

НАУЧНАЯ СТАТЬЯ

УДК 342.5

Дата поступления: 18.11.2020
рецензирования: 27.01.2021
принятия: 26.02.2021

**Конституционное равноправие в информационном обществе:
проблема частной дискриминации**

В. Э. Волков

Самарский национальный исследовательский университет имени
академика С. П. Королева, г. Самара, Российская Федерация
E-mail: volkov.ve@ssau.ru

Аннотация: Статья посвящена анализу реализации конституционных норм о равноправии в условиях информационного общества, стимулирующего проявление частной и экономической дискриминации. Исследованы угрозы, возникающие в связи с существованием естественных неравенств. На основе вывода о правовой допустимости частной дискриминации определены социальные и правовые основания реализации конституционного принципа равноправия. Предложено разграничение частной и экономической дискриминации, выявлены факторы, подлежащие учету при определении допустимости дискриминационного поведения в условиях информационного общества: уровень монополизации рынка, переговорные возможности сторон, величина издержек, необходимых для восстановления нарушенного права. С учетом негативной оценки фактических возможностей потребителей информационных благ сделан вывод о необходимости защиты слабой стороны информационных отношений. Предложено движение к минимально возможному уровню усмотрения сильной стороны и созданию дополнительных правовых гарантий реализации конституционных и иных прав граждан.

Ключевые слова: равноправие; дискриминация; частная дискриминация; конституционные права человека; информационное общество; информационная деятельность.

Цитирование. Волков В. Э. Конституционное равноправие в информационном обществе: проблема частной дискриминации // Юридический вестник Самарского университета. 2021. Т. 7, № 1. С. 46–50. DOI: <https://doi.org/10.18287/2542-047X-2021-7-1-46-50>.

Информация о конфликте интересов: автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

© Волков В. Э., 2021

Владислав Эдуардович Волков – кандидат юридических наук, доцент кафедры государственного и административного права, Самарский национальный исследовательский университет имени академика С. П. Королева, 443086, Российская Федерация, г. Самара, Московское шоссе, 34.

Тема кандидатской диссертации: «Местное самоуправление: конституционные основания правового регулирования компетенции муниципальных образований». Автор 47 научных работ.

Область научных интересов: публичное право, конституционное право, муниципальное право, информационное право, право интеллектуальной собственности.

SCIENTIFIC ARTICLE

Submitted: 18.11.2020
Revised: 27.01.2021
Accepted: 26.02.2021

**Constitutional equality in the information society: the problem of private
discrimination**

V. E. Volkov

Samara National Research University, Samara, Russian Federation
E-mail: volkov.ve@ssau.ru

Abstract: The article deals with the implementation of constitutional norms on equality in the information society, which stimulates the manifestation of private and economic discrimination. Threats arising from the existence of natural inequalities have been investigated. On the basis of the conclusion about the legal admissibility of private discrimination, social and legal grounds for the implementation of the constitutional principle of equality have been revealed. The differentiation of private and economic discrimination is proposed, factors are identified that must be considered when determining the admissibility of discriminatory behavior in the information society: the level of market monopolization, the negotiating capabilities of the parties, the amount of costs required to restore the violated right. Considering the insufficiency of the actual capabilities of consumers of information benefits, it is concluded that it is necessary to protect the weak side of information relations. Movement to the minimum possible level of discretion on the side of provider of informational goods and creation of additional legal guarantees for constitutional and other rights of the citizen is provided.

Key words: equality; discrimination; private discrimination; human rights; knowledge society; information activities.

Citation. Volkov V. E. *Konstitutsionnoe ravnopravie v informatsionnom obshchestve: problema chastnoi diskriminatsii* [Constitutional equality in the information society: the problem of private discrimination]. *Juridicheskii vestnik Samarskogo*

universiteta [Juridical Journal of Samara University], 2021, vol. 7, no. 1, pp. 46–50. DOI: <https://doi.org/10.18287/2542-047X-2021-7-1-46-50> [in Russian].

Information about the conflict of interests: author declares no conflict of interests.

© Volkov V. E., 2021

Vladislav E. Volkov – Candidate of Legal Sciences, assistant professor of the Department of State and Administrative Law, Samara National Research University, 34, Moskovskoye shosse, Samara, 443086, Russian Federation.

Subject of Candidate's thesis: «Local self-government: constitutional grounds for the legal regulation of the competence of municipalities». Author of 47 scientific works.

Research interests: public law, constitutional law, municipal law, information law, intellectual property law.

Практически в любой стране современного мира человек имеет право и реальную возможность выбирать круг личного общения. Право не запрещает проявление предпочтений по признакам расы, национальности, пола, социального и имущественного положения, отношения к религии и пр., если отношения не выходят за пределы личного общения и не имеют отношения к реализации публичных функций государства. Несмотря на обычно негативный контекст употребления термина «дискриминация», решение воздержаться от личных контактов с людьми определенной национальности или расы может быть оценено как уязвимое с моральных позиций, но оно безусловно с точки зрения современного права.

Во-первых, частная дискриминация обычно проявляется в личных отношениях, находящихся за пределами эффективного правового регулирования, и в силу этого становится недостижимой для государственного воздействия в странах с демократическим политическим режимом. Признанная в большинстве государств конституционная защита частной жизни вывела личные отношения из сферы публичного контроля и сделала их латентными для публичного правопорядка.

Интересным исключением являются современные законодательные акты отдельных штатов США, запрещающие «противоестественные» сексуальные контакты (*Sodomy laws*). Нормы, имеющие основания в колониальных актах семнадцатого века, запрещают не только сексуальные контакты людей одного пола, но и гетеросексуальные контакты, не ведущие к зачатию. Например, согласно пункту 800.02 статута штата Флорида 2020 года, консенсуальный гетеросексуальный оральным и (или) анальным секс считается правонарушением второй степени, даже если он состоялся в жилище правонарушителя (срок лишения свободы до 60 дней) [1]. Объективная сложность обнаружения признаков правонарушения не препятствует властям штатов в преследовании чрезмерно раскрепощенных граждан, как и критическая позиция Верховного Суда США, призвавшего власти субъектов североамериканской федерации не применять наказание за такие проявления свободы самовыражения. Изучение соответствующей правоприменительной практики может быть плодотворным для анализа пределов вмешательства государств в сферу личных предпочтений граждан.

Во-вторых, государство может стимулировать частную дискриминацию для регулирования естественных неравенств и создает институты для ее

защиты. Например, для поддержки политического и идеологического многообразия создаются сложные правовые институты политической предвыборной агитации, тайны голосования на выборах и др. Их цель – формирование и выражение политических пристрастий граждан на основе предпочтения одних качеств кандидатов и осуждения других. Так частная дискриминация не просто проникает в сферу публичного права, но и становится одной из необходимых основ демократического политического процесса.

В-третьих, разумным ограничением для чрезмерно широкого понимания личной дискриминации выступает конституционный принцип равноправия. Он рассматривается Конституционным Судом Российской Федерации как универсальный конституционный критерий оценки законодательного регулирования любых прав и свобод. При этом применимость принципа равноправия ко всем основным правам и свободам не исключает возможности его различного проявления. В отношении реализации личных и политических прав он означает преимущественно формальное равенство. Основания правовой допустимости частной дискриминации усматриваются в конституционных гарантиях личной свободы, свободы совести, мысли и слова, то есть в правовых возможностях, связанных с индивидуальным самоопределением. Соответствующие конституционные ценности носят абстрактный характер, затрудняющий их объективную количественную оценку.

В отношении экономических и социальных прав формальное равенство может обернуться существенным материальным неравенством. Например, экономические возможности транснациональной корпорации и частного лица заведомо не равны. Поэтому законодатель не вправе ограничиваться формальным признанием юридического равенства сторон и должен предоставлять определенные преимущества экономически слабой и зависимой стороне, с тем чтобы не допустить распространения недобросовестной конкуренции [2]. Это означает необходимость выявления дополнительных критериев для определения допустимости дискриминации в отношении реализации социально-экономических прав граждан.

Частная дискриминация в сфере реализации экономических прав приобретает особый характер, выводящий проблематику личных предпочтений за пределы конституционно допустимой свободы поведения. Контекст реализации имущественных прав предопределяет качественную

трансформацию частной дискриминации в экономическую дискриминацию, имеющую существенно более тяжкие последствия злоупотребления ей. При этом экономическая дискриминация так же, как и частная дискриминация в сфере личных и политических предпочтений, имеет объяснимые и в ряде случаев разумные основания.

Экономическая дискриминация – естественное следствие реализации права на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности, имеющего столь же конституционную природу, как и нормы статьи 19 Конституции о равноправии. Выражение разумных предпочтений при ведении предпринимательской деятельности обеспечивает возможность формирования уникальной позиции участника экономических отношений и в сочетании с правилом о ведении предпринимательской деятельности на свой риск является одним из оснований свободного рынка. Целям отраслевого гражданско-правового регулирования экономической дискриминации служит принцип свободы договора. При соблюдении разумных пределов усмотрения, он обеспечивает нахождение экономической дискриминации в пределах конституционных ценностных ориентиров.

Осознание опасности неконтролируемой экономической дискриминации приводит к проникновению в сферу частноправовых отношений вертикально-ориентированных регулятивных механизмов, свойственных публичному управлению. Наиболее значимые для обеспечения общественного интереса сферы рыночных отношений защищаются с помощью институтов так называемого «договорного принуждения», примером которого может служить публичный договор.

Публичный договор заключается лицом, обязанным по характеру деятельности продавать товары, выполнять работы, оказывать услуги в отношении каждого, кто к нему обратится. Такой характер имеют договоры, имеющие принципиальное значение для обеспечения равного доступа граждан к материальным благам, без которых немислима повседневная достойная жизнь – розничной торговли, перевозки транспортом общего пользования, оказания услуг связи, энергоснабжения, медицинского, гостиничного обслуживания (пункт 1 статьи 426 ГК РФ) [3]. К публичным договорам относятся также иные договоры, прямо названные в законе в качестве таковых – договор бытового подряда (пункт 2 статьи 730 Гражданского кодекса РФ), договор водоснабжения (часть 3 статьи 13 Федерального закона от 7 декабря 2011 года № 416-ФЗ «О водоснабжении и водоотведении»), договор обязательного страхования ответственности владельцев транспортных средств (абзац восьмой статьи 1 Федерального закона от 25 апреля 2002 года № 40-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств»). Дискриминационные воз-

можности контрагентов по публичным договорам существенно ограничены также и тем, что в публичном договоре свобода определения его цены не является абсолютной, а может быть поставлена лишь в зависимость от отнесения потребителя к определенной категории.

Необходимость пристального внимания законодателя к экономической дискриминации вытекает из осознания ее повышенной (в сравнении с частной дискриминацией) опасности для общества. Неограниченная экономическая дискриминация способствует проявлению как минимум двух видов угроз. Наиболее очевидная угроза и одновременно признак, отличающий экономическую дискриминацию от частной, – это произвольное ограничение доступа к какому-либо имущественному благу, обычно доступному на свободном рынке. Другая угроза имеет информационный характер и представляет собой сообщение, вытекающее из акта дискриминации, посягающей на достоинство личности. Формы выражения такого сообщения могут быть различными, но общая характеристика их содержания свидетельствует о том, что жертва дискриминации рассматривается как недостойная доступа к какому-либо благу. В литературе такие дискриминационные сигналы обоснованно рассматриваются как унижающие достоинство личности и снижающие ее социальный статус. Дискриминируемая личность конституируется как менее достойная внимания и заботы, чем дискриминатор или другие члены общества. Экономическая дискриминация, взятая в более крупном масштабе, способна привести к стигматизации больших социальных групп и всерьез угрожает другой конституционной ценности, особенно значимой для авторизованного российского общества, – социальной солидарности.

На основе анализа отечественного и зарубежного [4] опыта можно сформулировать ряд факторов, подлежащих оценке допустимости дискриминационного поведения в условиях современной цифровой экономики.

Во-первых, необходимо учитывать уровень монополизации рынка, в условиях которого проявляется дискриминация. На рынках цифровых благ угрозы экономической дискриминации представляют особую опасность в связи с распространением сетевой инфраструктуры, имеющей естественную тенденцию к монополизму. Сети функционируют по закону предпочтительного присоединения, сформулированному Альбертом-Ласло Барбаши. Он свидетельствует об отсутствии демократии, справедливости и эгалитарных ценностей в сетевой структуре [5] в связи с тем, что большая доля трафика приходится на незначительное число узлов сети. Исследователи видят в этом проявление правила Парето о несбалансированном распределении: 20 % членов сообщества распоряжаются 80 % его благ [6]. Этот эффект возникает везде, где люди могут свободно выбирать

из множества вариантов, а значит, дискриминировать других членов общества. Клей Ширки вывел это в формулу: многообразие + свобода выбора = неравенство [7].

Во-вторых, учету подлежат переговорные возможности сторон, которые могут быть использованы для восстановления баланса их возможностей. Как правило, переговорные возможности гражданина в отношениях с крупными технологическими компаниями ограничены до минимума. Наиболее распространенным вариантом правового оформления отношений граждан и информационных сервисов являются договоры присоединения, условия которых определяются одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могут быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом. Отраслевое законодательство предусматривает специальные гарантии прав присоединившейся стороны – она вправе потребовать расторжения или изменения договора, если он хотя и не противоречит закону или иным правовым актам, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она, исходя из своих разумно понимаемых интересов, не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора (ст. 428 Гражданского кодекса РФ). Однако перечисленные гарантии действительны для отношений доцифровой эпохи, а их эффективность в обеспечении прав слабой стороны информационных отношений невелика. Информационные отношения чрезвычайно многообразны и динамичны. Например, определить права, «обычно предоставляемые по договорам такого вида», далеко не всегда возможно просто по причине того, что ранее договоров такого вида не существовало.

Обоснованные сомнения вызывает и сама возможность изучения договорных условий. В результате исследования, проведенного в Университете Карнеги Меллон (США), оказалось, что медианный объем пользовательских соглашений 75 крупнейших веб-сайтов составляет 2514 слов. Дальнейшее изучение их содержания показало, что каждый пользователь сети для принятия осознанного информированного решения о присоединении к соглашению на каждом сайте, которым он пользуется, должен провести 25 дней в году, круглосуточно изучая тексты соглашений. Если уделять этому 8 часов в день, потребуется 76 дней, что в масштабе США составит 53,8 миллиарда часов изучения условий договоров присоединения [8]. В этих условиях расчет

на результативное изучение гражданами условий пользовательских соглашений не обоснован. Возможность формирования сильной договорной позиции пользователя во взаимоотношениях с крупными игроками рынка информационных благ исключена, поскольку гражданин обычно не имеет ни временных, ни интеллектуальных ресурсов чтобы осознать условия, которые ему предлагается принять. Принципиальный отказ от использования информационных ресурсов тоже вряд ли возможен в связи с тем, что реализация значительной части конституционных прав и свобод человека и гражданина поставлена в системную связь с реализацией права на доступ к информации.

В-третьих, для оценки допустимости экономической дискриминации необходимо измерить уровень издержек на восстановление нарушенного права на рынке информационных услуг. Они оказываются гораздо выше, чем в других областях, обеспеченных традиционными судебными и административными юрисдикционными формами, а также механизмом самозащиты прав. Трансграничный характер информационных отношений делает малоприменимыми формы защиты, основанные на применении национального права. Реализация квазиадминистративных процедур самими участниками информационных правоотношений обычно основана на презумпции всевластия администратора информационной системы, что ставит сторону потребителя в заведомо невыгодное положение просителя, рассчитывающего лишь на благосклонность контрагента.

Проведенный анализ показывает несбалансированность системы информационных отношений по всем факторам, подлежащим учету при решении вопроса о допустимости экономической дискриминации. Уровень защиты прав потребителя на рынке информационных благ существенно ниже, чем в других сферах потребления. Он негативно влияет на должную реализацию конституционных норм о равноправии, защите достоинства человека и доступе к информации и не может быть объяснен реализацией конституционного права на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. Следует стремиться к минимально возможному уровню усмотрения сильной стороны информационных отношений и созданию дополнительных правовых гарантий реализации конституционных и иных прав гражданина. При этом необходимо достижение баланса, при котором государственная политика защиты прав граждан не приведет к разрушению рынка информационных услуг.

Библиографический список

1. The 2020 Florida Statutes. URL: <https://bit.ly/3bVZwaZ>.
2. Определение Конституционного Суда РФ от 02.02.2006 № 17-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Законодательного Собрания Вологодской области о проверке конституционности отдельных положений статей 40, 98, 99 и 102 Федерального закона “Устав железнодорожного транспорта Российской Федерации”» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2006. № 3. URL: <https://legalacts.ru/doc/opredelenie-konstitutsionnogo-suda-rf-ot-02022006-n-17-o-ob>.
3. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 25 декабря 2018 г. № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2019. № 2. URL: <https://www.vsrp.ru/documents/own/27540>.
4. Masterpiece Cakeshop, LTD., et al. v. Colorado Civil Rights Commission et al. URL: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf.
5. Barabasi A.-L. *Linked*. London: Plume Books, 2003, p. 56. URL: <https://readli.net/linked>.
6. Болыц Н. Размышления о неравенстве. Анти-Руссо [Текст] / пер. с нем. И.А. Женина; под науч. ред. Я. Н. Охонько; Нац. исслед. ун-т. «Высшая школа экономики». Москва: Изд. дом Высшей школы экономики, 2014. 272 с. URL: <https://klex.ru/rlk>; <https://elibrary.ru/item.asp?id=22687225>.
7. Shirky, C. *Here Comes Everybody: The Power of Organizing Without Organizations*; Penguin Books: New York, 2009. URL: https://uniteyouthdublin.files.wordpress.com/2015/01/here_comes_everybody_power_of_organizing_without_organizations.pdf.
8. You’d Need 76 Work Days to Read All Your Privacy Policies Each Year. By Keith Wagstaff // Time.com. 2006. March 6. URL: <https://techland.time.com/2012/03/06/you-d-need-76-work-days-to-read-all-your-privacy-policies-each-year>.

References

1. The 2020 Florida Statutes. Available at: <https://bit.ly/3bVZwaZ>.
2. *Opredelenie Konstitutsionnogo Suda RF ot 02.02.2006 № 17-O «Ob otkaze v priniatii k rassmotreniiu zaprosa Zakonodatel'nogo Sobraniia Vologodskoi oblasti o proverke konstitutsionnosti otdel'nykh polozhenii statei 40, 98, 99 i 102 Federal'nogo zakona “Ustav zheleznodorozhnogo transporta Rossiiskoi Federatsii”»* [Determination of the Constitutional Court of the Russian Federation dated 02.02.2006 № 17-O «On refusal to accept for consideration the request of the Legislative Assembly of the Vologda Region on checking the constitutionality of certain provisions of Articles 40, 98, 99 and 102 of the Federal Law “Charter of Railway Transport of the Russian Federation”»]. *Vestnik Konstitutsionnogo Suda RF* [Bulletin of the Constitutional Court], 2006, no. 3. Available at: <https://legalacts.ru/doc/opredelenie-konstitutsionnogo-suda-rf-ot-02022006-n-17-o-ob> [in Russian].
3. *Postanovlenie Plenuma Verkhovnogo Suda Rossiiskoi Federatsii ot 25 dekabria 2018 g. № 49 «O nekotorykh voprosakh primeneniia obshchikh polozhenii Grazhdanskogo kodeksa Rossiiskoi Federatsii o zakliuchenii i tolkovanii dogovora»* [Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation dated December 25, 2018 № 49 «On some issues of the application of general provisions of the Civil Code of the Russian Federation on the conclusion and interpretation of an agreement»]. *Biulleten' Verkhovnogo Suda RF*, 2019, no. 2. Available at: <https://www.vsrp.ru/documents/own/27540> [in Russian].
4. *Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al. v. Colorado Civil Rights Commission et al.* Available at: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf.
5. Barabasi A.-L. *Linked*. London: Plume Books, 2003, p. 56. Available at: <https://readli.net/linked>.
6. Bolz N. *Razmyshleniia o neravenstve. Anti-Russo [Tekst] / per. s nem. I.A. Zhenina; pod nauch. red. Ia.N. Okhon'ko; Nats. issled. un-t. «Vysshhaia shkola ekonomiki»* [Reflections on inequality. Anti-Russo. Translation from German by I. A. Zhenin; Okhonko Ya. N. (Ed.)]. Moscow: Izd. dom Vyshei shkoly ekonomiki, 2014, 272 p. Available at: <https://klex.ru/rlk>; <https://elibrary.ru/item.asp?id=22687225> [in Russian].
7. Shirky, C. *Here Comes Everybody: The Power of Organizing Without Organizations*. New York: Penguin Books, 2009. Available at: https://uniteyouthdublin.files.wordpress.com/2015/01/here_comes_everybody_power_of_organizing_without_organizations.pdf.
8. You’d Need 76 Work Days to Read All Your Privacy Policies Each Year. By Keith Wagstaff. Time.com, 2006, March 6. Available at: <https://techland.time.com/2012/03/06/you-d-need-76-work-days-to-read-all-your-privacy-policies-each-year>.