, ориентированном на государство.<sup>87</sup> В этом смысле, как конституционная теория цифровой эпохи, цифровой конституционализм призван включить в свои исследования юридико-институциональный анализ влияния цифровых технологий как на национальных, так и транснациональных коллективных акторов и их соответствующие стратегии: политические партии, движения, религиозные конфессии.<sup>88</sup>

В то же время цифровой конституционализм призван рассмотреть влияние цифровых технологий на способность политики контролировать индивидов и «колонизировать» другие социальные сферы. Этот вопрос касается не только роста государственного оперативного контроля и зондирования,<sup>89</sup> возникающих - в разных формах и степени - как в либерально-демократических, так и в авторитарных государствах.<sup>90</sup> Уже активно высказываются предложения об использовании предиктивной полиции (*predictive policing*, прогностической деятельности полиции),<sup>91</sup> автоматизации принятия решений,<sup>92</sup> и "техники наджинга (или подталкивания)" (*nudging*, включающий различные аспекты процесса принятия решения, который побуждает людей изменять свое поведение определенным образом, не внося прямых ограничений в возможности выбора).<sup>93</sup> Как в частности показала пандемия COVID-19, цифровые технологии и алгоритмика открывают новые и более тонкие формы политического контроля и манипулирования как отдельными людьми, так и

---

<sup>87</sup> Thomas Vesting, *Legal Theory and the Media of Law* (Cheltenham: Elgar, 2018), 469-527.

<sup>88</sup> В этом направлении см. Berg and Hofmann (сноска 81), 6-8; and Vesting (сноска 87), 522-523.

<sup>89</sup> Mireille Hildebrandt, "Profiling and the rule of law," *Identity in the Information Society* 1 (2008); Frederike Kaltheuner and Elettra Bietti, "Data is power: Towards additional guidance on profiling and automated decision-making in the GDPR," *Policy & Practice* 2 (2018).

<sup>90</sup> См. например, Sarah Jakob, "The corporate social credit system in China and its transnational impact," *Transnational Legal Theory* 12 (2021); Larry Catá Backer, "And an Algorithm to Entangle Them All?," in Krisch (сноска 36); Lucas Miotto and Jiahong Chen, "Manipulation, Real-time Profiling, and their Wrongs," in *The Philosophy of Online Manipulation* (Routledge, готовится к изданию); см. также Dragu and Lupu (сноска 81).

<sup>91</sup> Sarah Brayne, "Big Data Surveillance: The Case of Policing," *American Sociological Review* 82 (2017); Burrell and Fourcade (сноска 74), 221-226.; Céline Castets-Renard, "Human Rights and Algorithmic Impact Assessment for Predictive Policing," in Micklitz et al. (сноска 9).

<sup>92</sup> См. Monika Zalnieriute, Lyria Bennett Moses, and Georgo Williams, "The Rule of Law and Automation of Government Decision-Making," *Modern Law Review* 82 (2019).

<sup>93</sup> См. Karen Yeung, "'Hypernudge': Big Data as a mode of regulation by design," *Information, Communication & Society* 20 (2017). См. более подробно Amnon Reichman and Giovanni Sartor, "Algorithms and Regulation," in Micklitz et al. (сноска 9).

автономными социальными площадками.<sup>94</sup> Однако подход к цифровому конституционализму, ориентированный на социетальный конституционализм, требует более комплексного подхода к двунаправленной связи между цифровыми технологиями и (само)воспроизводством власти. В более общем виде, цифровая революция "предлагает" конституционной теории переосмыслить отношения между государством и обществом: отказаться и от полного разделения, и от полного отождествления, и сконцентрироваться на усилении их взаимозависимости и взаимных связей.

В нормативном плане такой подход подчеркивает необходимость усиления виртуальной открытости государственных (административных) аппаратов и процедур.<sup>95</sup> Такая открытость должна быть направлена на восприятие и преобразование в их конкретном функционировании потребностей и программ, не связанных строго с самореферентными возможностями принятия решений.<sup>96</sup> Но помимо государственных структур и публичных учреждений, создание и укрепление механизмов виртуальной открытости политическим импульсам еще более актуально в рамках процессов частных или гибридных дигитальных акторов, таких как *Facebook/Meta* или *ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* - Интернет-корпорация по присвоению имен и номеров).

---

<sup>94</sup> David Restrepo Amariles, "From computational indicators to law into technologies: the Internet of Things, data analytics and encoding in COVID-19 contact-tracing apps" *International Journal of Law in Context* 17 (2021); Anatoliy Gruzdt et al., "Special E-Issue: Studying the COVID-19 Infodemic at Scale," *Big Data & Society* (2021), <https://journals.sagepub.com/page/bds/collections/studyinginfodemicatscale>.

<sup>95</sup> См. Julie Cohen, "The Regulatory State in the Information Age," *Theoretical Inquiries in Law* 17 (2016), где утверждается, что регулятивное государство, оптимизированное для информационной экономики, должно разработать правила для реагирования на три макропроблемы: (1) власть платформ (*platform power*) - власть связывать внешне отдельные рынки и/или ограничивать участие на рынках с помощью технических протоколов; (2) «синдром информационной усталости» (*infoglut*) - как результат неуправляемых обильных, медийных информационных потоков, создающие "избыток информации"; и (3) системную угрозу - находящийся в процессе возникновения и лишь в вероятностном смысле определяемый негативный эффект, который проявится в какой-то момент в будущем.

<sup>96</sup> Особенно перспективными представляются недавние исследования, основанные на концепции эмпатии (сопричастности) в цифровом административном государстве: Sofia Ranchordas, "Empathy in the Digital Administrative State," *Duke Law Journal* 77 (2022, forthcoming), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3946487](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3946487). В том же направлении см. Johannes Himmelreich, "Against "Democratizing AI"," *AI & Society* (2022), <https://doi.org/10.1007/s00146-021-01357-z>.

Интересно, что демократизация всегда была слабым местом как цифрового конституционализма,<sup>97</sup> так и глобального конституционализма.<sup>98</sup> В этом отношении повторяющиеся неудачи в воспроизведении моделей демократической легитимации, ориентированных на государство, показывают, насколько они не подходят для цифровой сферы (сфер).<sup>99</sup> Неудивительно, что в литературе по цифровому конституционализму основное внимание уделяется процедурным аспектам демократии, в частности, справедливости, участию, прозрачности, подотчетности, судебному контролю.<sup>100</sup> Эти предложения чрезвычайно ценны и, в условиях глобального *публичного недовольства (colère publique)*, вызванного повторяющимися скандалами, медленно реализуются частными "правителями".<sup>101</sup> Однако, чтобы избежать риска кооптации, демократизация цифровой сферы должна также включать в

---

<sup>97</sup> Moritz Schramm, "Where is Olive? Or: Lessons from Democratic Theory for Legitimate Platform Governance," *The Digital Constitutionalist*, 23.01.2022, <https://digi-con.org/where-is-olive-or-lessons-from-democratic-theory-for-legitimate-platform-governance/>.

<sup>98</sup> См. уже Jürgen Habermas, "The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society," in *Europe: The Faltering Project*, ed. Jürgen Habermas (Cambridge, Mass.: MIT, 2009).

<sup>99</sup> Можно вспомнить выборы ICANN в 2003 году; и демократические эксперименты Facebook в 2009-2012 годах: см. John Palfrey, "The End of the Experiment: How ICANN's Foray into Global Internet Democracy Failed," *Harvard Journal of Law & Technology* 17 (2004); Tobias Mahler, "The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) on a Path toward a Constitutional System," in *Generic Top-Level Domains: A Study of Transnational Private Regulation*, ed. Tobias Mahler (Cheltenham: Elgar, 2019), 40-53.; Kalev Leetaru, "Facebook Was A Democracy 2009-2012 But We Didn't Vote So It Turned Into A Dictatorship," *Forbes*, 13.04.2019, <https://www.forbes.com/sites/kalevleetaru/2019/04/13/facebook-was-a-democracy-2009-2012-but-we-didnt-vote-so-it-turned-into-a-dictatorship/>.

<sup>100</sup> Giovanni De Gregorio, "Democratising online content moderation: A constitutional framework," *Computer Law & Security Review* 36 (2020), <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2019.105374>, 11-16; Brenda Dvoskin, "Representation without Elections: Civil Society Participation as a Remedy for the Democratic Deficits of Online Speech Governance," *Villanova Law Review* (готовится к публикации), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3986181](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3986181); Blayne Haggart and Clara I. Keller, "Democratic legitimacy in global platform governance," *Telecommunications Policy* 45 (2021), <https://doi.org/https://doi.org/10.1016/j.telpol.2021.102152>, 14-16, выделяя то, что большинство предложений - Совет по надзору Facebook, судебное разбирательство как один из Манильских принципов 2015 года в отношении ответственности за посредничество, а также Общие принципы, ориентированные на права человека, изложенные в докладе Специального докладчика по вопросу о поощрении и защите права на свободу мнений и их выражения (Организация Объединенных Наций, доклад Совета по правам человека № A/HRC/38/35) - основаны на узком понимании легитимности как "сквозной легитимности" ("*throughput legitimacy*").

<sup>101</sup> Kate Klonick, "The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech," *Harvard Law Review* 131 (2018).

себя аспекты борьбы, конфликта и оспаривания. И здесь снова социетальный конституционализм - в соответствии с недавними направлениями глобального конституционализма<sup>102</sup> - подчеркивает необходимость стабилизации механизмов оспаривания в том числе и в сферах, которые вариативно контролируются цифровыми "правителями". В этом отношении предложения по установлению права на оспаривание ИИ - особенно в его коллективном измерении - представляются чрезвычайно перспективными.<sup>103</sup>

Но кто будет оспаривать? Какая политическая единица или какие политические единицы будут осуществлять такое право, если киберпространство является многоюрисдикционным и многоуровневым? Этот вопрос затрагивает еще один важнейший момент взаимоотношений между цифровым конституционализмом и политикой, а именно - пространственный. Действительно, разделение государство/общество и разделение внутреннее/внешнее<sup>104</sup> необходимо подвергнуть рассмотрению в более конкретных терминах. Здесь более тесная связь с социетальным конституционализмом помогает понять, что цифровой конституционализм - это либо *глобальный* конституционализм, который "мыслит" в многоюрисдикционных и многоуровневых терминах, либо его нет.<sup>105</sup> Как таковой, цифровой конституционализм способствует интернационализации/глобализации конституционных дискурсов, понимаемой также как траектория, на которой территория государства все меньше и меньше рассматривается как *основное* символическое пространство для отношений власти и достижения консенсуса.

Цифровой конституционализм всегда имел дело с вопросами, касающимися конфликтов юрисдикций - особенно в отношении т.н. «языка

---

<sup>102</sup> Christian Volk, "Why Global Constitutionalism Does not Live up to its Promises," *Goettingen Journal of International Law* 4 (2012), 567, 571–574; Isabelle Ley, "Opposition in International Law – Alternativity and Revisibility as Elements of a Legitimacy Concept for Public International Law," *Leiden Journal of International Law* 28 (2015); Wiener, *Contestation and Constitution*; и Anne Peters, "Constitutional Theories of International Organisations: Beyond the West," *Chinese Journal of International Law* 20, no. 4 (2021), 681–683.

<sup>103</sup> См. в частности Margot E. Kaminski and Jennifer M. Urban, "The Right to Contest AI," *Columbia Law Review* 121 (2021); and Ngozi Okidegbe, "The Democratizing Potential Of Algorithms?," *Connecticut Law Review* 53 (готовится к публикации), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3835370](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3835370).

<sup>104</sup> Основывается на либеральной теории: см. John Locke, *Two Treatises of Government* (New Haven and London: YUP, 2003), § 147; William Blackstone, *Commentaries*, vol. I (Chicago: University of Chicago Press, 1979), 160 at 243.

<sup>105</sup> См. Celeste (сноска 80).

вражды» (*hate speech*, разжигание ненависти) и защиты данных - и вопросами многоуровневого/гибридного управления интернетом.<sup>106</sup> Однако фокусирование на влиянии воспроизводства власти/коллективного принятия решений помогает "увидеть", как цифровые технологии часто поддерживают тенденции к над- и транснациональному взаимодействию и к образу мышления в категориях центр/периферия, а не в категориях внутреннее/внешнее. Если государства стремятся эффективно сохранять свою способность регулировать ключевые общественные сферы, имеющие решающее значение для достижения консенсуса, они не могут не координировать свои действия с другими акторами<sup>107</sup> или не пытаться распространить действие своего внутреннего права за пределы своей территории.<sup>108</sup> Такое фокусирование также может помочь депарохиализировать те дискурсы цифрового конституционализма, в которых вопросы цифровизации формулируются так, как будто они относятся только к сфере действия национальных конституций.

В этом же смысле подход, ориентированный на социетальный конституционализм, связывает дискурсы цифрового конституционализма и международного права, давая адекватный аккаунт (воз)рождения государств с такими явлениями, как Сплинтернет<sup>109</sup> (*Splinternet*, феномен географической и политической фрагментация Интернета между разными странами и регионами, которые вводят различные правила и ограничения для контроля доступа к сети – **прим. Дайджеста**) и нынешним безумием правоприменения (законы о национальном контенте, антитрестовские законы и практика, абсолютизм защиты данных).<sup>110</sup>

---

<sup>106</sup> Привязка к: Kettemann (сноска 17). См. также Milton Mueller, "Communications and the Internet," in *The Oxford Handbook of International Organizations*, ed. Jacob Katz Cogan, Ian Hurd, and Ian Johnstone (Oxford: OUP, 2016).

<sup>107</sup> См. Angelo Jr Golia and Gunther Teubner, "Networked Statehood: An Institutionalised Self-contradiction in the Process of Globalisation?," *Transnational Legal Theory* 12 (2021).

<sup>108</sup> Конечно, при этом возникает целый ряд вопросов, связанных с третьим миром и постколониальными перспективами, которые помогают еще больше связать цифровой конституционализм с дискуссиями о глобальном конституционализме: см. Jonathan Havercroft et al., "Decolonising Global Constitutionalism (Editorial)," *Global Constitutionalism* 9 (2020); Peters (сноска 102), 690-693.

<sup>109</sup> Dramatically accelerated following the Russian war of aggression in Ukraine: see Emily Birnbaum and Rebecca Kern, "The Russian 'splinternet' is here," *Politico*, 04.03.2022, <https://www.politico.com/news/2022/03/04/russia-splinternet-facebook-twitter-00014408>.

<sup>110</sup> Chien Huei Wu, "Sovereignty Fever: The Territorial Turn of Global Cyber Order," *Heidelberg Journal of International Law* 81 (2021), spec. 675-676, contrasting China's Great Firewall and the Clean Network built by the US and its allies. См. также Henning Lahmann, "On the Politics and Ideologies of the Sovereignty Discourse in Cyberspace," *Duke Journal of Comparative & International Law* 32 (2021).

Вместо возвращения к самодостаточным единицам Вестфальского глобального порядка, такое возрождение скорее можно рассматривать как рост макро-геополитических единиц, которые все больше действуют "по-имперски",<sup>111</sup> то есть в категориях центр/периферия.<sup>112</sup> Новые фрагментации и конфликты в цифровой сфере, вероятно, будут происходить вдоль размытых и постоянно меняющихся<sup>113</sup> сфер влияния, где соответствующая военная и экономическая мощь государства, но также и частные цифровые платформы<sup>114</sup> и технологические/инфраструктурные асимметрии играют центральную роль. Более того, такая фрагментация, вероятно, будет иметь *функциональное* измерение, принимая различные формы и интенсивность в зависимости от того, насколько конкретный вопрос (например, свобода слова) близок к воспроизводству политической власти и формированию консенсуса.<sup>115</sup>

### С. Экономика

Цифровые технологии расширили возможности автономного самовоспроизводства и «колонизации» экономики. Экономика данных стала настолько центральной, что данные как таковые постепенно рассматриваются как капитал,<sup>116</sup> независимо от того, "закодированы" они законом или нет.<sup>117</sup> Этот феномен усилил и без того тревожные тенденции меркантилизации и колонизации<sup>118</sup> глобального неолиберального капитализма. Одной из основных проблем здесь является

---

<sup>111</sup> См. Angelo Jr Golia, Matthias Kettemann, and Raffaella Kunz, "Digital Transformations in Public International Law: An Introduction," in *Digital Transformations in Public International Law* (Baden-Baden: Nomos, (2022) готовится к публикации).

<sup>112</sup> Ссылка на Anu Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World* (Oxford: OUP, 2020), 132-170; также ссылка на Matthew S. Erie and Thomas Streinz, "The Beijing Effect: China's Digital Silk Road as Transnational Data Governance," *NYU Journal of International Law & Politics* 54 (2021).

<sup>113</sup> См. Danielle Flonk and Markus Jaktensfuchs, "Authority conflicts in internet governance: Liberals vs. sovereigntists?," *Global Constitutionalism* 9 (2020).

<sup>114</sup> Sofia Ranchordas, Giovanni De Gregorio, and Catalina Goanta, "Big Tech War Activism," *Verfassungsblog*, 10.03.2022, <https://verfassungsblog.de/big-tech-war-activism/>.

<sup>115</sup> См. Fischer-Lescano and Teubner (сноска 34).

<sup>116</sup> Jathan Sadowski, "When data is capital: Datafication, accumulation, and extraction," *Big Data & Society* 6 (2019); Chunlei Tang, *Data Capital. How Data is Reinventing Capital for Globalization* (Cham: Springer, 2021).

<sup>117</sup> Pistor (сноска 79), 183-205; Kapczynski (сноска 76), 1498 ff.; Roxana Vatanparast, "The Code of Data Capital: A Distributional Analysis of Law in the Global Data Economy," *Juridikum* 1 (2021).

<sup>118</sup> См. выше, сноска 53.

информационный капитализм, который понимается как бизнес-модель, основанная на монетизации информации и данных, собранных наиболее сильными акторами цифровой экономики, характеризующаяся принуждением к росту вовлеченности, которое - в сочетании с моно- и олигополистическими рынками<sup>119</sup> - запускает порочную социальную динамику.

Информационный капитализм влияет не только на материальные и психологические условия существования отдельных людей. Он также лишает функциональной автономии социальные системы и коллективных акторов (политические движения, бизнесструктуры, СМИ, образовательные и исследовательские учреждения и т.д.). Его влияние на психическое здоровье, политическую активность и политику хорошо известно и самим вовлечённым акторам.<sup>120</sup> В некотором смысле цифровые платформы являются "черными дырами" общества, захватывающими другие системы в свой постоянно растущий аккреционный диск. Важно отметить, что внешние эффекты, создаваемые цифровой экономикой, влияют на способность политики принимать основанные на консенсусе решения, способность науки к выработке истинностных значений, принимаемых обществом, способность нецифровой экономики - производить и перераспределять экономическую стоимость и так далее.

Например, на стыке экономики и политики появление цифровых и крипто валют и смарт-контрактов ставит под угрозу способность политики влиять на экономические процессы через монетарную политику и политически легитимированные решения, влияя на способность перераспределять экономическую стоимость в целях политического консенсуса. Что касается взаимодействия экономики и прессы, то проблемы журналистики, конечно, начались не с цифровой революции,<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> Dina Srinivasan, "The Antitrust Case Against Facebook: A Monopolist's Journey Towards Pervasive Surveillance in Spite of Consumers' Preference for Privacy" *Berkeley Business Law Journal* 16 (2019); Nicolas Petit, *Big Tech and the Digital Economy: The Molligopoly Scenario* (Oxford: OUP, 2020).

<sup>120</sup> См. скандал после разоблачений *Фрэнсиса Хауген (Frances Haugen)* в сентябре-октябре 2021 г., доказывающих, что *Facebook/Meta* на основании заказанных ей внутренних исследований знала о негативном влиянии Instagram на подростков, а также о значении деятельности *Facebook* на рост насилия в развивающихся странах: "The Facebook Files: A Wall Street Journal Investigation.", <https://www.wsj.com/articles/the-facebook-files-11631713039>. О важности коммерческой тайны и ее конституционализации в качестве права собственности в процессе укрепления власти компаний, занимающихся обработкой данных, см. Amy Kapczynski, "The Public History of Trade Secrets," *UC Davis Law Review* 55 (2022).

<sup>121</sup> Robert W. McChesney, "The Problem of Journalism: a political economic contribution to an explanation of the crisis in contemporary US journalism," *Journalism Studies* 4 (2003).

но влияние веб-аналитики в реальном времени, клик-бейта и информационных пузырей на качестве журналистики хорошо известны<sup>122</sup> и привели к укрупнению крупных новостных организаций<sup>123</sup> и трансформации профессионального самопонимания журналистики.<sup>124</sup> На стыке экономики и науки дигитализация и открытый доступ рискуют усилить динамику правила "опубликуй или погибни", стремление к репутации, хищнические публикации и усилить позиции господствующих акторов.<sup>125</sup>

Цифровой конституционализм давно изучает подобные вопросы. Однако он часто рассматривал их с помощью фрагментарного подхода, вдохновленного предположениями либеральной теории. Тем не менее, некоторые особенно очевидные проблемы, вызванные цифровизацией экономики, были решены довольно быстро. Центральные банки оказались готовы защитить свой контроль над валютами от захвата бизнеса в виде криптовалют и криптофинансовых инструментов.<sup>126</sup> Аналогичное развитие событий можно обнаружить и в тех случаях, когда динамика (социальной) власти может быть идентифицирована относительно легко. Особенно после того, как пандемия COVID-19 обнажила во всей своей серьезности условия труда работников платформ, суды<sup>127</sup> и законодатели<sup>128</sup> действовали

---

<sup>122</sup> Berta García Orosa, Santiago Gallur Santorun, and Xosé López García, "Use of clickbait in the online news media of the 28 EU member countries," *Revista Latina de Comunicación Social* 72 (2017).

<sup>123</sup> Nik Milanovic, "We need new business models to burst old media filter bubbles," *TechCrunch*, 28.10.2020.

<sup>124</sup> Mariella Bastian, Natali Helberger, and Mykola Makhortykh, "Safeguarding the Journalistic DNA: Attitudes towards the Role of Professional Values in Algorithmic News Recommender Designs," *Digital Journalism* 9 (2021).

<sup>125</sup> См. дискуссию вокруг принципа «открытость/закрытость» на сайте <<https://verfassungsblog.de/category/debates/open-closed/>>; а также Raffaella Kunz, "Opening Access, Closing the Knowledge Gap?," *Heidelberg Journal of International Law* 81 (2021), 43-45.

<sup>126</sup> Yaiza Cabedo, "International Race for Regulating Crypto-Finance Risks. A Comprehensive Regulatory Framework Proposal," in *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, ed. Hans-W. Micklitz et al. (сноска 9).

<sup>127</sup> См. CJEU, Judgment of the Court (Grand Chamber), *Asociación Profesional Elite Taxi*, Case C-434/15, 20.12.2017, ECLI:EU:C:2017:981; Corte di cassazione, no. 1663/2020, 24.01.2020, ECLI:IT:CASS:2020:1663CIV (Italy); Cour de cassation, no. 374/2020, 4.03.2020, ECLI:FR:CCASS:2020:SO00374 (France); Tribunal Supremo, no. 805/2020, 25.09.2020, ECLI:ES:TS:2020:2924 (Spain); UKSC, *Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Re-spondents)*, 2019/0029, 19.11.2021, (UK); Bundesarbeitsgericht, 9 AZR 102/20, AZR 102/20, 01.12.2020, ECLI:DE:BAG:2020:011220.U.9AZR102.20.0 (Germany). См. однако California, *Dynamex Operations W. v. Superior Court and Charles Lee, Real Party in Interest*, 4 Cal.5th 903 (Cal. 2018).

относительно быстро, обеспечивая таким занятым доступ к правовой защите, предоставляемой работникам.

---

<sup>128</sup> См. California Assembly Bill 5 (AB 5) of 18 September 2011; the Spanish ‘Ley rider’ (Real Decreto-ley 9/2011, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales., <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2011/05/11/9>); EU’s Proposed Platform Work Directive, Brussels, 9.12.2011, COM(2011) 762 final, 2011/0414 (COD), <<https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=24992&langId=en>>.